

Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica¹

por

DR. JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE
Registrador de la Propiedad
Catedrático de Derecho Civil (acreditado)
Presidente del Consejo de Dirección del CIDDRIM

SUMARIO

- I. EL ORIGEN DE LA ACTUAL CRISIS ECONÓMICA, FINANCIERA E INMOBILIARIA COMO CONTEXTO DE LA ACTUAL PROLIFERACIÓN DE EJECUCIONES HIPOTECARIAS.
- II. LA SITUACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO ESPAÑOL:
 1. EL PERIODO DE EXPANSIÓN:
 - A) *Etapas 1982-2003.*
 - B) *Etapas 2003-2006.*
 - C) *Comparación con la situación de los países europeos de la Unión Monetaria Europea.*
 2. LA APARICIÓN DE LA CRISIS Y LA FUERTE RETRACCIÓN DEL MERCADO INMOBILIARIO Y DE CRÉDITO.

¹ Este trabajo tiene su origen en la ponencia preparada por su autor en el marco de la Jornada sobre «Limitación de la responsabilidad del deudor hipotecario», que tuvo lugar en la Universidad de Barcelona, el 27 de abril de 2011, organizada por el Centro de Investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil.

3. LA EVALUACIÓN DE LOS DATOS Y EL INCREMENTO DE LA MOROSIDAD Y DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS.
- III. LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS. RECIENTES DECISIONES JUDICIALES EN LA MATERIA:
1. EL AUTO DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA, DE 17 DE DICIEMBRE DE 2010.
 2. EL AUTO DEL JUZGADO MERCANTIL, NÚMERO 3 DE BARCELONA, DE 26 DE OCTUBRE DE 2010, DICTADO EN UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL.
 3. EL AUTO DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA, NÚMERO 2 DE SABADELL, DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2010.
 4. LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL DE LA DGRN.
- IV. MODIFICACIONES LEGALES FRENTE A LOS RIESGOS DE INSOLVENCIA HIPOTECARIA. REFORMAS APROBADAS EN EL PERIODO 2007-2011:
- A) LA 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.
 - B) EL REAL DECRETO 1975/2008, DE 28 DE NOVIEMBRE, SOBRE MEDIDAS URGENTES A ADOPTAR EN MATERIA ECONÓMICA, FISCAL, DE EMPLEO Y ACCESO A LA VIVIENDA.
 - C) 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.
 - D) EL REAL DECRETO-LEY 6/2010, DE 9 DE ABRIL, DE MEDIDAS PARA EL IMPULSO DE LA RECUPERACIÓN ECONÓMICA Y EL EMPLEO.
 - E) LA LEY 2/2011, DE 4 DE MARZO, DE ECONOMÍA SOSTENIBLE.
 - F) LEY 37/2011, DE 10 DE OCTUBRE, DE MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL.
- V. SUGERENCIA DE POSIBLES NUEVAS REFORMAS LEGALES:
1. RAZONES PARA EL MANTENIMIENTO DEL RÉGIMEN DEL ARTÍCULO 105 DE LA LEY HIPOTECARIA.
 2. RAZONES PARA REFORMAR LA REGULACIÓN DE LA DACIÓN EN PAGO Y EL RÉGIMEN DE LAS SUBASTAS HIPOTECARIAS.
 3. NUEVA REGULACIÓN DE LA DACIÓN EN PAGO: ALQUILER *VERSUS* DESAHUCIO.
 4. MODIFICACIONES EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE SUBASTAS.
 5. REVISIÓN DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 670 Y 671 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL:
 - A) *Sistema previsto para la ejecución de las garantías financieras.*
 - B) *Ampliación de garantía en caso de disminución del valor de la finca hipotecada.*
 - C) *Tasación en los casos de construcciones añadidas a la finca después de la constitución de la hipoteca y a las que no se extienda esta.*
 - D) *Evolución de los precios de la vivienda. Comparación con los tipos del 60 y del 70 por 100.*

I. EL ORIGEN DE LA ACTUAL CRISIS ECONÓMICA, FINANCIERA E INMOBILIARIA COMO CONTEXTO DE LA ACTUAL PROLIFERACIÓN DE EJECUCIONES HIPOTECARIAS

En el verano de 1944 se reunieron en Bretton Woods —New Hampshire— los dirigentes del mundo occidental, y acordaron la constitución del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, marcando con ello el inicio de la internacionalización de la economía y el fin del nacionalismo económico. Este hecho constituye el origen remoto de la actual crisis financiera internacional cuyo epicentro se localiza en la crisis de las hipotecas *subprime* de Estados Unidos y que se ha contagiado al resto de los mercados internacionales a través de los productos de titulización de su mercado secundario.

Los Acuerdos de Bretton Woods condujeron a la liberalización del comercio y a la reducción de las barreras aduaneras, favoreciendo la división internacional del trabajo y permitiendo captar nuevas fuentes de aprovisionamiento a precios más baratos. Pero estos efectos se produjeron de forma limitada porque la Unión Soviética, que participó en la Conferencia, no llegó a ratificar los acuerdos, y China, que también participó, se retiró en 1949 al triunfar la revolución comunista.

Ahora bien, estas limitaciones se superan a partir de la caída del muro de Berlín en 1989, al dejar al descubierto la ruina económica que existía al otro lado del telón de acero, mucho peor de lo que habían vaticinado los economistas occidentales. La planificación económica centralizada quedó sentenciada como un sistema que conduce al fracaso, y ello produjo un movimiento de suplantación progresiva de la misma por el capitalismo de mercado en la mayor parte del mundo, fuera del caso de Cuba, Corea del Norte y otras pocas excepciones.

De hecho este cambio se produjo no solo en los países del antiguo bloque soviético, sino también en gran parte de los países del tercer mundo. El caso paradigmático fue el de la China comunista, cuyo camino hacia la economía de mercado, comenzado en 1978, se aceleró a partir de finales de los años ochenta, a través de la denominada «política de puertas abiertas». Su discreta evolución hacia la protección de los derechos de propiedad de los extranjeros se acentuó, determinando con ello un rápido despegue de las inversiones extranjeras directas en el país a partir de 1990, con un crecimiento constante a tasas superiores al 20 por 100 anual.

Algo parecido había sucedido años atrás en los denominados tigres asiáticos, en particular Corea del Sur, Hong Kong, Singapur y Taiwán.

Las tasas de crecimiento económico de estos países y de otros como India, ha producido un aumento importante de la parte del producto interior bruto mundial imputable a los países en desarrollo, tendencia que tiene repercusiones financieras espectaculares, ya que el ahorro es porcentualmente mucho más elevado en estos países que en los países industrializados, debido a dos factores:

la debilidad de las políticas de protección social, que obliga a las familias a ahorrar en previsión de la llegada de malos tiempos o para la jubilación, y la falta de una cultura de consumo, por lo que existe menos incitación al gasto.

Este fenómeno ha coincidido con el aumento de la productividad inducido por las nuevas tecnologías a que dio lugar el descubrimiento de las propiedades electrónicas del silicio, con la aparición de los microprocesadores, la fibra óptica, el láser, la comunicación por satélite, y la generalización rapidísima del uso de Internet y de la telefonía móvil.

La acción combinada de estos factores ha provocado un crecimiento tal del ahorro mundial, que su aumento global ha excedido con mucho de las opciones de inversión disponibles.

La acción de mercado que hace coincidir el ahorro y la inversión global efectiva ha reducido sensiblemente las tasas de interés reales (interés nominal corregido por la inflación) debido a que la oferta de fondos en busca de destinos de inversión rentables ha aumentado más rápidamente que la demanda de inversiones.

Esta bajada de los tipos de interés ha ido acompañada de forma paralela, hasta el estallido de la crisis, de un alza de los precios de las acciones de las sociedades de capital y de los inmuebles y, en general, de todo tipo de patrimonio remunerador, generando en los países desarrollados un aumento de la riqueza nominal de las familias que ha permitido un paralelo crecimiento de su capacidad de endeudamiento, que ha venido a absorber el exceso de liquidez mundial al que antes nos referíamos. Esto es lo que explica el curioso fenómeno que se ha producido en el mercado hipotecario secundario, mercado secundario que inicialmente estaba concebido y organizado para proporcionar recursos con los que satisfacer la demanda de créditos hipotecarios del mercado primario. Pero en los últimos tiempos, como consecuencia de la excesiva acumulación de capitales por las razones apuntadas el mercado secundario ha funcionado en dirección inversa, es decir, exactamente al revés.

Este curioso fenómeno se explica porque se ha producido una gran demanda de títulos hipotecarios para colocar aquellos excedentes de capital, demanda que responde básicamente a dos razones: su buena rentabilidad, algo superior a la de los títulos de renta fija emitidos por organismos oficiales, y su calificación crediticia similar a la de estos últimos.

Dado que los títulos y valores hipotecarios solo pueden ser emitidos con una cartera de cobertura integrada por créditos hipotecarios del mercado primario, aquella demanda de valores ha producido un aumento de la oferta de estos últimos créditos. Las consecuencias de ello han sido la disminución de los parámetros de solvencia exigidos a los deudores hipotecarios del mercado primario. Cuando esta circunstancia se ha combinado con un aumento de tipos de interés y con una paralela disminución de la tasa de aumento del valor de los inmuebles hipotecados ha surgido el problema, problema que se ha agravado cuando las consecuencias de la actual crisis económica se ha traducido no

ya en una disminución de la tasa de aumento del valor de los inmuebles sino directamente en un descenso del valor de estos últimos.

Como es sabido, el origen concreto de la actual crisis financiera se encuentra en el incremento de la morosidad en las hipotecas *subprime* (préstamos con baja calificación crediticia) y *non-conforming* (clientes con información insuficiente sobre su solvencia), y su dimensión y repercusión se explica por dos factores:

- 1.º El tamaño de la cuota de los mercados *subprime* y *non-conforming* que creció sustancialmente durante los diez años anteriores al inicio de la crisis, de forma que, en 2006, estos representaban sobre el total de la nueva contratación del mercado norteamericano un 46 por 100.
- 2.º En cuanto a su repercusión, el vehículo de extensión de la crisis a otros mercados internacionales han sido los títulos del mercado secundario de Estados Unidos con muy bajo nivel de regulación, que permite que el riesgo de impago se trasmita a los inversores.

Esta situación regulatoria del mercado hipotecario americano se inscribe en un contexto más amplio, el del conjunto de la economía norteamericana, en la que se ha producido el abandono del modelo keynesiano de cierto intervencionismo estatal en la economía por una fe excesiva en la eficacia de las fuerzas del mercado, como consecuencia de lo cual se ha producido un movimiento generalizado de desregulación y de asunción del paradigma de la autorregulación y los códigos de buena conducta, los cuales con ocasión de esta crisis han mostrado, a su vez, sus limitaciones para prevenir fracasos económicos de gran escala como el que estamos observando. Sin embargo, este fracaso era fácilmente previsible desde el punto de vista de la lógica de los conflictos de intereses, dada la falta de independencia de los mecanismos de control financiero respecto de las empresas y actividades controladas (así, por ejemplo, en el caso de las auditoras, agencias de *ratings*, etc.).

Esto es importante desde el punto de vista jurídico, ya que la teoría económica del Derecho, de un lado, y la economía neoinstitucional, de otro, han venido a coincidir en la idea de que la calidad regulatoria y el entramado institucional de un país es la base esencial de su crecimiento económico. En efecto, el Ordenamiento jurídico no es nunca neutro desde el punto de vista de su influencia económica en los mercados, lo que en momentos de crisis como el actual nos obliga a hacer una revisión crítica de nuestro Derecho positivo, que es el objeto del presente trabajo en lo relativo a los mecanismos de realización del valor de los bienes hipotecados en caso de impago de la deuda garantizada.

A la situación antes descrita se había referido ya el Libro Blanco sobre integración de los mercados hipotecarios de la Unión Europea, aprobado el 18 de diciembre de 2007, cuando la crisis financiera en Estados Unidos ya había comenzado.

El Libro Blanco alerta de la necesidad de extraer las enseñanzas necesarias para prevenir estas situaciones en el futuro, especialmente en dos ámbitos, el de la concesión responsable de los préstamos hipotecarios, exhortando a los prestamistas a evaluar la solvencia y capacidad de pago del prestatario, y en el ámbito de la refinanciación hipotecaria y titulización.

II. LA SITUACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO ESPAÑOL

A pesar de la amplia internacionalización de la economía, y la intensa integración de los mercados europeos, lo cierto es que todavía hoy tiene sentido analizar la situación y la evolución de la economía por países (dada la diversidad regulatoria, cultural, de tradición, infraestructuras, formación del capital humano, y un largo etcétera de causas). Por ello, en un estudio como el presente, debemos preguntarnos en concreto por el mercado español. Para analizarlo debemos distinguir varias etapas.

1. EL PERIODO DE EXPANSIÓN

Hay que comenzar subrayando la enorme pujanza y solidez del mercado hipotecario español durante el último cuarto de siglo. Para comprender mejor la situación dividiré el análisis de los datos económicos en dos periodos: el primero abarcaría desde 1982, fecha de creación del mercado hipotecario español en virtud de la Ley 2/1981, hasta 2003, año en que se frena la tendencia decreciente de los tipos de interés, en tanto que el segundo se extiende al periodo comprendido entre 2003 y finales de 2006, fecha en la que todavía no había estallado la crisis financiera.

A) *Etapas 1982-2003*

Pues bien, entre 1982 y 2003, el peso relativo de la financiación hipotecaria sobre el total de la financiación del sector privado no ha parado de crecer, pasando de representar un 15 por 100 en 1982 al 51 por 100 en 2003. Similar evolución ha representado en relación con el PIB. Este ciclo expansivo se ha acelerado en los cinco últimos años del periodo considerado en que se han registrado tasas de crecimiento interanual superiores al 20 por 100, suscitando dudas sobre la sostenibilidad del modelo.

Este enorme desarrollo se ha producido básicamente, además de por el propio crecimiento del mercado inmobiliario, con el que el hipotecario vive en estrecha simbiosis en España, por tres factores: 1.º el incremento del *loan*

to value, que se elevó hasta el 70 por 100 del valor del inmueble hipotecado; 2.º por el alargamiento del plazo de amortización, cuyo plazo estándar ha pasado en tal periodo de doce a veinte años; y 3.º por el descenso sostenido en los tipos de interés.

Esto se ha traducido en una mejora notable de las condiciones de accesibilidad al crédito territorial y, en consecuencia, a la vivienda en propiedad, a pesar de haberse más que duplicado el precio de la vivienda en el citado periodo, ya que ha permitido multiplicar por dos el número de operaciones inmobiliarias en el periodo.

Además, lo anterior se ha conseguido mejorando al tiempo los ratios de riesgo estadístico de la cartera hipotecaria, según resulta de sendos informes emitidos por G. E. Mortgage Insurance y por Oliver Wyman sobre integración de los mercados europeos. Y ello al punto de que, según se desprende de tales informes, un descenso del 35 por 100 de los precios de la vivienda no afectaría a la solidez de la cartera contratada antes de 2002 y para la contratada después los descensos de precio inocuos se estiman en una horquilla entre el 20 y el 25 por 100, lo cual constituye un margen de seguridad importante frente a una situación de burbuja inmobiliaria, y concentra el eventual riesgo de insuficiencia de la garantía en las hipotecas contratadas durante los años inmediatamente anteriores al inicio de la crisis.

B) *Etapa 2003-2006*

La evolución hasta ahora descrita se ha acelerado en el periodo de los años 2003 a 2006 y, así, tomando por base el ejercicio 1995 nos encontramos con que hasta diciembre de 2006:

- a) los saldos vivos de la total cartera de créditos hipotecarios se han multiplicado casi por 7, y tanto el número de hipotecas constituidas (1.668.000) como el importe medio registrado (124.389 euros) aproximadamente se ha triplicado;
- b) ello supone que, a finales de 2006, el crédito hipotecario representa aproximadamente el 60 por 100 del total del crédito al sector privado, y equivale al 82 por 100 del PIB;
- c) a su vez, la riqueza inmobiliaria neta de las familias ha experimentado el mayor crecimiento de la historia y el mayor de entre los países europeos, pasando del 390 por 100 de ratio de endeudamiento familiar (RBD) al 770 por 100.

C) *Comparación con la situación de los países europeos de la Unión Monetaria Europea*

Desde el punto de vista de la eficiencia financiera, y tomando como elemento de referencia la situación de los demás países de la Unión Monetaria Europea, hay que destacar el importantísimo dato de que durante todo el ciclo expansivo los tipos de interés reales —descontando inflación— del mercado hipotecario español se han situado aproximadamente 200 puntos básicos por debajo de la media de la Unión Monetaria Europea e, incluso, durante 2004 y 2005 se ha situado en el entorno del 0 por 100, lo que resulta ciertamente insólito. Para que comprendamos la importancia de este dato, hay que reparar en el hecho de que, en las condiciones actuales, un incremento de 100 puntos básicos en el tipo de interés hipotecario equivale a un incremento del 10 por 100 del precio de la vivienda. Dicho en otros términos: teniendo en cuenta que el importe medio de las hipotecas constituidas en noviembre de 2006, según datos del INE, se elevó a 144.000 euros, si los españoles pagasen sus hipotecas al interés promedio vigente en la zona euro pagarían de media aproximadamente 2.000 euros más al año.

Por ello, aunque durante los quince últimos años anteriores al inicio de la crisis el importe medio de los préstamos se ha multiplicado por 2,7, cada vez ha sido posible facilitar el acceso a la vivienda en propiedad a sectores de población de menores rentas al haberse multiplicado por 5,5 la capacidad de endeudamiento de las familias por el efecto combinado de los bajos tipos de interés, el incremento del *loan to value*, que ha llegado al 80 por 100 del valor del inmueble, y el alargamiento de los plazos de amortización que se ha estandarizado en los veintiséis años.

Todo esto es extraordinariamente importante. Se dice, con razón, que una sociedad avanzada debe generar recursos con criterios de eficiencia y repartirlos con criterios de justicia. Pues bien, esto es precisamente lo que hace el crédito hipotecario que constituye un importante instrumento jurídico-financiero para distribuir intrageneracionalmente los recursos al permitir al acreditado disponer anticipadamente de sus rentas futuras, a cargo de anticipos de rentas excedentes procedentes de depositantes o inversores en títulos hipotecarios, a cambio de la correspondiente remuneración en forma de intereses.

Estos datos justifican la afirmación de que el mercado hipotecario español es uno de los más competitivos y eficientes del mundo. Es lugar común entender que esa eficiencia descansa, en buena medida, en el sistema normativo que regula dicho mercado y, en particular, en nuestro modelo registral de seguridad jurídica preventiva, modelo basado en una noción fundamental como es la confianza —intangible de extraordinario valor económico—, confianza con que los agentes del mercado hipotecario —tanto primario como secundario— contratan sobre la base del contenido de los asientos registrales en cuanto definidores de

la titularidad y demás situaciones jurídicas que afectan a las fincas que sirven de garantía.

2. LA APARICIÓN DE LA CRISIS Y LA FUERTE RETRACCIÓN DEL MERCADO INMOBILIARIO Y DE CRÉDITO

A pesar de todo ello, la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, aprueba una importante reforma del mercado hipotecario. ¿Por qué?

En mi opinión eran varios los elementos de análisis de nuestro mercado hipotecario que ciertamente aconsejaban una reforma:

- 1.º La finalización del ciclo de descenso de los tipos de interés. Ese ciclo llega a su punto máximo en junio de 2005 en que el Euribor toca fondo en el 2,10 por 100. A partir de ahí comienza una carrera alista que le conduce al máximo del 5,39 por 100 alcanzado en julio de 2008, es decir, que en tres años sube más de 300 puntos básicos. Para comprender la repercusión de esta subida en el bolsillo de los deudores hipotecarios, pensemos a modo de ejemplo que un préstamo con garantía hipotecaria contratado en 2005 y cuya cuota mensual de amortización fuese de algo más de mil euros, llegó a superar en 2008 los mil seiscientos euros.
- 2.º Este hecho ha producido un incremento importante en los ratios de esfuerzo necesario para la amortización de la deuda hipotecaria en términos de porcentaje sobre los ingresos familiares. De hecho, según el indicador de esfuerzo teórico del Banco de España en diciembre de 2008 para el primer año de amortización las cuotas de la hipoteca absorbían casi el 47 por 100 de la renta familiar disponible, cifra que incluso supera la marca del 46 por 100 registrada en 1995, cuando el MIBOR se situaba en cifras superiores al 10 por 100, frente a la tasa de esfuerzo de 31 por 100 correspondiente al año 2003. Esto supone que durante el citado periodo la factura hipotecaria se encareció un 50 por 100 aproximadamente.
- 3.º El tercer elemento de riesgo es la excesiva concentración de créditos hipotecarios a interés variable, que se sitúan por encima del 98 por 100 del total, frente a la media europea del 46 por 100, lo que supone una sobreexposición al riesgo de evolución de tipos, especialmente considerando que estos están referenciados a índices como el Euribor que dependen más de decisiones sobre política monetaria del Banco Central Europeo que con la situación real de la economía de las familias españolas. De hecho este riesgo hoy podemos decir que se ha traducido ya en un incremento muy notable de la morosidad en el ámbito del

crédito hipotecario a los hogares, pasando del 0,39 por 100 de junio de 2005 al 1,82 por 100 de septiembre de 2008.

Todo ello dio lugar, como reacción de emergencia, a un movimiento concertado de los Bancos Centrales y de los Gobiernos de bajada acelerada de los tipos de interés. Así el Euribor ha pasado del 5,39 por 100 de julio de 2008 al 1,23 por 100 en 2010, repuntando en la última parte del año para situarse en el 1,55 por 100 en enero de 2011. A pesar de este repunte, el valor medio del Euribor durante todo el año 2010 ha registrado un mínimo histórico del 1,35 por 100, lo que ha supuesto un importante alivio en el pago de la factura hipotecaria, paliando el aumento de los niveles de morosidad e insolvencias, como después veremos.

¿Significa lo anterior que en España existía una situación de burbuja hipotecaria?

3. LA EVALUACIÓN DE LOS DATOS Y EL INCREMENTO DE LA MOROSIDAD Y DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS

Con todo, a mi juicio, es correcta la apreciación del informe de la Asociación Hipotecaria de España de diciembre de 2007 sobre el mercado hipotecario en la que afirma que la normativa y la estructura del mercado hipotecario español hacen imposible la generación y circulación de hipotecas *subprime* en España. Esta afirmación está apoyada, entre otros argumentos, en el hecho de que nuestra legislación impone estrictas condiciones a los préstamos hipotecarios que pueden servir de cobertura a las emisiones y en el hecho de la existencia de un Registro de la Propiedad de derechos y de calificación. Así lo afirmó en Estados Unidos el Presidente del BBVA al resaltar la inexistencia en este país de un Registro de eficacia jurídica similar al español. Esta idea ha calado también en la Administración americana que ha reconocido que el sistema de seguridad registral americano ha quedado bajo cuestión tras los recientes acontecimientos inmobiliarios que están en el origen de la actual crisis financiera, lo que ha llevado al Gobierno americano a evaluar la posibilidad de instaurar un sistema registral análogo al español.

Entonces, si en España no existen las hipotecas *subprime*, ¿cuál es el problema? ¿Por qué se ha paralizado el mercado inmobiliario español, con una disminución de actividad de entorno al 40 por 100?

El problema no está del lado de la oferta que no solo existe, sino que en este momento es fuertemente excedentaria con un stock de más de un millón de viviendas en situación de venta. Tampoco el problema está del lado de la demanda. Pensemos que en España se crean aproximadamente unos 300.000 nuevos hogares al año, y que a esa cifra se debe sumar la necesidad de nue-

vas viviendas que generan el fenómeno inverso de las rupturas matrimoniales (próximas a las 100.000 anuales), lo que incrementa la demanda de vivienda al disminuir la tasa de ocupación media. A ello se suma la demanda interna y externa en el sector de segundas residencias.

El problema se encuentra en el diferencial del precio entre la oferta y la demanda, diferencial que hasta ahora se había salvado gracias al puente de la financiación hipotecaria, financiación cuyas condiciones habían venido siendo extraordinariamente benignas gracias a las enormes cantidades de dinero que habían tenido como destino de inversión el mercado hipotecario secundario, según vimos.

Ello hasta el punto de que los recursos de la financiación hipotecaria proceden en más de un 50 por 100 del mercado secundario, mercado que desde el verano del año 2008 se ha retraído fuertemente por la negativa de los inversores institucionales tradicionales (fondos soberanos, fondos de pensiones, sociedades de inversión, en su mayoría extranjeras) a suscribir nuevas emisiones en los volúmenes anteriores por falta de confianza. Así frente a los 120.000 millones de euros colocados en emisiones hipotecarias en 2008 (cifra que equivale casi al 90 por 100 de todo el crédito hipotecario nuevo de 2010) se ha pasado a una cifra escasamente superior a los 60.000 millones, es decir, ha caído a la mitad de su volumen en el estrecho margen temporal de dos años. Sin esos recursos el sistema financiero español carece de la liquidez necesaria para mantener el mismo nivel de concesión de préstamos y créditos hipotecarios y, en consecuencia, las nuevas concesiones responden a un criterio selectivo y de mayor exigencia de la solvencia de los deudores, solvencia que en términos generales, a su vez, se ha resentido como consecuencia del impacto de la crisis en los niveles de renta y de empleo de la población.

Por ello, los desafíos que ahora se plantean en este terreno son múltiples, y entre ellos figuran no solo la necesidad de buscar nuevos instrumentos jurídicos distintos de la propiedad para facilitar el acceso a la vivienda (potenciando el arrendamiento, con o sin opción de compra, y el derecho de superficie) o la de dar protección adecuada a los compradores que han adquirido viviendas sobre plano y que se ven expuestos a perder las cantidades anticipadas por la declaración de concurso del vendedor, sino también los de reactivar el mercado secundario (tema al que dediqué un estudio anterior)², facilitar fórmulas de refinanciación a los compradores que han incurrido en situaciones de sobreendeudamiento por haber contratado créditos hipotecarios en los años inmediatamente anteriores al estallido de la crisis en el momento de máxima revalorización y carestía de los inmuebles, y la situación de quienes por no poder evitar la situación de insolvencia sobrevenida se ven abocados a la ejecución hipotecaria, tema

² «La ejecución hipotecaria y el mercado secundario», en *Cuadernos de Derecho Registral*, Ed. Fundación Registral, Madrid, 2008.

en el que nos centramos en este estudio con particular atención a la cuestión de la responsabilidad personal e ilimitada concurrente con la hipotecaria y su tratamiento en la legislación procesal española.

Estas situaciones de insolvencia han disparado el número de ejecuciones hipotecarias. Así, si en 2007 se tramitaron en España 25.943 procedimientos de ejecución directa contra bienes hipotecados, esta cifra se elevó a 93.622 en 2010, es decir, casi se cuadruplicó. Bien es cierto que la situación se ha estabilizado, de forma que si en 2008 el aumento experimentado respecto de 2007 fue de un 126 por 100, y en 2009 de un 59 por 100 respecto del año anterior, en 2010 la tasa de aumento se ha reducido al 0,3 por 100. Este hecho se explica por factores exógenos al mercado hipotecario (fundamentalmente al aumento del desempleo), pero también por otros endógenos a dicho mercado. Es evidente que hay una estrecha correlación entre los índices de los tipos de interés hipotecarios, los índices de esfuerzo de amortización en términos de absorción de renta familiar disponible, la tasa de morosidad y el número de ejecuciones hipotecarias. Pues bien, desde este punto de vista el momento álgido de los problemas se situó en 2008 en que el Euribor registró un valor medio anual del 4,81 por 100. Estos tipos de interés, combinados con los precios de la vivienda situados en máximos históricos (lo que suponía también importes medios contratados de préstamos hipotecarios históricamente elevados —en torno a 145.000 por operación—), llevó el esfuerzo teórico anual de un hogar medio español para hacer frente al pago de la hipoteca a un máximo del 49,2 por 100 de su renta disponible (si bien con el descuento de la desgravación fiscal quedaba en el 39,7 por 100). La fuerte reducción de los tipos de interés durante 2009 y 2010 (en registros medios históricamente mínimos de un 1,62 por 100 y 1,35 por 100, respectivamente), y el descenso en la cifra de los promedios de capitales contratados por el ajuste de precios en la vivienda y la disminución del *loan to value*, ha reducido aquella tasa de esfuerzo en 2010 al 33,8 por 100 (27,4 por 100 en su versión neta de impuestos). Ello explica, junto con las políticas refinanciación llevadas a cabo por las entidades financieras, buscando activamente soluciones alternativas a la ejecución, que a pesar de la mala coyuntura económica general las tasas de la denominada en términos económicos morosidad hipotecaria (en el crédito para vivienda) haya descendido en 2009 al 3 por 100 y aún se haya reducido en 2010 al 2,6 por 100. Aún con todo, son muchos miles de ciudadanos los que se han visto abocados a una inevitable situación de ejecución de su vivienda. Ante el innegable drama personal y social que ello representa, son muchas las iniciativas y medidas de carácter preventivo y paliativo que se han adoptado, y las propuestas que se han formulado. Entre ellas ha habido una que ha creado un debate especialmente intenso y que se refiere a la posible limitación de la responsabilidad del deudor hipotecario a la exclusiva responsabilidad hipotecaria, liberando la deuda en su totalidad en caso de adjudicación o dación en pago de la vivienda. Este debate tuvo su origen en ciertas resoluciones judiciales que pasamos a analizar a continuación.

III. LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS. RECIENTES DECISIONES JUDICIALES EN LA MATERIA

Recordemos que la situación normativa actual en esta materia, vigente desde hace 150 años, viene definida por el artículo 1911 del Código Civil conforme al cual, «del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros», precepto que sanciona en nuestro Ordenamiento Jurídico el principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor. Este principio no se deroga por el hecho de que la obligación esté garantizada mediante hipoteca, ya que conforme al artículo 105 de la Ley Hipotecaria, *«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»*, salvo que las partes pacten en la escritura de constitución de la hipoteca que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados, en cuyo caso, *«la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor ... quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados y no alcanzará a los demás bienes del patrimonio del deudor»*, según dispone el artículo 140 de la Ley Hipotecaria (pacto que es muy poco frecuente en la práctica). Este principio de responsabilidad patrimonial universal, propio de la tradición jurídica española, es seguido también por la mayor parte de los países europeos (Bélgica, Alemania, Grecia, Francia, Irlanda, Portugal, Reino Unido, etc.), a diferencia del régimen existente en algunos Estados de los Estados Unidos de América de limitación a la exclusiva responsabilidad hipotecaria.

En coherencia con dicho principio de responsabilidad patrimonial universal, la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla la hipótesis de la insuficiencia del valor de los bienes hipotecados, previendo en su artículo 579 —en la versión originariamente dada por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil— que «si subastados los bienes hipotecados..., su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución», norma que no queda excepcionada cuando por quedar desierta la subasta se adjudica la finca hipotecada al ejecutante por el 50 por 100 del valor de su tasación, según dispone el artículo 671 de la citada Ley de Enjuiciamiento Civil. A mi juicio, es en estos dos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, más que en el principio sustantivo de la responsabilidad patrimonial universal, donde se debe centrar el debate y buscar las soluciones.

Ahora bien, al hilo de la situación provocada por la proliferación de ejecuciones hipotecarias debidas a la elevación de la tasa de morosidad, que hemos descrito, se han pronunciado diversas resoluciones judiciales en relación con el tema de la responsabilidad personal de los deudores hipotecarios en los casos de insuficiencia del producto obtenido por la realización del valor de la finca

hipotecada, resoluciones que, al apartarse de los criterios de interpretación pacíficamente asumidos hasta ahora, han despertado una viva polémica en medios jurídicos y sociales, habiendo llegado el debate también al terreno político al plantearse la posibilidad de una eventual revisión de la legislación en la materia.

Entre las citadas resoluciones judiciales voy a destacar tres: un Auto de la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010; un Auto del Juzgado Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, y otro Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Sabadell, de 30 de septiembre de 2010.

1. EL AUTO DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA, DE 17 DE DICIEMBRE DE 2010

La más reciente y polémica de las Resoluciones citadas ha sido el Auto de la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010, por la que desestima el recurso de apelación interpuesto por una entidad financiera contra un Auto de 13 de noviembre de 2009 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2 de Estella, por el que se denegó la continuación del procedimiento de ejecución ordinario por insuficiencia del valor obtenido mediante la adjudicación de la finca hipotecada para la satisfacción de la deuda.

Partiendo de la situación normativa vigente antes reseñada, que el citado Auto no puede por menos que aceptar, en el caso concreto contemplado en tal resolución, producido el impago de las cuotas pactadas, el banco acreedor instó la ejecución de la hipoteca mediante subasta de la finca hipotecada, la cual quedó desierta, por lo que la finca fue adjudicada al banco por el 50 por 100 del valor de tasación, en aplicación del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dándose la circunstancia de que la deuda perseguida era inferior al valor en que inicialmente fue tasada la finca, pero superior al 50 por 100 del mismo. El Juzgado de Instancia denegó la petición del banco acreedor de continuación de la ejecución por la vía ordinaria y por la diferencia entre el valor de adjudicación y la cifra del total adeudado, denegación que apoyaba en dos motivos: primero, por entender que tal pretensión suponía un abuso de derecho, y segundo porque a los efectos de la liquidación de la deuda debía computarse el valor de la finca asignado en su tasación inicial y no solo un 50 por 100 del mismo, por lo que computado en tal forma el saldo de la deuda debía entenderse ya liquidado.

La Sección segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, ante la que el banco ejecutante presentó apelación contra el Auto del Juzgado, resuelve el recurso mediante un Auto de 17 de diciembre de 2010 en el que desestima la apelación. La Audiencia no sostiene la primera línea argumental del Auto

impugnado, pero sí la segunda. Ciertamente la ausencia de abuso del derecho y de enriquecimiento injusto en las hipótesis del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha sido confirmada de forma reiterada por el Tribunal Supremo. Así, en su sentencia de 16 de febrero de 2006 afirma que «el enriquecimiento sin causa no puede ser aplicado a supuestos previstos y regulados por las leyes, pues entre otras razones, no está a disposición del juzgador corregir, en razón de su personal estimación sobre lo que sea justo en cada caso, las resultas de la aplicación de las normas... En el caso de adjudicaciones realizadas en pública subasta en el curso de procedimientos de realización de garantías tramitados al amparo del hoy derogado artículo 131 de la Ley Hipotecaria, la jurisprudencia ha considerado que... no puede existir enriquecimiento injusto por el hecho de que la adjudicación se haya producido a favor del acreedor por un precio inferior al de tasación, supuesto que en el proceso se hayan seguido los trámites legalmente previstos y se haya aprobado judicialmente el remate». Más adelante, reiterando otros pronunciamientos anteriores del mismo Tribunal (cfr. sentencias de 15 de noviembre de 1990, 18 de noviembre de 2005), excluye la existencia del enriquecimiento injusto incluso cuando la divergencia entre el precio de tasación y el de adjudicación sea notable, «ni siquiera en un supuesto en que se reconoció que el precio del remate a favor de la entidad concedente fue irrisorio y absolutamente desproporcionado» (cfr. sentencia de 8 de julio de 2003). Veremos, sin embargo, cómo desde una óptica de *lege ferenda*, este tema admite otras consideraciones, que en todo caso han de ser muy meditadas en orden a la trascendencia de los intereses en juego.

Igualmente excluye el Tribunal Supremo la existencia de abuso del derecho en estos casos cuando el acreedor pretende el cobro de la parte de la deuda no satisfecha en la ejecución hipotecaria, afirmando la sentencia de 25 de septiembre de 2008 que «Tampoco puede afirmarse que actúe el acreedor con manifiesto abuso de derecho si exige al deudor el importe que resta del crédito por el que ejecutó, cuando en el proceso de ejecución no ha conseguido la cantidad suficiente para la satisfacción total de aquel. Ello solo puede suceder si se ha pactado al amparo del artículo 140 de la Ley Hipotecaria la responsabilidad limitada, que es una excepción a lo que dispone el artículo 105 de la misma Ley y que concreta la responsabilidad del deudor al importe de los bienes hipotecados... El pacto permitido por el artículo 140 de la Ley Hipotecaria no se concertó en la escritura de préstamo hipotecario convenida entre demandante y demandados... Así las cosas, no puede tacharse de conducta abusiva la del acreedor que usa en defensa de sus derechos las facultades que le concede la ley, concretada en la reclamación de la diferencia entre el total de su crédito por el que ejecutó y el importe por el que se adjudicó en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria los bienes gravados».

La segunda línea argumental del Juzgador de Instancia, esta sí respaldada por la Audiencia, consiste en afirmar que el valor real de la finca adjudicada no

es inferior a la deuda, pues el propio banco tasó la finca en la cantidad que a tal efecto se indicó en la escritura de constitución, que era superior al principal de préstamo, por lo que cualquiera que haya sido el resultado de la subasta el valor de la finca sí cubre el capital del préstamo. La Audiencia confirma este criterio a pesar de que el banco aportó una nueva tasación de la finca que vendría a confirmar el valor de adjudicación, ya que dicha nueva tasación aportada a los autos por el ejecutante no fue admitida, sin que el ejecutante recurriera el auto por el que se inadmitía dicha prueba.

Sin embargo, esta línea argumental resulta contradicha expresamente por la Sección tercera de la misma Audiencia Provincial de Navarra en Auto de 28 de enero de 2011, dictado en grado de apelación contra otro Auto procedente del mismo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2 de Estella, en el que comienza con una reflexión sobre la sumisión del Juez a la ley, como contrapeso de su independencia, concluyendo que la actuación del Juzgado afecta al principio de seguridad jurídica por alterar el marco normativo existente. En esta línea, la Audiencia de Navarra afirma en este caso que el Auto impugnado parte del error de identificar valor de tasación con valor real de mercado cuando esto no es así, pues como consecuencia de las circunstancias económicas existentes el valor de tasación de un inmueble en un momento determinado puede o no coincidir en otro momento distinto con su valor real de mercado, «que no es sino la cantidad de dinero que en un momento preciso se esté dispuesto por alguien a pagar por él».

A este propósito es preciso recordar que por parte de algunos autores se ha puesto de manifiesto que la simplificación procedimental en las ejecuciones directas contra bienes hipotecados, incluyendo la fijación de un precio de tasación en la escritura de constitución de la hipoteca a fin de evitar el trámite de la valoración pericial antes de la subasta, no está exenta de ciertos inconvenientes, destacando que la ligereza en la determinación subjetiva del precio de subasta, en atención al carácter más o menos improbable de la ejecución, puede producir desfases en relación al valor real de la finca hipotecada, que pueden perjudicar al deudor, como por ejemplo en los supuestos de ejercicio de posibles tanteos o retractos, lo cual resulta de gran importancia no solo en relación con los intereses directos del deudor ejecutado, sino también respecto del mercado secundario por el riesgo que introduce, de posible pérdida del valor de la garantía de cobertura de la emisión de los títulos hipotecarios.

Sin embargo, y aun siendo ciertamente conveniente que la fijación del tipo se realice con la mayor seriedad y rigor posibles, lo cierto es que lo que se les pide a los interesados no es la averiguación intuitiva y precisa del valor real de la finca hipotecada, ya que precisamente se trata de eludir una valoración pericial de la misma, sino simplemente establecer un precio de salida para la subasta. Será la dinámica propia de la subasta la que, en principio, conduzca a la fijación del valor real a través del mecanismo de la oferta en concurrencia.

Por ello, si el tipo resultó demasiado bajo la subasta generará las elevaciones correspondientes, y si resultó demasiado alto también serán las pujas presentadas en la subasta las que lo corregirán.

Cualquier otro planteamiento es quimérico, ya que el valor de una cosa, como en el caso de los bienes inmuebles, están sujetos a oscilaciones en el tiempo, según las circunstancias del mercado en función de los parámetros generales de la economía, como los tipos de interés, la tasa de ahorro, el aumento o disminución de la población en el lugar de situación del inmueble, la rentabilidad comparativa con otras inversiones alternativas al mercado inmobiliario, etc. Y todo ello sin contar con la posibilidad de mutaciones en la situación física o jurídica de la finca durante el periodo intermedio entre la constitución de la hipoteca y su ejecución (construcciones sobre un solar, mejoras o deterioros sobre una finca ya construida, la descalificación de una vivienda de protección oficial, la extinción de un arrendamiento sobre la finca con rentas congeladas, etc). Estos factores no solo resultan posibles sino incluso probables teniendo en cuenta que los contratos u obligaciones garantizados con hipoteca inmobiliaria suelen ser de larga duración.

Esta cuestión sobre la asimilación o la distinción entre el tipo para subasta y el valor real de la finca se planteó ante el Tribunal Supremo y fue resuelta en el sentido apuntado en su sentencia de 24 de marzo de 1993, en la que tras examinar un supuesto de limitaciones urbanísticas establecidas en un Plan de Ordenación que impedirían un uso edificatorio libre sobre el solar adquirido en subasta, por tratarse de suelo dotacional público, señala que «el precio de salida es inmodificable (regla 9.ª del art. 131) y sirve de base para la aprobación del remate o posibles rebajas posteriores, pero nunca es reflejo del total valor real de la cosa que será el que tenga (subjativa u objetivamente) el día del remate para los licitadores, a cuyo efecto será el criterio del licitador el que formará la determinación de su voluntad. Las cosas hipotecadas son susceptibles de cambios, aumentos o disminuciones de valor (accesiones por edificación o planta, destrucciones, etc.). Le incumbe, pues, al licitador ver, investigar; en definitiva, informarse para concurrir a la subasta».

No obstante, con ser esto cierto, no por ello cabe renunciar a examinar la posibilidad de que, manteniendo el carácter sumario del procedimiento de ejecución hipotecaria y la necesaria agilidad y rapidez en su tramitación, determinados ajustes en la regulación procesal de la subasta de la finca hipotecada puedan favorecer su finalidad institucional, esto es, la extracción de todo su valor en cambio. El objetivo perseguido es el de lograr una suerte de alquimia jurídica consistente en la transformación de valores ilíquidos (la propiedad sobre los inmuebles) en valores líquidos (dinero) para satisfacer el crédito ejecutado, transformación que ha de realizarse de la forma más rápida y eficiente posible. Pero la eficiencia se resiente cuando la rapidez de la ejecución va en detrimento del precio que razonablemente, y en condiciones normales de mercado al tiem-

po de la ejecución, cabe esperar obtener de la finca ejecutada como su justa estimación, tema al que dedicaremos un apartado específico en este estudio. No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, en todo caso lo que no cabe sostener en términos jurídicos es que el valor de adjudicación, en caso de que la subasta quede desierta, ha de ser íntegramente el valor en que se tasó la finca en el momento inicial de la constitución de la hipoteca, pues tal afirmación, por bien intencionada que sea, carece de amparo en el Derecho vigente.

2. EL AUTO DEL JUZGADO MERCANTIL, NÚMERO 3 DE BARCELONA, DE 26 DE OCTUBRE DE 2010, DICTADO EN UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL

Guarda relación igualmente con el tema de la limitación de la responsabilidad del deudor hipotecario, el Auto del Juzgado Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, dictado en un procedimiento concursal iniciado a solicitud de un matrimonio, en el trámite de aprobación de las cuentas de la liquidación del concurso, en el que se acuerda no solo aprobar las cuentas, sino también declarar la exoneración de los concursados del pago de las deudas no satisfechas en la fase de liquidación.

Los concursados habían presentado propuesta de convenio ofreciendo una quita del 60 por 100 y una espera de cinco años. La junta de acreedores no pudo celebrarse por falta de *quórum*, abriéndose a continuación la fase de liquidación. El administrador concursal realizó las operaciones liquidatorias mediante la venta de la vivienda de los concursados, pagando con su producto la totalidad del crédito privilegiado, todo el crédito contra la masa y el 45 por 100 del crédito ordinario. Los concursados eran pensionistas sin otros bienes realizables, pues su pensión, por razón de su importe, se destina casi exclusivamente al pago de los alimentos que les corresponden con cargo a la masa del concurso.

No existían otros bienes realizables, ni procedía el ejercicio de acciones de reintegración, y el concurso fue calificado de fortuito. Por ello procedería conforme al artículo 176.1.4 de la Ley Concursal la conclusión del concurso. Pero para tal caso el artículo 178.2 de la misma Ley dispone que «el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes» y que «los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare un nuevo concurso», precepto que no es sino el trasunto en el ámbito concursal del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil. Sin embargo, esta regulación genera la paradoja de que el concurso concluye sin que se haya superado la causa del mismo —la insolvencia del concursado persona física—. Por ello para evitar las nuevas ejecuciones singulares de los acreedores habrá de solicitarse un nuevo concurso (a fin de obtener la suspensión del devengo de nuevos intereses, la subordinación de estos, y el cierre de las vías de apremio). Pero esta reapertura

debería ir seguida de una nueva declaración de conclusión por falta de activos en el patrimonio del concursado, dando lugar a un círculo vicioso y sin fin. Frente a ello la única alternativa sería la de prorrogar la fase de liquidación más allá del plazo de un año, conforme al artículo 153 de la Ley. Pero la única renta que se podría destinar al pago de la deuda es el importe de la pensión de los concursados (escasamente superior en el caso concreto del Auto comentado al importe del salario mínimo interprofesional), dado que el artículo 145.2 de la Ley Concursal dispone que la apertura de la liquidación producirá la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa.

Pero el Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, entiende que dicho precepto se ha de poner en relación con el artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto garantiza un mínimo de bienes inembargables (incluido el importe de las pensiones equivalentes al salario mínimo interprofesional), por lo que sostiene que la posibilidad de iniciar nuevas ejecuciones posteriores al concurso por parte de los acreedores insatisfechos debe referirse exclusivamente no a los créditos concursales, sino a los postconcursoales —créditos contra la masa desatendidos—, cancelando así todo el crédito concursal no satisfecho con la masa activa del concurso.

El auto concluye con una reflexión de *lege ferenda* sobre la necesidad de dar salida a las situaciones de sobreendeudamiento de particulares de buena fe, evitando su exclusión social, en línea con las intenciones de la Comisión europea en esta materia, por la que viene abogando desde la aprobación del Libro Blanco sobre la integración de los mercados hipotecarios primario y secundario en Europa de 2007.

3. EL AUTO DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA, NÚMERO 2 DE SABADELL, DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2010

El tercer pronunciamiento judicial al que nos referimos es el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Sabadell, de 30 de septiembre de 2010. En este caso se había dictado Auto despachando ejecución hipotecaria contra el deudor, el cual se opuso alegando pluspetición y nulidad por la existencia de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo. Ante la imposibilidad de entrar en la valoración de estas causas de oposición por razón de las limitaciones que a la contradicción entre las partes establece la Ley de Enjuiciamiento Civil en sede del procedimiento de ejecución directa contra bienes hipotecados, más allá de las tasadas causas previstas en el artículo 695, que las limita a la acreditación de la extinción de la obligación garantizada o de la hipoteca y al error en la determinación del saldo de la cuenta garantizada, el Juez de la ejecución acuerda plantear al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad respecto de los artículos 695, 698 y 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en

relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del ejecutado hipotecario (cfr. art. 24 de la Constitución), el derecho a una vivienda digna (cfr. art. 47) y el principio de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos (cfr. art. 9.3 de la Constitución). Y en consecuencia, suspende provisionalmente las actuaciones de ejecución hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie.

Pues bien, el artículo 129 de la Ley Hipotecaria establece que la acción hipotecaria puede ejercitarse directamente contra los mismos bienes gravados, de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. Como se desprende del citado precepto, se trata de un procedimiento de pura actuación procesal del derecho de hipoteca (vid. PEÑA, ROCA-SASTRE, etc.), en el que la acción hipotecaria se dirige directamente contra los mismos bienes gravados. Por ello ha podido afirmar el Tribunal Supremo (vid. sentencia de 24 de marzo de 1983), que el procedimiento judicial sumario constituye un simple proceso de ejecución dirigido a la realización del valor en cambio de la finca que carece de fase contenciosa y se atiene a los estrictos datos del Registro, por cuanto entraña una acción directa contra los bienes. E incluso en sentencia de fecha posterior (de 12 de noviembre de 1985) llega a afirmar el propio Tribunal Supremo que, teniendo en cuenta los trámites del procedimiento y principalmente la inexistencia de enfrentamiento entre las partes, dicho procedimiento no puede calificarse de juicio declarativo, ni siquiera de juicio ejecutivo, sino que constituye simplemente una vía de apremio dirigida contra los bienes hipotecados, no precedida de cognición, es decir, no hay acción personal ni previa discusión o contención.

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha asumido esta caracterización, afirmando en su sentencia de 17 de enero de 1991, en la que reitera su posición de sentencias anteriores, que «este tipo de procedimiento se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones, ya que la presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores o acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización, y que el deudor —sigue afirmando el Tribunal Constitucional— como los terceros poseedores o acreedores posteriores, más allá de la posibilidad de detener la ejecución mediante el pago, para lo que la ley establece que debe hacerse el oportuno requerimiento, apenas tienen posibilidad de contención».

Asumida tal caracterización, no debe extrañar que la ley trate de reducir al máximo la intervención del deudor, tercer poseedor y demás interesados en la ejecución, hasta el punto de que se ha llegado a afirmar que en este procedimiento no existen partes procesales, sino simples afectados. Ello tiene por objeto acelerar el curso del procedimiento evitando dilaciones indebidas e impidiendo que el procedimiento se vea suspendido, salvo los taxativos supuestos establecidos legalmente, es decir, en los casos de querrela por falsedad de los títulos

hipotecarios, tercería de dominio basada en título inscrito, cancelación de la hipoteca en el Registro o diferencia entre deudor y acreedor en la fijación del saldo de la cuenta corriente garantizada con la hipoteca.

Pues bien, esta sumariedad del procedimiento que impide ventilar en su seno las controversias que puedan surgir entre el acreedor y los restantes afectados por la ejecución por causas distintas de las tasadas legalmente había dado ya lugar (con anterioridad a la cuestión de inconstitucionalidad ahora comentada) a la presentación de diversos recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando la vulneración del derecho de tutela judicial efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos consagrado por el artículo 24, número 1, de la Constitución Española, por razones sustancialmente coincidentes con la argumentación empleada en el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Sabadell, de 30 de septiembre de 2010.

Sin embargo, tales recursos de amparo fueron reiteradamente rechazados por el Tribunal Constitucional desde su sentencia de 18 de diciembre de 1981 (posteriormente confirmada por las de 17 de mayo de 1985 y 30 de junio de 1993), en base a un doble argumento, que confluyen en un fundamento común. En primer término, por considerar que la limitación de las causas de suspensión no empecen, sin embargo, la posibilidad de que todas las reclamaciones que puedan formular el deudor, terceros poseedores y restantes interesados se puedan ventilar en el procedimiento declarativo ordinario que corresponda. En segundo lugar, la limitación de controversia y demás particularidades de este procedimiento no vulneran el derecho de defensa consagrado por el artículo 24 de la Constitución Española, al carecer la resolución que pone fin a dicho procedimiento de los efectos propios de cosa juzgada material, dejando pues la puerta abierta para obtener la referida tutela en juicio declarativo ordinario, donde se podrán residenciar cuantas pretensiones se estimen oportunas con plenitud de cognición, controversia y de garantías procesales.

Por otra parte, no debe olvidarse que la ejecución directa sobre bienes hipotecados es un procedimiento de base registral, esto es, basado en la legitimación registral y en los pronunciamientos de los asientos del Registro de la Propiedad. Por tanto, el procedimiento judicial sumario se basa en la presunción de que el derecho de hipoteca es válido y pertenece a su titular, el acreedor hipotecario, en la forma que resulta del Registro, pudiéndose ejercitar su función de extracción del valor en cambio de la finca, en tanto no se pruebe en sede judicial la inexactitud del propio Registro (cfr. arts. 18 y 38 de la Ley Hipotecaria, y sentencias del Tribunal Supremo, de 24 de marzo de 1983 y de 9 de febrero de 1995).

Finalmente, hay que añadir a la argumentación del Tribunal Constitucional que la propia Ley arbitra un mecanismo cautelar para asegurar la efectividad de la sentencia que recaiga en el declarativo ordinario mediante la facultad de pedir la retención de todo o parte de la cantidad que en virtud del procedimiento

judicial de ejecución hipotecaria haya de entregarse al actor (cfr. art. 698.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El Juez titular del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Sabadell, no ignora esta jurisprudencia constitucional, pero aún así justifica la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad en base al argumento adicional de que las restricciones al régimen de oposición a la ejecución por parte del deudor se ven agravados como consecuencia de la previsión contenida en el artículo 579 de la Ley hipotecaria, tras su reforma de 7 de enero de 2000, al disponer que si el producto de la subasta de los bienes hipotecados fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas de la ejecución ordinaria. Esto significa que se produce una concatenación entre el procedimiento hipotecario y el ordinario sin que se le reconozca al ejecutado un nuevo trámite de oposición en el momento del tránsito de un procedimiento al otro.

Sin embargo, a la vista de la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, era ciertamente difícil que alguno de estos dos argumentos pudiera prosperar y hacer variar dicha doctrina. En cuanto a la reforma operada por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, porque en lo relativo al régimen de oposición por parte del ejecutado la nueva regulación es sustancialmente coincidente con la derogada que se contenía en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Y en cuanto al argumento de la inexistencia de un nuevo trámite de oposición en la conversión del procedimiento hipotecario en ordinario en las hipótesis del artículo 579 porque se trata de una alegación que no podía ser tomada en consideración por el Tribunal al no ser este precepto una norma de cuya validez dependiera el fallo del procedimiento pues la cuestión de inconstitucionalidad se planteó en el momento inicial de la tramitación del procedimiento hipotecario, momento en que dicho precepto no entra en juego (al margen de lo que resulta de la recién aprobada reforma en la ley de agilización procesal, a que nos referiremos después). Así lo ha confirmado recientemente, el Auto número 113/2011 de Tribunal Constitucional, de 19 de junio de 2011 que, con un voto particular, ha inadmitido a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 7223-2010, planteada por el Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Sabadell, en relación con los artículos 579, 695 y 698 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, al estimar que falta en el recurso el preceptivo juicio de relevancia constitucional respecto de los artículos 579 y 695 de la citada Ley, y por adolecer de falta notoria de fundamento respecto del artículo 698 al desconocer la previa jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional.

4. LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL DE LA DGRN

En las conclusiones a que llegamos en el apartado anterior resulta fundamental la doctrina sentada por la DGRN en sus recientes Resoluciones de 1 de octubre, 4 de noviembre y 21 de diciembre de 2010 y 11 de enero y 8 de junio de 2011, en las que aclara y confirma la competencia de los Registradores para depurar las escrituras de constitución de hipoteca de las cláusulas nulas y abusivas que pudieran contener al tiempo de calificar su validez e inscribibilidad, frente a Resoluciones anteriores que en base a una interpretación ya superada de la reforma introducida en el artículo 12 de la Ley Hipotecaria por la Ley 41/2007, habían sostenido una tesis restrictiva de dicha competencia calificadoria.

Analizado el tema de la ejecución de la hipoteca desde la perspectiva de la calificación registral de los contratos de préstamo hipotecario, la conclusión se confirma. En efecto, la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 41/1981, de 18 diciembre de 1981, dictada en recurso de amparo en el que se alegaba la inconstitucionalidad de la regulación del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria regulado a la sazón en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria entonces vigente por infracción al principio de tutela judicial efectiva, avala la constitucionalidad del citado procedimiento, como hemos dicho, en base a dos argumentos: la posibilidad de que el deudor ejecutado pueda acudir al juicio declarativo ordinario para hacer valer las causas de oposición que no puede alegar en el procedimiento de ejecución, y las garantías derivadas de la intervención del Registro, entre las que se encuentra obviamente la previa calificación de los títulos inscribibles. Dice en concreto la sentencia que: *«Característica común de los procedimientos cuestionados es la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones. La presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores o de acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización. El deudor tiene unas posibilidades de contención muy limitadas. Puede detener la ejecución mediante el pago... mas fuera de esa posibilidad el demandado tiene muy contadas posibilidades. Frente a las once excepciones que permite el artículo 1464 LEC para el juicio ejecutivo ordinario, la LH preceptúa que las reclamaciones que pueda formular el deudor, los terceros poseedores y los demás interesados, incluidas las que versen sobre la nulidad del título o de las actuaciones o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, “se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda”. ...En el procedimiento de ejecución hipotecaria se limita extraordinariamente la contradicción procesal, pero ello no significa que se produzca indefensión. Hay que reconocer, con la doctrina, que en el procedimiento debatido falta la controversia entre las partes. En puridad, es un proceso de ejecución. Más en concreto, es un procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cog-*

nición. ... La ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento. No se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo. ... 7. La hipoteca voluntaria ... se inscribe en el Registro, con una inscripción que tiene valor constitutivo. El nacimiento de la hipoteca se halla así sometido a la voluntad del constituyente en la fase anterior al Registro y en la propiamente registral. Este dato permite sostener que la contradicción en el sentido amplio del término, y la defensa frente a las pretensiones del acreedor, no solamente están garantizadas por el declarativo ordinario, sino que lo están también, durante la vida de la hipoteca, por lo que se puede llamar procedimiento registral que permite al deudor oponerse a la inscripción o instar la cancelación de la hipoteca cuando concurran los requisitos para ello. Así, la favorecida posición del acreedor está compensada con las garantías registrales que la ley concede al deudor para incidir en el nacimiento, subsistencia y extinción del título».

Resulta evidente que si se pretendiese la ejecución de una hipoteca en base a una causa de vencimiento anticipado pactado en una cláusula que no hubiera podido ser calificada registralmente al tiempo de su inscripción, ni siquiera en caso de ser contraria a norma imperativa o prohibitiva, se produciría un dilema desde el punto de vista de la constitucionalidad del procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, pues decaerían las garantías registrales a que se refiere la transcrita sentencia 41/1981, de 18 diciembre de 1981, del Tribunal Constitucional, dilema que desaparece desde el momento en que la constitución de la hipoteca se subordina a su inscripción registral (cfr. art. 1875 del CC) y, a su vez, la inscripción se subordina a la previa calificación registral de su validez (cfr. art. 18 de la LH).

En definitiva, la sumariedad del procedimiento y la ausencia de contradicción se justifican en buena medida por el hecho de que se trata de un procedimiento de base registral, esto es, basado en los pronunciamientos de los asientos del Registro de la Propiedad y en la legitimación registral, legitimación que, a su vez, requiere previa calificación. Por tanto, el procedimiento de ejecución hipotecaria directa se basa en la presunción de que el derecho de hipoteca pertenece a su titular —el acreedor hipotecario— en la forma que resulta del Registro, pudiéndose ejercitar su función de extracción del valor en cambio de la finca, en tanto no se pruebe en sede judicial la inexactitud del propio Registro (cfr. sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1983 y de 9 de febrero de 1995). Situación que no solo no cambia la Ley 41/2007, sino que se reafirma con la nueva redacción que dio al artículo 130 de la Ley Hipotecaria, con arreglo a la cual: *«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»*. De forma que no solo las cifras de responsabilidad hipotecaria, sino también los sujetos activo y pasivo de la acción procesal, y los restantes

pactos (de ejecución, de vencimiento anticipado, sobre cláusulas financieras, sobre posibles alteraciones del rango, etc.) deberán tomarse en consideración en la ejecución en la medida en que previamente se hayan hecho constar en título público, pero solo en la forma y con la extensión que el mismo se haya inscrito en el Registro de la Propiedad (por tanto, sin posibilidad de ejecutar sobre la base de las cláusulas que no hayan pasado el filtro de legalidad de la calificación registral).

En definitiva, del mismo modo que la inscripción de la hipoteca tiene efectos constitutivos (cfr. arts. 1875 del CC y 145 de la LH), y si la hipoteca no se inscribe no produce efectos frente a terceros, igualmente la causa de vencimiento anticipado que no se inscribe no sirve de base para el procedimiento de ejecución hipotecaria (cfr. art. 130 de la LH). Por ello resulta impensable permitir el acceso indiscriminado al Registro de causas de vencimiento anticipado contrarias a normas imperativas o prohibitivas, o incluso declaradas nulas por los Tribunales, y dotarlas con ello de eficacia *erga omnes*. Si las causas de vencimiento anticipado producen efectos frente a terceros a partir de su inscripción, entonces hay que calificarlas permitiendo o denegando según el caso el acceso al Registro de las mismas (cfr. art. 12.2 de la LH).

El procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados prevé un mecanismo cautelar para asegurar la efectividad de la sentencia que recaiga en el declarativo ordinario al que se lleve la causa de oposición que no se pueda hacer valer en el ejecutivo mediante la facultad de pedir la retención de todo o parte de la cantidad que en virtud del procedimiento de ejecución directa haya de entregarse al acreedor (cfr. art. 698.2 de la LEC). Entre las reclamaciones a que se refiere este precepto se incluyen las relativas a la «*nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda*», y la retención la ha de acordar el Tribunal mediante providencia, «*si estima bastantes las razones que se aleguen*». Además, de esta reclamación se podrá tomar anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad, anotación que no se cancelará en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133 de la Ley Hipotecaria en caso de ser anterior a la nota marginal de expedición de certificación de cargas (cfr. art. 131 de la LH).

Es indudable que la efectividad del procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, y con ella el propio dinamismo del mercado hipotecario, puede verse dañada en caso de que tales retenciones y anotaciones preventivas de demanda proliferasen, peligro que evidentemente se incrementa en caso de que las cláusulas objeto de discusión en sede judicial no gocen de la presunción de legalidad de que las inviste la previa calificación registral. Tanto la retención como la anotación preventiva de demanda citada constituyen medidas cautelares que solo puede acordar el Tribunal cuando, en base a la documentación y alegaciones aportadas por el solicitante, aquel pueda fundar un *juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión*

(*bonus fumus iuris*), conforme al artículo 728.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Requisito que será mucho más difícil que se cumpla si las cláusulas debatidas han sido calificadas registralmente de forma favorable con carácter previo a su inscripción.

Por otra parte, el Derecho Comunitario europeo sobre protección de los consumidores y usuarios tampoco admite una interpretación que difiera esta protección a las instancias judiciales, o reduciendo a la esfera judicial dicha protección. Así resulta con toda claridad de la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 4 de junio de 2009 (asunto C-243/08). En efecto, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores —incorporada a nuestro Derecho en la actualidad a través del 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—, dispone que: *«Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas»*. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve mediante la sentencia citada una cuestión prejudicial cuyo objeto era dilucidar si puede interpretarse dicho precepto en el sentido de que la no vinculación del consumidor a una cláusula abusiva establecida por un profesional no opera *ipso iure*, sino únicamente en el supuesto de que el consumidor impugne judicialmente con éxito dicha cláusula abusiva mediante demanda presentada al efecto. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo resuelve la citada cuestión declarando que *«el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 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»*. Ratifica y precisa en los citados términos su criterio ya expresado en su previa sentencia de 21 de noviembre de 2002, Cofidis (C-473/00), en la que declaró que la protección que la Directiva confiere a los consumidores se extiende a aquellos supuestos en los que el consumidor que haya celebrado con un profesional un contrato en el que figure una cláusula abusiva no invoque el carácter abusivo de la citada cláusula bien porque ignore sus derechos, bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos; y en la sentencia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores (C-240/98), en la que subrayó que queda excluido que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva pueda interpretarse en el sentido de que el consumidor únicamente puede considerar que no está vinculado por una cláusula contractual abusiva si ha presentado una demanda explícita en tal sentido. En el mismo sentido se había pronunciado también la sentencia de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro (C-168/05).

Estos pronunciamientos excluyen, pues, cualquier interpretación que pretenda afirmar que la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas que sanciona el artículo 83.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, requiera de una previa declaración judicial. La nulidad de pleno derecho actúa *ope legis* o por ministerio de la ley y, en consecuencia, las cláusulas afectadas por tal nulidad han de tenerse *por no puestas* también en el ámbito extrajudicial y, en concreto, en el registral. Como ya dijera el profesor DE CASTRO, la nulidad de pleno derecho de los actos y contratos contrarios a las leyes significa que no es precisa declaración judicial previa y es obligación de todos los funcionarios públicos negarles su cooperación³. Por ello, la nulidad que declara el artículo 83 del Real Decreto-Legislativo 1/2007 respecto de las condiciones generales abusivas, la declara la propia ley, y no es preciso que para *tenerlas por no puestas* los funcionarios que aplican la ley, y entre ellos los Registradores, hayan de esperar a su declaración judicial, especialmente cuando se trata de algunas de las cláusulas incluidas en la llamada doctrinalmente «lista negra», bien por vincular el contrato a la voluntad del predisponente, bien por limitar los derechos básicos del consumidor, bien por su falta de reciprocidad o por cualquiera otra de las causas que aparecen expresamente enunciadas en los artículos 85 y siguientes del citado Texto Refundido. Y menos aún tolera dicha jurisprudencia comunitaria que pueda entenderse que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, en su actual redacción, ha venido a derogar el artículo 84 del citado Real Decreto Legislativo 1/2007, cuando ordena a «*Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación*».

La Ley 41/2007 no debe entenderse como derogatoria de estas disposiciones de protección al consumidor, entre otras razones, porque supondría una violación del Derecho de la Unión Europea, como hemos visto, y segundo, porque sería contradictorio con la propia finalidad de la citada Ley enunciada en su preámbulo, conforme al cual la Ley pretende, entre otras cosas, la modernización del régimen de protección de los prestatarios, mediante la búsqueda de una transparencia más efectiva, y garantizar la convergencia en esta materia con la Unión Europea.

En definitiva, el artículo 18 de la Ley Hipotecaria 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. El propio legislador ha reafirmado esta idea

³ DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, 1949, I, pág. 539.

mediante la Ley 2/2009, de 31 de marzo, dentro de su ámbito material de aplicación. En concreto, su artículo 18.1 reconoce de forma expresa que: *«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 del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley»*.

En este sentido, son concluyentes los pronunciamientos contenidos en las Resoluciones de la DGRN, de 1 de octubre, 4 de noviembre y 21 de diciembre de 2010 y 11 de enero de 2011, con los que viene a coincidir plenamente la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 1 de abril de 2011, que anula la Resolución de la DGRN, de 24 de julio de 2008 (que fue una de las primeras que recogió aquella interpretación del art. 12 de la LH, que limitaba drásticamente la calificación registral e introducía la llamada publicidad noticia, ajena a nuestro sistema hipotecario), en la que afirma que *«resulta evidente que el párrafo segundo del artículo 12 de la Ley Hipotecaria no puede determinar la exclusión de la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado si las mismas poseen trascendencia real, pues su inscripción en el Registro de la Propiedad determina su integración en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, gozando de la presunción de validez y exactitud de los asientos del registro, por lo que han de ser calificadas por quien dota al asiento de tal presunción ... “para que accedan al Registro cláusulas que van a participar de los efectos legitimadores y de fe pública, resulta imprescindible que se actúen los filtros de legalidad sancionados por el legislador y con carácter inexcusable, el control de legalidad, dada la autonomía e independencia que conlleva tal función, siendo decisivo el argumento que proporciona la Sala Primera del Tribunal Supremo” (se refiere a su sentencia de 16 de diciembre de 2009), y que recogen las Resoluciones DGRN al reconocer el papel decisivo del Registrador en presencia de una cláusula abusiva, al confirmar la entidad propia de la actividad registral respecto de la judicial y diferenciar entre nulidad y no inscribibilidad de una cláusula»*.

Por ello, si bien no puede negarse que, como afirma el auto del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Sabadell, de 30 de septiembre de 2010, *«atendiendo al desenvolvimiento efectivo del sector hipotecario inmobiliario, seguramente se ha llegado a un momento en el que puede afirmarse, sin temor a faltar al rigor, que en el mismo los contratos principales (escrituras de venta y de préstamos hipotecarios) no son efectivamente negociados entre las partes sino en su mayor parte predispuestos por la entidad prestadora del dinero, lo que puede explicar precisamente los habituales desequilibrios y abusos que re-*

cogen, como se desprende de la ya indicada STS de 16 de diciembre de 2009», sin embargo prescinde la resolución judicial en este punto de los mecanismos desplegados por el Derecho, y en concreto por la legislación sobre protección de los consumidores, también en el ámbito extrajudicial frente al carácter pre-dispuesto y abusivo de algunas cláusulas de los contratos de préstamos hipotecarios. En particular, al señalar que: «Todo ello con independencia de que se haya producido una intervención subsiguiente del notario o del registrador», sin extraer ninguna consecuencia de tal intervención registral, omisión que explica en buena parte las conclusiones a las que llega.

IV. MODIFICACIONES LEGALES FRENTE A LOS RIESGOS DE INSOLVENCIA HIPOTECARIA. REFORMAS APROBADAS EN EL PERIODO 2007-2011

Según resulta de lo anteriormente señalado, las decisiones judiciales analizadas parecen más voluntaristas que sólidamente fundamentadas, sin perjuicio del esfuerzo argumentativo desplegado por las dos últimas reseñadas, y de la búsqueda de soluciones de equidad que claramente las anima. Pero esas mismas decisiones u otras similares podrían generar inseguridad jurídica en un sector de la actividad (el mercado del crédito) extraordinariamente sensible al valor de la confianza y de la certeza y estabilidad de las normas y de los derechos adquiridos. Ahora bien, ello no quiere decir que el Ordenamiento deba caer en el inmovilismo y resignarse a que el interés general (incluyendo el de todos aquellos que esperan obtener un crédito como vía para acceder a una vivienda) esté enfrentado de forma irreconciliable al de quienes sufren situaciones personales de insolvencia que les aboca a procesos de ejecución y lanzamiento ulterior de su vivienda. Ciertamente no hay soluciones mágicas, pero también es cierto que la calidad regulatoria puede resultar determinante para la solución de problemas aparentemente insolubles. Repasaremos a continuación algunas de las reformas que en este orden se han aprobado ya, y otras que a modo de propuestas para el debate sugeriremos con la misma intención de hacer compatibles los objetivos del fortalecimiento del mercado hipotecario (primario y secundario) y la protección de las personas en situación de sobreendeudamiento y riesgo de insolvencia.

Desde el inicio de la crisis se han ido produciendo diversas reformas encaminadas a paliar sus efectos, de resultado desigual, que exponemos siguiendo un criterio de ordenación cronológica.

- A) LA 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

Esta Ley introdujo dos tipos de medidas en relación con las situaciones de insolvencia sobrevenida de los deudores hipotecarios:

a) *En primer lugar, la modificación del artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios.* Se trata de una reforma fundamental dirigida a evitar la insolvencia del deudor por medio de la reestructuración de la deuda a través de la novación de las condiciones financieras del préstamo, que pueden consistir básicamente en dos tipos de medidas: bien en la ampliación del plazo de amortización, bien en la introducción de periodos intermedios de carencia de la amortización del capital. En ambos casos disminuye el importe de la cuota hipotecaria periódica, al suspender la amortización o prorratearla entre un mayor número de mensualidades. La novedad consiste básicamente en el reconocimiento expreso del carácter meramente modificativo de la novación, por lo que la hipoteca novada en tales condiciones conserva su rango hipotecario inicial, para lo que se modificó el artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo. Igualmente se previó la posibilidad de modificar con el mismo carácter (novación modificativa y no extintiva) la modalidad del tipo de interés del préstamo, en la idea de reequilibrar el contenido de las carteras hipotecarias, en las que predominaba de forma excesiva los préstamos a interés variable, según vimos, aunque es preciso reconocer que este objetivo no se ha logrado, ya que el desequilibrio a favor de los préstamos a interés variable no solo no se ha corregido sino que incluso ha aumentado llegando al inédito porcentaje del 99,1 por 100 sobre el total.

Finalmente se preveía también en esta reforma la posibilidad de ampliar el capital del préstamo, sin alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, siempre que no altere la cifra de responsabilidad hipotecaria, pero esta posibilidad se limita por la disposición transitoria (apartado 3) de la Ley 41/2007 a las hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de dicha Ley. Se trataba con ello de introducir en España la figura de la denominada doctrinalmente «recarga» de la hipoteca, sobre la que se generó una viva polémica, entendiendo sus detractores que ello supone convertir un sistema hipotecario de «crédito privilegiado» (el vigente hasta entonces) en otro sustancialmente distinto de «acreedor privilegiado», con quebranto de las normas sobre concurrencia y prelación de créditos, y convirtiendo la hipoteca en una suerte de reserva de rango a favor de cualquier crédito de su titular frente al deudor.

Algunas voces han criticado la limitación de dicho régimen transitorio por entender que excluye de la posibilidad de acogerse a esta medida de reestructuración de la deuda precisamente a los deudores que más lo necesitan, esto es, lo que contrataron las hipotecas en los años inmediatamente anteriores a la Ley de 2007.

Sin embargo, como hemos visto, la única novación que excluye la disposición transitoria de la Ley respecto de los préstamos anteriores es la consistente en la ampliación del capital del préstamo, limitación que, a pesar de la crítica, resulta lógica teniendo en cuenta, por un lado, que si la insolvencia sobrevenida tiene su origen en una situación de sobreendeudamiento no parece muy coherente tratar de resolverla sobre la base de un mayor endeudamiento. Y si lo que se pretende es la agrupación del préstamo hipotecario con otros créditos distintos ya contraídos del mismo acreedor (a fin de que estos últimos se beneficien del tipo reducido de los hipotecarios) ello no puede hacerse con perjuicio de los acreedores con derecho inscrito o anotado sobre la finca en el momento de formalizarse la ampliación, pues iría en contra de los principios de prioridad, inoponibilidad y legitimación registral (cfr. arts. 17, 32 y 144 de la LH), y también en contra de las normas sobre prelación de créditos (cfr. arts. 1926 a 1929 del CC), generando incertidumbre en la contratación inmobiliaria por falta de certeza en el importe real de las cargas hipotecarias. Por el contrario, las novaciones consistentes en ampliaciones de plazo o en la introducción de periodos de carencia (que son las medidas realmente eficaces en las situaciones de sobreendeudamiento) no se ven afectadas por la disposición transitoria y se pueden pactar también en relación con las hipotecas constituidas antes de la entrada en vigor de la Ley 41/2007, sin entrar en colisión con otros acreedores posteriores con derecho inscrito o anotado.

b) *En segundo lugar, la modificación del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.* La segunda medida tenía un carácter más paliativo que preventivo, y consistía en modificar el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para permitir la rehabilitación del préstamo hipotecario que hubiera vencido anticipadamente por el impago de alguna cuota mediante el abono de la misma cuando se trate de la vivienda habitual. La reforma consistió en permitir que esta facultad de liberar la finca hipotecada de la ejecución mediante el pago de la parte del principal y de los intereses vencidos —que en los casos de la vivienda habitual no requiere el consentimiento del acreedor— pueda ser ejercitada en segunda o ulteriores ocasiones siempre que medie un plazo de, al menos, cinco años entre la liberación anterior y el nuevo requerimiento de pago por el acreedor. Es cierto que este plazo puede resultar excesivo en el contexto económico actual, por lo que cabría plantear un acortamiento sustancial del mismo para ajustarlo a la dureza del ciclo económico presente, sujeto al requisito de la viabilidad de los pagos regulares a partir de la segunda liberación, a fin de hacer compatible la rehabilitación del préstamo por el deudor con la certeza de la garantía del acreedor.

B) EL REAL DECRETO 1975/2008, DE 28 DE NOVIEMBRE, SOBRE MEDIDAS URGENTES A ADOPTAR EN MATERIA ECONÓMICA, FISCAL, DE EMPLEO Y ACCESO A LA VIVIENDA

Este Real Decreto aprueba una moratoria temporal y parcial en el pago de los préstamos hipotecarios a favor de personas desempleadas y autónomos. Se ha de tratar de 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 (cfr. art. 3). Pueden acogerse a la medida los trabajadores en situación legal de desempleo con derecho a prestación, los trabajadores autónomos que hayan cesado en su actividad económica durante un periodo mínimo de tres meses o que acrediten ingresos inferiores a tres veces el importe mensual del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples, y los pensionistas de viudedad por fallecimiento ocurrido una vez concertado el préstamo hipotecario y, en todo caso, en fecha posterior al 1 de septiembre de 2008 (cfr. art. 5).

Los beneficios concedidos consisten en medidas de apoyo financiero que cubrirán un máximo del 50 por 100 del importe de las cuotas mensuales que se devenguen por el préstamo entre el 1 de marzo de 2009 y el 28 de febrero de 2011, con un límite máximo de 500 euros mensuales. Estas cantidades no se condonan, sino que se aplazan y deberán ser compensadas a partir del 1 de marzo de 2012 mediante su prorrateo entre las mensualidades que resten para la satisfacción total del préstamo con un límite de quince años. Esta última fecha de inicio del periodo de prorrateo quedó fijada mediante el Real Decreto 97/2009, de 6 de febrero, que la aplazó un año a la vista de la evolución económica del país y el alargamiento de la crisis. A fin de financiar este aplazamiento se prevé que el Instituto de Crédito Oficial concierte los correspondientes Convenios con las entidades de crédito (art. 7).

Es indudable que esta medida supone un alivio sustancial en el esfuerzo de amortización de las hipotecas que realizan las familias españolas que, cabe imaginar, ha evitado numerosas ejecuciones hipotecarias⁴ (si bien no disponemos de datos estadísticos que permitan medir el alcance práctico de esta medida).

⁴ También en 2008 se firma un Acuerdo entre el Ministro de Economía y Hacienda y los Presidentes de los Colegios de Registradores y Notarios para permitir la ampliación gratuita del plazo de los préstamos hipotecarios.

- C) 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 (cfr. art. 18.1).

- D) EL REAL DECRETO-LEY 6/2010, DE 9 DE ABRIL, DE MEDIDAS PARA EL IMPULSO DE LA RECUPERACIÓN ECONÓMICA Y EL EMPLEO

Este Real Decreto-ley modifica el artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ampliando los límites de inembargabilidad de los bienes en atención a la situación de cargas familiares del ejecutado. Recientemente los umbrales mínimos de inembargabilidad han sido nuevamente elevados en virtud del artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, 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 simplificación administrativa, conforme al cual: *«En el caso de que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado, en la ejecución forzosa posterior basada en la misma deuda, la cantidad inembargable establecida en el artículo 607.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se incrementará 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. A estos efectos, se entiende por núcleo familiar, el cónyuge o pareja de hecho, los ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado. Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional y, en su caso, a las cuantías que resulten de aplicar la regla para la protección del núcleo familiar prevista en el apartado anterior, se embargarán conforme a la escala prevista en el artículo 607.2 de la misma Ley»*. Este precepto deroga el artículo 15 del Real Decreto-ley 6/2010, que tenía el mismo texto, pero en el que los porcentajes eran del 10 por 100 y del 20 por 100 respectivamente.

Por tanto, en los casos de ejecuciones hipotecarias contra deudores cuyos ingresos no excedan del salario mínimo interprofesional o de las cantidades que excediendo de tal límite estén por debajo de la escala variable que fija el citado

artículo 607, la responsabilidad del deudor quedará limitada en la práctica a la hipotecaria, aún cuando no se haya estipulado el pacto de limitación previsto en el artículo 140 de la Ley Hipotecaria.

E) LA LEY 2/2011, DE 4 DE MARZO, DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

Esta Ley incluye un precepto largamente esperado y demandado desde la Comisión Europea, relativo a la concesión responsable de los préstamos. En concreto dice el artículo 29 que las entidades de crédito, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, deberán cumplir estas dos obligaciones:

- 1.º Evaluar la solvencia del potencial prestatario, y ello no solo sobre la base de la información que proporcione este, sino también en base a la información de los ficheros automatizados con información sobre insolvencias; y
- 2.º facilitar al consumidor de manera accesible toda la información precontractual necesaria para evaluar si el producto financiero se adapta a sus necesidades y a su situación financiera.

Además, se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que en el plazo de seis meses apruebe las normas necesarias para garantizar un nivel adecuado de protección a los usuarios de servicios financieros, normas que se extenderán, entre otros extremos, a los siguientes:

- la relación entre los ingresos de los consumidores y los compromisos financieros que adquieran;
- la adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales; y
- la consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia.

Esta habilitación normativa concedida a la Ministra de Economía y Hacienda ha sido ya ejecutada mediante la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, del Ministerio de Economía y Hacienda, de Transparencia y Protección del Cliente de Servicios Bancarios. Es indudable que la puesta en práctica de las medidas previstas en la Ley y desarrolladas en la Orden contribuirá a evitar las situaciones de sobreendeudamiento que se han vivido durante los pasados años, como consecuencia de la presión de la oferta de créditos hipotecarios por la demanda de títulos en el mercado secundario, la falta de parámetros vinculantes

sobre solvencia en términos de capacidad de pago (relación ingresos/compromisos de pago) y la falta de independencia de las tasaciones respecto de las entidades acreedoras, lo que podría haber generado una vía de pérdida de rigor en el control de los límites del *loan to value* impuestos por la normativa del mercado secundario, de forma que en algunos casos pueden haberse producido tasaciones que incorporaban ya las expectativas de futuras revalorizaciones, en cuyo caso la situación objetiva de sobreendeudamiento no sería, al menos en parte, ajena a la responsabilidad derivada de tales excesos en la práctica de la tasación (sobretasación).

F) LEY 37/2011, DE 10 DE OCTUBRE, DE MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL

Mediante la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, entre otras cuestiones ajenas al objeto de este estudio, se pretende clarificar la relación entre la ejecución especial hipotecaria y la ordinaria, precisando la forma en que la ejecución especial, dirigida contra determinados bienes, pasa a convertirse en general u ordinaria, dirigida contra todo el patrimonio del deudor. Para ello se da nueva redacción al artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (uno de los que han sido objeto de la cuestión de inconstitucionalidad analizada *supra*), en el que se establece que: *«Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución»*.

Por lo tanto, llegado el caso de la insuficiencia del valor de la finca hipotecada para el pago de lo adeudado por razón de la ejecución del préstamo hipotecario, la transición del procedimiento especial al ordinario pasa por la solicitud del despacho de la ejecución, sin entrar directamente en la fase de apremio, lo que resulta lógico dado que en el procedimiento ordinario caben excepciones y motivos de oposición que no pueden ser alegados en el hipotecario, dada la mayor fuerza ejecutiva de su título, por lo que antes de pasar al embargo habrá que dirimir dichas posibles causas de oposición esgrimibles en el ejecutivo ordinario, pero vedadas en el hipotecario, como la compensación del crédito, pluspetición, prescripción y caducidad, quita, espera o pacto o promesa de no pedir o la transacción (cfr. art. 557 de la LEC).

V. SUGERENCIA DE POSIBLES NUEVAS REFORMAS LEGALES

Muchas de las medidas y reformas que hemos enunciado anteriormente tienen por objeto prevenir o evitar que llegue a producirse la situación de impago, actuando tanto en la fase precontractual (información, estudios de solvencia previos, etc.), como en la fase de desenvolvimiento del préstamo (fundamentalmente mediante novaciones contractuales tendentes a reducir el esfuerzo de amortización). Pero a pesar de todo vemos en la práctica cómo en muchos casos —demasiados— la situación de insolvencia es inevitable. Ante esta situación también se pueden plantear medidas y reformas a fin de mejorar la posición de los afectados. La principal demanda social en este sentido es la de eliminar la responsabilidad personal de los deudores que pierden su vivienda bien por entregarla en régimen de dación en pago a los acreedores, bien por quedar sujetos a su venta forzosa en un procedimiento de ejecución, de forma que la entrega del piso suponga la liberación de la totalidad de la deuda, con independencia de si el valor del piso en tal momento cubre el importe del total de lo adeudado o no, de manera que también en este segundo caso eviten la persecución del resto de su patrimonio por la diferencia.

En mi opinión esta solución, aún siendo comprensible su planteamiento desde un punto de vista sociológico, presenta obstáculos tanto jurídicos como económicos que la hacen difícilmente viable. Pero, como veremos, cabe la posibilidad de obtener resultados prácticos similares por otras vías, maximizando la potencialidad extractiva del valor en cambio de los bienes ejecutados, por medio de ciertas modificaciones muy concretas y tasadas en la actual regulación procesal del régimen de la subasta de los bienes hipotecados, aspecto en el que pueden coincidir los intereses tanto de los deudores ejecutados como de los acreedores ejecutantes. Y ello con independencia de las imprescindibles medidas de apoyo y protección social que desde las distintas Administraciones Públicas (estatal, autonómica y municipal) deban desarrollarse para evitar situaciones de exclusión social de los afectados, en lo que es preciso insistir.

Comenzaré exponiendo las objeciones a la reforma del régimen de responsabilidad (doble garantía real y personal) actualmente vigente en nuestro Derecho y reflejado en el artículo 105 de la Ley Hipotecaria, para exponer seguidamente otras reformas alternativas a esta medida que sin perjudicar la fiabilidad y seguridad jurídica del mercado hipotecario, puede producir el mismo resultado práctico que la aludida reforma. El Derecho es más complejo de lo que en algunas ocasiones se pretende, pero que las soluciones jurídicas a los problemas puedan llegar a ser complejas no quiere decir que no existan o que no sean efectivas.

1. RAZONES PARA EL MANTENIMIENTO DEL RÉGIMEN DEL ARTÍCULO 105 DE LA LEY HIPOTECARIA

Las razones que abonan la tesis favorable al mantenimiento del régimen vigente del artículo 105 de la Ley Hipotecaria, en cuanto establece que la hipoteca no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil, serían las siguientes:

- 1.º En primer lugar, la propia incapacidad de dicha reforma para resolver las situaciones de sobreendeudamiento y de insolvencia sobrevenida respecto de los créditos hipotecarios contratados con anterioridad a su entrada en vigor, puesto que la modificación no podría tener efecto retroactivo. Y no podría tener efectos retroactivos porque lo impide la Constitución Española, ya que tal retroactividad sería contraria a su artículo 9.3, que garantiza el principio de irretroactividad de las disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales y el de seguridad jurídica⁵.
- 2.º Pero más allá de la dificultad jurídica derivada de dicho límite constitucional, están las razones económicas que alertan frente a las consecuencias de una reforma en el sentido indicado. Indudablemente el sistema de doble garantía (real o hipotecaria y personal) de nuestro derecho de hipoteca constituye un elemento favorecedor de la accesibilidad al mercado del crédito hipotecario por las familias españolas para financiar la adquisición de la propia vivienda en la medida en que incrementa la seguridad en la recuperación de los capitales invertidos y disminuye en paralelo su coste y los niveles de insolvencias (por el menor coste financiero que soportan) y de morosidad.

Los datos son en este sentido muy elocuentes:

- a) el índice de insolvencia/dudosidad de los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda se situaba en diciembre de 2010 en el 2,4 por 100, frente al crédito no hipotecario residente que estaba en el 6 por 100 (más del doble);
- b) los créditos hipotecarios a vivienda dudosos frente al total de dudosos representaba en septiembre de 2010 un 15 por 100;

⁵ En caso de no respetar este límite constitucional, se produciría el riesgo bien de una inconstitucionalidad de la norma, bien incluso un supuesto de eventual responsabilidad patrimonial del Estado legislador generando la obligación de una reparación indemnizatoria (recordemos que el principio de responsabilidad del Estado legislador fue reconocida por primera vez por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la sentencia de 19 de noviembre de 1991, asunto Francovich, y desde entonces ha sido objeto de una abundante literatura jurídica).

- c) la tasa de morosidad en Estados Unidos, en cuyo sistema legal —en concreto en once Estados— se limita la responsabilidad del deudor a la hipotecaria, se eleva en un 9,7 por 100 (según datos de la Reserva Federal);
- d) volumen de crédito en ejecución en relación con el saldo vivo en 2010:
 - saldo vivo 1.084.000.000;
 - amortización: 13,5 por 100 = 145.000 millones;
 - 2,4 por 100 de 145.000 = 3.625 millones = 0,33 por 100 del saldo vivo;
 - número de ejecuciones hipotecarias: 93.622 (frente a 895.127 reclamaciones de cantidad por procedimientos monitorios);
 - importe medio de deuda en ejecución: 38.700 euros.
- e) títulos hipotecarios en circulación en el mercado secundario en diciembre de 2010: 568.000 = 52,4 por 100 del saldo vivo hipotecario.

Por tanto, la morosidad en el sector del crédito hipotecario se sitúa por debajo de la mitad del crédito no hipotecario residente en España, y representa menos de la cuarta parte de la morosidad del sector hipotecario en Estados Unidos. Además el número de ejecuciones hipotecarias representa alrededor del 10 por 100 de las reclamaciones de cantidad presentadas durante 2010 ante los tribunales españoles. En cuanto a la comparativa de tipos de interés entre los préstamos hipotecarios y los préstamos a consumo de las familias, las tasas de estos últimos llegan a triplicar a la de los primeros.

Todas estas ventajas pueden ponerse en riesgo (dificultando el acceso al crédito hipotecario y, por tanto, a la vivienda en propiedad a los nuevos demandantes que todavía no han entrado en el mercado) si se modifica el régimen legal de las garantías, máxime si se pretendiese atribuirle un efecto retroactivo. Una pérdida de confianza en la solidez del sistema hipotecario español en los mercados de refinanciación generaría una reducción de la liquidez del mercado de crédito hipotecario lo que produciría un doble efecto: menor volumen de crédito en circulación (aumentando la dificultad de acceso al crédito) y una mayor carestía del mismo por su mayor escasez. De hecho, los títulos hipotecarios emitidos (cédulas y participaciones mayoritariamente) ya se han visto fuertemente reducidos, según la siguiente secuencia: 2008: 120.423; 2009: 77.808; 2010: 63.066. Es decir, en dos años se ha reducido casi a la mitad, generando tensiones de liquidez y restricciones efectivas al crédito. En esta situación la línea de actuación correcta debe ser la de incrementar las dosis de confianza en el sistema hipotecario español y en la solidez de sus garantías, y no lo contrario.

2. RAZONES PARA REFORMAR LA REGULACIÓN DE LA DACIÓN EN PAGO Y EL RÉGIMEN DE LAS SUBASTAS HIPOTECARIAS

Como decíamos anteriormente, cabe plantear algunas reformas alternativas a la supresión del régimen de responsabilidad personal de los deudores hipotecarios. Por las razones que han quedado apuntadas no parece aconsejable, desde el punto de vista del interés general, dicha supresión, pero lo que sí se puede y debe intentar es que aquella responsabilidad personal, que en la práctica actúa como subsidiaria de la responsabilidad hipotecaria recayente sobre la propia finca hipotecada, quede en la inmensa mayoría de los casos como una responsabilidad meramente potencial, pero sin llegar a activarse. Ello creemos que es posible si se optimiza la potencialidad extractiva del valor en cambio de los bienes ejecutados, por medio de ciertas modificaciones muy concretas y tasadas en la actual regulación procesal del régimen de la subasta de los bienes hipotecados y, como vía preferente o al menos alternativa y menos traumática, mediante una adecuada regulación de las daciones en pago, lo cual puede ser muy conveniente en una coyuntura económica como la actual en la que, aunque existe una demanda estructuralmente fuerte de vivienda, y una oferta igualmente fuerte, sin embargo no se llegan a concretar las transacciones por la paralización del mercado debida en gran parte, a su vez, a la falta de crédito. Si consideramos, por un lado, que los préstamos hipotecarios destinados a servir de cobertura a las emisiones de títulos (que representan un elevado porcentaje en relación con el total) no podían exceder del 80 por 100 del valor de la finca hipotecada, a cuya financiación estaban destinados y, por otro lado, que el precio medio de la vivienda en España ha descendido durante la crisis en un porcentaje promedio inferior al 20 por 100⁶. Debemos llegar a la conclusión de que, en general, el conjunto del patrimonio inmobiliario que garantiza los créditos hipotecarios cuyos deudores se encuentran en situación de insolvencia sobrevenida es suficiente para satisfacer el importe global de las deudas garantizadas. En definitiva, de los datos apuntados cabría colegir que el activo hipotecado cubre el pasivo impagado. Por tanto, el número de los supuestos concretos en que se active la responsabilidad personal por insuficiencia de la hipotecaria cabría entenderse, *a priori*, que habría de ser estadísticamente reducidos.

Pero incluso pensando en la hipótesis extrema de que todos los créditos hipotecarios en ejecución concluyesen con subastas desiertas y con adjudicaciones por el 60 por 100 de su valor de tasación inicial, la cifra de riesgo de incurrir en exigencias de responsabilidad personal de los deudores, en términos macroeconómicos, habría que calcularla en base a los siguientes parámetros actualizados

⁶ Este dato correspondiente a la fecha de la entrega de este trabajo a la Revista (diciembre de 2011), ha quedado superado en el momento en que se corrigen las pruebas de imprenta (julio de 2012), como consecuencia de la bajada de precios experimentada entre el primer trimestre de 2011 y el primer trimestre de 2012 del 7,2 por 100.

a 2011. Aproximadamente se produce un vencimiento anual de capitales de préstamos hipotecarios de unos 145.000 millones de euros (en torno al 13,5 por 100 del total del saldo vivo), de los cuales están en situación de morosidad un 2,4 por 100, lo que supone aproximadamente unos 3.400 millones de euros. Si la ejecución hipotecaria se produjese siempre en relación con préstamos respecto de los que no se hubiera producido ninguna amortización del capital, nos encontraríamos con que las adjudicaciones de las fincas hipotecadas por el 50 por 100 de su valor cubriría en principio aproximadamente un 60 por 100 de la deuda en cuanto al capital (relación entre dicho valor y el importe del capital del préstamo calculado al máximo del 80 por 100 del *loan to value*)⁷. Pero es que no todas las ejecuciones hipotecarias se producen porque se deje de pagar el préstamo desde la primera cuota, pues ello no sería consecuencia de una insolvencia sobrevenida sino originaria (lo que hay que pensar que las prácticas bancarias mayoritariamente han evitado). El impago se produce generalmente por una situación imprevista y sobrevenida (generalmente la pérdida del empleo del deudor), por lo que aquella cifra debe ser rebajada proporcionalmente. Este razonamiento nos sitúa ante un panorama que puede ser abordado por su dimensión mediante medidas de protección social que serían mucho menos costosas que las aplicadas en protección del sistema financiero, y tan justificadas como estas.

En este sentido hay que recordar que, conforme a la Disposición Adicional única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, *«el Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente las garantizadas con hipoteca. Dicho informe incluirá la posible adopción de otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales que, a través de las oportunas iniciativas, completen la protección económica y social de consumidores y familias. A tal efecto, podrán proponerse opciones de solución extrajudicial para estos casos, sean de carácter notarial o registral, de mediación, o de otra naturaleza»*.

Entre tales medidas podría figurar la de la intervención de la Sociedad Pública de Alquiler en las subastas hipotecarias a fin de evitar que queden desiertas, presentando pujas por encima del 60 por 100 del valor de tasación, con posibilidad de rentabilizar la inversión mediante la oferta de la propia vivienda

⁷ Es cierto que con el impago de una sola cuota periódica se puede activar la cláusula de vencimiento anticipado prevista en el artículo 693, número 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero también lo es que cuando la hipoteca recae sobre la vivienda familiar (supuesto que es el que principalmente interesa en este estudio) el deudor puede liberar el bien mediante la consignación de las cantidades que por principal e intereses estuviera vencida en la fecha de la presentación de la demanda (y no las que conforme al cuadro de amortización todavía no hubieren vencido).

adjudicada en régimen de alquiler al propio ejecutado. Solución que aliviando el drama personal de quien se ve forzado al lanzamiento de su vivienda, no supone una inmisión perturbadora en la seguridad jurídica del mercado hipotecario, imprescindible para mantener su solvencia y liquidez. Pero existen otras posibles reformas legales encaminadas al mismo objetivo que pasamos a detallar.

3. NUEVA REGULACIÓN DE LA DACIÓN EN PAGO: ALQUILER *VERSUS* DESAHUCIO. LA FÓRMULA DEL *LEASING-BACK*

En los Registros de la Propiedad se viene observando un cierto aumento de las daciones en pago de deuda hipotecaria, como procedimiento alternativo a las ejecuciones judiciales de la hipoteca para la satisfacción del crédito en casos de incumplimiento o de dificultad de cumplimiento por parte del deudor del cuadro de amortización pactado, y cuando la solución no puede encontrarse por la vía de la disminución del importe de la cuota periódica a través de la novación del préstamo cuyo objeto sea ampliar el plazo de amortización o fijar un periodo de carencia transitorio.

Ciertamente la entrega del bien hipotecado objeto de la dación no produce *per se* la extinción de la totalidad de la obligación garantizada, salvo que así haya sido acordado entre deudor y acreedor, sino hasta donde alcance el valor del propio bien en los términos en que este haya sido fijado por las partes en el propio acuerdo de la dación al amparo del principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil. Esta finalidad solutoria de la dación —total o parcial en función de la correlación entre el valor de la finca y el importe de la deuda, en los términos pactados— es fundamental en este contrato, tal y como ha destacado la jurisprudencia. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de octubre de 1987, afirma que la dación en pago es un negocio de pago, por su finalidad extintiva de las obligaciones. Se trata, en definitiva, de un modo de pago o «acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que este aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular» (vid. sentencia de 28 de junio de 1993). Pero puesto que la deuda hipotecaria no se constituye como una obligación alternativa (cfr. art. 1131 del CC), es imprescindible el acuerdo de voluntades entre deudor y acreedor, tal y como autoriza *a sensu contrario* el artículo 1166.1 del Código Civil al establecer que: «El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida». Aclara este extremo el Tribunal Supremo al decir que la dación en pago se produce «cuando el acreedor accede a recibir a título de pago una prestación distinta a la que constituía el contenido de la obligación debida *aliud pro alio* con acuerdo para tener por extinguida la obligación» (cfr. sentencia de 15 de diciembre de 1989).

La dación en pago puede resultar mutuamente beneficiosa, tanto para el deudor como para el acreedor. Para este porque elude la declaración del crédito como moroso, evitando así la necesidad de provisionar los riesgos de insolvencia que supone tal circunstancia. Para el deudor la solución es también menos traumática que una venta forzosa en subasta, dada la mayor flexibilidad y amplitud de los márgenes de negociación, que pueden incluir la celebración de un contrato paralelo a la dación de arrendamiento de la finca por el deudor hipotecario, permitiéndole conservar el uso de la vivienda.

Sin embargo, la regulación actual de la materia (o más bien, habría que decir, la falta de regulación de la dación en pago de deuda hipotecaria) limita su utilidad práctica. Y no me estoy refiriendo al hecho de que el Ordenamiento jurídico no prevé la eficacia extintiva total de la deuda garantizada cualquiera que sea el valor del bien entregado (universalizando el régimen del art. 140 de la LH al limitar la responsabilidad del deudor a la finca hipotecada), o su carácter de obligación alternativa que permita dispensar del requisito del consentimiento del acreedor hipotecario, aspectos que de imponerse normativamente podrían producir efectos contraproducentes en el mercado hipotecario tanto primario como secundario y redundar en un incremento de la dificultad de acceso al crédito territorial —y por tanto a la vivienda en propiedad— en términos de una mayor escasez y coste, como antes vimos, sino a otros aspectos distintos que careciendo de semejantes secuelas podrían mejorar la posición del deudor insolvente.

En particular dos son las principales dificultades o inconvenientes de la dación frente a la ejecución hipotecaria. La primera es de carácter fiscal, al implicar una doble tributación por la doble transmisión que se produce generalmente en estos casos, dado que la finca hipotecada entra en el patrimonio del acreedor hipotecario (normalmente una entidad de crédito) no para quedarse allí sino para ser transmitido, a su vez, a un tercero. Frente a ello en el ámbito de la ejecución hipotecaria se admite a favor del ejecutante la figura de la «cesión del remate» a un tercero (adquirente final del bien), de modo que se entiende que este último *subentra* en la posición procesal del ejecutante y no en la titularidad del bien, evitándose así dicha doble imposición, pues el bien pasa directamente del ejecutado al cesionario del remate. Sería, por tanto, razonable plantear una posible reforma fiscal para reconocer una exención en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales para evitar el actual trato tributario asimétrico entre la dación y la ejecución, haciendo fiscalmente neutro dicho tratamiento, lo que contribuiría a disminuir el número de las ejecuciones hipotecarias. Actualmente la dación en pago está desincentivada fiscalmente frente a la ejecución hipotecaria por la aludida asimetría⁸.

⁸ Sin perjuicio de las competencias que en relación con este impuesto atribuye a las Comunidades Autónomas la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema

La segunda dificultad estriba en la inaplicabilidad del principio de purga de cargas posteriores a la hipoteca que garantiza la obligación extinguida mediante la dación, lo que da lugar a que los titulares de cargas de rango inferior a aquella hipoteca «mejoran de rango» respecto del propio acreedor adquirente, quedando este expuesto a la acción ejecutiva que pueda derivarse de tales cargas y constreñido por la limitación de facultades que puedan las mismas representar para el dominio de la finca si se trata de derechos reales limitados en cosa ajena. Por ello, en la práctica no se acude a la dación en pago cuando existen sobre la finca cargas o gravámenes posteriores a la hipoteca, frecuentes sin embargo en la práctica (en forma de segundas hipotecas o de anotaciones de embargos ejecutivos) en los casos de sobreendeudamiento sobrevenido. Y no solo esto, sino que incluso cuando no existen tales cargas, de forma cautelar es frecuente que en la práctica negocial se pacte una condición suspensiva de la dación para el caso de que entrase en el Registro algún título constitutivo de alguna carga preferente antes que la propia escritura de la dación, ante el temor de que las dificultades económicas del deudor hayan propiciado el ejercicio de la acción ejecutiva por parte de algún otro acreedor que se pudiese anticipar en su llegada al Registro, en forma de mandamiento de anotación preventiva de embargo.

Esta consecuencia se deriva del hecho no solo de que no está previsto normativamente el citado principio de purga de cargas posteriores en los casos de dación en pago, sino además de la circunstancia de que aun cuando la inscripción de la escritura de dación no dé lugar automáticamente a la cancelación de la inscripción de la hipoteca preferente, sin embargo el hecho de que el acreedor pase a ostentar simultáneamente la condición de titular del dominio de la finca y de la hipoteca que lo grava, genera una confusión de derechos que permite su cancelación «a solicitud de cualquier interesado», conforme al artículo 190 del Reglamento Hipotecario. Este resultado es inevitable ya que, en el plano obligacional, se produce la extinción de la obligación garantizada, lo que arrastra la consecuencia de la extinción de los derechos accesorios de garantía (como se afirma expresamente respecto de la fianza en el art. 1849 del CC). Pero incluso en el caso de que la extinción de la obligación sea meramente parcial (por darse a la finca cedida un valor inferior al importe de la deuda), la confusión o consolidación de derechos se produce en todo caso en el plano real, de forma que dada la proscripción de la hipoteca de propietario en nuestro Derecho, la garantía hipotecaria del acreedor queda abocada a su cancelación registral. De lo contrario surgiría una atípica figura de reserva o patrimonialización del rango, con la consiguiente alteración de las reglas sobre concurrencia y prelación de créditos.

de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

Para hacer frente a estos inconvenientes, y ante la dificultad de encontrar soluciones normativas para ellos, cabría aplicar dos fórmulas negociales distintas. La primera pasa por la reserva a favor del deudor de algún derecho sobre la finca, de forma que el derecho del acreedor adjudicatario sea resoluble (por ejemplo, cuando la dación en pago se sujeta a la condición resolutoria de que en determinado plazo el deudor pase a mejor fortuna o un derecho de retroventa durante determinado plazo). Recuérdese que la condición resolutoria explícita en la compraventa (y por extensión lo mismo cabe decir en el caso de la dación en pago, cuya acomodación analógica a las normas de la compraventa ha sido declarada por la jurisprudencia: vid., v.gr., sentencias del Tribunal Supremo, de 14 de septiembre de 1987 y 19 de octubre de 1992) genera a favor del vendedor una titularidad preventiva sobre el dominio del bien transmitido que en la doctrina ha sido calificado, en sentido amplio —en la medida en que el derecho subjetivo incluye las titularidades preventivas—, de derecho real de garantía (situación de *poder* sobre la cosa transmitida). Fórmula que se puede combinar, además, con un arrendamiento de la finca a favor del propio deudor. En estos casos la consolidación entre dominio e hipoteca no operaría en términos de cancelación registral de esta última por confusión de derechos, según se desprende de las antiguas Resoluciones de la DGRN, de 29 de octubre de 1912 y 19 de noviembre de 1947. Así en la primera se aclara que «no existe oscuridad en la estipulación de que el acreedor deje sin cancelar la hipoteca constituida sobre la finca objeto de la venta en tanto subsista el plazo para retraer, pues aún admitiendo que la cosa comprada hace deudora, en cierto modo, a la misma persona acreedora, no procede afirmar en absoluto que el derecho hipotecario se ha extinguido, ni que la finca ha dejado de pertenecer al deudor mientras pueda este ejercer su derecho de retracto».

La segunda fórmula negocial, para superar la dificultad señalada, está siendo ya empleada en la realidad práctica y consiste en instrumentar funcionalmente la dación en pago a través de su sustitución por la enajenación de la finca a inmobiliarias que pertenecen a la misma entidad acreedora o a su grupo, las cuales adquieren el bien subrogándose en la hipoteca, de forma que del precio se descuenta el importe de la carga (cfr. art. 118 de la LH) y, a su vez, la inmobiliaria transmite después a un tercero (comprador final) que igualmente se subroga en el préstamo hipotecario, fórmula que es particularmente apropiada para aquellos casos en que aunque haya una previsión de impago por el deudor todavía no se ha producido, o ha tenido lugar respecto de unas pocas cuotas (aunque aquí se mantiene el inconveniente de carácter fiscal antes citado).

4. MODIFICACIONES EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE SUBASTAS

El Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la integración de los mercados hipotecarios primario y secundario en Europa de 2007 ha alertado de que los Estados miembros deberían hacer más eficientes sus procedimientos de enajenación forzosa, por considerar que la ineficiencia de estos procedimientos es un factor que encarece la actividad de los prestamistas hipotecarios, aumentando en algunos casos la incertidumbre de los inversores sobre la calidad de la garantía y eleva los costes de refinanciación, anunciando que velará por que los procedimientos de ejecución de los Estados miembros tengan una duración y coste razonables.

Esta evaluación es importante también porque la Ley 41/2007, en el contexto del principio comunitario de la libre circulación de capitales, admite que los créditos de cobertura de los títulos hipotecarios estén garantizados por inmuebles situados en cualquier punto del territorio de la Unión Europea mediante garantías de naturaleza equivalente, entendiéndose que existe esta equivalencia cuando el procedimiento jurídico que respalda la garantía permite a la entidad de crédito liquidar el valor de la garantía por *su propia cuenta* en un plazo razonable ante una situación de impago, y la obtención de un precio justo⁹.

⁹ En concreto, el artículo 6 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, se consagra a regular las especialidades de los préstamos y créditos garantizados por inmuebles situados en otros países de la Unión Europea, previendo que:

«1. Los préstamos y créditos que estén garantizados por inmuebles situados dentro de la Unión Europea podrán ser considerados préstamos y créditos elegibles para el cálculo del límite de emisión de las cédulas hipotecarias y para servir de cobertura a la emisión de bonos hipotecarios siempre que, a juicio del Banco de España, dichas garantías sean de naturaleza y características equivalentes a las previstas en este Real Decreto.

2. La equivalencia de las garantías se apreciará atendiendo a los siguientes requisitos a cumplir por dicha garantía o por el régimen jurídico que la regule:

- a) que la hipoteca o derecho dado en garantía sea jurídicamente válido y eficaz en todas las jurisdicciones relevantes en el momento de la conclusión del contrato de préstamo o crédito y haya sido documentado por escrito en tiempo y forma;
- b) que el régimen jurídico que regule la garantía establezca la obligación de valoración previa del inmueble que sirve de garantía por un tasador independiente de la entidad de crédito prestamista, entendido como una persona que posea las calificaciones, capacidades y experiencia necesarias para efectuar una tasación y que sea independiente del procedimiento de decisión crediticia;
- c) que el acuerdo de garantía y el procedimiento jurídico en que se sustenta permita a la entidad de crédito acreedora liquidar el valor de la garantía por su propia cuenta en un plazo razonable ante una situación de impago; y,
- d) que el régimen jurídico que regule la garantía contemple la existencia de mecanismos suficientes para garantizar la obtención de un precio justo en la ejecución de la garantía.

Por ello debemos preguntarnos si cumple nuestro procedimiento de ejecución hipotecaria este canon normativo de equivalencia europea en función del objetivo de la eficiencia de los mercados secundarios. El objetivo perseguido por estos procedimientos, como dijimos, es el de lograr una suerte de alquimia jurídica consistente en la transformación de valores ilíquidos (la propiedad sobre los inmuebles) en valores líquidos (dinero) para satisfacer el crédito ejecutado, transformación que ha de realizarse de la forma más rápida y eficiente posible.

Esta eficiencia no puede llegar, sin embargo, hasta el punto de aceptar como medio de ejecución los procedimientos de autosatisfacción, básicamente a través del pacto comisorio. Pero la sumariedad del procedimiento de ejecución hipotecaria en el caso español lo aproxima, sin incurrir en la figura de la autosatisfacción, al pacto marciano, entendido como el pacto por el cual se admite la adjudicación en pago del objeto de la garantía a favor del acreedor, o de un tercero, previa su justa valoración y con obligación de reintegrar el excedente de dicha valoración en relación con el importe de la deuda ejecutada. Pacto admitido tradicionalmente como excepción a la prohibición al pacto comisorio y que la Directiva 2002/47/CEE, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera ha positivado en nuestro Derecho a través de la norma de transposición contenida en el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo.

Respecto del modelo del procedimiento español de ejecución hipotecaria podemos decir, especialmente tras la reforma procesal de 2000, que en lo esencial cumple este objetivo:

- se trata de una vía de apremio o procedimiento de ejecución pura, sumario y sin contradicción entre partes, basado en los pronunciamientos del Registro, que permite ejercitar su función de extracción del valor en cambio de la finca en tanto no se pruebe en sede judicial la inexactitud del Registro;
- con causas de suspensión y oposición tasadas legalmente a los solos casos de falsedad del título, cancelación de la hipoteca, tercería de dominio y error en el saldo de la cuenta;
- se trata de un procedimiento rápido, de subasta única, con posibilidad de sustituirla por convenios de realización por entidad especializada;
- que facilita la concurrencia de licitadores permitiendo su financiación a través de la hipoteca del derecho de remate;

A efectos de apreciar la equivalencia de los regímenes y garantías correspondientes, el Banco de España podrá requerir a las entidades cuanta información y documentación adicional estime oportuna, incluidos dictámenes jurídicos suficientes, elaborados de forma independiente por expertos ajenos a la entidad, así como acreditación del tratamiento que dichas garantías han recibido de la autoridad supervisora del país afectado como instrumento de mitigación de riesgos, a efectos de los requerimientos de solvencia de las entidades de crédito».

- es también un procedimiento en el que se aplica, con escasas excepciones, el principio de purga de cargas posteriores, incluso respecto de créditos con privilegio especial anotados con posterioridad —cuyos titulares deberán acudir a la correspondiente tercería de mejor derecho, pero sin paralizar la ejecución—;
- y en el que se cuida el aspecto posesorio a través de un incidente que permite, antes de la subasta, conocer si hay ocupantes de la finca con título suficiente para continuar en la posesión.

Como dice el Tribunal Constitucional español, este procedimiento se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones, de forma que la presentación de la demanda, el requerimiento al deudor y la llamada de terceros poseedores o acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización (sentencia de 17 de enero de 1991). Esta sumariedad se explica porque la ejecución solo puede realizarse sobre la base de los extremos contenidos en el asiento registral, lo que inviste al acreedor hipotecario de legitimación y a su derecho de presunción de legalidad.

Ahora bien, como indica el Libro Blanco de la Comisión Europea, el objetivo es obtener, mediante el procedimiento, un precio justo por el bien hipotecado. Desde este punto de vista es indudable que la regulación actual es mejorable, siendo el objeto del presente apartado analizar las posibles mejoras que se pueden introducir en nuestra legislación en atención a tal finalidad, preservando al tiempo la necesaria seguridad de cobro y agilidad que asimismo debe garantizarse. En algún caso se trata de llevar a la práctica alguna de las novedades aportadas por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que no han llegado a aplicarse, introduciendo para ello los oportunos incentivos o suprimiendo los contra-incentivos que hasta ahora lo han impedido.

Entre las reformas que cabe proponer en línea con los enunciados y objetivos anteriores, cabe citar las siguientes:

1. La denominada «privatización de los mecanismos de ejecución forzosa» por medio de los convenios de realización, que permiten pactar el modo de realización más eficaz de los bienes hipotecados, o la realización mediante persona o entidad especializada, de los artículos 640 y 641 de la Ley de Enjuiciamiento, como medios alternativos a la subasta. Hay que recordar que esta novedad se introduce en cumplimiento de las recomendaciones del Libro Blanco de la Justicia del Consejo General del Poder Judicial de 1997, en el que se subrayaba el agotamiento del sistema actual de venta forzosa, pues entiende que «no sirve para lograr el doble efecto de dar satisfacción a la pretensión del demandante y no malbaratar los bienes del deudor».

Si observamos que en el caso de los convenios de realización no cabe que el ejecutante se pueda adjudicar el bien por debajo del 70 por 100 del valor de tasación, salvo acuerdo de las partes, o que el plazo para la venta por persona especializada puede llevarse a cabo durante un plazo de seis meses, prorrogable por otros seis, comprenderemos por qué estos sistemas alternativos adecuados para no malbaratar los bienes del deudor (en palabras del CGPJ) no se pactan nunca en las escrituras de constitución de hipotecas, pues las entidades de crédito carecen de incentivos para ello.

2. El sistema de subasta única, que sustituyó al de tres subastas que regía bajo la vigencia del antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria, ha servido para agilizar el procedimiento, pero presenta el inconveniente de incrementar el riesgo de que la subasta quede desierta. Por ello es necesario mejorar el régimen de su publicidad, pasando de un anacrónico sistema de publicidad edictal, que todavía hoy recoge el artículo 649 de la Ley de ritos, a otro de publicidad por medio de página web a través de un portal electrónico que podría ser gestionado por el Ministerio de Justicia, por el Consejo General del Poder Judicial o por el Colegio de Registradores.
3. Por otra parte, el plazo de veinte días desde el anuncio hasta la celebración de la subasta (cfr. art. 653 de la LEC) es manifiestamente insuficiente para favorecer la concurrencia de posibles compradores usuarios finales de la vivienda subastada, distintos de los licitadores profesionales. En este caso la dilación por este incremento del plazo se vería compensada por una mayor concurrencia en la subasta. En las condiciones de mercado actuales un plazo de venta de veinte días resulta inviable y contribuye al indeseable efecto de (repito el término por su carga expresiva) malbaratar el bien ejecutado.
4. Con el mismo objetivo de aumentar la concurrencia en la subasta de potenciales demandantes de vivienda cabría ensayar otras cuatro medidas:
 - reducir el importe del depósito previo para participar en la subasta que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 elevó del 20 por 100 al 30 por 100 (cfr. art. 669.1), elevación que dificulta la participación de particulares potencialmente interesados en adquirir el bien. La reducción podría consistir en fijar dicho porcentaje otra vez en el 20 por 100, a fin de poder completar el precio de adjudicación con una financiación del 80 por 100 del valor del piso, conforme a las normas del mercado secundario. Esta reforma ya sido ya aprobada mediante la nueva redacción dada al precepto citado por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio;
 - habilitar una línea especial de créditos ICO para financiar el pago del precio del remate con garantía de la hipoteca del propio dere-

cho del remate sobre el bien subastado, conforme al artículo 107, número 12, de la Ley Hipotecaria, novedad introducida por la Disposición Final 9.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, pero que no ha tenido éxito en la práctica, entre otras razones, por falta de financiación;

- suprimir la discriminación de las pujas que ofrezcan aplazamientos del pago del precio de remate (en la actualidad una oferta por el 100 por 100 del valor de la tasación con aplazamiento de un año, puede ser desplazada y quedar inoperante si el ejecutante solicita la adjudicación por el 70 por 100 del tipo de subasta) —cfr. art. 670—;
- extender la facultad de la cesión del remate a cualquier tercero adjudicatario del bien (cfr. art. 647.3) y no solo al ejecutante.

5. Con el objetivo de mejorar el precio de remate o adjudicación debería admitirse:

- a) que la información sobre la vigencia y el saldo actual de las cargas anteriores al crédito hipotecario de la ejecución pudiese recabarse no solo a solicitud del ejecutante, sino también del ejecutado, a fin de que las pujas de los postores no descuenten de sus ofertas el importe íntegro por el que se constituyeron dichas cargas previas —lo que carece de justificación económica—, sino solo su importe vigente (cfr. art. 657);
- b) por el mismo motivo, debería extenderse en la misma forma la legitimación para solicitar la declaración judicial de que el ocupante de la finca, distinto del ejecutado, no tiene derecho a permanecer en el inmueble una vez que este haya sido enajenado en la ejecución (cfr. art. 661), pues ello aumenta su precio con paralela disminución del diferencial entre el valor de la finca y el importe de la deuda;
- c) ampliar el plazo de diez días de que dispone el ejecutado para mejorar la postura que haya resultado inferior al 70 por 100 de la tasación, sin imponer que la nueva postura llegue necesariamente a dicho porcentaje (hoy se rechazaría una mejora consistente en una oferta por el 60 por 100 del tipo de subasta, permitiendo la adjudicación por el 50 por 100¹⁰ si el ejecutante no ejerce su facultad de pedir la adjudicación por el 70 por 100 del tipo, lo que evidentemente es absurdo y arbitrariamente lesivo para el ejecutado) —cfr. art. 670—.

¹⁰ En caso de que la finca hipotecada no sea la vivienda habitual del deudor.

6. Finalmente, en los casos de subasta desierta, la adjudicación debería realizarse por el valor pericial que en dicho momento tenga la finca, con independencia de que sea mayor o menor a la cantidad debida por todos los conceptos. La adjudicación que preveía el artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por debajo del 50 por 100 de la tasación, cuando cubriese la deuda podía dar lugar a situaciones manifiestamente desproporcionadas y materialmente injustas cuando el valor objetivo de la finca exceda con mucho del importe de la deuda (que puede estar integrada tan solo por las últimas cuotas de amortización). Por su parte, la adjudicación por el 50 por 100 del valor de tasación fijado en la escritura de constitución es igualmente arbitrario, pues si cierto es que resulta manifiestamente erróneo, como sostiene el Auto de la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010, afirmar que el valor de mercado de la finca en el momento de la subasta es el de la tasación inicial, igualmente lo es afirmar que el valor real de la finca en dicho momento es el 50 por 100 de la tasación inicial. El precepto citado ha sido, sin embargo, objeto de modificación por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, estableciendo ahora que: *«Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 60 por 100 de su valor de tasación»*, de forma que se sube el antiguo porcentaje del 50 por 100 al 60 por 100 y se suprime la posibilidad de entender como valor de adjudicación el importe de la deuda, sin límite mínimo, evitando así que la pérdida de la finca hipotecada por consecuencia de la ejecución se produzca por deudas cuyo importe sea muy inferior al valor real de aquella. Esta modificación ha sido, a su vez, parcialmente afectada por una nueva reforma de la LEC en virtud de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal cuyo artículo 4, apartado 37, añade una nueva Disposición Adicional sexta a la LEC con la siguiente redacción:

En el caso de las adjudicaciones solicitadas por el acreedor ejecutante en los términos previstos en la Sección VI del capítulo IV del título VI del libro III y siempre que las subastas en las que no hubiere ningún postor se realicen sobre bienes inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.

Asimismo, en los términos previstos en la mencionada sección y para los citados bienes inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor, cuando la mejor postura ofrecida sea inferior al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiere salido a subasta y el ejecutado

no hubiere presentado postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación del inmueble por el 70 por 100 o por la cantidad que se le daba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior a la mejor postura.

¿Se aplican estos porcentajes a las adjudicaciones que se produzcan en el ámbito de las ejecuciones hipotecarias extrajudiciales? Así resulta de lo dispuesto en el reciente Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos¹¹, que manteniendo la línea legislativa de tradicional adaptación del procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial al contenido de la regulación legal del procedimiento de ejecución judicial, y respondiendo a la finalidad de clarificación y simplificación de aquel procedimiento, y a la misma finalidad de evitar que el sacrificio patrimonial del deudor hipotecario en caso de ejecución hipotecaria (con independencia de que sea judicial o extrajudicial) vaya más allá de lo que requiere la satisfacción del derecho del acreedor al cobro de lo adeudado, establece en su artículo 12 que la ejecución extrajudicial de bienes hipotecados se someterá a lo previsto en dicho precepto en aquellos casos en que el procedimiento se siga contra la vivienda habitual del deudor, siendo tal régimen ampliamente coincidente y similar al recogido en los artículos 670.4 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción dada por Real Decreto-ley 8/2011.

Pero subsisten todavía, bien que cuantitativamente atenuadas, las razones que abonan la crítica al sistema de tasaciones prefijadas legalmente —en función de porcentajes fijos sobre la tasación inicial— a que se ha hecho alusión. Desarrollaremos este punto en el siguiente apartado de este estudio.

7. Por último, a fin de liquidar los intereses de demora devengados durante el proceso, debería aplicarse la previsión del denominado «interés procesal» del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, equivalente al interés legal del dinero incrementado en dos puntos. Igualmente, debería reflexionarse sobre la posibilidad de que los intereses de demora dejen de devengarse durante la tramitación del procedimiento de ejecución a partir del momento en que este sufra una dilación indebida, ajena a la voluntad del deudor, pues no han de parar en perjuicio de este los retrasos a cuyo origen y causa sea ajeno.

¹¹ Publicado con posterioridad a la entrega de este trabajo a la Revista.

5. REVISIÓN DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 670 Y 671 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

La tesis que aquí se postula de sustituir la tasación legal de la finca hipotecada (actualmente el 60 por 100 del valor de tasación que figura en la escritura de constitución de la hipoteca) en los casos en que la subasta quede desierta, por un sistema de tasación pericial, vendría avalada por los siguientes argumentos que desgranamos en apartados separados.

A) *Analogía con el sistema previsto para la ejecución de las garantías financieras*

El Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, admite el denominado pacto marciano en sede de ejecución de las garantías financieras. Esta ejecución podrá tener lugar cuando se trate de valores negociables u otros instrumentos financieros, mediante su venta o apropiación o mediante compensación de su valor (cfr. art. 11, núm. 2). En cuanto a la apropiación exige, además del acuerdo entre las partes, que estas hayan previsto en el acuerdo de garantía «las modalidades de valoración de los valores negociables».

Insiste en esta idea el artículo 13, al prever que la ejecución de una garantía se habrá de llevar a cabo de manera que «tanto las valoraciones de las garantías como el cálculo de las obligaciones financieras principales se efectúen de una manera comercialmente correcta», aclarando a continuación que: «Para ello, y sin perjuicio de los procedimientos que las partes hubieran pactado, las valoraciones y cálculos necesarios se habrán de ajustar al *valor actual de mercado* de los valores negociables aportados como garantías. En todo caso, el sobrante que resulte, una vez satisfecha la deuda correspondiente, se reintegrará al garante».

Vemos, pues, que aunque en el ámbito de las garantías financieras se llega a admitir el pacto marciano, dando lugar a una realización de valor del bien o derecho dado en garantía más expeditiva incluso que el procedimiento de ejecución hipotecaria, no por ello se renuncia al principio de que la valoración de las garantías se haga de una manera «comercialmente correcta» y ajustada al «valor actual de mercado». Tampoco se debe renunciar a una justa valoración del bien objeto de ejecución hipotecaria, evitando incurrir en «valoraciones legales», es decir, en valoraciones fijadas directamente por la ley en caso de subastas desiertas. Es más, antes de la reciente reforma del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil operada por el Real Decreto-ley 8/2011, las valoraciones a efectos de adjudicación en caso de quedar desierta la subasta eran alternativas ya que se admitía en tales hipótesis como valor de la finca hipotecada el más bajo de los dos siguientes: 50 por 100 del valor de tasación o el importe de la

deuda, sin fijar un límite mínimo, sin que se alcanzara a comprender bien por razón de qué ley económica un bien debía valer en una fecha determinada más o menos en función de que la deuda que garantizaba fuese mayor o menor. Supongamos que la finca hipotecada se tasó inicialmente en 100.000 euros, y que la deuda pendiente de pago es de 30.000 euros. ¿Alguien puede explicar por qué en ese caso la finca se adjudicaba al ejecutante por un valor de 30.000, en tanto que si la deuda fuese de 50.000 euros se adjudicaría —¡la misma finca!— por esta última cifra? Supongamos ahora que la deuda perseguida fuese solo de 3.000 euros. ¿Es que la finca vale menos porque la deuda que garantiza sea menor? Pues bien, según el artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción anterior al Real Decreto-ley 8/2011, la finca se adjudicaría por esta última cantidad. Si a ello le añadimos que esa cifra puede corresponder a la liquidación de los intereses de demora calculados a unos tipos que pueden rebasar en mucho los ordinarios¹², y cuyo plazo de devengo dependerá de factores

¹² La reciente sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a), de 23 de septiembre de 2010, utiliza como criterio de referencia para la declaración de nulidad de una cláusula de intereses moratorios —fijados en la tasa anual del 29 por 100 anual— en un contrato de préstamo hipotecario, la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, de forma que entiende que ha de aplicar el artículo 19.4 de dicha Ley como norma correctora del interés abusivo, por lo que el interés pactado queda sustituido por la tasa anual equivalente en 2,5 veces el interés legal del dinero. En concreto declara la sentencia que: *«El problema se plantea al aplicar la normativa correctora al interés abusivo. Al tiempo de celebrar el contrato de préstamo, en 1993, estaba vigente la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, cuyo artículo 10 disponía que las condiciones generales establecidas en contrato con consumidores (en el presente caso, no hay duda de ambos extremos: es un contrato de préstamo con condiciones generales y el prestatario es consumidor) debe cumplir entre otros, el requisito (apartado c) de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, lo cual excluye (subapartado tercero) las cláusulas abusivas, entendiendo por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor o comporten en el contrato una posición de desequilibrio; cuyo incumplimiento de algún requisito conlleva la nulidad de pleno derecho (art. 10.4).*

La nulidad radical no se ha pretendido en ningún momento, pero sí se ha interesado la nulidad parcial en el sentido de minorar el interés, lo que ha hecho la sentencia de primera instancia, aplicando la norma limitativa del interés en el descubierto de cuenta corriente del artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo. Solución aceptada por la entidad bancaria demandante y no por la Audiencia Provincial que no la alteró por mor del principio de interdicción de reformatio in pejus.

No se trata de aplicar disposiciones posteriores a la fecha de celebración del contrato, sino de interpretar y aplicar la norma vigente de 1984, a la luz de la legislación posterior adaptada a la realidad social, conforme al artículo 3.1 del Código Civil. La misma ley de 1984 fue reformada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que le añade el artículo 10 bis, que declara abusivas las condiciones generales de la contratación que causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes.

Declarada abusiva la cláusula que impone el interés moratorio en el 29 por 100 anual, se declara la nulidad parcial de la misma en el sentido de fijarlo en un montante que resulta no de la aplicación analógica, ni mucho menos la aplicación retroactiva de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, sino, como antes se ha dicho, inspirándose en ella, como interpretación, fijando la tasa anual equivalente en 2,5 veces el interés legal del dinero.

ajenos a la voluntad del deudor (como la mayor o menor agilidad o tardanza en la tramitación del propio procedimiento de ejecución), vemos que la combinación de todos estos factores da un resultado sobre el que quizás no se ha reflexionado suficientemente. La solución legal en este extremo se ha dejado llevar por su deseo de máxima simplificación procedimental aún a riesgo de incurrir en daño de la justicia material. Ambas cosas deben hacerse compatibles. Las soluciones legales que sacrifican la justicia material (por ejemplo, el sacrificio del *verus dominus* en las adquisiciones *a non dominio* por razones de protección del tráfico) solo deben prevalecer cuando sean inevitables o cuando la solución alternativa sea manifiestamente más onerosa para el interés general, pero no cuando los intereses en conflicto permitan otra composición que haga evitable tal sacrificio sin daños subsiguientes mayores que los que se tratan de evitar.

B) *Ampliación de garantía en caso de disminución del valor de la finca hipotecada*

Si importante es conocer el valor de la finca que sirve de objeto a la hipoteca, también lo es que en caso de que aquel valor disminuya, la hipoteca pueda ser ampliada a un objeto distinto. Por ello, el artículo 9 del Reglamento del Mercado Hipotecario (modificado por Real Decreto 716/2009, de 24 de abril) prevé que si por razones de mercado o por cualquier otra circunstancia, el valor del bien hipotecado desmereciere de la tasación inicial en más de un 20 por 100, la entidad financiera acreedora, acreditándolo mediante tasación realizada por una sociedad homologada independiente podrá exigir del deudor hipotecante la ampliación de la hipoteca a otros bienes suficientes para cubrir la relación exigible entre el valor del bien y el crédito que garantiza.

En caso de que transcurridos dos meses desde el requerimiento hecho a tal fin, el deudor no hubiere realizado la ampliación, ni devuelto la parte proporcional del préstamo, se entenderá que opta por la devolución de la totalidad de su importe, que será inmediatamente exigible. Los tenedores de los títulos podrán instar a la entidad acreedora a ejercitar contra el deudor primario la citada acción. Se trata de una acción extrajudicial, distinta de la acción judicial de devastación del artículo 117 de la Ley Hipotecaria. La citada reforma de 2009 añade la previsión de que: «En el caso de que el deudor sea una persona física, el desmerecimiento al que se refiere el párrafo anterior deberá haberse mantenido durante el plazo de un año, a contar desde el momento en que la

De nuevo hay que recordar que aquel carácter abusivo y esta tasa la había determinado la sentencia de primera instancia, a la que se aquietó la entidad bancaria demandante, que no formuló recurso de apelación».

entidad acreedora haya hecho constar en el registro contable al que se refiere el artículo 21 el citado desmerecimiento».

Pues bien, se da el caso de que esta previsión sobre ampliación de la hipoteca a otros bienes como consecuencia de la depreciación de la finca hipotecada, que está prevista no para cubrir la relación entre el 80 por 100 del valor de la finca y el importe inicial del préstamo, sino la relación exigible entre el valor del bien y el crédito que garantiza (por tanto, tomando como base de cálculo la parte no amortizada del crédito), es una previsión que no se ha utilizado apenas en la práctica contractual, lo que hay que interpretar no en el sentido de que las entidades financieras hayan descuidado negligentemente este aspecto (y tampoco se hayan ocupado del mismo los tenedores de los títulos hipotecarios a riesgo de sufrir quebranto en sus derechos), lo que conociendo la profesionalidad de tales entidades no cabe presumir, sino en el sentido de que no se ha producido (o solo de forma muy residual) el supuesto de hecho del que parte la norma. Por tanto, la situación del mercado inmobiliario no justifica con carácter general depreciaciones tan fuertes como la que resulta de la valoración legal de las fincas que resulta del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

C) *Tasación en los casos de construcciones añadidas a la finca después de la constitución de la hipoteca y a las que no se extienda esta*

Conforme al artículo 113 de la Ley Hipotecaria, el propietario de las mejoras o construcciones introducidas en la finca hipotecada a las que no se extienda la hipoteca tiene la posibilidad de optar en caso de ejecución entre retener el objeto en que consista, si esto fuera posible sin deterioro o merma de la cosa, o bien exigir su importe. En este último caso, la venta en subasta es conjunta de la finca y su mejora, por lo cual existirá un único precio de remate, en caso de que no quepa separación de la mejora y el predio (o construcción y suelo) —si fuere posible la separación la venta es separada—. Existiendo remate y precio único se produce una concurrencia de créditos contra el producto de la venta entre el acreedor hipotecario y el dueño de la mejora, si bien este último goza de preferencia para el cobro hasta el límite del importe de la mejora, aun cuando ello pueda dejar parcialmente insatisfecho al acreedor hipotecario.

Para algunos, el concepto de «valor» de las mejoras debe interpretarse por contraposición al «coste» de las mismas, es decir, imputando a favor de su titular las plusvalías o incrementos de valor que haya experimentado. Sin embargo, esta última determinación no es posible por la vía mercantilista del precio de venta, ya que el precio será único y, probablemente, ni el propio adjudicatario o rematante pueda determinar con precisión en qué parte el precio retribuye el suelo y en qué parte la construcción, más allá de estimaciones aproximadas. Es por ello que se impone en orden a tal especificación la intervención de peritos.

A este respecto se ha defendido (así, v.gr., BUENAVENTURA CAMY) que la intervención de peritos se impone para corregir el tipo para subasta fijado en la escritura de constitución de la hipoteca. Sin embargo, ello presenta el inconveniente de forzar la apertura de ese trámite antes de la tramitación del procedimiento, en forma similar a como se produce en la fase de apremio de las ejecuciones comunes, incurriendo para ello en los gastos y dilaciones que se pretenden precisamente eludir mediante acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria directa sobre los bienes hipotecados. Por esta razón puede defenderse la solución de estimar que la intervención de peritos no debe ser anterior a la tramitación del procedimiento sino posterior, de forma que se reconozcan al Juez que haya conocido del procedimiento facultades para, una vez pagado el precio del remate, resolver sobre su distribución entre acreedor y tercer poseedor con ayuda de peritos. Por tanto, la cuestión no estriba tanto en modificar el tipo para subasta cuanto en determinar un criterio de distribución del precio pagado por el adjudicatario una vez ha finalizado ya el procedimiento.

Pues bien, este mismo mecanismo podría extenderse a todos los casos en que la subasta haya quedado desierta o la mejor postura haya sido inferior al 50 por 100 del valor de la finca¹³, de forma que se imputará dicho 50 por 100 al pago de la deuda, pendiente de la liquidación definitiva de la misma, una vez fijado el valor pericial de la finca. Hecho esto, la liquidación se elevaría a definitiva, de forma que si la tasación arrojase un valor superior al importe de la deuda, por todos los conceptos (incluyendo intereses y costas), la diferencia como remanente¹⁴ quedaría a disposición de los acreedores posteriores por el orden de sus respectivas inscripciones o anotaciones, o, en caso de no haberlos, a disposición del deudor (cfr. art. 672 de la LEC). Por el contrario, en caso de que la diferencia fuese negativa, en tal caso se procedería a la conversión del procedimiento hipotecario en ordinario conforme al artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

D) *Evolución de los precios de la vivienda. Comparación con los tipos del 60 y del 70 por 100*

Se afirma con razón que un bien no vale lo mismo —o no tiene por qué valer lo mismo— en momentos distintos. En concreto, como ya dijimos, los bienes inmuebles están sujetos a oscilaciones en el tiempo según las circunstancias del mercado en función de los parámetros generales de la economía, como los tipos de interés, la tasa de ahorro, el aumento o disminución de la población en el lugar de situación del inmueble, la rentabilidad comparativa con otras inversiones

¹³ 60 por 100 si se trata de la vivienda habitual del deudor.

¹⁴ Que debería ser abonada por el adjudicatario.

alternativas al mercado inmobiliario, etc. Por ello es lógico que se rechace el argumento de que las adjudicaciones de los bienes subastados deben realizarse al acreedor por el valor íntegro de la tasación inicial. Pero lo cierto es que los porcentajes utilizados por los artículos 670.4 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (para los casos de utilización de la facultad de mejora del tipo y de adjudicación en caso de quedar desierta la subasta) del 60¹⁵, y del 70 por 100 del valor de aquella tasación, sobre ser arbitrarios y carecer de la flexibilidad necesaria para su adaptación a las circunstancias de cada caso y momento, no se corresponden tampoco con los valores aproximados de depreciación del parque inmobiliario residencial español en estos últimos años transcurridos desde el comienzo de la crisis económica. Así, según los datos oficiales del Ministerio de Fomento, el precio actual por metro cuadrado de la vivienda libre es de 1.777 euros, valor todavía superior al de 2005 (1.685). En 2006 se revalorizó un 11,9 por 100 (1.887). En 2007 nuevamente se revalorizó un 7 por 100 (2.024). En 2008 todavía se revalorizó un 3 por 100 (2.101). No fue hasta 2009 cuando comenzó el descenso de precios con una devaluación de un 6,9 por 100 (1.958). En 2010 continuó el descenso de precios en un 4,8 por 100 (1.865). A comienzos de 2011 se registra otra bajada del 5,3 por 100 (1.777) y finalmente en el primer trimestre de 2012, en relación al primer trimestre de 2011, se produce una nueva bajada del 7,2 por 100 (1.649).

Por tanto, respecto del momento de mayor inflación inmobiliaria se ha producido una minusvalía inferior a un 30 por 100. Por ello no parece justificado, desde un punto de vista regulatorio general, la previsión de descuentos de hasta el 50 por 100 —antes de la reforma del Real Decreto-Ley 8/2001— y de hasta el 40 por 100 —después de dicha reforma— en la valoración de los inmuebles hipotecados. Cierto que las plusvalías y minusvalías que experimenten los inmuebles deben correr a riesgo y ventura de sus propietarios, y cierto es que nadie debe ser responsable por los actos ajenos y por las condiciones buenas o malas en que un tercero toma sus decisiones de compra. Pero no se puede desconocer que los datos indicados ponen de manifiesto que la decisión del legislador de permitir la adjudicación de los bienes hipotecados con tales descuentos no se ajusta a las condiciones reales de las minusvalías experimentadas.

En conclusión, cabe postular a favor de que la adjudicación al acreedor de la vivienda ejecutada por el 60 por 100 del valor de tasación, en los casos en que dicha suma no cubra el importe íntegro de lo adeudado, sea considerada como una valoración provisional pendiente de la definitiva que resulte de la tasación que, ya dentro del procedimiento de ejecución ordinaria en que se transforme el hipotecario conforme al artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se

¹⁵ 50 por 100 si no se trata de la vivienda habitual del deudor (vid. Disposición Adicional sexta LEC añadida por la Ley 37/2011, de 10 de octubre).

realizaría en los términos de los artículos 637 a 639 de la misma Ley, y que podrá llevarse a cabo conjuntamente con la de los bienes embargados en esta nueva fase del procedimiento, y sin perjuicio del alzamiento de estos nuevos embargos en caso de que el resultado de dicha tasación de la vivienda hipotecada determinase la extinción completa de la deuda perseguida.

Como solución subsidiaria podría plantearse que el porcentaje del valor de tasación a efectos de adjudicación al acreedor no fuese fijado directamente por la Ley, sino por referencia a unos índices estadísticos oficiales de la evolución de los precios de la vivienda por provincias o localidades, solución que sin ser la más ajustada a las circunstancias de cada caso, estará menos alejada de la realidad de la valoración del inmueble subastado y, por ello, menos alejada de la justicia material del caso y de la finalidad institucional de la subasta hipotecaria como medio de realización del valor del bien hipotecado, conforme al objetivo reclamado por el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la integración de los mercados hipotecarios primario y secundario en Europa de 2007 de la obtención de un «precio justo».

BIBLIOGRAFÍA

- ADAN GARCÍA, M. E.: *La dación en pago*, Centro de Estudios, Fundación Registral, 2009, pág. 509.
- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Manual de Derecho Civil. Derecho de bienes*, III, vol. 2.º, Barcelona, 1994.
- ALMAGRO NOSETE, J.: *Instituciones de Derecho Procesal*, Tomo III, Madrid, 1993.
- ARIAS LOZANO, D.: «Algunas consideraciones sobre el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», en *Estudios sobre Derecho Procesal*, junto con I. Díez-PICAZO GIMÉNEZ y J. MARTÍNEZ-SIMANCAS, vol. III, Madrid, 1996.
- ÁVILA NAVARRO, P.: *La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990.
- CANALS BRAGUE, F.: «El valor de la inscripción en la hipoteca», en el *Libro centenario de la Ley de Bases del Código Civil*, Madrid, 1989.
- CARNELUTTI, F.: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, vol. I, Buenos Aires, 1944.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, de 11 de mayo de 1998.
- CURIEL LORENTE, F.: «Notas sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 56, enero de 2000.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, Instituto de Estudios Políticos, 1949.
- DE LA RICA Y ARENAL, R.: «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, IV, Madrid, 1948.
- DÍAZ FRAILE, J. M.: «La ejecución hipotecaria y el mercado secundario», en *Cuadernos de Derecho Registral*, Ed. Fundación Registral, Madrid, 2008.

- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1995.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: «El Registro de la Propiedad y los procedimientos de realización de la hipoteca. Dos enmiendas imprescindibles en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Revista «Lunes 4,30»*, núm. 257, primera quincena de mayo de 1999.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: «La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 659, mayo-junio de 2000.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1948.
- GUASP DELGADO, J.: «La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1941.
- GUILARTE ZAPATERO, V.: *Comentarios al artículo 1858 del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M.: «Crisis y moratoria en el pago de los préstamos hipotecarios», en *Diario La Ley*, núm. 7136, 17 de marzo de 2009.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T.: «Consideraciones sobre la dación en pago», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 581, 1987.
- MARTÍNEZ DE SANTOS, A.: «La liberación de la vivienda familiar en la ejecución hipotecaria», en *Actualidad Civil*, núm. 15, 2003.
- MERINO HERNÁNDEZ, J.: «La dación en pago», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 87, pág. 99.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: «Las cargas anteriores en la ejecución de un crédito hipotecario posterior», en *Revista de Derecho Patrimonial*, Editorial Aranzadi, 1999.
- MONTSERRAT VALERO, A.: *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria (art. 131 LH)*, Editorial Aranzadi, 1998.
- MORELL Y TERRY, J.: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Madrid, Editorial Reus, 1930.
- PARRA LUCÁN, M. A.: «Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 711, 2009.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Centro de Estudios Registrales, Tomos I y II, Madrid, 1999.
- PEÑA VICENTE, M.: «La protección de la vivienda habitual en los supuestos de sobreendeudamiento y dependencia», en *Actualidad Civil*, núm. 16, 2008.
- RIVAS TORRALBA, R.: *Anotación de embargo*, II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994.
- ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho Hipotecario*, 8.ª ed., editorial Bosch, 1999.
- SASTRE PAPIOL, S.: «La ejecución de la hipoteca en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 83, marzo-abril de 1999.

RESUMEN

DACIÓN EN PAGO

El artículo aborda como punto de partida la actual situación de crisis económica, financiera e inmobiliaria, y el doble efecto de retracción del mercado hipotecario, de un lado, y del aumento importante del número de ejecuciones inmobiliarias, por otro, que ha provocado. Evalúa los datos concretos de ambos fenómenos y los pondera con la evolución de ese mismo mercado desde el comienzo de los años ochenta. El aumento actual de la morosidad y de las ejecuciones hipotecarias ha suscitado un vivo debate en torno a una posible revisión del principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor y la posible imposición legal de la dación en pago con efectos liberatorios del importe total de la deuda. El artículo analiza detalladamente los argumentos invocados a favor de tal tesis, así como las diversas resoluciones judiciales que, aún sin cambio legal, la han tratado de aplicar en la práctica. Frente a ello, se han venido aprobando desde el año 2008 diversas disposiciones legales y reglamentarias que tratan de aliviar la situación de los deudores hipotecarios en situación de insolvencia, bien para prevenirla y evitarla, bien para, una vez producida, paliar sus efectos, sin cuestionar el sistema de doble garantía (real y personal), cuya revisión podría tener un alto coste de pérdida de confianza en los mercados de refinanciación. El artículo propone una revisión de diversos aspectos de técnica-jurídica tanto de la dación en pago, como del procedimiento de ejecución hipotecaria (fomento de mecanismos alternativos de ejecución forzosa, admisión de las subastas electrónicas, medidas para aumentar la concurrencia de demandantes en la subasta, línea especial de crédito oficial para financiar el precio del remate, disminución del importe del depósito para participar en la subasta, retasación de la finca hipotecada para determinar el sobrante negativo, etc.) a fin de conseguir

ABSTRACT

SURRENDER IN LIEU OF PAYMENT

The article begins by addressing the current economic, financial and real estate crisis and the two-sided effect it has had, causing the mortgage market to pull in upon itself and swelling the number of property foreclosures. Hard data on both phenomena are evaluated and weighed against the real estate market's development since the early eighties. The present surge in mortgage defaults and foreclosures has fanned heated discussion about a possible revision of the rule of the borrower's unlimited personal liability and the possible imposition by law of surrender in lieu of payment with the effect of cancelling the entire debt. The arguments wielded in favour of the idea are analyzed in detail, as are the various court rulings that have endeavoured to apply it in practice, even without any change in the laws. By contrast, since 2008 sundry laws and regulations have been approved that endeavour to alleviate the situation of insolvent mortgage borrowers, either by preventing and avoiding insolvency or by palliating its effects once the borrower has become insolvent. These laws and regulations do not question the system of dual security (collateral plus personal guarantee), whose revision could come at a high price if as a result refinancing markets lose their faith in the system. A revision is proposed for several technical and legal features of surrender in lieu of payment, such as the foreclosure procedure (e.g., fostering of alternatives to court-enforced foreclosure, acceptance of electronic auctions, measures to bring more bidders to auctions, a special line of official credit for the winning bid, reduction of the deposit bidders are required to make in order to participate, re-appraisal of the mortgaged property to find the negative excess). The proposed revision pursues a two-pronged

un doble objetivo: dar satisfacción a la pretensión del demandante y no malbaratar los bienes del deudor, cumpliendo así la finalidad institucional de la subasta hipotecaria como medio de realización del valor del bien hipotecado, que conforme al objetivo reclamado por el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la integración de los mercados hipotecarios primario y secundario en Europa de 2007 ha de ser la de obtener por el bien ejecutado un «precio justo», manteniendo al tiempo un alto grado de seguridad jurídica en el sistema hipotecario. Hay que señalar que varias de esas medidas sugeridas por el autor han sido ya acogidas por el legislador.

objective: to satisfy the plaintiff's claim without underselling the borrower's assets, thus achieving the institutional purpose of mortgage auctions as a means of realizing the value of mortgaged assets. And that purpose, pursuant to the objective sought in the European Commission's 2007 White Paper on the integration of primary and secondary mortgage markets in Europe, ought to be to fetch a fair price for the property while upholding a high degree of legal certainty in the mortgage system. Several of the measures suggested by the author are already being entertained by lawmakers.