

Aspectos sociológicos, jurídicos y registrales del Real Decreto-ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos*

por

ÁNGEL VALERO FERNÁNDEZ-REYES
Registrador de la Propiedad

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: *¿EL IMPAGO DEL CRÉDITO RESIDENCIAL ES UN PROBLEMA REAL?*
- II. EFICACIA Y ACIERTO DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS: CARÁCTER VOLUNTARIO DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS, *¿POR QUÉ NO LA DACIÓN EN PAGO DIRECTA?*, CARÁCTER RESTRICTIVO DEL SUPUESTO DE APLICACIÓN, OTRAS MEDIDAS POSIBLES.
- III. LAS MEDIDAS DE REESTRUCTURACIÓN Y PAGO DE LA DEUDA HIPOTECARIA INMOBILIARIA:
 - A) MEDIDAS RECOGIDAS EN EL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS BANCARIAS: LAS SUCESIVAS REESTRUCTURACIÓN DE LA DEUDA, QUITA VOLUNTARIA, DACIÓN EN PAGO Y ALQUILER FORZOSO.
 - B) LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DEL CONTRATO DE NOVACIÓN SUJETO AL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS Y LOS MEDIOS DE DEFENSA DEL DEUDOR FRENTE AL INCUMPLIMIENTO DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO:
 1. *El ámbito general de la calificación registral.*
 2. *Significado jurídico de la adhesión de los acreedores al Código de Buenas Prácticas y medios para exigir su cumplimiento.*

* Texto recibido el 26 de junio de 2012.

IV. LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA:

- 1.^º PROCEDIMIENTO EJECUTIVO HIPOTECARIO JUDICIAL.
 - 2.^º PROCEDIMIENTO EJECUTIVO HIPOTECARIO EXTRAJUDICIAL.
 - 3.^º OTRAS CUESTIONES: DERECHO TRANSITORIO, DOMICILIO DE REQUERIMIENTO Y VALOR DE ADJUDICACIÓN.
- V. DERECHOS DEL DEUDOR EN CASO DE IMPAGO Y EJECUCIÓN EN EL PROYECTO DE DIRECTIVA EUROPEA DE CRÉDITO RESPONSABLE: RENEGOCIACIÓN DEL PRÉSTAMO, PACTO DE DACIÓN EN PAGO VOLUNTARIO, VALOR MÍNIMO DE LA FINCA GRAVADA, PATRIMONIO INEMBARGABLE.

VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: ¿EL IMPAGO DEL CRÉDITO RESIDENCIAL ES UN PROBLEMA REAL?

Constituye el objeto del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, según sus artículos 1.^º y 2.^º, establecer mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria y, fundamentalmente, posibilitar la adopción por parte de las entidades de crédito de medidas de reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias y objetivas dificultades para atender el pago de aquella por encontrarse situados en el umbral de exclusión social, en ambos casos cuando el préstamo o crédito se haya concedido para la adquisición de la vivienda habitual del solicitante.

A este respecto señala la Exposición de Motivos que como consecuencia de la profunda crisis económica que atraviesa España desde hace varios años, «*resulta dramática la realidad en la que se encuentran inmersas muchas familias que, como consecuencia de su situación de desempleo o de ausencia de actividad económica, prolongada en el tiempo, han dejado de poder atender el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de los préstamos o créditos hipotecarios concertados para la adquisición de su vivienda*» y que «*la consiguiente puesta en marcha de los procesos de ejecución hipotecaria están determinando que un segmento de la población quede privado de su vivienda y se enfrente a muy serios problemas para su sustento en condiciones dignas*».

Lo que plantea la doble cuestión es si se trata de un problema real o tan grave como se quiere hacer ver, y si la solución adoptada es acertada, suficiente y eficaz.

En cuanto a la primera cuestión, según fuentes del Banco de España, la morosidad crediticia general en España¹ ascendió a finales de mayo al 8,72 por 100 (8,91 por 100 según la AHE), mientras que la morosidad en crédito hipotecario

¹ Fuentes: Banco de España y Asociación Hipotecaria Española —AHE—.

residencial solo asciende al 3,05 por 100 (2,74 por 100 según la AHE) —frente a un porcentaje del 22,80 por 100 del préstamo promotor— y el garantizado con viviendas con algún tipo de protección oficial, cuyos titulares son los que, *a priori*, se pueden encontrar en el umbral de exclusión social y son, por tanto, los destinatarios de esta norma, al 1,49 por 100; lo que se explica tanto porque lo normal es que lo último que se deje de pagar sea la hipoteca que recae sobre la vivienda habitual, como porque solo entre el 7 y el 9 por 100 de los titulares de un préstamo o crédito hipotecario residencial se encuentran en situación de desempleo frente al 24,63 por 100 general. Este bajo porcentaje de desempleo se explica porque los colectivos más afectados por el paro, los emigrantes y los jóvenes, son los que tienen menor porcentaje de compra de vivienda, y el otro colectivo más afectado, el de mayores de cincuenta y cinco años, normalmente tiene sus préstamos en una situación de pago muy avanzado.

Otros factores que influyen en esta reducida tasa de morosidad hipotecaria residencial serían, por un lado, las prolongadas subvenciones al desempleo y a la vivienda social, la elevada economía sumergida y la ayuda familiar; y, por otro lado, la renegociación de la deuda y la dación en pago, ya sea esta con extinción total de la deuda —sobre todo con los emigrantes— o solo parcial, que se han venido pactando de forma generalizada por las entidades de crédito.

De otro lado, aunque no dispongo del número de hipotecas vivas en la actualidad, el número de hipotecas constituidas desde el año 1998 al 2011 en España han sido 18.587.472 —12.249.887 residenciales—², mientras que el número de ejecuciones hipotecarias en los años de la crisis 2008 a 2011 han sido de 323.495 —frente a las 73.322 del cuatrienio 2004 a 2007—³, es decir, que el número de ejecuciones ha aumentado considerablemente como consecuencia de la crisis, pero aun así solo representan el 2,64 por 100 de las hipotecas residenciales constituidas en los últimos catorce años considerando que todas las ejecutadas hubieran sido de este tipo. Pero el porcentaje real de ejecuciones afectantes a la residencia habitual respecto del total de las vigentes es mucho menor (se deben añadir las hipotecas anteriores a 1998 y restar las hipotecas canceladas), teniendo en cuenta que no todas las ejecutadas son residenciales —las no residenciales constituyen el 34 por 100 del total— y que, además, a los efectos que nos interesan, incluso respecto de las hipotecas residenciales, se calcula que más de la tercera parte de las ejecuciones se refieren a segundas residencias⁴, como hace suponer su concentración geográfica en zonas de costa.

² Fuentes: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad (2004 a 2011) y AHE (1998-2003).

³ Fuente: Consejo General del Poder Judicial.

⁴ Así, en el periodo de referencia, la población residente en la costa mediterránea representa aproximadamente el 38 por 100 de la nacional, mientras que las ejecuciones hipotecarias se elevan en esa zona, según la estadística del CGPJ, al 54 por 100 de la totalidad de las

Estos datos llevan a la conclusión de que la situación real de lanzamiento de su vivienda habitual a los compradores con préstamo hipotecario, por más que todo supuesto sea lamentable⁵ y que los prestatarios estén haciendo grandes esfuerzos, no es tan alarmante ni generalizada como los medios de comunicación dan a entender; es más, estos medios muchas veces confunden las ejecuciones hipotecarias con las ejecuciones ordinarias derivadas de deudas que nada tienen que ver con las hipotecas o con los desahucios derivados del impago de las rentas de los arrendamientos.

Pero lo cierto es que la crisis parece que no tiene fin, que todavía no se llega a atisbar la luz al final del túnel, y, en consecuencia, es muy probable que las subvenciones se supriman o terminen, que la ayuda familiar se agote y hasta que la economía sumergida se reduzca, por lo que es saludable que el Estado se dote de instrumentos técnico-jurídicos eficaces para afrontar este tipo de situaciones.

No debe olvidarse, a este respecto, que las hipotecas son a menudo el compromiso financiero más importante de una familia y fundamentales para el acceso a la propiedad de la vivienda (cerca de un 70 por 100 de los casos en la Unión Europea y un 80 por 100 en España), y que su volumen e importancia económica es muy grande (así en 2009, el valor total de los créditos hipotecarios ascendió a 6.126 millones de euros, esto es, el 52 por 100 del PIB de la UE), por lo que las soluciones que se adopten han de ser tomadas, como habitualmente se dice, con frialdad, teniendo en cuenta todos los factores en juego, pues no parece razonable que para solucionar el problema de un 2 o 3 por 100 de los deudores hipotecarios residenciales, se condene al 97 o 98 por 100 potencial restante a no poder acceder a un piso en propiedad por el endurecimiento de las condiciones financieras, por más que sea aconsejable el fomento del alquiler de la vivienda, que en España es ciertamente reducido⁶.

No debe olvidarse, por último, que los ricos no suelen tener necesidad de acudir a las hipotecas para la adquisición de su vivienda habitual, constituyendo sin embargo la misma, como resulta de la estadística expuesta, el único instrumento del que disponen las clases medias y bajas para el acceso a la propiedad de sus viviendas, sin perjuicio de que deben evitarse ciertos abusos que en los últimos años se han cometido por las entidades de crédito.

mismas. Por otro lado, según datos del antiguo Ministerio de Fomento, en 2008 el porcentaje de viviendas no principales en España era del 33,40 por 100.

⁵ Según un informe de AFES —Asociación de afectados por los embargos y subastas—, el número de viviendas habituales subastadas o en vías de ejecución asciende a 285.000, cifra que considero algo inflada por las razones y datos expuestos y que, en realidad, rondaría como mucho las 150.000, lo que representaría un 1,22 por 100 aproximado de las hipotecas sobre residencias habituales vigentes.

⁶ Según un informe del Gobierno Vasco, el porcentaje de vivienda en propiedad y arrendada en el conjunto de la Unión Europea es del 67 por 100 frente al 33 por 100, mientras que en España es del 82 por 100 frente al 18 por 100, siendo el país con menor porcentaje de propiedad. Alemania con el 53 por 100 y el que más Lituania con el 97 por 100.

Ello nos lleva a la segunda de las cuestiones planteadas: ¿son suficientes y eficaces las medidas adoptadas para solucionar el problema?, ¿qué otras medidas se podrían haber adoptado?

II. EFICACIA Y ACIERTO DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS: CARÁCTER VOLUNTARIO DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS, ¿POR QUÉ NO LA DACIÓN EN PAGO DIRECTA?, CARÁCTER RESTRICTIVO DEL SUPUESTO DE APLICACIÓN, OTRAS MEDIDAS POSIBLES

En cuanto a la primera pregunta, la realidad es que yo todavía no he recibido, en ninguno de los dos Registros de los que estoy encargado, ninguna escritura de novación de hipoteca acogida a este Real Decreto-ley, ni tengo conocimiento de compañeros que las hayan recibido, lo que creo que ha sido motivado fundamentalmente por el carácter restrictivo de las medidas adoptadas, la principal crítica a la reforma. Veamos, pues, las distintas objeciones que se han esgrimido frente a este Real Decreto-ley:

1.^a Así, una de las primeras críticas que se le hicieron fue *su carácter voluntario para las entidades de crédito*, alegando que las mismas no se adherirían al Código de Buenas Prácticas, cuando lo cierto es que, ya sea por motivos reputacionales, de miedo político o de mero cálculo económico atendiendo a su porcentaje respecto al conjunto de préstamos hipotecarios de cada entidad —se habla de una repercusión de entre el 1 y el 2 por 100 de la cartera—, a día de hoy todas las principales entidades que operan en España ya se han adherido —ver *BOE* de 12 de abril—, siendo únicamente significativa la ausencia del Citibank y del Deutsche Bank.

Es curioso constatar, sin embargo, que los establecimientos financieros de crédito, muchos dependientes de las citadas entidades crediticias adheridas, no han seguido de momento el camino de la adhesión, lo que solo se puede justificar quizás porque su objeto principal no sea la financiación residencial.

En conclusión, si bien esta solución de adhesión voluntaria se considera correcta de cara a las hipotecas ya constituidas, estimo que respecto de las futuras lo deseable sería el establecimiento de un sistema alternativo a la ejecución, de carácter imperativo, extrajudicial y reglado.

2.^a Se ha señalado también en contra de la reforma, el *no establecimiento con carácter imperativo y directo de la dación en pago* con efecto solutorio total, pero esta solución no deja de ser un tanto demagógica pues, en primer lugar, la misma no existe en ningún país de Europa, sino solo en once de los Estados de los Estados Unidos de Norteamérica y ello a cambio de un costoso seguro de protección de la hipoteca, dación que precisamente ha constituido uno de los factores —insolvencia estratégica con dación en pago en hasta el 26

por 100 del total de las hipotecas— de las hipotecas *subprime* y de la actual crisis financiera mundial.

Además, su adopción produciría inevitablemente una rebaja de la calificación o *rating* de los títulos hipotecarios españoles al gozar de menor garantía que los de los demás países de nuestro entorno que sí están respaldados por la responsabilidad patrimonial universal de los deudores y la dificultad de colocarlos en el mercado secundario y, como consecuencia de ello, una elevación de los tipos de interés en España y una reducción tanto del porcentaje del precio financiado como del número de años de amortización del préstamo. A este respecto debe recordarse que en 2007 la banca española obtenía el 60 por 100 de su financiación en el extranjero a través de estos títulos.

Por ello considero adecuado el régimen de la reforma de imponer como primera medida la refinanciación o reestructuración de la deuda y que solo en el caso de que esta sea insuficiente se pueda acudir a la dación de pago y, además, únicamente en aquellos supuestos tasados que se puedan calificar de interés social —vivienda habitual, desempleo de larga duración, etc—.

En esta materia, no debe olvidarse que la dación en pago a quién realmente beneficia no es a los consumidores o deudores residenciales, cuyo principal interés será que se les facilite la permanencia en su vivienda familiar, sino a los promotores y especuladores, quienes estarán encantados de entregar solares y viviendas cuando el valor de los mismos sea inferior a su deuda.

Por otra parte, soluciones como las de la sentencia de la Audiencia de Navarra, de 17 de diciembre de 2010, afortunadamente rectificada por otras de la misma Audiencia como la de 4 de febrero de 2011, de imponer la dación en pago, incluso con efectos retroactivos, con base en un presunto abuso de derecho o enriquecimiento injusto de las entidades de crédito, aparte de no ajustarse a la legalidad vigente —así la gran mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales— son, como se ha analizado, notoriamente perturbadoras de la seguridad jurídica y perjudiciales para la economía nacional.

Además, la normativa vigente concede al ejecutado diversos medios tendentes a evitar el perjuicio que supone la adjudicación de la finca al acreedor por un importe inferior al valor de mercado, como presentar mejor postor —art. 670-4 LECiv— o solicitar la realización por persona o entidad especializada —art. 641-1 LECiv—; por lo que si con ello no se encuentra un comprador que ofrezca un precio mejor al de adjudicación, habrá de pensarse si es real ese hipotético valor de mercado superior.

Por todo ello, a lo más que considero que se podría llegar, superando la mera posibilidad de pacto del artículo 140 de la Ley Hipotecaria —«podrá válidamente pactarse que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados»—, que se ha manifestado claramente insuficiente; es a la obligatoriedad por parte de las entidades de crédito de presentar dos ofertas de préstamo, con o sin responsabilidad del deudor limitada al importe de

los bienes hipotecados, con indicación de las respectivas condiciones financieras y con el debido asesoramiento, y que fuera cada consumidor el que eligiera la opción más conveniente para cada uno. A este respecto debe señalarse que Bankinter lanzó al mercado un contrato de este tipo —«La hipoteca sin más»— que ha constituido un fracaso.

Otra posibilidad, que sí existe en diversos países europeos⁷ aunque con variantes, es regular el *sobreendeudamiento o insolvencia de las personas físicas*, mediante restricciones al principio de la responsabilidad patrimonial universal, de tal manera que una vez se haya ejecutado todo el patrimonio embargable del deudor (es inembargable una parte del salario, el ajuar familiar, los bienes de uso personal no suntuarios o los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio), incluida la vivienda habitual, que no podría declararse inembargable, pues de hacerse desaparecería su financiación, el pasivo restante quede exonerado por decisión judicial sin consentimiento del acreedor. Pero este procedimiento no es propiamente una dación en pago, salvo que la vivienda habitual constituyera el único patrimonio embargable del deudor, se trata de una insolvencia real por el control judicial que evita el fraude frente a la insolvencia estratégica que la dación en pago estimula.

Y una tercera solución, por la que me inclino, es la de perfeccionar el procedimiento legal que estudiamos, en los términos que expondré a lo largo de este trabajo, por cuanto al evitar la intervención judicial que implica el sobreendeudamiento familiar sería más operativa.

3.^a Por último, en cuanto al *carácter restrictivo del supuesto de referencia*, para su apreciación se deben distinguir aquellos requisitos referentes al patrimonio preexistente del deudor y al destino del préstamo, de los referentes al nivel de ingresos de la unidad familiar del deudor y al valor de la vivienda adquirida.

Respecto del primer grupo de requisitos, es decir, la inexistencia de bienes o derechos patrimoniales en la unidad familiar suficientes para hacer frente a la deuda, que el préstamo recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y sea concedido expresamente para la adquisición de la misma y que no existan otros garantes o deudores solventes —un alto porcentaje de las hipotecas los tienen—; ninguna objeción puede hacerse a la norma, pues el deber de cumplir con las obligaciones contraídas se erige como principio básico del funcionamiento de las sociedades civilizadas y del funcionamiento de los mercados, principio que solo puede ser restringido en circunstancias excepcionales, como sería el privar de vivienda a quién se encuentra en situaciones excepcionales de larga duración no dependientes de su voluntad —desempleo de larga duración, incapacidad laboral, enfermedad grave, etc.—.

⁷ Concretamente en diez: Alemania, Austria, Francia y Bélgica, entre ellos.

Así no es razonable ni una sociedad moderna se lo puede permitir en los términos antes vistos, proteger a aquellas personas cuyo patrimonio es considerable, aunque la compra se haya efectuado para acceder a una vivienda habitual mejor, ni a aquellos que solicitaron el préstamo para comprar un coche, realizar un viaje o efectuar gastos suntuarios, o los que lo utilizaron para comprar pisos de modo especulativo o incluso para segunda residencia; y tampoco lo es cuando existan codeudores o fiadores, salvo que los mismos se encuentren o corran el peligro de encontrarse también en situación de exclusión social en los términos de la norma, no bastando la mera titularidad de una vivienda pagada para excluir la aplicación de la misma.

Es el segundo grupo de requisitos donde se debe cargar las críticas al Real Decreto-ley, es decir, los que exigen que ninguno de los miembros de la unidad familiar obtenga rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas, que la cuota hipotecaria exceda del 60 por 100 de los ingresos netos del conjunto de la misma, o unos baremos fijados respecto del precio de adquisición máximo de las fincas hipotecadas en función del tamaño de los municipios.

Y ello porque no es justo ni razonable exigir que ninguno de los miembros de la unidad familiar obtenga rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas, aun cuando obteniéndolas la cuota hipotecaria exceda de la cifra que se ha fijado como límite del «umbral de exclusión social», sin descontar siquiera el denominado salario inembargable.

Asimismo los valores máximos señalados respecto del precio de las viviendas se antojan muy reducidos sobre todo si se aplican a aquellas viviendas que se adquirieron en la época del *boom* inmobiliario, lo que reduce notablemente el número de posibles beneficiarios. Se observa también la circunstancia de que la norma se refiere al precio de adquisición de la unidad residencial y no al principal del préstamo contratado como hubiera sido de desear, pues no es tampoco justo que una persona que pagó un alto porcentaje del precio de compra por invertir sus ahorros en la misma, ceda un patrimonio mayor a la entidad de crédito y, además, se vea forzado a no poder utilizar la dación en pago. Estos precios reducidos se justifican sobre la intención de proteger solo a las clases trabajadoras, pero cumpliéndose los demás requisitos debería dar igual el precio de la vivienda pues si el deudor perteneciera verdaderamente a una clase acomodada se le encontrarían otros bienes para pagar la deuda.

Finalmente, cabe señalar que el Real Decreto-ley recoge cautelas para impedir que pueda producirse un acogimiento fraudulento o abusivo de las medidas —art. 7 del RDL—, previendo que aquel que se beneficie de las medidas de protección sin reunir los requisitos necesarios o que deliberadamente busque situarse en el umbral de exclusión, será responsable de todos los daños y perjuicios que se hayan podido producir, y deberá sufragar los gastos generados por la aplicación de dichas medidas.

III. LAS MEDIDAS DE REESTRUCTURACIÓN Y PAGO DE LA DEUDA HIPOTECARIA INMOBILIARIA

En esta materia podemos distinguir para su estudio dos ámbitos: las medidas recogidas en el Código de Buenas Prácticas y la calificación registral del contrato de novación celebrado en aplicación del mismo.

A) MEDIDAS RECOGIDAS EN EL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS BANCARIAS: LAS SUCESTIVAS REESTRUCTURACIÓN DE LA DEUDA, QUITA VOLUNTARIA, DACIÓN EN PAGO Y ALQUILER FORZOSO

El Código de Buenas Prácticas tiene por finalidad la implicación del sector financiero en el esfuerzo requerido para aliviar la difícil situación por la que pasan muchas familias españolas en riesgo de perder su hogar familiar.

En dos grupos se pueden encuadrar las medidas recogidas en dicho Código, que son: las previas a la posible ejecución hipotecaria, representadas por la reestructuración de las deudas hipotecarias y una quita de las mismas, y las sustitutivas del ejercicio de la ejecución hipotecaria, constituidas por la dación en pago y el alquiler de la vivienda habitual.

Primero.—Esta primera fase va dirigida a procurar una *restructuración de la deuda hipotecaria viable*, a través de la aplicación de una carencia de la amortización del capital de los préstamos y de los créditos de cuatro años, así como una disminución del tipo de interés remuneratoria durante el periodo de carencia al euribor más un 0,25 por 100 y la ampliación del plazo total de amortización hasta cuarenta años desde la constitución de la hipoteca.

Adicionalmente el interés moratorio, cuyo rango suele oscilar entre el 15 y el 30 por 100 de la deuda vencida e impagada, aplicable desde el momento en que el deudor acredite ante la entidad que se encuentra en situación de umbral de exclusión, será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2,50 por 100 sobre el capital pendiente del préstamo, que en el caso de pactarse la reestructuración sería el euribor más un 2,75 por 100.

Estas nuevas cláusulas financieras tienen que ser acogidas favorablemente pues, por un lado, el periodo de carencia es más amplio del máximo que se concede en el tráfico ordinario que no suele exceder de los dos o tres años, por otro, el diferencial tanto de los intereses ordinarios como moratorios es notablemente inferior al que actualmente impera en el mercado y, por último, la ampliación del plazo del préstamo a cuarenta años se encuentra en el límite de lo razonable al venir a coincidir con la vida laboral máxima de una persona.

Objetivamente solo se puede reclamar la necesidad de armonizar los tipos máximos de intereses moratorios que se encuentran dispersos en las distintas normas, así el artículo 20 de la Ley de Crédito al Consumo establece el 2,5

del interés legal del dinero —es el que se suele aplicar como moderador por los tribunales— y la Ley Cambiaria y del Cheque lo fija en el interés legal del dinero más 2 puntos.

Esta refinanciación solo podrá solicitarse, salvo en cuanto a los intereses moratorios, por aquellos prestatarios cuyas deudas no se encuentren en un procedimiento de ejecución, o que esténdolo no se haya producido aún el anuncio de la subasta.

Por otra parte, el artículo 5.5 del Real Decreto-ley señala que esta novación del contrato tendrá los efectos previstos en el artículo 4.3 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, con respecto a los préstamos y créditos novados, que establece que: *«Las modificaciones previstas en los apartados anteriores —plazo, interés, etc.— no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. En estos casos necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango».*

Este artículo ha sido objeto de una encendida polémica acerca de sus efectos jurídicos, polémica en la que no podemos extendernos en este trabajo, por lo que me limitaré a indicar que, según la opinión mayoritaria y personal, este artículo debe ser entendido en el sentido de que las modificaciones de las estipulaciones financieras de los préstamos o créditos hipotecarios no producirán una pérdida de rango de la hipoteca inscrita o capacidad de purga de las cargas posteriores y subsistencia en caso de ejecución de estas, salvo cuando se trate de una ampliación del capital que lleve aparejado un aumento de la responsabilidad hipotecaria —por exceder del principal amortizado— o vaya acompañada de una ampliación del plazo.

Como otra medida complementaria se señala que el deudor podrá solicitar también de las entidades de crédito *la reunificación del conjunto de las deudas* contraídas por el deudor, medida que será voluntaria y que puede chocar con los efectos analizados del artículo 4-3 de la Ley 2/1994, pues esa reunificación de deudas implicará una ampliación del capital —por los valores de las deudas no garantizadas con esa hipoteca en concreto—, que producirá la pérdida de rango de la hipoteca si existen cargas posteriores sobre la finca, lo que propiciará el rechazo de esa reunificación por parte del acreedor.

Segundo.—Si la citada reestructuración no es suficiente para la viabilidad del cumplimiento del plan de pagos, es decir, si la cuota hipotecaria mensual resultante es superior al 60 por 100 de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar, a solicitud del deudor, las entidades podrán *con carácter potestativo*, ofrecer a los deudores *una quita sobre el conjunto de su deuda pendiente*.

Para la determinación de la cuantía de esta quita, la entidad de crédito deberá, en principio, emplear alguno de los tres métodos de cálculo que se fijan en el Real Decreto-ley —el 25 por 100, otro en relación con el capital amortizado y otro en relación con el valor actual de la finca— y notificará, en todo caso, los resultados obtenidos al deudor, con independencia de que decida o no conceder la quita.

Ahora bien, a este respecto entiendo que nada obsta a que esta condonación sea superior a la mejor que pudiera resultar de la aplicación de estos métodos y, tampoco, que si el deudor lo acepta expresamente y la cuota posterior resultante no alcanza al 60 por 100 de sus ingresos se pueda pactar una quita inferior, pues como queda dicho, por un lado, esta quita legal no es obligatoria para los acreedores y, por otro, la dación en pago, de la que luego hablaremos, es un derecho del deudor al que puede renunciar o al que puede no interesarle esperar los doce meses de espera que establece la Ley desde la reestructuración para poder pedirla. Por tanto, el baremo fijado como determinante del umbral de exclusión es la medida que debe servir como límite de los posibles pactos entre acreedor y deudor para la reducción de la deuda.

Por otra parte, esta medida, al contrario que la reestructuración de la deuda, podrá ser solicitada por todos aquellos deudores incluidos en el umbral de exclusión, aunque sus débitos se encuentren en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que ya se haya producido el anuncio de la subasta.

Otra medida, recogida en el artículo 693-3 de la LEC, que tiene el deudor para evitar la ejecución de la vivienda habitual, aunque se hubieran publicado los anuncios de subasta, es *la rehabilitación de la hipoteca* —múltiples veces con tal que entre una y otra transcurran cinco años—, pero como la misma exige el pago de las cantidades reclamadas —principal e intereses capitalizados— y las costas y gastos devengados, su uso es utópico por aquellas personas que se encuentran en la situación de sin recursos que es objeto del Real Decreto-ley de referencia. Por ello se solicita desde diversos sectores que en estos casos los deudores puedan acudir para lograr esos pagos a fondos públicos destinados a la adquisición de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública u otros similares.

Por último, indicar que desde el punto de vista registral, esta quita podrá reflejarse en el Registro de la Propiedad, bien mediante una nota marginal al amparo del artículo 240 del Reglamento Hipotecario, como indicación del pago —condonación en este caso— de parte de la deuda y del saldo pendiente, si solo se hiciera constar esta circunstancia en la correspondiente escritura; o bien mediante un asiento de cancelación parcial al amparo del artículo 144 de la Ley Hipotecaria si se pactare también una reducción proporcional de la responsabilidad hipotecaria.

Tercero.—Si ninguna de las medidas descritas logra reducir el esfuerzo hipotecario de los deudores a límites asumibles para su viabilidad financiera,

estos podrán solicitar, en el plazo de doce meses desde la petición de la reestructuración, la *dación en pago* de su vivienda habitual como medio liberatorio definitivo de toda la deuda, forma de pago que las entidades deberán aceptar *con carácter obligatorio*.

Es decir, que aunque el valor de la vivienda sea inferior a la total deuda garantizada con la hipoteca, la entrega de la vivienda en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada y, también, de las responsabilidades personales del deudor y de terceros —codeudores no hipotecantes, avalistas, etc.— frente a la entidad acreedora por razón de la misma deuda, los cuales, como se ha dicho, para que sea aplicable la dación liberatoria deben encontrarse también en situación de exclusión social.

Como consecuencia de este efecto solutorio, el acreedor deberá cancelar expresamente la respectiva hipoteca en la escritura de adjudicación, cancelación que *no producirá la purga de las cargas posteriores* como ocurre en los casos de ejecución hipotecaria, circunstancia por la que se determina en el Real Decreto-ley que esta medida no será aplicable en los supuestos en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores, pues el acreedor debería asumir sus pagos si no quiere verse afectado por una nueva ejecución. Por ello, entiendo que esa exclusión de la dación en pago no opera si la carga posterior es a favor del mismo acreedor, pues así parece desprenderse de la posibilidad de reunificación de deudas aludida anteriormente.

Igualmente, en paralelo con la medida de la reestructuración de la deuda, se establece que esta dación en pago forzosa no podrá solicitarse por aquellos deudores que se encuentren en procedimiento de ejecución en el que ya se haya anunciado la subasta.

No obstante, entiendo que al respecto de la dación en pago con carácter general rige el principio de autonomía de la voluntad y, por tanto, no existe inconveniente en que acreedor y deudor la pacten directamente, incluso cuando ya se hubiere celebrado la subasta judicial o extrajudicial desiertas, constaré en el registro la nota marginal de inicio de dichos procedimientos o existieren cargas posteriores, sin perjuicio de la implicación que ello podría tener para la cancelación de la hipoteca, y que debe admitirse cualquier valor que las partes acuerden dar a la finca, produzca o no la extinción total de la deuda. La única excepción sería cuando dándose todos los requisitos del Real Decreto-ley, el deudor exija expresamente la dación en pago de su vivienda habitual al amparo del mismo, previo el cumplimiento de la fase de reestructuración de la deuda.

Por otra parte, la norma permite a la entidad de crédito *designar como adjudicataria del bien hipotecado a una tercera persona física o jurídica*, planteándose a efectos registrales la cuestión de si esa designación exige la comparecencia del acreedor a la escritura de dación o si basta, por ejemplo, con una certificación con firma legitimada, inclinándose por la primera solución por la falta de intervención de autoridad oficial —judicial o administrativa— en estos

negocios, por razones de seguridad jurídica y, sobre todo, por la necesidad de cancelar la hipoteca, operación para la que el tercero, salvo la existencia de poder expreso, no está legitimado.

Asimismo entiendo que esta designación de tercero no implica, a semejanza del cessionario del remate en las subastas —art. 20 del RITPyAJD—, un hecho imponible fiscal nuevo además de la dación propiamente dicha, por lo que se liquidará una sola transmisión directamente a la persona designada, siempre que la entrega del bien a este lo fuere directamente por el deudor; pues la declaración o designación posterior a la adjudicación del bien al acreedor, también por analogía con el caso de cesión de remate, implicará la liquidación de dos transmisiones: una al acreedor adjudicatario y otra al presunto cessionario de la dación porque se han producido dos desplazamientos patrimoniales.

El hecho de que ese tercero designado por el acreedor entregue a este una cantidad adicional de dinero al formalizar la adjudicación no afecta, a mi entender, a la posibilidad de inscripción directa a su favor de la finca, en la medida en que la letra *d*) del apartado tercero del CBP al autorizar a las entidades de crédito a pactar con los deudores la cesión de una parte de la plusvalía generada por la enajenación de la vivienda, está reconociendo la posibilidad de obtener efectivo adicional por parte de las mismas, supere este o no la parte de la deuda no cobrada. La circunstancia de que esas cantidades adicionales se generen en una venta posterior o en el mismo acto de la dación en pago a tercero solo tendría, a mi juicio, una repercusión fiscal.

Cuarto.—En el supuesto que tenga lugar la dación en pago, el deudor podrá seguir ocupando la vivienda *en concepto de alquiler o arrendamiento* durante dos años más no prorrogables salvo acuerdo de las partes, pagando durante ese período una renta adecuada a sus circunstancias que se establece para esos dos años en una renta anual del 3 por 100 del importe total de la deuda en el momento de la dación (principal pendiente, intereses capitalizados y costas y gastos devengados) y, en caso de prórroga, una renta de mercado. Durante dicho plazo, el impago de la renta devengará un interés de demora del 20 por 100 y si no se regulariza en seis meses, el arrendador podrá iniciar el desahucio.

Paralelamente se concede al deudor hipotecario —arts. 13 y 14 del RDL— que se encuentre en situación de exclusión social y haya sido lanzado de su vivienda habitual, un derecho de preferencia para el acceso a las ayudas a los inquilinos recogidas en el Plan de Vivienda y rehabilitación 2009-2012, ya lo sea para el pago de las rentas del alquiler de la misma vivienda adjudicada en pago o de otra distinta.

Se critica respecto de este derecho de arrendamiento su escasa duración obligatoria —dos años— en vez de cuatro años, en paralelo con el período de carencia del préstamo en la reestructuración, pues ese parece ser el plazo del que parte la norma como probable para que el deudor hipotecario residencial pueda volver a hacerse cargo de sus obligaciones.

Desde otro punto de vista se critica de esta medida que es generadora de una indefinición del derecho de propiedad que puede destruir los incentivos para mantener adecuadamente los inmuebles afectados, por lo que se aboga porque el arrendamiento vaya acompañado de una *opción de compra* que permita al deudor recuperar su vivienda habitual, debiendo establecerse también que del precio de adquisición se deduzca una parte proporcional de las rentas del alquiler en la misma proporción que sucede con los supuestos de este tipo regulados en cada Comunidad Autónoma.

B) LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DEL CONTRATO DE NOVACIÓN SUJETO AL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS Y LOS MEDIOS DE DEFENSA DEL DEUDOR FRENTE AL INCUMPLIMIENTO DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

1. *El ámbito general de la calificación registral*

En esta materia se debe partir del principio de autonomía de la voluntad y de la norma general contenida en el artículo 5, número 8, del Real Decreto-ley, según el cual: *«Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las entidades adheridas podrán, con carácter puramente potestativo, aplicar las previsiones del Código de Buenas Prácticas a deudores distintos de los comprendidos en el artículo 3 y podrán, en todo caso, en la aplicación del Código, mejorar las previsiones contenidas en el mismo»*, que prácticamente vienen a limitar la misma al supuesto poco probable en que alegando ambas partes la inclusión de la novación del contrato de préstamo a los parámetros del Real Decreto-ley, se pactarán unas condiciones más gravosas para el deudor que las recogidas en el mismo.

Pero no dándose esta circunstancia, ni el registrador puede suspender la inscripción de la novación de la hipoteca si se pactan las condiciones o actos previstos en este Real Decreto-ley sin hacer la más mínima alusión a él ni a la situación del deudor; ni puede exigir la acreditación de los requisitos necesarios para entender que el deudor se encuentra en situación de «umbral de exclusión» si el acreedor los da por cumplidos; ni puede imponer que se pacten las especiales condiciones previstas en una novación porque concurren las circunstancias legales que él puede controlar —por ejemplo, que el deudor solo no tenga otra vivienda o inmuebles, que el préstamo lo sea para adquirir esa única vivienda y la misma sea su vivienda habitual o que el precio de adquisición no exceda de los valores establecidos—, ya que aparte de no ser todos los necesarios para la subsunción legal, la alegación de dicha situación corresponde al propio deudor hipotecario.

Además, y no obstante la dicción del artículo 5, número 7, que dispone que *«El contenido del Código de Buenas Prácticas resultará de aplicación exclusiva a las entidades adheridas, deudores y contratos a los que se refiere este Real Decreto-ley y no procederá, por tanto, la extensión de su aplicación»*,

con carácter normativo o interpretativo, a ningún otro ámbito», dado que este artículo se refiere a su carácter obligatorio, nada impide como ya se ha indicado y señala el número 8 del mismo artículo, que ese contenido contractual sea concedido voluntariamente por otros acreedores no adheridos, o a favor de deudores que no reúnan los requisitos de la exclusión social o en otro tipo de préstamos hipotecarios.

Es decir, que aquellas entidades de crédito o profesionales del sector que voluntariamente se adhieran al Código de Buenas Prácticas están obligadas a cumplir las indicaciones del mismo, una vez acreditado por parte del deudor que se encuentra en situación de «exclusión social» —art. 5 núm. 4— en los términos fijados por el Real Decreto-ley, pero ese cumplimiento, por parte del acreedor, no queda bajo el control previo de ningún funcionario —notario, registrador o de otro tipo—, fuera de lo ya expuesto, sino que debe ser instado expresamente por la parte deudora y su cumplimiento solo puede exigirse por vía jurisdiccional en los términos que veremos después.

Por otra parte, creo que dentro de los máximos que señala la Ley, el deudor, atendiendo a sus particulares circunstancias, puede negociar con el banco y optar por una carencia o un plazo menores si, por ejemplo, se le concede por este una quita voluntaria o un interés menor o renuncia a un aval, etc.

En cuanto al control registral de otros requisitos del Real Decreto-ley podemos señalar los siguientes supuestos:

- a) El requisito de que la reestructuración de la deuda o la dación en pago no pueda solicitarse por aquellos prestatarios cuyas deudas se encuentren en un procedimiento de ejecución en que se haya producido el anuncio de la subasta, queda también al margen de la calificación registral, debiendo alegarlo el acreedor antes del otorgamiento de la escritura de novación, pues en el Registro de la Propiedad podrá constar el inicio de la ejecución hipotecaria —art. 656 de la LEC— pero nunca constará la fecha de los anuncios de subasta y, en todo caso, el acreedor puede conceder estas condiciones de refinanciación aunque no se cumplan todos los requisitos legales.
- b) Por el contrario, los supuestos de reunificación de las deudas preexistentes y la relación de la dación en pago con las cargas posteriores de la finca gravada, sí entran de lleno en la calificación registral que posee toda la información necesaria para su constatación y que podrá denegar, en su caso, estas operaciones jurídicas, salvo quizás una asunción expresa por la parte acreedora de las consecuencias jurídicas correspondientes —perdida de rango—.
- c) Por último, para calificar la condición o no de vivienda habitual de la finca hipoteca se atenderá a las circunstancias que resulten del registro, debiendo en caso contrario la parte deudora efectuar manifestación

expresa de cambio de domicilio familiar acreditándolo con el correspondiente certificado de empadronamiento para concordar el registro con la realidad sobre la que se opera a efectos de posibles negocios posteriores —por ejemplo, consentimiento o notificación al cónyuge si la finca es privativa del otro y luego se vende, grava o embarga—; aunque, como queda dicho, el que la finca sobre la que opere no figure como la vivienda habitual no impide la validez e inscripción de una reestructuración en los términos del Real Decreto-ley 6/2012, si el acreedor voluntariamente lo consiente.

2. *Significado jurídico de la adhesión de los acreedores al Código de Buenas Prácticas y medios para exigir su cumplimiento*

Como se ha expuesto anteriormente, las entidades de crédito que voluntariamente se adhieren al Código de Buenas Prácticas están obligadas a cumplir las indicaciones del mismo, una vez acreditado por parte del deudor que se encuentra en situación de «exclusión social», pero inmediatamente se plantea la cuestión de cómo puede el deudor obligar al acreedor a materializar la reestructuración de la deuda o la dación en pago con arrendamiento según proceda.

A este respecto, entiendo que en caso de incumplimiento por parte de las entidades de crédito, el deudor podrá acudir a los tribunales de justicia ejercitando la acción por incumplimiento de contrato, pues el significado jurídico que debe darse a la adhesión voluntaria es el de oferta de modificación de contrato en los términos legales, oferta que goza de publicidad legal en el *BOE* —art. 5, núm. 3 del Real Decreto-ley— y que tiene un plazo de dos años —art. 5, núm. 6—, perfeccionándose la modificación por la solicitud de deudor, el cual podrá compelir al oferente a la elevación a escritura pública de la novación del préstamo como un acto debido —art. 5, núm. 4— y, en caso de no cumplir este, acudir a la vía jurisdiccional como en cualquier otro incumplimiento de contrato.

Así concebido el significado de la adhesión, se plantea la cuestión de si en caso de cesión del crédito por parte de una entidad adherida a favor de otra no adherida, o subrogación por esta en aquel, esa subrogación implica también, como contenido propio del crédito, la posibilidad del deudor de solicitar esta reestructuración legal, respecto de lo que opino afirmativamente si la situación de entrada del deudor en «el umbral de exclusión social», que entiendo que tiene el efecto de una verdadera condición suspensiva, ha operado antes de la subrogación, aunque no se hubiere solicitado todavía la reestructuración siempre que no hubieran transcurrido los citados dos años.

Fuera de la acción judicial citada, el deudor solo podrá acudir en queja ante el Banco de España presentando las reclamaciones por incumplimiento por

las entidades del Código de Buenas Prácticas a que se refiere el número 6 del artículo 6 del Real Decreto-ley de referencia o al defensor judicial de conformidad con la normativa general vigente, aunque estas soluciones se antojan poco operativas, por lo que sería conveniente estudiar la posibilidad de formulación de un sistema automático de novación por vía, por ejemplo notarial.

Por otra parte, debe señalarse que el beneficio de las medidas de reestructuración de la deuda previstas por el Código de Buenas Prácticas por parte de quien no reúne los requisitos establecidos en el Real Decreto-ley, no produce la nulidad y resolución de la modificación contractual, que no se encuentra prevista ni podrá pactarse, sino que solo dará lugar, como el único efecto legalmente previsto, a la indemnización por daños, perjuicios y gastos generados a favor del acreedor —art. 7, núm. 1 del Real Decreto-ley—.

IV. LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

En este apartado analizaremos no solo la reforma del procedimiento de ejecución extrajudicial de las hipotecas sobre la vivienda habitual del deudor llevado a cabo por el Real Decreto-ley 6/2012, sino también el procedimiento de ejecución hipotecaria judicial que recientemente ha sido objeto de modificación en lo relativo a la adjudicación al acreedor de la vivienda habitual del deudor.

1.º PROCEDIMIENTO EJECUTIVO HIPOTECARIO JUDICIAL

Según los artículos 670 y 671 de la LEC, modificados por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio de 2011, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios que incrementó también la cuantía del salario inembargable, *solo será posible una subasta que, ya se refiera a la vivienda habitual del deudor o no, se aprobará si la mejor postura fuera igual o superior al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiere salido a subasta.*

Cuando la mejor postura ofrecida en la subasta sea inferior al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, podrá el ejecutado presentar tercero que mejore la postura ofreciendo cantidad superior al 70 por 100 del valor de tasación o que, aun inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante. Si el ejecutado no presentare nuevo postor, *el ejecutante podrá pedir la adjudicación del inmueble, si es la vivienda habitual del deudor, por el 70 por 100 de dicho valor o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al 60 por 100 de su valor de tasación y a la mejor postura.*

Cuando el ejecutante no haga uso de esta facultad, se aprobará el remate en favor del mejor postor, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el

50 por 100 del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas.

Ese mejor postor podrá ser también el propio ejecutante al que se le adjudicaría la finca en las mismas cantidades expresadas sin que le sea aplicable la limitación del 60 por 100 que rige para los supuestos en que solicite la adjudicación directa y ello porque mientras en el caso de remate nos encontramos ante una verdadera venta con precio determinado de modo objetivo, en la adjudicación directa, no obstante algunas teorías, según la actual doctrina dominante y el criterio de la DGRN, nos encontramos ante un negocio autónomo de finalidad solutoria en que propiamente no existe precio. Ahora bien, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 647, regla 2.^a de la LEC, el acreedor solo podrá actuar como postor si existen otros licitadores.

Si en la subasta no hubiere habido ningún postor, el acreedor podrá, si se trata de la vivienda habitual, pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 60 por 100 de su valor de tasación, en este caso, aunque con esa cantidad no se cubra lo que se deba por todos los conceptos.

2.^º PROCEDIMIENTO EJECUTIVO HIPOTECARIO EXTRAJUDICIAL

En este procedimiento, *si la finca subastada fuera la vivienda habitual del subastado*, rige el artículo 12 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, el cual ha querido equiparar este procedimiento al judicial —antes existían tres subastas y el mínimo de adjudicación era del 50 por 100, vigentes hoy para otros tipos de bienes— y según el cual:

La realización del valor del bien se llevará a cabo a través de *una única subasta* para la que servirá de tipo el pactado en la escritura de constitución de hipoteca. No obstante, si se presentaran posturas por un importe igual o superior al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiera salido a subasta, se entenderá adjudicada la finca a quien presente la mejor postura.

Cuando la mejor postura presentada fuera inferior al 70 por 100 del tipo señalado para la subasta, podrá el deudor presentar un tercero que mejore la postura, ofreciendo cantidad superior al 70 por 100 del valor de tasación o que, aun inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante. Si no usa de esa facultad, *el acreedor podrá pedir la adjudicación de la finca por importe igual o superior al 60 por 100 del valor de tasación, pero independientemente que con ello se cubra o no el importe de lo debido como ocurre en el procedimiento judicial.*

Si el acreedor no hiciese uso de la mencionada facultad, se entenderá adjudicada la finca a quien haya presentado la mejor postura, siempre que la cantidad

que haya ofrecido supere el 50 por 100 del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad reclamada por todos los conceptos.

Ese mejor postor, como en el caso del procedimiento ejecutivo judicial, podrá ser el propio ejecutante al que se le adjudicaría la finca en las mismas cantidades expresadas sin que le sea aplicable la limitación del 60 por 100 que rige para los supuestos en que solicite la adjudicación directa.

Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación por importe igual o superior al 60 por 100 del valor de tasación, aunque con ello no se cubra el importe íntegro de lo debido.

Si el acreedor no hiciere uso de la facultad de adjudicación en pago, quedará expedita la vía judicial que corresponda, lo que incluye la posibilidad de una nueva subasta judicial.

Se critica a la nueva regulación dos cuestiones: *a) la no necesidad en caso de subasta con pujas de que la adjudicación al acreedor por el mínimo del 60 por 100 cubra la totalidad de la suma debida, y b) el por qué debe admitirse dicha adjudicación si la mejor postura es inferior al 70 por 100 del tipo de la subasta pero superior al 60 por 100.*

Aun reconociéndose lo opinable de los criterios que se van a exponer, considera que, respecto de la primera cuestión, se trata de una opción legislativa, como en el caso de no existir postores, que se debe respetar en la calificación registral, y respecto de la segunda, que se trata de un error de redacción y que una interpretación teleológica que tenga en cuenta que la reforma trata de reforzar la posición del deudor en estos supuestos, debe llevar a entender que esa cantidad del 60 por 100 debe ser superior a la mejor postura, o sino debe igualarse la misma, pues lo contrario supondría un perjuicio injustificado para el deudor.

3.º OTRAS CUESTIONES: DERECHO TRANSITORIO, DOMICILIO DE REQUERIMIENTO Y VALOR DE ADJUDICACIÓN

1. *Derecho transitorio.* A falta de norma expresa transitoria sobre la reforma de ambos procedimientos de ejecución hipotecarios, considero que los nuevos umbrales mínimos para la adjudicación directa de los bienes al acreedor, en caso de subastarse la vivienda habitual del deudor, deben aplicarse siempre que a la respectiva entrada en vigor la subasta no se hubiere efectuado, aunque sí se hubieren publicado los anuncios de la misma, con base en la finalidad imperativa de la norma y en la dicción de la Disposición Transitoria sexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil que respecto a la ejecución forzosa establece que: *«Los procesos de ejecución ya iniciados, al entrar en vigor esta Ley, se regirán por lo dispuesto en ella para las actuaciones ejecutivas que aun puedan realizarse o modificarse hasta la completa satisfacción del ejecutante»*, pues no

celebrada la subasta —cualquiera de las tres posibles en el sistema anterior— el régimen de la misma, que es lo que en este caso es objeto de reforma, puede alterarse sin previa modificación de los anuncios, aplicando los límites sobre el importe del remate.

Si no aplicándose esta norma de Derecho transitorio, se adjudicare en una subasta posterior a la entrada en vigor del Real Decreto-ley la finca al acreedor por el juez o notario por el 50 por 100 del tipo de subasta y no por el 60 por 100, entiendo, frente a algunos registradores, que la adjudicación es válida e inscribible y que corresponderá a los acreedores posteriores —que deben haber sido debidamente notificados de la subasta— o al deudor reclamar, en su caso, la rectificación del valor de la adjudicación y la entrega de las cantidades que les correspondan de acuerdo con la normativa general vigente.

2. *El requerimiento de pago al deudor en domicilio distinto del registral.* El artículo 236.c) del RH dispone que en el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, el requerimiento de pago al deudor tendrá lugar en el domicilio que, a efectos de aquel, resulte del Registro y se practicará por el notario, bien personalmente, si se encontrase en él el deudor que haya de ser requerido, o bien al pariente más próximo, familiar o dependiente mayores de catorce años que se hallasen en el mismo y, si no se encontrase nadie en él, al portero o a uno de los vecinos más próximos. Y añade su último párrafo que si no pudiera practicar el requerimiento en alguna de las formas indicadas el notario dará por terminada su actuación y por conclusa el acta, quedando expedita la vía judicial que corresponda.

La cuestión que se plantea es si es válido el requerimiento notarial de pago al deudor en su «domicilio real» cuando este es distinto del que figura en el Registro de la Propiedad, respecto de lo que existen opiniones favorables a una aplicación estricta del artículo 236.c) del RH, basados en la excepcionalidad de este procedimiento de ejecución que, además, prevé un sistema de notificación específico distinto del regulado en el artículo 202 del Reglamento Notarial, y en los términos tajantes de dicho artículo.

Pero yo me inclino por una interpretación finalista de la norma, que no es otra que la de evitar la indefensión del deudor, y estimo que si de la escritura resultara que se practicó el requerimiento de pago en la persona del deudor, este fue identificado por el notario y prestó su consentimiento (art. 202 del RN), requisito que es calificable por el registrador, no habría obstáculo para la inscripción de la venta extrajudicial.

3. *El valor de la adjudicación.* Se ha manifestado por amplios sectores de la doctrina que cuando nadie acude a la subasta, no hay motivo para acudir a otro valor de tasación de la finca distinto del pactado al constituir la hipoteca, pues el acreedor debería quedar vinculado por el contrato, por lo que son partidarios de suprimir el derecho que al acreedor hipotecario concede el artículo 671 de la LEC.

Mientras que otros sectores son, por el contrario, partidarios de efectuar una nueva tasación independiente en el momento de la ejecución y que su importe constituya el valor de la adjudicación sin reducción de tipo alguno.

Respecto de la primera solución, se adopte el criterio que se adopte, debe tenerse presente que, de mantenerse el valor de tasación de la escritura de constitución como valor a efectos de adjudicación, la utilización por el acreedor de la acción de complemento de la garantía para cuando considere que la finca por disminución del valor no garantiza de manera suficiente la deuda —arts. 1129-3 del CC y 9 del RD 716/2009, de regulación del mercado hipotecario— con vencimiento anticipado del préstamo en caso contrario, podría generalizarse aunque los plazos del crédito se estuvieren pagando, lo que implicaría sucesivos costos para el deudor.

En cuanto a la solución de la necesidad de una nueva tasación en el momento de la ejecución, indudablemente resulta lo más razonable y conciliador de los distintos intereses que la adjudicación del bien se produzca por el valor más cercano al real en el momento de tener lugar la misma; pero entiendo que la nueva valoración, en vez de tener lugar siempre y con carácter previo a la subasta, debería limitarse a aquellos supuestos en que el deudor lo solicite y preferiblemente una vez efectuada la subasta, porque con la actual crisis económica y la bajada del precio de la vivienda, es probable que el 60 por 100 del precio de tasación, que fue fijado en época de bonanza, sea superior al valor en que se tasaría hoy la finca.

Ahora bien, esta solución, por un lado, genera un retraso en la ejecución y un aumento de sus costes que se debe determinar quién asume y, por otro, ello debe quedar claro, no es una adjudicación en pago de la deuda por lo que si la misma es de importe inferior a ese valor actualizado, el ejecutante deberá abonar la diferencia al ejecutado o a los titulares registrales de cargas posteriores y si es superior, el acreedor podrá dirigirse contra el resto de los bienes embargables del deudor.

V. DERECHOS DEL DEUDOR EN CASO DE IMPAGO Y EJECUCIÓN EN EL PROYECTO DE DIRECTIVA EUROPEA DE CRÉDITO RESPONSABLE: RENEGOCIACIÓN DEL PRÉSTAMO, PACTO DE DACIÓN EN PAGO VOLUNTARIO, VALOR MÍNIMO DE LA FINCA GRAVADA, PATRIMONIO INEMBARGABLE

Respecto de cuál es la situación de la materia que tratamos en la Unión Europea, la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial*, en paralelo con nuestra Ley 2/2009, de contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios con profesionales del sector que no sean entidades de crédito

o de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de protección del cliente de servicios bancarios, opta fundamentalmente por medidas preventivas como el análisis previo de la solvencia del deudor, la transparencia de las condiciones de los préstamos y créditos hipotecarios a través del asesoramiento y de una adecuada información contractual y precontractual, la tasación objetiva de las fincas dadas en garantía, una supervisión financiera eficaz y, por último, la flexibilidad de los préstamos y créditos hipotecarios —reembolso anticipado, subrogación del acreedor, cambio en el tipo de hipoteca, portabilidad de la misma, etc.—, en cuyo análisis no podemos detener en esta ponencia.

En cuanto a las medidas que se proponen cuando tiene lugar el impago de los préstamos y se va a proceder a la ejecución, la Propuesta de Directiva es sumamente vaga y deja amplio margen de maniobra a los Estados y, además, respecto de la legislación española apenas añade nada. Así algunas de las medidas reclamadas por las organizaciones de consumidores para la protección en caso de insolvencia como la denominada «dación en pago pura», «la quita por sobreendeudamiento del prestamista» o «la moratoria forzosa en determinados supuestos» no son abordadas como obligatorias por la misma ni por ninguna de las enmiendas; recogiéndose solo las siguientes contenidas en la *enmienda de introducción del artículo 18 octies* bajo el título *Demoras y ejecución*:

1. *Los Estados miembros garantizarán que los prestamistas se muestren razonablemente tolerantes y se esfuerzen en alcanzar una solución negociada antes de iniciar un procedimiento de ejecución derivado de un contrato de crédito.*
2. *Los Estados miembros podrán mantener o introducir requisitos en relación con el proceso a seguir o las opciones que deban ejercerse antes del inicio del procedimiento de ejecución respecto de un bien situado en su territorio.* En caso de que el prestatario haya reembolsado una parte importante o la mayor parte del crédito durante un periodo prolongado, dichas opciones deberán incluir la modificación temporal del contrato entre el prestamista y el prestatario⁸.
3. *Los Estados miembros prohibirán la imposición de sanciones por impago que se añadirían al reembolso del tramo pendiente del préstamo cuando dicho impago se derive de circunstancias ajenas al control del prestatario o cuando la sanción no sea proporcionada o se calcule teniendo en cuenta la parte no impagada del préstamo.*
4. *Los Estados miembros autorizarán que la restitución de la garantía baste para reembolsar el crédito como mínimo en los casos en que las partes lo hayan convenido así expresamente.*

⁸ Parece ser que este párrafo ha sido suprimido en uno de los trámites legislativos del Parlamento Europeo.

5. *Los Estados miembros garantizarán que cuando se inicie un procedimiento de ejecución el prestamista reconozca a la garantía del consumidor un valor como mínimo igual al de la valoración más reciente efectuada con arreglo a los requisitos mínimos para el reconocimiento de garantías de bienes inmuebles estipulados por la Directiva 2006/48/CE en su Anexo VIII, parte 2, punto 8⁹.*
6. *Cuando el prestamista de una hipoteca sobre vivienda haya agotado los activos del prestatario al término del procedimiento de ejecución y aún así no esté saldada completamente la deuda, los Estados miembros garantizarán que se limite el embargo de nóminas, pensiones de jubilación y prestaciones equivalentes de manera que se conserven unos ingresos mínimos suficientes para mantener un adecuado nivel de vida».*

En cuanto a la medida recogida en los puntos primero a tercero de esta enmienda tendente a fomentar la *renegociación del préstamo entre acreedor y deudor antes de proceder a la ejecución o a introducir opciones que deban ejercerse antes del inicio del procedimiento de ejecución*, es de difícil concreción práctica (¿qué se entiende por razonable tolerancia o parte importante del crédito?, ¿a qué requisitos u opciones se refiere el punto 2?, ¿la prohibición de sanciones incluye los recargos por mora?, etc.), por lo que sería deseable que se concretara, al menos, en la obligación del acreedor de conceder un aplazamiento de pago o carencia —en el que se pagarían únicamente intereses— por el periodo que prudencialmente se fije, únicamente cuando la finca hipotecada constituya el domicilio habitual del prestatario y el mismo se encuentra en una situación de justificado interés como la pérdida involuntaria del empleo o la enfermedad grave, y ello aunque no se haya reembolsado una parte importante del préstamo.

Respecto de la imposición de la *posibilidad de pactar la dación en pago del bien para saldar la deuda* —punto 4 de la enmienda—, sin que opere la responsabilidad patrimonial universal del deudor, no existe nada que objetar salvo la necesidad de que en la información precontractual y contractual queden claros los efectos del tipo de hipoteca que se constituye y las respectivas condiciones financieras de uno u otro. Según las noticias de los debates en el Parlamento, la dación en pago obligatoria ha sido rechazada contundentemente.

Respecto de la medida recogida en el número 5 de la enmienda, que establece el *reconocimiento por el acreedor ejecutante de un valor como mínimo a la finca gravada igual al de la valoración más reciente efectuada conforme*

⁹ Parece ser que este párrafo ha sido modificado en uno de los trámites legislativos por el siguiente: «*Que los acreedores tomen medidas razonables para obtener el mejor precio por la propiedad hipotecada, teniendo en cuenta los factores y las condiciones del mercado, así como cualquier incremento en el monto adeudado por el consumidor*».

a los requisitos establecidos por la Directiva 2006/48/CE, esta norma se limita a señalar que la tasación de los bienes residenciales debe revisarse por perito independiente, al menos, cada tres años o cuando haya un cambio significativo del mercado; lo que lleva a pensar que si la última tasación de la finca es superior a esos tres años, debe realizarse una nueva valoración antes de la ejecución, lo que implica un retraso del proceso ejecutivo y un aumento de costes.

Reiterar aquí lo dicho en un apartado anterior, es decir, que resulta razonable y ponderado que la adjudicación del bien se produzca por el valor más cercano al real en el momento de la misma, aunque ello en ocasiones puede perjudicar al prestatario, por lo que se entiende aconsejable que dicha valoración deba efectuarse solo cuando el deudor, a falta de remate, no se conforme con la cantidad en que con arreglo a cada ley nacional se adjudica la finca al acreedor.

Por último, en cuanto a la garantía de *la inembargabilidad de los ingresos del deudor* posteriores a la ejecución en cuantía suficiente para que este pueda mantener un digno nivel de vida —renta de subsistencia mínima—, peca de indeterminación por lo que quizás debería sustituirse por la fijación de una horquilla en relación con el salario mínimo vigente en cada Estado miembro.

VI. CONCLUSIONES

En resumen, considero que el sistema establecido por el Real Decreto-ley 6/2012, sobre todo si lo comparamos con la expuesta Propuesta de Directiva Europea, armoniza razonablemente bien todos los intereses en juego, aunque su carácter excesivamente restrictivo le priva en gran medida de eficacia, pero sería el más conveniente si se introdujeran ciertas mejoras, en especial las siguientes:

- a) Desde el punto de vista conceptual, establecerlo, de cara a las hipotecas futuras, como un procedimiento alternativo a la ejecución, de carácter imperativo, extrajudicial y reglado.
- b) Desde el punto de los requisitos, eliminar el requisito de no disponer el deudor ni ninguno de los parientes que forman la unidad familiar de rentas del trabajo o de actividades económicas, y suprimir los topes al precio de las viviendas gravadas.
- c) Desde el punto de vista fiscal, establecer la exención fiscal en el impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas y en el impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos para la dación en pago, cuando la misma tenga lugar como acto debido por la aplicación de esta normativa.
- d) Desde el punto de vista de los arrendamientos, sería conveniente aumentar el plazo del alquiler obligatorio a cuatro o cinco años —como

- el mínimo residencial—, aunque la renta aumentare a partir del tercero, y establecer unos derechos paralelos de opción de compra y retracto.
- e) Y desde el punto de vista de la equidad, imponer en la escritura de hipoteca un pacto de reparto de plusvalías obligatorio si el banco vende la finca con beneficio en un determinado periodo de tiempo que podría fijarse en cuatro o cinco años como máximo y siempre que el primitivo deudor preste su colaboración.

Por lo demás, la significación jurídica que debe darse a la adhesión voluntaria de las entidades de crédito al CBP en la normativa vigente es el de oferta de modificación de contrato en los términos legales, que se perfecciona por la solicitud de deudor, el cual podrá solicitar al oferente la elevación a escritura pública de la novación del préstamo como un acto debido, cuyo incumplimiento otorga la correspondiente acción judicial.

El control registral sobre estas novaciones hipotecarias, dado la posibilidad de los acreedores de conceder sus condiciones a deudores que no cumplen sus requisitos y el amplio juego de la autonomía en bastantes aspectos, es escaso salvo los supuestos de reunificación de las deudas preexistentes y de dación en pago existiendo cargas posteriores de la finca gravada.

Por otra parte, para el caso de ejecución, debería establecerse, como otra mejora más allá del valor de adjudicación en el 60 por 100 del tipo de tasación, bien el reconocimiento de la denominada «valoración más reciente» que no podría exceder de tres años; bien la aplicación de fórmulas semejantes, como una nueva valoración de la finca a solicitud del deudor en caso de falta de remate.

En este ámbito se hace también imprescindible la reforma del sistema de subastas estableciendo mecanismos efectivos de su publicidad y un procedimiento ágil de subasta, en ambos casos de carácter *on line* y transfronteriza, con visibilidad de las fincas subastadas, que sin perjuicio del control judicial, se sustancie íntegramente por procedimientos telemáticos.

Por último, como otra alternativa a la ejecución, también veo factible introducir el denominado «sobreendeudamiento o insolvencia de las personas físicas», de tal manera que una vez se haya ejecutado todo el patrimonio embargable del deudor, incluida la vivienda habitual, el pasivo restante quede exonerado por decisión judicial sin consentimiento del acreedor.

Pero lo que en todo caso debe rechazarse es la demagógica, perturbadora y contraproducente «dación en pago solutoria», cuando sea directa y obligatoria, por todas las razones expuestas a lo largo del trabajo, sin perjuicio de admitir su pacto voluntario o incluso su concesión alternativa obligatoria con indicación de las diferentes condiciones financieras.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: *De nuevo en apoyo del deudor hipotecario: El Real Decreto-ley 6/2012 y su Código de Buenas Prácticas.*
— *La ejecución extrajudicial tras el Real Decreto-ley 6/2012.*
ARRUÑADA, B.: *La reforma de la responsabilidad hipotecaria.*
BALLUGERA GÓMEZ, C.: *Respuestas normativas a los problemas de los consumidores en la crisis.*
PÉREZ GARCÍA, M. J.: *El valor de los bienes en la ejecución.*
VIGIL DE QUIÑÓNES, D.: *El Registro, la autorregulación y los consumidores: problemas en las hipotecas.*

RESUMEN

DACIÓN EN PAGO

El sistema establecido por el Real Decreto-ley 6/2012, armoniza razonablemente bien todos los intereses en juego y sus requisitos relativos a la inexistencia de patrimonio del deudor y de referencia a préstamos para la adquisición de la vivienda habitual que sea la única de aquél son adecuados, pero su carácter excesivamente restrictivo en cuanto a la inexistencia por parte de los parientes que forman la unidad familiar de rentas del trabajo o de actividades económicas o respecto a los valores máximos de las viviendas gravadas, les priva en gran medida de eficacia, por lo que deben eliminarse.

También sería conveniente, en cuanto al arrendamiento en caso de dación en pago, aumentar el plazo del alquiler obligatorio y establecer unos derechos paralelos de opción de compra y retracto; y respecto del valor de adjudicación al acreedor, el articular la adjudicación por el valor de una nueva tasación de la finca que el deudor podría solicitar en caso de falta de remate.

Por lo demás, la significación jurídica que debe darse a la adhesión voluntaria de las entidades de crédito al CBP en la normativa vigente es el de oferta de modificación de contrato en los términos lega-

ABSTRACT

SURRENDER IN LIEU OF PAYMENT

The system established by Royal Legislative Decree 6/2012 does a reasonably good job of harmonizing all the interests involved, and the requirements it sets regarding the borrower's assets (The borrower must have no assets) and homeowner's loans (The loan must be for the borrower's only home) are good. However, the system is overly restrictive. It demands that all the relatives in the family unit must be entirely without earned income, and it sets restrictive ceilings on the value of the mortgaged home. These limitations deprive the system of a great deal of efficacy and therefore must be eliminated.

It would also be a good idea to add terms referring to cases of rental after surrender in lieu of payment, to lengthen the span of the mandatory lease and establish parallel prospective and retrospective rights of first refusal. Also, if there is no winning bid at the foreclosure auction, it would be advisable to allow the borrower to request a new appraisal of the property, and to use the new appraisal as the value at which the property is awarded to the lender.

Apart from that, the legal significance that ought to be given to financial institutions' voluntary acceptance of current legislation's Good Practice Code should

les, que se perfecciona por la solicitud de deudor, el cual podrá solicitar al oferente la elevación a escritura pública de la novación del préstamo como un acto debido, cuyo incumplimiento otorga la correspondiente acción judicial.

El control registral sobre estas novedades hipotecarias, dada la posibilidad de los acreedores de conceder sus condiciones a deudores que no cumplan sus requisitos y el amplio juego de la autonomía en bastantes aspectos, es escaso salvo los supuestos de reunificación de las deudas preexistentes y de dación en pago existiendo cargas posteriores de la finca gravada.

Como otras alternativas de protección del deudor, debe rechazarse la dación en pago directa obligatoria, admitiéndose solo su posibilidad convencional y sí podría admitirse la regulación del denominado «sobreendeudamiento o insolvencia de las personas físicas».

be seen in terms of banks' offer to amend contract terms at the borrower's request. The borrower may ask a potential lender to have the loan refinancing agreement notarized as an act of duty, which would pave the way to legal action if not complied with.

Lenders may extend conditions to borrowers who do not meet their requirements, and they have a great deal of independence in many respects. Accordingly, registrars exercise but little control over loan refinancing arrangements, barring cases where pre-existing debts are rolled together and cases of surrender in lieu of payment when there are subsequent liens on the mortgaged property.

As other alternatives for borrower protection, a direct, mandatory procedure for surrender in lieu of payment is not advisable (Surrender in lieu of payment should be allowed as a possibility only if the parties agree to it), but regulation of «individual overindebtedness or insolvency» (as it has come to be called) could be allowed.