

Ejecución hipotecaria y protección del deudor hipotecario en el contexto de la crisis económica

por
ROSANA PÉREZ GURREA
Abogada

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO Y PERSPECTIVA JURÍDICA.
- II. ANÁLISIS DE LA CONVENIENCIA O NO DE LIMITAR LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS ECONÓMICA ACTUAL.
- III. ADJUDICACIÓN EN PAGO Y ARGUMENTOS JURISPRUDENCIALES A FAVOR Y EN CONTRA DE SEGUIR LA EJECUCIÓN POR LA DIFERENCIA ENTRE EL VALOR DE ADJUDICACIÓN Y EL IMPORTE DE LA DEUDA:
 1. ABUSO DE DERECHO Y ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.
 2. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS, SEGÚN LA CUAL EL VALOR DEL BIEN VIENE DETERMINADO POR LA VALORACIÓN REALIZADA POR LA ENTIDAD BANCARIA EN LA ESCRITURA DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA INMOBILIARIA.
 3. LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES.
 4. LA APLICACIÓN EQUITATIVA DE LAS NORMAS Y SU INTERPRETACIÓN SEGÚN LA REALIDAD DEL TIEMPO EN QUE HAN DE SER APLICADAS *EX* ARTÍCULO 3 DEL CÓDIGO CIVIL.
- IV. LA PROTECCIÓN DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS:
 1. MEDIDAS PREVIAS A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: REESTRUCTURACIÓN DE DEUDAS HIPOTECARIAS.
 2. MEDIDAS COMPLEMENTARIAS.
 3. MEDIDAS SUSTITUTIVAS: DACIÓN EN PAGO DE LA VIVIENDA HABITUAL.
- V. BIBLIOGRAFÍA.
- VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO Y PERSPECTIVA JURÍDICA

El tema objeto de nuestro análisis parte del contexto social y económico de crisis económica por el que atravesamos, con una situación de sobreendeudamiento hipotecario de los consumidores que ha multiplicado las ejecuciones hipotecarias y en el que se encuentran implicados derechos fundamentales como el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a una vivienda digna *ex* artículos 24 y 47 de la CE.

A medida que la crisis económica ha puesto de manifiesto los problemas de solvencia de las familias españolas, se han planteado alternativas a la ejecución ante las dificultades de pago o una vez producido el incumplimiento¹.

En dicha coyuntura se dicta el Auto 111/2010, de 17 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2.ª), que ha tenido una gran repercusión social, ya que admite que en un procedimiento de ejecución hipotecaria la deuda garantizada quede extinguida con la entrega del inmueble hipotecado a la entidad acreedora ejecutante, que en este caso es el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA), la cual no podría seguir adelante con la ejecución para cobrar la cantidad pendiente de pago. El hecho de que la finca haya perdido valor y se adjudique al acreedor por un importe inferior al de tasación, y por tanto sin que alcance a cubrir el importe de la deuda, no se tiene en cuenta en el Auto, ya que el propio Banco en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria la valoraba en una cantidad que era superior al principal del préstamo. Se plantea la polémica «valor real *versus* valor de tasación»² y la Sala afirma que no consta otro valor en el expediente, excepción hecha del valor de tasación, que el que consta en la escritura de préstamo y por ello la ejecución solo debe seguir por intereses y costas (aplicación de la doctrina de los actos propios).

Ello supone entender que dicha adjudicación equivale a una dación en pago que extinguiría la deuda completamente con la consiguiente vulneración del principio de responsabilidad patrimonial universal tipificado en el artículo 1911

¹ PÉREZ HEREZA, J., «Propuestas notariales de protección del deudor hipotecario», en *Revista del Notario del Siglo XXI*, núm. 41, enero-febrero de 2012.

² Como señala el Fundamento de Derecho 4 del Auto 111/2010 de la Audiencia Provincial de Navarra: «Siendo ello así, es atendible las razones por las cuales la juzgadora de instancia no considera oportuno en este caso continuar la ejecución, por entender que el valor de la finca, no obstante el resultado de la subasta, es suficiente para cubrir el principal de la deuda reclamada e incluso encontrándose por encima de dicho principal, siendo circunstancial el que la subasta, al haber resultado desierta, tan sólo sea adjudicada en la cantidad de 42.895 euros, pero lo cierto es que, como señala el Auto recurrido, el banco se adjudica una finca, que él mismo valoraba en una cantidad superior a la cantidad adeudada por el préstamo concedido, a salvo el tema de intereses y costas».

del Código Civil³ y la no aplicación del artículo 105 de la LH, según el cual la hipoteca no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor.

Este mismo criterio es el seguido por el Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona, de 16 de septiembre de 2011. Sin embargo, el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3.ª) 4/2011, de 28 de enero, ha resuelto en un sentido totalmente opuesto, permitiendo la continuación de la ejecución forzosa por la diferencia entre el valor de adjudicación del bien hipotecado y el importe de la deuda. La Sala se basa en el artículo 1911 del Código Civil y el 579 de la LEC y afirma que el contenido de dichos preceptos es de tal evidencia que su no aplicación atenta contra la seguridad jurídica. Razona sobre el valor real de mercado (el valor, a juicio de la Sala, que en un momento determinado alguien está dispuesto a pagar por un inmueble) y el valor de tasación (que puede no coincidir con el anterior) y que son la clave de este tema.

Dentro de esta dinámica de pretender aliviar al deudor sobreendeudado de buena fe, se dicta el Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, el cual concede una liquidación del crédito pendiente tras la liquidación concursal a dos pensionistas en base a una interpretación restrictiva del artículo 178.2 de la Ley Concursal que entra en contradicción con el artículo 1911 del Código Civil, ya que la conclusión del concurso liquidaría sus deudas concursales y los bienes futuros no responderían de las mismas. En este caso, JIMÉNEZ PARÍS⁴ señala: «Liberación, sin embargo, que es condicional, pues el Auto indica que se deben tener por extinguidas las deudas concursales que no hayan podido ser satisfechas con cargo a la masa activa del concurso, sin perjuicio de las posibilidades de reapertura del concurso o una nueva declaración si aparecieran nuevos bienes o los deudores vinieran a mejor fortuna».

Sentadas estas premisas, vamos a analizar la conveniencia o no de reconocer al deudor hipotecario el derecho a liberarse de la deuda mediante la entrega de la finca hipotecada al acreedor, en definitiva, la posible limitación de la responsabilidad hipotecaria, y para ello nos vamos a basar en las diferentes decisiones jurisprudenciales que se han dictado en esta materia⁵.

³ Vid. ÁLVAREZ ROYO-VILLANUEVA, S., «Desde el punto de vista técnico-jurídico, lo cierto es que el Auto no niega en ningún momento el principio de responsabilidad patrimonial universal, ni tampoco confunde el valor de tasación con el de mercado: solo dice que el valor que hay que considerar adjudicado al Banco no es el 50 por 100 de la subasta sino el real», en «Las ejecuciones hipotecarias en el contexto de la crisis», en *Revista del Notario del Siglo XXI*, núm. 36, marzo-abril de 2011.

⁴ JIMÉNEZ PARÍS, T., «El *fresh start* o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe. A propósito del Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, pág. 517.

⁵ Entre las que podemos citar: el Auto 111/2010, de 17 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Navarra; Auto 4/2011, de 28 de enero, de la Audiencia Provincial de Navarra; Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010; Auto

II. ANÁLISIS DE LA CONVENIENCIA O NO DE LIMITAR LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS ECONÓMICA ACTUAL

Ante la crisis económica y el elevado número de ejecuciones hipotecarias que están teniendo lugar como consecuencia del impago de los préstamos hipotecarios, han sido muchas las propuestas que se han hecho para limitar por ley la responsabilidad de los deudores hipotecarios. Respecto a si las mismas son o no razonables desde un punto de vista económico, ARRUÑADA⁶ señala que: «Para los préstamos hipotecarios ya firmados, sería injusto y temerario, por atentar contra el Estado de Derecho y hacerlo en un momento en el que aumentarían las dudas que suscitan la solvencia de nuestras finanzas públicas y la solidez de nuestras instituciones. Asimismo, para los préstamos futuros, sería un grave error, pues en España como casi en todo el mundo desarrollado, acreedores y deudores prefieren contratar sin limitación de responsabilidad, por lo que debemos entender que les resulta beneficioso, sobre todo por existir considerable competencia entre acreedores. Además de este ejercicio de su libertad contractual no se derivan daños a terceros que pudieran justificar una prohibición. Todo lo contrario, la limitación de responsabilidad sí generaría cuantiosos daños sistémicos, como pone de relieve la evidencia de los once Estados de los Estados Unidos, cuyo régimen puede caracterizarse propiamente como de responsabilidad limitada (*recourse mortgages*)».

En nuestro ordenamiento jurídico rige la regla de la responsabilidad patrimonial universal *ex* artículo 1911 del Código Civil y la garantía hipotecaria no altera esa regla como se deriva del artículo 105 de la LH, ahora bien cabe pactarse la limitación de responsabilidad a la finca hipotecada (art. 140 de la LH)⁷, que en la práctica se aplica muy poco y sobre el que no existe jurisprudencia. Su escasa aplicación práctica obedece a que no ofrece ventajas para las partes contratantes⁸: los acreedores concederían menos créditos y

del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Sabadell, de 30 de septiembre de 2010; Auto de 27 de febrero de 2012, del Juzgado de 1.ª Instancia, número 8 de Valladolid; sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de enero de 2012.

⁶ ARRUÑADA, B., «La reforma de la responsabilidad hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, pág. 1260.

⁷ Bankinter ofrece una hipoteca llamada «Hipoteca sin más», que admite por primera vez de forma explícita saldar la deuda hipotecaria con el banco en caso de impago «exclusivamente» con la vivienda hipotecada, es decir, la fórmula que se conoce como dación en pago. Se concede una financiación del 80 por 100 del valor de tasación por la compra de la vivienda que será la residencia habitual, el plazo máximo de la hipoteca es de cuarenta años y se establece un tipo fijo del 4 por 100 durante el primer año y se utiliza como referente el Euribor más un diferencial personalizado para el resto del periodo.

⁸ En este sentido se pronuncia ARRUÑADA, B., «Limitar por Ley la responsabilidad hipotecaria: una mala idea», en *Expansión*, de 23 de febrero de 2011.

a un tipo de interés más alto y los deudores tendrían más dificultades para acceder al crédito.

Las consecuencias que tendría establecer la regla de la responsabilidad hipotecaria limitada serían las siguientes:

1. Se producirían las denominadas *insolvencias estratégicas*⁹, es decir, en los casos en que la cuantía de la deuda sea superior al valor de mercado de la vivienda, los deudores se verían inducidos a liberarse de la deuda entregando la vivienda. En sentido inverso, las entidades financieras podrían presionar, en caso de impago, para quedarse con el inmueble, ya que en el mercado podrían obtener un precio superior al importe de la deuda pendiente. Esto podría suponer la quiebra de nuestro sistema jurídico de garantías reales, ya que el acreedor podría quedarse con los bienes por un importe superior al de la deuda, con la consiguiente vulneración de los artículos 1859 y 1884 del Código Civil, en perjuicio tanto del deudor como de los demás acreedores.
2. Al disminuir la garantía de cobro de los acreedores, sería más difícil acceder a los créditos, y se concederían créditos hipotecarios más caros, con una menor cobertura hipotecaria o a un plazo más corto.
3. En el caso de que la reforma fuese aplicable a los contratos en vigor, se produciría un incremento del riesgo para las entidades financieras y en definitiva para los contribuyentes.

Como señala CORREDOR, B.¹⁰:

- «1. La primera mala consecuencia sería un encarecimiento del crédito hipotecario y no solo desde el punto de vista del interés.
2. La segunda consecuencia sería la necesidad de tener un ahorro previo en las familias mucho mayor que el actual (ahora se está dando un 80 por 100 del valor de tasación como máximo aunque la media está en un 62 por 100). Estaríamos hablando de un ahorro por encima del 40-50 por 100 y esto dejaría fuera del acceso a la vivienda a todas las familias que no tuvieran esta capacidad de ahorro.
3. La tercera consecuencia muy importante al efecto del pago de la hipoteca sería el acortamiento de los plazos (que se acortarían en diez o

⁹ MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P., «La limitación imperativa de responsabilidad por las deudas hipotecarias a la finca hipotecada: una idea seductora pero desaconsejable (Comisión para la reforma del sistema hipotecario, Madrid, 20 de julio de 2011)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, págs. 233 y sigs.

¹⁰ CORREDOR, B., Secretaria de Estado de Vivienda, en el Seminario que se celebró sobre esta materia en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles el 16 de marzo de 2011.

quince años), lo que supondría dejar también fuera a muchas familias que no podrían pagar cuotas mensuales tan elevadas.

4. Otra consecuencia sería la petición de garantías adicionales para las familias que no pudieran tener este ahorro previo que tendrían que pedir o avales o seguros adicionales y otro crédito paralelo como ocurre en otros países».

Por todo lo expuesto considero que la solución no es limitar la responsabilidad hipotecaria a la finca hipotecada con carácter imperativo, sin embargo hay quienes opinan que podría introducirse como norma dispositiva, es decir, que en materia de responsabilidad por deudas garantizadas con hipoteca, la norma no fuese la responsabilidad patrimonial universal sino la limitada a la hipoteca, pero admitiendo que las partes pudieran pactar lo contrario.

Comparto la opinión de MÉNDEZ GONZÁLEZ¹¹ cuando señala que «no parece que esta sea una buena idea: la norma dispositiva ha de ser eficiente, y la norma de responsabilidad patrimonial universal es más eficiente porque proporciona más garantías al acreedor y facilita el acceso al crédito al deudor, por lo que es la fórmula vigente en todo el mundo desarrollado, salvo en once estados de Estados Unidos. Aunque pudiera modificarse contractualmente, tal derogación contractual sería costosa y generaría litigios adicionales, por lo que, a mi juicio, tal idea también debe ser rechazada»¹².

Por su parte, CUENA CASAS¹³ manifiesta que la intensidad con que la crisis económica se está produciendo en España pone de relieve que hay planteamientos estructurales en nuestro sistema económico que deben ser revisados y uno de ellos es, a su juicio, el principio de responsabilidad patrimonial universal *ex* artículo 1911 del Código Civil. No procede cuestionar dicho principio esencial,

¹¹ MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P., *op. cit.*, págs. 236 y 237.

¹² En un sentido similar se ha pronunciado ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, L., señalando: «Ahora mismo uno de los más graves problemas que plantea la crisis es la falta de financiación que tienen los particulares y las empresas, lo que les impide acceder al crédito para afrontar nuevos proyectos. En consecuencia, si se modifican los artículos 105 y 140 de la LH, la consecuencia sería que el acceso al crédito se convertiría todavía en más difícil, ya que las garantías de las entidades financieras quedarían reducidas por disposición legal», en «*Legislar sobre la limitación de responsabilidad*», *Revista del Notario del Siglo XXI*, núm. 37.

¹³ CUENA CASAS, M., «El *fresh start* significa que una vez ejecutado el patrimonio embargable del deudor, persona física de buena fe, el pasivo restante queda exonerado por decisión judicial y sin consentimiento del acreedor. Aunque el deudor obtenga en el futuro nuevos ingresos, estos no podrán ser utilizados para el pago de deudas anteriores a la declaración de concurso. El deudor puede volver a empezar, iniciar una nueva actividad empresarial o profesional con la tranquilidad de que los nuevos ingresos que genere podrán ser utilizados para generar más actividad económica y no serán embargados por los acreedores que no consiguieron cobrar en el procedimiento concursal», en «Es necesario limitar el principio de responsabilidad patrimonial universal», en *Revista del Notario del Siglo XXI*, núm. 36, marzo-abril de 2011.

sino reflexionar si convendría en determinadas ocasiones mitigar su intensidad. Señala que en la mayoría de los países de nuestro entorno se ha restringido el principio de responsabilidad patrimonial universal en el marco del procedimiento de insolvencia de la persona física, se trata de la figura del *fresh start* o *discharge*, que implica la concesión de una segunda oportunidad al deudor sobreendeudado de buena fe.

En el ámbito de la Unión Europea ya se está planteando un enfoque de este problema a escala comunitaria, tal y como se ha puesto de manifiesto en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «el crédito y la exclusión en la sociedad de la abundancia», de 16 de febrero de 2008, en donde se propugna una limitación de la responsabilidad patrimonial del deudor, persona física, como medida comunitaria para el tratamiento del sobreendeudamiento de los particulares.

CUENA CASAS señala que: «La actuación indiscriminada del principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 del Código Civil se ha erigido en uno de los principales enemigos de la recuperación económica» y considera que si de verdad queremos estimular el espíritu empresarial y que se creen puestos de trabajo, el *fresh start* es, a su juicio, una medida imprescindible. «Mejor será que ese deudor insolvente deje de estar obligado al pago de sus deudas pendientes y pueda volver a empezar y reiniciar su actividad de manera legal sacando la cabeza, generando puestos de trabajo y pagando impuestos. No se trata, obviamente, de derogar el artículo 1911 del Código Civil, principio capital, sino de limitarlo en una situación excepcional, a imagen y semejanza de lo que sucede con el patrimonio inembargable»¹⁴.

La hipoteca es un derecho real de garantía que refuerza el derecho de crédito. Esta función de garantía es la que une la obligación y la hipoteca en una relación de accesoriedad funcional. En caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el acreedor puede ejercitar la acción personal para dirigirse contra el patrimonio del deudor y la acción real contra el bien hipotecado, ambas son compatibles y no alternativas, por lo que si no puede cobrar el importe de la deuda mediante el ejercicio de la acción real, puede continuarla mediante el ejercicio de la acción personal. Esto está claramente regulado en el artículo 579 de la LEC y en el artículo 105 de la LH cuando señala que la hipoteca no altera la responsabilidad personal¹⁵.

Con base en esta argumentación y en nuestros textos legales no puede admitirse que la adjudicación de la finca hipotecada extinga la deuda e impida

¹⁴ CUENA CASAS, M., «Crédito responsable, *fresh start* y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas», en *Revista del Notario del Siglo XXI*, núm. 43, mayo-junio de 2012.

¹⁵ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «Sobre la limitación de la responsabilidad del hipotecante deudor a la finca hipotecada. A vueltas con el Auto 111/2010 de la Audiencia Provincial de Navarra», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725, pág. 1692.

al acreedor ejecutante seguir con la ejecución cuando el valor de la misma no alcance a cubrir el importe de la deuda, como señala el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010, basándose en argumentos más de índole moral que propiamente jurídicos¹⁶.

Por otro lado, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de enero de 2012, considera que ante el impago de las cuotas de amortización de un préstamo hipotecario, es conforme a Derecho la pretensión de la entidad bancaria (acreedor hipotecario) de iniciar un proceso de ejecución hipotecaria, ya que la vivienda hipotecada fue subastada y se le adjudicó por un precio inferior a la deuda, por lo que en base al artículo 105 de la LH y 1911 del Código Civil, el deudor y sus fiadores solidarios continúan respondiendo de la obligación con todos sus bienes presentes y futuros hasta que no se salde la totalidad de la deuda. Ahora bien, merece la pena destacar las consideraciones que la Audiencia Provincial realiza en el Fundamento de Derecho segundo, diciendo: «No puede obviarse la aparente justicia o equidad de las argumentaciones de la parte y lo deseable de una previsión legislativa que moderase el rigor de la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal en supuestos de ejecuciones hipotecarias, o la exigencia de una valoración objetiva del inmueble que se entrega en pago total o parcial de la deuda garantizada hipotecariamente, pero tampoco puede ser ignorado que la legislación vigente establece tal principio, que la misma impone la reducción de la deuda por el importe que se consiga en la subasta o en que se adjudique el bien, y que la valoración que de la finca se establece en la escritura de constitución de la garantía hipotecaria lo es a efectos de servir de tipo a la subasta, siendo así que el precio real es aquel que efectivamente se consiga, en base al aforismo *tantum valet quantum vendi potest*».

III. ADJUDICACIÓN EN PAGO Y ARGUMENTOS JURISPRUDENCIALES A FAVOR Y EN CONTRA DE SEGUIR LA EJECUCIÓN POR LA DIFERENCIA ENTRE EL VALOR DE ADJUDICACIÓN Y EL IMPORTE DE LA DEUDA

La dación en pago es un negocio jurídico *pro soluto*, pactado entre acreedor y deudor para extinguir la obligación mediante la realización por el deudor de una prestación distinta de la debida. Implica una realidad poliédrica en la que confluyen aspectos no solo jurídicos sino también económicos. A pesar de su interés, nuestro Código Civil no la regula expresamente, sin perjuicio de que al

¹⁶ Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «La Audiencia Provincial de Navarra se decanta por la moralidad antes que por la legalidad en la ejecución de hipotecas», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, de 24 de febrero de 2011, núm. 815.

amparo del principio de autonomía de la voluntad *ex* artículo 1255 del Código Civil pueda pactarse con fines solutorios. Por su parte, el Derecho navarro la regula en la Ley 495 en el capítulo referido al cumplimiento y a las causas de extinción de obligaciones. En la actualidad y ante los momentos de crisis económica que estamos viviendo, se ha convertido en un instrumento habitual de extinción de las deudas pendientes de pago concertadas con las entidades de crédito, evitando así acudir a la vía ejecutiva¹⁷.

Son muchas las resoluciones jurisprudenciales en las que se ha planteado la conveniencia de reconocer al deudor hipotecario el derecho a liberarse de la deuda mediante la entrega al acreedor de la finca hipotecada y se ha discutido si el producto obtenido de la subasta del bien es suficiente o no para cubrir el crédito reclamado, actuando como elementos correctores los conceptos de abuso de derecho, enriquecimiento injusto, cláusula *rebus sic stantibus*, la normativa de protección de los consumidores y usuarios y la aplicación equitativa de las normas *ex* artículo 3.1 del Código Civil, en definitiva se trata de la interpretación de artículos como el 579 y el 671 de la LEC.

El Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.^a, de 17 de diciembre de 2010, tiene su origen en la apelación planteada contra el Auto de 13 de noviembre de 2009, dictado por el Juzgado de 1.^a Instancia, número 2 de Estella, el cual denegaba la continuación del procedimiento de ejecución sobre otros bienes del deudor hipotecario, solicitada por el acreedor hipotecario en base al artículo 579 de la LEC. Posteriormente, el Auto de 16 de marzo de 2011 de la misma Audiencia desestimó el recurso interpuesto por el ejecutante contra el Auto de 16 de diciembre de 2010.

La entidad financiera (acreedor hipotecario) pide la continuación de la ejecución por la cantidad que se le adeudaba basándose en dos ideas: por un lado, que dicha petición no es constitutiva de abuso de derecho y por otro, que el valor de la finca adjudicada no cubría el importe de la deuda reclamada. Para estudiar esta materia vamos a seguir los siguientes puntos:

1. ABUSO DE DERECHO Y ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

El Auto de la Audiencia Provincial de Navarra 117/2010 (Sección 2.^a) da la razón a la entidad financiera, señalando que «desde el punto de vista formal y de estricto ejercicio del derecho, no estamos ante un abuso de derecho, dado que

¹⁷ Véase BRICEÑO MARTÍN, M. R., «Vicisitudes económicas y jurídicas de la dación en pago de activos inmobiliarios como modo de extinción de las deudas pendientes con las entidades financieras», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 726, págs. 2025 a 2064; ADÁN GARCÍA, E., «La dación en pago», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, Centro de Estudios Registrales, 2009, págs. 509 a 569.

en definitiva la ley procesal permite a la parte ejecutante solicitar lo que solicita, esto es, que continúe la ejecución respecto de otros bienes del ejecutado, dado que con los objetos de realización mediante la subasta no han sido suficientes para cubrir la deuda reclamada»¹⁸ y «si bien formalmente cabría entender que la actuación del Banco se ajusta a la literalidad de la ley y que efectivamente tiene derecho a solicitar lo que ha solicitado, por lo que cabría entender que no existiría el abuso de derecho que se le imputa, pero ello no deja de plantearnos una reflexión cuando menos moralmente intranquilizante, relativa a la razón por la que la parte apelante impugna el Auto recurrido, por considerar que en realidad el valor de la finca subastada y adjudicada materialmente al Banco, hoy por hoy tiene un valor real inferior al que en su día se fijó como precio de tasación a efectos de subasta»¹⁹.

La Ley de Enjuiciamiento Civil concede la posibilidad de seguir la ejecución por la deuda restante que falte por cubrir; lo que ocurre es que el Auto considera que no queda deuda pendiente, que la adjudicación del bien produjo la extinción completa de la deuda y por ello no procede seguir adelante con la ejecución.

2. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS, SEGÚN LA CUAL EL VALOR DEL BIEN VIENE DETERMINADO POR LA VALORACIÓN REALIZADA POR LA ENTIDAD BANCARIA EN LA ESCRITURA DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA INMOBILIARIA

El propio Banco en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria y en relación con la finca que es objeto de subasta y que se ha adjudicado materialmente, la valoraba en una cantidad que era superior al principal del préstamo. «Siendo ello así, es atendible las razones por las cuales la juzgadora de instancia no considera oportuno en este caso continuar la ejecución, por entender que el valor de la finca, no obstante el resultado de la subasta, es suficiente para cubrir el principal de la deuda reclamada»²⁰.

3. LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

En sede de ejecución hipotecaria hay que tener también en cuenta el deber de dar protección a los consumidores, cuya defensa y protección informa la práctica jurídica (arts. 51 y 53 de la CE y art. 1 del Real Decreto-ley 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias). El artículo 80 de este último señala como requisitos que deben

¹⁸ Fundamento de Derecho 4.º a), Auto 111/2010, de 17 de diciembre.

¹⁹ Fundamento de Derecho 4.º c), del mismo Auto.

²⁰ Fundamento de Derecho 4.º b), de este Auto.

cumplir los contratos con consumidores que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, la accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido, y la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

La protección a la parte más débil de la contratación la encontramos no solo en la legislación de consumidores y usuarios, sino también en la reguladora de las condiciones generales de la contratación, en el artículo 1288 del Código Civil y en el artículo 54.2 de la LEC. Frente a la protección del acreedor para el logro de la satisfacción de su crédito debe situarse la necesidad de evitar causar al deudor perjuicios patrimoniales superiores a los que demanda esa necesidad o causarle graves despojos²¹.

Como señala JIMÉNEZ PARÍS²², las entidades financieras han hecho un uso abusivo del principio de responsabilidad patrimonial universal, imponiendo al deudor una garantía patrimonial desproporcionada y, por ello, contraria a la legislación de protección de los consumidores y usuarios. El artículo 8 LCGC indica que, en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales, en todo caso, las definidas en el artículo 10 bis y Disposición Adicional 1.ª de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (hoy incorporada al Real Decreto-ley 1/2007). Este TR contiene un control de contenido de las cláusulas predispuestas en contratos con consumidores que se articula en tres niveles: Como regla general, este contenido ha de responder a los principios de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que significa excluir la utilización de cláusulas abusivas *ex* artículo 80.2 TR; seguidamente el artículo 82.1 dice que son cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen en perjuicio del consumidor y usuario un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Y a continuación se indica que, en todo caso, son abusivas las cláusulas que conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90 del TR, impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato.

²¹ Vid. ROMERO CANDAU, P. A., y ROMERO CANDAU, R., «La continuación de la ejecución forzosa tras la subasta de los bienes hipotecados. Comentario a los Autos núm. 111/2010 y 4/2011, de las secciones segunda y tercera de la Audiencia Provincial de Navarra», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2011.

²² JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «Adjudicación en pago y reclamación de la diferencia entre el crédito por el que se ejecutó y el valor de la adjudicación. Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, pág. 2956.

4. LA APLICACIÓN EQUITATIVA DE LAS NORMAS Y SU INTERPRETACIÓN SEGÚN LA REALIDAD DEL TIEMPO EN QUE HAN DE SER APLICADAS *EX* ARTÍCULO 3 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 3.1 del Código Civil señala que las normas se interpretarán según la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas, precepto al que alude el Fundamento de Derecho 4.c) del Auto, señalando que es moralmente rechazable que se alegue para intentar continuar la ejecución la pérdida de valor de la finca que servía de garantía al préstamo, achacando dicha pérdida de valor a la crisis económica, fruto de la mala praxis del sistema financiero.

Por su parte, el artículo 3.2 del Código Civil señala que: «La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita», en el caso que estamos examinando la aplicación rígida de los preceptos 579 y 671 de la LEC en relación con el artículo 105 y 140 de la LH y 1911 del Código Civil podría conducir a un resultado injusto²³, por lo que en ocasiones es conveniente tener en cuenta los principios generales del Derecho, informadores del ordenamiento jurídico que sean específicamente aplicables al caso concreto, entre los que podemos mencionar: la prohibición del abuso de derecho, los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, la prohibición del pacto comisorio²⁴, y la protección del consumidor, entre otros.

Por otro lado, el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3.ª), 4/2011, de 28 de enero, sigue un criterio distinto al anteriormente examinado y acuerda que se proceda a seguir la ejecución en la cantidad suficiente para cubrir la suma reclamada, para ello se basa en el artículo 117 de la CE (el deber del juez de someterse a la ley aplicable como parte de su estatuto esencial de juez constitucional) y en la estricta observancia de los artículos 1911 del Código Civil y 579 de la LEC, afirmando que el contenido de los mismos es de tal evidencia que con independencia de la opinión personal que merezcan, el caso de autos obligaba a aplicarlos y lo contrario atenta contra la seguridad jurídica ya que alteran el marco normativo existente cuando la operación se realizó y las bases sobre las que se asienta en España el sistema de garantía hipotecaria. Seguidamente incide en la clave de este tema que es la distinción entre el valor

²³ Es también el criterio que sigue, como hemos visto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de enero de 2012, en su Fundamento de Derecho segundo: «No puede obviarse la aparente justicia o equidad de las argumentaciones de la parte y lo deseable de una previsión legislativa que moderase el rigor de la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal en supuestos de ejecuciones hipotecarias».

²⁴ Vid. JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 724, págs. 1159 a 1181.

real de mercado de un inmueble que es el precio que en un momento determinado alguien está dispuesto a pagar por él y el valor de tasación.

Considera que la petición de continuación de la ejecución no es constitutiva de abuso de derecho ni de enriquecimiento injusto y alude a la existencia de una doctrina jurisprudencial²⁵ en la que se afirma, como señala la STS de 16 de febrero de 2006, que «una cosa es que se ejercite un derecho y otra bien distinta es que bajo la apariencia de ejercicio de un derecho, se esté actuando en contra de la ética y de la justicia» y en su relación con el enriquecimiento sin causa dice: «En definitiva, como ha dicho, la sentencia del TS, de 21 de octubre de 2005, el enriquecimiento sin causa no puede ser aplicado a supuestos previstos y regulados por las leyes, pues entre otras razones, no está a disposición del juzgador corregir, en razón de su personal estimación sobre lo que sea justo en cada caso, las resultas de la aplicación de las normas. Y esta Sala ha dicho que el enriquecimiento sin causa solo puede entrar en juego en defecto de previsión normativa (sentencias de 18 de enero de 2000, de 5 de mayo de 1997, de 4 de noviembre de 1994, de 19 de febrero de 1999, entre otras)».

Y añade: «La jurisprudencia ha reservado la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en subastas judiciales a supuestos en los que el bien adjudicado lo fue comprendiendo accidentalmente elementos ajenos a la garantía hipotecaria y a la consiguiente tasación²⁶, pero no le ha reconocido relevancia cuando, seguido el proceso correctamente por sus trámites, solo puede apreciarse una divergencia entre el precio de tasación y el de adjudicación, aun cuando esta sea notable, ni siquiera en un supuesto en que se reconoció que el precio del remate a favor de la entidad concedente fue irrisorio y absolutamente desproporcionado²⁷». Si bien hay que tener en cuenta que dichas sentencias se dictaron en un contexto económico y social totalmente distinto del que tenemos actualmente.

El Auto del Juzgado de Instrucción, número 3 de Torrejón de Ardoz, de 10 de enero de 2012, parte de que el artículo 671.1 de la LEC permite al acreedor, cuando la subasta queda desierta, la adjudicación del bien por la mitad de su valor o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos y dice que en principio formalmente la petición de la ejecutante estaría amparada por un texto legal por lo que no sería abusiva ni conllevaría enriquecimiento injusto. Ahora bien, el Auto va más allá considerando que la conclusión sería otra si se tiene en cuenta el contexto de crisis económica que rodea el caso y que hace que la postura del ejecutante devenga abusiva y pueda dar lugar a un enriquecimiento injusto, como se deriva de la aplicación del artículo 3.1 del Código Civil²⁸.

²⁵ SSTs de 16 de febrero de 2006, de 18 de noviembre de 2005, de 8 de julio de 2003, de 21 de octubre de 2005, de 25 de septiembre de 2008, entre otras.

²⁶ SSTs de 15 de noviembre de 1990, 4 de julio de 1993 y 18 de noviembre de 2005.

²⁷ STS de 8 de julio de 2003.

²⁸ Fundamento de Derecho 2.º, Auto de Torrejón de Ardoz de 10 de enero de 2012.

El ejecutante al pedir que siga la ejecución como si se le debiera más dinero, actúa totalmente ajeno a la sobrevaloración de las garantías inmobiliarias y a su propia participación como entidad de crédito en la causación de la crisis, constituyendo un enriquecimiento injusto y un ejercicio abusivo y antisocial del derecho que nuestro ordenamiento no permite (art. 7.2 del CC) y que debe ser rechazado por los Tribunales (arts. 11.2 LOPJ y 247.2 LEC), razones por las que se deniega la continuación de la ejecución.

En el Auto de 27 de febrero de 2012 del Juzgado de 1.^a Instancia número 8 de Valladolid se contempla un supuesto en el que la entidad financiera ejecutante se adjudica una finca por un precio equivalente al 50 por 100 del valor de tasación, siendo este valor superior al importe del préstamo concedido, por lo que no procede proseguir la ejecución por la cantidad no cubierta por la subasta. El juez no desconoce el artículo 579 de la LEC y lo relaciona con el artículo 570 de la LEC y el 1911 del Código Civil, sin embargo hay que tener en cuenta el artículo 3.1 del Código Civil en los términos que hemos visto, lo que obliga a tener en cuenta la problemática social que se ha suscitado en torno a las ejecuciones hipotecarias. El banco está obteniendo el valor que la escritura señalaba como valor del mismo y que fue el criterio fijado por él para conceder el préstamo hipotecario (aplicación de la doctrina de los actos propios), en este caso la deuda está satisfecha por lo que la conducta de la entidad financiera constituye abuso de derecho con el consiguiente enriquecimiento injusto que de ello se deriva.

Para concluir el análisis jurisprudencial, no podemos obviar el Auto del Juzgado de 1.^a Instancia, número 2 de Sabadell, de 30 de septiembre de 2010, en el que se plantea como cuestión la posible inconstitucionalidad de los artículos 695, 698 y 579 de la LEC en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del ejecutado hipotecario (art. 24 de la CE), el derecho a una vivienda digna (art. 47 de la CE) y el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos *ex* artículo 9.3 de la CE²⁹. El Juzgado entendió que el actual mecanismo de ejecución plantea serias dudas en cuestiones como la imposibilidad de que la parte ejecutada efectúe alegaciones relativas al fondo del asunto, razón por la que solicitó el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el cual en Auto de 19 de julio de 2011 señaló que los procesos de ejecución hipotecaria, incluso cuando estos conlleven la pérdida de la vivienda y persista aun así la deuda, no son contrarios al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ni al derecho a una vivienda digna *ex* artículos 24 y 47 de la CE³⁰.

²⁹ La cuestión se suscitó cuando una entidad bancaria interesó, ante el Juzgado de Sabadell, la ejecución hipotecaria de una vivienda. Su propietaria argumentó no poder hacer frente a las cuotas debido a la suscripción de un contrato cuyos efectos no alcanzó a comprender y, por otro lado, la actual situación de crisis económica y financiera generalizada.

³⁰ El Auto del TC, de 19 de julio de 2011, incluye un interesante voto particular del magistrado Eugeni GAY, quien considera que «el sentido de las normas, más si cabe las

Respecto al fondo del asunto evita pronunciarse sin llegar a declarar expresamente la constitucionalidad del régimen de ejecución hipotecaria.

Para dar respuesta a los problemas concretos que la crisis económica va planteando, se dicta el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control de gasto público y la garantía de pago de las obligaciones contraídas por las administraciones públicas, el impulso a la actividad empresarial, el desarrollo de las actuaciones de rehabilitación, el incremento de la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario y la eliminación de obstáculos injustificados derivados de la actividad administrativa, el cual incluye dos grupos de medidas para los que hayan perdido su vivienda en un procedimiento de ejecución. Por un lado, eleva el umbral de inembargabilidad que establece el artículo 607 de la LEC cuando el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada en un procedimiento de ejecución hipotecaria sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado. Por otro lado, se modifican los artículos 669, 670 y 671 de la LEC para garantizar que, en caso de producirse una ejecución hipotecaria por impago, los deudores recibirán una contraprestación adecuada por el inmueble, que les permita anular o reducir al máximo la deuda remanente. Para ello, se prevé que la adjudicación al acreedor en subasta de un inmueble hipotecado como consecuencia de una ejecución, se realizará por precio nunca inferior al 60 por 100 del valor de tasación. Además se reduce hasta el 20 por 100 el depósito exigido a los postores que participaren en una subasta (antes era del 30 por 100).

IV. LA PROTECCIÓN DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS

Con la finalidad de buscar soluciones al problema del sobreendeudamiento hipotecario, se dicta el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos que se completa con un Código de Buenas Prácticas que podrán suscribir de forma voluntaria las entidades financieras, si bien una vez suscrito, su cumplimiento será obligatorio y podrá invocarse ante los Tribunales por el afectado³¹.

Tiene por objeto establecer medidas conducentes a permitir la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender a su pago, así como mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria, haciéndolos más transparentes y baratos a través de un

constitucionales, no pueden establecerse de espaldas a la realidad social en la que corresponde aplicarlas, sino en íntima y directa conexión con ella».

³¹ Mediante Resolución de 10 de abril de 2012 se publica en el *BOE* la relación de entidades que han comunicado su adhesión voluntaria al Código de Buenas Prácticas.

nuevo sistema de subastas *on line*, sin deteriorar los elementos fundamentales de la garantía hipotecaria.

Los beneficiarios de dichas medidas son los deudores situados en el umbral de exclusión cuyos contratos de préstamo o crédito garantizado con hipoteca inmobiliaria estén vigentes a la fecha de su entrada en vigor, con excepción de las medidas contenidas en los artículos 12 (procedimiento de ejecución extrajudicial) y 13 (preferencia para el acceso a las ayudas a los inquilinos) que serán de aplicación general. Se consideran situados en el umbral de exclusión los deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual cuando concurren todas las circunstancias siguientes:

1. Que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas.
2. Que la cuota hipotecaria resulte superior al 60 por 100 de los ingresos netos que percibe el conjunto de los miembros de la unidad familiar.
3. Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.
4. Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.
5. Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que en todos los garantes concurren las circunstancias que hemos citado antes en los números 2 y 3.

En cuanto a la manera de acreditar estos requisitos, se regula en el artículo 3.2 del Real Decreto-ley 6/2012, acreditación que tiene lugar mediante la presentación de diferentes documentos, entre ellos los certificados de titularidades expedidos por el Registro de la Propiedad en relación con cada uno de los miembros de la unidad familiar, libro de familia, escrituras de compraventa de la vivienda y de constitución de la garantía hipotecaria y otros documentos justificativos, en su caso, del resto de las garantías reales o personales constituidas, si las hubiere, y una declaración responsable del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situados en el umbral de exclusión, según el modelo aprobado por la comisión constituida para el seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas.

A partir del momento en el que el deudor acredite que se encuentra en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2,5 por 100 sobre el capital pendiente del préstamo. Esta medida se aplica, aunque la entidad financiera no haya firmado el Código de Buenas Prácticas,

ya que el artículo 4 que la recoge es independiente de la regulación de dicho Código.

En el Anexo se regula el Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, aplicándose a las viviendas que tengan un valor inferior a una horquilla que oscila entre 120.000 y 200.000 euros, dependiendo de la localidad en que se encuentren. Para su análisis vamos a distinguir las siguientes fases:

1. MEDIDAS PREVIAS A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: REESTRUCTURACIÓN DE DEUDAS HIPOTECARIAS

Los deudores que se encuentren en el ámbito de exclusión, que antes hemos visto, podrán solicitar y obtener de la entidad acreedora la reestructuración de su deuda hipotecaria para hacerla viable. No podrán solicitarla aquellos deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución, una vez se haya producido el anuncio de la subasta. En el plazo de un mes, el banco debe proponer un aplazamiento de cuatro años para el pago del capital principal del préstamo, una ampliación del plazo de amortización hasta cuarenta años o una reducción del tipo de interés aplicable a Euribor más 0,25 puntos durante la carencia. Adicionalmente, las entidades podrán reunificar el conjunto de las deudas contraídas por el deudor.

2. MEDIDAS COMPLEMENTARIAS

Los deudores para los que el plan de reestructuración anteriormente indicado resulte inviable, podrán solicitar una quita en el capital pendiente de amortización que la entidad financiera podrá aceptar o rechazar en el plazo de un mes a contar desde la acreditación de la inviabilidad del plan. Podrán solicitar la quita los deudores antes y durante el procedimiento de ejecución, aunque se haya anunciado la subasta y también aquellos deudores que, estando incluidos en el umbral de exclusión, no han podido optar a la dación en pago por presentar la vivienda cargas posteriores a la hipoteca.

3. MEDIDAS SUSTITUTIVAS: DACIÓN EN PAGO DE LA VIVIENDA HABITUAL

Si ninguna de las dos fases anteriores diera resultado, los deudores en ámbito de exclusión podrán solicitar la dación en pago de la vivienda, quedando obligada la entidad a aceptarla. Supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con la hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de

terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda. La vivienda pasará a ser propiedad de la entidad, pero la familia podrá permanecer en la misma durante al menos dos años³² en régimen de alquiler, pagando una renta anual del 3 por 100 del importe total de la deuda en el momento de la dación. La dación en pago no será aplicable cuando ya se haya anunciado la subasta o si la vivienda está gravada con cargas posteriores. Las entidades podrán pactar con los deudores la cesión de una parte de la plusvalía generada por la enajenación de la vivienda, en contraprestación por la colaboración que este pueda prestar en dicha transmisión.

Al deudor que se hubiera beneficiado, tanto de los intereses moratorios reducidos como de las previsiones del Código de Buenas Prácticas sin reunir los requisitos para ello o que voluntaria y deliberadamente busque situarse o mantenerse en el umbral de exclusión, le afectarán al menos las siguientes circunstancias: será responsable de los daños y perjuicios que se hayan podido producir por un importe no inferior al beneficio indebidamente obtenido y abonará los gastos generados por la aplicación de estas medidas de flexibilización.

En el artículo 12 del Real Decreto-ley 6/2012 se regula el procedimiento de ejecución extrajudicial, se trata de una reforma que es de aplicación general (y no solo a los deudores incluidos en el umbral de exclusión), pero solo afecta a los casos en que el procedimiento se siga contra la vivienda habitual del deudor. La realización del bien se llevará a cabo a través de una única subasta³³ 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 en el plazo de diez días, tercero que mejore la postura, ofreciendo una cantidad superior al 70 por 100 del valor de tasación o que, aun siendo inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante.

Transcurrido el expresado plazo sin que el deudor realice lo previsto en el párrafo anterior, el acreedor podrá pedir dentro del término de cinco días, la adjudicación de la finca o fincas por importe igual o superior al 60 por 100 del

³² Este plazo de dos años en alquiler, al que se refiere el Real Decreto-ley 6/2012, considero que es un plazo de tiempo muy corto, en mi opinión se tendría que haber contemplado un plazo superior.

³³ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «Lo que hace básicamente el artículo 12 es adoptar un sistema de única subasta y de límites en cuanto al importe de la adjudicación y del remate del procedimiento judicial (art. 670 de la LEC). Esto ha de valorarse muy positivamente, sobre todo en la medida en que supone equiparar la protección del deudor en ambos procedimientos», en *«La ejecución extrajudicial tras el Real Decreto-ley 6/2012»*, *Revista del Notario del Siglo XXI*, núm. 42, marzo-abril de 2012.

valor de tasación. 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.

Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor en el plazo de veinte días, pedir la adjudicación por importe igual o superior al 60 por 100 del valor de tasación. Si el acreedor no hace uso de esta facultad, se estará a lo previsto en el artículo 236.n) del Reglamento Hipotecario (si quedaren desiertas las subastas celebradas y el acreedor no hiciese uso del derecho de adjudicarse los bienes ejecutados, el Notario dará por terminada la ejecución y cerrará y protocolizará el acta, quedando expedita la vía judicial que corresponda).

La reforma trata de adaptar este procedimiento de regulación reglamentaria (arts. 234 y siguientes del Reglamento Hipotecario a los que remite el art. 129 de la LH) a las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil que afectaron a los artículos 670 y 671. Desde ahora la posibilidad de las tres subastas se circunscribe a los casos en los que la finca no sea la vivienda habitual del deudor.

La Disposición Final tercera se refiere a un desarrollo reglamentario de la ejecución extrajudicial en el plazo de seis meses con el fin de simplificar el procedimiento de venta extrajudicial e incorporando entre otras medidas la posibilidad de subasta electrónica. Sería muy deseable que se cumpla pronto el mandato de esta Disposición para que se puedan resolver las dudas que quedan pendientes y sobre todo para que se puedan introducir mejoras en la ejecución, es muy positivo que se prevea la posibilidad de acudir a la subasta por medios telemáticos y sobre todo que la publicidad³⁴ de la misma sea lo más completa y accesible por la red. El fomento y la generalización de esta medida, cuyo coste no es muy elevado, aumentaría el número de postores en las subastas y los bienes se venderían en las subastas judiciales por un precio más cercano a su valor de mercado. Como señala PÉREZ GARCÍA, M. J., «A mi juicio, no cabe duda de que se trata de un servicio público que las Administraciones Públicas competentes en la materia deben ofrecer, de forma gratuita, a los ciudadanos, pues la publicación *on line* de las subastas judiciales tienen innumerables ventajas frente a los tradicionales medios de publicidad. Entre otras, se pueden citar las siguientes:

³⁴ PÉREZ GARCÍA, M. J., «Entre los diversos factores que contribuyen a que a través de la subasta judicial no se consiga la venta de los bienes a un precio de mercado se encuentra, sin duda, el reducido número de personas que acuden a ellas. Este hecho es perjudicial tanto para el deudor ejecutado, como para el acreedor ejecutante. Y la explicación de este fenómeno puede encontrarse en la ausencia de publicidad efectiva de las subastas que existe en nuestro ordenamiento jurídico», en «La realización del valor de los bienes en los procesos de ejecución y su problemática en el derecho español (reflexiones a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010)», en *Diario La Ley*, núm. 7590, 16 de marzo de 2011.

- a) Garantía de difusión: en lugar de los boletines oficiales escasamente consultados o los tabloneros de anuncios de los Juzgados y Tribunales, la publicación de las subastas judiciales en una web oficial permitiría a cualquier ciudadano obtener fácilmente información sobre las mismas, así como de los bienes subastados.
- b) Mayor accesibilidad: si las subastas judiciales que se celebran en los Juzgados y Tribunales se publicasen en una web, los ciudadanos podrían obtener información sobre las mismas permanentemente a través de Internet desde cualquier lugar del mundo.
- c) Economía de medios: a diferencia de los sistemas tradicionales de publicidad, altamente costosos y de escasa difusión, la publicación en Internet de las subastas judiciales permitiría ofrecer una información más detallada, con un mayor alcance y fácil accesibilidad, a un coste considerablemente inferior a los medios tradicionales».

En el Capítulo V se regula el acceso al alquiler de las personas afectadas por desahucios y sujetas a medidas de flexibilización de las ejecuciones hipotecarias. Se concede preferencia para el acceso a las ayudas a los inquilinos y tendrán la consideración de colectivo con derecho a protección preferente para el acceso a estas ayudas: las personas que hubieran sido objeto de una resolución judicial de lanzamiento de su vivienda habitual por ejecución hipotecaria con posterioridad al 1 de enero de 2012 y los solicitantes que suscriban contratos de arrendamiento como consecuencia de la aplicación de este Real Decreto-ley.

Los contratos de arrendamiento que se suscriban como consecuencia de la aplicación del Código de Buenas Prácticas se considerarán contratos de arrendamiento de vivienda y estarán sujetos a la Ley de Arrendamientos Urbanos, excepto en lo previsto en sus artículos 9 y 18 (plazo mínimo y actualización de renta), con las siguientes especialidades:

- 1. La duración será de dos años, sin derecho a prórroga, salvo acuerdo escrito de las partes.
- 2. La renta durante el periodo de dos años quedará establecida de conformidad con los parámetros del Código de Buenas Prácticas. Transcurrido dicho plazo y durante las prórrogas que pudieran haberse pactado, la renta habrá quedado determinada conforme a criterios de mercado.
- 3. A los seis meses de producido el impago de la renta sin que este se haya regularizado en su integridad, el arrendador podrá iniciar el desahucio del arrendatario.
- 4. Transcurrido el plazo de dos años de duración del contrato, si el arrendatario no desalojara la vivienda, el arrendador podrá iniciar el procedimiento de desahucio. En el mismo, se reclamará como renta impagada la renta de mercado correspondiente a los meses en los que la vivienda hubiera estado ocupada indebidamente.

En definitiva, el Real Decreto-ley 6/2012 establece unas medidas que resultan oportunas y necesarias en la situación actual, otra cosa es que sean verdaderamente eficaces, se le critica que su ámbito subjetivo de aplicación es muy limitado (solo a deudores situados en el umbral de exclusión). Como acierto, podemos señalar el no establecimiento con carácter imperativo y directo de la dación en pago y como posibles aspectos susceptibles de mejora, llama la atención que no contemple la posibilidad de establecer una opción de compra sobre la vivienda.

Finalmente destacar que la Defensora del Pueblo en su Informe: «Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo» (2012), propone nuevas medidas para proteger a los hipotecados que me parece importante destacar, las divide en medidas preventivas y paliativas. Entre las medidas preventivas, señala una serie de obligaciones que las entidades financieras deberían desarrollar, como la de la concesión responsable de crédito (por tanto, la obligación de conocer la solvencia del cliente) o la del establecimiento de restricciones a la obligatoriedad de los seguros de protección de préstamos que, «en su mayoría no garantizan el pago de los préstamos, dadas las numerosas limitaciones para desplegar la cobertura».

También establece que es necesario mejorar la transparencia con el objetivo de hacer efectivo el asesoramiento técnico, tanto por parte de las entidades financieras como por los notarios e intensificar la independencia de las sociedades de tasación. Al poder legislativo le impone dos tareas fundamentales: regular de forma adecuada las hipotecas que afectan a la vivienda habitual y al local de negocio que «debería tener un tratamiento diferenciado en todos los ámbitos, al igual que ocurre en el terreno fiscal» y el establecimiento de la obligación de un intento de conciliación como paso previo a las ejecuciones hipotecarias.

Entre las medidas paliativas, destaca la regulación de un procedimiento específico para la insolvencia de las personas físicas y mejorar el sistema de subastas³⁵ en los términos que hemos analizado antes. Quizá la más novedosa radique en la posibilidad de que los deudores de buena fe, que han perdido su vivienda, puedan continuar su utilización mediante un precio asumible. También se señalan como medidas la limitación de los gastos en caso de mora, el establecimiento de un plan de pagos en los casos de concesión irresponsable del

³⁵ Informe del Defensor del Pueblo: «Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo» (2012): «El sistema de subastas recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil ha sido muy criticado por su falta de eficacia. No obstante su posible mejora, no se considera que sea un elemento esencial para hacer frente al problema actual. Hay un problema de tasaciones exageradas y de sobreendeudamiento sobrevenido como consecuencia del crédito irresponsable y de la crisis económica. Los deudores no pueden pagar y los inmuebles han bajado de precio, no siendo su valor de mercado en muchos casos suficiente para hacer frente a la deuda hipotecaria. Por mucho que se mejore el sistema de subastas el problema de la insuficiencia de la garantía para hacer frente al reembolso de la deuda subsistirá. De todas formas, no hay duda de que se podría mejorar la publicidad de la subasta y fomentar las iniciativas de subastas por Internet».

préstamo por parte de las entidades de crédito así como resolver el problema de los productos de permuta financiera de acuerdo con los pronunciamientos judiciales que están anulando los mismos ante la falta de consentimiento e información en su contratación.

En este contexto destacan también las propuestas de carácter deontológico como la aprobación de un reglamento de comercialización y ejecución de préstamos hipotecarios, según un modelo de conducta aprobado por el Gobierno o la creación de una guía de acceso al préstamo hipotecario, que debe elaborar el Banco de España y que también debería recoger las buenas prácticas en materia de ejecución hipotecaria.

Todo ello con el objetivo de poner fin a uno de los grandes males que afecta actualmente a la economía española y conseguir una mayor protección para los deudores hipotecarios.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN GARCÍA, E.: «La dación en pago», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, Centro de Estudios Registrales, 2009, págs. 509 a 569.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: «Todos al rescate del deudor hipotecario», en *Revista del Notario del Siglo XXI*, núm. 39, septiembre-octubre, 2011.
- «De nuevo en apoyo del deudor hipotecario», en *Revista del Notario del Siglo XXI*, núm. 42, marzo-abril, 2012.
- «La ejecución extrajudicial tras el Real Decreto-ley 6/2012», en *Revista del Notario del Siglo XXI*, núm. 42, marzo-abril, 2012.
- «Las ejecuciones hipotecarias en el contexto de la crisis», en *Revista del Notario del Siglo XXI*, núm. 36, marzo-abril, 2011.
- ÁLVAREZ SALA, J.: «Una hipoteca para tiempos de crisis», en *Revista del Notario del Siglo XXI*, núm. 40, noviembre-diciembre, 2011.
- ARRUÑADA, B.: «La reforma de la responsabilidad hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, mayo-junio, 2012.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «La campanada», en *Aranzadi Civil: Revista Doctrinal*, núm. 11/2011.
- CARRASCO PERERA, A.: «Hipotecas y desahucios bajo el umbral de subsistencia», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 842/2012.
- CASADO ROMÁN, J.: «Los procedimientos de ejecución hipotecaria tras el Real Decreto-ley 8/2011», en *Diario La Ley*, núm. 7697, 19 de septiembre de 2011.
- CUENA CASAS, M.: «Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 125, enero-marzo, 2012.
- «Es necesario limitar el principio de responsabilidad patrimonial universal», en *Revista del Notario del Siglo XXI*, núm. 36, noviembre-diciembre, 2011.
- «Crédito responsable, fresh start y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas», en *Revista del Notario del Siglo XXI*, núm. 43, mayo-junio, 2012.

- DEFENSOR DEL PUEBLO: *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*, Madrid, 2012.
- GARCÍA MEDINA, J.: «Alternativas a la subasta», en *Diario La Ley*, núm. 7324, 2010.
- GARCÍA DE PABLOS, J. F.: «La protección de los deudores hipotecarios sin recursos», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 840, 2012.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «Sobre la limitación de responsabilidad del hipotecante deudor a la finca hipotecada. A vueltas con el Auto 111/2010 de la Audiencia Provincial de Navarra», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725, págs. 1678 a 1695.
- HERNÁNDEZ ARRANZ, M.: «Ejecución hipotecaria y dación en pago (A propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010)», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 124, octubre-diciembre, 2011.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A.: «El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal», en *Diario La Ley*, núm. 7487, 13 de octubre de 2010.
- «Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 724, marzo-abril, 2011.
- «Adjudicación en pago y reclamación de la diferencia entre el crédito por el que se ejecutó y el valor de la adjudicación. Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, septiembre-octubre, 2011.
- «El *fresh start* o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe. A propósito del Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, enero-febrero, 2012.
- MADRIDEJOS, A.: «Responsabilidad personal e ilimitada del deudor en las hipotecas», en *Revista del Notario del Siglo XXI*, núm. 37, mayo-junio, 2011.
- MARTÍN BRICEÑO, R.: «Vicisitudes económicas y jurídicas de la dación en pago de activos inmobiliarios como modo de extinción de las deudas pendientes con las entidades financieras», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 726, julio-agosto, 2012.
- MARTÍN PASTOR, J.: «Posibilidades del acreedor hipotecario cuando subastado el bien hipotecado, su producto resulta insuficiente para cubrir el crédito: a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, 111/2010, de 17 de diciembre», en *Diario La Ley*, núm. 7590, 2011.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A.: «Vía de salida para los activos financieros de los bancos», en *Revista del Notario del Siglo XXI*, núm. 40, noviembre-diciembre, 2011.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P.: «Intervenciones en el Congreso de los Diputados, Comisión de Vivienda y Comisión para la reforma del sistema hipotecario. Medidas para facilitar a los ciudadanos el acceso a una vivienda digna (Comisión de Vivienda, Madrid, 29 de octubre de 2008)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729.
- «La Audiencia Provincial de Navarra se decanta por la moralidad antes que por la legalidad en la ejecución de hipotecas», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 815, 2011.
- NASARRE AZNAR, S.: «Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, septiembre-octubre, 2011.
- PÉREZ HEREZA, J.: «Propuestas para la protección del deudor hipotecario», en *Revista del Notario del Siglo XXI*, núm. 41, enero-febrero 2012.

- «¿Apoyo al deudor hipotecario?», en *Revista del Notario del Siglo XXI*, núm. 39, octubre-diciembre, 2011.
- PÉREZ GARCÍA, M. J.: «La realización del valor de los bienes en los procesos de ejecución y su problemática en Derecho español: reflexiones a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010», en *Diario La Ley*, núm. 7590, 2011.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, J.: «El trago de las ejecuciones hipotecarias», en *Temas para el debate*, núm. 201-202, 2011.
- ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, L.: «Legislar sobre la limitación de responsabilidad», en *Revista del Notario del Siglo XXI*, núm. 37, septiembre-octubre, 2011.
- ROMERO CANDAU, P. A. y ROMERO CANDAU, R.: «La continuación de la ejecución forzosa tras la subasta de los bienes hipotecados. Comentario a los Autos núm. 111/2010 (AC 2011/1) y 4/2011 (AC 2011/40) de las Secciones segunda y tercera de la Ilma. Audiencia Provincial de Navarra», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2011.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- AAP de Navarra, Sección 2.^a, de 17 de diciembre de 2010.
- AAP de Navarra, Sección 2.^a, de 16 de marzo de 2011.
- AAP de Girona, Sección 2.^a, de 16 de septiembre de 2011.
- AAP de Navarra, Sección 3.^a, de 28 de enero de 2011.
- AAP de Navarra, Sección 1.^a, de 10 de febrero de 2011.
- AJM, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010.
- AJI, número 2 de Sabadell, de 30 de septiembre de 2010.
- AJI, número 3 de Torrejón de Ardoz, de 10 de enero de 2012.
- ATC, número 113/2011, de 19 de julio.
- AJI, número 8 de Valladolid, de 27 de febrero de 2012.
- SAP de 23 de enero de 2012.
- AAP de Córdoba, Sección 3.^a, de 1 de febrero de 2012.
- AAP de Ciudad Real, Sección 1.^a, de 17 de octubre de 2003.
- STS de 5 de abril de 1994.
- STS de 16 de febrero de 2006.
- STS de 18 de noviembre de 2005.
- STS de 8 de julio de 2003.
- STS de 21 de octubre de 2005.
- STS de 25 de septiembre de 2008.
- STS de 18 de enero de 2000.
- STS de 5 de mayo de 1997.
- STS de 4 de noviembre de 1994.
- STS de 19 de febrero de 1999.

RESUMEN

DACIÓN EN PAGO

El tema, objeto de nuestro estudio, parte del contexto social y económico de crisis económica por la que atravesamos, con una situación de sobreendeudamiento hipotecario de los consumidores que ha multiplicado las ejecuciones hipotecarias y en el que se encuentran implicados derechos fundamentales como el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a una vivienda digna ex artículos 24 y 47 de la Constitución Española.

En dicha coyuntura se dicta el Auto 111/2010, de 17 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Navarra, que ha suscitado una enorme polémica, ya que declara que no procede continuar la ejecución cuando el acreedor hipotecario se ha adjudicado el bien hipotecado por un valor inferior al de tasación, generando un debate social y jurídico sobre una materia compleja y de gran importancia en la práctica, que ha hecho que salgan a la luz las imperfecciones de nuestro sistema en materia de ejecuciones hipotecarias.

Analizaremos doctrinal y jurisprudencialmente la conveniencia o no de reconocer al deudor hipotecario el derecho a liberarse de la deuda mediante la entrega del bien hipotecado al acreedor, en definitiva, la posible limitación de responsabilidad.

Con la finalidad de buscar soluciones al problema del sobreendeudamiento hipotecario, se dicta el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos que se completa con un Código de Buenas Prácticas, en él se establecen diversas medidas conducentes a permitir la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender a su pago, así como mecanismos de flexibili-

ABSTRACT

SURRENDER IN LIEU OF PAYMENT

In the current social and economic context of economic crisis, the situation is one in which consumers have gotten in over their heads in mortgage debt, foreclosures have multiplied and many fundamental rights have become involved, such as the right to effective judicial protection and the right to decent housing under articles 24 and 47 of the Spanish Constitution.

This is the backdrop in which the Provincial Court of Appeals of Navarra handed down Ruling 111/2010 of 17 December. The ruling set off a storm of argument, because it declared that when a mortgage lender forecloses on a loan and the mortgaged property is awarded to the lender for less than its appraised value, the foreclosure proceedings must cease. This sparked debate in society and legal circles. The matter is a complex one, and a very important one in practice, and it has cast a harsh light on the imperfections of the Spanish system of mortgage foreclosure.

This article takes legal doctrine and case law in hand for a hard look at the advisability or inadvisability of acknowledging that the mortgage borrower is entitled to be released from the debt if he surrenders the mortgaged property to the lender—in short, the possibility of limiting borrower liability.

Royal Decree-Law 6/2012 of 9 March on urgent measures for the protection of indigent mortgage loan holders was created to provide solutions to the problem of mortgage over-indebtedness. It is complemented by a good practice code that suggests a number of measures that would allow borrowers in extraordinary financial difficulties to restructure their mortgage debt. The code also outlines mechanisms for making foreclosure procedures more

zación de los procedimientos de ejecución hipotecaria, haciéndolos más transparentes y baratos a través de un nuevo sistema de subastas on line, sin deteriorar los elementos fundamentales de la garantía hipotecaria.

flexible, more transparent and cheaper through a new on-line auction system without detracting from the fundamental elements of mortgage collateral.