

La defensa del deudor hipotecario y el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012¹

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: SITUACIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO EN EL ACTUAL CONTEXTO DE CRISIS ECONÓMICA.
- II. LAS RESPUESTAS LEGISLATIVAS, ¿SUFICIENCIA O INSUFICIENCIA DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS?
 1. MODIFICACIÓN DE LA LEC POR EL REAL DECRETO-LEY 8/2011 Y POR LA LEY 37/2011 DE MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL:
 - A) *Incremento del patrimonio inembargable.*
 - B) *Modificación del artículo 671 LEC (adjudicación al acreedor en caso de subasta sin postores).*
 - C) *La modificación del artículo 579 de la LEC y el Auto del TC 113/2011, de 19 de julio.*
 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REAL DECRETO-LEY 6/2012, DE 9 DE MARZO, Y MEDIDAS PREVISTAS EN EL MISMO.
 - A) *Reestructuración de la deuda hipotecaria:*
 - a) *Moderación de los intereses moratorios.*
 - b) *El Código de Buenas Prácticas.*

¹ Este trabajo tiene su origen en la ponencia preparada por su autora en el marco del Curso de Verano de la Universidad Rey Juan Carlos, Patrocinado por el Colegio de Registradores de la Propiedad, «La dación en pago en los préstamos hipotecarios», celebrado del 16 al 20 de julio de 2012, en el CES Felipe II de Aranjuez.

- B) *Modificación del procedimiento de ejecución extrajudicial.*
- C) *Acceso al alquiler de las personas afectadas por desahucios y sujetas a medidas de flexibilización de las ejecuciones hipotecarias.*

3. CONCLUSIONES DEL ESTUDIO REALIZADO.

III. LA DEFENSA DEL DEUDOR HIPOTECARIO TRAS LAS REFORMAS LEGISLATIVAS EN MATERIA DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y REESTRUCTURACIÓN DE LA DEUDA HIPOTECARIA. ARGUMENTOS DOCTRINALES A FAVOR DE LA MODERACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL POR LOS TRIBUNALES:

1. ES FUNCIÓN DE LOS JUECES HACER JUSTICIA POR MEDIO DEL DERECHO.
2. DADAS LAS CIRCUNSTANCIAS DE CONCESIÓN DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS, EL RIESGO DE DEPRECIACIÓN DE LA VIVIENDA HIPOTECADA LO DEBE SOPORTAR PRINCIPALMENTE EL ACREEDOR, LO QUE SE VERIFICA CON LA INTERPRETACIÓN PROPUGNADA.
3. EL USO ABUSIVO DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL.
4. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS Y EL ARTÍCULO 7.1 DEL CÓDIGO CIVIL.
5. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y LA PROTECCIÓN DE LA PARTE MÁS DÉBIL EN LA CONTRATACIÓN.
6. LA APLICACIÓN EQUITATIVA DE LAS NORMAS: EL ARTÍCULO 3.2 DEL CÓDIGO CIVIL.
7. LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*.

IV. OBJECIONES A LA INTERPRETACIÓN PROPUESTA DE LOS ARTÍCULOS 579 Y 671 LEC, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 105 LH Y 1911 DEL CÓDIGO CIVIL.

V. OTRAS OPCIONES DEL DEUDOR HIPOTECARIO.

I. INTRODUCCIÓN: SITUACIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO EN EL ACTUAL CONTEXTO DE CRISIS ECONÓMICA

Dos factores que han contribuido principalmente al sobreendeudamiento de las familias españolas han sido, por un lado, el *paulatino aumento del precio de las viviendas (motivado, entre otros factores, por la creación incesante de dinero escriptural a través de anotaciones en cuenta, mediante la concesión masiva de préstamos hipotecarios)*, y, por otro lado, el uso por las entidades financieras de unas prácticas de contratación hipotecaria que han colocado a los consumidores en una situación grave, haciendo que su sobreendeudamiento sea fundamentalmente un *sobreendeudamiento hipotecario*. Así, hipotecas de cuota creciente, establecimiento de plazos de amortización extraordinariamente largos, que abarcan la casi totalidad de la vida laboral del deudor, imposición de productos accesorios que incrementan el importe del préstamo, como seguros vinculados de vida a prima única, hipotecas cuya cuota mensual absorbía, en unos momentos de tipos de interés históricamente mínimos en España, en torno

al 50 por 100 de los ingresos familiares, colocando a los consumidores ante un riesgo, más que previsible de incrementos en los tipos de interés, que les abocase al sobreendeudamiento². Otro factor que ha contribuido al sobreendeudamiento de los particulares, *desde diciembre de 2005, ha sido la subida paulatina de tipos de interés por parte del Banco Central Europeo* [que repercutió en el EURIBOR], lo que fue afectando a la capacidad de pago de los préstamos hipotecarios por parte de los consumidores españoles *e hizo explotar la llamada «burbuja inmobiliaria», a lo que se unió la paulatina subida de los precios con motivo de la entrada de España en el euro*³.

A todo lo dicho hay que añadir la *mecánica seguida por las entidades financieras en la concesión de los préstamos hipotecarios*. Si bien en el Derecho español, el precio de compra-venta de una vivienda lo fijan vendedor y comprador, dicho precio viene, en buena medida, determinado por el mercado inmobiliario y a su vez, los precios de este, vienen, por lo menos, en cierta medida, *determinados por el mercado hipotecario*. De modo que la concesión masiva de créditos hipotecarios por los Bancos (o creación incesante de dinero escritural mediante anotaciones en cuenta) ha sido causa (al menos, una de las causas) de la subida imparable del precio de la vivienda en España. En su momento, las entidades financieras concedían frecuentemente créditos hipotecarios *sin respetar los márgenes de suficiencia adecuados para asegurar la debida relación entre valor del inmueble y la cantidad prestada* (loan to value), *esto es, se concedían préstamos por encima del 80 por 100 del valor de tasación del inmueble, límite fijado por la Ley del Mercado Hipotecario 2/1981, de 25 de marzo*, llegando a conceder créditos hipotecarios por un importe de hasta el 100 y el 120 por 100 del valor de tasación. Hay que tener en cuenta que los Bancos, antes de conceder un préstamo para la adquisición de una vivienda realizan una *tasación* que les sirve *para decidir si la operación es viable, valorar los riesgos y determinar el importe de la financiación que están dispuestos a conceder*. La tasación se realiza igualmente, en su caso, *por imperativo de la normativa reguladora del mercado hipotecario*. También *por ser un requisito procesal para la ejecución hipotecaria* (vid., art. 682 LEC, *que exige que en la escritura de constitución de hipoteca se determine el precio en que se tasa la finca para que sirva de tipo en la subasta*). Dicha tasación, pues, interesa sobremanera al Banco. Igualmente, al propio deudor y también a los terceros (que fundamentalmente son otras entidades

² Una subida de los índices de referencia (MIBOR, EURIBOR...) de los préstamos hipotecarios concertados a interés variable podía incrementar las cantidades adeudadas en concepto de intereses y por lo tanto, la cuota de amortización mensual, llegando a absorber esta más del 50 por 100 del salario familiar.

³ *Dictamen de iniciativa propia del Consejo de Consumidores y Usuarios relativo a la situación de endeudamiento y sobreendeudamiento financiero de las familias en la actual situación de crisis económica y del crédito*. 10 de febrero de 2009, págs. 3, 8 y 9.

financieras) que adquieren títulos en el mercado hipotecario secundario (cédulas, bonos o participaciones hipotecarias), con la garantía de los créditos hipotecarios concedidos, pues a todos conviene que quede asegurado que el *bien hipotecado va a ser verdadera garantía del préstamo concedido*. Ahora bien, dichas tasaciones, hechas por entidades especializadas, o sea, sociedades de tasación, que *no eran del todo independientes o por los servicios de tasación de los propios bancos*, estaban *sobrevaloradas*, advirtiendo de ello en repetidas ocasiones el Banco de España y múltiples instituciones europeas e internacionales⁴, situación que era *conocida y aceptada por las entidades crediticias*, por lo que entiendo que *las entidades asumían el riesgo de que la garantía real sobrevalorada, considerada suficiente a la hora de conceder el crédito, no cubriera a la larga el préstamo hipotecario ante la más que probable caída del precio de la vivienda. La entidad crediticia aceptaba dicho riesgo ante la expectativa de conceder un capital mayor que generaría mayores intereses, y ante la expectativa de que el precio de la vivienda, por lo menos en un futuro cercano, siguiera al alza. En todo caso, y esto es lo que querría resaltar, el riesgo era asumido, porque se esperaba verlo cubierto a través del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 105 LH y 1911 del CC, y a través de la exigencia al deudor de la presentación de fiadores que avalasen el pago del crédito hipotecario con su patrimonio personal). De modo que si en su día, la subasta de la vivienda no bastaba para reintegrar a la entidad crediticia el préstamo concedido, esta podría perseguir otros bienes del deudor (art. 579 LEC) o los patrimonios personales de los fiadores*. A lo dicho, habría que añadir que incluso si el banco respetó a la hora de determinar el importe financiado, el porcentaje del 80 por 100 del valor de tasación del inmueble, no puede considerarse que el préstamo realizado fuese un préstamo prudente, pues si la tasación sobre la que se concedía el préstamo estaba sobrevalorada, tampoco se respetaba *materialmente*, aunque sí formalmente, el *loan to value* fijado por la LMH y se corría igualmente el riesgo de que la garantía no cubriera la devolución del préstamo hipotecario ante una probable caída del precio de la vivienda. A estas conductas, no imputables desde luego al deudor, se sumaba una falta de evaluación de la capacidad económica de este.

En torno a 2008 se produce el pinchazo de la burbuja inmobiliaria. Dicho pinchazo de la burbuja inmobiliaria va a suponer que los deudores hipotecarios ya no pueden hacer frente a los créditos concedidos. En consecuencia, la concesión de créditos se contrae y baja bruscamente el precio de la vivienda, devaluándose entre un 20 y un 30 por 100 y hasta un 40 por 100. Ello afectó gravemente a las hipotecas, ya que en muchas ocasiones el importe del crédito

⁴ *Dictamen de iniciativa propia del Consejo de Consumidores y Usuarios... op. cit. loc. cit.*

garantizado por la hipoteca y que se utilizó para la compra del inmueble, o simplemente, el importe del crédito pendiente de pago, ha pasado a ser superior a su precio actual de mercado. De donde resulta que, en caso de no poder hacer frente el deudor al pago de las cuotas de amortización del préstamo, *fundamentalmente como consecuencia del desempleo*, este se encontrará en la imposibilidad de vender el inmueble, salida habitual del deudor en un contexto alcista de precios, pues nadie va a comprar un inmueble si la cantidad que tiene que pagar para cancelar la hipoteca es superior al precio convenido. El deudor se ve pues abocado a la ejecución hipotecaria. Ahora bien, en el seno de las ejecuciones hipotecarias se produce reiteradamente el fenómeno de que la subasta queda desierta, esto es, no concurren postores⁵. La razón obedece probablemente a que el que compra en subasta quiere comprar a un precio inferior al valor de mercado, y habiéndose devaluado la vivienda hasta un 30 por 100 o más respecto de su tasación inicial, y siendo la primera regla de adjudicación en subasta la aprobación del remate a favor de quien ofrezca una postura *superior* al 70 por 100 del valor de tasación inicial del inmueble (o sea, en muchos casos superior al valor actual de mercado), hay que pensar que *en esas condiciones y debiendo depositar un 30 por 100 del valor de tasación (según la redacción del art. 669.1 LEC, anterior al Real Decreto-ley 8/2011), esto es, una cantidad muy importante en relación con la postura final que el postor estuviera dispuesto a ofrecer, teniendo presente la devaluación de la vivienda, la concurrencia en subasta era muy difícil*.

El resultado final era que el acreedor se adjudicaba la finca, ante la ausencia de postores, por el 50 por 100 del valor de tasación inicial de la finca, que era el valor de salida de la finca en la subasta (art. 671 LEC en la redacción anterior al Real Decreto-ley 8/2011, y según la interpretación mayoritaria del mismo), perdiendo el deudor la vivienda, y siguiendo respondiendo de la diferencia entre el montante total de la deuda y el importe nominal de la adjudicación (dicho 50 por 100 del valor de tasación inicial), deuda que para entonces se habría incrementado significativamente por la acumulación de intereses de demora (extraordinariamente elevados y en muchas ocasiones superiores al 20 por 100) y por las también elevadas costas de la ejecución, derivadas de un procedimiento de ejecución demasiado largo, entre uno o dos años, en el mejor de los casos, y caro. Así se ha dicho que era perfectamente posible que el que compró con financiación del 100 por 100 en el año 2007, en lo más alto de la burbuja inmobiliaria, y dejó de pagar al quedar en desempleo en 2009, se encuentre en 2011 con que después de la ejecución y tras ser desahuciado de su vivienda la *cantidad no satisfecha* de la que queda respondiendo sea *igual o superior a la cantidad que inicialmente recibió*. *Dicha cantidad no satisfecha*

⁵ En una subasta, el ejecutante sólo puede concurrir como postor *mejorando las posturas de los demás*.

podría reclamarla el acreedor hipotecario, según la interpretación mayoritaria de los artículos 579 y 671 LEC en relación con el artículo 105 LH y 1911 del Código Civil, sobre otros bienes del deudor (la totalidad de su patrimonio personal excluidos los bienes legalmente inembargables) en ejecución ordinaria dineraria posterior, viendo embargadas sus cuentas corrientes prácticamente a perpetuidad y pudiendo recurrir a una clandestinidad económica (economía sumergida).

Se ha indicado que el deudor, subastada la finca y adjudicada al acreedor hipotecario, ante la ausencia de postores (art. 671 LEC), seguía debiendo la diferencia entre montante total de la deuda e importe nominal de la adjudicación. Ello es debido a que en España el artículo 105 LH declara que *la hipoteca no altera la responsabilidad patrimonial del deudor* (su responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros), de modo que «la hipoteca como derecho real de garantía supone un «refuerzo» del derecho de crédito, de manera que el acreedor tiene la misma garantía que los demás acreedores del deudor (su patrimonio, art. 1911 CC) y además preferencia para ejecutar con eficacia *erga omnes* un bien de dicho patrimonio»⁶. Dado este sistema de responsabilidad, es evidente que el pinchazo de la burbuja inmobiliaria *ha agravado para el deudor las consecuencias del principio sentado en el artículo 105 LH. Tampoco favorece al deudor la interpretación mayoritaria del artículo 579 LEC*, según el cual, cuando el producto de la subasta resulte insuficiente en la ejecución especial hipotecaria para satisfacer el crédito, el acreedor hipotecario podrá proseguir la ejecución como ordinaria sobre otros bienes del deudor. La jurisprudencia había venido entendiendo por «producto», el importe nominal de la adjudicación del bien al acreedor, ese 50 por 100 del valor de tasación (redacción del art. 671 LEC anterior al Real Decreto-ley 8/2011), y no el bien en si mismo considerado, valorado según su tasación inicial, lo que podía responder, tal vez, a una interpretación estrictamente literal de los preceptos legales, *pero no es equitativo dado el contexto en que se han concedido los préstamos hipotecarios. Como tampoco es acorde a la realidad social del momento de aplicación del precepto.*

A todo lo dicho se sumaba que si el deudor ofrecía la vivienda en pago a su banco para saldar su deuda (esto es, ofrecía una dación en pago, como subrogado del cumplimiento, la cual podía ser aceptada o no por el Banco dado el principio de integridad e identidad en el pago de las obligaciones [arts. 1157 y 1166 CC]), este solo la aceptaba como *dación en pago parcial*, esto es, *por importe equivalente al valor actual del bien, que era un valor reajustado a la*

⁶ CUENA CASAS, M., «Crédito responsable, *fresh start* y dación en pago. Reflexión sobre algunas propuestas legislativas», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 43, mayo-junio de 2012, pág. 40.

baja respecto a la tasación inicial, de modo que el deudor no cancelaba totalmente su deuda, y seguía sujeto al artículo 1911 del Código Civil.

Por medio del Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril (art. 15), de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, el Gobierno trató de mitigar la situación de sobreendeudamiento hipotecario estableciendo que cuando como consecuencia de una ejecución hipotecaria de la *vivienda habitual*, el producto de la venta fuese *insuficiente* para cubrir el crédito garantizado, *en la ejecución forzosa posterior basada en el mismo título ejecutivo (escritura de constitución del préstamo), se incrementaría la cuantía del salario, pensión, sueldo o retribución inembargable (que era el salario mínimo interprofesional), en un 10 por 100 más y en un 20 por 100 adicional por cada uno de los miembros del núcleo familiar que careciesen de ingresos propios regulares*. En lo que los salarios, pensiones, retribuciones o sueldos del ejecutado, excediesen del salario mínimo interprofesional, y en su caso, de las cantidades adicionales dichas, serían embargables conforme a la escala prevista en el artículo 607.2 LEC. Pero esta medida *ha resultado insuficiente*, como de hecho manifestó el propio legislador en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 8/2011.

Esta situación, verdaderamente grave para los deudores hipotecarios, ha motivado varias actuaciones del legislador, *a raíz de producirse una respuesta en los Tribunales; concretamente por el AAP de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010*. Este Auto solo permitió al acreedor hipotecario, que se había adjudicado el bien subastado por el 50 por 100 del valor de tasación por quedar desierta la subasta, continuar la ejecución sobre otros bienes del deudor *en lo que la deuda excediera del 100 por 100 del valor de tasación inicial de la finca, por entender que lo que había entrado en el patrimonio del acreedor, con independencia del importe nominal de la adjudicación era el bien en sí mismo considerado, y valorado con arreglo a la tasación inicial, pues no constaba otro valor en los autos, aparte de otras consideraciones*. Voy a analizar, a continuación, las respuestas legislativas a que he hecho mención con la finalidad de comprobar si han resuelto la problemática de los deudores hipotecarios y, por lo tanto, *si ha dejado de tener sentido una línea jurisprudencial como la iniciada por el citado AAP de Navarra*, o por el contrario, si esa línea, seguida por otras resoluciones de otros Tribunales, debe mantenerse, *como medio de defensa del deudor hipotecario*, defensa que se articularía, pues, a través de una correcta interpretación del ordenamiento vigente, según parámetros de equidad y de adecuación a la realidad social, sobre la base de los argumentos que expondré después.

II. LAS RESPUESTAS LEGISLATIVAS ¿SUFICIENCIA O INSUFICIENCIA DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS?

1. MODIFICACIÓN DE LA LEC POR EL REAL DECRETO-LEY 8/2011 Y POR LA LEY 37/2011, DE MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL

A) *Incremento del patrimonio inembargable*

El artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, ha sustituido al artículo 15 del Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril (Disposición Derogatoria del Real Decreto-ley 8/2011), estableciendo lo siguiente:

«En el caso de que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 de la LH, el precio obtenido por la venta de la *vivienda habitual hipotecada* sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado, en la ejecución forzosa posterior basada en la misma deuda, *la cantidad inembargable establecida en el artículo 607.1 de la LEC se incrementará en un 50 por 100 y además en otro 30 por 100 del salario mínimo interprofesional por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario, o pensión superiores al salario mínimo interprofesional*. A estos efectos, se entiende por núcleo familiar, el cónyuge o pareja de hecho, los ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado.

Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional y, en su caso, a las cuantías que resulten de aplicar la regla para la protección del núcleo familiar prevista en el apartado anterior se embargarán conforme a la escala prevista en el artículo 607.2 de la misma ley».

Como el Real Decreto-ley 8/2011 entraba en vigor el día de su publicación, esto es, el 7 de julio de 2011, hasta el 6 de julio de 2011, resultaba de aplicación el umbral de inembargabilidad definido en el artículo 15 del Real Decreto-ley 6/2010, y a partir del 7 de julio de 2011 el nuevo umbral de inembargabilidad. Ahora bien, la cuestión es si el nuevo umbral de inembargabilidad se aplica a los procesos de ejecución ordinaria dineraria *posteriores a una ejecución hipotecaria, que se inicien después de la entrada en vigor de este Real Decreto, y por lo tanto, a partir del 7 de julio de 2011, incluido, o bien también a los que estuviesen ya en curso al entrar en vigor el nuevo umbral de inembargabilidad (y por lo tanto, a aquellos deudores que en esa fecha habían sido lanzados de su vivienda habitual y tenían ya sus cuentas corrientes embargadas porque aún no habían satisfecho totalmente la deuda contraída)*. El problema es que el tenor literal del Código Civil, en el artículo 2.3 indica que *«las leyes no tendrán*

efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario», lo que puede entenderse en el sentido de que es necesaria una disposición expresa (transitoria), que determine la aplicación del derecho nuevo, a situaciones nacidas bajo el derecho antiguo. En cuanto al artículo 2 de la LEC, que es norma especial respecto el artículo 2.3 del Código Civil señala: «salvo que otra cosa se establezca en disposiciones legales de Derecho transitorio, los asuntos que correspondan a los tribunales civiles se sustanciarán siempre por estos con arreglo a las normas procesales vigentes, que nunca serán retroactivas». Quiere señalarse con ello que la norma procesal que se aplique en el proceso que se inicia ha de estar siempre vigente, no puede tratarse de una norma derogada, pues la hora del proceso que es la que cuenta para la aplicación de la ley procesal, es diferente de la hora de la relación o situación jurídica o del derecho o deber que constituyen la res in iudicio deducta, a la cual puede aplicarse un derecho sustantivo derogado. Ahora bien, «el hecho de que el proceso se desarrolle a lo largo del tiempo y no sea datable (lo que le diferencia de innumerables negocios jurídicos que, siendo datables, despliegan sus efectos a lo largo del tiempo), explica la necesidad absoluta de incluir reglas de Derecho transitorio en las regulaciones legales de carácter procesal (no siempre en normas procesales aisladas y concretas), reglas que contemplen el caso de los procesos ya iniciados o pendientes al comenzar la vigencia general de las nuevas normas. Estas reglas habrán de determinar periodos procesales dotados de cierta unidad y disponer, teniendo en cuenta el diverso estado de los procesos pendientes, qué periodos o fases habrán de terminarse con arreglo a la ley antigua (a la que, para esos actos, se mantendrá en vigor) y cuáles han de seguirse ya conforme a los nuevos preceptos. En todo caso, los actos procesales realizados conforme a la ley antigua son intangibles, firmes»⁷. El problema radica, en este caso, en que no se prevé Disposición Transitoria alguna al respecto para los procesos de ejecución forzosa posteriores a la ejecución hipotecaria, pendientes a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2011, lo que siembra dudas en el intérprete. Podría argumentarse que, de acuerdo con los artículos 2 LEC, 2.3 CC y 9.3 CE, la norma no tendría efectos retroactivos, pues no se dispone expresamente a través de ninguna Disposición Transitoria, y porque se garantiza en el artículo 9.3 CE la irretroactividad de las disposiciones legales restrictivas de derechos individuales, como sería en este caso, el derecho de realización forzosa sobre el patrimonio del deudor. Sin embargo, podría argumentarse, en sentido contrario, que el espíritu de la norma es resolver la problemática de los deudores hipotecarios con una limitación del principio de responsabilidad patrimonial universal por la vía de ampliar el patrimonio inembargable del deudor ejecutado, y que la retroacti-

⁷ DE LA OLIVA SANTOS, A.; Díez-PICAZO JIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal. Introducción*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A. Madrid, 1999, pág. 135.

vidad de la norma vendría exigida por dicho espíritu aunque no se reflejase en su letra, *por lo que cabría acudir supletoriamente a la Disposición Transitoria 6.ª de la LEC 2000, según la cual, a los procesos de ejecución pendientes al entrar en vigor la LEC, se les aplicaba esta «para las actuaciones ejecutivas que aún puedan realizarse o modificarse hasta la completa satisfacción del ejecutante»*. De modo que, aplicando el principio sentado en dicha Disposición Transitoria 6.ª, las actividades de ejecución forzosa ya realizadas serían firmes, pero desde el 7 de julio de 2011, *en cuentas corrientes embargadas con anterioridad no podría retenerse a partir de dicha fecha nada más que las cantidades permitidas según la nueva norma de patrimonio inembargable*. Por otro lado, el incremento del patrimonio inembargable no tendría como efecto *restringir el derecho de crédito del acreedor*, que sigue ostentándolo en toda su extensión, *sino diferir su ejercicio (aplazar su cobro)*, luego *no se infringiría el artículo 9.3 CE*. La cuestión puede suscitar dudas, si bien yo me inclino por esta última posición. En mi opinión, el dar efecto retroactivo al artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011 sería la interpretación más correcta *pues aunque la doctrina indica que parece equitativo que el Derecho transitorio no disminuya las expectativas procesales abiertas a los litigantes al iniciarse el proceso [y por lo tanto al acreedor] en este caso, el espíritu del precepto, y del Real Decreto en general es claro (favorecer al deudor ejecutado con una limitación del principio de responsabilidad patrimonial universal en el sentido indicado), lo que no disminuye propiamente hablando expectativas procesales para el acreedor, sino que las difiere en el tiempo*. Ello es coherente también con el espíritu de las Disposiciones Transitorias del Código Civil (art. 4.3), aplicables para resolver problemas de Derecho Transitorio, como derecho supletorio general, que admitían retroactividad en lo favorable, incluso de grado medio.

No obstante entender que esta interpretación es la más correcta, es posible que los Tribunales interpreten que hay que aplicar estrictamente el artículo 9.3 CE, el artículo 2.3 del Código Civil y el artículo 2 de la LEC, lo que colocaría a los deudores hipotecarios que, habiendo perdido su vivienda familiar, tenían un proceso de ejecución ordinaria posterior abierto a fecha de 7 de julio de 2011, en una situación más desairada y eliminaría en buena medida los efectos beneficiosos que pueden seguirse de la aplicación de la norma. En cuanto al juicio que merece esta, abstracción hecha de la problemática de Derecho Transitorio, evidentemente, la situación es más holgada para las familias que caen sin ningún género de duda en el ámbito de aplicación de la norma (ejecuciones ordinarias posteriores a ejecuciones hipotecarias *que se abran a partir del 7 de julio de 2011*), pues si el deudor hipotecario convive con cuatro familiares más (su cónyuge, y tres hijos, por ejemplo), puede llegar a disponer de hasta 1.750 € inembargables, según la cuantía actual del SMI. Ahora bien, hay que tener en cuenta que puesto que dichos familiares no disponen de ingresos regulares

superiores al SMI, al deudor se le hace preciso prestarles alimentos de acuerdo con el artículo 142 del Código Civil, con las dificultades que la inflación producida desde la entrada de España en el euro plantea para ello. Por otro lado, hay que tener en cuenta que cualquier ganancia patrimonial superior al SMI y cantidades adicionales dichas, quedará afecta al pago del crédito pendiente, durante gran parte de la vida del deudor. De modo que este, al menos a medio plazo, no resuelve su situación económica. A mi juicio, pues, aunque la medida mejore la situación de los deudores hipotecarios resulta *insuficiente, y no resuelve la problemática planteada por el artículo 105 LH en relación con el artículo 579 y 671 LEC*, por lo que se haría preciso interpretar el ordenamiento jurídico vigente en el sentido de que en la ejecución ordinaria posterior a la ejecución hipotecaria, el acreedor adjudicatario del inmueble vivienda familiar, *solo podrá hacer efectivo sobre otros bienes del deudor el importe de la deuda que exceda del 100 por 100 del valor de tasación inicial del inmueble, lo que supone moderar el principio de responsabilidad patrimonial universal*.

En cuanto a la necesaria moderación de los intereses moratorios, si bien las previsiones al respecto del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, solo van a poder aplicarse a un reducido grupo de deudores hipotecarios (aquellos situados en el umbral de exclusión social definido por el art. 3 del Real Decreto-ley 6/2012), podría aplicarse a cualquier deudor hipotecario, tanto el artículo 1154 del Código Civil [pues los intereses moratorios se configuran como una cláusula penal cumulativa, que se exige además del cumplimiento forzoso de la obligación (arts. 1108, 1152 y 1153 y 1753 CC)], como la Jurisprudencia a que se hará mención después, que postula un control de oficio de tales intereses y la Ley Azcárate de represión de la usura. *Lo que modera también la responsabilidad patrimonial universal del deudor*.

B) *Modificación del artículo 671 LEC (adjudicación al acreedor en caso de subasta sin postores)*

El Real Decreto-ley 8/2011 introduce una segunda medida a favor de los deudores hipotecarios con la finalidad de mejorar el resultado de las subastas de los bienes inmuebles hipotecados, lo que supone modificar 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 un precio *nunca inferior al 60 por 100 del valor de tasación*. *Se establece, por*

tanto, un límite equilibrado, impidiéndose cualquier adjudicación al acreedor inferior al 60 por 100 del valor de tasación, independientemente de la cuantía de la deuda total [esto es, incluso en el caso de que la deuda tenga un importe inferior a dicho porcentaje, caso en que el acreedor para hacerse con el bien, debería abonar la diferencia], y ello con el fin de evitar el despojo del deudor».

Además, «para mejorar la eficacia de las subastas permitiendo una mayor concurrencia de pujas y, por ende, posibilitando la fijación de un precio más justo, se reduce hasta el 20 por 100 el depósito exigido a los postores para participar en una subasta. De este modo, se facilitaría la presencia de postores y la mejor adjudicación de los bienes hipotecados, se equipararía el importe de este depósito con el previsto por la propia ley para los bienes muebles y se recuperaría el porcentaje que sobre este punto ya establecía la LEC desde 1881»⁸. El Real Decreto-ley 8/2011 ha procedido, pues, a modificar los artículos 669.1, 670.4.2.º y 671 de la LEC⁹. *Ahora bien, el efecto fundamental de estas medidas ha sido eliminar la posibilidad de que el acreedor hipotecario se adjudicara el bien hipotecado, en caso de ausencia de postores, por «la cantidad que se le deba por todos los conceptos», inciso este de la ley, que según la interpretación dada por los Tribunales mayoritariamente, permitía que si el importe de la deuda era inferior al 50 por 100 del valor de tasación del inmueble (por ejemplo, equivalente a un 10 por 100 o a un 20 por 100), el banco se adjudicase el inmueble por tal porcentaje. Ahora esto ya no es posible. Si el importe de la deuda es inferior al 60 por 100 del valor de tasación del inmueble, como no caben adjudicaciones por un porcentaje inferior al 60 por 100, el acreedor para hacerse con el inmueble deberá abonar la diferencia entre dicho porcentaje y el importe del crédito a extinguir. Esto constituye un avance*

⁸ Sin embargo, según especialistas en la materia, parece que la medida relativa al depósito ha tenido un efecto nulo en cuanto a incrementar la participación en las subastas que siguen quedando desiertas.

⁹ «Artículo 671. Subasta sin ningún postor.

Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al sesenta por ciento de su valor de tasación [por lo que deberá abonar la diferencia si la deuda a saldar es inferior al 60 por 100 del valor de tasación].

Cuando el acreedor, en el plazo de veinte días, no hiciere uso de esa facultad, el Secretario judicial procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado».

En su redacción originaria, el artículo 671 señalaba que “si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por el 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos” (esto es, por ejemplo, por un 10 por 100 del valor de tasación, tal y como se interpretaba mayoritariamente). Tras la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, se indicaba que la adjudicación podría pedirse por cantidad “igual o superior al 50 por 100 de su valor de tasación, o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos”.

incuestionable en la legislación procesal, que acomoda esta a la legislación civil, la cual prohíbe el pacto comisorio (art. 1859 CC) y no solo este, sino en su espíritu operaciones negociales o ejecutivas que conduzcan a resultados similares a los que tal prohibición pretende evitar¹⁰. Se evita, igualmente, que la adjudicación incurra en la laesio enormis que justificó la instauración en el Derecho romano de la rescisión por lesión. Pretendía esta institución evitar que los bienes se enajenasen a favor de un tercero o se adjudicasen al acreedor ejecutante en pago de la deuda, por un valor inferior a la mitad de su avalúo.

Por lo demás, si el precepto se interpreta en el sentido de que el acreedor no puede adjudicarse el bien por cuantía inferior al 60 por 100 del valor de tasación, pero no está obligado a adjudicárselo por cantidad superior (el precepto señala que *«podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al sesenta por ciento de su valor de tasación»*), poco hemos ganado, pues únicamente se lograrán adjudicaciones por un 10 por 100 adicional más (no por el 50 por 100 sino por el 60 por 100 del valor de tasación), pero seguirá intacta la responsabilidad patrimonial del deudor sobre otros bienes distintos cuando la adjudicación por este importe no sirva para cancelar la deuda. Es cierto que una adjudicación en tales términos, probablemente se ajuste más al valor de mercado actual del inmueble (pues se habla de depreciación del valor de los inmuebles de entre un 30 o 40 por 100), lo que parecería justificar que el acreedor continuara exigiendo la diferencia si el importe de la deuda es superior, pero es preciso tener en cuenta la *mecánica operativa de las entidades crediticias que explicamos en el epígrafe I, que justifica que se tenga en cuenta por los Tribunales la posición del deudor, como trataré de argumentar en el epígrafe III¹¹.*

¹⁰ Era evidente que la interpretación que hacían mayoritariamente los Tribunales del artículo 671 LEC en su redacción anterior infringía la prohibición del pacto comisorio, como ya expuse en otro lugar, pudiendo verificarse otras interpretaciones a las que aludo después, también acogidas por los Tribunales, que conducían por vía interpretativa al resultado material ahora acogido por el legislador (vid., 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, septiembre-octubre de 2011, págs. 2941 a 2946). *De este modo no sólo se protegen los intereses del deudor, evitando que el acreedor se apropie de una cosa de valor superior al importe de la deuda, sino que también se protegen los intereses de los demás acreedores del deudor ejecutado, que tienen derecho a cobrar sus créditos con lo que reste, una vez pagada la deuda garantizada.*

¹¹ La profesora CUENA CASAS habla de tres irregularidades cometidas por las entidades crediticias a la hora de conceder préstamos hipotecarios [que entiende no pueden ser ignoradas por los Tribunales]: tasaciones sobrevaloradas, no imputables al consumidor; concesión de un crédito inflado, no imputable al consumidor; y falta de evaluación adecuada de la capacidad económica del consumidor, tampoco imputable al consumidor. La profesora continúa diciendo: «Y no se diga que la culpa es del consumidor irresponsable. Esta afirmación que escucho con cierta frecuencia ignora la posición de inferioridad en la que se encuentra el consumidor en la contratación bancaria, ignora que el sistema avaló el sobreendeudamiento como meca-

Dado que la nueva redacción de estos preceptos de la LEC entró en vigor el 7 de julio de 2011, y *que no se prevé régimen transitorio alguno expreso*, puede pensarse que la ley no tiene efectos retroactivos *para los procesos en curso a su entrada en vigor*, que continuarán tramitándose bajo la redacción antigua de la LEC, o bien, que dada la finalidad de la norma de introducir medidas que resuelvan la problemática de los deudores hipotecarios, existiría una retroactividad implícita en su espíritu por lo que resultaría de aplicación lo dispuesto en la Disposición Transitoria 6.^a de la LEC 2000 (disposición que reguló el tránsito de la LEC 1881 a la LEC 2000, en lo relativo a ejecución forzosa) y que serviría para llenar la laguna legal: «los procesos de ejecución ya iniciados al entrar en vigor esta Ley se regirán por lo dispuesto en ella [léase en el Real Decreto-ley] *para las actuaciones ejecutivas que aún puedan realizarse o modificarse hasta la completa satisfacción del ejecutante*». De modo que si aún no se verificó la adjudicación al rematante o acreedor, podrían aplicarse las nuevas normas sobre celebración de la subasta, más beneficiosas para el deudor hipotecario. Aunque entiendo que la interpretación más correcta es esta última, lo cierto es que los Tribunales podrían entender que la nueva redacción de los preceptos reformados de la LEC se aplicase exclusivamente a los procedimientos de ejecución hipotecaria que se iniciasen a partir del 7 de julio de 2011, inclusive, *lo que nuevamente anularía buena parte de los efectos beneficiosos de la reforma*, y obligaría con mayor motivo a que los Tribunales verificasen interpretaciones en el sentido que expongo en el epígrafe III. En todo caso, *tenga la norma o no eficacia retroactiva, entiendo que los tribunales deben moderar el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, solución que admite el ordenamiento vigente*.

Las medidas de reforma de la LEC anteriores se complementan con las introducidas por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

En el artículo 4.37 de la Ley 37/2011, se incorpora una Disposición Adicional sexta a la LEC 2000, bajo la rúbrica «*Adjudicación de bienes inmuebles*». Consiste esta nueva norma en una disposición aclaratoria (interpretación auténtica del legislador por norma posterior del mismo rango que la aclarada) del artículo 670 y 671 LEC, tal como quedó su redacción tras ser modificados por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio. El tenor de dicha Disposición Adicional es el siguiente:

«En el caso de las adjudicaciones solicitadas por el acreedor ejecutante en los términos previstos en la sección VI del Capítulo IV del Título IV del Libro III [«Subasta de bienes inmuebles»] *y siempre que las subastas en las que no hubiere ningún postor se realicen sobre bienes inmuebles diferentes*

nismo de acceso a un bien de primera necesidad como es la vivienda y, sobre todo ignora, que no hay consumidor que se endeude de manera irresponsable si no hay un acreedor que le conceda crédito de forma irresponsable» (CUENA CASAS, M., «Crédito responsable, *fresh start* y dación en pago...», *op. cit.*, pág. 41).

de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al cincuenta por ciento de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.

Asimismo, en los términos previstos en la mencionada *sección y para los citados inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor*, cuando la mejor postura ofrecida sea inferior al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiere salido a subasta y el ejecutado no hubiera presentado postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación del inmueble por el 70 por 100 o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior a la mejor postura».

Es decir, el artículo 671 LEC pasa a ser norma especial para las adjudicaciones de vivienda habitual del deudor, se produzcan en el seno de una ejecución ordinaria o de una ejecución hipotecaria, y se recupera la antigua norma contenida en dicho precepto desde la redacción que le dio la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, trasladándola a la Disposición Adicional, para las adjudicaciones sobre bienes inmuebles distintos de la vivienda habitual.

Idéntica ha sido la solución prevista por el legislador para el artículo 670.4.2.º LEC, que queda como norma especial para el caso de ejecución de la vivienda habitual del deudor, recuperándose la norma contenida antiguamente en dicho párrafo (redacción originaria), a través de esta nueva Disposición Adicional introducida a la LEC, para ejecuciones de bienes inmuebles distintos de la vivienda habitual.

De acuerdo con la Disposición Transitoria única de la Ley 37/2011, que señala: «los procesos que estuvieren en trámite en cualquiera de sus instancias a la entrada en vigor de la presente ley [1 de noviembre de 2011 (Disposición Final 3.ª)], continuarán sustanciándose hasta que recaiga sentencia en dicha instancia conforme a la legislación procesal anterior» *A sensu contrario*¹², puede entenderse que todos los procesos de ejecución en curso, se tramitarán con arreglo a la presente ley, desde el momento en que se encuentren, esto es, que se recupera la vieja normativa para las ejecuciones en curso sobre bienes inmuebles diversos de la vivienda habitual.

Si tal se hace, a través de una ley interpretadora, con los procedimientos ejecutivos sobre bienes inmuebles diversos de la vivienda habitual, en beneficio del acreedor, hay que pensar que para aquellos procesos que recaían sobre la vivienda habitual y estaban en curso al entrar en vigor el Real Decreto-ley 8/2011, la solución debe ser la misma (aplicación inmediata a todo proceso ya iniciado o que se inicie, de la nueva norma del art. 671 LEC), máxime

¹² Y teniendo presente también que la eficacia de la ley interpretadora se retrotrae, por lo común, a las relaciones jurídicas creadas con anterioridad [bajo el imperio de la ley interpretada], aunque sean objeto de un pleito pendiente.

cuando esta norma tenía por finalidad la protección del deudor hipotecario. Sería un contrasentido, tener en cuenta en un caso el beneficio del acreedor (interés protegido por la interpretación auténtica), y no tener en cuenta en el otro caso el del deudor, interés protegido por el Real Decreto-ley 8/2011. Sin embargo, como indiqué antes, es posible que los Tribunales interpreten que el Real Decreto-ley 8/2011, no debe tener efecto retroactivo.

C) *La modificación del artículo 579 de la LEC y el Auto del TC 113/2011, de 19 de julio*

La Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, introduce también una importante novedad en el artículo 579 de la LEC. La Exposición de Motivos señala que la norma trata de aclarar *aspectos relativos a la relación entre ejecución especial hipotecaria y la ordinaria, precisando la forma en que la ejecución especial, dirigida contra determinados bienes, pasa a convertirse en general, dirigida contra todo el patrimonio de los responsables*. En consecuencia, el artículo 579 LEC pasa a tener la siguiente redacción: «Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el Capítulo V de este Título [«De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados»]. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir *el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución*». En su redacción anterior, el artículo 579 de la LEC señalaba: «Si subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir *el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución*».

Esta diferencia de redacción trae su origen en el Auto de 30 de septiembre de 2010, del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sabadell, *por el que se plantea una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, en relación con el procedimiento de ejecución hipotecaria*. El supuesto de autos era el siguiente: Una señora mayor, que percibe una pensión baja, tiene pérdida de audición y un nivel cultural bajo, compra a una inmobiliaria una vivienda por un precio de 310.500 euros. Para el pago de la misma debía proceder a la venta de su vivienda actual, lo que no se logró en la fecha convenida con el comprador debido a dificultades en la operación, motivadas por la situación del mercado inmobiliario. La inmobiliaria planteó entonces la posibilidad de que la anciana pidiera un crédito por 157.000 euros con la garantía de la vivienda que pretendía vender, devolviendo el crédito un año después. Dados los ingresos de la anciana, tanto la inmobiliaria como la entidad bancaria podían prever

que *no se realizaría el pago si no lograba vender la vivienda, especialmente teniendo en cuenta que se trataba de un solo pago en el plazo de un solo año*. La entidad bancaria no solo concertó esta operación, en la que la concesión de la hipoteca se sujetaba a la condición de que se vendiera la vivienda, lo cual no dependía únicamente de la propietaria, sino de otros factores como la situación del mercado inmobiliario o la facilidad de acceso al crédito, sino que al mismo tiempo concedió a la ejecutada un crédito de 179.000 euros con la garantía de la vivienda que compra.

Al amparo de la cláusula de amortización, la entidad bancaria exige el reintegro en pago único del capital prestado más los intereses, instando ejecución hipotecaria. La ejecutada se opuso a la ejecución alegando *pluspetición y nulidad por existencia de cláusulas abusivas, por entender que las condiciones y plazos en que se concedieron ambos créditos serían abusivos y temerarios, así como que si bien suscribió la escritura de préstamo, no conocía ni comprendía el alcance del contrato*.

El Juzgado, teniendo presente que de la interpretación literal y sistemática de los artículos 695, 698 y 579 de la LEC debía desestimar la oposición *por no haberse alegado un motivo legalmente tasado* y teniendo dudas acerca de la constitucionalidad de tales preceptos por afectar a la tutela judicial efectiva del ejecutado hipotecario (art. 24 CE), al principio de igualdad procesal (derivado del art. 14 CE), al derecho a la vivienda digna y adecuada (art. 47 CE) y a la interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos (art. 9.3 CE), *planteó una cuestión de inconstitucionalidad, por depender de la validez de tales normas el sentido del fallo*. La posible inconstitucionalidad, el Juzgado la fundamenta en que los motivos de oposición a la ejecución hipotecaria están tasados, *incluso cuando el bien gravado constituye la vivienda habitual del ejecutado* (art. 695 LEC). Ello impide al juzgador examinar si concurre la *conditio iuris* de toda ejecución hipotecaria, esto es, que procede en términos sustantivos el vencimiento anticipado de la obligación principal garantizada, o si concurre una causa de nulidad. Todo este tipo de cuestiones sólo pueden ser discutidas por el ejecutado en un ulterior proceso declarativo. Además si el producto de la venta de la vivienda habitual fuese insuficiente para pagar el crédito, puede continuarse la ejecución según la regulación de la ejecución ordinaria (art. 579 LEC), *sin que haya previsión expresa de ninguna nueva fase de oposición, lo que se traduce en una práctica judicial que la omite*.

Aunque la STC 41/1981, de 18 de diciembre, al resolver un recurso de amparo, analizó y confirmó la constitucionalidad del régimen legal de ejecución contemplado entonces en la LH, el juzgado considera que sería pertinente abordar el examen de la cuestión planteada, *debido al tiempo transcurrido desde aquel pronunciamiento, porque en el presente caso la ejecución recae sobre la vivienda de la ejecutada y en fin, porque en esta ocasión, lo que se pone en cuestión es el régimen de ejecución hipotecaria establecido en la LEC 2000*.

El Juzgado alega que no parece adecuado en términos constitucionales negarle al ejecutado hipotecario cualquier posibilidad procesal de efectuar alegaciones sobre las *circunstancias del impago frente a la demanda ejecutiva, así como la alegación de posibles vicios del consentimiento existentes al suscribir el título, o sobre la nulidad de algunas de sus cláusulas por su carácter abusivo* [así, en este caso la ejecutada alega el carácter abusivo de algunas cláusulas, pues sobre el cumplimiento de la obligación suscrita incidían factores exógenos relacionados con la situación del mercado inmobiliario y con la disponibilidad de acceso al crédito, y vicios del consentimiento, *un error esencial sobre la naturaleza del negocio realizado o mejor, sobre cláusulas básicas del mismo, basado sobre la ignorancia de la trascendencia de dichas cláusulas*, ya que la deudora, debido a limitaciones inherentes a su avanzada edad y bajo nivel cultural, no pudo comprender la complejidad de la operación que firmaba]. De este modo *se impide el conocimiento y valoración por el órgano judicial de unas circunstancias que, en su caso, podrían motivar la denegación o la suspensión del despacho de la ejecución, lo que supone que se obliga a tomar al juez una decisión arbitraria*¹³. Este no puede juzgar ni sobre la validez del negocio jurídico ni sobre la concurrencia de los presupuestos del incumplimiento que determinan la ejecución de la garantía hipotecaria. Sería insuficiente la suspensión del proceso de ejecución hipotecaria por prejudicialidad penal, *debiendo añadirse la prejudicialidad civil o el examen de los vicios del consentimiento*.

Además la garantía que ofrece la Ley al ejecutado con su remisión al juicio declarativo que corresponda (art. 698 LEC) para ventilar todas esas cuestiones, *dado que no paraliza la ejecución ni el lanzamiento de vivienda del ejecutado puede provocarle serios perjuicios y una indefensión. Por ello procede analizar si la extraordinarias limitaciones de alegación del ejecutado previstas por el legislador en estos casos determinan la inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados por constituir obstáculos desproporcionados al derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con la naturaleza del proceso de ejecución*¹⁴.

¹³ Señala el Juzgado que no es tan evidente que la noción de incumplimiento de la obligación de pago, como presupuesto para el despacho de la ejecución hipotecaria, quede suficientemente integrada, en términos de garantías constitucionales, *por la mera alegación escrita por el acreedor hipotecario, de un mero dato carente de cualquier referencia a circunstancias fácticas concurrentes, relativo a la inexistencia o insuficiencia del pago de una cuota hipotecaria. Parece, por el contrario, que podría tener alguna relevancia, en cuanto a la ponderación de la procedencia del despacho o de la continuación de la ejecución, el examen de tales circunstancias, a los efectos de apreciar la realidad misma de un incumplimiento imputable al deudor hipotecario, con efectos de resolución anticipada de la deuda hipotecaria, o para valorar, en su caso, la posible concurrencia de un vicio en el consentimiento al tiempo de suscribir la obligación o la posible nulidad de una cláusula pactada, dado su eventual carácter abusivo*.

¹⁴ Si bien es cierto que el juicio declarativo del artículo 698 LEC no suspende *de iure* el procedimiento de ejecución hipotecaria, que continúa hasta la subasta, remate y lanzamiento del deudor, sí que existe una vía de defensa para el deudor hipotecario, que ha señalado GÓMEZ GÁLLIGO (GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Desahucios y mercado hipotecario», en *Expansión*, viernes

Si además se tiene en cuenta que el artículo 579 LEC establece una concatenación de un proceso de ejecución hipotecaria, dirigido contra el bien hipotecado y de una ejecución dineraria ordinaria, dirigida contra la totalidad del patrimonio del deudor hipotecario, *de manera que se produce una continuidad aséptica entre ambos tipos de procesos de ejecución, que sin embargo tienen presupuestos y efectos dispares, pues parece que el precepto niega al ejecutado un nuevo trámite de oposición en la ulterior fase de ejecución ordinaria, y de hecho, así lo confirma la práctica forense mayoritaria, estaríamos ante una nueva vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del deudor hipotecario.*

Finalmente, el Juez razona que *la posible vulneración del artículo 24 CE implicaría simultáneamente la lesión del derecho a una vivienda digna (art. 47 CE), cuando la ejecución hipotecaria tiene por objeto la vivienda del demandado.* Y que la consideración conjunta de la limitación del derecho a la tutela judicial efectiva y su proyección sobre el derecho a la vivienda del ejecutado, es lo que lleva al Juzgado a plantear las dudas sobre la inconstitucionalidad de un *régimen de ejecución que, para ser respetuoso con la CE debería permitir unas posibilidades de oposición más amplias, al menos cuando la finca ejecutada constituya la vivienda efectiva del ejecutado hipotecario.*

Planteada la cuestión ante el TC, este dio traslado al Fiscal General del Estado, el cual interesó la inadmisión de la cuestión, fundamentalmente porque la posible controversia entre el procedimiento de ejecución hipotecaria y el artículo 24.1 CE ya fue en su día resuelta por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, originariamente por la STC 41/1981 y en las posteriores SSTC 64/1985, 6/1992 y 217/1993, sin que sea óbice para la extensión de la doctrina en ellas contenida el que operasen sobre la legislación ya derogada y sustituida por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. En cuanto al Tribunal Constitucional resolvió *inadmitir la cuestión* (Auto 113/2011, de 19 de julio [RTC 2011/113 AUTO]) *en relación con los artículos 579 y 698 LEC, porque las cuestiones*

18 de enero de 2013, pág. 47). Consiste esta en la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de la demanda de nulidad ejercitada en el juicio declarativo del artículo 698 que, señala el autor, *de facto* produce esa paralización. Esta posibilidad resulta del artículo 131 de la LH *a contrario sensu*, donde se indica que «las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133 [mandamiento de cancelación de cargas], siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas...». Así pues, si la anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca fuese anterior a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, subsistiría tras la ejecución hipotecaria, perjudicando al acreedor adjudicatario (pues hay que pensar que ningún tercer postor acudiría en tales condiciones a la subasta) y a cualquier subadquirente posterior. De facto, pues, aunque no sea de iure, el procedimiento de ejecución hipotecaria quedaría suspendido en su virtualidad realizatoria del valor del inmueble, pues dicha realización, de operarse, sería claudicante, de acogerse la demanda de nulidad. En estas condiciones, el acreedor hipotecario se verá compelido a una negociación extraprocesal que luego tenga su reflejo en el proceso.

suscitadas en relación con estos preceptos no superan el juicio de relevancia constitucional («esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada» (STC 17/1981, de 1 de junio [RTC 1981/17], F. 1, por todas), *pues ambos se refieren a una fase ulterior del proceso de ejecución que no se corresponde con el momento del proceso a quo en el que se promueve la cuestión (oposición al despacho de la ejecución)* y además, porque la hipotética inconstitucionalidad del artículo 579 LEC *se desprende no del propio precepto, que guarda silencio acerca de un nuevo trámite de oposición, sino de lo que el Juzgado considera la práctica forense habitual*. En cuanto al planteamiento de la cuestión en torno al artículo 695 LEC, por posible vulneración del artículo 24 CE, en relación con la igualdad de partes en el proceso, el TC señala que puede rechazar en trámite de admisión mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, aquellas cuestiones de inconstitucionalidad que fueren notoriamente infundadas, *«máxime si su admisión pudiera provocar efectos no deseables, como la paralización de otros procesos en los que resulte aplicable la norma cuestionada* (por todos, ATC 27/2010, de 25 de febrero [RTC 2010/27 AUTO], F. 2). Y de acuerdo con dicho planteamiento hemos apreciado en ocasiones precedentes la notoria falta de fundamento de la cuestión formulada *por no tomar en consideración la jurisprudencia constitucional pronunciada sobre la cuestión suscitada* (AATC 352/1990, de 2 de octubre [RTC 1990/352 AUTO], F. único; o 124/2009, de 28 de abril de 2009 [RTC 2009/124 AUTO], F. 4)». Así, la STC 41/1981, de 18 de diciembre (RTC 1981/41) o la STC 217/1993, de 30 de junio (RTC 1993/217), F. 2, donde se indica que «este tipo de procedimiento [la ejecución hipotecaria] se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y *paralela disminución de las posibilidades de oponerse mediante la formulación de excepciones*, ya que la presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores y acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización, y que el deudor, como los terceros poseedores y acreedores posteriores, más allá de detener la ejecución mediante el pago, para lo que la Ley establece que debe hacerse el oportuno requerimiento, apenas tienen posibilidades de oposición, pues al objeto de impedir la suspensión del procedimiento el [antiguo] artículo 132 [LH] prevé, salvo en los cuatro supuestos taxativamente fijados, que las demás reclamaciones que puedan aquellos formular se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda. Precisamente, *por esta posibilidad, es decir, porque queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, este Tribunal Constitucional ha afirmado que la limitación de controversia y demás peculiaridades de este procedimiento no vulneran el derecho a la defensa consagrado en el artículo 24.1 CE*», doctrina recogida por el TC en ulteriores ocasiones (SSTC 269/1993, de 18 de octubre [RTC 1993/269], F. 4; y 223/1997, de 4 de diciembre [RTC

1997/223], FF. 3 y 5), y confirmada como regla general, tras el surgimiento de algunas dudas en relación con la tutela de terceros poseedores de la finca hipotecada, en la Sentencia del Pleno del TC 158/1997, de 2 de octubre (RTC 1997/158), FF. 5, 6 y 7».

Si bien el Auto del Juzgado de Sabadell [a mi juicio, muy bien fundamentado y que debería servir para abrir un debate sobre la ampliación de las causas de oposición, en el procedimiento de ejecución hipotecaria, sobre todo en el caso de que el bien hipotecado sea vivienda habitual del deudor, *debiendo añadirse, por ejemplo, el examen de las cláusulas abusivas que influyen en la cuantificación de la deuda, o en la determinación de que se ha producido un incumplimiento imputable al deudor, máxime cuando el control registral de las cláusulas abusivas en el momento de inscripción de la hipoteca parece que se limita al de aquellas declaradas nulas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales o a aquellas expresamente tipificadas por el legislador (pues lo contrario puede producir daños irreparables al deudor, y ser contrario a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos)*], no tuvo como fruto un pronunciamiento de inconstitucionalidad por parte del TC, sí que ha influido en el legislador, *pues este ha visto necesario precisar el alcance del artículo 579 LEC, señalando de forma expresa (e impidiendo prácticas forenses contrarias)* que si el producto obtenido en la ejecución es insuficiente, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, lo que significa que si bien es voluntario proseguir una ejecución ordinaria contra todo el patrimonio del deudor, con posterioridad a una ejecución especial hipotecaria, para proseguirla será requisito imprescindible pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte. Ello supone que se otorgará al deudor un nuevo trámite de oposición, pues como señalaba el Juzgado de Sabadell al deudor se le da trámite de oposición, al notificarle el auto despachando la ejecución, auto que ahora nuevamente debe adoptarse, de forma independiente del auto por el que se despacho la ejecución hipotecaria. De manera que el artículo 579 LEC consagra una nueva oportunidad de oposición por parte del ejecutado (ya no hipotecario, sino ordinario), según el sistema general de motivos de oposición fijado para la ejecución ordinaria de títulos ejecutivos no judiciales (arts. 551 a 554 LEC y Cap. IV del Título III, Libro III).

Por otro lado, el Auto del Juzgado número 2 de Sabadell ha propiciado la emisión de un voto particular por parte del magistrado don Eugeni Gay Montalvo al Auto de inadmisión del TC (Auto 113/2011, de 19 de julio [RTC 2011/113 AUTO]). El Magistrado expresa que *dado que la realidad social actual es muy diversa de aquella en cuyo contexto se emitió la citada doctrina del TC sobre la constitucionalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, «sería necesario examinar si los preceptos cuestionados, interpretados a la luz*

del nuevo contexto económico y social, son compatibles o no con los valores constitucionalmente protegidos aducidos por el órgano judicial promovente». Esa nueva realidad social la describe del siguiente modo: «mientras los mercados financieros de entonces tenían un ámbito principalmente local y los productos que comercializaba eran relativamente sencillos, los del tiempo presente, culminando una evolución pendular de varias décadas, tienen una proyección global y sus actividades se caracterizan por su altísima sofisticación. En otras palabras, la «ingeniería financiera del momento actual, en la que se imbrican, como una de sus unidades básicas, los créditos con garantía hipotecaria como el que subyace en el pleito de que trae causa este proceso constitucional, es exponencialmente más compleja y prácticamente imposible de someter a un control, ni externo ni tan siquiera interno de parte de las propias entidades financieras, lo que desemboca, como ha quedado demostrado por los recientes acontecimientos, en su deriva impredecible. Todo ello con el agravante de que un importante sector de los operadores profesionales del sistema financiero, con más motivo los ciudadanos que intervienen en él a título individual como adjudicatarios de un crédito con garantía hipotecaria, desconocían por completo la deriva que iban a tener los acontecimientos, así como la de los datos que pudieran haberlo hecho más o menos previsible para quienes fueren iniciados en la materia.

Este panorama de fondo atestigua, sin que sobre ello quepa la más mínima duda, que los ciudadanos que, como los recurrentes en el proceso a quo, contrataron en estos últimos años productos hipotecarios como medio de obtener el dinero necesario para adquirir su vivienda habitual sin poderse percatar al tiempo de otorgar su consentimiento de unos riesgos muy distintos de los que ciertamente implicaba la operación; riesgos que, debido a la complejidad y opacidad que ha presidido el sistema financiero según ya expusimos, muy posiblemente también desconocían las entidades de crédito prestadoras del dinero y beneficiarias de la garantía hipotecaria¹⁵. En consecuencia, las partes contratantes, adoleciendo de errores sustanciales acerca de las condiciones que afectaban la operación que concluían, prestan un consentimiento imperfecto, cuando no completamente viciado.

En definitiva, los rasgos de la situación económica y financiera actual son radicalmente distintos a los que la caracterizaban a principios de los años ochenta y esta profunda transformación incide directamente en la esencia de las condiciones de cumplimiento de los compromisos hipotecarios adquiridos por los prestatarios. Es por ello que no me parece suficiente para desechar como

¹⁵ Incluso si tal desconocimiento era posible, lo que dudo, es evidente que no es equiparable la posición del Banco-profesional y la diligencia que le es exigible, que la del consumidor-contratante.

infundada la presente cuestión de inconstitucionalidad la extensión automática de la doctrina constitucional establecida en la citada STC 41/1981...».

Esta argumentación entiendo que es particularmente importante en cuanto a justificar tres cosas. Primero, que las condiciones básicas [marco socio-económico vigente al realizarse la operación] de los contratos de préstamo hipotecario han sufrido una alteración extraordinaria [una deriva imprevisible] desde la fecha de otorgamiento a la fecha actual, lo que justificaría plenamente la aplicación de la cláusula de origen medieval *rebus sic stantibus* a los contratos de préstamo hipotecario, como argumentaré después. Segundo, que los particulares desconocían los riesgos imprevisibles que asumían con la operación y que por lo tanto adolecían de errores sustanciales acerca de las condiciones de la operación que concluían, prestando un consentimiento imperfecto, cuando no completamente viciado. Se trataría de un error en las consecuencias del negocio o en los efectos de este, que por afectar a los fundamentales, daría lugar a un *error in negotio*, excusable, según los casos, determinante de la prestación del consentimiento y atinente tanto a condiciones de cumplimiento del contrato, como a efectos derivados del incumplimiento. Incluso si el error versaba sobre consecuencias de Derecho supletorio (en general, los llamados *naturalia negotii* o elementos naturales del negocio, que este lleva normalmente consigo si no son excluidos por las partes), en cuyo caso el error no se consideraría sobre efectos fundamentales del negocio ni como causa de impugnación¹⁶, pudiendo considerarse que el artículo 105 LH y 1911 del Código Civil son Derecho supletorio, si no se hizo un pacto de limitación de la responsabilidad del deudor en el sentido del artículo 140 LH, los particulares, como indica el Magistrado, podían desconocer los riesgos imprevisibles que la aplicación de tales «clausulados supletorios» (en cuanto el precepto supletorio integra el contenido del contrato junto con lo expresamente pactado, en una interacción de voluntad y ley, de la que resulta el concreto contrato, como señala LACRUZ BERDEJO) unidos a otros clausulados pactados y relativos a consecuencias fundamentales del negocio (por ejemplo, tipos de interés variable, cuotas crecientes, intereses moratorios, cláusulas de vencimiento anticipado...) podía entrañarles, de modificarse el contexto socio-económico del contrato, por lo que el error, incluso en tal caso, podría ser considerado, como atinente a consecuencias fundamentales del negocio, esto es, a condiciones de cumplimiento-incumplimiento del contrato. Esta consideración es un argumento a mayor abundamiento para que el Tribunal modere el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor en el sentido que defenderé después, ya que sería difícil que prosperase la alegación de un vicio del consentimiento como causa de oposición ni

¹⁶ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, I. Introducción y Parte General*, 15.^a ed. Librería Bosch, S. L. Barcelona, 2002, pág. 638.

en la ejecución hipotecaria ni en la ejecución ordinaria dineraria posterior¹⁷.

¹⁷ Si la acción de impugnación del negocio anulable dura cuatro años desde la consumación del contrato (art. 1301 CC), según una opinión, sería de aplicación el brocado *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* (las acciones temporales son perpetuas como excepciones), de modo que la *exceptio nullitatis* sería indefinidamente oponible, opinión que ALBALADEJO considera preferible a la contraria, a tenor de los antecedentes históricos, por caber en la letra de los textos vigentes y por dar lugar a una solución más equitativa que la contraria (*op. cit.*, pág. 872). La cuestión es si esa excepción puede oponerse en un procedimiento de ejecución ordinario dinerario de un título extrajudicial como es la escritura de préstamo hipotecario. Señala DE LA OLIVA SANTOS que «la ley procesal tiene que plantearse si va a permitir al ejecutado fundar su oposición de fondo ... en cualesquiera hechos *impeditivos* [como sería el caso], extintivos o excluyentes, en el caso de títulos extrajudiciales; o si, por el contrario, va a limitar la oposición por motivos de fondo a algunos de esos hechos, excluyendo o prohibiendo la alegación de los demás en el seno de la oposición a la ejecución y obligando al ejecutado a soportar dicha ejecución y a incoar, si lo desea, un proceso declarativo tendente a obtener la declaración de inexistencia de la deuda y, en su caso, la condena del inicial acreedor ejecutante a devolver lo que obtuvo con la ejecución (más intereses, costas y daños y perjuicios).

A favor de la primera opción cabe argumentar que resulta injusto que pueda seguir adelante una ejecución forzosa cuando hay hechos que demuestran la *falta de acción ejecutiva del acreedor (cursiva nuestra)*. Sin duda, esto es cierto, pero merece ser rebatido con los siguientes argumentos en contra. En primer término, hay que tener en cuenta que permitir al deudor ejecutado alegar cualesquiera hechos convertiría la oposición a la ejecución por motivos de fondo en un auténtico proceso declarativo a sustanciar en el seno de un proceso de ejecución. Con ello, en el caso de los títulos extrajudiciales, nada habría ganado el acreedor con la atribución de fuerza ejecutiva a su título. No se olvide que la atribución de fuerza ejecutiva a una deuda documentada en determinado tipo de títulos está basada en la particular fehaciencia y certeza que sobre su existencia, vencimiento y exigibilidad da el que en su otorgamiento haya intervenido una persona que tiene como función el dar *fe pública* de la identidad de las partes intervinientes en el negocio y del contenido del mismo y, en ciertos casos, controlar su capacidad, su carácter de representantes y la legalidad del fondo del negocio jurídico documentado y del que deriva la deuda con fuerza ejecutiva. Además, en todo caso, cualquiera que fuera la naturaleza del título ejecutivo, permitir al deudor ejecutado alegar todos los hechos que supuestamente funden la falta de acción ejecutiva supondría brindar al ejecutado una nada despreciable arma para entorpecer y paralizar el curso de la ejecución forzosa. Finalmente, nótese que la *injusticia* de permitir la continuación y culminación de una ejecución forzosa para la que el acreedor carece de acción ejecutiva se podrá ver en última instancia reparada a través de un proceso declarativo posterior que el deudor ejecutado inicie frente al acreedor ejecutante. En definitiva, la cuestión que el legislador procesal debe decidir no es el *si*, sino el *cuando*. Es decir, la cuestión no estriba en decidir si el ejecutado va a poder o no oponer sus excepciones materiales al ejecutante (todas, en el caso de títulos ejecutivos extrajudiciales...), sino cuáles va a poder oponer en el seno del proceso de ejecución, y cuáles por el contrario, sólo podrá oponer en un proceso declarativo posterior.

...Dentro de las coordenadas que se acaban de describir, la LEC (arts. 556-558 y 560-561), en primer lugar, opta por distinguir los posibles motivos de oposición de fondo a la ejecución según se trate de títulos ejecutivos judiciales o de títulos ejecutivos no judiciales; y que, en segundo lugar, en ambos casos, *opta por limitar los motivos que el deudor puede oponer, es decir, limita las excepciones materiales en que el deudor puede pretender fundar la falta de acción ejecutiva del acreedor ejecutante, quedando las otras excepciones reservadas para un eventual proceso declarativo*» (DE LA OLIVA

Y en tercer lugar, que la modificación profunda experimentada por el mercado

SANTOS; Díez-PICAZO JIMÉNEZ; VEGAS TORRES, *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2000, págs. 91 y 92).

Parece, pues, que la argumentación doctrinal para la ejecución ordinaria dineraria de título extrajudicial viene a coincidir con la argumentación del TC para la ejecución sumaria hipotecaria. La cuestión es que un vicio de consentimiento sólo puede alegarse vía acción por un período breve de tiempo (cuatro años dura la acción de caducidad, art. 1301 CC), luego no siempre se contará con el recurso del declarativo ordinario para alegar dicho hecho, máxime, cuando la *consciencia* del error padecido se producirá muy probablemente en el momento de producirse una *patología en el cumplimiento*.

De ahí que sea interesante el argumento del Auto del Juzgado, número 2 de Sabadell, de 30 de septiembre de 2010, que si bien referido a la ejecución sumaria hipotecaria (pero siendo trasladable también el argumento a la ejecución dineraria ordinaria posterior basada en la escritura de constitución de hipoteca) alegaba que como las limitaciones de oposición en la ejecución hipotecaria se refieren a los *motivos de oposición de fondo* (art. 695 LEC), *resultan de aplicación los motivos de oposición procesales generales para la ejecución de título no judicial* (art. 681 LEC). *Sobre la base, pues, del artículo 559.1.3.º LEC (nulidad del despacho de la ejecución por no cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución), puede discutirse si la deuda no ha nacido o se ha extinguido por una causa recogida expresamente en el título; si no ha concurrido un presupuesto expresamente previsto en el título para el nacimiento o exigibilidad de la garantía real. Ello puede ser examinado también de oficio por el Tribunal para denegar el despacho de la ejecución en el ámbito de los presupuestos y requisitos procesales* (art. 551). Ahora bien, es indiscutible que un presupuesto fundamental para disponer el despacho de la ejecución es el incumplimiento por el deudor de su obligación de pago, presupuesto que no está definido por la normativa procesal sino que se remite implícitamente a lo pactado entre las partes. Teniendo presente el artículo 1258 del Código Civil y la realidad de que las escrituras de venta y de préstamo hipotecario no son efectivamente negociados por las partes sino en su mayor medida predispuestos por la entidad prestadora del dinero (lo que puede explicar los habituales desequilibrios y abusos que reconocen, como se desprende de la STS de 16 de diciembre de 2009), hay que plantear la eventual aplicación de la normativa de protección de consumidores en la interpretación de ciertas cláusulas. Por ello no es tan evidente que la noción de incumplimiento de la obligación de pago, como presupuesto para el despacho de la ejecución hipotecaria, quede suficientemente integrada, en términos de garantías constitucionales, por la mera alegación escrita por el acreedor hipotecario, de un mero dato carente de cualquier referencia a circunstancias fácticas concurrentes, relativo a la inexistencia o insuficiencia del pago de una cuota hipotecaria. Parece, por el contrario, que podría tener alguna relevancia, en cuanto a la ponderación de la procedencia del despacho o de la continuación de la ejecución, el examen de tales circunstancias, a los efectos de apreciar la realidad misma de un incumplimiento imputable al deudor hipotecario, con efectos de resolución anticipada de la deuda hipotecaria, o para valorar, en su caso, la posible concurrencia de un vicio en el consentimiento al tiempo de suscribir la obligación o la posible nulidad de una cláusula pactada, dado su eventual carácter abusivo. Dada la accesoriedad entre hipoteca y crédito, la crisis o los defectos jurídicos originarios de la relación obligacional se erigen como presupuesto o condicionantes, respectivamente, para la viabilidad y exigibilidad de la hipoteca, de modo que las cuestiones de fondo de la relación obligacional se transmutan en cuestiones procesales de la hipoteca, que podrían ser examinadas por el Tribunal o alegadas por el ejecutado como motivo de oposición.

hipotecario *haría necesario examinar si los preceptos cuestionados (arts. 695, 698 y 579), interpretados a la luz del nuevo contexto económico y social, son compatibles o no con el artículo 24 CE en relación con el artículo 14, 47 y 9.3 del mismo cuerpo legal.*

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REAL DECRETO-LEY 6/2012, DE 9 DE MARZO, Y MEDIDAS PREVISTAS EN EL MISMO

En fechas recientes se ha publicado el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. Este Real Decreto-ley prevé una serie de medidas para la reestructuración de las deudas hipotecarias (moderación de los intereses moratorios y sujeción al Código de Buenas Prácticas regulado en el Anexo del Real Decreto-ley). Su principal inconveniente, que ya adelanto, es su reducido ámbito de aplicación. Dicho ámbito de aplicación viene determinado en el artículo 2. Establece el precepto que las medidas señaladas son de aplicación a contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria *sobre la vivienda familiar (art. 3), siempre que se haya solicitado el préstamo o crédito para su adquisición (art. 3.1.d) y que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión definido en el artículo 3, y que el contrato esté vigente a la fecha de la entrada en vigor del Real Decreto-ley (11 de marzo de 2012). El Real Decreto-ley tiene pues, un marcado carácter retroactivo, haciendo una revisión de los contratos incluidos en su ámbito de aplicación, sobre la base de la cláusula rebus sic stantibus.*

El Real Decreto-ley *no será de aplicación* a contratos de préstamo hipotecario concertados a partir del 12 de marzo de 2012, inclusive (*contratos futuros*); ni a contratos de préstamo hipotecario que, aunque vigentes el 11 de marzo de 2012, tengan *por objeto bienes inmuebles distintos de la vivienda familiar*, o a contratos de préstamo hipotecario sobre la vivienda familiar, *concertados, no para su adquisición, sino para otras finalidades, como conseguir capital*

El ejecutado podría plantear, pues, en una interpretación favorable a su posición, estas cuestiones como motivos procesales (y por ello, el vicio de consentimiento), si bien de acuerdo con el artículo 559 LEC, se prevé para la resolución de la oposición por motivos procesales un mero traslado, excluyendo la celebración de vista, lo que puede impedir la práctica de medios de prueba que serían necesarios para que el tribunal pudiera formarse un juicio sobre las circunstancias reales extradocumentales, *coetáneas o posteriores a la suscripción de la escritura, que pudieran determinar, en esta hipótesis, que el título no lleva aparejada ejecución.* Dadas, pues, las dificultades existentes para el ejecutado y el propio Tribunal, entiendo que si no pudieran ser salvadas, constituyen un argumento adicional para llevar a cabo la moderación del principio de responsabilidad patrimonial universal que propongo.

para un negocio (en el caso de trabajadores autónomos)¹⁸, ni a deudores hipotecarios que no se encuentren situados en el umbral de exclusión, aunque atraviesen graves dificultades económicas (esta exclusión y la anterior, constituyen a mi juicio uno de los principales inconvenientes de la norma), ni a contratos consumados por el cumplimiento voluntario o forzoso antes del 11 de marzo de 2012.

El mencionado umbral de exclusión es definido con excesivo rigor por el Real Decreto-ley. La norma pretende, según expresa el legislador en la Exposición de Motivos (párrafo 3.º) que «los beneficiarios [de la mayoría de las medidas establecidas] sean personas que se encuentren en situación profesional y patrimonial que les impida hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones hipotecarias y a las elementales necesidades de subsistencia». De este modo se considera que el deudor de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, se encontrará situado en el umbral de exclusión cuando concurren en él las circunstancias siguientes: A) *Todos los miembros de la familia carecen de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas, esto es, se encuentran en situación de desempleo.* El Real Decreto-ley entiende por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos con independencia de su edad que residan en la vivienda. El sistema, como se ha señalado, «es sorprendente pues parece presumir la obligación de todos los miembros de la unidad familiar de contribuir con todos sus ingresos y todo su patrimonio al pago de la deuda [que, sin embargo, es una deuda personal del deudor hipotecario]. Mientras que en el Real Decreto-ley 8/2011, la existencia de miembros sin ingresos favorecía al deudor [permitiéndole incrementar el salario inembargable], ahora es la existencia de miembros con ingresos lo que le perjudica»¹⁹. Además es contraproducente exigir que todos los miembros de la familia carezcan de rentas del trabajo o de actividades económicas pues «en un país con un alto porcentaje de trabajo sumergido (agravado por la crisis), exigir ese requisito desincentiva el empleo o autoempleo legal»²⁰. B) Que la cuota hipotecaria que deba abonar el deudor hipotecario resulte superior al 60 por 100 de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar [se ha fijado un techo muy elevado para poder entrar en el umbral de exclusión]. C) En todo caso, se hace imprescindible acreditar que el conjunto de los miembros de la unidad familiar

¹⁸ En fecha reciente (26 de junio), ABC publica una noticia relativa a la existencia de un proyecto del Gobierno para blindar la vivienda de los autónomos, y que esta sea inembargable, lo que supondría una limitación al artículo 1911 del Código Civil. Vid., <http://www.abc.es/20120625/economia/abci-autonomos-vivienda-embargo-201206251233.html>.

¹⁹ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo, «De nuevo en apoyo del deudor hipotecario. El Real Decreto-ley 6/2012 y su Código de Buenas Prácticas», en *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril de 2012 (núm. 42), pág. 42.

²⁰ *Op. cit.*, pág. 43.

carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales *suficientes* con los que hacer frente a la deuda, pues si se diere esta circunstancia, *no se encontraría el deudor en el umbral de exclusión [¿estamos ante una especie de «carga de excusión» de los bienes de la familia, excluidos, por supuesto, los bienes inembargables, para que el deudor hipotecario pueda solicitar la reestructuración de la deuda y no ser compelido a la ejecución forzosa?]*. D) 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. E) 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 expresadas en las letras b) y c)* [¿estamos ante otra especie de «carga de excusión de los bienes de la familia del garante», para poder considerar que garante y, por consiguiente, deudor hipotecario, está en situación de umbral de exclusión social?]. F) En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar (por ejemplo, cónyuge separado legalmente, padres del deudor, hijos del deudor que no residen con la familia, etc.), deberán estar incluidos en las circunstancias a) [desempleo o no percepción de rentas derivadas de actividades económicas, por dichos deudores y sus familias]; b) y c)²¹.

Además de acreditar los extremos anteriores con los documentos indicados en el artículo 3.2 del Real Decreto-ley 6/2012, para que un deudor hipotecario pueda ser considerado en el umbral de exclusión deberá efectuar (junto a los codeudores y a los garantes reales o personales) *una declaración responsable relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 3 del Real Decreto-ley*, según el modelo aprobado por la Comisión constituida para el seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas [art. 3.2.g) y 6.4]²².

²¹ Para un estudio detallado del umbral de exclusión, vid., JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «Consecuencias legislativas del Auto de 17 de diciembre de 2010 de la Audiencia Provincial de Navarra. El Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, julio-agosto, 2012.

²² Esta exigencia se complementa con la previsión del artículo 7.1: «El deudor de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que se hubiese beneficiado tanto de las medidas de reestructuración establecidas en este capítulo [art. 4: moderación de los intereses moratorios] como de las previsiones del Código de Buenas Prácticas sin reunir los requisitos previstos en el artículo 3, *será responsable de los daños y perjuicios que se hayan podido producir, así como de todos los gastos generados por la aplicación de estas medidas de flexibilización, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden a que la conducta del deudor pudiera dar lugar*». El importe de los daños, perjuicios y gastos no puede resultar inferior al beneficio indebidamente obtenido por el deudor por la aplicación de la norma (art. 7.2). El artículo 7.3 dispone además que «también incurrirá en responsabilidad el deudor que, voluntaria y deliberadamente, *busque situarse o mantenerse en el umbral de exclusión* con la finalidad de obtener la aplicación de estas medidas [lo que sería un fraude de ley], correspondiendo la acreditación de esta circunstancia a la entidad con la que tuviere concertado el préstamo o

La doctrina ha indicado que en las franjas de población descritas en el artículo 3.1 del Real Decreto-ley 6/2012, la mayoría de la renta proviene de fuentes no controlables ni gravadas [economía sumergida], por lo que se producirán bolsas de sobreinclusión, pero también de infrainclusión si la familia no está en condiciones de procurarse alguno de los medios de prueba señalados en el artículo 3.2 del Real Decreto-ley, pues *estos exigen un coste muy importante monetario y de tiempo, con lo que finalmente la acreditación del umbral de exclusión acabará siendo imperfecta y finalmente entregada al criterio de la entidad financiera [si no quiere discutirse en la vía judicial]*²³.

A) *Reestructuración de la deuda hipotecaria*

a) *Moderación de los intereses moratorios*

Si el deudor se encuentra dentro del estrecho ámbito de aplicación definido por los artículos 2 y 3 del Real Decreto-ley 6/2012, puede solicitar una moderación de los intereses moratorios. De acuerdo con el artículo 1108 del Código Civil, «si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios [art. 1101 CC], no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos [como intereses de demora], y a falta de convenio, en el interés legal». Estos intereses moratorios solo se deben a instancia de parte. Como señala CORREDOR SIERRA, cuando un deudor hipotecario deja de pagar las cuotas de amortización del préstamo hipotecario, los intereses de demora, al aplicarse sobre la totalidad del capital prestado durante todo el tiempo que el procedimiento de ejecución hipotecaria consume entre la mora y el remate, encarecen la deuda final alrededor de un 30 por 100. *Por ello resulta imprescindible limitar tanto el tipo máximo legal a aplicar en los intereses de demora, así como la cantidad sobre la que se calculan.* El artículo 4 del Real Decreto-ley dispone a propósito de los intereses moratorios que «en todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria *en los que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión*, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, será *como máximo* [hubiese pacto al respecto, o se aplicase, en su defecto, el interés legal fijado cada año

crédito». De acuerdo con el artículo 6.4 del Código Civil en relación con el artículo 7.1 y 2 del Real Decreto-ley, la medida de la responsabilidad del deudor vendrá determinada por el artículo 7.2 del Real Decreto-ley.

²³ CARRASCO PERERA, A., «Hipotecas y desahucios bajo el umbral de subsistencia», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 842/2012 (BIB 2012/891).

en la Ley de Presupuestos del Estado, que ha sido de un 4 por 100 en 2010 y en 2011] el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo *un 2,5 por 100 sobre el capital pendiente del préstamo*». Ahora bien, por capital pendiente del préstamo puede entenderse, no el capital pendiente de amortización, sino el *capital impagado*, como señala dicha autora, lo que responde al espíritu del precepto de producir una moderación de los intereses moratorios. Para la aplicación de esta medida no será preciso que la entidad haya suscrito el Código de Buenas Prácticas recogido en el Anexo del Real Decreto-ley, pues el artículo 4 no se refiere a tal exigencia. Tampoco parece que sea preciso que el deudor cumpla los requisitos del artículo 5.2 Real Decreto-ley, relativos a que el precio de adquisición de la vivienda no hubiera superado determinado valor en función del número de habitantes del municipio en que aquella radicara. *No será de aplicación, en todo caso, dicha moderación del interés moratorio a deudores o contratos distintos de los regulados en el presente Real Decreto-ley (art. 4.2). Por lo tanto, quedan excluidos deudores que no cumplan los requisitos del artículo 3, a pesar de que puedan encontrarse en una situación económica difícil (lo que resulta rechazable, pues la cuestión estriba en si objetivamente son abusivos y usurarios los intereses de demora pactados en los contratos de préstamo hipotecario, sea cual fuere la situación económica del concreto deudor al que se apliquen), los contratos que se celebren a partir del 12 de marzo de 2012, así como los contratos consumados por cumplimiento voluntario o ejecución forzosa a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley, pues ya no se encontrarían vigentes. La medida es aplicable, en todo caso, cualquiera que sea el momento o trámite de la ejecución (incluso ya anunciada la subasta o producida esta).*

Cabe preguntarse si el artículo 4 del Real Decreto-ley fija un *dies a quo* a partir del cual aplicar la medida de moderación, o quiere significar simplemente que para aplicar la medida será precisa la iniciativa del deudor hipotecario. A nuestro juicio, el artículo 4 se refiere a esto último, aplicándose la medida de moderación *retroactivamente, desde la fecha en que comenzó a devengarse el interés de demora con arreglo al artículo 1100 del Código Civil*, pues ello se deduciría del artículo 2 del Real Decreto-ley al señalar que «las medidas previstas en este Real Decreto-ley se aplicarán a [la vida de] los contratos... que estén vigentes a la fecha de su entrada en vigor», habiéndose establecido una retroactividad, no de grado mínimo [como se desprendería de entender que el artículo 4 fija un *dies a quo*, que en todo caso, debería admitir la retroactividad para los intereses moratorios devengados a partir del 11 de marzo de 2012 (fecha de entrada en vigor de la norma)], sino, por lo menos, *de grado medio (intereses moratorios devengados antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley y cuyo pago se exige después)*, pues ello se desprendería de los principios que presidían las Disposiciones Transitorias del Código Civil, aptas para resolver los problemas de Derecho Transitorio a falta de disposiciones expresas del legislador (art. 4.3

y 1.4 CC) cuando es claro el espíritu retroactivo de la norma (art. 2.3 CC), las cuales admitían *retroacciones en lo favorable, y de grado mínimo y, en algún caso, de medio*.

Desde luego, la solución legal es más favorable al deudor que la que aplicaba la jurisprudencia, la cual, en general, recurría al criterio del artículo 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo, aplicando analógicamente un límite máximo a los intereses de demora consistente en una tasa de 2,5 veces el interés legal del dinero (vid. ut infra).

Podemos concluir que si bien la moderación de los intereses moratorios, tiene un ámbito de aplicación mayor que el Código de Buenas Prácticas a que nos referiremos después (umbral de exclusión, pero sin necesidad de que la entidad crediticia haya suscrito el Código de Buenas Prácticas y sin necesidad de estar en las circunstancias del artículo 5.2 Real Decreto-ley; en cualquier momento de la ejecución; retroactividad de grado medio de la medida) *no resuelve el problema de los intereses ya pagados antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley (cuya devolución podría solicitarse aplicando la Ley Azcárate de 1908 de represión de la usura, o el Texto Refundido de la LGDCU (art. 85.6 en relación con el art. 83, teniendo presente que la acción de nulidad es imprescriptible y permite destruir la apariencia de validez de un negocio jurídico, incluso consumado), y que la doctrina denunciaba como abusivos. Tampoco resuelve el problema de los intereses abusivos pactados en los créditos hipotecarios que quedan al margen del Real Decreto-ley 6/2012. Según CARRASCO PERERA, la limitación de los intereses moratorios en el artículo 4 se expandirá incondicionalmente, a pesar de la prohibición expresa de interpretación extensiva [o de aplicación analógica], que se hace en el artículo 4.2 del Real Decreto-ley²⁴, a créditos hipotecarios y no hipotecarios que superen el umbral de exclusión, pues del mismo modo ha venido funcionando expansivamente el artículo 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo, que se ha convertido en el lugar común de todas las moderaciones judiciales de la tasa de intereses moratorios. A su juicio, este será el efecto más positivo y contundente del Real Decreto-ley 6/2012, a pesar de venir prohibido por la norma²⁵.*

Es posible, en efecto, que se proceda del modo dicho, pero en todo caso, puede resultar de aplicación la doctrina aplicada por las Audiencias Provinciales e incluso por el Tribunal Supremo, a que he aludido antes y que resume, por ejemplo, el AAP de Girona (Sección 2.^a), de 21 de diciembre de 2009 (JUR 2010/247186). Esta doctrina jurisprudencial utiliza el artículo 19.4 de la

²⁴ Artículo 4.2: «Esta moderación de intereses no será aplicable a deudores o contratos distintos de los regulados en el presente Real-Decreto ley».

²⁵ *Op. cit. loc. cit.*

Ley de Crédito al Consumo²⁶, que fija un interés máximo para los descubiertos en cuenta corriente de 2,5 veces el interés legal del dinero, aplicando por analogía dicho precepto a los intereses moratorios reclamados en ejecuciones hipotecarias, cuando son abusivos (arts. 83 y 89 RD-Leg. 1/2007, de 16 de noviembre, TRLGDCU y otras leyes complementarias, que prohíben imponer una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones), procediendo a un *control de oficio* por el Tribunal por ser nulos y a *inadmitir la demanda ejecutiva en que se pida ejecución por un tipo de interés de demora superior a dicho límite* (AAP de Gerona, Sección 2.^a, de 21 de diciembre de 2009)²⁷. Igualmente, puede aplicarse el artículo 1154 del Código Civil (en relación con el Texto Refundido LGDCU, art. 85.6 y 83.1 y 2 y la Ley Azcárate), que señala que «el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor», precepto este en que el Código Civil remite exclusivamente al Juez a la equidad para resolver la controversia jurídica, de modo que según el artículo 3.2 del Código Civil, en este caso, la resolución del Tribunal podrá descansar *de manera exclusiva en la equidad, puesto que la ley expresamente lo permite*²⁸.

b) El Código de Buenas Prácticas

El Código de Buenas Prácticas, regulado en el Anexo del Real Decreto-ley 6/2012, contempla tres medidas, supletoria cada una de la anterior, para la reestructuración viable de las deudas hipotecarias. La primera de dichas medidas consiste en un plan de reestructuración que permita la viabilidad del crédito para el deudor de modo que la cuota hipotecaria mensual no sea superior al 60 por 100 de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar. La segunda medida consiste en una quita de parte del capital pendiente de amortización, de modo que la cuota hipotecaria mensual quede ajustada a los dichos límites. Y finalmente, para aquellos deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 Real Decreto-ley 6/2012, «para los

²⁶ En la actualidad el precepto que recoge la norma mencionada es el artículo 20.4 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (BOE de 25 de junio de 2011).

²⁷ En línea idéntica o similar, AAP de Girona (Sección 2.^a), de 14 de mayo de 2007 (JUR 2007/304316); 19 de noviembre de 2007 (JUR 2008/76471); 8 de octubre de 2008 (JUR 2009/388293); AAP de Girona (Sección 1.^a), de 20 de marzo de 2007 (JUR 2007/290696); 18 de junio de 2009 (JUR 2009/390804), de 10 de septiembre de 2010 (JUR 2010/387155) y AAP de Córdoba (Sección 1.^a), de 26 de julio de 2011 (JUR 2011/379968).

²⁸ Cfr. GARCÍA AMIGO, M., *Derecho Civil de España. I. Parte General*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Madrid, 1997, pág. 186.

que la reestructuración y las medidas complementarias, en su caso, no resulten viables conforme a lo establecido en el apartado 2 [del anexo]», esto es, no se logra reducir su esfuerzo hipotecario a límites razonables (cuota hipotecaria mensual igual o inferior al 60 por 100 de los ingresos de la unidad familiar) *una dación en pago liberatoria, cualquiera que sea el valor de mercado de la vivienda hipotecada, y el importe del crédito pendiente de amortización*²⁹. El Real Decreto-ley 6/2012 establece unas extraordinarias limitaciones en cuanto a la aplicación del Código de Buenas Prácticas: umbral de exclusión muy estricto (art. 3), hipotecas que recaigan sobre viviendas cuyo precio de adquisición no supere ciertos límites (art. 5.2); contratos vigentes a la fecha de su entrada en vigor (art. 2); entidades adheridas (art. 7); solicitud antes de que se termine de anunciar la subasta si el proceso de ejecución hipotecaria está en curso (para la reestructuración de deudas y para la dación en pago, no así para la quita que puede solicitarse en cualquier momento); inexistencia de cargas posteriores sobre la vivienda [a favor de terceros] (para la dación en pago).

Aunque la norma pretenda proteger a los deudores con menos recursos y que están prácticamente en situación de exclusión social, y en tal sentido no es una norma inútil, como dice ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, deja fuera *a la práctica totalidad de los adquirentes en la época de precios más altos que son los que están en mayores dificultades*, pues por ejemplo, en el año 2006, el precio medio de una vivienda de 70 metros cuadrados era superior al límite legal en todos y cada uno de los barrios de Madrid y Barcelona, de modo que con estas limitaciones se penaliza a las personas que viven en familia y que, por tanto, necesitan una vivienda mayor, y por tanto, más cara, por modesta que sea. *Por lo tanto, muchísimas familias en situación de riesgo de exclusión social, como familias sin ingresos cuya vivienda tiene un valor superior al máximo legal (art. 5.2), o en las que trabaje algún miembro de la familia, pero con sueldo bajo*³⁰, *van a quedar fuera del ámbito de aplicación del Código de*

²⁹ COUSO PASCUAL plantea que la quita es una medida complementaria [no supletoria] para el caso de que la cuota resultante de la reestructuración planteada sea superior al 60 por 100 de los ingresos conjuntos de los miembros de la unidad familiar (COUSO PASCUAL, J. R., «La protección a los deudores hipotecarios y las posibilidades de los acreedores financieros», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 44, julio-agosto, 2012, pág. 29). En efecto, esta interpretación es correcta, en el sentido de que cuando se aplique la quita, deberá aplicarse al mismo tiempo las medidas de ampliación del plazo de amortización, carencia en la amortización de capital, etc., previstas en la reestructuración. Esto es, al paso 1 (reestructuración viable), deberá sumarse el paso 2 (quita de parte del capital pendiente de amortización), para lograr la viabilidad financiera del deudor, salvo que ya se haya anunciado la subasta en el procedimiento de ejecución hipotecaria, en que sólo cabrá la quita aislada. En cuanto a si la aplicación de la quita es potestativa o no para las entidades financieras, vid.: JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «Consecuencias legislativas del Auto de 17 de diciembre de 2010 de la Audiencia Provincial de Navarra. El Real Decreto-ley 6/2012...», *op. cit. ut supra*.

³⁰ Si bien se impone una interpretación correctora en sentido estricto del artículo 3.1.a) del Real Decreto-ley 6/2012, en el sentido de que los ingresos de *cualquiera de los cónyuges* en

Buenas Prácticas. Ello no significa que la norma sea inútil, pero sí insuficiente, dado el altísimo índice de desempleo y la existencia de casi nueve millones de hipotecas constituidas entre 2000 y 2008.

Se ha dicho también que realmente el Código de Buenas Prácticas, redactado unilateralmente, sin tener en cuenta a las asociaciones de consumidores, ha plasmado en el papel *lo que ya las entidades crediticias hacían en la práctica*, y que por eso, 88 entidades financieras se adhirieron inmediatamente al Código (Resolución de 10 de abril de 2012, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la empresa, por la que se publican las entidades que han comunicado su adhesión voluntaria al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, BOE de 12 de abril de 2012).

B) *Modificación del procedimiento de ejecución extrajudicial*

El artículo 12 del Real Decreto-ley introduce un procedimiento de ejecución extrajudicial *especial para caso de tratarse el bien hipotecado de la vivienda habitual del deudor*. Esto es, a la ejecución extrajudicial de bienes hipotecados regulada en el artículo 129 de la LH y sujeta al procedimiento previsto en los artículos 234 a 236.o) del Reglamento Hipotecario, se le introducen *ciertas especialidades, en el caso de que el procedimiento se siga contra la vivienda habitual del deudor*.

Estas especialidades podrán aplicarse con carácter general (art. 2 del Real Decreto-ley). Por lo tanto, *a contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre o no situado en el umbral de exclusión, que estén vigentes a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley (11 de marzo de 2012) o que se celebren con posterioridad*. La clara retroactividad del Real Decreto-ley comentado, invita a traer como Derecho supletorio a la Disposición Transitoria 6.^a de la LEC (art. 2 y 4 LEC), de manera que los procesos de ejecución *ya iniciados al entrar en vigor el Real Decreto-ley se registrarán por lo dispuesto en este para las actuaciones ejecutivas que aún puedan realizarse o modificarse hasta la completa satisfacción del ejecutante*. En todo caso, será preciso si se pretende iniciar un procedimiento extrajudicial ajustado a las nuevas especialidades que en la escritura de constitución de la hipoteca sobre la vivienda habitual del deudor (hipoteca que pudo ser consti-

caso de situación de normalidad matrimonial no impiden que el deudor hipotecario esté situado en el umbral de exclusión (como no lo impiden los ingresos del cónyuge separado legalmente o del cónyuge divorciado), siempre que la cuota hipotecaria a abonar resulte superior al 60 por 100 de los ingresos netos que perciba la familia (art. 3.1.b), para evitar la discriminación hacia la familia en situación de normalidad matrimonial, y particularmente para sus hijos.

tuida para la adquisición de la vivienda o para otros fines), *se haya pactado la venta extrajudicial (ante Notario) del bien hipotecado conforme al artículo 1858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada (art. 129 LH y art. 234.1 y 2 RH), siempre que se cumplan también los requisitos del artículo 235 RH.*

En la Disposición Final tercera del Real Decreto-ley, se prevé el desarrollo reglamentario de la ejecución extrajudicial, señalándose que en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley (o sea, antes del 11 de septiembre de 2012), el Gobierno aprobará las normas reglamentarias precisas *con el fin de simplificar el procedimiento de venta extrajudicial*, las cuales incorporarán, entre otras medidas, la posibilidad de subasta electrónica. Pero, entre tanto, mientras tales medidas no se aprueben, resultarán de aplicación los artículos 234 a 236 del RH con las especialidades previstas en el artículo 12 de este Real Decreto-ley, para el caso de tratarse el bien hipotecado de la vivienda habitual del deudor.

Se indica, en primer lugar, que la realización del valor del bien se llevará a cabo a través de una *única subasta [como ocurre con la subasta judicial]* frente a las tres previstas anteriormente, *para la que servirá de tipo el pactado en la escritura de constitución de hipoteca*. Anteriormente, en la primera subasta, el tipo era el pactado en la escritura de constitución de hipoteca; en la segunda el tipo era el 75 por 100 del correspondiente a la primera y la tercera, se celebraba sin sujeción a tipo. Además el RH no señalaba expresamente cuál era el valor de adjudicación del bien hipotecado para el acreedor hipotecario en la tercera subasta (art. 236.g.7.1.º RH en relación con 236.i.3 y 4 y 236.k.1 y 2). La reforma introducida mejora la situación para el deudor hipotecario. Parece que con esta reforma el legislador ha querido aproximar en alguna medida las reglas de la subasta del procedimiento ejecutivo hipotecario extrajudicial y del procedimiento ejecutivo hipotecario judicial, dado que *se establece que el acreedor sólo podrá adjudicarse el bien hipotecado por cantidad igual o superior al 60 por 100 del valor de tasación*.

El diferente trato que recibía el deudor hipotecario si el acreedor ejecutaba la garantía por este procedimiento extrajudicial, antes de la reforma introducida por el Real Decreto-ley 6/2012, contrariando las garantías que proclamaba la reforma del Real Decreto-ley 8/2011, fue puesto de manifiesto en un comunicado de la Junta Directiva del Colegio Notarial de Cataluña, de 26 de enero de 2012. Dicha Junta Directiva daba varias razones para entender que las garantías de los artículos 670 y 671 LEC, tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 8/2011, debían extenderse a las previsiones del Reglamento Hipotecario. Dichas razones consistían en que las normas de realización de las garantías son normas de orden público, especialmente cuando tienen por objetivo la protección del deudor. Además, que la venta extrajudicial se regula en una norma con rango reglamentario, cuya fuerza legal deriva de la remisión que a él realiza el

artículo 129 LH, reformado por la Disposición Adicional 9.^a de la LEC y que no es admisible que una norma reglamentaria (art. 236.g.6 RH), contradiga lo establecido en los artículos 670 y 671 LEC, que son normas de orden público y de carácter general. Por último, que el RH regula las formalidades de la venta extrajudicial mientras que la LEC contiene *normas sustantivas que garantizan los derechos de las partes, en particular del deudor*. Dichas objeciones también fueron puestas de manifiesto por el Colegio Notarial de Madrid. Como no podía dejarse a la mejor apreciación del Notario ante el que se abriese la ejecución, la aplicación de las garantías del Real Decreto-ley 8/2011, se ha reformado el RH para sujetar la venta extrajudicial a garantías semejantes a las que dispone el procedimiento especial de ejecución hipotecaria³¹.

Pero, con todo, continúa existiendo el problema del artículo 105 LH, en relación con el artículo 579 LEC, y la agravación de sus consecuencias por el pinchazo de la burbuja inmobiliaria. Además, en el Derecho español existe una diversidad de régimen jurídico para los distintos casos de adjudicación en pago.

Habría obligación de otorgar carta de pago en el artículo 1872 del Código Civil (procedimiento de ejecución notarial de la prenda); en el artículo 87 LHMPD (procedimiento de ejecución extrajudicial de la hipoteca mobiliaria); en el artículo 94 LHMPD (procedimiento de ejecución extrajudicial de la prenda sin desplazamiento) y artículo 569.20.4 del Código Civil de Cataluña (procedimiento de ejecución notarial de la prenda en el Derecho Civil catalán). Pero no habría tal obligación en el caso del artículo 671 LEC en relación con el artículo 579 LEC ni en el procedimiento extrajudicial de venta ante notario de vivienda habitual hipotecada, dada la existencia del artículo 105 LH.

Esta diversidad de régimen jurídico en materia de ejecución de garantías reales pienso que no está justificada porque se trata en esencia del mismo supuesto de hecho y, por tanto, el ordenamiento jurídico debe dar la misma respuesta jurídica, y en todo caso, no fijar una solución peor para el deudor cuando la garantía viene constituida por su vivienda familiar, vivienda objeto de protección constitucional. Así, pues, cabe pensar que el artículo 671 LEC, en su nueva redacción y el procedimiento de ejecución extrajudicial de vivienda familiar, ocasionan una desigualdad jurídica inadmisiblemente contraria al artículo 14 CE, pues la circunstancia de tratarse de una garantía real distinta de la hipoteca inmobiliaria, no justificaría un trato diferente, al tratarse en esencia del mismo supuesto de hecho³². Esta desigualdad quedaría en buena parte salvada

³¹ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., «Ejecuciones hipotecarias», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2012 (BIB 2012/421).

³² Cfr. PÉREZ GARCÍA, M. J., «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.

gracias a la interpretación del artículo 671 y 579 de la LEC que postulo en el epígrafe III.

C) *Acceso al alquiler de las personas afectadas por desahucios y sujetas a medidas de flexibilización de las ejecuciones hipotecarias*

Para aquellas personas que hubieren sido objeto de una resolución judicial de lanzamiento de su vivienda habitual como consecuencia de procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria, *con posterioridad al 1 de enero de 2012 (por ejemplo, en el caso de ejecuciones hipotecarias a las que no pudo aplicarse el Código de Buenas Prácticas por haberse anunciado ya la subasta, o por no entrar en el ámbito de los arts. 3 y 5.2 del Real Decreto-ley, o por no haberse adherido la entidad crediticia acreedora a dicho Código)* se prevé en el artículo 13 que *podrán ser beneficiarios de las ayudas a los inquilinos, en los términos establecidos en los artículos 38 y 39 del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, siempre que presenten la solicitud de ayuda en un plazo no superior a 6 meses desde que se produjo el lanzamiento. Dichas personas tendrán la consideración de colectivo con derecho a protección preferente para el acceso a las ayudas, en los términos establecidos en el artículo 1.2 del citado Real Decreto.*

Si bien el precepto marca una fecha (1 de enero de 2012) a partir de la cual, si se produce el lanzamiento de la vivienda familiar, podrá optarse a dichas ayudas, teniendo presente que el artículo 2 Real Decreto-ley indica que el artículo 13 es de aplicación general, entiendo que cabe corregir el tenor literal del artículo 13, a la luz del artículo 2, de manera que a dichas ayudas también puedan acceder las familias desahuciadas antes del 1 de enero de 2012, pues lo contrario supondría un trato discriminatorio carente de justificación.

Dichas ayudas podrán obtenerlas también los solicitantes que suscriban un contrato de arrendamiento como consecuencia de la aplicación de la dación en pago prevista en el Código de Buenas Prácticas, cuando sus ingresos familiares no excedan de 2,5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), determinados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.1 del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre (art. 14).

3. CONCLUSIONES DEL ESTUDIO REALIZADO

De todo lo expuesto hasta el momento se desprende que las medidas adoptadas por el legislador son parciales, por su reducido ámbito de aplicación (Código de Conducta y moderación de los intereses moratorios), dudosa retro-

actividad (modificación del art. 671 LEC) y falta de resolución de la problemática planteada por el artículo 105 LH (a pesar del incremento del patrimonio inembargable, de haber elevado el porcentaje mínimo de la adjudicación y de haber establecido ayudas para el alquiler), dejando en todo caso ámbitos en los que el deudor hipotecario sigue estando desprotegido frente a la problemática generada por el sobreendeudamiento hipotecario. Por ello, entiendo que continúa siendo necesario realizar una interpretación en el momento procesal más adecuado [bien en el decreto de adjudicación al acreedor hipotecario, bien en la admisión/inadmisión del despacho de la ejecución ordinaria posterior a la ejecución hipotecaria, bien a la hora de resolver la oposición del deudor a dicha ejecución posterior (art. 579 LEC, en su nueva redacción dada por la Ley 37/2011)], en la línea que inició el discutido AAP de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010.

Dicha línea jurisprudencial consiste en entender que *sólo procede continuar la ejecución como ordinaria sobre otros bienes del deudor por las cantidades que resulten ser superiores al valor de tasación inicial del inmueble, una vez sumados principal reclamado más intereses y costas*. Con esta interpretación no se limita absolutamente el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, obligando al acreedor a otorgar carta de pago si se adjudica el bien en la subasta, lo que puede ser difícil de sostener dado el artículo 105 LH [si bien no imposible teniendo en cuenta lo expuesto antes sobre la desigualdad inadmisibles (art. 14 CE) entre procedimientos de ejecución de garantías reales, máxime cuando la solución más adversa para el deudor se plantea en el caso de la hipoteca inmobiliaria, siendo precisamente esta garantía la que con más frecuencia recae sobre la vivienda familiar, objeto de protección constitucional], sino que, por lo menos, *se modera el principio de responsabilidad patrimonial universal (arts. 1911 CC y 105 LH)*.

III. LA DEFENSA DEL DEUDOR HIPOTECARIO TRAS LAS REFORMAS LEGISLATIVAS EN MATERIA DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y REESTRUCTURACIÓN DE LA DEUDA HIPOTECARIA. ARGUMENTOS DOCTRINALES A FAVOR DE LA MODERACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL POR LOS TRIBUNALES

El discutido Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010, que ha iniciado una línea jurisprudencial en el sentido que aquí se defenderá fue del siguiente tenor.

Ante la solicitud del acreedor hipotecario, adjudicatario de la vivienda ejecutada por una cantidad algo superior al 50 por 100 de su valor de tasación, de continuar la ejecución sobre otros bienes del deudor, por importe de

28.129,52 € de principal y 8.438,86 €, calculados para intereses, costas y gastos, la Audiencia confirma la resolución del Juzgado número 2 de Estella, que deniega proseguir la ejecución, *salvo por la cantidad que se apruebe en la oportuna tasación de costas y liquidación de intereses que se practique*, por entender que con la adjudicación del bien, tasado inicialmente en 75.900 € a efectos de subasta y de concesión del crédito, *el principal [esto es, 71.000 €] y algo más ha quedado satisfecho*. El argumento consiste en que como la adjudicación no se produce a favor de un tercero postor, en cuyo caso el ejecutante recibiría sólo el valor de la aprobación del remate, sino a favor del propio ejecutante, el cual, si bien, nominalmente paga por el bien una cantidad algo superior al 50 por 100 de su valor de tasación, en su patrimonio no entra el bien con tal valor, sino con el valor real de mercado que, atendiendo a la valoración de la finca a efectos de subasta acordada en la escritura de crédito hipotecario es de 75.900 €, la petición de continuar la ejecución sobre otros bienes del deudor para reclamar principal es abusiva. La Audiencia confirma esta argumentación, y si bien señala que *formalmente* no habría abuso de derecho, pues la ley procesal permite a la parte ejecutante solicitar lo que solicita, la valoración que se hace en la escritura de constitución del préstamo constituye un *acto propio del banco*, que realizó o aceptó la tasación, *no constando en los Autos otro valor de tasación*, y teniendo en cuenta que *el préstamo no se hubiera concedido si la finca no hubiera tenido un valor suficiente para garantizarlo. Como los derechos deben ejercitarse con arreglo a las exigencias de la buena fe (que prohíbe la actuación de la persona contra sus propios actos), no procedería continuar la ejecución más que en los términos indicados por el Juzgado, moderándose así con esta interpretación la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC y 105 LH), que no es limitado de modo absoluto y dándose una interpretación diversa de la mayoritaria de los artículos 579, 671, 654, 672 o 692 de la LEC*.

En definitiva, la línea jurisprudencial que abrió la Audiencia de Navarra (Sección 2.ª), consiste en entender que solo procederá continuar la ejecución por las cantidades que en su día resulten ser superiores al valor de tasación del inmueble, una vez sumados principal reclamado más intereses y costas que se tasen y aprueben.

Por el contrario, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo permitiría continuar la ejecución al acreedor hipotecario, como ordinaria, sobre otros bienes del deudor, por la diferencia entre el montante total de la deuda y el importe nominal de la adjudicación. Así STS de 16 de febrero de 2006 (RJ 2006/720), *que niega en casos como el enjuiciado por la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2.ª) la existencia de un enriquecimiento sin causa o de un abuso de derecho*, línea seguida también por las SSTs de 8 de mayo de 1996 (RJ 1996/3782), 8 de julio de 2003 (RJ 2003/4334), 18 de noviembre de 2005 (RJ 2005/7733), 24 de mayo de 2007 (RJ 2007/3438), 2 de julio de 2007 (RJ 2007/3788) y 25

de septiembre de 2008 (*RJ* 2008/5570)³³. Según el Tribunal Supremo, no cabe aplicar la doctrina del enriquecimiento sin causa cuando el beneficio patrimonial es consecuencia de pactos libremente asumidos (STS 26 de junio de 2002, *RJ* 2002/5499) o existe una expresa disposición legal que lo autoriza (STS 31 julio 2002, *RJ* 2002/8436), debiendo exigirse para considerar un enriquecimiento como ilícito e improcedente que el mismo carezca absolutamente de toda razón jurídica, es decir, que no concurra justa causa, entendiéndose por tal una situación que autorice el beneficio obtenido, sea porque existe una norma que lo legitima, sea porque ha mediado un negocio jurídico válido y eficaz (STS 18 febrero 2003, *RJ* 2003/1049). En relación con las alegaciones de abuso de derecho, el Alto Tribunal en STS de 16 de febrero de 2006 señala: «Como dice la STS de 8 de mayo de 1996 (*RJ* 1996/3782)... no puede alegarse abuso del derecho frente al acreedor adjudicatario cuando se han cumplido los trámites legales prevenidos en el artículo 131 LH, y la actuación del banco ejecutante, justificada por los presupuestos que legitiman acudir a este procedimiento especial, se ajusta a aquellos trámites. En efecto, resulta incompatible con la apreciación de abuso del derecho la constancia de que el derecho de adjudicación ha sido ejercitado por quien, pese a ser acreedor, está legitimado expresamente para ello, y lo ha hecho con sujeción a los requisitos exigidos, de tal suerte que el provecho que pueda haber obtenido, como ha quedado reseñado al examinar el anterior motivo de casación, resulta de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico con el fin de facilitar la realización de las garantías hipotecarias, ante la falta de uso por el deudor de sus facultades para elevar el precio del remate, y, por consiguiente, no puede estimarse que el acreedor sobrepase los límites normales del ejercicio del derecho, desde el punto de vista de su función económico-social, por el hecho de que no renuncie a resarcirse del total de su crédito y, al propio tiempo, trate de obtener del bien adjudicado ventajas económicas admisibles en el tráfico negocial».

Pero la cuestión no era pacífica en las Audiencias (SAP de Gerona, Sección 1.ª, de 12 de marzo de 2002, SAP de Palma de Mallorca, Sección 3.ª, de 4 septiembre de 1997). En todo caso, la jurisprudencia expuesta se refería al

³³ En la Jurisprudencia menor puede citarse en contra del sentir del AAP de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010, la SAP de Granada (Sección 3.ª), de 25 de febrero de 2004 (*JUR* 2004/105900); SAP de Madrid (Sección 14.ª), de 10 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/249236); AAP de Ciudad Real (Sección 1.ª), 30 de septiembre de 2004 (*JUR* 2004/286374); SAP de Málaga (Sección 6.ª), de 13 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/147276); SAP de Sevilla (Sección 6.ª), de 29 de abril de 2005 (*JUR* 2005/142979); AAP de Madrid (Sección 19.ª), 14 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/173153); AAP de Cádiz (Sección 2.ª), de 27 de abril de 2007 (*JUR* 2007/201109); SAP de Murcia (Sección 3.ª) de 19 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008/133284); AAP de Sevilla (Sección 8.ª), de 11 de febrero de 2008 (*JUR* 2011/233600); AAP de Castellón (Sección 3.ª), de 6 de mayo de 2008 (*JUR* 2008/310439).

antiguo procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, con tres subastas, y la tercera sin sujeción a tipo.

En relación con la nueva LEC 2000, la cuestión de la interpretación de los artículos 671 y 579 LEC se perfila del siguiente modo:

El artículo 671 LEC señalaba: *«Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por el 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos»*. Según una primera interpretación, esta segunda alternativa sólo acontecería cuando la cantidad adeudada fuera inferior a aquel porcentaje, según expliqué antes, de modo que la ley fijaría como mínimo legalmente admisible para aceptar la adjudicación *el importe global de lo reclamado*. Se decía que esta interpretación era acorde con el artículo 670.4. III, 647 y 651 LEC y que otra interpretación carecería de sentido. De tal manera, que la adjudicación por el 50 por 100 de del valor de tasación, de conformidad con los artículos 570, 654.1 y 672.1.I LEC, no extinguiría la deuda. De manera que la LEC 2000 no obligaría al acreedor ejecutante que se adjudica el bien hipotecado subastado a otorgar carta de pago, permitiéndole reclamar la diferencia entre la cantidad adeudada inicialmente (incrementada por los intereses de demora, costas y gastos de la ejecución) y el precio de adjudicación del bien (50 por 100 del valor de tasación), *incluso en aquellos casos en los que el acreedor haya enajenado a un tercero el bien que se adjudicó y haya obtenido con dicha venta una cantidad suficiente para saldar la totalidad de la cantidad adeudada inicialmente o incluso mayor que esta*³⁴. En consecuencia, por «producto» en el artículo 579 habría que entender el «importe de la adjudicación» y no el bien en sí mismo considerado, pues de otro modo, el artículo 579 carecería de sentido por falta de objeto, como igualmente los artículos 654, 672 o 692, todos ellos de la LEC, en su redacción anterior a la Ley 13/2009. Esta interpretación se ha perfilado como mayoritaria en la jurisprudencia.

Pero el AAP de Ciudad Real (Sección 2.^a), de 7 de marzo de 2006, aunque no la comparta, reconoce que es posible argumentar que solo se puede acudir a la facultad de adjudicarse el bien por el 50 por 100 del valor de tasación *en el caso de que la deuda sea igual o inferior a ese valor*³⁵, adjudicándose por la cantidad que se deba por todos los conceptos cuando la deuda es superior a la mitad del valor de tasación del inmueble. Desde esta perspectiva, parece lógico que pueda entenderse que el artículo 579 LEC cuando habla de «producto» de la subasta se refiera al bien en sí mismo, valorado según la tasación que

³⁴ En este último sentido, PÉREZ GARCÍA, M. J., «La realización del valor de los bienes en los procesos de ejecución...», *op. cit.*

³⁵ En cuyo caso se paga la adjudicación con el importe del crédito y aportando la diferencia (prohibición del pacto comisorio, art. 1859 CC).

sirve de tipo a la subasta, pues con ello matizaría en beneficio del acreedor el artículo 671 LEC, permitiéndole reclamar la diferencia entre el total de la deuda reclamada y el 100 por 100 del valor de tasación, respetando el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 105 y 140 LH y 1911 CC). Que era posible dar aquella interpretación al artículo 671 LEC se desprendería de lo siguiente:

Si observamos el artículo 670.4. III (en su redacción anterior a la repetida Ley 13/2009) que contiene la última regla sobre aprobación de remate, en caso de subasta con postores, el precepto señalaba que *«se aprobará el remate a 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. Si la mejor postura no cumpliera estos requisitos, el tribunal, oídas las partes, resolverá sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor. Cuando el tribunal deniegue la aprobación del remate, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente»*. De acuerdo, pues, con dicho precepto, si la postura no alcanzaba a cubrir la cantidad por la que se había despachado la ejecución y suponía un sacrificio patrimonial *importante* para el deudor, el tribunal no aprobaría el remate, aplicándose el artículo 671 LEC. *Significa esto que la ratio del artículo 671 en relación con el artículo 670.4.III consiste en evitar un sacrificio patrimonial importante para el deudor. Por otro lado, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 647.2 LEC, el acreedor ejecutante ha de mejorar la postura que se hubiere hecho, evidentemente, de modo sustancial, para lograr la ratio de evitar ese sacrificio patrimonial importante para el deudor. Pero ello sólo se logra con la segunda interpretación ofrecida, que se torna así una interpretación perfectamente viable en términos jurídicos.*

Esta interpretación puede mantenerse hoy, tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 8/2011 con la diferencia de que el importe mínimo de la adjudicación al acreedor hipotecario será el 60 por 100 del valor de tasación, debiendo este adjudicarse la vivienda por cantidad igual o superior al 60 por 100 del valor de tasación, teniendo presente, que la adjudicación *por un importe superior a ese límite inferior legalmente establecido no puede quedar, tal y como parece resultar de una primera lectura del artículo 671 LEC (que es un precepto sustantivo), a la libre determinación del acreedor. La adjudicación, pues, por el 60 por 100 debería determinarse en caso de que la deuda fuera de*

importe inferior (abonando el acreedor la diferencia) o en caso de que fuera de importe igual o superior, por el porcentaje equivalente a dicho importe, al menos, adjudicándose por el 100 por 100 del valor de tasación inicial, si la deuda es superior a tal valor, y reclamando la diferencia mediante ejercicio de la acción personal a través del artículo 579 LEC. Es evidente, que el precio de la adjudicación no puede quedar a la libre determinación del acreedor, pues a ello se opondría el artículo 1256 del Código Civil, según el cual el cumplimiento (también el forzoso), del contrato no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, y el artículo 1449 del Código Civil, según el cual en la compraventa, el señalamiento del precio no podrá dejarse nunca al arbitrio de uno de los contratantes, teniendo presente que en la adjudicación al acreedor subyace una venta en la que el precio es el crédito o parte de crédito que se extingue. Por lo tanto, habría que interpretar que la libertad del acreedor está en decidir si procede o no a solicitar la adjudicación, y en este sentido debería entenderse el verbo «podrá», pero tomada la decisión de adjudicación, el precio de la misma (o importe de crédito que se extingue), se determina de forma objetiva en el sentido explicado, pudiendo verificarse una nueva tasación ajustada al valor actual de mercado, de modo que dicho precio sea el importe de adjudicación, como postula GÓMEZ GÁLLIGO, pero únicamente si dicho valor es superior al 60 por 100 del valor inicial de tasación (por imperativo legal) y siempre que con dicho importe, por lo menos, se extinga la totalidad de la deuda. En caso contrario, deberían aplicarse las reglas indicadas antes. Se trata en todo caso, de escoger la regla objetiva que en el caso concreto mejor responda al espíritu del precepto, que es maximizar el resultado de la subasta en beneficio del deudor. De manera que, si la deuda es inferior al 60 por 100 del valor de tasación, la adjudicación debería producirse, como mínimo, por el 60 por 100 aportando el acreedor en metálico la diferencia entre el precio de adjudicación y crédito que se extingue (pero el Tribunal podría exigir una tasación actual y aplicar dicho precio, si el precio resultante de la nueva tasación fuese superior al 60 por 100 del valor de tasación inicial); si el importe de la deuda es igual o superior al 60 por 100 del valor de tasación inicial e inferior al 100 por 100 de dicho valor, por lo menos, el acreedor debería adjudicarse el bien por el importe de la deuda (si bien nuevamente el Tribunal podría exigir una tasación actual, y si el precio resultante de la misma fuese superior al importe de la deuda, entender adjudicado el bien por dicho precio, aportando el acreedor en metálico la diferencia) y si el importe de la deuda total (principal, intereses y costas) es superior al 100 por 100 del valor de tasación inicial, lo que será lo más frecuente según se desprende de la jurisprudencia que sigue la línea iniciada por el AAP de Navarra, Sección 2.^a, de 17 de diciembre de 2010, la adjudicación procederá por importe igual al 100 por 100 de dicho valor de tasación inicial, aunque el valor de mercado actual fuera inferior, pudiendo reclamar el exceso sobre ese 100 por 100 mediante ejercicio de la acción personal a través del artículo 579 LEC. De

*este modo, se traslada al acreedor el riesgo de depreciación del inmueble que voluntariamente asumió, según expliqué en el epígrafe I. Se logra, además así una interpretación sistemática del artículo 671 LEC con el artículo 670.III.4 del mismo cuerpo legal y con los artículos 1256 y 1449 y 1859 del Código Civil. Igualmente, se obtiene una interpretación acorde con la *mens legislatoris*, como he indicado antes, pues el legislador, en el Real Decreto-ley 8/2011 (Exposición de Motivos) señala que «se modifica 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 un precio nunca inferior al 60 por 100 del valor de tasación. Se establece, por tanto, un límite equilibrado, impidiéndose cualquier adjudicación al acreedor inferior al 60 por 100 del valor de tasación, independientemente de la cuantía de la deuda total, y ello con el fin de evitar el despojo del deudor».

Dadas las circunstancias en que se han concedido los préstamos hipotecarios y la situación excepcional que atraviesa España, probada por la misma forma de legislar a base de Decretos-Leyes, previstos por el artículo 86 CE para casos de extraordinaria y urgente necesidad, hay que pensar además que el elemento de la realidad social en la interpretación de las normas exige *no tomar literalmente el artículo 671 que habla de que el acreedor «podrá» adjudicarse el bien por cantidad igual o superior al 60 por 100 del valor de tasación, sino, acomodándolo a las circunstancias pretéritas (de concesión de los préstamos) y presentes (de crisis económica extraordinaria), en el sentido de que el acreedor es libre o no de pedir la adjudicación, pero no libre de fijar su precio cuando ha realizado o ha admitido una valoración artificiosa del inmueble, y por lo tanto ha procedido a «inflar» el crédito concedido.*

En conclusión, lo que es claro es que resulta preciso interpretar el artículo 671 LEC de manera que pueda anularse o reducirse al máximo la deuda pendiente, entendiendo, por lo menos siempre que pretenda proseguirse una ejecución ordinaria por un remanente de deuda y esta en su conjunto (principal, intereses y costas) sea superior al 100 por 100 del valor de tasación inicial, que el «producto insuficiente» de la subasta, es el bien en sí mismo considerado valorado según la tasación inicial. Con ello se modera el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor (arts. 105 LH y 1911 CC) y, al menos la totalidad del principal prestado, se extingue con la adjudicación del bien, salvo que el montante de principal prestado hubiese excedido del valor de tasación inicial del inmueble. De este modo, en ejecución ordinaria posterior, solo podría exigirse la liquidación de intereses y las costas del procedimiento, teniendo presente que la responsabilidad personal del deudor por dichos conceptos puede reducirse también por la vía de moderar los intereses

*moratorios en el sentido explicado antes, e incluso los remuneratorios, aplicando la Ley Azcárate*³⁶.

³⁶ Esta interpretación es la que expresamente acoge el Auto de 10 de enero de 2012, del Juzgado de Instrucción, número 3 de Torrejón de Ardoz (*JUR* 2012/59745). Producida una adjudicación por el 50 por 100 del valor de tasación a favor de la entidad ejecutante, el ejecutado recurrió en revisión el decreto de adjudicación, solicitando que la adjudicación se verificara por *el total por el que se despachó la ejecución, sin perjuicio de la liquidación de los intereses y costas pendientes, liquidación a la que deberá restarse la cantidad resultante de restar al valor de tasación el principal reclamado*. El Juzgado estima el recurso por entender que si bien el artículo 671 faculta en principio al ejecutante a actuar como obró, y que formalmente su actuación estaría amparada en la norma, «sin embargo, a otra conclusión se llega si se tiene en cuenta el contexto de crisis económica excepcional que rodea el caso que hace que la postura del ejecutante devenga abusiva y pueda dar lugar a un enriquecimiento injusto de aquel, tal y como aduce el recurrente. Para llegar a esta conclusión es necesario poner de manifiesto dicho contexto como pauta interpretativa que ha de guiar la aplicación sistemática de las normas (art. 3.1 CC)».

«TERCERO.—Es un hecho notorio, exento de prueba (art. 281.4 LEC), que al menos durante una década, que podría situarse entre la segunda mitad de los años 1990 y el año 2008, tomando como hitos las fechas de aprobación en el ámbito estatal, de sucesivas leyes del suelo en nuestro país (Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, derogada por la Ley 8/2007, de 28 de mayo de Suelo, derogada, a su vez, por el actual Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que el mercado inmobiliario nacional e internacional ha sido utilizado como moneda de cambio. Las entidades bancarias y otros operadores del mercado financiero concedían préstamos para sufragar cualquier tipo de operación (empresa, negocio o contrato) en la que hubiera de por medio un bien inmueble que le sirviera de garantía. *Frente a un eventual impago del crédito financiado, la entidad confiaba en no tener problema en ver satisfecho su crédito, pues la garantía que se le ofrecía a cambio valía la cantidad prestada, si no más*. Haciendo un paralelismo histórico, parecía que un nuevo patrón-oro iba a descubrirse: el patrón-inmueble. Sin embargo, al igual que ocurriera con el patrón-oro, la moneda de cambio terminó por devaluarse por una situación de crisis económica internacional, todavía vigente y que puso y ha puesto de manifiesto *que el bien en el que se confiaba como sustento del sistema económico había sido valorado artificiosamente y que no valía aquello que quienes habían fijado su precio —las entidades de crédito— decían que valía*. Estalló la denominada “burbuja inmobiliaria”, propiciada por tales entidades, haciendo tambalearse al sistema económico.

CUARTO.—Llegados a este punto, la solución del caso planteado en vía de recurso pasa por aplicar la ley teniendo en cuenta esta situación de excepción. Podría objetarse que no existe tal situación y que no hay razón alguna para no hacer una lectura literal del artículo 671 LEC y desestimar el recurso. Sin embargo, que la situación de crisis económica es especialmente grave y excepcional, comparable al crack de 1929 o a la crisis del petróleo de 1973, es otro hecho difícil de rebatir y en todo caso *resulta probado por la forma de legislar a base de la aprobación gubernamental de continuos Decretos-leyes desde 2008, como autoriza el artículo 86.1 de la CE, dirigidos en su mayoría a paliar los efectos de la crisis: paro, endeudamiento y falta de liquidez pública y privada. En concreto, en el año 2008 se dictaron 10 Decretos-leyes; en el año 2009, su número ascendió a 14; a 15 se llegó en 2010 y el 2011 se cerró con 20 Decretos-leyes dictados [muchos de los cuales enuncia a continuación]...*

QUINTO.—La aplicación automática de la regulación de la ejecución hipotecaria desconociendo esta situación actual de crisis económica excepcional *conllevaría dejar exento de responsabilidad a uno de los partícipes, como entidad financiera, en la causación de dicha situación, al haber valorado el bien objeto de garantía especulativamente o de manera*

Teniendo, pues, presente esta interpretación de los referidos preceptos, la

irreal, y le permitiría además adquirir el citado bien por un precio irrisorio y continuar adelante con la ejecución contra los bienes personales del deudor exigiendo una cantidad dineraria que rozaría incluso el importe del préstamo concedido. De permitir esto se estaría amparando una operación, si bien más sofisticada y perjudicial para el sistema económico global como se ha demostrado, que no difiere mucho de la usura, proscrita por nuestro ordenamiento desde la Ley Azcárate de 23 de julio de 1908 (arts. 1 y 9)», concluyendo que la actuación de la parte ejecutante de solicitar la adjudicación en tales términos y pretender continuar la ejecución sobre otros bienes del deudor constituye un enriquecimiento injusto y un abuso de derecho.

El Juzgado estima el recurso, revisando el decreto de adjudicación, en el sentido de establecer que la adjudicación se produzca *por la cantidad debida por todos los conceptos, declarando saldada la deuda [el valor de tasación era superior al principal], estableciendo que «siendo líquida la cantidad debida en concepto de principal de 263.553,74 euros, y con carácter previo a fijar definitivamente el importe de adjudicación, habrá de practicarse la liquidación de los intereses y las costas devengados en la ejecución, una vez firme el presente».*

La argumentación que he dado en el cuerpo del trabajo se apoyaría también en algunos de los argumentos esgrimidos por el AAP de Córdoba, Sección 3.ª, de 1 de febrero de 2012, que señala lo siguiente:

CUARTO: «La subasta es una de las formas de enajenación de los bienes hipotecados. Sobre esta base no puede perderse de vista, que la subasta no deja de ser una venta pública por mandato con la intervención de la autoridad judicial. Al someterse los bienes a subasta pueden producirse, tal y como la parte apelante [el ejecutado] puso oportunamente de manifiesto en el acto de la vista, dos escenarios: uno en el que efectivamente concurren licitadores y uno de ellos ofrezca una postura legalmente admisible; otro en el que por quedar la misma desierta (así aconteció en este caso; acta de subasta de 15 de octubre de 2009), el acreedor pide en el plazo de veinte días la adjudicación del bien ofrecido en subasta «por cantidad igual o superior al 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos» (redacción vigente al tiempo de los hechos del art. 671 de LEC; y si bien ello no tiene virtualidad práctica en el presente caso, sí es conveniente destacar que dicha norma, merced al Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, ha quedado redactada del siguiente tenor: “Si en el acto de la subasta no hubiera ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al sesenta por ciento de su valor de tasación”). Esa dualidad de escenarios debe ser tenida en cuenta a la hora de interpretar el artículo 579 pues, sobre ambos escenarios (salvo que estemos en presencia de una hipoteca de responsabilidad limitada merced al pacto previsto en el art. 140 LH) gravita el principio de responsabilidad personal que con carácter general proclama el artículo 1911 del Código Civil, y que con especial referencia a las obligaciones hipotecariamente garantizadas refleja el artículo 105 de LH. *En el primer escenario la actuación, en su caso, de esta responsabilidad personal y general por vía de la transformación procedimental que permite el artículo 579 de LEC no ofrece problema práctico alguno, pues estamos en presencia de una cantidad ofrecida por un tercero, y es claro que el crédito del acreedor hipotecario sólo se verá reducido en el importe del remate; dicho en otras palabras, el producto del bien hipotecado sometido a subasta es el importe del remate, y dicho importe en cuanto que es una cantidad líquida y determinada permite establecer un lineal juicio de su suficiencia para determinar si ha sido cubierto o no el crédito.* En el segundo escenario (adjudicación del inmueble al acreedor hipotecario)... hagamos análisis del mismo a la luz de los artículos 671 y 579 de LEC en relación con otras normas, en especial artículos 557 y 558 de la misma LEC y artículos 1256 y 1449 del Código Civil.

solución adoptada por la AP de Navarra tiene base jurídica. No es nuestro

QUINTO.—La adquisición del inmueble por el acreedor hipotecario que previene el artículo 691 de LEC (*sic*) [se refiere al art. 671 LEC] *es una forma de adquirir la propiedad de naturaleza onerosa que encuentra su consumación y reflejo formal en el auto que aprueba la adjudicación. La onerosidad de la misma radica en la contraprestación que para adquirir el bien ha de satisfacer el acreedor; la cual consiste en una paralela extinción de su crédito «por cantidad igual o superior al 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos» (en la actualidad «por cantidad igual o superior al sesenta por ciento del valor de tasación»).*

Llegados a este punto deben de remarcarse dos extremos:

- La propia realidad de las cosas pone de manifiesto, y así viene a expresarse el propio legislador en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley de 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios..., que las ejecuciones hipotecarias pueden dar lugar a situaciones abusivas; por ello y en lo relativo a la adjudicación a favor del acreedor se impide que la misma pueda ser inferior a determinado porcentaje, «y ello con el fin de evitar el despojo del deudor».
- *La adjudicación por un importe superior a ese límite inferior legalmente establecido no puede quedar, tal y como parece resultar de una primera lectura del artículo 671 de LEC a la libre y bondadosa determinación del acreedor; pues a ello se opondrían, en lo que se refiere al cumplimiento de la obligación de la que surge la deuda, esto es, el contrato de préstamo, y en lo que se refiere a la venta que subyace en el sistema de subastas, los principios respectivamente extraíbles de los citados artículos 1256 y 1449 del Código Civil.*

Se desprende de esto último que el importe de la adjudicación tiene que estar objetivamente relacionado con el valor real del bien adjudicado, y si así no lo fuese, nada impide que el ejecutado, ante el intento del acreedor de actuar *ex* artículo 579 la responsabilidad personal nacida del préstamo, pueda deducir oposición (ya al margen de la celeridad y eficacia que demanda la virtualidad de la inicial garantía hipotecaria) de conformidad con los artículos 557 y 558, aduciendo pago y, en su caso, pluspetición. Así lo hemos indicado en el razonamiento jurídico segundo...

Consecuencia de ello en la tesitura del segundo escenario antes indicado (adjudicación del bien al acreedor hipotecario), y en trance de oposición, es que cuando el artículo 579 habla de «producto insuficiente para abrir (*sic*) el crédito», dicha expresión debe sistemáticamente interpretarse en el sentido de *valor real del bien en el momento de la adjudicación* [el Tribunal entiende que es el valor de mercado actual. El ejecutado había aportado nueva tasación, reciente y anterior a la adjudicación, y por la que se determinaba que el bien valía más que el valor inicialmente fijado como tipo para la subasta] ... Junto a las razones de derecho material antes apuntadas, también es de tener en cuenta en este sentido, que pudiendo haber utilizado el precepto una terminología linealmente concorde con la del procesalmente antecedente artículo 671 («importe de la adjudicación», o similar) el caso es que no lo ha hecho.

SEXTO.—En conclusión; como es el caso que la responsabilidad personal universal que proclama el artículo 1911 del Código Civil requiere como presupuesto de actuación, por vía de lo establecido en el artículo 579 de LEC, la pervivencia de una obligación válidamente exigible; como es el caso, que el ejecutado dicha pervivencia es la que ha venido a cuestionar al aludir a la terminación de la ejecución forzosa por razón de «la completa satisfacción del acreedor ejecutante», lo cual es materialmente equivalente a la extinción de la obligación mediante el pago; y como es el caso que ello ha resultado documental y probatoriamente constatado; la consecuencia debe de ser la de estimar el presente recurso de apelación puesto que el importe de valor real del bien al tiempo de la adjudicación es superior no sólo a la cantidad por la que el mismo fue adjudicado, sino también a la cantidad que aquí se exigía

objeto determinar si tal interpretación debe adoptarse per se en todo caso de adjudicación al ejecutante de un inmueble subastado. Pero lo que nos resulta indudable es que es posible mantenerla para la defensa del deudor hipotecario en los momentos actuales.

Aparte de esta interpretación sistemática y acorde al elemento de la realidad social (art. 3.1 CC), cabe señalar *otros recursos jurídicos* que permiten llegar a la solución postulada por la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2.^a)^{37 38}.

como remanente del crédito. Todo ello conlleva que en este caso concreto procede dejar sin efecto la ejecución despachada».

³⁷ De fechas recientes, puede citarse en contra de la línea del AAP de Navarra, Sección 2.^a, el AAP de Navarra (Sección 3.^a), de 28 de enero de 2011 (AC 2011/40); SAP de Ciudad Real (Sección 1.^a), de 13 de diciembre de 2010 (JUR 2011/54485); AAP de Madrid (Sección 11.^a), de 26 de octubre de 2010 (AC 2010/2046); AAP de Madrid (Sección 11.^a), de 15 de octubre de 2010 (JUR 2011/17660). A favor, sin embargo, AJPI núm. 44 de Barcelona, de 4 de febrero de 2011 (AC 2011/42); AJPI núm. 8 de Valladolid, de 27 de febrero de 2012 (AC 2012/357); AJI núm. 3 de Torrejón de Ardoz, de 10 de enero de 2012 (JUR 2012/59745); AAP de Girona (Sección 2.^a), de 16 de septiembre de 2011 (AC 2011/2172).

³⁸ Los argumentos de contrario que formulan doctrina y jurisprudencia pueden encontrarse resumidos en el AAP de Castellón (Sección 3.^a), de 20 de febrero de 2012 (JUR 2012/165579). El Juzgado de 1.^a Instancia, núm. 3 de Vinaròs, denegó el despacho de la ejecución solicitado por el Banco Pastor, S. A., como continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria por los trámites de la ejecución ordinaria, por las cantidades que la parte ejecutante solicita (aplicando los arts. 671 y 579 de la LEC, entendiendo que «producto» es el importe de la adjudicación por el 50 por 100 del valor de tasación), sin perjuicio de la ejecución que, en su caso, pueda interesar, una vez tasados y aprobados intereses y costas, por las cantidades que resulten ser superiores al valor de tasación de la finca subastada, una vez sumados el principal reclamado (suma de capital e intereses ordinarios y de demora devengados hasta el 29 de abril de 2009), más los mencionados intereses y costas que se tasen y aprueben. El Banco Pastor, S. A., interpuso recurso de apelación.

La Audiencia señala que la cuestión jurídica que se plantea al tribunal ha sido resuelta anteriormente por la misma Sección 3.^a de la AP de Castellón en los autos de 26 y 27 de enero y 17 de febrero de 2012. Por lo que reitera lo ya argumentado acerca de la *improcedencia de denegar el despacho de la ejecución en el caso contemplado*. La Audiencia señala que el artículo 1911 del Código Civil y 105 LH son preceptos imperativos; que el contenido de los artículos 671 LEC, así como del artículo 654.1 y 672.1 de la misma, es tan claro y categórico que impiden al juez eludir la aplicación de la normativa mencionada, no pudiendo asumir funciones reservadas al legislador, sino aplicar la ley al caso concreto en aras del principio de seguridad jurídica; que el Auto de 28 de enero de 2011, de la Sección 3.^a de la Audiencia de Navarra, ha señalado que actuaciones como la llevada a cabo por la juez *a quo* en su resolución afectan al principio de seguridad jurídica en cuanto 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 (habiéndose pronunciado en igual sentido el AAP de Navarra (Sección 1.^a), de 10 de febrero de 2011, 11 de abril de 2011 y 29 de marzo de 2011; que se comete un error al identificar el valor de tasación que sirvió de tipo para la subasta, con el valor real de mercado, pues este ha podido disminuir respecto del valor de tasación debido a las circunstancias económicas y a la grave crisis que atraviesa el sector inmobiliario (el valor de tasación lo que hace es marcar un mínimo legal de adjudicación del bien a favor del acreedor, al señalar que este será del 50 por 100); si el legislador hubiera querido que el

1. ES FUNCIÓN DE LOS JUECES HACER JUSTICIA POR MEDIO DEL DERECHO

En efecto, la norma literal no convierte al aplicador de la misma en un autó-mata que no pueda plantearse su ajuste o no a la Constitución, su interpretación conforme a los principios generales del Derecho informadores del ordenamiento jurídico (art. 1.4 CC), su acomodación en cierta medida a circunstancias surgidas después de la promulgación del precepto, esto es, su interpretación acorde a la realidad social (art. 3.1 CC) su aplicación equitativa (art. 3.2 CC), su aplicación de acuerdo con la *mens legislatoris*, etcétera³⁹. De manera que el principio de seguridad jurídica no tiene por qué conllevar una mera aplicación mecánica e invariable del derecho sin que exista un ámbito de apreciación del órgano judicial (de hecho, en el ámbito de la subasta de inmuebles, puede observarse que el artículo 670.4 LEC otorga ese ámbito amplio de apreciación al Tribunal y al Secretario Judicial en relación con la aprobación del remate cuando la mejor postura, siendo inferior al 50 por 100 del valor de tasación, no cubre la cantidad por la que se hubiere despachado ejecución).

No cabe citar la seguridad jurídica para negar discrecionalidad al juez. Lo que procede es rechazar la arbitrariedad del juez, cuyas decisiones son recurri-

acreador ejecutante se adjudicara las fincas tras la subasta sin postores por el 100 por 100 del tipo de subasta, así lo habría regulado, sin embargo lo que la Ley explícitamente regula es que se puede solicitar la adjudicación por el 50 por 100 o por la deuda, y ese es el valor de la adjudicación; la seguridad jurídica impone que aquellas resoluciones que sean firmes, como el auto de adjudicación, no puedan modificarse de oficio por el órgano judicial, salvo lo previsto en el artículo 240 LOPJ, por ser cosa juzgada formal, al imponerlo así el principio de inalterabilidad de las resoluciones judiciales consagrado en el artículo 667 de la LOPJ y 9.3 CE; a la vista de la doctrina sentada por el TC en STC de 29 de noviembre de 1999 (RTC 1999/214); 11 de septiembre de 2006 (RTC 2006, 262) y 24 de abril de 2006 (RTC 2006/118) se concluye que el derecho a la tutela judicial efectiva se proyecta no sólo sobre el aspecto meramente formal de la motivación de las resoluciones judiciales sino también sobre el contenido jurídico-material de dicha argumentación; la motivación del Auto recurrido, tras indicar que el ejecutante ha actuado conforme a la ley, a continuación describe su pretensión como abuso de derecho, incurriendo en incongruencia con sus propias resoluciones; la dicción literal del artículo 671 LEC hace que resulte que la resolución recurrida al estimar que no puede aplicarse «en este caso», el artículo 579 de la LEC, no tenga como base el ordenamiento jurídico, sino una valoración moral subjetiva que lleva a la inaplicación del ordenamiento por razones de oportunidad, olvidando la sujeción de los Jueces a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, no debió el juzgado denegar el despacho de la ejecución, lo que no obsta a lo que pudiera acordarse si la parte deudora formalizara la oposición, en cuyo caso habría que dar respuesta a las cuestiones planteadas en dicho trámite. Vid. los argumentos doctrinales en los trabajos de 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, 2011.

³⁹ Cfr. 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 números 111/10 (AC 2011/1) y 4/2011 (AC 2011/40) de las secciones segunda y tercera de la ILMA. Audiencia Provincial de Navarra (BIB/2011/331)», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2011.

bles, y el ejercicio abusivo de su función jurisdiccional. Para una y otra conducta hay normas jurídicas que evitan esa inseguridad jurídica. Lo que sería contrario a la seguridad jurídica y a la CE es que los jueces en estos casos, de ejecución de títulos no judiciales, no hicieran labor interpretativa alguna de la norma y procedieran a su automática aplicación. Ante ello, la consecuencia evidente sería negar que forme parte del estatuto judicial la función de ejecutar lo juzgado [o los títulos que llevan aparejada ejecución] (art. 117.3 CE)⁴⁰.

En definitiva, es función de los jueces hacer justicia por medio del Derecho.

2. DADAS LAS CIRCUNSTANCIAS DE CONCESIÓN DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS, EL RIESGO DE DEPRECIACIÓN DE LA VIVIENDA HIPOTECADA LO DEBE SOPORTAR PRINCIPALMENTE EL ACREEDOR, LO QUE SE VERIFICA CON LA INTERPRETACIÓN PROPUGNADA

En efecto, si partimos de que el valor real de mercado es valor de tasación inicial del inmueble, y que este es el que entra en el patrimonio del deudor con la adjudicación, obtenemos el resultado de que el riesgo de depreciación del inmueble lo soporta principalmente el acreedor hipotecario. Ciertamente, el valor de tasación inicial de un inmueble puede o no coincidir con el valor real de mercado, que es la cantidad que alguien está dispuesto a pagar por un bien en un momento preciso. Ahora bien, la cuestión es que dadas las circunstancias en que se concertaron los préstamos, puede considerarse que dicho valor real es el valor de tasación inicial, sin caer en una ficción jurídica. Trataré de demostrarlo a continuación.

De acuerdo con el artículo 5 de la Ley del Mercado Hipotecario, en su redacción originaria, vigente hasta el 8 de diciembre de 2007, los préstamos hipotecarios que van a servir de garantía a la emisión de cédulas, bonos y participaciones hipotecarias (títulos del mercado secundario hipotecario), si se concedían para financiar la adquisición de viviendas, no podían alcanzar, en principio, más allá del 80 por 100 del valor de tasación del inmueble. Dicho artículo 5 fue modificado por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre⁴¹, señalando que «reglamentariamente se determinarán también las condiciones en que se podría superar la relación del 80 por 100 entre préstamo garantizado y valor de la vivienda hipotecada, sin exceder del 95 por 100 de dicho valor, *mediante garantías adicionales prestadas por entidades aseguradoras o entidades de*

⁴⁰ *Op. cit.*

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

crédito. Será la entidad de crédito acreedora quien sufrague el coste del aval bancario o quien figure como tomador del seguro y sufrague su coste. En ningún caso podrá repercutirse su coste sobre el deudor hipotecario» (vid., art. 5 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, que desarrolla la LMH, con vigencia desde el 3 de mayo de 2009).

Nótese la necesidad de garantías adicionales para superar la ratio del 80 por 100 del valor de tasación, lo que mostraría la irresponsabilidad anterior en la concesión de créditos por parte de las entidades financieras cuando superaron dicho margen (así, en el caso del Auto de Navarra). Vid. también el artículo 9 del Real Decreto 716/2009.

Como, además, los Bancos antes de conceder un préstamo para la adquisición de una vivienda realizan la tasación, que les sirve para decidir si la operación es viable y valorar los riesgos, hay que entender que si el Banco realizó los correspondientes análisis de riesgos y decidió conceder determinado porcentaje de financiación sobre el valor de la vivienda, que ya explicamos era un valor sobrevalorado, él asumió un riesgo de que la garantía no resultara suficiente para cubrir el incumplimiento, por su más que probable depreciación, riesgo que en el fondo era asumido, *porque se esperaba verlo cubierto a través no de la garantía hipotecaria, sino del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC y exigencia de fiadores), en un claro uso abusivo de tal principio.* Por ello, de producirse la adjudicación de la vivienda al acreedor hipotecario en la subasta desierta, es posible interpretar, que el valor real que entra en el patrimonio del acreedor, no es el valor actual de mercado, sino el valor inicial en que la entidad de crédito tasó (o aceptó la tasación), en la escritura de constitución de hipoteca. Ya que como indicaba la Exposición de Motivos de la LH 1861, *el valor de la finca hipotecada es la causa por que entra en la obligación el acreedor hipotecario. Por esa razón, habiéndole atribuido al bien un determinado valor, con todas las circunstancias concurrentes que hemos ido señalando, dicho valor debe ser considerado el «producto» de la adjudicación, debiendo soportar el riesgo de depreciación del inmueble. Esto es, a mi juicio, ni aun cuando el Banco demostrara en la ejecución ordinaria posterior, que el precio actual de mercado es inferior al valor tasado inicialmente, podría el juzgado continuar la ejecución sobre otros bienes del deudor más que en la cuantía de la deuda que exceda del 100 por 100 del valor de tasación inicial del inmueble.*

A mayor abundamiento hay que señalar que de acuerdo con el artículo 3 bis de la LMH (introducido por la Ley 41/2007), las sociedades de tasación y las entidades de crédito que dispongan de servicios propios de tasación deberán respetar las normas aplicables en las valoraciones de bienes que tengan por objeto el mercado hipotecario u otras finalidades financieras, determinando el incumplimiento de sus obligaciones la aplicación del régimen sancionador previsto en este precepto, que califica como infracción muy grave la falta de

prudencia valorativa. Si la falta de prudencia valorativa es sancionable administrativamente, es evidente que desde el punto de vista civil, debe tener una repercusión contractual respecto del deudor, parte débil en la contratación.

Además, hay que tener en cuenta que las entidades financieras son los profesionales y los hipotecantes de la vivienda son los consumidores, y por ello la diligencia de los primeros debe de ser de grado superior a la de los segundos, debiendo responder los primeros de los riesgos de valoración. *Además cabe alegar que según el artículo 12.3 del Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo, cualquier responsabilidad de orden civil que pudiera derivarse de la valoración recaerá sobre la entidad de crédito, si fue efectuada por profesionales adscritos a sus servicios de tasación*⁴². Por lo tanto, producida la adjudicación, puede entenderse sobre la base de los razonamientos expuestos (que constituyen un primer grupo argumentativo), que lo que entra en el patrimonio del acreedor es el bien en sí mismo considerado con su inicial valor de tasación.

3. EL USO ABUSIVO DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL

Como he señalado antes, las entidades crediticias han hecho un uso abusivo del principio de responsabilidad patrimonial universal. En este sentido cabe indicar que la RDGRN, de 19 de mayo de 2008 (RJ 2008/7714), ha considerado inscribible en el Registro de la Propiedad una cláusula por la que en el caso de que en el futuro (en un momento que se determinará por la entidad acreedora) subiera sustancialmente el valor de mercado de la finca hipotecada, se obliga al prestatario, a petición de aquella, a modificar el valor de tasación para adaptarlo al valor actualizado y de no hacerlo en cinco días, se considera apoderada irrevocablemente para hacerlo a la entidad acreedora, aunque incurra en auto-contratación. Señala la DGRN que «las especiales características del préstamo ahora enjuiciado hace aconsejable la previsión de un procedimiento para adaptar a lo largo de la vida del mismo, el tipo fijado para subasta a efectos de ejecución hipotecaria. [El Registrador había considerado la citada cláusula una falta insubsanable por contradecir los arts. 1256 CC y 117 LH]. Esta conveniencia, juega no sólo en beneficio del acreedor, que de esa manera puede tener más

⁴² El artículo 12 sobre obligaciones y responsabilidades de las sociedades de tasación homologadas y las entidades de crédito con servicios de tasación homologados, señala en su apartado 3, vigente y no modificado de forma expresa por ninguna disposición: «Con independencia de las sanciones que procedan con arreglo a lo dispuesto en la Disposición Adicional décima de la Ley 3/1994, de 14 de abril, cualquier responsabilidad de orden civil que pudiera derivarse de la valoración recaerá sobre la entidad de crédito o sobre la sociedad de tasación en cuyo nombre se efectúa, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los profesionales que hayan realizado la tasación».

posibilidades de ser reintegrado por esa vía de ejecución, de la totalidad de su crédito, sino también en beneficio del dueño de la finca hipotecada, pues cuanto más alto sea el valor de adjudicación, mayores posibilidades habrá de que exista sobrante, una vez satisfecha la deuda, de ahí que no deba rechazarse esa cláusula con el argumento de que con ello se estaría dejando el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 CC), por cuanto además de poder intervenir el deudor en la determinación del nuevo valor y de no rechazarse en ningún caso el que pueda solicitarlo él mismo, la posibilidad de reacción unilateral de la entidad acreedora ante eventuales oscilaciones en el valor de subasta de la finca hipotecada, está prevista en nuestra legislación reguladora del mercado hipotecario, donde se contempla el que si por razones de mercado o por cualquier otra circunstancia el valor del bien hipotecado desmereciese de la tasación inicial en más de un 20 por 100, la entidad financiera acreedora, acreditándolo mediante tasación efectuada a su instancia, podrá exigir del deudor hipotecante la ampliación de la hipoteca a otros bienes suficientes para cubrir la relación exigible entre el valor del bien y el crédito que garantiza». *La conveniencia que ve la RDGRN por las características del préstamo viene dada porque el prestamista concedía al prestatario que en aquellos casos en los que la cuantía del préstamo (principal incrementado por los intereses devengados y capitalizados) supere el valor de tasación de la finca, la responsabilidad del prestatario quedase limitada, estatuyéndose así una condonación parcial de deuda y una renuncia a la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal al amparo del artículo 140 LH. Esta condonación, exige como contrapartida que el valor de tasación de la finca (el de la subasta) sea siempre de mercado: si fuese mucho menor, la pérdida que podría sufrir el prestamista en atención a dicha condonación parcial sería demasiado grande. Además cuanto más se incremente el valor de tasación, tanto más plausible es que la ejecución de la hipoteca pueda dar lugar a una hyperocha (un remanente entre dicho valor de subasta y el montante de la deuda). En parecidos términos se pronuncia la RDGRN de 20 de mayo de 2008 (RJ 2008/7715).*

Es evidente que las entidades bancarias habrían podido incluir cláusulas de este tipo en los préstamos hipotecarios [téngase en cuenta que son las entidades bancarias las predisponentes de las condiciones generales de la contratación]. Y a nuestro juicio, la buena fe y el justo equilibrio entre las partes lo habría exigido, teniendo presente que se estaba inicialmente en un contexto alcista de precios. Sin embargo parece que no se ha hecho. Y no se ha hecho, por la razón que se induce a sensu contrario del razonamiento de la DGRN. Porque las entidades crediticias confiaban en utilizar el artículo 1911 CC y 105 LH y los artículos 579 y 671 LEC, en la interpretación mayoritaria de los mismos. Desde nuestro punto de vista, esto implica una falta de diligencia y un uso abusivo del principio de responsabilidad patrimonial universal. Se impone así al deudor, en el clausulado expreso del contrato, o implícito, por integración del contrato con la norma dis-

positiva (art. 1911 CC y 105 LH, no desplazada por voluntad de las partes) una garantía patrimonial desproporcionada por el contexto global en que se celebra el contrato (esto es, circunstancias concurrentes y clausulado predispuesto por la entidad). Garantía que, por lo tanto, puede ser considerada nula al ser contraria a la legislación de protección de los consumidores y usuarios.

A lo dicho cabe añadir que una tercera parte de todo el dinero prestado por las entidades financieras españolas lo ha sido a promotores inmobiliarios. Mucha deuda impagada de tales promotores se ha resuelto a través de daciones en pago y de nada ha servido aquí el artículo 1911 del Código Civil porque, obviamente, esas promotoras son sociedades limitadas o anónimas sin otro patrimonio al que acudir⁴³. Sin embargo, no resulta tan claro que debiese adoptarse dicha solución en tales casos si los créditos concedidos a tales promotoras eran utilizados como garantía de las operaciones de pasivo del mercado hipotecario. En efecto, el artículo 25.3 y 4 del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, vigente hasta el 2 de mayo de 2009, señalaba: «3. Las entidades emisoras no podrán posponer las hipotecas existentes a su favor en garantía de créditos afectados al pago de bonos, o que hayan sido objeto de alguna participación hipotecaria *sin el consentimiento del Sindicato de Tenedores de bonos, o de todos los partícipes del crédito respectivamente.*

4. Tampoco podrán, sin el expresado consentimiento:

...c) *Novar el crédito garantizado, condonarlo en todo o en parte o prorrogarlo*». La regulación actual se contiene en el artículo 4.3 y 4 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, en vigor desde el 3 de mayo de 2009, que en lo que interesa, es sustancialmente idéntica.

Dichas daciones en pago suponían una condonación parcial de la responsabilidad patrimonial universal del deudor-promotor, que en un futuro, aliviado por un convenio concursal en que se hubiese pactado una espera, hubiera podido, tal vez, hacer frente a sus deudas. Si esas daciones en pago no se hicieron con los consentimientos debidos, evidentemente adolecen de una grave irregularidad. Pero, *en todo caso, la admisión de daciones en pago a los promotores inmobiliarios por una entidad crediticia, y la correlativa persecución de otros bienes del deudor hipotecario consumidor por esa misma entidad tras una adjudicación por el 50 por 100 (o ahora el 60 por 100) del valor de tasación, unido a todo lo expuesto anteriormente, habla por sí mismo, del grave desequilibrio entre las partes (Banco-consumidor) y de la conducta abusiva de aquel, todo lo cual requiere de un correctivo judicial.*

Por otro lado, la conducta acuciante del acreedor puede demostrar la existencia de un abuso de derecho, si después de recibido un bien cuya tasación inicial es superior al crédito reclamado, exige continuar la ejecución sobre otros bienes

⁴³ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «Dación en pago hipotecaria», *op. cit.*, págs. 28, 29 y 30.

sin ni siquiera haber tomado posesión del bien adjudicado, haber procedido a su realización o explotación, o, en general, haber desarrollado conductas que permitan comprobar que *verdaderamente ha quedado insatisfecho*.

Además «si excluimos la aplicación del abuso del derecho en los supuestos en que exista la cobertura de una norma legal estamos negando la posible aplicación de la figura pues, *por definición el abuso de derecho requiere que una norma ampare a una persona en la titularidad y ejercicio formalmente legítimo de tal derecho*. El artículo 7.2 del Código Civil no dice casualmente cuando se refiere al ejercicio del derecho que su titular «sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho» sino que es precisamente este sobrepasar los límites del ejercicio de un derecho lo que da lugar a la percepción del abuso y a la consecuencia de que, entre otras medidas, se adopten las *judiciales que impidan su persistencia*. El artículo 11.2 LOPJ se refiere también expresamente a la figura y el artículo 247 de la LEC 1/2000 en su número 2 faculta a los tribunales o más bien les ordena rechazar «fundadamente» las peticiones o incidentes que se formulen con «manifiesto abuso de derecho»... *De lo dicho se desprende que nunca es argumento para excluir el abuso de derecho que haya amparo en una norma legal, sino justo lo contrario, que al amparo de una norma legal alguien proceda al ejercicio abusivo de su derecho*»⁴⁴. En definitiva, si la ley parece que ampara formalmente *continuar la ejecución por la diferencia entre el montante total de la deuda y el importe nominal de la adjudicación (60 por 100 del valor de tasación), según una interpretación estrictamente literal, no ampara realmente tal acto, ya que dicho acto por las circunstancias en que se realiza, que hemos analizado, sobrepasa manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho con daño para el deudor*.

Ahora bien, es evidente que si hay abuso de derecho, puede hablarse de enriquecimiento sin causa, pues ya no puede considerarse que el enriquecimiento del acreedor tenga su amparo en un pacto libremente asumido o en una expresa disposición legal que lo autoriza.

«Por otro lado, ¿qué pasa si después de la adjudicación... [por el 60 por 100 del valor de tasación] el banco vende la vivienda en un precio *muy superior* al de la adjudicación a un tercero, quizás dando a este una financiación del 100

⁴⁴ ROMERO CANDAU, P. A. y ROMERO CANDAU, R., «La continuación de la ejecución forzosa tras la subasta de los bienes hipotecados...», *op. cit.* Por ese motivo no compartimos la afirmación del Auto de 17 de diciembre de 2010, Sección 2.ª de la AP de Navarra, de que «no estaríamos ante un abuso de derecho, dado que en definitiva la ley procesal permite a la parte ejecutante solicitar lo que solicita». Si bien hay que destacar que el Auto hace una importante matización: «*desde el punto de vista formal y de estricto ejercicio del derecho*». Lo que conecta con su posterior referencia en el Auto de 16 de marzo de 2011, resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones, a la doctrina del abuso del derecho «*entendida jurisprudencial y doctrinalmente como la consideración de ser ilícito el ejercicio de los derechos, aunque estén reconocidos formalmente, cuando sea abusivo...*».

por 100 [esto no es una fantasía. En la actualidad entidades financieras están dando salida a su patrimonio inmobiliario concediendo las hipotecas en condiciones *totalmente distintas* de las ofrecidas en general: es frecuente incluso que cuando un particular va a solicitar un préstamo se le diga que se le deniega para esa vivienda que pretende comprar pero que se le ofrezca la compra y la financiación para otra del propio banco, en un caso claro de competencia desleal], y además reclama el resto de la deuda al prestatario? ¿Seguiremos estando seguros de que no existe enriquecimiento injusto ni abuso de derecho?⁴⁵ No cabría argumentar que no existe abuso de derecho en tal caso por parte del acreedor, ya que el deudor siempre tuvo la opción de vender el bien, pues como he explicado *ut supra*, en el actual contexto de crisis financiera y dada la forma de concesión de los préstamos hipotecarios, el deudor no tiene esa posibilidad en muchos casos⁴⁶.

⁴⁵ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «Dación en pago hipotecaria», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 36, marzo-abril, 2011.

⁴⁶ Esta situación se plantea en el caso resuelto por el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 8, de Valladolid. El banco se había adjudicado la vivienda hipotecada por el 50 por 100 de su valor de tasación (56.600 euros), la había puesto a la venta por un importe de 95.000 y pretendía continuar la ejecución como dineraria ordinaria por 18.269 € de principal, 7.800 para costas y gastos y 15.600 para intereses de demora. La ejecutada (avalista), calculaba un enriquecimiento injusto del Banco mínimo de 38.450 € a lo que habría que sumar el desfase de intereses al entender la ejecutante que el principal no quedó al momento de la adjudicación completamente satisfecho. Planteado recurso de revisión contra el decreto del Secretario Judicial que acordó continuar la ejecución por el principal reclamado y 10.000 presupuestados para intereses y costas, el Juzgador, siguiendo los razonamientos de la SAP de Girona de 16 de septiembre de 2011, rechaza la continuación de la ejecución, y aduce:

«TERCERO.—Tales criterios y razones [los de la SAP de Girona], que son los invocados por la ejecutada y que en gran medida comparte este Juzgador, son perfectamente aplicables al caso que nos ocupa en el que la entidad ejecutante, que fijó como valor de tasación de la vivienda el de 113.100 euros, que no solo es muy superior al principal del préstamo (78.000) y al principal aquí reclamado [en la ejecución hipotecaria] (74.819,71 €), sino que se hace coincidir, como suele ocurrir en otros préstamos hipotecarios, con el importe total del principal, intereses, gastos y costas, que normalmente no guarda relación con el valor real del bien, se adjudicó la vivienda por el 50 por 100 del valor de tasación, es decir 56.550 euros y al tiempo que insta la continuación de la ejecución por lo que falta pone a la venta la vivienda por un precio de 95.000 euros, como se infiere de la página Web aportada, lo que permite afirmar que en este caso la propia Caja ejecutante otorga un valor real y actual, pese a la crisis en el mercado, bastante superior a la deuda reclamada—sin olvidar que normalmente las entidades bancarias, después de adjudicarse la vivienda por el porcentaje legal del 50 por 100 del valor de tasación valoran el inmueble en un activo por el 100 por 100 de dicha tasación, lo cual no solo iría contra el principio de los propios actos en los términos indicados [por la SAP de Girona] sino que además, al tratarse de un supuesto en que no se produce la adjudicación a un tercero ajeno al pleito —en cuyo caso la ejecutante percibiría el valor de adjudicación o aprobación del remate— sino a favor del propio ejecutante que, al adjudicarse la vivienda por el 50 por 100 de su valor (113.100 euros), superior a la deuda reclamada (74.819,71 euros), instar la ejecución por la cantidad que falta hasta cubrir el crédito, y al mismo tiempo promover la venta de la vivienda por un precio de 95.000 euros, se produciría un enriquecimiento injusto, como dice la ejecutada, que además es avalista y no deudor principal, que lo

4. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS Y EL ARTÍCULO 7.1 DEL CÓDIGO CIVIL

De acuerdo con el artículo 5.3 de la LMH, en su redacción originaria y artículo 29 del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, «si por razones de mercado el valor del bien hipotecado *desmereciese* de la tasación inicial en más de un veinte por ciento, la entidad financiera acreedora, acreditándolo mediante tasación efectuada a su instancia, puede exigir del deudor hipotecante la ampliación de la hipoteca a otros bienes suficientes para cubrir *la relación exigible entre el valor del bien y el crédito que garantiza [80 por 100, recordemos, según la LMH]*. El deudor, después de requerido para efectuar la ampliación, podría optar por la devolución de la totalidad del préstamo o de la parte de este que exceda del importe resultante de aplicar a la tasación actual el porcentaje utilizado para determinar inicialmente la cuantía del mismo.

Si dentro del plazo de dos meses desde que fuera requerido para la ampliación, el deudor no la realizara, ni devolviera la parte de préstamo a que se refiere el párrafo anterior, se entenderá que ha optado por la devolución de la totalidad del préstamo, la que le será inmediatamente exigible por la entidad acreedora»⁴⁷.

Dados dichos preceptos, cabe decir en abstracto que, *si el Banco tasó o aceptó una tasación inicial, considero que el bien era suficiente garantía del préstamo que concedía, no estableció una cláusula de revisión del valor de tasación en caso de elevarse el mismo, tampoco hizo uso de las posibilidades*

cuantifica en 38.450 euros, que en ningún caso podría estar amparado por la Ley, y que, en definitiva permite afirmar, como decía la sentencia antes citada, que la actuación de aquella puede considerarse contraria al principio de la buena fe que debe presidir la ejecución de un derecho, como establece el artículo 7 del Código Civil.

CUARTO.—En función de todo lo expuesto, *aun cuando formalmente* cabría entender que la actuación de la Caja ejecutante se ajusta a la literalidad de la ley que le facultaba para solicitar la continuación por lo que faltaba, y en tal sentido sería ajustada a derecho la resolución recurrida que acordó la misma, sin embargo *sería contraria a las normas y principios jurídicos a los que aludimos, podría implicar un verdadero abuso de derecho, incluso un enriquecimiento injusto, y desde luego una actuación contraria a los principios de buena fe, y un uso antisocial del derecho en la medida en que es una actuación que por su objeto o por las circunstancias en que se realiza sobrepasa manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, en términos de la sentencia de 13 de octubre de 1983, pues la ratio legis de aquel en la ejecución hipotecaria es que el acreedor cubra la deuda que el prestatario tenga pendiente con el propio bien que la garantiza, por lo que es rechazable continuar una ejecución cuando aquella resulta satisfecha con la adjudicación de la vivienda cuyo valor de tasación e incluso de mercado actual, fijados por la propia ejecutante, es superior a la deuda, pues ello implicaría un beneficio injustificado en perjuicio del deudor, y en este caso además del avalista, lo que insistimos, en contrario a los principios citados».*

⁴⁷ La regulación actual se contiene en el artículo 9 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, en relación con el artículo 5 LMH, en la redacción dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, y con el artículo 5 del citado Real Decreto 716/2009.

que le brindaba el artículo 5.3 LMH y su reglamento de desarrollo, en caso de depreciación del valor de tasación por consecuencia de las condiciones del mercado, es evidente que con sus actos el Banco está aceptando que el valor real que entra en su patrimonio con la adjudicación del bien en la subasta es el valor de tasación inicial, que según sus propios actos no ha cambiado, por lo que no resulta antijurídico que los Tribunales interpreten el artículo 671 y 579 LEC en tal sentido, aplicando la doctrina de los propios actos. En este sentido debe tenerse en cuenta que es contrario al artículo 7.1 del Código Civil que señala que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, el que alguien actúe contra sus propios actos (así solicitando la continuación de la ejecución por unas cantidades cubiertas con el valor de tasación inicial del bien adjudicado). Y esta actuación contraria a la buena fe unida a lo expuesto antes sobre el abuso de la responsabilidad patrimonial universal puede conducir al juzgador a negar la continuación de la ejecución sobre otros bienes del deudor (excepto en lo que exceda el 100 por 100 del valor de tasación inicial), al amparo del artículo 11 LOPJ. *Una decisión judicial de tales características no podríamos decir que tiene por base una ficción judicial.*

Apoya esta argumentación la consideración de que de acuerdo con el artículo 30.1 del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, según la redacción dada por el Real Decreto 1289/1991, «los bienes sobre los que se constituya la hipoteca deberán contar con un seguro contra daños adecuado a la naturaleza de los mismos, y en el que la suma asegurada coincida con el valor de tasación del bien asegurado excluidos los elementos no asegurables por naturaleza»⁴⁸.

⁴⁸ En un sentido similar, el Auto del Juzgado de 1.ª Instancia, número 1 de Mataró, de 2 de febrero de 2012, quien señala hasta tres actos propios que justifican acoger la oposición [del deudor hipotecario]: 1) el valor que el banco ha dado al inmueble en tasación atendiendo a la disciplina del Banco de España; 2) la entidad tiene la obligación, según la *Circular 3/2008, de 22 de mayo (RCL 2008/1176), del Banco de España, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos* de calcular «...el valor de mercado de la garantía real de naturaleza financiera y lo reevaluarán con una frecuencia mínima semestral», lo que obliga a valoraciones adicionales que en ese caso no se hicieron; 3) El inmueble se incorpora a su patrimonio, conforme a las *Circulares 4/2004, de 22 de diciembre [a entidades de crédito sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros] (RCL 2004/2693)* y *3/2010, de 29 de junio [que modifica la anterior] (RCL 2010/1922)*, del Banco de España, que indica que los bienes adjudicados en subasta por entidades de crédito se incorporarán a su patrimonio, no por el valor de licitación en subasta y posterior adjudicación en el decreto [del Secretario Judicial] aprobando el remate, sino conforme al *valor razonable de los mismos, menos los costes de venta necesarios*. En esta resolución el juzgado subraya que requirió hasta en dos ocasiones al ejecutante para que manifestara *el último valor asignado al bien, sin que lo verificara, lo que justifica que luego atienda al valor que se dio en el momento de la tasación del bien al constituirse la garantía*. En la misma línea, el Decreto de 29 de diciembre de 2011 de la Secretaría del Juzgado de 1.ª Instancia, número 5 de Lleida, y el AAP de Córdoba, Sección 3.ª, de 1 de febrero de 2012 (RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.,

5. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y LA PROTECCIÓN DE LA PARTE MÁS DÉBIL EN LA CONTRATACIÓN

Se ha dicho que en sede de ejecución de un título no judicial no se deja de estar ante el deber de dar protección a los consumidores y usuarios. En efecto, la defensa de los mismos y la protección de sus legítimos intereses económicos, informará la práctica judicial (arts. 51.1 y 53.3 CE y art. 1 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias, en adelante, TR), esto es, *dará forma sustancial a las resoluciones judiciales* (cfr. *DRAE 2001*). El artículo 8.b) y f) del citado TR señala como derecho básico de los consumidores la protección en particular frente a la *inclusión de cláusulas abusivas en los contratos* y ante situaciones de *inferioridad*, subordinación e indefensión⁴⁹. El artículo 9 de la misma norma sería aplicable a una *protección prioritaria de dichos derechos cuando guarden relación directa con la vivienda familiar*, en cuanto bien de uso común, ordinario y generalizado⁵⁰. Finalmente, su artículo 80 señala como requisitos que deben 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.

En cuanto a la protección a la parte más débil en la contratación se trata de un principio que no deriva solo de la legislación de consumidores y usuarios sino también de la reguladora de las condiciones generales de la contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación), del Código Civil, artículo 1288 y artículo 54.2 LEC. Si bien el acreedor debe lograr la satisfacción de su crédito, y el deudor debe sufrir la ejecución del mismo, es evidente que aquella satisfacción debe ser una satisfacción material, no meramente formalista, y en la que se tenga en cuenta las circunstancias en que se contrajo el crédito⁵¹.

En este ámbito de la protección al consumidor, hay que plantearse hasta qué punto ha estado, o no, en la práctica de la contratación de préstamos hipoteca-

«Ejecuciones hipotecarias», *op. cit.*). Vid., el contenido del AAP de Córdoba, Sección 3.ª, de 1 de febrero de 2012, en nota 30.

⁴⁹ El artículo 8.b) ha sido modificado por el artículo 3.1 de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, en el siguiente sentido: «b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos».

⁵⁰ Vid., también, el artículo 10 del TR citado.

⁵¹ Cfr. ROMERO CANDAU, P. A. y ROMERO CANDAU, R., «La continuación de la ejecución forzosa tras la subasta de los bienes hipotecados...», *op. cit.*

rios, a disposición del mismo, la información necesaria relativa también a *las consecuencias del impago. Un déficit de información, en este sentido, afecta a la buena fe, ya que dicha buena fe obliga a suministrar la debida información.* Si dicha falta de información puede acreditarse, resultaría también contraria al artículo 80.b) del TR, que conceptúa como derecho básico del consumidor en los contratos de adhesión el conocimiento previo sobre la existencia y contenido de las cláusulas no negociadas individualmente. Además, de acuerdo con el artículo 7.a) de la LCGC, tal falta de información podría determinar *la no incorporación al contrato de la cláusula relativa a que la hipoteca no altera la responsabilidad patrimonial universal del deudor* (art. 9 y 10 LCGC)⁵².

Si, en todo caso, se considera que dicha cláusula fue correctamente incorporada al contrato, puede considerarse que por el contexto total del contrato y las circunstancias en que aquel fue firmado, imponía una garantía desproporcionada al consumidor y por ello nula por abusiva. Como dijimos *ut supra*, las entidades financieras han hecho un uso abusivo del principio de responsabilidad patrimonial universal, y en este sentido han impuesto al deudor una garantía patrimonial desproporcionada, y por ello, nula, 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, entendiéndose 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 Legislativo 1/2007). Este TR articula un *control de contenido* de las cláusulas predispuestas en contratos con consumidores que resulten ser abusivas. De acuerdo con el artículo 83 TR las cláusulas abusivas serán *nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que*

⁵² No es casualidad que el legislador de la CCAA de Madrid, se haya visto obligado a precisar en el artículo 3 de la Ley 1/2012, de 26 de marzo, para la protección de los derechos de los consumidores mediante el fomento de la transparencia en la contratación hipotecaria en la Comunidad de Madrid, que «con carácter previo a la oferta vinculante, las entidades de crédito o empresas concedentes deberá facilitar por escrito al consumidor que pretenda contratar un crédito o préstamo con garantía hipotecaria, una información especialmente detallada, cuya redacción deberá ser transparente, clara, concreta y sencilla. El tamaño de letra será el apropiado para facilitar su lectura, de modo que permita al consumidor obtener un conocimiento real del contenido de la información previa. En dicha información habrán de constar necesariamente los siguientes extremos:

...d) *De manera destacada deberá incluirse la especificación de si se trata de un préstamo o crédito hipotecario cuya garantía alcanza al valor de la vivienda hipotecada y al resto de los bienes y derechos presentes y futuros del consumidor o bien si, al amparo del artículo 140 LH, dicha garantía queda limitada únicamente al valor de la vivienda hipotecada, especificando las condiciones financieras de cada una de las opciones».*

declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada, podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato.

Teniendo presente que los principios de protección de los consumidores y usuarios informarán la práctica judicial, y que la nulidad debe apreciarse de oficio por los tribunales, la apreciación de la nulidad de una cláusula de responsabilidad patrimonial universal por abusiva y desproporcionada, dado el contexto contractual en que se pactó, puede llevar al Tribunal, a matizar la hipotéticamente letra clara de los artículos 671 y 579 LEC, en relación con los artículos 105 y 140 LH y 1911 del Código Civil, para obtener un resultado que suponga la integración del contrato con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva, de forma sumaria, y a efectos de decidir sobre qué bienes y en qué cuantía prosigue la ejecución. Frente a este argumento no cabe oponer que con independencia de lo pactado en el contrato, la Ley establece el principio de responsabilidad patrimonial universal, porque dicho principio es respetado con una solución como la del Auto de Navarra (Sección 2.ª), de 17 de diciembre de 2010, y porque es evidente que el contexto contractual es determinante de la buena fe, equilibrio, proporcionalidad, etc., de la garantía patrimonial universal en el caso concreto, de la cual, como se ha explicado, puede hacerse un uso abusivo⁵³. Podría pues el Juzgador,

⁵³ El AAP de Girona (Sección 2.ª), de 16 de septiembre de 2011 (AC 2011/2172) argumenta en un sentido similar al hecho hasta el momento, haciendo alusión a que *serían nulas las cláusulas del contrato que imponen una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones*:

«1. En el caso de autos no puede sostenerse que “el producto” obtenido por la entidad financiera fuera insuficiente para cubrir el crédito. El banco no recibe 162.500 € de un tercer postor que se adjudica el bien, sino que lo hace suyo [por el 50 por 100 del valor de tasación, valor equivalente a dicho importe] para reducir o extinguir su crédito. El bien pasa así a integrar su patrimonio. Lo que el banco obtiene entonces no es la suma mentada, sino el valor que tiene el bien hipotecado que en la propia escritura de concesión del crédito hipotecario se ha fijado (también por el banco) en 325.000 €.

2. Resulta aquí de aplicación la doctrina de los actos propios. Si el banco, *parte fuerte en el contrato de adhesión que firma con el prestatario*, tasa la finca hipotecada en una determinada cuantía, no puede luego, si no quiere contravenir dicha doctrina, de reiterada aplicación jurisprudencial, *incorporar como propio el bien subastado sin darle el valor que él mismo fijó*.

3. *Lo dispuesto en el artículo 579 LEC, anteriormente citado, no puede interpretarse, en todo caso, con total abstracción de lo previsto en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGDCU*. En concreto en su artículo 82.1, que establece 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

conforme a lo explicado moderar el principio de responsabilidad patrimonial universal en el sentido de solo permitir la apertura de la ejecución ordinaria, por la cantidad que exceda del 100 por 100 del valor de tasación del inmueble.

Finalmente, tampoco cabe alegar *que los particulares pudieron pactar la hipoteca de responsabilidad limitada del artículo 140 LH*. Este pacto no es una posibilidad real al alcance de los particulares en su negociación con las entidades de crédito en el momento de concertar la hipoteca con la que desean financiar la adquisición de su vivienda. Invocar dicha posibilidad de pacto sería tanto como afirmar que existe igualdad de pacto entre las partes contratantes, lo que es prácticamente una ilusión. «El contenido negocial de un préstamo hipotecario

contrato», y en su artículo 85.6 en el que se establece que son *cláusulas abusivas, y por tanto nulas, aquellas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones. Esto, cualquiera que sea el nomen iuris que quiera darse al caso que tratamos, es lo que acontece en el supuesto que ahora es objeto de enjuiciamiento. Aquí, por el juego de lo dispuesto en los artículos 105 y 140 LH, no hablaríamos tanto de la nulidad de una cláusula en concreto sino de la nulidad parcial de aquellas de las que se deriva una asunción personal de la deuda cuando la garantía hipotecaria cubre sobradamente el crédito.*

4. La actuación de la entidad financiera incurre en abuso de derecho, límite intrínseco del derecho subjetivo (así, STS 21-12-2000, RJ 2001/1082) recogido en el artículo 7 del Código Civil y artículo 11 LOPJ, y comporta su ejercicio antisocial, en la medida en que, en base a lo dispuesto en una norma jurídica, se busca obtener una consecuencia que no entra dentro de la previsión para la cual hay que entender que ha sido dictada. La finalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria es la de que el acreedor, por vía de ejecución del bien gravado en garantía, cobre la deuda que el prestatario tenga pendiente. Lo que la entidad financiera pretende aquí es una interpretación del artículo 579 LEC que contravenga la finalidad misma del proceso procurando al acreedor un beneficio injustificado que, hay que presuponer, la norma no busca amparar. En este sentido la actuación de la entidad financiera se considera contraria al principio de buena fe que debe presidir el ejercicio de un derecho (art. 7 CC).

5. De mantenerse el criterio de instancia, Deutsche Bank obtendría un enriquecimiento injusto, ya que después de haber cobrado lo adeudado podría, sin justa causa, obtener otras cantidades que no le corresponderían y que buscarían su amparo en una interpretación formalista de la norma citada que, ya ha quedado dicho, olvidaría el hecho de que el acreedor sí que ve satisfecho su crédito con el producto de la subasta que, en el caso concreto, es el derivado de ingresar en su patrimonio un bien valorado por las partes en una suma superior a la adeudada. Es este hecho el que impide sostener que en el caso enjuiciado la reclamación se basa en un precepto legal (art. 579 LEC) que excluye la aplicación de esta doctrina jurisprudencial.

6. *La decisión que se adopta en esta alzada resulta acorde con la justicia material del caso. Se olvida a veces que en la interpretación y aplicación de las leyes los tribunales deben buscar aquella respuesta que sin contravenirlas, sea más acorde con una decisión justa que es lo que, en última instancia, la ciudadanía espera de un “tribunal de justicia”. Aquí existen normas y doctrinas jurisprudenciales ya citadas que no sólo permiten acoger la pretensión de la parte recurrente sino que llevan a una aplicación integrada de los preceptos del ordenamiento jurídico que posibilitan tanto que un acreedor vea resarcido su crédito como que un deudor no deba pagar, sin causa justificada, mayor suma que la por él debida. Ante las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales que se dan en respuesta a lo que constituye el objeto de la presente apelación debe optarse por una solución que no olvide, pues, la justicia del caso y no conlleve un beneficio injustificado a favor de aquella parte que interviene en una posición de fuerza en la firma de un contrato de adhesión».*

entre particulares y entidades de crédito no alcanza a este pacto... se centra en condiciones financieras, tipo de interés, porcentaje de financiación, comisiones, o pactos de vinculación, pero nunca sobre estas cuestiones»⁵⁴...

6. LA APLICACIÓN EQUITATIVA DE LAS NORMAS: EL ARTÍCULO 3.2 DEL CÓDIGO CIVIL

Señala el artículo 3.2 del Código Civil que «la equidad *habrá de ponderarse en la aplicación de las normas*, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita». Como señala GARCÍA AMIGO, «se trata, por tanto, con la equidad *de un criterio de aplicación de las normas jurídicas*, no de una norma jurídica en sí o de una fuente de normas jurídicas —aunque fuera supletoria—. Como tal criterio de aplicación de las normas implica un modo flexible, que tiene en cuenta las circunstancias del caso concreto, y no una «aplicación rígida de formalismos legales» (STS de 31 de mayo de 1957)»⁵⁵.

Se puede definir la equidad como la moderación en el rigor del uso de las leyes. La antigüedad clásica griega denominaba a la equidad *epiqueya*, considerándola una virtud que debe poseer el jurista, en virtud de la cual este, temple el rigor de las leyes positivas, corrigiendo o supliendo sus deficiencias, cuando lo exige la justicia, dadas las peculiares circunstancias del caso que contempla. Clásicamente se ha considerado que la equidad puede rectificar la ley: para evitar algo injusto; para evitar una obligación que sin ser injusta, es demasiado dura para el obligado; para descartar la aplicación de la ley a casos especiales por sus circunstancias, que de haber sido pensados por el legislador, es de presumir que no hubieran sido comprendidos en ella.

La equidad, como se ha indicado antes, no es en el Derecho español una fuente supletoria de Derecho (art. 1.1). Tampoco es un elemento de interpretación (art. 3.1) sino *una manera de aplicar las fuentes del Derecho*. Si reflexionamos sobre el contenido del artículo 3.2 del Código Civil podemos observar que con relación a la equidad el Código Civil admite la utilización de la equidad en la aplicación de las fuentes del Derecho y que las resoluciones de los Tribunales se fundamenten en ciertos casos exclusivamente en la equidad. Respecto a lo primero (utilización de la equidad en la aplicación de las fuentes del Derecho), siguiendo a FEDERICO DE CASTRO⁵⁶, podemos decir que

⁵⁴ ROMERO CANDAU, P. A. y ROMERO CANDAU, R., «La continuación de la ejecución forzosa tras la subasta de los bienes hipotecados...», *op. cit.*

⁵⁵ GARCÍA AMIGO, M., *Derecho Civil de España. I. Parte General*. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho. Madrid, 1997, pág. 186.

⁵⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la Persona*, 5.ª ed. Imprime: R. García Blanco, Madrid, 1970, pág. 98.

habría que actuar en equidad cuando existiese una inadecuación entre un caso concreto y la regla que parece regularlo, por producir la rígida aplicación de esta un resultado injusto. En tal caso, aunque la ley no diga expresamente que ese determinado precepto no se aplique en ese caso, su inaplicabilidad se deduciría del resultado injusto que la aplicación acarrearía. El Tribunal procede entonces a hacer una interpretación correctiva de la ley, concretamente, restrictiva, y excluye el caso del verdadero sentido de la ley, dando así a la ley su propio sentido, porque el legislador de haber pensado dicho caso lo habría excluido de la ley. Si el caso excluido de una ley así interpretada no se halla comprendido tampoco en otra ley, no existiría ley aplicable. No existiendo, pues, precepto legal aplicable, habría que acudir a los principios generales del Derecho y resolver el caso con arreglo a estos; concretamente, con arreglo al principio del cual se deducía la inadecuación del precepto legal.

Aplicando lo expuesto al objeto de nuestro estudio, es evidente que, dadas las condiciones concretas en que se han pactado los préstamos hipotecarios, condiciones que estudiamos *ut supra* y que parecen predicables de casos como el resuelto por la AP de Navarra en su discutido Auto, se produce una inadecuación entre tales casos y las reglas que parecen regularlos (art. 579, 671 LEC en relación con el art. 105 y 140 LH y 1911 CC), por producir la rígida aplicación de estas un resultado injusto. En tales casos, la inaplicabilidad de tales normas se deduce del resultado injusto que la aplicación acarrearía. Son los principios generales del Derecho, informadores del ordenamiento jurídico (art. 1.4 CC), los que permitirán deducir al Tribunal, que el legislador, de haber pensado tales casos, con tales circunstancias, los habría excluido de la aplicación de tales normas. Dichos principios generales del Derecho, que permitirían al Tribunal llegar a tal conclusión serían los siguientes: la ejecución ha de producir una satisfacción material del acreedor, no formal; se proscribe el abuso de derecho; los derechos deben ejercitarse según las exigencias de la buena fe; los contratos que tienen tracto sucesivo y dependencia de futuro son ley entre las partes contratantes tal como se pactaron, *rebus sic stantibus*, «mientras que estén así las cosas, o sea, mientras que no haya alteraciones»; la prohibición del pacto comisorio⁵⁷; *venire contra factum proprium non valet*; *qui sentit commodum, sentire debet et onus*; *iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores* (Pomponio. D. 50, 17, 206); la protección del consumidor, particularmente frente a cláusulas abusivas y situaciones de inferioridad; la protección constitucional de la vivienda, etc. Determinada la inaplicabilidad de las normas en cuestión, se procede a hacer una interpretación restrictiva de las mismas y se excluye el caso del sentido literal de la ley. ¿Qué hacer, entonces, para resolver el caso? Si no hubiera ley aplicable habría

⁵⁷ Vid. JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio», en RCDI, núm. 724, págs. 1159 a 1181.

que resolverlo con arreglo a los principios generales del Derecho de los que se desprende el juicio de inadecuación. Pero en este supuesto, es posible aplicar la misma ley, ahora bien, *dándole un sentido distinto de su aparente tenor literal, sentido viable según hemos ido explicando en epígrafes anteriores, sentido que vendría exigido por la equidad e iluminado por los principios generales del Derecho explicitados, que no podemos olvidar, tienen carácter informador del ordenamiento jurídico (art. 1.4 CC). De modo que es posible concluir que el juzgador puede corregir, en función de los principios generales del Derecho y de la equidad, la aplicación de las normas, moderando el principio de responsabilidad patrimonial universal en el sentido en que lo hizo el AAP de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010 y jurisprudencia posterior.*

7. LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

De acuerdo con el artículo 1091 del Código Civil, «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos». Ahora bien, cabe que *si las circunstancias en que se basó el contrato* (contexto socio-económico, fundamentalmente) se alteran (grave inflación o deflación, situaciones bélicas, etc.), aquel se modifique o se extinga si lo establece la ley o lo estipularon las partes. Pero si ni la ley ni las partes previeron tal modificación o extinción, ¿es admisible esta en general? A esto hay que responder con ALBALADEJO que *si se alteran extraordinaria e imprevistamente las circunstancias en que se basó el contrato parece equitativo que este se extinga o se modifique a tenor de la alteración, pues de lo contrario resulta perjudicada la parte a la que la alteración le haya sido adversa*. Pero el Código Civil no tiene ninguna disposición general por la que se permita la extinción o modificación del contrato ante la alteración de circunstancias. Cabe preguntarse, entonces, cuál es la posición a adoptar ante el silencio legal.

La tesis favorable a la modificación o extinción se fundamenta en la *equidad* (de este modo se libera de cumplir el perjudicado por la alteración) mientras que la favorable a la inmutabilidad del contrato se apoya en la conveniencia de la *seguridad jurídica*. Según esta tesis, más valdría que se tenga que cumplir tal como se pactó que dar lugar a la inseguridad que la eventualidad de modificación o extinción implica [en el fondo estos son los dos argumentos fuerza que mueven la línea jurisprudencial del AAP de Navarra, Sección 2.ª de 17 de diciembre de 2010, y la contraria, respectivamente].

En abstracto *no parece oportuno seguir de forma extrema ni una ni otra tesis. Es decir, no cabe sacrificar la equidad por el principio de seguridad jurídica hasta el punto de no permitir un cambio en las condiciones del contrato aunque haya habido una alteración enorme de las circunstancias básicas*. Pero

tampoco cabe por el principio de equidad sacrificar la seguridad jurídica de forma que cualquier alteración por pequeña que sea (una ligera oscilación del mercado) dé lugar a modificaciones. *Estas oscilaciones pequeñas son un riesgo con el que las partes corren, que conocen y con el que cuentan al celebrar el contrato.*

La doctrina ha adoptado diversas teorías para propugnar en el Derecho español la modificación o extinción del contrato por alteración de circunstancias básicas. Así se dice que en los contratos a que puede afectar la alteración de circunstancias se sobreentiende establecida la cláusula de origen medieval *rebus sic stantibus*, según la cual *los contratos que tienen tracto sucesivo y dependencia de futuro se entienden tal como se pactaron «mientras que estén así las cosas, o sea, mientras que no haya alteraciones».*

Otros dicen que cuando el contratante a quien favorece la alteración de circunstancias exige el cumplimiento del contrato *tal cual se pactó, se está ante un abuso de derecho.*

Una tercera posición indica que teniendo presente que los contratos obligan a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, *el pedir que el contrato se cumpla tal cual se pactó cuando hay alteración de circunstancias es contrario a la buena fe* y que dicha buena fe exige precisamente resolver o revisar el contrato.

Una cuarta posición afirma que la alteración de circunstancias al hacer muy gravoso el cumplimiento para una parte constituye un caso de *fuerza mayor* que extingue la obligatoriedad del contrato.

En cuanto a la jurisprudencia ha venido entendiendo desde hace algún tiempo que el contrato es *revisable o modificable* si concurriendo los requisitos que expondremos más adelante se alteran las circunstancias en las que se celebró. La jurisprudencia entiende que la alteración de tales circunstancias *no hace resoluble* el contrato porque esta solución es más fuerte y no necesaria, *debiéndose mientras se pueda conservar el contrato aunque sea modificado.* El Tribunal Supremo admite la revisabilidad del contrato sobre la base de la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*, si bien repite que debe ser aplicada con la máxima cautela y ponderación, pues el Tribunal tiene el temor de que tal revisabilidad pueda quebrantar la obligatoriedad del contrato. Puede obtenerse la revisión a petición de la parte perjudicada si: la parte perjudicada *no es culpable del cambio y carece de otro procedimiento para remediar el perjuicio que le supondría la inmutabilidad del contrato; la alteración de circunstancias entre el momento de la celebración y el cumplimiento es extraordinaria e imprevisible; dicha alteración produce un desequilibrio enorme entre las prestaciones de las partes*⁵⁸.

⁵⁸ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, vol. 1.º José M.ª Bosch, Editor, S. A., Barcelona, 1994, págs. 436 a 443.

Aplicando esta doctrina a la problemática actual de los préstamos hipotecarios es de notar que el ciclo del crédito es excesivamente largo (hasta 40 años o más), lo que permite que la variabilidad de las circunstancias básicas sea mayor. *En todo caso, es indudable que las circunstancias socio-económicas base del contrato se han modificado bruscamente y de forma imprevisible, por lo menos en su magnitud, para el deudor hipotecario (quizá no para las entidades crediticias, que en todo caso debieron hacer mejor sus previsiones de riesgos), de manera que las condiciones iniciales de la operación (art. 105 LH y 1911 CC en relación con el art. 671 y 579 LEC en su interpretación mayoritaria, asumidas en el contrato) pueden modificarse en beneficio de la parte a la que tal modificación perjudica, en el sentido de responder solo con otros bienes por la parte de crédito que exceda del 100 por 100 del valor de tasación del inmueble, lo que en cierta manera viene a suponer una moderación del principio de responsabilidad patrimonial universal y una reducción de la deuda contraída, al haberse reducido de forma brusca e imprevisiblemente para él el valor de la garantía con el pinchazo de la burbuja inmobiliaria.* En el fondo, el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, aplica esta cláusula previendo una revisión de ciertos contratos de préstamo hipotecario.

Insistiendo en lo dicho, la alteración del contexto socio-económico de los contratos (estallido de la burbuja inmobiliaria y brusca y extraordinaria caída del precio de la vivienda), es una alteración imprevisible, por lo menos en su magnitud, para el deudor-consumidor, que no dispone de la misma información y análisis de riesgos que el Banco-profesional, que perjudica gravemente a aquel en cuanto que *le resulta imposible vender su vivienda para evitar la ejecución, en cuanto a que le es imposible impedir que la subasta quede desierta, y en cuanto a que la depreciación sufrida por la garantía inmobiliaria sobrevalorada ni puede impedirla, ni le es imputable. Además, por el pinchazo de la burbuja inmobiliaria se agravan para él las consecuencias del artículo 105 LH en caso de incumplimiento.*

Por lo tanto, en tal caso puede revisarse el contrato para evitar el perjuicio del deudor *moderando el principio de responsabilidad patrimonial universal en el sentido dicho*, lo que supone en definitiva para el deudor una reducción de su deuda por la vía de asumir el acreedor hipotecario el riesgo de depreciación del valor de la garantía, *reducción que equilibra las prestaciones de las partes.*

IV. OBJECIONES A LA INTERPRETACIÓN PROPUESTA DE LOS ARTÍCULOS 579 Y 671 LEC, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 105 LH Y 1911 DEL CÓDIGO CIVIL

Podría alegarse que la adopción de soluciones judiciales como las propuestas tiene inconvenientes socio-económicos (al igual que el establecimiento en el

futuro del sistema hipotecario sobre la base de la hipoteca de responsabilidad limitada)⁵⁹.

Se ha dicho, en tal sentido, que resoluciones como el Auto de 17 de diciembre de 2010, de la AP de Navarra (Sección 2.^a), darían lugar a una *contracción mayor del crédito*, ya que se reduciría la *ratio* préstamo/valor del inmueble o *loan to value*, lo que exigiría un mayor ahorro previo a las familias; se concederían menos créditos y se endurecería el acceso a los mismos, por ejemplo, exigiéndose mayores intereses o un aumento de las garantías, o un plazo de amortización menor. Igualmente, que tendría como consecuencia una *reducción de la solvencia de los Bancos* que terminarían soportando los contribuyentes a través de los rescates a aquellos. También se dice que *se favorecería la con-*

⁵⁹ Existe una Iniciativa Legislativa Popular (ILP) [www.quenotequitenlavida.org, página oficial de la ILP] «Proposición de ley de regulación de la dación en pago, de paralización de los desahucios y de alquiler social», que propone la revisión legal de los contratos de hipoteca, en el siguiente sentido y con efectos retroactivos:

Al artículo 693 de la LEC se le añadiría un párrafo 4 del siguiente tenor: «Si el bien ejecutado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá *comparecer con anterioridad a la celebración de la subasta solicitando la entrega del bien hipotecado en pago de la deuda garantizada*. En este caso, el Tribunal dictará resolución autorizando la entrega y acordando la adjudicación del inmueble al ejecutante en pago del total de la deuda garantizada, extinguiéndose la misma junto con los intereses y costas».

Se da nueva redacción al artículo 579 de la LEC: «Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria, se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución. *No obstante, en caso de que el bien ejecutado sea la vivienda habitual del deudor, no se podrá iniciar la ejecución dineraria*».

Se añade un nuevo artículo, 675 bis, a la LEC:

1. No se podrá acordar el lanzamiento del inmueble en el seno de la ejecución hipotecaria cuando se trate de la vivienda habitual del ejecutado y cuando el impago del préstamo hipotecario sea debido a motivos ajenos a su voluntad.
2. El ejecutado tendrá derecho a seguir residiendo en la vivienda a título de arrendamiento por un período de cinco años desde la fecha de la adjudicación.
3. El importe de la renta mensual del arrendamiento no podrá ser superior al 30 por 100 de los ingresos mensuales del arrendatario».

Aplicación retroactiva:

A los procesos de ejecución hipotecaria tramitados de acuerdo con lo establecido en el Capítulo V del Título IV del Libro III de la LEC en los que el bien hipotecado sea la vivienda habitual del deudor, *si no se ha celebrado la subasta en la fecha de entrada en vigor de la presente ley, les será de aplicación lo establecido en los artículos 693.4 y 579 de la LEC*.

En los procesos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual en los que se haya celebrado subasta en la fecha de entrada en vigor de la presente ley, el ejecutante no podrá pedir que se despache la ejecución dineraria. En caso de que ya se hubiese iniciado la ejecución dineraria en la fecha de entrada en vigor de la presente ley, *el Secretario judicial dictará decreto dando por terminada la ejecución, quedando extinguida la deuda principal, junto con los intereses y costas*.

ducta irresponsable de los deudores que se endeudaron hasta el límite de sus posibilidades.

Ahora bien, la admisión de esta línea jurisprudencial y la reforma para el futuro del sistema hipotecario sobre la base de la garantía exclusiva de la hipoteca, produciría, a mi juicio, unas tasaciones más ajustadas y prudentes, así como la valoración adecuada de la solvencia de los deudores. Es decir, que se induciría a una conducta responsable por parte del acreedor, pero también del deudor, pues la exigencia de ahorro previo es un importante factor moralizador de la vida social.

Si la responsabilidad personal del deudor se matiza por vía de una línea jurisprudencial en el sentido indicando, e incluso, adoptando legislativamente como regla que la hipoteca altera la responsabilidad patrimonial universal del deudor, de manera que esta está limitada a la vivienda hipotecada, lo fundamental para el Banco en el futuro será *valorar correctamente la inversión, por lo que este tendrá la responsabilidad de fijar adecuadamente el valor de tasación y predecir de algún modo la evolución del mercado. En todo caso, la entidad financiera tenderá a minimizar sus riesgos por la vía de reducir la parte del precio que está dispuesto a financiar, asegurándose de esta manera que el importe de la deuda va a estar por debajo del valor de la finca aunque esta se deprecie mucho, de modo que cubra la cantidad prestada, los intereses ordinarios, los intereses moratorios derivados del impago y las costas y gastos de la ejecución.* Este modo de operar, a nuestro juicio, haría más seguro el mercado hipotecario secundario, pues las hipotecas serían verdaderamente garantías sólidas de las cédulas, bonos y participaciones hipotecarias. Produciría una bajada del precio del mercado inmobiliario y aunque inicialmente, en efecto, tendría lugar una cierta contracción del crédito (que por otro lado, ya se había producido mucho antes del Auto de Navarra), a la larga las entidades financieras volverían a otorgar con fluidez créditos, acomodándose al nuevo marco legislativo.

En cuanto al peligro de insolvencia de las entidades crediticias, ha sido precisamente su *mala praxis* la que ha motivado la necesidad de su rescate. Decisiones como la del Auto, de 17 de diciembre de 2010, de la AP de Navarra (Sección 2.^a), a nuestro juicio, no van a provocar su insolvencia, que, en todo caso, ya estaría causada por otras razones, pues la morosidad hipotecaria en los préstamos para compra de vivienda, a pesar de la magnitud de la crisis económica, es muy baja. Según ÁLVAREZ ROYO VILLANOVA, el índice de morosidad en dichos préstamos está en torno al 2 por 100 [2,6 por 100], mientras que en la construcción y promoción inmobiliaria, que es donde se ha admitido en mayor volumen las daciones en pago extintivas de la deuda hipotecaria, roza el 12 por 100 (datos de septiembre de 2010) [aunque el autor da una serie de razones por la que la cifra está más cerca del 50 por 100]. «El problema real para el sistema financiero se encuentra en los préstamos a

*promotoras»⁶⁰. Habrían sido las daciones en pago de promotoras, aceptadas por las entidades financieras, las que habrían cuestionado el mercado hipotecario secundario (cuyos principales inversores son a su vez otras entidades financieras), y no soluciones interpretativas como las propuestas, que afectan a una población muy escasa de préstamos hipotecarios. En todo caso, para aplicar la solución expuesta a lo largo de este trabajo, entiendo que el Tribunal debería cerciorarse de una serie de circunstancias *relativas al deudor*; entre otras: la buena fe del deudor (este se encontró en situación de no poder hacer frente al préstamo hipotecario de modo involuntario), la situación en que se contrajo el crédito (se asumió por el deudor un endeudamiento responsable, o siendo irresponsable, la entidad crediticia fue igualmente irresponsable por no valorar adecuadamente la solvencia del deudor), la existencia de una justa causa que impida el pago del préstamo (por tal habría que entender una causa sobrevenida contra la voluntad del deudor), etc.*

Se podría también considerar que con estas medidas la pérdida que sufre el Banco se socializa y que el prestatario prudente termina pagando los créditos que no pagan los demás y que los Bancos repercutirían sus pérdidas.

En primer lugar, según lo expuesto, el Banco no sufre pérdida sino que queda materialmente satisfecho. No sufre expropiación alguna de su crédito y adquiere un bien fructífero, pudiendo además reclamar el exceso de principal sobre el 100 por 100 del valor de tasación inicial, intereses y costas, si bien aquellos moderados judicialmente. Es cierto que el prestatario prudente puede pagar más al final de la vida de su préstamo, que el prestatario incumplidor, pero ya he indicado que hay que valorar también la conducta del deudor para aplicar la interpretación propuesta. En todo caso, cabría que el Estado revisara legislativamente los créditos hipotecarios de los deudores cumplidores, en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, para que no resultaran perjudicados en conjunto.

Para el futuro, además, una legislación imperativa que pusiera límites a la autonomía de la voluntad, o mejor, al poder decisorio del Banco predisponente de las condiciones generales de la contratación, impediría que las pérdidas, *materialmente inexistentes aunque formalmente pudieran considerarse tales*, se repercutiesen en futuros contratos. Se trataría de ajustar la total actividad bancaria a nuevos parámetros. Curiosamente, la normativa sobre contratación bancaria es inmensa, si bien los contratos bancarios son contratos «autorregulados» por los pactos de las partes, y no por ley.

La expuesta en este trabajo es una opción interpretativa del ordenamiento jurídico vigente. De afrontarse reformas legislativas para el futuro, me inclino por la asunción general de un sistema de hipoteca de responsabilidad limitada.

⁶⁰ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «Dación en pago hipotecaria», *op. cit.*, págs. 28, 29 y 30.

En el fondo es lo que postulaba el legislador de la Exposición de Motivos de la LH de 1861 cuando señalaba: «Para conocer la importancia y necesidad del sistema adoptado por la Comisión, debe tenerse en cuenta que el fin de la legislación hipotecaria es asentar el crédito territorial en la base de la seguridad de la hipoteca y del pago de lo ofrecido. El que presta con hipoteca, *más bien que a la persona, puede decirse que presta a la cosa: el valor de la finca hipotecada es la causa por que entra en la obligación: el deudor es sólo el representante de la propiedad; al prestamista nada le interesan el crédito, estado de fortuna, las cualidades morales de la persona a quien da su dinero porque para nada las tiene en cuenta; lo que le importa es que la finca baste a reintegrarle en su día lo que dio*. Su crédito no es un crédito personal, es un crédito real; no depende de la persona del deudor, no está sujeto a sus vicisitudes; lo que importa al acreedor es que la hipoteca no desaparezca: adherido, por el contrario, su crédito a la finca, no se altera por la pérdida del crédito personal de su dueño. El crédito territorial así queda suficientemente garantizado; cada uno sabe hasta dónde alcanza la preferencia que puede tener sobre los demás acreedores: está en el mismo caso que si se hubiese señalado una parte del precio de la finca para el día en que se hiciera el pago, y esto sin temor a privilegios de hipotecas desconocidas por él, puesto que nunca puede perjudicarle lo que no constare en el registro. *Con la adopción de este sistema, los capitales tendrán un empleo sólido y fácil, el propietario gozará de un crédito proporcional a su verdadera riqueza, se activará la circulación, bajará el interés del dinero, y nacerán nuevas fuentes de riqueza y prosperidad*»⁶¹.

Creo que la solución a la crisis económica existente no pasa por un mero «cambio de paradigma» en la actividad bancaria, que es lo que se propone como respuesta a la actual crisis económica. «Frente a la alegría con la que se erigieron pirámides financieras y se inflaron burbujas, se habla ahora, por una parte, de la necesidad de que unos clientes *debidamente formados e informados* puedan tomar unas decisiones responsables y eficientes en materia financiera y crediticia; y, por otra, de que las entidades financieras *actúen de manera asimismo responsable y transparente*.

⁶¹ Fue la Ley de 30 de diciembre de 1944 de reforma de la LH en su artículo 138, la que por vez primera indicó: «La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor, que establece el artículo 1911 del Código Civil.

No obstante, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor».

Si bien la regulación actual del mercado hipotecario es fruto de los «Pactos de la Moncloa» de 1977 (INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO, *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*. Informe del Defensor del Pueblo, pág. 17).

Al respecto, y en cuanto a lo primero, se hace especial hincapié en la necesidad de procurar la educación financiera (*financial literacy*) de los ciudadanos, a los que debe dotarse, a través de programas de formación y divulgación impulsados por los poderes públicos, de los conocimientos necesarios para la gestión de sus economías personales y familiares. En tal sentido destacan las campañas de la *Financial Services Authority* británica y de la *Financial Literacy and Education Commission* estadounidense. Tenemos también los Principios para la Concienciación y Educación Financieras, formulados por la OCDE en el año 2005; la Comunicación de la Comisión Europea sobre educación financiera de 18 de diciembre de 2007; y en nuestro país, el Plan de Educación Financiera 2008-2012 y el convenio de colaboración para su desarrollo suscrito en 2008 por el Banco de España y la CNMV. Tanto la OCDE como la Comisión Europea abogan por favorecer la asunción de responsabilidades por las instituciones financieras en la educación y concienciación financiera de sus clientes, si bien debiendo el sector garantizar que se distinga con claridad entre lo que es educación financiera y lo que constituye una actuación con fines comerciales.

Ahora bien, para que los clientes de las entidades de crédito puedan tomar decisiones informadas y apropiadas en sus relaciones con las mismas, es necesario que, además de esa educación financiera, cuenten ante cada concreta operación con una información específica, y que esa información les sea explicada de manera adecuada y suficiente. Y nuestro legislador, tanto en el artículo 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, desarrollado por el artículo 9 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda 2899/2011, de 28 de octubre, de Transparencia y Protección del Cliente de Servicios Bancarios, como en el artículo 11 de la Ley 16/2011 de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo, encomienda primordialmente a las propias entidades de crédito la tarea de facilitar a los clientes no ya sólo esa información específica acerca del producto que se les ofrece, en cumplimiento de los deberes de transparencia que les atañen, sino incluso la de dar a sus clientes las explicaciones individualizadas que les permitan decidir si el producto se ajusta a sus necesidades y expectativas. Más aún, el artículo 10 de la Orden 2899/2011 contempla la posibilidad de que la entidad financiera preste al cliente una labor de asesoramiento retribuido respecto de los servicios bancarios disponibles en el mercado, tanto ofertados por la propia entidad como por otras distintas»⁶².

Detrás de toda esta profusión legislativa, puede advertirse, a mi juicio, aparte de un cierto mensaje hacia el ciudadano, al que se le viene a trasladar un síndrome de culpabilidad en los problemas económico-financieros que padece,

⁶² OLAIZOLA, F., «Poner al lobo a cuidar de las ovejas. Las preferentes, los *swaps* y el “cambio de paradigma” en la contratación bancaria», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 44, julio-agosto, 2012, págs. 16 y 17.

pues los padece por *su falta de formación e información*, un «cambiarlo todo, para que todo siga igual»⁶³.

Por un lado, es evidente que sería necesario un prodigioso nivel de conocimientos para evaluar la pléyade de productos financieros y de inversión ofrecidos en el mercado y por otro lado que este planteamiento propicia la inhibición de los poderes públicos en la regulación de la contratación bancaria. La solución legal de incidir en los deberes de información y transparencia, incide en la idea de la autonomía de la voluntad y huye del establecimiento de normas imperativas en la contratación bancaria que entiendo son absolutamente imprescindibles. Además, el que el legislador hable de la concesión responsable de créditos (art. 29 de la Ley de Economía Sostenible y art. 18 de la Orden 2899/2011), parece una mera redundancia pues es evidente que tal práctica es inherente al diligente desempeño de la actividad bancaria⁶⁴.

Si bien ya he apuntado alguna solución de cara al futuro, en cuanto a los *problemas presentes originados en el pasado cercano*, se han planteado como alternativas de *lege ferenda* la regulación de la dación en pago con efectos retroactivos, impuesta judicialmente al acreedor hipotecario y la adopción de un sistema de *fresh start*. Entre una solución y otra, me inclino por la primera⁶⁵, puesto que no presenta los inconvenientes que pienso sí presenta la segunda. Es cierto que si en el procedimiento concursal, al margen del cual, en ejecución separada hipotecaria, se hubiese adjudicado a un tercero postor o al acreedor hipotecario la vivienda habitual del concursado, se reclamase como crédito ordinario, ya no privilegiado, el remanente de deuda pendiente, una vez liquidados todos los bienes del deudor, podría otorgarse, si así se estableciese legalmente, un *fresh start*, o sea, una segunda oportunidad al deudor mediante la condonación de la deuda pendiente, también la pendiente con el acreedor prestamista, con lo que el deudor quedaría libre de responsabilidad frente a su Banco. Pero hay que pensar que dicha condonación afectaría también a titulares de créditos varios que pueden ser, o particulares, o pequeñas y medianas

⁶³ Ya la Ley 41/2007, respecto de la contratación de créditos y préstamos hipotecarios hacía «particular hincapié en la transparencia que debe regir sus condiciones financieras. Asimismo, se establece una referencia explícita a la información precontractual que las entidades de crédito deben poner a disposición de sus clientes, a fin de asegurar que estos, a la hora de contratar los diferentes productos bancarios, dispongan de los datos más relevantes sobre sus características para la obtención de una opinión fundada. Esta previsión legal viene recogida en una nueva letra h), en el apartado 2 del artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito» (INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO, *Crisis económica y deudores hipotecarios...*, *op. cit.*, pág. 18).

⁶⁴ Cfr. OLAIZOLA, F., «Poner al lobo a cuidar de las ovejas. Las preferentes, los *swaps* y el “cambio de paradigma” en la contratación bancaria», *op. cit.*, págs. 17 a 19.

⁶⁵ Como ya expuse en: 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.

empresas, las cuales sufrirían una verdadera expropiación de su crédito sin posibilidad de repercutir sus pérdidas, pudiendo generarse una verdadera cadena de concursos ante la insolvencia en que podrían caer tales empresas y particulares⁶⁶. *En cambio, el Banco que recibe en dación en pago forzosa la vivienda habitual hipotecada del deudor, aun cuando no pueda hacer efectivo un plus de responsabilidad patrimonial universal si la deuda sobrepasa el 100 por 100 del valor de tasación inicial⁶⁷ recibe un bien fructífero del que puede obtener importantes rendimientos, a cambio de la cancelación de un préstamo que él concedió considerando el bien garantía suficiente del mismo, sobrevalorando el inmueble, concediendo un crédito inflado y no valorando adecuadamente la solvencia del deudor. De hecho existe un Anteproyecto de Ley de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado de Alquiler de Viviendas, de 11 de mayo de 2012, que muy probablemente busca dar salida al «stock» de inmuebles que en estos momentos tienen las entidades financieras⁶⁸.*

⁶⁶ Sobre tales inconvenientes, vid.: JIMÉNEZ PARÍS, T. A. «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*, enero-febrero de 2012, núm. 729, y «La figura del *fresh start*. ¿Es conveniente su incorporación al ordenamiento jurídico español?», en *Homenaje a Joaquín Rams Albesa*. Cuenca Casas, Matilde (coord.), 1.^a ed. Editorial Dykinson. En prensa.

Por otro lado, la dación en pago forzosa o necesaria fue una institución regulada por Justiniano (Novela 4.3) y conocida en la tradición jurídica europea medieval y moderna [en España la contemplaron el Fuero Real 3,20,16 y las Partidas 5,14,3, siendo estudiada por civilistas españoles de los siglos XVI y XVII, como Alfonso de Guzmán, Juan Gutiérrez o Francisco Salgado de Somoza], *que solo se fue abandonando en la Codificación, pues no encontró acogida en la generalidad de los Códigos Civiles europeos del siglo XIX, al inspirarse estos en las ideas de la Ilustración y la Revolución Francesa, entre ellas, el individualismo, el libre comercio y la huida del espíritu gremial, y el principio de autonomía de la voluntad en el ámbito de los negocios jurídicos* (BLANCH NOUGUÉS, J. M., «Acerca de la *datio in solutum* necesaria en el Derecho romano, en la tradición jurídica europea y en los Códigos Civiles iberoamericanos», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, enero de 2010).

⁶⁷ Aunque, cabría plantear, y pienso que sería más justo, que si el principal concedido excedía del 100 por 100 del valor de tasación inicial, el exceso de principal sobre dicho 100 por 100 no pudiese extinguirse con la dación en pago forzosa, pues resultaría injusto respecto de los deudores más prudentes, y sobre todo, respecto de los que están haciendo frente al pago de su crédito con regularidad. En todo caso, revisados legalmente los contratos en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, *para beneficio de los deudores de buena fe que no pueden hacer frente a sus créditos hipotecarios, pienso que también la justicia puede exigir una revisión en cierta medida de los contratos de los deudores cumplidores. En todo caso, deben evitarse fraudes e insolvencias estratégicas.*

⁶⁸ Lo dicho no significa que nos identifiquemos con la ILP antes reseñada. Su artículo 693.4 presenta el inconveniente de no exigir valoración de las circunstancias relativas al deudor, a que he hecho antes mención, que serían imprescindibles. Tampoco hace mención a la compensación al deudor que entrega en pago de la deuda su vivienda, cuando el importe de crédito ya abonado es una cantidad importante (vid., en este sentido, *ut infra*). También se observa una ausencia de mención a la situación consistente en que se haya ya subastado la vivienda habitual al entrar en vigor la norma, pero no habiendo sido adjudicada al deudor sino a un tercero posterior, continuando el ejecutante la ejecución sobre otros bienes del deudor.

V. OTRAS OPCIONES DEL DEUDOR HIPOTECARIO

Restaría por examinar qué otras opciones, aparte de las expuestas, tiene el deudor hipotecario para articular su defensa jurídica.

Una opción que tiene el deudor antes de llegar a la realización forzosa del bien hipotecado es la que le brinda el artículo 693.3 LEC (enervar la ejecución y liberar el bien)⁶⁹. La cuestión es que, probablemente, sea difícil que en el contexto actual de desempleo, un deudor hipotecario que no puede hacer frente a sus cuotas hipotecarias, tenga capacidad para enervar la ejecución.

Por ello resultarían de aplicación otros instrumentos, antes de llegar a la ejecución, si el deudor no cae dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo. Se trata de la *mediación hipotecaria*⁷⁰. A través

Por otro lado, discrepo de la crítica vertida en la Exposición de Motivos, relativa a que el impulso de la propiedad privada como régimen de tenencia, sea causante también de la situación de crisis actual, pues un impulso en tal sentido, *en sí mismo, abstracción hecha de las condiciones en que se haya verificado en concreto en España*, solo produce el enriquecimiento patrimonial de las familias (contribuyendo a su seguridad y estabilidad) y en definitiva de toda la nación.

⁶⁹ El artículo 693 de la LEC dispone lo siguiente:

Artículo 693 LEC: «...2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro [cláusulas de vencimiento anticipado].

3. En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, *hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte*. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.

Si el bien hipotecado fuese la vivienda familiar, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior.

Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien cinco años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor.

Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas en los apartados anteriores, se tasarán las costas, que se calcularán sobre la cuantía de las cuotas atrasadas abonadas e intereses vencidos, y, una vez satisfechas estas, el Secretario judicial dictará decreto liberando el bien y declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante».

⁷⁰ Se dice que la mediación hipotecaria se revela como cauce de intermediación entre los deudores hipotecarios y las entidades de crédito, cuando las medidas solicitadas a estas (aplicación del Real Decreto-ley 6/2012) hayan resultado fallidas, bien porque exista discrepancia en cuanto a la concurrencia de los requisitos para la adopción de las medidas concretas, y no se desee resolverlas de forma contenciosa en los Tribunales, o porque realmente no concurren sus presupuestos objetivos o subjetivos de aplicación. Se calcula que solo se encuentran

de ella puede llegarse a una reestructuración viable de la deuda hipotecaria, una quita o un acuerdo de dación en pago con la entidad crediticia, que evite la ejecución hipotecaria. Ahora bien, como ya defendimos en otro lugar, *una dación en pago voluntaria entre deudor y acreedor hipotecario puede violar la prohibición del pacto comisorio del artículo 1859 del Código Civil, debiendo reunir determinados requisitos para que no infringiera tal prohibición*⁷¹.

En otras palabras, *la entidad no puede realizar una nueva tasación del inmueble reajustada a la baja, cancelando parcialmente la deuda y exigiendo el crédito pendiente sobre otros bienes del deudor; sino que aceptaría que el bien valía lo que se tasó inicialmente, y por lo tanto extingue la deuda porque, o bien vale más la vivienda, según dicha tasación, que el crédito pendiente (luego este se extingue), o si el crédito pendiente supera el 100 por 100 del valor de tasación, o la entidad reasume dicho exceso o bien se pacta la reclamación del exceso sobre el valor de tasación sobre otros bienes del deudor (art. 1911 CC).*

En el primer caso, *la dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda.*

El problema radica en que es posible que el deudor haya pagado una importante parte del crédito hipotecario, y que, junto a ello, el derecho español, prohíbe el pacto comisorio (art. 1859 CC), prohibición cuyo espíritu alcanza a que las daciones en pago se verifiquen en determinadas condiciones que supondrían un

dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012 entre el 5 y el 7 por 100 de los ciudadanos, por lo que tanto las Comunidades Autónomas como algunos Ayuntamientos están impulsando programas de mediación en colaboración con los distintos Colegios de Abogados, para reconducir la situación de aquellos deudores que no pueden acogerse a tales medidas o que pudiendo, se han encontrado con la resistencia de las entidades de crédito.

La finalidad de dicha mediación hipotecaria estaría claramente determinada por las mismas medidas previstas en el Real Decreto-ley 6/2012: intentar llegar a un acuerdo con la entidad de crédito para lograr una reestructuración de la deuda, una quita o la dación en pago con cancelación de la deuda.

El Gobierno Vasco ha sido el primero en el ámbito autonómico en impulsar un programa de mediación al que podrán acudir aquellos deudores cuyos créditos no excedan de 350.000 euros y cuya solicitud de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012, haya resultado fallida. En el ámbito municipal ha sido el Ayuntamiento de Terrassa que se adelantó incluso al Real Decreto-ley, creando el 9 de enero de este año, una Oficina de Intermediación Hipotecaria; destacando, igualmente, el Convenio firmado en este sentido, el pasado 3 de mayo de 2012, entre el Ayuntamiento de Valencia y el Ilustre Colegio de Abogados de esta capital.

En el caso de que la Comunidad Autónoma o el Ayuntamiento del deudor haya desarrollado un programa específico de mediación, este será probablemente gratuito y podrá ser utilizado. En caso contrario, el deudor podrá hacer valer el procedimiento de mediación previsto en el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (CIR-HARGUINDEY, J., «Marco legal de la mediación hipotecaria», en <http://www.diariouridico.com/opinion/marco-legal-de-la-mediacion-hipotecaria>.

⁷¹ Vid., más detenidamente en JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 724, marzo de 2011.

enriquecimiento injusto para el acreedor hipotecario. De modo que entiendo que en tales casos, como justa compensación por la pérdida de su vivienda, el deudor hipotecario debería recibir sobre las cantidades ya abonadas, una cantidad proporcional a la pérdida de valor que ha sufrido la vivienda con respecto a la tasación inicial base del crédito hipotecario. De este modo, Banco y deudor soportan la devaluación de la vivienda. Se trata de aplicar una especie de pacto marciano corregido. El pacto marciano consiste, *strictu sensu*, en establecer, al constituirse la obligación, que el acreedor en caso de incumplimiento se adjudicará la cosa, valorada con arreglo a criterios objetivos, limitándose a compensar el valor de aquella con el de la deuda, en la concurrencia de ambos y con abono de la eventual diferencia en más. Este pacto era admitido en la legislación de Partidas (Partidas 5, 5, 41 y 5, 13, 12). Si en el caso presente, tomamos como valor objetivo el valor de tasación inicial (por todo lo explicado en este trabajo) y establecemos que el acreedor debe abonar la diferencia entre dicho valor y el importe de la deuda, cuando esta es considerablemente inferior porque se ha pagado una parte importante del crédito, el peso de la caída del valor de la vivienda, recaería totalmente en el acreedor. Pero si establecemos que en tal caso, el deudor reciba, sobre las cantidades que abonó, una compensación que guarde proporción con la pérdida de valor experimentada por la vivienda, ambos, deudor y acreedor soportan dicho peso. Hay que entender que una dación en pago en beneficio del acreedor no está admitida en el Derecho español, por la prohibición del pacto comisorio (art. 1859 CC), pero que el espíritu del pacto marciano, impediría una dación en pago en condiciones de beneficio exclusivo del deudor.

Otra posibilidad al alcance del deudor hipotecario es llegar a una dación en pago pactada en el seno de un concurso de acreedores. Si los Tribunales interpretaran los artículos 55 y 56 LC en el sentido de quedar excluido el derecho de ejecución separada de la hipoteca cuando se trate de vivienda familiar del deudor concursado, quedándole abiertas al acreedor hipotecario solamente las vías de solución normal del concurso⁷², es posible que se llegase a un convenio concursal en el que «a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio espacial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o *la cesión en pago* [dación en pago] o para el pago *al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial [en el primer supuesto]*, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda [en el segundo supuesto]» (art. 155.4 LC). Esto es, aquella interpretación de los artículos 55 y 56 LC propiciaría daciones en pago de la vivienda habitual hipotecada en el marco del convenio concursal.

⁷² Vid. JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «Ejecución de la vivienda familiar y concurso de acreedores (con inclusión de las novedades que presenta el Anteproyecto de Ley Concursal, de 17 de diciembre de 2010)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio de 2011, núm. 725.

BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN GARCÍA, M. E.: «La dación en pago», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, Madrid, 30 de marzo y 1 de abril de 2009.
- ÁLAMO GONZÁLEZ, D. P.: *La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias. El control judicial del equilibrio contractual*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.
- ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil, I. Introducción y Parte General*, 15.^a ed. Librería Bosch, S. L. Barcelona, 2002.
- *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, vol. 1.º José M.^a Bosch, Editor, S. A. Barcelona, 1994.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: «Las ejecuciones hipotecarias en el contexto de la crisis», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 36, marzo-abril de 2011.
- «Dación en pago hipotecaria», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 36, marzo-abril de 2011.
- «Todos al rescate del deudor hipotecario», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 39, septiembre-octubre de 2011.
- «De nuevo en apoyo del deudor hipotecario», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 42, marzo-abril de 2012.
- «La ejecución extrajudicial tras el Real Decreto-ley 6/2012», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 42, marzo-abril de 2012.
- ÁLVAREZ-SALA, J.: «Una hipoteca para tiempos de crisis», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 40, noviembre-diciembre de 2011.
- ARRUÑADA, B.: «La reforma de la responsabilidad hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, mayo-junio de 2012.
- BASSOLS COMA, M.: «El derecho a la vivienda ante la crisis económica y el cambio climático: intervención de las Administraciones Públicas ante situaciones de vulnerabilidad social (desahucio y ejecución hipotecaria y urbanística)», en *Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno* (coord.: Francisco LÓPEZ MENUDO), 2011.
- BELINCHÓN ROMO, M. R.: «La hipoteca de responsabilidad limitada vista desde la perspectiva de la dación en pago», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 96, marzo-abril de 2012.
- «Extinción de la deuda garantizada con hipoteca y la dación en pago: comentario al auto de la AP de Girona, de 16 de septiembre de 2011», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2012.
- BLANCH NOUGUÉS, J. M.: «Una aportación sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de la dación en pago (*datio in solutum*) en Derecho Romano», en *Revista General de Derecho Romano*, núm. 13, 2009.
- «Acerca de la *datio in solutum* necesaria en el Derecho romano, en la tradición jurídica europea y en los Códigos Civiles iberoamericanos», en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, 2010.
- CABALLERÍA, J. C.: «Incentivar el alquiler de viviendas», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 44, julio-agosto de 2012.
- CARRASCO PERERA, A.: «Hipotecas y desahucios bajo el umbral de subsistencia», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 842/2012 (BIB 2012/891).

- CARRASCOSO MORALES, A.: «Presente y futuro del crédito bancario en España», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 32, julio-agosto de 2010.
- CASADO ROMÁN, J.: «Los procedimientos de ejecución hipotecaria tras el Real Decreto-ley», en *Diario La Ley*, núm. 7697. Lunes, 19 de septiembre de 2011.
- CASTILLA CUBILLAS, M.: «La responsabilidad patrimonial limitada en los préstamos hipotecarios como instrumento de modulación de los precios inmobiliarios», en *Actualidad Civil*, núm. 12. Quincena del 16 al 30 de junio de 2011.
- CONSEJO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS: *Dictamen de iniciativa propia del Consejo de Consumidores y Usuarios, relativo a la situación de endeudamiento y sobreendeudamiento financiero de las familias en la actual situación de crisis económica y del crédito*.
- CORREDOR SIERRA, B.: «Análisis civil y social de la dación en pago», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Número extraordinario: *La dación en pago en los préstamos hipotecarios*.
- COUSO, J. R.: «La protección de los deudores hipotecarios y las posibilidades de los acreedores financieros», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 44, julio-agosto de 2012.
- CUENA CASAS, M.: «Limitar el principio de responsabilidad patrimonial universal», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 36, marzo-abril de 2011.
- «Familia y concurso de acreedores. Capítulo 30», en *Tratado de Derecho de la Familia* (coords.: YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.), vol. IV. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011.
- «Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 125. Año XXXI, enero-marzo de 2012.
- «Crédito responsable, *fresh start* y dación en pago. Reflexión sobre algunas propuestas legislativas», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 43, mayo-junio de 2012.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.; DíEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J.: *Derecho procesal. Introducción*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A. Madrid, 1999.
- *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A. Madrid, 2000.
- DEFENSOR DEL PUEBLO: «Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo», Madrid, 2012. *Dictamen de iniciativa propia del Consejo de Consumidores y Usuarios relativo a la situación de endeudamiento y sobreendeudamiento financiero de las familias en la actual situación de crisis económica y del crédito*. 10 de febrero de 2009.
- DÍAZ FRAILE, J. M.: «Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, 2012.
- DÍEZ GARCÍA, H.: «Comentario a la STS de 23 de septiembre de 2010. Ejecución hipotecaria insuficiente y ejercicio posterior de la acción personal del acreedor. Capitalización de intereses y prescripción. Imputación del producto del remate. Intereses moratorios abusivos», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, septiembre-diciembre de 2011, núm. 87.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A.: «Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio del párrafo segundo *in fine* de la Ley 493 del Fuero Nuevo», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 51, 2011.

- «Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio del párrafo segundo *in fine* de la Ley 493 del Fuero Nuevo», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, 2012.
- EL NOTARIO DEL SIGLO XXI (INFORMACIÓN CORPORATIVA: PRÁCTICA NOTARIAL): «Procedimiento extrajudicial. Tipo mínimo de adjudicación en subasta», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 42, marzo-abril de 2012.
- GARCÍA AMIGO, M.: *Derecho Civil de España. I. Parte General*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid, 1997.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: «Dación en pago y reintegración concursal», en *Diario La Ley*, núm. 7492, 2010.
- «Dación en pago y reintegración concursal», en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (coord.: FRANCISCO DE PAULA BLASCO GASCÓ), vol. I, 2011 (Tomo I).
- 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 (BIB 2012/606).
- GOMA LANZÓN, F.: «Análisis y crítica de la orden EHA/2899/2011, de transparencia en los servicios bancarios», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 40, noviembre-diciembre de 2011.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: «Deshaucios y mercado hipotecario», en *Expansión*, viernes 18 de enero de 2013.
- GÓMEZ TABEADA, J.: «La dación en pago, ¿qué hay de los impuestos?», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 42.
- GONZÁLEZ, S.: «Las garantías en el préstamo hipotecario», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 36, marzo-abril de 2011.
- GONZÁLEZ FABRE, R.: «Dación en pago: ¿por qué y cómo?», en *Razón y fe: Revista hispanoamericana de cultura*. Tomo 264, núm. 1358, 2011.
- GONÍ 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, 2011.
- 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 de 2011.
- IRURZÚN, F.: «La última jurisprudencia del TEDH sobre el derecho de propiedad», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 42.
- 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 de 2011.
- «Ejecución de la vivienda familiar y concurso de acreedores (con inclusión de las novedades que presenta el Anteproyecto de Ley Concursal, de 17 de diciembre de 2010)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio de 2011, núm. 725.
- «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 de 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 de 2012.
 - «Consecuencias legislativas del Auto de 17 de diciembre de 2012 de la AP de Navarra. El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, julio-agosto de 2012.
 - «La figura del *fresh start*. ¿Es conveniente su incorporación al ordenamiento jurídico español?», en *Homenaje a Joaquín Rams Albesa*. CUENA CASAS, MATILDE (COORD.), 1.^a ed. Editorial Dykinson. *En prensa*.
- JORBA JORBA, O.: «Breve referencia a las consecuencias fiscales de la dación en pago», en *Quincena Fiscal*, núm. 20, 2011.
- JUAN GÓMEZ, M.: «Necesaria interpretación sistemática del artículo 671 de la LEC», en *Diario La Ley*, núm. 7622, miércoles, 4 de mayo de 2011.
- MACHADO PLAZAS, J.: «La distinción entre la dación en pago y la cesión *pro solvendo* contenidas en un convenio concursal (comentario a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 1997)», en *Revista General de Derecho*, núm. 648, 1998.
- MADRIDEJOS, A.: «Responsabilidad personal e ilimitada del deudor en las hipotecas», en *El Notario del Siglo XXI*, mayo-junio de 2011, núm. 37.
- MARTÍN BRICEÑO, 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, 2011.
- 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 *El Notario del Siglo XXI*, núm. 40, noviembre-diciembre de 2011.
- MELÉNDEZ HUELÍN, O.: «Derecho Concursal y normativa contable del Banco de España: provisiones por insolvencia y alternativas al Concurso de acreedores», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 10, 2009.
- 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.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A.: «Sobre la adjudicación del inmueble hipotecado en pago de la totalidad de la deuda», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, año 2012, págs. 1935-1968.
- MIREIA, I.: «¿Qué hacer ante la imposibilidad de pagar la cuota hipotecaria?: la dación en pago como vía para saldar la deuda hipotecaria», en *Inmueble: Revista del Sector Inmobiliario*, núm. 94, 2009.

- MOCHÓN, F.: «La ejecución hipotecaria y la dación en pago», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 41, enero-febrero de 2012.
- NASARRE AZNAR, S.: «Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727.
- PARDO IBÁÑEZ, B.: «La —indebida— limitación de la responsabilidad hipotecaria al bien hipotecado: análisis de los Autos contradictorios de 17 de diciembre de 2010 y 28 de enero de 2011 de la Audiencia Provincial de Navarra: lo que dicen los jueces», en *Revista del Sector Inmobiliario*, núm. 109, 2011.
- PÉREZ HERESA, J.: «¿Apoyo al deudor hipotecario?», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 39, octubre-diciembre de 2011.
- PEDEMONTÉ, J. L.: «La vivienda habitual como dación en pago en los procedimientos hipotecarios», en *Inmueble: Revista del Sector Inmobiliario*, núm. 117, 2011.
- PÉREZ HERESA, J.: «Propuestas para la protección del deudor hipotecario», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 41, enero-febrero de 2012.
- PÉREZ GARCÍA, M. J.: «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, 2011.
- PÉREZ MEDINA, A.: «Dación en pago: la casa a cambio de cancelar la hipoteca», en *Iuris: Actualidad y Práctica del Derecho*, núm. 159, 2011.
- REPERTORIO MENSUAL DE JURISPRUDENCIA: «La adjudicación de la finca al banco no salda la deuda hipotecaria: continuación de la ejecución por la cantidad no cubierta por la subasta (Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.ª, Auto de 28 de enero de 2011, rec. 92/2010)», en *Repertorio Mensual de Jurisprudencia*, núm. 4, 2011.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: «Declaración de concurso voluntario sin masa activa», en *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 3/2008 (BIB 2008/502).
- «Ejecuciones hipotecarias», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2012 (BIB 2012/421).
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, J.: «El trago de las ejecuciones hipotecarias», en *Temas para el debate*, núm. 201-202 (agosto-septiembre), 2011.
- ROJAS, L.: «Legislar sobre la limitación de responsabilidad», en *El Notario del Siglo XXI*, mayo-junio de 2011, núm. 37.
- 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. 111/10 (AC 2011/1) y 4/2011 (AC 2011/40) de las Secciones segunda y tercera de la Ilma. Audiencia Provincial de Navarra (BIB 2011/331)», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2011.
- RUBIO DE ORELLANA PIZARRO, R.: «La dación en pago como forma de liquidación de operaciones de activo», en *Derecho del Mercado Financiero* (coord. por Julián MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ y Alberto ALONSO UREBA), vol. 2. Tomo I, 1994 (Operaciones bancarias de activo y pasivo).
- «La dación en pago y su efecto extintivo de las obligaciones pecuniarias», en *Instituciones del Mercado Financiero*. Coord.: Julián MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, Alberto ALONSO UREBA, vol. 4, 1999 (Garantías y aspectos procesales).

- ROUANET MOSCARDÓ, J.: «Exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados a Cooperativas de crédito por la adjudicación de bienes en subasta pública judicial, en reembolso de créditos concedidos a socios cooperativistas con garantía hipotecaria», en *Diario La Ley*, núm. 7893, 2012.
- SACRISTÁN DE MIGUEL, R., VILCHES VILELA, V.: «Responsabilidad personal e ilimitada del deudor en las operaciones hipotecarias: ¿es conforme a derecho el Auto de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010?», en *Economist & Iuris*, vol. 19, núm. 149, 2011.
- SÁENZ-SANTURTÚN, J.: «Dación en pago en el concurso de acreedores», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 41, enero-febrero de 2012.
- SANZ IGLESIAS, A.: «Tribulaciones del pequeño deudor hipotecario», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 37, mayo-junio de 2011.
- SASTRE PAPIOL, S.: *La dación en pago: su incidencia en los convenios concursales*. Librería Bosch, 1990.
- SERRANO DE NICOLÁS, A.: «Sobreendeudamiento de la persona física», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 44, julio-agosto de 2012.
- VALLEJO, C.: «Dación en pago: efectos en el inversor: el necesario cambio en el duro sistema español de ejecuciones», en *Inversión & Finanzas: el primer semanario de bolsa, economía y gestión de patrimonios*, núm. 862, 2012.
- VÁZQUEZ VILLAMAR, J. A.: «Consecuencias fiscales de la dación en pago», en *Inmueble: Revista del Sector Inmobiliario*, núm. 119, 2012.
- VIVES MARTÍNEZ, G.: «Ejecuciones hipotecarias y dación en pago, revisión jurisprudencial y problemas prácticos: dación en pago», en *Diario La Ley*, núm. 7908, 2012.
- YÁÑEZ VIVERO, F.: «Cesión de bienes en concurso de acreedores e inscripción registral», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, 2012.

RESUMEN

DACIÓN EN PAGO

En el presente trabajo la autora analiza las recientes medidas legislativas adoptadas a favor de los deudores hipotecarios. Así, el incremento del patrimonio inembargable o la modificación del artículo 671 LEC (adjudicación al acreedor en caso de subasta sin postores) y del artículo 579 LEC (relación entre ejecución hipotecaria y ejecución ordinaria posterior. Particularmente estudia el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, y de las medidas previstas en el mismo (reestructuración de la deuda hipotecaria mediante moderación de los intereses moratorios y el Código de Buenas Prácticas;

ABSTRACT

SURRENDER IN LIEU OF PAYMENT

Legislative measures have recently been taken to favour mortgage borrowers, for example, by increasing the assets that are privileged from execution and by amending the Civil Procedure Act, articles 671 (award to the lender in the event of auction without bidders) and 579 (relationship between foreclosure on mortgaged collateral and subsequent foreclosure on all the debtor's assets). These measures are discussed, paying particular attention to the realm of application of Royal Decree-Law 6/2012 of 9 March and the measures it contains (mortgage debt restructuring through moderation of interest on late payment and the

modificación del procedimiento de ejecución extrajudicial y el acceso al alquiler de las personas afectadas por desahucios y sujetas a medidas de flexibilización de las ejecuciones hipotecarias). Tras un pormenorizado estudio, la autora llega a la conclusión de que, ante la insuficiencia de dichas medidas legislativas, es preciso buscar medios para la defensa del deudor hipotecario en el seno de las ejecuciones hipotecarias y en las ejecuciones ordinarias posteriores, si el producto de aquellas es insuficiente, para lo cual propugna la moderación del principio de responsabilidad patrimonial universal por los Tribunales, en el momento procesal más oportuno (decreto de adjudicación al acreedor hipotecario de la vivienda habitual en caso de subasta sin postores; trámite de admisión o inadmisión de la ejecución ordinaria posterior; trámite de oposición del deudor a la ejecución ordinaria posterior). Se trataría, en uno u otro caso, de permitir reclamar en ejecución ordinaria posterior, únicamente el exceso de deuda (sumados principal, intereses (remuneratorios y moratorios, ambos moderados, o por lo menos, estos últimos) y costas, sobre el 100 por 100 del valor de tasación inicial del inmueble adjudicado al acreedor. La autora aporta argumentos con base en los márgenes de actuación que permite a los Tribunales el ordenamiento jurídico vigente, para sostener que resoluciones judiciales que moderen el principio de responsabilidad patrimonial universal tienen base jurídica y perfecto encaje en el Derecho vigente. Así, la aplicación equitativa de las normas, la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, la doctrina de los actos propios, la proscripción del abuso de derecho, y la protección al consumidor y la traslación al acreedor del riesgo de depreciación del inmueble, voluntariamente asumido por este en el momento de la contratación. La autora examina también las ventajas e inconvenientes que una interpretación como la propugnada,

*Good Practice Code, modification of the extrajudicial foreclosure procedure, and access to rental property for evictees eligible for mortgage foreclosure flexibility measures). After detailed study, the conclusion is reached that the legislative measures taken are insufficient and means must be sought to defend mortgage borrowers in foreclosure proceedings of both types, if the sum yielded in foreclosure is insufficient to discharge the debt. One proposal calls for the courts to moderate the rule of unlimited personal liability at the most appropriate point in proceedings (when awarding a debtor's permanent residence to the mortgage lender in an auction without bidders; when deciding whether or not to admit subsequent foreclosure on all the debtor's assets; when the debtor objects to subsequent foreclosure on all his assets). In either case, the point would be to restrict subsequent foreclosure proceedings so as to allow the lender to claim only whatever portion of the debt (sum of principal, interest [compensatory interest and interest on late payment, with moderation of both or at least the latter] and costs) remains after subtracting 100% of the property's initial appraised value as awarded to the lender. Arguments are furnished, based on the leeway courts are allowed by current legislation, showing how judicial decisions moderating the rule of unlimited personal liability do have grounds in law and do not clash with current legislation. This, in consideration of the fair application of the law, the application of *clausula rebus sic stantibus*, legal thought on *estoppel*, the prohibition of abuse of process, consumer protection and the shifting of the risk of property depreciation onto the lender (as the lender accepts this risk voluntarily at the conclusion of the mortgage agreement). An interpretation such as the one advocated here, and the legal acceptance of limited-liability mortgages (or mandatory acceptance by the lender of surrender in lieu of payment), would pose certain*

así como la admisión legal de las hipotecas de responsabilidad limitada (o una dación en pago forzosa para la entidad crediticia), plantearían para la situación jurídico-económica española. Finalmente la autora menciona otras posibilidades que se le abren al deudor hipotecario en el Derecho español, como la enervación de la ejecución hipotecaria, la posibilidad de acudir a la mediación hipotecaria para obtener una reestructuración de la deuda, una quita o una dación en pago, que eviten la ejecución hipotecaria o la dación en pago en el seno del concurso de acreedores de persona física.

advantages and disadvantages for Spain's legal and economic situation. These pros and cons are examined. Lastly, there is mention of other possibilities open to mortgage borrowers under Spanish law. These include setting aside mortgage foreclosure, mediation to restructure the debt, partial acquittance, surrender in lieu of payment to avoid foreclosure and surrender in lieu of payment to creditors in personal bankruptcy proceedings.