

Presente y futuro de la garantía hipotecaria¹

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

Registrador de la Propiedad

Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Catedrático (acreditado) Derecho Civil

Vocal Permanente de la Comisión de Codificación

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO.
- II. DESAPARICIÓN DE LOS CENSOS.
- III. SUPERACIÓN DE SISTEMAS DE FINANCIACIÓN USURARIOS.
- IV. EL FUTURO DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA.
- V. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR.
- VI. INCREMENTO DEL CONTROL INSTITUCIONAL Y PREVENTIVO.
- VII. POTENCIACIÓN DE LA EJECUCIÓN.
- VIII. FLEXIBILIZACIÓN DE PRODUCTOS HIPOTECARIOS.
- IX. LA DACIÓN EN PAGO.
- X. CONCLUSIÓN.

¹ Conferencia de clausura como director del curso sobre «La dación en pago de préstamos hipotecarios», celebrado en Aranjuez, dentro de los cursos de verano de la Universidad Rey Juan Carlos, julio de 2012.

I. PLANTEAMIENTO

El modelo de financiación hipotecaria está comenzando a agotarse si no se adoptan medidas urgentes de reforma. Y no se debe tan solo a la actual crisis financiera que ha derivado en una restricción general del crédito, sino que es un problema estructural.

La hipoteca no satisface ni la posición del acreedor ni la del deudor.

a) LOS ACREDITADORES EMPIEZAN A CONSIDERAR INSUFICIENTE LA HIPOTECA POR SÍ SOLA PARA LA GARANTÍA DE LA DEUDA

Lejos queda lo que afirmaba la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861:

«El que presta con hipoteca, más bien que á la persona; puede decirse que presta á la cosa: el valor de la finca hipotecada es la causa por que entra en la obligación: el deudor es solo el representante de la propiedad; al prestamista nada la interesan el crédito, el estado de fortuna, las cualidades morales de la persona á quien da su dinero, porque para nada las tiene en cuenta; lo que le importa es que la finca baste á reintegrarle en su día de lo que dio. Su crédito no es un crédito personal, es un crédito real; no depende de la persona del deudor; no está sujeto á sus vicisitudes; lo que importa al acreedor es que la hipoteca no desaparezca: adherido, por el contrario, su crédito á la finca, no se altera por la pérdida del crédito personal de su dueño. El crédito territorial así queda suficientemente garantido; cada uno sabe hasta dónde alcanza la preferencia que puede tener sobre los demás acreedores: está en el mismo caso que si se hubiese señalado una parte del precio de la finca para el día en que se hiciera el pago, y esto sin temor a privilegios de hipotecas desconocidas por él, puesto que nunca puede perjudicarle lo que no constare en el registro. Con la adopción de este sistema, los capitales tendrán un empleo sólido y fácil, el propietario gozará de un crédito proporcional á su verdadera riqueza, se activará la circulación, bajará el interés del dinero, y nacerán nuevas fuentes de riqueza y prosperidad».

A diferencia de lo que decía la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, la hipoteca es hoy en día un instrumento no siempre suficiente, por sí solo, para la defensa adecuada de los acreedores. Se ha producido un cambio radical hasta el punto de que lo determinante en la concesión del crédito no es tanto el *loan to value* —proporción de la deuda en relación al valor del inmueble— sino el *loan to income* —proporción de la deuda en relación a los ingresos del deudor—. Algo insólito en la primitiva legislación hipotecaria.

Hoy en día el acreedor tiene que rodearse de innumerables garantías complementarias («colaterales») —avales, seguros de desempleo, de vida, domiciliación de la nómina— para que la entidad financiera considere suficiente desde la perspectiva del riesgo de impago. La poca financiación que ofrecen los Bancos, se rodea de garantías complementarias a la propia hipoteca, ignorando la prohibición de sobregarantías contempladas en nuestra legislación de protección al consumidor (art. 88 del Texto Refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 16 de noviembre de 2007). Es criticable, pero en cierta medida comprensible si atendemos a la agresión institucional que la hipoteca ha ido sufriendo.

En efecto, la legislación moderna ha ido cercenando la eficacia sumaria de la hipoteca. Por poner un ejemplo esencial, pese a que la hipoteca en principio supone la afección de un bien al pago de una obligación, y por tanto en nada debe afectarle la situación de insolvencia del deudor, debiendo tener —y así era tradicionalmente, incluso bajo el imperio de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1 de enero de 2000— un procedimiento de ejecución separada, hoy en día —tras la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal— la hipoteca queda paralizada y sometida a las vicisitudes del concurso al menos durante el período temporal de un año siguiente a la declaración de concurso con miras a procurar un convenio con el deudor.

Existen otros muchos ejemplos de cercenamiento moderno de la hipoteca, como el establecimiento de créditos privilegiados con vocación de prevalecer frente a la hipoteca —caso del art. 32 del Estatuto de los Trabajadores o la afección a los gastos de comunidad en edificios en régimen de propiedad horizontal— cuando conceptualmente es imposible que un mero crédito, por muy privilegiado que sea, se anteponga a una garantía real. La hipoteca implica un *ius distrahendi* del patrimonio del deudor o tercer poseedor de los bienes, sin que pueda anteponerse ningún derecho de crédito por muy privilegiado que sea, como afirmó la Resolución de la DGRN de 29 de abril de 1998.

El propio procedimiento de ejecución sumaria que desde su origen caracterizó a la hipoteca, ha sido puesto reiteradamente en cuestión, e impugnado por los deudores por entender que la limitación de las causas de oposición contravienen principios constitucionales, como el de tutela efectiva.

Ha tenido que manifestarse reiteradamente el Tribunal Constitucional respecto de la legalidad y constitucionalidad del procedimiento. Así la sentencia del Tribunal Constitucional 41/1981, de 18 de diciembre, refrendada en el reciente auto del TC 113/2011, de 19 de julio de 2011 (*BOE* de 17 de agosto de 2011) consagra el procedimiento y la constitucionalidad de las disposiciones legales que limitan los motivos de oposición a la ejecución en el marco del procedimiento sumario de ejecución hipotecaria².

² Señala el fundamento 7.^º de aquella sentencia, como argumento decisivo que: «el constituyente de la hipoteca ha consentido la posición en que el título ejecutivo le sitúa, ya que tal

En este contexto ahora se propugna por algunos en nuestro Ordenamiento Jurídico una dación en pago obligatoria a favor del consumidor. Se considera —así lo entiende incluso algún pronunciamiento jurisprudencial como es el conocido auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010—, que siendo las entidades financieras las causantes de la crisis financiera, son ellas las que deben asumir los riesgos derivados de la disminución del valor de los inmuebles dados en garantía.

A la dación en pago nos referiremos posteriormente, pero ya adelanto que si se admitiera de forma obligatoria como causa de extinción de la deuda podría suponer un nuevo cercenamiento a la hipoteca.

b) RESPECTO DEL DEUDOR, LA INSATISFACCIÓN CON RESPECTO DE LA HIPOTECA ES AÚN MAYOR

No solo desde la perspectiva del consumidor se discute la constitucionalidad del procedimiento de ejecución directa y se critica la limitación de causas de oposición, sino que se considera que la hipoteca nace de un contrato que carece de equilibrio en las contraprestaciones. No cabe olvidar que la hipoteca no solo es un derecho real, sino también un contrato del cual nace aquel —como contrato es regulado en el Título XV del Libro IV del Código Civil—. Pues bien, este contrato es considerado ya como abusivo desde su origen, cuando eso en absoluto es así. No hay que confundir las consecuencias rigurosas que conlleva —como cualquier acto dispositivo—, con que sea abusivo.

Es una realidad que a veces determinados acreedores en la contratación en masa han intentado abusar de su posición dominante introduciendo verdaderas cláusulas abusivas, a lo cual ha tenido que reaccionar el ordenamiento jurídico (así, la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación en la transposición de la Directiva 93/13 CEE). Y es también cierto que el préstamo hipotecario, en sí mismo, no es un contrato sinalagmático o con equivalencia de prestaciones.

posición deriva de un negocio jurídico. La hipoteca voluntaria, dice el artículo 145 de la Ley Hipotecaria, se constituye en escritura pública, con la especial garantía que ello trae consigo, y 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». En definitiva, la intervención notarial y registral es un argumento utilizado por el TC para defender la constitucionalidad de la ejecución hipotecaria.

Pero eso no significa que, en sí mismo, sea desequilibrado o abusivo. Al contrario, un instrumento adecuado en la sociedad moderna para hacer efectivo el derecho constitucional al acceso a la vivienda, y un instrumento dirigido a las personas menos favorecidas, pues las más favorecidas económicamente no necesitan acudir a la financiación. A través de la hipoteca han conseguido acceder a la propiedad de la vivienda millones de ciudadanos que sin ella no habrían podido hacerlo.

Lo que es cierto es que el deudor que hipoteca tiene que ser conocedor de que la hipoteca implica un derecho de realización de valor para el caso de impago. Es tanto como una venta anticipada condicionada a la falta de pago, si bien el procedimiento de realización está regulado con normas imperativas y de orden público —no alterables por voluntad de los interesados— precisamente en aras de un justo equilibrio en la posición del acreedor y del deudor.

II. DESAPARICIÓN DE LOS CENSOS

Una situación de crisis institucional parecida sufrieron los censos, que desaparecieron paulatinamente y de forma definitiva en el siglo XIX después de una progresiva desconfianza por censualistas y censatarios.

Me estoy refiriendo no tanto al censo enfítéutico, que contribuyó al desarrollo de la agricultura y el comercio en un contexto de manos muertas y vinculaciones perpetuas de la tierra; sino fundamentalmente al censo reservativo, por el que se cedía una finca a cambio de una renta anual y con posibilidad de redención, todo a cambio de un capital.

La financiación vía constitución de censos reservativos, cayó en desuso tras el incremento fortísimo de los tipos de interés³ y por la falta de seguridad jurídica en las transacciones, debido al incumplimiento generalizado de la inadmisión por los jueces de los censos no registrados, ordenada en las Pragmáticas de los siglos XV a XVIII, así como por el temor de los censualistas a la pérdida final de la propiedad, dado el sentimiento de pertenencia que ostentaban los censatarios.

Los inversores fueron pasando de los censos reservativos a la venta a carta de gracia o la inversión directa en bienes inmuebles, para su posterior arrendamiento, propiciada por la legislación desamortizadora.

La puntilla final a los censos la dio la legislación hipotecaria de 1861 al regular la hipoteca y establecer un sistema de inoponibilidad de las cargas no inscritas. Al igual que el propio Código Civil de 1889 al hacer constitutiva la

³ Sobre la evolución de los censos y su progresiva desaparición, véase Salustiano DE DIOS y otros (coordinadores), *Historia de la Propiedad, crédito y garantía*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, 2007.

inscripción de la hipoteca, y por tanto al dejar sin efecto frente al acreedor hipotecario los censos no registrados.

Dicho de otra forma, la historia demuestra que las garantías que no satisfacen las necesidades del crédito son sustituidas por otras.

III. SUPERACIÓN DE SISTEMAS DE FINANCIACIÓN USURARIOS

En la búsqueda de un sistema de financiación alternativo al hipotecario debe huirse de sistemas de financiación ya superados, como son todos aquellos basados en el pacto comisorio (prohibido por el art. 1859 CC), en la atribución fiduciaria de propiedad en garantía (ventas en garantía), o las ventas a carta de gracia o con pacto de retroventa en función de garantía de créditos, pues —aunque es verdad que rigen en algunas zonas de nuestro territorio nacional, como es el pacto comisorio en Navarra, o la venta a carta de gracia en Cataluña— y aunque pueden ser considerados como muy protectores del crédito, provocan un desequilibrio contractual abusivo cuando se ejerce entre un empresario —entidad financiera— y un consumidor.

Todos ellos suelen encubrir préstamos usurarios por razón de lo desproporcionado del tipo de interés o porque dan por recibida menor cantidad de la realmente prestada (pactos leoninos proscritos ya desde la Ley Azcárate de 23 de julio de 1908). Así en la venta a carta de gracia, el precio de retroventa reconocido o escriturado no coincide con el real, siendo muy superior en realidad al precio recibido por el deudor-vendedor, pues encubre intereses desproporcionados.

No caben por tanto retrocesos en esta materia.

Y no puede servir de excusa que este tipo de garantías existen ya en el ámbito mercantil, donde la prohibición de comiso es inexistente, como lo prueba la práctica generalizada de pactos de autotutela privada (compensación de garantías, adjudicación de valores al acreedor en caso de impago por el valor previamente determinado, etc.), pues al fin y al cabo la negociación entre empresarios está al margen de la legislación de protección del consumidor característica de los préstamos hipotecarios, que son esencialmente de carácter civil.

IV. EL FUTURO DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA

El futuro de la garantía hipotecaria pasa precisamente por encontrar soluciones para que acreedor y deudor se encuentren suficientemente protegidos.

El acreedor debe disponer de instrumentos que le permitan la recuperación de su inversión. Pues de nada sirven instrumentos de garantía real que hagan ineficiente la inversión.

El consumidor, a su vez, debe quedar protegido frente a posiciones abusivas del acreedor, que no agraven las consecuencias rigurosas de la hipoteca, que —como se ha visto— es una venta o embargo anticipado que va a conllevar la realización forzosa del inmueble hipotecado cualquiera que sea su poseedor.

De nada serviría un entramado de reglas que hicieran posible un eficiente mercado, si luego los consumidores tuvieran recelo de participar en él. Si sus derechos no son garantizados, temerán de acogerse al sistema, y el mercado se paralizaría.

V. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

La protección del consumidor debe venir dada a través de los siguientes criterios:

- a) *obteniendo suficiente información precontractual y contractual*

No debe cejarse en la implantación de Códigos de Conducta de las Entidades Financieras en orden a la suficiente información al consumidor de las consecuencias de los productos que van a firmar.

- b) *impidiendo la imputación de riesgos al consumidor que no le corresponden por razón de su especialización*

Debe acabarse, bajo un régimen de nulidad radical —en el ámbito civil— y de exigencia de responsabilidad a los intermediarios financieros que los ofrecen con la suscripción de productos, que por su complejidad no deben ser dirigidos a consumidores, como son los derivados financieros complementarios al préstamo hipotecario (así lo exige la Directiva MIFID).

- c) *evitando la imposición de cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*

Es cierto que el control de la adecuación al Ordenamiento Jurídico de los contratos en general, y de los bancarios en particular, corresponde en última instancia al juez. Pero no cabe duda que también debe existir un control preventivo por parte de Notarios y Registradores. No solo porque es la razón de ser de su función, sino por expresa exigencia de la normativa de protección de los consumidores derivada de las directivas de la Unión Europea.

Ahora bien, tal control preventivo no debe impedir la introducción de nuevos productos financieros, en base al principio de libertad contractual, ya que supondría un entorpecimiento del desarrollo económico. No cabe considerar

abusivas cláusulas en base a criterios generales de desequilibrio contractual, sin base en alguna prohibición específica o precepto imperativo, ya que eso entorpecería la creación de nuevos productos financieros (baste pensar en la dificultad que tuvo la introducción en España de la hipoteca en garantía de crédito abierto, que en ocasiones se consideraba injustificadamente como una suerte de reserva de rango en beneficio de un acreedor determinado y en perjuicio de los demás).

La abstención de los Notarios en la autorización de instrumentos públicos en los que se inserten cláusulas abusivas y su denegación por parte de los Registradores, caso de que se hayan incorporado al título, viene exigida por lo dispuesto en el artículo 84 del Texto Refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (anteriormente art. 10.6 del TR de 1984 en la redacción dada por Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación en transposición de la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas en la contratación con consumidores) y se circunscribe a supuestos determinados.

En concreto, tratándose de condiciones generales abusivas, los notarios y registradores deben rechazarlas en los tres siguientes casos:

- a) cuando estén incluidas en la lista negra de cláusulas abusivas (hoy en día contenida en los arts. 85 a 90 del TRDCU de 2007, antes Disposición Adicional primera de la misma Ley de 1984), de manera que se puedan encuadrar en ella sin lugar a dudas; la razón es que son nulas «en todo caso» y no cabe interpretación;
- b) cuando sean contrarias a una norma imperativa o prohibitiva que claramente las rechace;
- c) cuando se trate de cláusulas declaradas judicialmente nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación⁴.

Lo que no parece posible es que se abstengan de intervenir o califiquen negativamente cláusulas abusivas en base a la declaración general de abusividad contenida en el artículo 82 TRLDCU de 2007 —antes art. 10 bis de la LGDCU— ya que corresponde al juez, en tales casos, declarar tal nulidad e integrar en tal caso el contrato. Por supuesto tampoco podrán considerar abusivas cláusulas contractuales negociadas individualmente o aquellas que integren el

⁴ El artículo 84 TR aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, antes artículo 10.6 de la LGDCU en la redacción dada por la Disposición Adicional primera de la LCGC, establece que los notarios y registradores, en el ejercicio profesional de sus 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.

objeto del contrato —como pudiera ser el precio en una compraventa o el tipo de interés en un préstamo⁵—.

VI. INCREMENTO DEL CONTROL INSTITUCIONAL Y PREVENTIVO

Otra de las medidas debe ser el incremento de las medidas de control institucional.

No se trata tan solo de una supervisión general por parte del Banco de España de las instituciones financieras, sus comisiones, clausulados o folletos informativos. Debe existir un control efectivo de las carteras hipotecarias de los Bancos. De la misma manera que la Comisión Nacional del Mercado de Valores debe hacer lo propio con las titulizaciones, evitando la entrada en el mercado de títulos empaquetados o sin los rigurosos requisitos establecidos por la Legislación de Mercado Hipotecario para bonos, cédulas y participaciones hipotecarias. En definitiva, restringir las emisiones de títulos de financiación hipotecaria «*subprime*».

Dentro de este control institucional debe potenciarse los instrumentos de control preventivo.

Debe exigirse responsabilidad a los intermediarios que no ejerzan su obligatoria función de información.

Así la indebida información por parte de los Notarios de los riesgos que conlleva la financiación hipotecaria debe ser fuente efectiva y rigurosa de responsabilidad. De la misma manera que la inscripción sin depuración de cláusulas abusivas en el Registro de la Propiedad.

Bien es cierto que han sido los registradores más que los notarios, por la propia naturaleza de su función, los que han excluido de la práctica negocial las cláusulas abusivas. En este sentido es clarificadora la posición de la DGRN reciente en la interpretación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, que ampara la exclusión de cláusulas contrarias a norma imperativa o prohibitiva o bien contraria a sentencia judicial firme (véase, por todas, la Resolución de la DGRN de 4 de noviembre de 2010), frente al criterio anterior del Centro Directivo favorable a la transcripción de cláusulas financieras.

Creo que es esencial la libertad de autonomía de la voluntad en esta materia (*ex art. 1255 CC*) que no merme la competencia de nuestras entidades financieras y la posibilidad de creación de nuevos productos, pero siempre con pleno respeto a los límites de ley imperativa o prohibitiva, como del propio artículo 1255 se deduce.

⁵ Muy discutible es que pueda calificarse el tipo de interés de demora, por muy alto que parezca, y solo podrá rechazarse en base al propio TR de 2007, los tipos de interés que para descubiertos prevé la Ley de Crédito al Consumo.

Sobre la imposibilidad de que la calificación registral se extendiera a todo tipo de condiciones generales abusivas, se había pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 19 de abril de 2006 y otras posteriores entre las que podemos destacar la Resolución de 24 de julio de 2008. Esta última limitó exageradamente el papel de notarios y registradores en el control preventivo de las cláusulas abusivas y entendió que tras la Ley 41/2007, que reformó el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, la inscripción en el Registro debería ser una transcripción de las cláusulas financieras en los mismos términos que resultaran del título, sin poder rechazar ninguna cláusula por abusiva. En contra de este criterio, la sentencia de 1 de abril de 2011 dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona —en juicio verbal interpuesto contra la citada resolución—, procede a su anulación. Esta sentencia se basa en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (en su sentencia de 16 de diciembre de 2009) y en la más reciente y adecuada de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado (entre ellas, Resoluciones de 1 de octubre de 2010, 4 de noviembre de 2010, 21 de diciembre de 2010 y 11 de enero de 2011).

Según esta posición —jurisprudencial y del Centro Directivo de notarios y registradores— más reciente y acertada podemos afirmar que los notarios y registradores deben rechazar aquellas cláusulas financieras —incluidas las de vencimiento anticipado— siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también aquellas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado sin necesidad de realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Dicho de otro modo, el control sobre cláusulas abusivas debe extenderse a las que estén afectadas de una causa directa de nulidad apreciable objetivamente porque así resulte claramente de una norma que lo exprese sin poder entrar en conceptos jurídicos indeterminados.

En base a los pronunciamientos judiciales citados anteriormente podemos señalar como ejemplos de cláusulas que no deben incorporarse al título ni inscribirse en el Registro:

- a) vencimientos anticipados por cualquier embargo o disminución de solvencia del deudor en las que no se prevea la posibilidad de que el deudor preste nuevas garantías;
- b) vencimiento anticipado por arrendamientos posteriores sujetos a purga, pues no perjudican a la hipoteca;
- c) prohibición o limitación de la facultad de enajenar la finca, salvo que se tratara de hipoteca inversa en que dicho pacto es admisible según Ley 41/2007;
- d) renuncia del deudor a ser notificado de la cesión del crédito, considerándose derogado el artículo 242 del Reglamento Hipotecario que lo permitía;

- e) vencimientos anticipados del préstamo hipotecario por incumplimiento de obligaciones accesorias del mismo;
- f) cláusulas de comisión de cancelación o subrogatorias contrarias a los máximos legales;
- g) cláusulas denominadas «suelo» donde se fija un tipo de interés mínimo pero no un tope máximo de evolución —cláusula «techo»—.

Por el contrario, sí que serían admisibles las siguientes:

- a) extensión de la hipoteca a las costas de la ejecución;
- b) pacto de liquidación unilateral por la entidad financiera;
- c) pacto de compensación de la deuda con otros créditos vencidos del mismo deudor con la misma entidad, salvo que deriven de créditos indistintos con varios titulares;
- d) vencimiento anticipado del préstamo hipotecario por impago de una sola de las cuotas de principal o intereses;
- e) vencimiento anticipado por arrendamiento de la vivienda hipotecada que no esté sujeto a purga conforme al artículo 13 de la LAU, puesto que tales arrendamientos sí perjudican al acreedor hipotecario, pues tendrá que subrogarse en ellos.

VII. POTENCIACIÓN DE LA EJECUCIÓN

Si hemos visto que el futuro de la hipoteca pasa por la protección del consumidor frente a una posición de abuso de derecho por parte de las entidades financieras —por otra parte abuso de derecho proscrito por nuestro art. 7.2 CC—, debe reconocerse que la garantía hipotecaria debe poder permitir al acreedor cobrar con rapidez en caso de impago.

En este sentido deben mantenerse las causas limitadas de oposición existentes en la actualidad, no abriendo el abanico de otras posibles, que distorsionarían la eficacia de la hipoteca.

Quizá sí debiera abrirse la posibilidad a una oposición más amplia a la fijación unilateral del saldo acreedor por la entidad financiera, posibilidad contemplada en nuestro Derecho —vid art. 153 bis LH y LEC— pero que está planteando muchas dudas de adecuación a las Directivas europeas frente a cláusulas abusivas. De hecho se ha planteado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial por esta razón a instancia de un juez de lo mercantil español, y aunque España quiere sostener la validez del pacto de fijación unilateral del saldo, es posible que se pronuncie a favor de que el juez

pueda declarar nulo el pacto en el propio proceso de ejecución, sin necesidad de esperar a un juicio declarativo posterior⁶.

Además deben potenciarse los procedimientos de ejecución extrajudicial, siendo muy perjudiciales los precedentes jurisprudenciales —superados por la reforma de la LEC de 1 de enero de 2000— que afirmaban el carácter necesariamente judicial de los procedimientos de ejecución hipotecaria.

VIII. FLEXIBILIZACIÓN DE PRODUCTOS HIPOTECARIOS

De la misma manera que creo que el futuro de la garantía hipotecaria pasa por la depuración de sus cláusulas abusivas, el sometimiento a un control superior institucional y preventivo y al mantenimiento de su eficacia sumaria, deben irse admitiendo figuras que vayan flexibilizando su aplicación.

Ejemplos paradigmáticos son la Ley de 30 de marzo de 1994, sobre subrogación y novación de préstamos hipotecarios, que admitió el cambio de entidad financiera a instancia del deudor (*ex art. 1211 CC*) sin pérdida de rango de la hipoteca inscrita; o la Ley 1/2007, que aumentó los supuestos de novación modificativa a la refinanciación y al aumento del plazo de vencimiento, e introdujo el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, que admite hipotecas globales o en garantía de una pluralidad de obligaciones vencidas o futuras, sean o no de la misma naturaleza, siempre que deriven de una relación causal determinada.

También ha sido ejemplo paradigmático la admisión por el Centro Directivo de hipotecas únicas, a favor de una pluralidad de acreedores en mano común —con pacto de ejercicio conjunto de la acción hipotecaria—, sin necesidad de distribución de la hipoteca entre cada cuota, como fórmula de refinanciación de empresas en situaciones preconcursales, a las que se refiere la RDGRN de 8 de junio de 2011.

⁶ Asunto C-415/2011, Mohamed Aziz *versus* Caixa d'estalvis de Catalunya, Tarragona y Manresa, cuestión prejudicial formulada por el Juez de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, al conocer de una demanda de nulidad de la hipoteca en juicio ordinario interpuesto con posterioridad a la ejecución. El Reino de España argumenta que es un pacto amparado en la legislación procesal y no constituye condición general de la contratación, pero la Comisión Europea y la abogada general del TJUE en sus conclusiones critica la legislación española en cuanto a la posibilidad de que si se declara la nulidad del pacto en juicio declarativo posterior, el deudor no pueda recuperar el inmueble subastado. Lo cierto es que el artículo 131 de la Ley Hipotecaria actualmente vigente, tras la reforma efectuada por la LEC de 7 de enero de 2000, permite mantener como carga preferente la anotación de la demanda que se haya practicado antes de la nota marginal de expedición de la certificación de cargas. Lo cual es lógico, pues a partir de tal momento a quien hay que proteger es al adquirente de buena fe en la subasta, que ha confiado en los pronunciamientos registrales a través de la certificación de titularidad y cargas expedida por el registrador.

IX. LA DACIÓN EN PAGO

La crisis financiera ha provocado mayor morosidad en el cumplimiento de las deudas y ha incrementado el desahucio de muchas personas de sus viviendas. Tratándose de ejecución por impago de deudas garantizadas con hipoteca, el problema no se soluciona con la entrega de la vivienda al acreedor, ya que nuestra legislación se basa en el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 del CC). Esto hace que si el valor de la vivienda, en el momento de la ejecución, no es suficiente para saldar la deuda, el acreedor aún puede perseguir y embargar otros bienes del deudor hasta obtener plena satisfacción de lo que se le debe por principal, intereses y costas (arts. 105 de la LH y 579 de la LEC).

Sin embargo, algunas sentencias aisladas generaron un debate sobre la justicia de esta doble acción personal y real de la que dispone el acreedor, entendiendo que su aplicación estricta puede suponer un abuso de derecho, pues las entidades financieras debieran asumir el riesgo derivado de la tasación inicial del bien, que les debería vincular aunque después se hubiera desvalorizado. Esto es, la dación en pago de la finca dada en garantía debería ser suficiente para dar por extinguida la deuda.

Frente a ello la mayoría de la jurisprudencia mayor se inclina por entender que no estamos ante un ejercicio abusivo del derecho, pues se trata de una opción permitida por nuestro ordenamiento jurídico, y que no existe enriquecimiento injusto por parte de la entidad financiera.

La dación en pago como forma obligatoria de extinción de las obligaciones debe afrontarse teniendo en cuenta una perspectiva amplia del problema. No deben tomarse decisiones irreflexivas, basadas en un sentimiento lógico de solidaridad frente a los desahucios. No debemos perjudicar a la hipoteca, si queremos impedir su desaparición, como vimos ocurrió con los censos.

La dación en pago como fórmula obligatoria no se corresponde con nuestro sistema atributivo al deudor de la revalorización —y por tanto lógicamente también de la desvalorización— del inmueble dado en garantía.

Ni siquiera en sistemas de *mortgage* anglosajona, el sistema de dación en pago está generalizado, sino que exige pacto al respecto en la mayoría de los Estados.

Ahora bien, tampoco se puede afirmar que nuestro ordenamiento jurídico esté totalmente enfrentado a la dación en pago. Muy por el contrario es la solución —y esto no ha sido puesto de relieve suficientemente— en el caso de la prenda y en la hipotecamobiliaria.

Así, el artículo 1872 del Código Civil en relación a la prenda, prevé expresamente que:

«El acreedor a quien oportunamente no hubiere sido satisfecho su crédito podrá proceder a la realización de la prenda. Esta enajena-

ción deberá hacerse precisamente en subasta pública, y con citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso. Si en la primera subasta no hubiese sido enajenada la prenda, podrá celebrarse una segunda con iguales formalidades; y si tampoco diere resultado, podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda. En este caso está obligado a dar carta de pago de la totalidad de la deuda».

Dicho de otra forma, si la adjudicación en pago liberatoria está contemplada en nuestro ordenamiento jurídico en relación a los bienes muebles —y ya se sabe que hoy en día no rige el aforismo *res mobilis res vilis*—, dado el progresivo incremento del valor de los bienes muebles, no podemos afirmar rotundamente que ponga en entredicho principios esenciales de nuestro sistema. El problema es la repercusión que ello tendría.

Macroeconómicamente puede estar demostrado que la dación en pago obligatoria conlleva un desincentivo al pago de la deuda, produce efecto llamada a la desvalorización, y fomenta el abandono del inmueble, por lo que en un entorno de dación en pago, se produciría un incremento de los tipos de interés como fórmula de compensación de esos mayores riesgos.

Pero no es algo insólito en nuestro Derecho, como hemos visto en materiamobiliaria. Tampoco lo es en materia inmobiliaria, donde la regulación de la hipoteca inversa en la Disposición Adicional primera de la Ley 41/2007, articula un régimen de limitación de responsabilidad de los herederos a los propios bienes recibidos por herencia, en clara limitación del principio general del artículo 1911 del Código Civil.

En cualquier caso, la regulación de la dación en pago debe diferenciar el régimen jurídico de la dación en pago voluntaria, de naturaleza contractual, con la adjudicación en pago obligatoria, que participa más de los actos debidos.

1. La dación en pago convencional no plantea problemas, sin perjuicio de los propios que derivan de la inexistencia de un procedimiento de cancelación de cargas posteriores a la hipoteca cancelada. De ahí que pueda pactarse, bien en el momento del vencimiento de la obligación, bien anticipadamente a través del pacto de limitación de responsabilidad hipotecaria a la propia finca hipotecada (art. 140 LH).

La posibilidad de pactar esta modalidad de hipoteca debería incluirse obligatoriamente en la información precontractual que deben facilitar las entidades financieras, regulada en la actualidad por Orden del Ministerio de Economía de 28 de octubre de 2011, sobre transparencia y protección de clientes de servicios bancarios —que ha sustituido a la de 5 de mayo de 1994—.

No obstante, para favorecerla deberían arbitrarse medidas fiscales, como es la no sujeción fiscal de la segunda transmisión —la que realiza el adjudicatario en favor de un tercero— en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en forma análoga a lo dispuesto para las subastas a

calidad de ceder en el artículo 20 del Reglamento del Impuesto aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo.

En cuanto a las cargas posteriores, se puede evitar que se antepongan a la hipoteca, pactando una retroventa en favor del deudor cedente en pago durante un plazo determinado, que evite la cancelación de la hipoteca por confusión de derechos —que es lo que determina la anteposición de las cargas—.

Otra medida es fomentando el alquiler en favor de ese deudor cedente en pago, reconociendo preferencia para el acceso a ayudas públicas a inquilinos, en términos similares a las previstas para las personas que hubieran sido objeto de lanzamiento de su vivienda habitual en virtud de un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria, a que se refiere el artículo 13 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo.

2. La dación en pago como obligatoria no puede generalizarse ni imponerse como regla general. No porque suponga una quiebra de principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, sino porque no es la solución más adecuada desde un punto de vista económico, pues debilita nuestro mercado hipotecario, ni tampoco es lo que más favorece al consumidor, ya que fomenta la elevación de los tipos de interés y el *loan to value*.

Caso de admitirse excepcionalmente debe limitarse a deudores dentro del umbral denominado de «exclusión» y para supuestos de vivienda habitual, como hace el Real Decreto de 9 de marzo de 2012, que aprueba el Código de Buenas Prácticas en esta cuestión y el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre.

También cabría aceptarlo como excepcional en el concurso de persona física no culpable, como excepción a la regla general que permite la reapertura del concurso, conforme al artículo 179 de la Ley concursal.

Antes no obstante, deben fomentarse medidas procesales que tiendan a evitar el lanzamiento. Tales como:

- a) el establecimiento de un sistema de conciliación obligatorio previo;
- b) la posibilidad de establecer un patrimonio inembargable superior al actual —aunque ya ha habido medidas en este sentido en el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, con relación al cual no se pueda acudir a la acción personal, *ex artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*;
- c) la modificación del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que su aplicación se realice sobre una tasación realizada por sociedad de tasación homologada con no más de tres años de antigüedad. El objetivo debe ser que la utilización del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por parte del acreedor adjudicatario —sin llegar a obligar a otorgar carta de pago por la totalidad de la deuda como ocurre en materia mobiliaria— se limite a la parte de la deuda (por principal, intereses y costas) no cubierta con el inmueble adjudicado (al 100% del valor de tasación actualizado).

X. CONCLUSIÓN

La garantía hipotecaria está amenazada por diversos factores que hacen pensar en un cambio en el modelo de garantías reales, si no se adoptan soluciones. Desde la perspectiva del acreedor, la hipoteca ha perdido eficiencia como consecuencia de la admisión de créditos privilegiados, hipotecas tácitas, paralización de la ejecución en situaciones concursales, dudas en torno a la constitucionalidad del procedimiento. Desde el lado del deudor, se ha considerado como un instrumento abusivo en manos de las entidades financieras y se ha propugnado la dación en pago del objeto hipotecado como forma de extinción obligatoria de la deuda. Para evitar el retroceso en la aplicación de la hipoteca, que ha permitido el acceso a la propiedad a millones de ciudadanos, debemos potenciar la confianza en ella de acreedores y deudores.

La confianza de los primeros debe potenciarse mediante la recuperación de la eficacia de la garantía hipotecaria y su procedimiento de ejecución; la de los deudores debe hacerse a través de la depuración de las prácticas y cláusulas abusivas de los préstamos hipotecarios. En este contexto la función del registrador de la propiedad es esencial para impedir que accedan al Registro, y por tanto al procedimiento de ejecución, cláusulas abusivas.

En cuanto a la dación en pago obligatoria sería muy dañina para el conjunto de la economía y de la hipoteca en particular, pero nada impide adoptar medidas de impulso de la dación en pago voluntaria y de instrumentos procesales que vinculen al acreedor a la tasación realizada, así como de soluciones excepcionales que permitan la liberación del deudor con la entrega de la vivienda a determinados deudores en situaciones de exclusión o de insolvencia.

RESUMEN

DACIÓN EN PAGO

La garantía hipotecaria está amenazada por diversos factores que hacen pensar en un cambio en el modelo de garantías reales, si no se adoptan soluciones. Desde la perspectiva del acreedor, la hipoteca ha perdido eficiencia como consecuencia de la admisión de créditos privilegiados, hipotecas tácitas, paralización de la ejecución en situaciones concursales, dudas en torno a la constitucionalidad del procedimiento. Desde el lado del deudor, se ha considerado como un instrumento abusivo

ABSTRACT

SURRENDER IN LIEU OF PAYMENT

Mortgages as security are being threatened by a number of different factors. If no solutions are found, the only thing left to do will be to change the way collateral works. From the lender's viewpoint, mortgages are not as efficient as they used to be, because of the acceptance of privileged loans, tacit mortgages, bankruptcy situations that freeze foreclosure and doubts about the constitutionality of the foreclosure procedure. From the borrower's side, mortgages are widely regarded as a tool

en manos de las entidades financieras y se ha propugnado la dación en pago del objeto hipotecado como forma de extinción obligatoria de la deuda. Para evitar el retroceso en la aplicación de la hipoteca, que ha permitido el acceso a la propiedad a millones de ciudadanos, debemos potenciar la confianza en ella de acreedores y deudores.

La confianza de los primeros debe potenciarse mediante la recuperación de la eficacia de la garantía hipotecaria y su procedimiento de ejecución; la de los deudores debe hacerse a través de la depuración de las prácticas y cláusulas abusivas de los préstamos hipotecarios. En este contexto, la función del registrador de la propiedad es esencial para impedir que accedan al Registro, y por tanto al procedimiento de ejecución, cláusulas abusivas.

En cuanto a la dación en pago obligatoria sería muy dañina para el conjunto de la economía y de la hipoteca en particular, pero nada impide adoptar medidas de impulso de la dación en pago voluntaria y de instrumentos procesales que vinculen al acreedor a la tasación realizada, así como de soluciones excepcionales que permitan la liberación del deudor con la entrega de la vivienda a determinados deudores en situaciones de exclusión o de insolvencia.

of abuse for financial institutions, and borrowers espouse the idea of surrendering the mortgaged object in lieu of payment, as a way of forcibly extinguishing the debt. Mortgages have made it possible for millions of citizens to buy their own property. If we want to keep mortgages from tapering off toward disuse, we must boost lenders' and borrowers' confidence in mortgages.

Lenders' confidence must be boosted by making mortgages as collateral and the mortgage foreclosure procedure effective; borrowers' confidence must be won by eliminating abusive practices and clauses from mortgage loan agreements. In this context, the function property registrars play is essential. Property registrars must stop abusive clauses from being registered and therefore being applied in foreclosure.

Mandatory acceptance of collateral in payment of debt would be extremely harmful for the economy as a whole and mortgages in particular, but there is nothing standing in the way of taking measures to encourage voluntary surrender in lieu of payment and procedural instruments binding the lender to the appraisal. Nor is there anything stopping the use of solutions for exceptional cases only, in which certain insolvent borrowers or borrowers under the exclusion threshold may be released from their debt with surrender of the property.