

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)

por

FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ (1)

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO.
2. LA FUNCIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN UNA ECONOMÍA DE MERCADO: SIMPLIFICAR LAS TRANSACCIONES Y DOTAR DE SEGURIDAD A LOS DERECHOS SOBRE INMUEBLES, CONVIRTIÉNDOLOS ASÍ EN ACTIVOS ECONÓMICOS APTOS PARA SERVIR DE GARANTÍA AL CRÉDITO.
3. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ESPAÑOL: PROBABLEMENTE EL MÁS EFICIENTE DE LOS PAÍSES DE LA OCDE.
4. LA ADQUISICIÓN EN PROPIEDAD: EL FINAL DE UN MODELO DE POLÍTICA DE VIVIENDA.

(1) Registrador de la Propiedad y Mercantil. Miembro del Consejo de Dirección del Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil de la Universidad de Barcelona (CIDDRIM-UB). E-mail: fpmendez@fernandopmendez.eu

5. BREVE REFERENCIA A CIERTAS DEFICIENCIAS REGULATORIAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PÚBLICO —FISCAL Y URBANÍSTICO— QUE HAN CONTRIBUIDO AL ENCARECIMIENTO DE LA VIVIENDA.
6. MEDIDAS DE DERECHO PRIVADO AL SERVICIO DE UNA POLÍTICA DE VIVIENDA:
 - 6.1. MEDIDAS DIRIGIDAS A DESARROLLAR EL MERCADO DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDAS.
 - 6.2. MEDIDAS DIRIGIDAS A DESARROLLAR EL MERCADO DE ADQUISICIÓN DE VIVIENDAS EN RÉGIMEN DE ALQUILER CON OPCIÓN DE COMPRA.
 - 6.3. LA ADQUISICIÓN DE UNA VIVIENDA EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD SUPERFICIARIA: LA NECESIDAD DE REGULAR SU INSCRIPCIÓN REGISTRAL Y DE AUTORIZAR LA TITULACIÓN DE LAS HIPOTECAS SUPERFICIARIAS PARA EL DESARROLLO DE LA FIGURA.
 - 6.4. ARRENDAMIENTO Y PROPIEDAD SUPERFICIARIA.
7. MEDIDAS DE APOYO A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS SOBRENDEUDADOS.
8. MEDIDAS DIRIGIDAS A POSIBILITAR LA RECUPERACIÓN DE LAS CANTIDADES ENTREGADAS A CUENTA POR LOS ADQUIERENTES DE VIVIENDAS EN CONSTRUCCIÓN EN CASO DE CONCURSO DE LOS PROMOTORES.
9. CONSIDERACIONES FINALES.
10. AGRADECIMIENTOS.

1. PLANTEAMIENTO

La vivienda presenta dos semblantes inescindiblemente unidos al tiempo que antagónicos. Por un lado, sirve como refugio frente a las inclemencias de la vida al aire libre y como espacio para el desarrollo de la propia personalidad. Es lo que podría denominarse la función habitacional de la vivienda. Por otro, cuando se tiene en propiedad, es un activo económico que puede ser utilizado como recurso para obtener rentas o como garantía de un crédito. Evidentemente, cuanto mayor sea el valor de la vivienda como activo económico más inaccesible será su adquisición en propiedad, lo que exige buscar fórmulas de acceso a la vivienda distintas de la propiedad tradicional, con la finalidad de que no queden privados de este bien básico segmentos enteros y muy activos de la población y de hacer efectivo el derecho a una vivienda digna reconocido por nuestra Constitución.

Dado que he sido citado a comparecer ante la Comisión de Vivienda del Congreso de los Diputados en mi condición de Registrador de la Propiedad, creo interpretar correctamente la intención de quienes me han propuesto y de quienes han aceptado mi comparecencia, esto es, del Grupo Parlamentario Socialista y de los demás grupos respectivamente, si supongo que lo que se espera de mí

es que realice una intervención centrada, preferente aunque no exclusivamente, en el análisis de cómo puede contribuir el Derecho Privado y, específicamente, el Registro de la Propiedad, a una política de vivienda.

Este será, pues, el enfoque que gobernará mi intervención.

2. LA FUNCIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN UNA ECONOMÍA DE MERCADO: SIMPLIFICAR LAS TRANSACCIONES Y DOTAR DE SEGURIDAD A LOS DERECHOS SOBRE INMUEBLES, CONVIRTIÉNDOLOS ASÍ EN ACTIVOS ECONÓMICOS APTOS PARA SERVIR DE GARANTÍA AL CRÉDITO

Ello exige una breve explicación de la función del Registro de la Propiedad en una economía de mercado, máxime en estos momentos en los que existe un acuerdo general en que tanto la ausencia de regulación como la regulación de mala calidad se hallan en la base de la profunda crisis económica por la que está atravesando el mundo y, por lo tanto, también nuestro país, lo que pone de manifiesto lo acertado de la tesis central de la economía neoinstitucional, según la cual la calidad regulatoria es la base esencial del crecimiento económico y, en general, el andamio institucional la base esencial del edificio de la civilización.

El intercambio y la especialización son la base del crecimiento y del bienestar. La principal dificultad para intercambiar, por parte del adquirente de un bien, radica en la desconfianza derivada del desconocimiento acerca de los atributos esenciales del bien que se desea adquirir junto con la convicción de que la otra parte ajustará su conducta al modelo del autointerés y, en consecuencia, ocultará toda información relevante, cuyo conocimiento por parte del adquirente daría lugar a que no adquiriese el bien o lo adquiriese por un precio menor —*asimetría informativa*—. Por parte del transmitente, la principal dificultad radica en cobrar efectivamente el precio estipulado, pues se halla convencido de que el adquirente incumplirá si esa conducta le reporta más beneficios que la contraria.

Las asimetrías informativas presentes en el mercado son, pues, la principal dificultad para coordinar los intereses de las partes y, por tanto, para contratar.

Por ello, para facilitar las transacciones se requieren instituciones que suministren a la parte peor informada —usualmente la interesada en adquirir— toda la información relevante, y que la parte mejor informada —usualmente la interesada en transmitir— le ocultaría si pudiera, en el caso de que esperase obtener de tal comportamiento mayores beneficios que del contrario, esto es, de la comunicación a la parte peor informada de toda la información relevante.

Para analizar esta cuestión en relación con la material objeto de esta intervención examinemos el caso de la transmisión onerosa de un bien inmueble. Dicha transacción implica la transmisión de un conjunto de atributos, tanto físicos como legales —derechos— sobre el mismo a cambio de una contraprestación,

una suma de dinero en el caso de la compraventa, tipo negocial en el que nos centraremos para simplificar la cuestión.

La medición de tales atributos tiene un coste y, además, el adquirente aplicará un descuento por incertidumbre, descuento que revela el grado de imperfección en la medición de tales atributos, todo lo cual se reflejará en el precio que está dispuesto a pagar —en el valor que para él tiene el bien—. *Coeteris paribus*, a mayor incertidumbre estará dispuesto a pagar menos e, inversamente, a menor incertidumbre estará dispuesto a pagar más. Así pues, en la medida en que se eliminan las incertidumbres, aumenta el valor del bien.

Algunos de estos atributos, como la superficie o las características generales del inmueble, pueden ser relativamente fáciles de determinar, pero otros, tales como la seguridad jurídica de la propiedad adquirida, especialmente en la dimensión de hallarse protegida contra posibles fallos en el título del transmitente, que fundamenten reclamaciones de terceros, tanto en concepto de titulares de dominio como de otro tipo de *iura in rem*, son más difíciles de determinar, por lo tanto de calibrar su probabilidad y, en consecuencia, su importancia.

Todas estas incertidumbres en relación a los atributos del bien que se desea adquirir hacen necesaria la existencia de instituciones específicas destinadas a despejarlas, facilitando así la contratación.

Esta es precisamente la función del Registro de la Propiedad, en su versión más evolucionada de Registro de derechos o de tráfico, a saber: resolver ciertas incertidumbres sobre ciertos extremos esenciales tales como quién es el dueño o, al menos, quién puede disponer sobre la finca y qué cargas de origen negocial pesan sobre ella con carácter preferente al derecho de un potencial adquirente.

En general, puede afirmarse que el descuento por incertidumbre será mayor —es decir, el bien será *menos valioso*— en la medida en la que la estructura institucional permita que tercera partes influyan en el valor de los atributos que son una función de utilidad para el comprador. Puede citarse aquí la conducta de los vecinos, o, también, la probabilidad de robo, pero también la posibilidad de que la adquisición realizada pueda ser anulada por un tercero. Mientras mayor sea la incertidumbre del comprador menor será el valor del bien, y menor será también la posibilidad de un uso más especializado y, por tanto, más productivo del mismo. Ciertamente, el nivel de las tasas de interés en los mercados de capitales es, probablemente, la dimensión cuantitativa más evidente de la eficacia del marco institucional.

La disminución de tales asimetrías se ha conseguido históricamente mediante la generación de instituciones que pongan a disposición del eventual comprador o adquirente la información jurídica y económicamente relevante para contratar —quién es el dueño, si puede disponer, qué derechos de terceros puede haber que se antepongan al suyo en el caso de que decida adquirir, etc.— y que, además, impidan al vendedor o transmitente —y, en general, a cualquiera— utilizar las

asimetrías informativas residuales en beneficio propio y en perjuicio de quien adquiera mediante un *acto de tráfico*, es decir a título oneroso y de buena fe, pues el mercado desconoce los actos a título gratuito y repele la mala fe.

Esta *neutralización de los efectos* que podrían derivarse de las *asimetrías informativas residuales* hace que las partes, de hecho, se encuentren en una situación equivalente a la de igualdad o simetría informativa lo cual garantiza al comprador que el vendedor no puede valerse de más información que la que él mismo tiene.

Esta situación, a la que calificamos de *imposición de simetría informativa funcional* —porque la imposición que hemos descrito genera una situación que funciona *como si* ambos tuviesen la misma información—, es decisiva para disipar la desconfianza en la contratación entre extraños y posibilitar, por tanto, el crecimiento de los mercados, que quedarían reducidos, de otro modo, a intercambios dentro de pequeños círculos de amigos y conocidos.

Pues bien, la letra de cambio, mediante la técnica de la *incorporación cambiaria*, en relación a los derechos de crédito y el Registro de la Propiedad, en su modalidad de Registro de derechos o de tráfico, mediante la técnica de la intabulación o *incorporación tabular*, en relación al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, consiguen imponer una situación de *simetría informativa funcional* en sus respectivos ámbitos y, mediante ella, consiguen fomentar el comportamiento cooperativo y el crecimiento de los respectivos mercados, así como el del crédito hipotecario.

Ciñéndonos al objeto de mi intervención, esto es, el ámbito inmobiliario y registral, obviamente, para que la *simetría informativa funcional* produzca los efectos deseados se requiere que la información producida por el Registro sea *veraz* y, si no lo fuere, *se repute como tal*, de modo que el potencial adquirente pueda tener seguridad en el carácter *irrevocable*, en relación a él, de la información ofrecida por el Registro en relación a los extremos que le son propios.

Ello solamente es posible si el procedimiento registral garantiza que la información producida por el Registro es veraz en la práctica totalidad de los casos y que, cuando no lo es, se debe a que el *verus dominus* ha preferido no asumir los costes de conservación de su derecho —esto es, los derivados del procedimiento registral— que deben ser inferiores a los de cualquier solución alternativa, para que la institución registral quede justificada. Y esta es precisamente, la razón de ser del Registro de la Propiedad.

En otro caso, la supuesta seguridad del tráfico se conseguiría a costa de aumentar la inseguridad de los propietarios, lo cual no estaría justificado en términos de eficiencia, por dos razones esenciales: en primer lugar, porque esta exige que la constante reasignación de recursos en que consiste el mercado se realice voluntariamente —por cuya razón nadie puede ser privado de su derecho sin su consentimiento—; en segundo lugar, porque el incremento de la inseguridad de las titularidades incrementaría a su vez los costes necesarios para contratar.

Ello pone de manifiesto que la seguridad del tráfico no se consigue —como se ha argumentado— a costa de la seguridad de los derechos, sino, inversamente, reforzando la seguridad de los mismos. Y eso es, precisamente lo que hace el Registro de la Propiedad: frente a los costes de conservación exigidos por el Derecho común —bajo cuya égida ningún propietario podía estar seguro de no sufrir una reivindicatoria hasta tanto no hubiese transcurrido el tiempo necesario para la adquisición por usucapión, cuya declaración exige, además, una sentencia, previo procedimiento judicial— el nuevo Derecho de la seguridad del tráfico que el Registro vertebría en el ámbito inmobiliario, tan solo exige la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Pero todo ello es fruto de un proceso evolutivo en el que se han ido imponiendo, poco a poco y con muchas dificultades, aquellas soluciones que, en cada sociedad, han ido alumbrando la historia, en función de las necesidades de los intereses en juego y del nivel de eficiencia y de eficacia del mercado político de cada una de las sociedades en cada momento.

Del mismo modo, la estructura institucional determinará el riesgo en el que incurre el vendedor de que el contrato sea incumplido por el comprador. El Registro de la Propiedad también colabora a despejar este tipo de incertidumbres, si bien de una manera indirecta, al facilitar la prueba del tenor exacto de determinados extremos contractuales, o facilitar la ejecución de ciertas garantías en caso de incumplimiento, todo lo cual constituye un importante estímulo para el cumplimiento, y, en consecuencia, contribuye también a la disminución de uno de los componentes fundamentales de los costes totales de transacción, cuales son los denominados *costes de agencia*.

En todo caso, las propiedades normativas que caracterizan a la inscripción en un moderno Registro de derechos como el nuestro— las cuales la convierten en un auténtico *título valor* en el ámbito inmobiliario— suponen la sustitución del viejo sistema transmisible —siempre de resultados inseguros— del viejo Derecho Común, por nuevo sistema, simplificado y más seguro, sujeto a las reglas propias del Derecho de la seguridad del tráfico, en el que la inscripción forma parte del proceso adquisitivo y se constituye en el título —documento— respaldado por el Estado que prueba la titularidad y contenido de los derechos reales inmobiliarios, con excepción de los *overridings* o cargas que vinculan al tercer adquirente sin necesidad de que consten en la inscripción. Ello evita las investigaciones retrospectivas, más o menos acertadas, sobre la propiedad, dota de seguridad a los derechos, simplifica y dota de seguridad al tráfico con los mismos, los habilita como activos económicos y, en general, simplifica las relaciones jurídicas en el ámbito inmobiliario.

Por último, es necesario recalcar que todas estas incertidumbres en relación a la seguridad de los derechos constituyen una de las diferencias fundamentales entre los mercados relativamente eficientes de países con altos ingresos y las economías de tiempos pasados o las economías contemporáneas del tercer mundo, lo que pone de manifiesto que las diferencias institucionales son la clave del éxito relativo de las economías.

El Registro de la Propiedad sirve, pues, para crear y desarrollar los mercados inmobiliario e hipotecario, pero sirve, además, para poder *intervenir* en ellos, si se considera preciso, y, como eficaz instrumento de *enforcement*, sirve para asegurar la eficacia de ciertas medidas de política legislativa, cual de vivienda, por ejemplo, sin necesidad de crear instituciones *ad hoc* que impliquen un *coste de gestión* complementario de la norma.

3. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ESPAÑOL: PROBABLEMENTE EL MÁS EFICIENTE DE LOS PAÍSES DE LA OCDE

El Registro de la Propiedad español, tal y como destacan los diferentes informes internacionales independientes, desde el relativo a la Integración Financiera de los Mercados Hipotecarios Europeos, realizados por M. O. Wyman para la *European Mortgage Federation*, hasta el Informe *Doing Business* del Banco Mundial, conceden al Registro de la Propiedad español una valoración excelente. Este último, concede al Registro de la Propiedad la mejor valoración de todas las instituciones españolas, de entre los países de la OCDE, junto con las relativas a la obtención de crédito y al cierre de empresas.

Así, según el citado Informe, nuestro Registro de la Propiedad está a la cabeza de los que más seguridad proporcionan a los derechos de propiedad sobre los bienes inmuebles, está por debajo de la media en cuanto a número de trámites y su precio es el más bajo de todos.

Y según el primer informe, nuestro país es el que presenta tiempos de inscripción menores, menores costes operativos de los créditos hipotecarios y tiempos más breves de ejecución de las garantías en caso de impago junto con, en este último caso, Alemania y Reino Unido.

Todo ello se halla en estrecha relación y nuestro tipo de sistema registral y su modelo gestor, como acredita el hecho de que los países con sistemas registrales de documentos —Francia e Italia— se hallan a la cola en todos los demás parámetros relacionados con los créditos hipotecarios.

Como consecuencia de todo ello, probablemente, nos hemos acostumbrado a dar por supuesta la seguridad jurídica que proporciona el Registro, sin percatarnos de que es difícil de conseguir y de que es mucho mayor y menos costosa que la de los países que nos rodean.

Nos hemos acostumbrado a considerarla como un hecho de la naturaleza, lo que nos ha hecho perder la conciencia de lo costosa que ha sido su consecución así como de los peligros que la acechan constantemente y cuya mayor probabilidad de éxito radica, precisamente, en el desconocimiento existente sobre la ingeniería institucional precisa para poder gozar de los beneficios que proporciona un sistema registral como el que tenemos.

Baste poner de manifiesto que, con motivo de la crisis de las *subprime*, nada menos que el Presidente del BBVA declaró en Estados Unidos hace unos meses que en España la crisis no podría alcanzar las proporciones que estaba alcanzando en aquel país por varias razones, entre las que resaltó que en Estados Unidos no existe un Registro de eficacia jurídica similar al español. Algo que nadie más ha puesto de manifiesto. Ciertamente nuestra relativamente buena situación en materia de hipotecas *subprime* se debe a muchas razones, entre las que destacan el buen hacer del Banco de España y el disponer de unos profesionales de banca muy competentes. Pero tampoco es ajeno al fenómeno, ni mucho menos, nuestro sistema registral, el cual, a la vista de la experiencia que estamos contemplando, debe ser robustecido sin entorpecerlo, en lugar de lo contrario, como podría suceder dado el escaso conocimiento acerca de la racionalidad subyacente de la ingeniería institucional que requiere un Registro de derechos.

4. LA ADQUISICIÓN EN PROPIEDAD: EL FINAL DE UN MODELO DE POLÍTICA DE VIVIENDA

Durante los últimos sesenta años la política de vivienda ha estado centrada en incentivar la adquisición de la vivienda en propiedad. Esta política se inició durante el franquismo y ha sido continuada por los diferentes gobiernos de la democracia, pues los Pactos de la Moncloa de 1977 dieron un fuerte espaldarazo a esta política (vid.: apdos. V.B, V-b-2 y V.b-7 de los mismos).

En efecto, según los datos del censo de edificación y vivienda, en 1953 el 51 por 100 de las viviendas principales de nuestro país estaban dedicadas a alquiler. Es más, en las dos principales ciudades españolas, ese porcentaje superaba el 80 por 100.

En la actualidad, según el último censo de población y vivienda 2001 —último publicado— la situación se ha más que invertido: solo el 11,5 por 100 de las viviendas principales de España estaban dedicadas al arrendamiento. En las provincias de Barcelona y de Madrid, el porcentaje era superior, aunque no mucho mayor: 13,8 y 13,7 por 100, respectivamente. Es decir, en cincuenta años, en las dos principales ciudades españolas se ha pasado de algo más del 80 por 100 de vivienda en alquiler, a menos del 14 por 100.

Como consecuencia, España se ha convertido, junto con Irlanda, en el país con mayor número de propietarios de sus propias viviendas y aquel en el que las familias han acumulado mayor riqueza inmobiliaria.

En los últimos tiempos, sin embargo, el deterioro de los niveles de accesibilidad a la vivienda en propiedad como consecuencia de la concurrencia de diferentes factores que no me corresponde analizar a mí aquí y ahora, está empezando a configurar el alquiler como la opción más accesible para un nú-

mero creciente de ciudadanos y de familias. Y, en general, la nueva situación ha exigido y exige la configuración institucional de nuevas figuras jurídicas que permitan el acceso a la vivienda bajo una fórmula distinta a la tradicionalmente dominante entre nosotros de propiedad.

Me centraré en tres figuras: arrendamiento, arrendamiento con opción de compra, propiedad superficiaria y, dentro de esta haré una breve referencia a la propiedad superficiaria construida sobre suelo cedido en régimen de arrendamiento. Por último, me referiré a algunas medidas que pueden ser adoptadas para ayudar a los ciudadanos que han incurrido en sobreendeudamiento como consecuencia de la elevación de tipos de interés de los préstamos hipotecarios contratados en su día a interés variable, así como a aquellas que pueden ser adoptadas para proteger a los adquirentes de viviendas que han financiado al promotor mediante la entrega de cantidades a cuenta, en caso de concurso del mismo.

Pero antes se impone hacer referencia a algunas deficiencias de nuestra legislación urbanística y del suelo, deficiencias que han contribuido a encarecer y, por tanto, a hacer más inaccesible la vivienda en nuestro país.

5. BREVE REFERENCIA A CIERTAS DEFICIENCIAS REGULATORIAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PÚBLICO —FISCAL Y URBANÍSTICO— QUE HAN CONTRIBUIDO AL ENCARECIMIENTO DE LA VIVIENDA

Sin duda alguna, uno de los factores que contribuyen al encarecimiento de la vivienda en España es el precio del suelo. Pero esto requiere una breve explicación.

No comarto la opinión tan extendida de que las viviendas son caras porque el suelo es caro. Más bien creo que el suelo es caro porque las viviendas lo son, y estas lo son debido al fuerte incremento de la demanda durante los últimos años como consecuencia de ciertos factores.

Ello es así porque el mecanismo de fijación del precio del suelo es residual: fijado el precio por metro cuadrado al que se puede vender una vivienda de nueva construcción en una zona y establecido el número de metros cuadrados de vivienda autorizados por el plan, se descuenta el beneficio del promotor y los gastos en los que debe incurrir y, el resto, corresponde al precio del suelo.

Sin embargo, conjuntamente con este mecanismo básico de formación del precio del suelo, es preciso reconocer que existen otros factores que empujan al alza el precio del mismo. Dichos factores no se hallan relacionados con la escasez de suelo edificable. De hecho, con el que hay calificado actualmente, podrían construirse viviendas para más de veinte millones de personas.

Dichos factores se hallan relacionados, más bien, con la gestión de dicho suelo por parte de los Ayuntamientos, los cuales van suministrándolo al mercado

—o lo han venido haciendo hasta recientemente— conforme a sus necesidades, especialmente recaudatorias y, por lo tanto, al ritmo necesario para mantener el precio lo más alto posible.

Esta práctica de los ayuntamientos se halla relacionada, a su vez, con el hecho, de que deben optimizar sus ingresos porque la Ley de Financiación de las Haciendas Locales no establece un sistema de financiación realista ni suficiente, lo que empuja a los ayuntamientos a utilizar sus competencias sobre urbanismo con finalidad recaudatoria, o, si se prefiere, a optimizar las posibilidades recaudatorias de sus competencias en materia urbanística.

Así pues, mientras no se solventen los problemas relacionados con la financiación municipal, los ayuntamientos difícilmente variarán su comportamiento. Y, hasta el momento, ningún Gobierno ha conseguido solventar dichos problemas.

Así, muchos de los desastres de planeamiento urbanístico tienen este origen. Sin embargo, no sería justo culpar de ello exclusivamente a los ayuntamientos, pues, en nuestro país, en general, el planeamiento se mueve en dos fases: la de la aprobación inicial, que corresponde a los Ayuntamientos, y la de la aprobación definitiva, que corresponde a las Comunidades Autónomas, las cuales, en muchos casos, han hecho dejación de sus competencias para evitar conflictos con los Ayuntamientos o por otras razones.

En la fase de concesión de licencias, es donde los ayuntamientos suelen hacer gala de su poder en relación a los casos concretos.

La licencia es —lo cual se ha olvidado— un acto declarativo. Los derechos no derivan de la licencia sino del plan. La licencia es de obligatoria concesión cuando lo proyectado se ajusta al plan.

Sin embargo, los ayuntamientos suelen utilizar su competencia sobre la materia para exigir *contrapartidas* carentes del menor apoyo legal y que acaban repercutiendo en el precio de la vivienda.

Por esta razón, convendría reflexionar sobre la posibilidad de que la concesión de licencias no fuera competencia de los ayuntamientos sino de organismos públicos neutrales e independientes, de modo que se respeten estrictamente los derechos de quienes presentan proyectos conforme al plan, sin exigirles cargas injustificadas por el reconocimiento de sus derechos.

6. MEDIDAS DE DERECHO PRIVADO AL SERVICIO DE UNA POLÍTICA DE VIVIENDA

6.1. MEDIDAS DIRIGIDAS A DESARROLLAR EL MERCADO DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDAS

El arrendamiento de vivienda apenas se ha desarrollado en nuestro país, como consecuencia de la concurrencia de dos factores:

1. *Una inadecuada estructura de incentivos para el desarrollo del mercado de arrendamientos*

Tal estructura inadecuada se ha configurado tradicionalmente por unas leyes intervencionistas y excesivamente protectoras de los intereses de los arrendatarios, mediante el recurso a: *a) garantizar la continuidad de los arrendatarios; b) dificultar los desahucios; c) limitar las rentas.*

Ha sido esta una línea tradicional en nuestro Derecho, con la sola excepción de la legislación liberal del siglo XIX —Ley de 19 de abril de 1842— y, parcialmente, del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril —el denominado *Decreto Boyer*— que suprimió la prórroga forzosa para el dueño y potestativa para el inquilino.

2. *Políticas públicas dirigidas al fomento de la adquisición de la vivienda en régimen de propiedad, con olvido de cualquier otra alternativa*

En efecto, toda la política de viviendas protegidas ha ido dirigida a facilitar la adquisición de una vivienda en régimen de propiedad. Tan solo muy recientemente han empezado a articularse políticas —fiscales, de ayudas directas, etc.— dedicadas a facilitar los alquileres ante la elevación del umbral de accesibilidad en propiedad, como consecuencia, esencialmente, del encarecimiento de los créditos.

El desarrollo de un mercado de arrendamiento de viviendas en nuestro país exige, pues, por un lado, la adopción de un marco regulatorio que lo incentive y, por otro, el desarrollo de políticas públicas que lo estimulen. Centraré mi intervención en el primer aspecto.

La experiencia acumulada en la construcción y desarrollo del mercado hipotecario puede resultar de gran utilidad en la consecución de este objetivo. Por lo que al mercado de arrendamiento de viviendas se refiere, puede afirmarse que la situación en la que nos encontramos equivale a aquella en la que el mercado hipotecario no estuviese dominado mayoritariamente por entidades de crédito, sino por prestamistas particulares que destinase una parte de sus ahorros a invertir en prestar con garantía hipotecaria.

Se trata, por tanto, de un mercado artesanal, que, para ser eficiente, debe ser profesionalizado, al igual que ha sucedido con el mercado hipotecario. Es aquí donde los Fondos y las Sociedades de Inversión Inmobiliaria —y figuras similares— pueden estar llamados a desempeñar un importante papel, al igual que lo desempeñan las entidades financieras en el ámbito del mercado hipotecario.

Sin duda, los actores principales de ese mercado deberían ser las Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria, subespecies de Instituciones de Inversión

Colectiva, cuyo objeto principal está constituido por «*la inversión en inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento*» (art. 56.2 del RD 1309/2005), sea o no con carácter financiero, es decir, sea mediante la inversión en activos o instrumentos financieros —en los términos establecidos por la Ley y el Reglamento de las Instituciones de Inversión Colectiva—, o mediante la inversión directa en inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento (arts. 34 y 35 LIIC).

Pues bien, para que pueda desarrollarse un mercado de arrendamiento de viviendas profesionalizado y eficiente, basado en el desarrollo de estas instituciones de inversiones colectiva o similares, sugiero a Sus Señorías que reflexionen sobre la posibilidad de adoptar las siguientes medidas dirigidas a equilibrar la relación arrendaticia, eliminando ciertos privilegios en favor del arrendatario que desincentivan la inversión en vivienda con la finalidad de arrenderla. Entre ellas:

- a) Derogación progresiva del derecho de prórroga forzosa y, en todo caso, de su especial régimen jurídico que lo configura como una excepción a los principios que gobiernan la seguridad del tráfico jurídico y, en consecuencia, en perjuicio de adquirentes, de acreedores hipotecarios y, finalmente, de los deudores hipotecarios y de los propios arrendatarios

Para que se pueda desarrollar el mercado arrendaticio de viviendas es necesario, en primer lugar, que la configuración legal del contrato de arrendamiento sea equilibrada. Hoy, sin embargo, tal configuración presenta algunos desequilibrios, entre los que destaca el derecho de prórroga forzosa para el arrendatario, si bien la configuración legal de este derecho es menos gravosa para el arrendador que la establecida por el artículo 57 de la LAU/64, la reinstauración de tal derecho por la LAU/94 ha supuesto una cierta regresión en relación en relación con el *Decreto Boyer* que lo había suprimido.

Ciertamente, tal medida se ha reintroducido con una finalidad tuitiva —tal y como reconoce la propia Exposición de Motivos de la LAU/94— de la estabilidad residencial de quienes han optado por el alquiler como mejor medio para solventar la necesidad de vivienda; pero tal medida en nada favorece el desarrollo de un mercado amplio y competitivo de viviendas en alquiler, que sería la mejor garantía de estabilidad a precios asequibles. El desarrollo de tal mercado requerirá la progresiva desaparición de tal derecho.

Obviamente, el derecho de prórroga forzosa del arrendatario de vivienda, tal y como aparece configurado por la LAU/94 constituye una excepción al principio de fe pública registral, ya que para afectar a un tercer adquirente a título oneroso y de buena fe de la vivienda arrendada no se requiere la inscripción del derecho del arrendatario en el Registro de la Propiedad, por lo que el tercer adquirente ve afectada su adquisición por un tercero extraño al contrato

celebrado con el *dominus*, tercero que deriva su derecho de un contrato entre partes y que no figuraba en el *tenor literal* de la inscripción.

En efecto el artículo 14 de la LAU/1994 dispone:

«Enajenación de vivienda arrendada.—El adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, aun cuando concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Si la duración pactada fuera superior a cinco años, el adquirente quedará subrogado por la totalidad de la duración pactada, salvo que concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En este caso, el adquirente solo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años, debiendo el enajenante indemnizar al arrendatario con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que, excediendo del plazo citado de cinco años, reste por cumplir.

Cuando las partes hayan estipulado que la enajenación de la vivienda extinguirá el arrendamiento, el adquirente solo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años».

Puede argumentarse que, a diferencia de la hipoteca —que no es susceptible de contacto posesorio— el arrendamiento conlleva posesión, lo que confiere carácter visible al derecho del arrendatario y que, además, difícilmente comprará alguien una vivienda sin comprobar su estado físico, y, ambas circunstancias, normalmente, revelarán al potencial adquirente lo que no le revela la inscripción, esto es, si la finca se halla arrendada o no.

Ciertamente, el arrendamiento conlleva *ius possidendi* por parte del arrendatario, a diferencia de la hipoteca, pero este hecho no justifica la innecesidad de la inscripción para que el derecho del arrendatario sea oponible a un tercer adquirente, erigiéndose en una excepción a lo dispuesto, entre otros, por los artículos 1571 del Código Civil y 34 y 38 de la Ley Hipotecaria, todos ellos protectores de la seguridad del tráfico jurídico.

En efecto, el hecho de que el arrendatario tenga un *ius possidendi* no despeja las incertidumbres para el adquirente ni elimina las posibilidades de engaño por parte del propietario vendedor, máxime en una economía de mercado que exige una gran movilidad geográfica y en la que la contratación tiene lugar, usualmente, entre extraños, entre los cuales prima la desconfianza, como consecuencia de las incertidumbres derivadas de las asimetrías informativas existentes entre las partes contratantes y del conocimiento de que cada parte ajustará su comportamiento al modelo conductual impuesto por el autointerés, por lo que, cada parte, ocultará información, cuando los beneficios que espera obtener de tal comportamiento superen a los de cualquier opción alternativa.

Para que la contratación —y con ella la especialización y el bienestar— sea posible, se requiere coordinar los intereses de las partes y la principal dificultad para coordinarlos deriva de las asimetrías informativas existentes entre ambas, por lo que el sistema institucional debe generar mecanismos dirigidos a conseguir la simetría informativa entre las partes al menor coste posible. Y, en relación al presente asunto, la manera menos costosa de despejar asimetrías —y, por tanto, incertidumbres y desconfianza— es que el derecho de prórroga forzosa del arrendatario no constituya, en relación a tercero, ninguna excepción a los principios que gobiernan la seguridad del tráfico jurídico, los cuales operan, únicamente, en las relaciones *inter tertios* y constituyen un soporte fundamental para el desarrollo de los mercados.

Pero es que, además, el derecho de prórroga forzosa, configurado como excepción a lo dispuesto por los artículos 1571 del Código Civil y 34 y 38 de la Ley Hipotecaria tiene efectos negativos sobre el desarrollo del mercado hipotecario, pues, en principio, los arrendamientos concertados por el deudor hipotecario con anterioridad a la constitución de la hipoteca, aún no inscritos, son oponibles, en caso de ejecución de la garantía, al adjudicatario de la vivienda en la subasta correspondiente, lo que disminuye el valor de los inmuebles destinados a vivienda como garantía, perjudica al deudor, pues ello repercute en el tipo de interés y, además, el valor que el bien alcanzará en la subasta será inferior al que alcanzaría en ausencia de arrendamiento oponible, por lo que puede no bastar para extinguir la deuda y, por la parte no extinguida, responderá el deudor conforme al principio de responsabilidad patrimonial universal, conforme al artículo 1911 del Código Civil. Perjudica también al acreedor, pues el valor de la garantía constituida puede disminuir como consecuencia de actos posteriores del deudor, y, además, puede prolongarse la tramitación del procedimiento de ejecución como consecuencia de tales circunstancias, lo que, obviamente, los acreedores descuentan previamente en forma de elevación de tipos de interés.

Parece, pues, que la protección del arrendatario mediante el derecho de prórroga forzosa configurado como excepción a los principios que gobiernan la seguridad del tráfico jurídico tiene un coste excesivo, pues se consigue a costa de dificultar el tráfico jurídico-inmobiliario, de disminuir el valor de los inmuebles como activos económicos y de perjudicar tanto al deudor como al acreedor hipotecarios. Privilegiar a unos pocos tiene consecuencias negativas para muchos.

Y todo ello, además de no estar justificado en ningún caso, lo está mucho menos en un país con el menor número de arrendatarios de viviendas del mundo y en el que, como contrapartida, existe el mayor número de propietarios, los cuales han recurrido, en su gran mayoría, a la garantía hipotecaria para financiar su adquisición. Todos ellos se han visto perjudicados, al obtener financiación hipotecaria, por la existencia de un derecho de prórroga forzosa a favor de los arrendatarios de viviendas, configurado como excepción a los principios que gobiernan el tráfico jurídico.

Hubiera bastado configurar el derecho normalmente, es decir, conforme a tales principios, para que el arrendatario pudiese beneficiarse igualmente del derecho pero sin perjudicar a deudores, acreedores y adquirentes. Para ello hubiera bastado dar al derecho de prórroga forzosa la misma solución que dio el legislador hipotecario de 1861 a las hipotecas legales *tácitas* existentes con anterioridad y que constituían una auténtica losa para el desarrollo tanto de los mercados tanto inmobiliario como hipotecario.

El legislador de 1861, si bien mantuvo las hipotecas legales redujo su número y suprimió su carácter tácito, es decir, para que tales hipotecas quedasen constituidas se exigió, como regla general, su inscripción registral.

A partir de aquel momento la expresión hipoteca legal comenzó a significar derecho a exigir la constitución de una hipoteca, en los casos y en los términos autorizados por la ley, con lo que se compatibilizaba la especial tutela de ciertos intereses dignos de especial protección, según el criterio del legislador, con las exigencias de la seguridad del tráfico jurídico, establecido en beneficio de todos. En otro caso, la especial protección de algunos —los beneficiarios de las hipotecas legales entonces, los arrendatarios de viviendas ahora— se conseguiría a costa del interés de todos —especialmente adquirentes, así como deudores y acreedores hipotecarios—.

En el caso de que se opte —como ha venido siendo usual— por seguir manteniendo el derecho de prórroga forzosa para el arrendatario hay que hacerlo de manera compatible con las exigencias del tráfico jurídico y, por lo tanto, debe exigirse, para que dicha prórroga pueda afectar a terceros adquirentes y acreedores hipotecarios, que el ejercicio del derecho de prórroga conste inscrito en el Registro de la Propiedad, lo que exige modificar tanto la LAU/94 como el Real Decreto 297/1996.

Partiendo de estas consideraciones, parece que lo más deseable sería:

1. Establecer una progresiva disminución temporal del derecho de prórroga forzosa, conforme se vaya desarrollando y profesionalizando el mercado de arrendamiento de viviendas y, por lo tanto, garantizando la existencia de una oferta competitiva de viviendas en arrendamiento.
2. Exigir la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho arrendaticio para que el derecho de prórroga forzosa sea oponible a terceros adquirentes que reúnan las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

En este sentido, es preciso hacer notar que no puede sostenerse seriamente que la razón por la cual los arrendamientos no acceden al Registro radica en el coste de la documentación pública requerida para la inscripción y en el de la propia inscripción.

Me atrevo a conjeturar que aunque ambos requisitos fuesen gratuitos los arrendamientos seguirían viviendo al margen del Registro. Las razones de cada

uno son muy distintas y ninguna de ellas tiene nada que ver con el coste de la inscripción: las del arrendador son de índole fiscal y le impulsan a no hacer visible el contrato de arrendamiento y las del arrendatario se reducen a la falta de utilidad de la inscripción pues su derecho es oponible a terceros, incluso a los que reúnan las condiciones del artículo 34 LH, *ex lege*, y estas dos razones se imponen en perjuicio de todos los demás, como también he argumentado anteriormente.

Además de los diferentes aspectos a los que me he referido en relación al derecho de prórroga forzosa, conviene abordar, en relación al mismo, un último aspecto para el supuesto de que el arrendador sea un Fondo de Inversión Inmobiliaria y este se disuelva por algunas de las causas previstas por el artículo 24 de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva. Obviamente, para facilitar el rescate de las aportaciones, la solución sería que en estos casos quedasen extinguidos los arrendamientos concertados por el Fondo. Pero esta solución debe ser compatibilizada con el derecho de prórroga forzosa del arrendatario, en su caso, lo que pone de manifiesto, una vez más, las perturbaciones que ocasiona este derecho para un correcto funcionamiento del mercado arrendaticio. Si se quiere defender el derecho de prórroga forzosa, necesariamente habrá que optar por mantener el derecho del arrendatario, incluso en el caso de disolución del Fondo, pues no hay razón para conceder a los partícipes en el Fondo —cuya titularidad sobre los bienes es solo fiduciaria, lo que no debe olvidarse— mayores derechos que a quienes arriendan sus inmuebles sin participar en un Fondo.

- b) Concesión de ciertas prerrogativas al arrendador cuando este sea un Fondo o Sociedad de Inversión Inmobiliaria y conste inscrito el arrendamiento a su favor, para el desahucio por impago, similares a los de las entidades financieras para la ejecución del crédito hipotecario por impago

En este sentido, es preciso poner de manifiesto que el acreedor hipotecario goza de ciertos privilegios cuando es una entidad financiera debidamente autorizada (ejemplo, arts. 153 y 153 bis LH, art. 245 RH, arts. 572.2 y 573.1.2.^º y art. 695.1-2.^a LEC). Tales privilegios consisten en la posibilidad de que su certificación de impago tenga carácter ejecutivo, y en la regulación de un procedimiento especial de ejecución, más ágil que el ejecutivo ordinario, que abrevia la recuperación de la deuda en caso de impago y cuya existencia es esencial para la contención de los tipos de interés de los préstamos hipotecarios.

La existencia de tal procedimiento solamente es posible por la existencia de un Registro de derechos o de fe pública como el que tenemos.

Paralelamente, en materia de arrendamientos, podría establecerse que en el caso de que el arrendador fuera un Fondo o Sociedad de Inversión Inmobiliaria —o similar—, la certificación de impago por el arrendador fuese título bastante

para iniciar el desahucio. Lo mismo podría establecerse para los arrendamientos concertados por particulares, siempre que hubiesen domiciliado el pago en una entidad de crédito debidamente autorizada y esta certificase el impago.

Tal certificación serviría de base para un procedimiento especial de desahucio —similar al especial de ejecución hipotecaria— que agilizaría el lanzamiento, lo que sería un estímulo decisivo para el desarrollo del mercado de arrendamiento.

Para que todo ello fuera posible serían precisos dos requisitos:

En primer lugar, que el contrato de arrendamiento se hubiese celebrado ante notario. La autenticación del contrato es precisa para asegurar ciertos extremos esenciales, como: 1. Existencia del contrato. 2. Identidad de las partes. 3. Capacidad natural. 4. Consentimiento libre. 5. Consistencia entre lo querido, lo manifestado y el contenido del contrato. Ello se consigue mediante la intervención notarial, en la generalidad de los casos. Además, al ser el notario un experto jurídico, y concurrir en él esa cualidad, juntamente con la de fedatario público, se posibilita una ingeniería contractual más eficiente y, en todo caso, la inexistencia de defectos triviales del contrato que impidan su inscripción.

En segundo lugar, inscripción registral del derecho de arrendamiento derivado del contrato. En efecto, la inscripción garantiza que se ha superado la calificación registral y que, por lo tanto, las partes, en su configuración contractual, no han violado norma imperativa alguna. Todo ello daría garantías suficientes para articular un procedimiento en el que, al igual que sucede en el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, el deudor —en este caso el arrendatario— únicamente podría oponer dos excepciones: error o falsedad. La inscripción posibilitaría, además, que desapareciera la actual inseguridad que supone para el tráfico jurídico la existencia de arrendamientos no inscritos oponibles a terceros.

- c) Facilitar la financiación de las Sociedades y de los Fondos de Inversión Inmobiliaria —o similares mediante— la emisión de títulos garantizados por sus derechos arrendaticios, profundizando en la línea abierta por el Real Decreto 215/2008, de 15 de febrero, por el que se modifica el artículo 59 del Real Decreto 1309/2005

A mi juicio, estas medidas permitirían que fuese surgiendo un mercado crecientemente amplio y competitivo de viviendas en alquiler. Es la profesionalización del mercado, su amplitud y la competencia entre oferentes la mayor garantía para el arrendatario, en lugar de un mercado inexistente con una legislación que lo estrangula por sobreprotecciónista y que, precisamente por ello, produce unos efectos contrarios a los perseguidos.

Todo ello con independencia de las medidas de Derecho Público —especialmente fiscales— que pudieran adoptarse para estimular, del lado de la oferta, la inversión en inmuebles para arrendarlos y, del lado de la demanda, optar por el alquiler para solucionar el problema de acceso a la vivienda.

6.2. MEDIDAS DIRIGIDAS A DESARROLLAR EL MERCADO DE ADQUISICIÓN DE VIVIENDA EN RÉGIMEN DE ARRENDAMIENTO CON OPCIÓN DE COMPRA

El arrendamiento con opción de compra carece de regulación sustantiva. Tan solo hay referencias a la figura en la legislación fiscal y en relación a los locales de negocio.

Se trata, sin embargo, de una opción interesante para acceder a una vivienda en propiedad rentabilizando las cuotas mensuales. Sin embargo, ello requiere una regulación de la figura, en todos sus aspectos sustantivos. Uno de los aspectos que debe ser despejado es el de si, en el caso de impago, el arrendador financiero, al igual que el hipotecario, ha de actuar, en primer lugar, sobre el bien dado en arrendamiento financiero y solo después y en caso de insuficiencia del mismo, sobre el resto del patrimonio del arrendatario, conforme al principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC), o si, por el contrario, no existe este principio de excusión; si existe o no el derecho al sobrante, en su caso, para el arrendatario incumplidor y, por último, cuál sería la prelación de la posición del arrendador en caso de concurso del arrendatario deudor. También debería decidirse sobre si el procedimiento especial establecido por la Ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios es o no aplicable a este tipo de operaciones.

La regulación adecuada de todos estos aspectos contribuiría, sin duda, al desarrollo de esta figura como opción para acceder a una vivienda.

Todo ello, también, con independencia de las medidas de Derecho Público que pudieran adoptarse.

6.3. LA ADQUISICIÓN DE UNA VIVIENDA EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD SUPERFICIARIA: LA NECESIDAD DE REGULAR SU INSCRIPCIÓN REGISTRAL Y DE AUTORIZAR LA TITULACIÓN DE LAS HIPOTECAS SUPERFICIARIAS PARA EL DESARROLLO DE LA FIGURA

El derecho de superficie, esto es, la adquisición de una vivienda en régimen de propiedad superficiaria, también se presenta como una opción interesante para acceder a una vivienda. Por un lado, permite minimizar el impacto del precio del suelo sobre el precio de final de la vivienda. Por otro, se halla regulado de modo que su duración máxima y su régimen jurídico lo convierten en un activo lo suficientemente duradero y seguro.

Sin embargo, el desarrollo de la figura como instrumento de política de vivienda presenta dificultades derivadas, esencialmente, de su insegura regulación registral, por un lado, y de la prohibición de titulización de las hipotecas superficiarias, por otro. Ambos aspectos deben ser corregidos para que la figura pueda proporcionar toda su utilidad como instrumento de política de vivienda.

El derecho de superficie es una institución típicamente civil cuya regulación legal básica se contiene, sin embargo, en los textos urbanísticos. El Código Civil únicamente se refiere al derecho de superficie en el artículo 1611 como una modalidad más de censo sujeto a extinción.

La Ley del Suelo, de 12 de mayo de 1956, resucitó la figura con la finalidad, según su Exposición de Motivos, de facilitar la enajenación temporal de terrenos edificables integrantes del Patrimonio Municipal del Suelo, que por su calificación de bienes patrimoniales estaban sujetos o bien a su transmisión en pleno dominio o bien a la cesión de su explotación, en este último caso, mediante fórmulas de tipo arrendatario. Posteriormente el Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 9 de abril de 1976, lo reguló en los artículos 287 a 290, regulación a la que me referiré posteriormente. La Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, no reguló el derecho de superficie, si bien había que entender que continuaban en vigor los artículos que lo regulaban en el TRLS/1976 por no oponerse a la nueva ley (Disposición Derogatoria de la Ley 8/1990). Así lo entendió el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley del Suelo. Tales preceptos continuaron vigentes tras la sentencia 61/1997 del Tribunal Constitucional, de 20 de marzo. La Ley 6/1998, de 13 de abril, no lo reguló y además derogó prácticamente toda la regulación contenida en el TRLS/1992, a través de su Disposición Derogatoria, la cual derogó los artículos 287 (números 2 y 3), 288 (números 2 y 3) y 289 del TRLS/1992.

La Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, recuperó la regulación del derecho de superficie, pasando todas sus previsiones a formar parte del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, elaborado por el Gobierno de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Final segunda de la Ley de Suelo, según la cual:

«Se delega en el Gobierno, por un año a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, la potestad de dictar un Real Decreto Legislativo que refunda el texto de esta y los preceptos que quedan vigentes del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, debiendo aclararse, regularizarse y armonizarse la terminología y el contenido dispositivo de esta a los de esta Ley».

El Texto Refundido dedica dos artículos —arts. 40 y 41 TRLS/2008—, integrantes del Capítulo III —Derecho de superficie— del Título V —Función

social de la propiedad y gestión del suelo— a la regulación de la figura del derecho de superficie, con la finalidad, según reza su Exposición de Motivos de:

«...superar la deficiente situación normativa actual de este derecho y favorecer su operatividad para facilitar el acceso de los ciudadanos a la vivienda y, con carácter general, diversificar y dinamizar las ofertas en el mercado inmobiliario».

Una de las consecuencias de la regulación del derecho de superficie anterior a la contenida en la Ley 8/2007 de Suelo, regulación que el propio TRLS/2008 califica en su Exposición de Motivos de *deficiente*, ha sido, a los efectos de esta intervención, la de inhabilitar las hipotecas constituidas sobre tal derecho como garantía para la emisión de títulos hipotecarios.

En la medida en que dicha deficiente regulación ha tenido como consecuencia primera la escasa incidencia práctica de la figura, ello no ha revestido mayor gravedad. Pero si se pretende que dicha figura sea un instrumento eficaz de política de vivienda, el hecho de que las hipotecas superficiales no puedan ser titulizadas puede convertirse en un grave obstáculo para la financiación de la construcción de viviendas en régimen de derecho de superficie, y por lo tanto, para la efectividad de las previsiones normativas en la materia, máxime en un momento de crisis financiera, por falta de liquidez en los mercados, como consecuencia de la crisis de las denominadas hipotecas *subprime*, que ha dado lugar a una crisis financiera de una magnitud sin precedentes y de un alcance difícil de prever.

En efecto, el escenario normativo actual puede sintetizarse —a los efectos del presente informe— como sigue: si bien la legislación hipotecaria admite la hipotecabilidad del *derecho de superficie* (art. 107-5 LH), sin embargo la legislación reguladora del mercado hipotecario veda la titulización de las hipotecas constituidas sobre tal derecho. Y la veda por dos vías:

1. La Ley 2/1981, de Regulación del Mercado Hipotecario veda, con carácter general, la titulización de aquellas hipotecas que no recaigan sobre *el pleno dominio de la totalidad de la finca* (art. 5 párrafo primero LRMH).
2. Veda igualmente la titulización de hipotecas que recaigan sobre bienes que *por su naturaleza no representen un valor suficientemente estable y duradero*, remitiendo al desarrollo reglamentario de la ley la determinación de tales bienes (art. 5 párrafo cuarto núm. 1 LRMH).

En desarrollo de tal mandato legal, el Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, enumera los bienes que no pueden ser admitidos en garantía por no representar un valor suficientemente estable y duradero y entre ellos incluye el derecho de superficie (art. 31.1 RMH).

3. Por lo que se refiere a la regulación registral del derecho de superficie, nos encontramos, actualmente, ante una situación plena de inseguridad jurídica. En efecto, la regulación contenida en el artículo 16.1 del Reglamento Hipotecario a la entrada en vigor de la LRMH en 1981 y vigente el TRLS/1976, fue modificada por el Real Decreto 1867/1998, de 14 de septiembre, por el que se modificaban determinados artículos del Reglamento Hipotecario. Su exposición de motivos se limitaba a decir, como justificación de la reforma en este punto, lo siguiente:

«Se da nueva regulación al derecho de superficie, unificando los plazos de duración y aclarando los efectos que tiene la declaración de la construcción fuera del plazo de edificación inicialmente previsto (art. 16, párr. 1.º)».

La reforma operada en este apartado fue anulada por la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, por lo que hay que entender vigente la redacción anterior, excepto en los aspectos derogados por la Ley del Suelo.

Todas estas circunstancias hacen altamente aconsejable que se remuevan los obstáculos normativos existentes para el desarrollo de la figura como instrumento de política de vivienda. Por tanto, deben modificarse los preceptos tanto de la Ley como del Reglamento que regulan el mercado hipotecario que vedan la titulización de las hipotecas superficiarias. Se requiere, asimismo, una nueva redacción, plenamente actualizada, al artículo 16.1 del Reglamento Hipotecario, ya que sin inscripción del derecho de superficie no es posible la inscripción de las obras realizadas por el superficiario y, sin esta, no es posible la constitución de hipoteca alguna sobre las mismas ni, consecuentemente, su titulización. Ello acarrearía el fracaso de la propiedad superficiaria como instrumento de política de vivienda, a pesar de su excelente regulación en el Texto Refundido actual, un Texto de una calidad excelente en su conjunto.

6.4. ARRENDAMIENTO Y PROPIEDAD SUPERFICIARIA

Conviene explorar las posibilidades que puede ofrecer la propiedad superficiaria construida con dos características:

1. Sobre un suelo cedido en arrendamiento a largo plazo por el propietario a un tercero.
2. Este tercero edifica y enajena en régimen de propiedad superficiaria.
3. El comprador adquiere la propiedad superficiaria de lo edificado mediante financiación hipotecaria.

4. El coste mensual para el adquirente superficiario es el compuesto por la cuota de amortización del préstamo hipotecario destinado a la construcción y la cuota correspondiente al arrendamiento de la parte de suelo ocupada, que evita la repercusión del precio del suelo en el adquirente de vivienda por parte del promotor.

Podría regularse, también, la posibilidad de que el arrendamiento del suelo lo fuera con opción de compra, lo cual, muy probablemente, haría más atractiva la figura.

Estas técnicas permitirían diferentes modalidades de acceso a la vivienda, más asequibles que la propiedad ordinaria o tradicional.

Este tipo de figuras se han desarrollado especialmente en Israel y en los Estados Unidos, y las propiedades así adquiridas apenas son objeto de ejecución hipotecaria, debido, sobre todo y, según parece, al menor nivel de endeudamiento de los compradores.

7. MEDIDAS DE AYUDA A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS SOBRE-ENDEUDADOS

Es obvio que la evolución alcista de los tipos de interés, como consecuencia de la crisis financiera en la que nos hallamos inmersos, ha tenido una profunda repercusión sobre los deudores hipotecarios, especialmente sobre los que han contratado su préstamo o crédito en los últimos tiempos, dada la naturaleza variable de los tipos de interés de los préstamos y créditos contratados. A título de ejemplo, un préstamo con garantía hipotecaria contratado hace tres años y cuya cuota mensual de amortización fuese de algo más de mil euros, hoy supera los mil seiscientos. Este incremento resulta sencillamente insopportable para muchos deudores. A esta situación han procurado hacer frente las entidades financieras, básicamente, alargando plazos de amortización. Pero la magnitud del movimiento alcista hace que tales medidas estén resultando insuficientes.

Con la finalidad de ayudar a solventar las situaciones más graves, sugiero a Sus Señorías que reflexionen sobre una posible medida. A saber:

Modificación de la Ley de Subrogación de préstamos hipotecarios para que su ámbito subjetivo de aplicación incluya también al Estado a través del procedimiento que se determine reglamentariamente.

Hoy la Ley de Subrogación de Préstamos Hipotecarios no incluye en su ámbito subjetivo de aplicación al Estado, sino tan solo a las entidades que la misma menciona.

La adopción de esta medida permitiría que el Estado pudiese mejorar las condiciones de los deudores en peor situación, previo reembolso de su crédito al acreedor, aun sin consentimiento de este, y subrogándose en su posición. Una vez subrogado en la misma el Estado podría convenir con el deudor la novación del crédito hipotecario, e, incluso, facilitar algunas ayudas.

Esta medida contribuiría a disminuir las ejecuciones hipotecarias y la morosidad, y es una medida paralela a las adoptadas para salvaguardar la solvencia del sistema financiero, si bien con repercusión directa e inmediata sobre los deudores más necesitados.

En la medida en que la problemática se centra especialmente en el sector residencial, ello debería traducirse en un especial protagonismo del Ministerio de Vivienda en todo este proceso.

8. MEDIDAS DIRIGIDAS A POSIBILITAR LA RECUPERACIÓN DE LAS CANTIDADES ENTREGADAS A CUENTA POR LOS ADQUIERENTES DE VIVIENDAS EN CASO DE CONCURSO DE LOS PROMOTORES

Los promotores inmobiliarios suelen financiar la promoción recurriendo a dos fuentes:

- a) Entidades financieras: las cuales suelen realizar las entregas conforme a un programa estrechamente relacionado con la construcción proyectada, y exigen, sin excepción, garantía hipotecaria sobre las viviendas cuya construcción financian.
- b) Compradores: los cuales suelen entregar cantidades a cuenta, relacionadas igualmente con el desarrollo de la construcción proyectada, pero sin garantía hipotecaria. El retorno se halla garantizado por un seguro que el promotor debe contratar obligatoriamente.

Sin embargo, la realidad está demostrando, según parece, que este seguro no siempre ha sido contratado. De no contratarse, en caso de concurso del promotor, el comprador es, simplemente, un acreedor común. Sin embargo, la compra de una vivienda es o suele ser la mayor inversión realizada por una persona a lo largo de su vida.

Es obvio que una repuesta adecuada a esta situación puede convertirse en una cuestión crítica si, como consecuencia de la crisis inmobiliaria y financiera, comienza a producirse un incremento significativo de quiebras en el ámbito de la promoción inmobiliaria.

Pues bien, el Registro de la Propiedad puede contribuir a proporcionar una respuesta adecuada a esta situación, mediante la técnica de las anotaciones preventivas.

Debería permitirse al comprador que pudiese anotar en el folio de la finca correspondiente las cantidades que va entregando a cuenta destinadas a la construcción de su vivienda y que, en el caso de concurso del promotor, tales cantidades gozasen de la preferencia de los créditos anotados.

A esta medida se suelen oponer:

1. Las entidades financieras que financian la promoción. Pero no deben temer por sus garantías, pues las anotaciones deberían tener preferencia por su fecha y, en todo caso, podría regularse que la garantía hipotecaria a favor de la entidad financiera que financia la construcción tuviese preferencia.
2. Los promotores inmobiliarios. Temen que, de este modo, aparecerá un dueño que le impedirá realizar modificaciones en la propiedad horizontal inscrita. No deben temer los promotores, mientras no haya *traditio* no hay nuevo dueño, y, en todo caso, la regulación puede preservarles estas facultades expresamente.
3. Los notarios, pues la anotación no requeriría la intervención notarial. Ciertamente, no la requeriría si se quiere que sea efectiva en cuanto a la prioridad, pero una vez practicada la anotación por documento privado y ganada la prioridad, sería preciso acreditar de forma auténtica la existencia del contrato así como la entrega realizada, para poder conservar la prioridad ganada; en otro caso, para poder mantenerla, debería ser preciso, por ejemplo, entablar la correspondiente demanda.

Ninguno de estos grupos de interés puede aducir, por tanto, razones de peso para oponerse a una medida de este tipo.

Por otro lado, la Hacienda Pública saldría notablemente beneficiada, pues en el contrato privado de compraventa suele aparecer el precio realmente convenido por las partes.

9. CONSIDERACIONES FINALES

El Ministerio de Vivienda, responsable máximo en el ámbito gubernamental de la política de vivienda en España está desarrollando un excelente trabajo en unos momentos muy difíciles, especialmente en el área inmobiliaria residencial en nuestro país. Sin duda alguna, se halla sopesando medidas dirigidas a conseguir que la vivienda digna sea un bien accesible para todos los ciudadanos, en colaboración con otros ministerios y administraciones.

Pero la mayor parte de las medidas que pueden adoptarse, en el ámbito del Derecho Privado, requieren su aprobación por las Cortes Generales, en tanto que depositarios de la soberanía nacional.

Las reflexiones expuestas pretenden contribuir, modestamente, a ayudar a Sus Señorías en su ardua tarea de hacer efectivo el derecho constitucionalmente reconocido de todos los españoles a acceder a una vivienda digna, objetivo siempre difícil y especialmente en las circunstancias por las que estamos atravesando. Deseo, por ello, que las medidas expuestas puedan serles de alguna utilidad.

10. AGRADECIMIENTOS

Deseo, por último, agradecer tanto a quienes me han propuesto ,es decir, al Grupo Parlamentario Socialista, como a quienes han aceptado la propuesta, su iniciativa, pues me han dado la posibilidad de poder colaborar para ayudar a resolver, o, al menos, a paliar un problema que afecta a muchos conciudadanos. El hecho de haber tenido esa posibilidad constituye para mí un honor.

Por último, Señorías, muchas gracias por su atención.

* * *

La limitación imperativa de responsabilidad
por las deudas hipotecarias a la finca hipotecada:
una idea seductora pero desaconsejable
(Comisión para la reforma del sistema hipotecario,
Madrid, 20 de julio de 2011)

SUMARIO

1. PRESENTACIÓN.
2. LAS *REFINANCIACIONES Y LAS ACEPTACIONES EN PAGO*. UNA ESTRATEGIA INICIAL DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS DIRIGIDA A EVITAR LA NECESIDAD DE HACER PROVISIONES.
3. EL INEVITABLE CRECIMIENTO DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS.
4. ANÁLISIS DE LA CONVENIENCIA DE RECONOCER AL DEUDOR HIPOTECARIO EL DERECHO A LIBERARSE DE LA DEUDA MEDIANTE LA ENTREGA DE LA FINCA HIPOTECADA AL ACREDITADOR:
 - 4.1. CONSIDERACIONES GENERALES.
 - 4.2. ALGUNOS DATOS RELEVANTES DE NUESTRO MERCADO HIPOTECARIO.
 - 4.3. ANÁLISIS DE LOS EFECTOS QUE PRODUCIRÍA LA ATRIBUCIÓN AL DEUDOR DEL DERECHO DE LIBERARSE LA RESPONSABILIDAD POR DEUDAS GARANTIZADAS CON HIPOTECA MEDIANTE LA ENTREGA AL ACREDITADOR DE LA FINCA HIPOTECADA.

5. PROPUESTAS PARA MEJORAR LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA:

- 5.1. LOS INTERESES DE DEMORA COMO CLÁUSULAS PENALES.
- 5.2. EQUIPARACIÓN DEL RÉGIMEN FISCAL DE LA DACIÓN EN PAGO AL DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.
- 5.3. REFORMA DEL ARTÍCULO 12 DE LA LEY HIPOTECARIA EN LA LÍNEA SEÑALADA POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 16 DE DICIEMBRE DE 2009, Y DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA, DE 1 DE ABRIL DE 2011, DEROGANDO LA REDACCIÓN DADA POR LA LEY 41/2007.
- 5.4. OPTIMIZACIÓN DE LA ANTICRESIS COMO DERECHO REAL DE GARANTÍA.
- 5.5. ESTABLECIMIENTO DE UN VALOR DE TASACIÓN ÚNICO, EN EL MOMENTO DE CONCESIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO, A CARGO DE UNA ENTIDAD DE TASACIÓN INDEPENDIENTE.
- 5.6. PROHIBICIÓN DE QUE LOS BANCOS Y DEMÁS ENTIDADES DE CRÉDITO DEBIDAMENTE AUTORIZADAS PUEDAN CONCEDER PRÉSTAMOS O CRÉDITOS CON TIPO REAL DE INTERÉS NEGATIVO.
- 5.7. POSIBILIDAD DE REGULACIÓN DE LAS SITUACIONES DE SOBRENDEUDAMIENTO:
 - 5.7.1. *La inadecuación de la legislación concursal para dar respuesta a las situaciones de sobreendeudamiento de los consumidores.*
 - 5.7.2. *Recomendaciones europeas. Derecho Comparado y la previsión de la Ley de venta a plazos de bienes muebles.*

1. PRESENTACIÓN

Como es bien sabido, España es uno de los países del mundo con mayor endeudamiento privado: empresas, familias e individuos se han endeudado fuertemente en el pasado reciente, especialmente desde nuestro ingreso en el club del euro, hasta hace poco, en que la tasa de endeudamiento privado ha comenzado a disminuir ligeramente, al tiempo que ha aumentado sustancialmente nuestra tasa de ahorro.

Una parte de esa deuda privada está directamente relacionada con la fuerte expansión experimentada por el sector de la construcción, especialmente de la residencial, durante ese periodo. Como consecuencia de la misma, dicho sector llegó a significar el 16 por 100 de nuestro PIB. En el momento actual representa tan solo el 4 por 100, casi dos puntos menos que la media de los países de nuestro entorno.

Dicha expansión se debió a diferentes factores, cuyo análisis queda al margen del objeto de esta intervención, si bien creo necesario hacer referencia a uno de ellos, a mi juicio, decisivo, para explicar el fenómeno: la existencia continuada de tipos de interés muy bajos, incluso de tipos reales de interés negativos, lo que incentivó una demanda de crédito acorde con el precio del dinero, precio que no se correspondía —ni se corresponde— con la situación real de nuestra economía.

Si observamos la situación actual, lo comprenderemos fácilmente: con una inflación del 3,6 por 100, es posible obtener préstamos hipotecarios al *euribor*

—cuyo nivel es el 2,52 por 100 en el momento de escribir estas líneas— más 0,40 por 100, lo que, a estas alturas, sigue arrojando tipos de interés hipotecarios reales negativos. Si en vez de pertenecer al club del euro tuviésemos una moneda nacional, los tipos de interés de los préstamos hipotecarios no podrían situarse por debajo del 5 por 100, lo que induciría una demanda de crédito mucho menor y mucho más acorde con nuestra situación económica. Esto es exactamente lo que hubiera sucedido también en nuestro pasado reciente.

En una situación tal, los consumidores dedicaron el crédito, tan fácilmente obtenido, a la adquisición de bienes imposibles de adquirir sin el recurso al crédito, singularmente la vivienda, aunque no solamente la vivienda. Esta sobredemanda —es decir, este exceso de demanda de crédito debida al precio excesivamente bajo del dinero— tuvo como consecuencia un crecimiento paralelo de los precios de la vivienda, por encima de lo que hubieran crecido si el precio del dinero hubiera sido el que correspondía a nuestra economía.

A esta situación se la denominó —y aún continúa denominando— *burbuja inmobiliaria*. Ahora bien, esta expresión encierra unos sobreentendidos que están dificultando la instrumentación de una política adecuada en relación al sector inmobiliario, un sector fundamental en cualquier economía y no solo en la nuestra, aunque lo haya sido de un modo especial en el pasado reciente.

En primer lugar, es preciso ser conscientes —cuando se utiliza esta expresión— de que tal fenómeno no se ha producido únicamente en el sector inmobiliario, sino en otros muchos sectores. Invito a sus señorías a que observen cómo durante la «década prodigiosa» el valor de las acciones del Ibex subió lo mismo que el de la vivienda y, sin embargo, no se habla de *burbuja bursátil*, o a que reflexionen sobre el hecho de que la deuda de algunas de las empresas del Ibex asciende aproximadamente a la misma cantidad a la que asciende el valor en Bolsa de algunos de nuestros principales bancos, o sobre el hecho de que la deuda de las empresas del Ibex iguala a nuestra deuda pública. Tal es el efecto devastador de un precio del dinero excesivamente barato (2). La realidad ha sido que, debido a un exceso de liquidez, en buena parte relacionado con nuestro ingreso en el euro, la economía española ha vivido, toda ella, inmersa en una burbuja crediticia.

En segundo lugar, es preciso ser conscientes de que el comportamiento de los agentes económicos no ha sido irracional, sino completamente racional, de acuerdo con la estructura de incentivos configurada por el precio del dinero disponible, no solamente muy bajo, sino, incluso, negativo en términos reales, es decir, en relación a la tasa de inflación.

(2) Sobre este particular, resulta de especial interés el artículo publicado en *The Economist*, el 18 de noviembre de 2010, *Taking Von Mises to pieces, Why is the Austrian Explanation for the crisis so little discussed?* - Economist.com/blogs/buttonwood/, con referencias específicas a los casos de España e Irlanda.

En tercer lugar, es preciso ser conscientes de que la existencia de una moneda única en un área económica que no reúne las condiciones para ser un área monetaria y que es gestionada de acuerdo con los intereses de las áreas económicas más fuertes, produce información errónea en las áreas económicas más débiles, con las consecuencias que estamos viviendo y aún peores (3).

De acuerdo con lo expuesto, muchos individuos y familias pagaron por su casa un precio excesivo y, además, se endeudaron excesivamente, dedicando una parte excesiva de su renta personal y/o familiar a la amortización del crédito hipotecario solicitado y obtenido para la compra de la vivienda. La demanda de crédito hipotecario crecía a tal ritmo —superior al 20 por 100 anual, llegando en marzo de 2006 al crecimiento récord del 27,3 por 100— que, ya desde el año 2002, el ahorro nacional no bastaba para cubrirla, por lo que las entidades financieras —bancos, cajas y demás entidades de crédito— se vieron obligadas a recurrir a los mercados mayoristas de crédito para obtener recursos monetarios con los que poder satisfacer la demanda interna de crédito hipotecario. Así, ya en 2006, el 34 por 100 del total crédito hipotecario se había financiado con títulos hipotecarios, y, lo que es aún más significativo, el 64 por 100 de la nueva demanda de crédito hipotecario (4). Tal situación, sin embargo, no se consideró excesivamente peligrosa en un entorno de crecimiento sostenido del precio de la vivienda.

Pero en el verano de 2007 estalló, en los Estados Unidos, la crisis de las denominadas hipotecas *subprime* que, posteriormente, se ha ido extendiendo también a las *prime*, dando lugar a una crisis financiera de proporciones desconocidas desde 1929 (5). Como consecuencia, los mercados mayoristas de crédito entraron en el dique seco, nuestros bancos y cajas no podían seguir obteniendo dinero con el que financiar la demanda interna de crédito hipotecario, al tiempo que comenzaban a vencer las deudas que habían contraído para poder seguir prestando dinero, lo que restringió el crédito a promotores y compradores y produjo una contracción económica general y, especialmente, del sector inmobiliario, en la que aún estamos inmersos, que ha generado una crisis financiera interna de grandes proporciones, la reducción del sector inmobiliario residencial a una cuarta parte de su tamaño, un aumento del desempleo hasta niveles desconocidos —próximo en estos momentos a los cinco millones de

(3) DE LA DEHESA, G., «Fallos de diseño y de gestión del área euro», en *El País Negocios*, de 8 de mayo de 2011, donde se hace un excelente resumen de los fallos de diseño y de sus consecuencias, unidos a los fallos de gestión que están contribuyendo a dificultar la salida de la crisis a los países periféricos del área euro.

(4) Véase el Informe del Presidente de la Asociación Hipotecaria Española a la Asamblea de dicha Asociación correspondiente al año 2007.

(5) Véase *The Financial Crisis Inquiry Report. Final Report of the National Commission on the Causes of the Financial and Economic Crisis in the United States*, de enero de 2011. También es imprescindible el Informe *Reforming America's Housing Market. A Report To Congress*, de febrero de 2011, realizado conjuntamente por el Departamento del Tesoro y el de Vivienda y Desarrollo Urbano de EEUU.

parados—, una bajada de los precios de los inmuebles y un enorme aumento de las ejecuciones hipotecarias (6), dada la imposibilidad de muchos compradores de atender los pagos de sus créditos.

Es en este contexto en el que se genera la demanda de que el deudor debe tener derecho a liberarse de la hipoteca entregando la finca hipotecada, derogando así, en materia de créditos hipotecarios, al menos de los destinados a la adquisición de la vivienda habitual, el principio de *responsabilidad patrimonial universal* recogido en el artículo 1911 del Código Civil.

Esta intervención tiene por objeto reflexionar sobre si tal demanda debe ser atendida por el legislador. La respuesta ha de ser, a mi juicio, negativa, por las razones que expondré seguidamente. Al propio tiempo, se sugieren otras medidas distintas que servirían para aliviar la situación de los deudores incumplidores, pero sin que produzcan externalidades negativas sobre el sistema financiero ni sobre los deudores cumplidores.

2. LAS REFINANCIACIONES Y LAS ACEPTACIONES EN PAGO. UNA ESTRATEGIA INICIAL DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS DIRIGIDA A EVITAR LA NECESIDAD DE HACER PROVISIONES

Una de las características más significativas de la presente crisis económica ha consistido en que, en sus primeras manifestaciones, allá por el año 2007 y aún por el 2008, hubo un fuerte incremento de las denominadas *refinanciaciones*, instrumentadas mediante novaciones modificativas de los préstamos hipotecarios vigentes, realizadas al amparo de la Ley 2/1994, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, reformada por la Ley 41/2007, que introdujo la figura de la *hipoteca recargable*, así como la consagración de la posibilidad de ampliación del plazo de amortización del préstamo hipotecario sin pérdida de rango de la hipoteca, lo que facilitaba la obtención de acuerdos que permitiesen a los deudores cuotas de amortización menores y a los acreedores que los deudores no incurriesen en mora o, en el límite, incumpliesen, y, en consecuencia, los primeros tuviesen que realizar las provisiones pertinentes con el reflejo consiguiente en su cuenta de resultados.

Lo que llamaba más la atención, sin embargo, era la gran cantidad de *daciones en pago* que se presentaban en los registros de la propiedad, al tiempo que el incremento de ejecuciones hipotecarias era mucho menor del que, en principio, cabía esperar. La razón era que las entidades financieras preferían, en aquel momento, aceptar las fincas hipotecadas en pago de sus créditos que iniciar un procedimiento de ejecución hipotecaria. El motivo hay que buscarlo

(6) Pueden consultarse los datos en la página web del Consejo General del Poder Judicial, sección de Estadísticas.

en que, con esta manera de proceder, evitaban la necesidad de realizar provisiones. Técnicamente, no había habido incumplimiento, sino extinción del crédito, mediante la aceptación en pago de la finca hipotecada. Por tanto, no había nada por lo que provisionar.

3. EL INEVITABLE CRECIMIENTO DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS

Tales soluciones, sin embargo, solo eran viables, desde una perspectiva bancaria, hasta un cierto punto, más allá del cual, los incumplimientos tendrían que acabar, inevitablemente, en ejecuciones judiciales (7). Y, efectivamente, el número de ejecuciones hipotecarias se ha disparado en los últimos años, como acreditan los datos publicados por el Consejo General del Poder Judicial. Por otro lado, me parece importante resaltar que, según fuentes del sector financiero, aproximadamente la cuarta parte de los procedimientos judiciales de ejecución hipotecaria finalizan en una adjudicación en pago, posibilidad admitida por la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el caso de que la última subasta quede desierta.

Pero la Ley de Enjuiciamiento Civil da otra posibilidad al acreedor: que se adjudique la finca por el cincuenta por ciento del valor de tasación, subsistiendo la deuda en la parte no cubierta por dicho valor (art. 671 LEC). En este caso, para el resto de la deuda, sigue actuando la regla de la responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC), limitada por la existencia de un mínimo inembargable (8) (arts. 605 a 607 LEC). Recientemente, sin embargo, han sido elevados ambos mínimos mediante el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio (9), lo que contribuirá a elevar los tipos de interés de préstamos y créditos.

(7) La situación llegó a tal punto que el Banco de España relajó en 2009 las exigencias de provisión para créditos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda del 100 por 100 al 30 por 100, si bien prohibiendo que las cantidades provisionadas con anterioridad se llevaran a beneficios. Dicha norma no afectaba al suelo. En junio de 2010 dictó una circular que obliga a las entidades financieras a provisionar un 10 por 100 complementario por cada año que el inmueble adjudicado en pago permanezca en sus balances, con la finalidad de activar el mercado inmobiliario.

(8) El salario mínimo inembargable en los procedimientos de ejecución hipotecaria ha sido elevado por el Real Decreto 6/2010 de medidas de fomento del empleo, cuyo artículo 15 modifica el artículo 607 de la LEC.

(9) En efecto, dispone el citado Real Decreto-ley 8/2001, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa (*BOE* de 7 de julio de 2011):

«Artículo 1. *Inembargabilidad de ingresos mínimos familiares.*

En el caso de que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado, en la ejecución forzosa posterior basada en la misma deuda, la cantidad

Como consecuencia de esta evolución, nos encontramos con que los deudores perciben que no todos ellos son tratados igualmente por bancos y cajas: mientras unos han podido extinguir su deuda mediante la entrega de la vivienda, otros se han quedado sin vivienda y, además, tienen que seguir pagando la deuda pendiente, quedando todos sus bienes y rentas, presentes y futuros, afectos a dicho pago, con el límite del mínimo inembargable, conforme a la regla de responsabilidad patrimonial universal consagrada por el artículo 1911 del Código Civil.

Ello ha dado lugar a un auténtico movimiento que tiene por finalidad reclamar el derecho de los deudores hipotecarios a liberarse de la deuda mediante la entrega de la finca hipotecada al acreedor, al menos cuando esta es la vivienda habitual del deudor y el préstamo se obtuvo para adquirirla. En una línea parecida, se reivindica que, al menos en el caso de que el acreedor se adjudique la finca hipotecada, por falta de postor, cuando esta sea la vivienda habitual del deudor, deba hacerlo por el ochenta por ciento del valor de tasación, en lugar de por el cincuenta por ciento, como sucede ahora. Este movimiento reivindicativo de los ya autodenominados *afectados por la hipoteca* ha conseguido que diversos parlamentos autonómicos (10) hayan solicitado que el Congreso de los

inembargable establecida en el artículo 607.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se incremente 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».

Artículo 2. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, queda modificada como sigue:

Uno. El apartado 1 del artículo 669 queda modificado como sigue:

«1. Para tomar parte en la subasta los postores deberán depositar, previamente, el 20 por 100 del valor que se haya dado a los bienes con arreglo a lo establecido en el artículo 666 de esta Ley. El depósito se efectuará conforme a lo dispuesto en el número 3.º del apartado 1 del artículo 647».

Dos. El segundo párrafo del apartado 4 del artículo 670 queda redactado como sigue:

«Transcurrido el indicado plazo sin que el ejecutado realice lo previsto en el párrafo anterior, el ejecutante podrá, en el plazo de cinco días, pedir la adjudicación del inmueble por el 70 por 100 de dicho valor o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al 60 por 100 de su valor de tasación y a la mejor postura».

Tres. El artículo 671 queda modificado como sigue:

«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.

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».

(10) En el momento de redactar estas líneas, han aprobado resoluciones en el sentido indicado, al menos, los parlamentos autonómicos de Galicia, País Vasco y Cataluña, y se ha

Diputados regule esta materia, así como que importantes líderes políticos (11) se hayan manifestado a favor de que se reforme la ley para que los deudores hipotecarios puedan liberarse de la deuda mediante la entrega al acreedor de la finca hipotecada. Suele argumentarse que así sucede en los Estados Unidos de América.

En este contexto, se produce el Auto de la Audiencia de Navarra, de 17 de diciembre de 2010 —primera de algunas resoluciones judiciales (12)—, que considera «moralmente rechazable» (*sic*) que no quede extinguida la deuda cuando el acreedor hipotecario se adjudica la finca hipotecada, figurando un valor de tasación superior al importe debido, alegando la pérdida de valor de la finca hipotecada. Esta resolución judicial ha actuado como catalizador de todas las tensiones existentes al respecto.

No es mi propósito dedicar las páginas sucesivas a realizar un análisis crítico del Auto, pues, según creo, hay un acuerdo amplio entre los juristas

constituido una Subcomisión, en el seno de la Comisión de Vivienda del Congreso de los Diputados, que tiene por finalidad estudiar este asunto. En el *Parlament* de Cataluña se han presentado varias proposiciones al respecto: de *Ciutadans*, dirigida a que la entrega de la finca hipotecada pueda saldar la deuda, en caso de deudor de buena fe; de *Solidaritat Catalana per la Independència*, que admite, sin más, este derecho del deudor. Existe también otra proposición de *Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa*, si bien mucho más matizada y técnicamente más depurada que contiene: *a)* Medidas contra el sobreendeudamiento hipotecario personal y familiar; *b)* Medidas de protección de las personas en procedimientos que lleven aparejado embargo de sueldos, salarios, pensiones, subsidios y similares, dirigidas a aumentar el mínimo inembargable; *c)* Medidas de protección del domicilio del deudor en caso de ejecución por deudas dinerarias que afecten a la vivienda habitual, dentro de las cuales se regula la dación en pago como derecho del deudor, cuando acredite no tener otra vivienda que la hipotecada.

(11) Se han manifestado expresamente a favor de reconocer tal derecho al deudor, al menos líderes políticos como Esperanza Aguirre o Felipe González, en diversas declaraciones públicas, y organizaciones como Jueces para la Democracia, la Unión Progresista de Fiscales o la Federación Española de Municipios y Provincias, entre otras.

(12) Este Auto no considera, sin embargo, que haya abuso de derecho, y se basa, en el fondo, en un fallo procesal del ejecutante —el cual solicitó una tasación cuyo resultado no impugnó—. Sin embargo, la Audiencia de Navarra ha mantenido posiciones diferentes posteriormente —véase Auto 4/2011 de la sección Tercera de la Audiencia de Navarra, de 28 de enero de 2011—. Posteriormente el Auto de 16 de marzo de 2011 de la misma Audiencia, desestimó el recurso interpuesto por el ejecutante contra el Auto de 17 de diciembre de 2010. En una línea parecida, destaca el Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, que aplica analógicamente a las personas físicas la solución prevista en el número 3 del artículo 178 de la Ley Concursal para las personas jurídicas, con lo que la conclusión del concurso liquidaría sus deudas concursales y los bienes futuros no responderían de las mismas. Por otra parte, el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 44 de Barcelona, de 14 de febrero de 2011, considera una pretensión similar a la vista por la Audiencia de Navarra constitutiva de «abuso de derecho». En ambos casos, sin embargo, los juzgadores reconocen que la pretensión del actor se ajusta a la literalidad de la norma. Todo ello sugiere la existencia de un cierto activismo judicial en torno a la problemática existente.

en el sentido de que no es conforme a Derecho, opinión que comparto sin la menor reserva (13).

Me centraré, más bien, en analizar si, *de lege ferenda*, sería conveniente reconocer al deudor hipotecario el derecho a liberarse de la deuda entregando la finca hipotecada al acreedor.

4. ANÁLISIS DE LA CONVENIENCIA DE RECONOCER AL DEUDOR HIPOTECARIO EL DERECHO A LIBERARSE DE LA DEUDA MEDIANTE LA ENTREGA DE LA FINCA HIPOTECADA AL ACREDOR

4.1. CONSIDERACIONES GENERALES

Antes de formular esa propuesta —o, mejor, de decidir sobre su admisión— es preciso tener muy presentes ciertas consideraciones sobre las que no se insiste suficientemente, al menos en el debate político (14) debido, probablemente, a la fuerte carga emocional con la que se presentan ciertas situaciones de desalojo, y a las urgencias electorales, siempre presentes.

En primer lugar, la responsabilidad patrimonial universal es la regla en los países desarrollados (15). En los Estados Unidos es también la regla general, excepto en once estados, los cuales reconocen la posibilidad de que el acreedor

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

(14) En el ámbito político es de destacar que ha habido algunas escasas excepciones, como la de la señora Corredor, Secretaria de Estado de Vivienda y anterior Ministra de Vivienda, así como la de la Vicepresidenta Segunda y Ministra de Economía, señora Salgado. El resto de la clase política, hasta donde he podido constatar, o bien no se ha pronunciado o bien lo ha hecho en términos total o parcialmente favorables. En el ámbito de los analistas, la situación, sin embargo, cambia radicalmente. Prácticamente la totalidad de los analistas que han tratado este asunto, desde el ámbito del Derecho o de la Economía, han desaconsejado esta vía. Así, ARRÚÑADA, B., «Limitar por Ley la responsabilidad hipotecaria: una mala idea», en *Expansión* del 23 de febrero de 2011. GARCÍA MONTALVO, J., «Devolver el piso y saldar la hipoteca», en el diario *El País* de 2 de enero de 2011. FERNÁNDEZ VILLAVERDE, J., «No cambiemos la legislación hipotecaria sin pensarlo bien», en *Nada es gratis, Fedeablog*, visitado el 14 de abril de 2011. MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «¿Sería deseable que respondiera solo la finca hipotecada?», en el diario *El Economista*, de 9 de febrero de 2011, así como en «La AP de Navarra se decanta por la moralidad antes que por la legalidad en la ejecución de hipotecas», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 815, de 24 de febrero de 2011. En sentido contrario, puede verse CELENTANI, M., y GÓMEZ POMAR, F., «La belleza del impago», en *Nada es gratis, Fedeablog*, contestado por ARRÚÑADA, B., en la misma web —*Reforma fiscal antes que hipotecaria*— alegando que su análisis carece de capacidad predictiva, lo que lo invalida.

(15) Concretamente, HARRIS señala que es la regla en Europa, Japón, Canadá, Israel y Australia. Véase HARRIS RON, *Recourse and Non-Recourse Mortgages: Foreclosure, Bankruptcy, Policy* —2010: 6, <http://ssrn.com/abstract=1591524>— 10 de abril de 2010, visitado el 7 de mayo de 2011.

deba conformarse con la garantía hipotecaria para saldar su deuda, lo cual suele estar relacionado con el hecho de haber elegido la ejecución extrajudicial —en los estados que la admiten— y de haber constituido una hipoteca en su modalidad de *Deed of Trust* en lugar de en su modalidad de *Mortgage* (16).

En segundo lugar, en nuestro país, como en todos los demás países desarrollados, rige la regla de la responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC), y la garantía hipotecaria no altera esta regla (art. 105 LH), si bien cabe el pacto de limitación de responsabilidad a la finca hipotecada (art. 140 LH). Aun cabiendo, por tanto, que las partes pacten tal limitación de responsabilidad, sin embargo, no lo hacen (17). Considerando que el mercado hipotecario español es uno de los más competitivos del mundo, cabe concluir que, si no alumbrá este tipo de hipotecas es, sencillamente, porque no ofrece ventajas para las partes contratantes. A los acreedores, la disminución de las garantías les fuerza a disminuir el capital prestado así como su plazo de amortización y a elevar los tipos de interés, y a los deudores les dificulta el acceso al crédito necesario para adquirir una vivienda. Ello impide que, bajo estas condiciones, oferta y demanda de crédito hipotecario puedan encontrarse.

En tercer lugar, si se introduce una regla imperativa que las partes no están pactando hoy porque no se acomoda a sus intereses (18), el mercado crediticio se contraerá aún más, y, además, obligará a las partes a buscar fórmulas para eludirla o minimizarla, lo que producirá un encarecimiento complementario

(16) Tanto en caso de *Deed of Trust* como de *Mortgage*, la deuda se garantiza transmitiendo la propiedad, bien al acreedor, en el primer caso, bien a un tercero —*trustee*—, en el segundo, que protege los intereses del acreedor, pero reteniendo la posesión, en ambos casos, el deudor. En caso de impago, el acreedor o el *trustee* toman el control —*foreclosure*— de la finca, y la pueden vender para satisfacer la deuda. La *mortgage* implica, por lo tanto, una relación bilateral, mientras que el *Deed of Trust* implica una relación trilateral. Algunos estados admiten la ejecución extrajudicial, la cual es menos costosa en tiempo y dinero, pero, si se elige esta vía, entonces la hipoteca suele ser *sin recurso*, es decir, en el caso de que no baste el importe obtenido para cubrir la deuda, esta queda extinguida, porque los jueces no admitirán el embargo de más bienes. Tratándose de *Deed of Trust*, normalmente la responsabilidad se limita a la finca hipotecada. Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «*Mortgage Gate: Las incertidumbres sobre la ejecutabilidad de las hipotecas gestionadas por el Mortgage Electronic Registration System de Estados Unidos*», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 724, marzo-abril de 2011.

(17) Recientemente Bankinter ha anunciado un nuevo producto hipotecario, denominado «hipoteca sin más», cuyo folleto informativo puede consultarse en la página web de la entidad. Destacan el hecho de que solo se conceda para la adquisición de la vivienda habitual, así como las altas comisiones de la misma por todos los conceptos. Así, por ejemplo, la Comisión de apertura oscila entre el 0 y el 4 por 100; se prevé expresamente una comisión de subrogación de hasta el 2,5 por 100, así como por cancelación anticipada —hasta el 1 por 100—, que se acumula a la compensación por desistimiento —hasta el 0,5 por 100—. Habrá que estar atentos a la evolución de este producto, si tiene éxito en el mercado y si se aplica a todo tipo de adquisiciones de vivienda habitual o solamente a las que procedan de la cartera inmobiliaria de la entidad.

(18) En este sentido, ARRÚNADA, B., «Limitar por Ley la responsabilidad hipotecaria: una mala idea», en *Expansión* de 23 de febrero de 2011.

del crédito, que debería añadirse al que produciría, por sí sola, la introducción de esa regla.

Por último, es preciso ser muy conscientes de los graves riesgos que entraña el hecho de que el acreedor pueda extinguir la deuda quedándose con la finca hipotecada, aunque tal posibilidad se articule como un derecho del deudor.

Es preciso recordar que responsabilidad hipotecaria limitada no equivale a derecho a liberarse de la deuda hipotecaria mediante la entrega de la finca hipotecada al acreedor. Son dos cosas distintas. La primera significa que el acreedor únicamente puede hacer efectiva la responsabilidad contraída por la deuda hipotecaria sobre la finca hipotecada, mediante el correspondiente procedimiento en el que, si finaliza en adjudicación al mejor postor y hay sobrante, este debe ser entregado al deudor o a los acreedores posteriores. Esta es la modalidad prevista por el artículo 140 LH. La segunda significa que el deudor tiene derecho a liberarse de la deuda mediante la entrega de la finca hipotecada al acreedor, articulada como una forma de *datio in solutum*. Si la finca tiene un valor superior al importe de la deuda, el deudor no tiene derecho al sobrante —*superfluum*— ni tampoco los acreedores posteriores, los cuales se ven privados tanto del *ius offerendi* como del derecho sobre el *superfluum*. Este tipo de acuerdos —en sus diferentes modalidades— eran conocidos en el Derecho Romano como «pactos marcianos».

Es necesario recordar la desconfianza tradicional frente este tipo de pactos porque pueden encubrir auténticos comisos. El hecho de que hoy, en un contexto bajista en el sector inmobiliario y de una crisis económica aguda y duradera, un cierto número de deudores desee poder liberarse de la deuda contraída mediante la entrega de la finca al acreedor, bien porque es excesiva en relación a su renta, bien porque considere que es superior al valor del inmueble, no justifica la introducción de una regla semejante que, además de dificultar el acceso al crédito, especialmente a los más desfavorecidos, convertiría las fincas hipotecadas en presa fácil de comisos.

Partiendo de estas consideraciones, realizaré un breve análisis de las consecuencias que tendría la derogación imperativa de la regla de responsabilidad patrimonial universal vigente y el reconocimiento al deudor del derecho a liberarse de la deuda mediante la entrega de la finca hipotecada. Debido a que la introducción de dicha regla es reclamada por un número creciente de deudores hipotecarios, dada la situación en la que se encuentran muchas familias que compraron su vivienda en el pasado reciente, ante la disminución del valor de su vivienda y, sobre todo, de sus crecientes dificultades para pagarla, como consecuencia del deterioro del mercado de trabajo (19), parece necesario hacer

(19) Entre los interesados en introducir la regla de la hipoteca de responsabilidad limitada hay que incluir también a los que, en su momento, compraron inmuebles en un contexto alcista pensando que podrían lucrarse vendiendo a un precio más alto, pero no han podido hacerlo porque la crisis frustró sus expectativas.

una breve referencia a algunos datos significativos de la situación del mercado hipotecario.

4.2. ALGUNOS DATOS RELEVANTES DE NUESTRO MERCADO HIPOTECARIO

En primer lugar, la denominada *dudosidad hipotecaria* afecta al 2,6 por 100 de los deudores hipotecarios que compraron una vivienda, lo que significa que el 97,4 por 100 está cumpliendo regularmente con su obligación de pago. Dicha dudosidad, sin embargo, es significativamente más elevada entre promotores y constructores (20).

En segundo lugar, hoy la vivienda es más accesible que en 1996, antes de que se iniciara la escalada de precios que culminó en 2008, pues, para su adquisición, es preciso dedicar un porcentaje ligeramente inferior de renta, muy por debajo del que era preciso dedicar en la cumbre de la burbuja (52 por 100 de la renta en el último trimestre de 2008). En la actualidad, el porcentaje de renta que es necesario dedicar para pagar la amortización del préstamo hipotecario destinado a la adquisición de una vivienda es del 33,1 por 100 de la renta sin considerar las deducciones fiscales, ya derogadas para la mayor parte, frente al 39,1 por 100 —sin considerar las deducciones fiscales— y el 29,7 por 100 —considerándolas—, del último trimestre de 1996 (21).

En tercer lugar, sin embargo, España es el país que presenta mayores dificultades de acceso al crédito, incluso más que Irlanda, como consecuencia de la falta de liquidez de nuestro sistema financiero, lo que dificulta el acceso a la vivienda en propiedad. En otros términos, la vivienda sería hoy más accesible que en la situación previa a la escalada de precios si hubiera crédito disponible, pero no lo hay (22).

En cuarto lugar, más de la mitad de la cantidad de dinero prestado ha sido obtenido por las entidades financieras mediante la venta de títulos hipotecarios y otros activos financieros (23).

(20) Según los datos de la Asociación Hipotecaria Europea, la dudosidad del «crédito a las actividades inmobiliarias» es del 13,88 por 100, y la del «crédito a la construcción» del 12,30 por 100, referidas ambas cifras al tercer trimestre de 2010.

(21) Según datos que constan en la página web de la Asociación Hipotecaria Española.

(22) Si consideramos la tasa de variación interanual del nuevo crédito concedido entre el segundo y el tercer trimestre de 2010 —últimos datos publicados por la Asociación Hipotecaria Española— se observa que España es el país en el que más ha caído el crédito, cerca del 50 por 100.

(23) Según el resumen trimestral del mercado de títulos hipotecarios correspondiente al primer trimestre de 2011, conforme a los datos ofrecidos por la Asociación Hipotecaria Española.

4.3. ANÁLISIS DE LOS EFECTOS QUE PRODUCIRÍA LA ATRIBUCIÓN AL DEUDOR DEL DERECHO DE LIBERARSE LA RESPONSABILIDAD POR DEUDAS GARANTIZADAS CON HIPOTECA MEDIANTE LA ENTREGA AL ACREDOR DE LA FINCA HIPOTECADA

Considerando estos parámetros, ¿qué consecuencias tendría la introducción de la regla de la responsabilidad hipotecaria limitada imperativa? En mi opinión, tendría unas consecuencias muy negativas.

Dado que quienes reclaman esta regla lo hacen, según manifiestan, para aliviar su propia situación y, en general, la de los deudores hipotecarios, y, especialmente, de los que se han endeudado para adquirir su vivienda habitual, es necesario suponer que, aunque no lo manifiesten expresamente, pretenden que dicha regla sea aplicable a los préstamos hipotecarios en vigor, los cuales se celebraron bajo la regla vigente de responsabilidad patrimonial universal.

En este caso, además de las demás consecuencias, que expondré a continuación, habría que añadir la de convertirnos en un país percibido como de *grave riesgo de inestabilidad regulatoria*, que no respeta las reglas ni los contratos y que, por lo tanto, es incapaz de generar confianza entre los inversores.

Esta pérdida reputacional es una de las peores calamidades que le pueden suceder a un país, en un contexto altamente globalizado en el que el principal capital es la capacidad de suscitar confianza en que las reglas se respetan y los contratos se cumplen, es decir, la *calidad institucional* (24). Por tanto, este hecho tendría como consecuencia la potenciación de los efectos negativos a los que me referiré a continuación, especialmente el fuerte encarecimiento de la financiación de las entidades financieras españolas y, por lo tanto, del crédito, tanto al sector privado, como al sector público (25). Me permito recordar que, como he expuesto anteriormente, más del cincuenta por ciento del crédito hipotecario proviene de capital prestado a las entidades financieras españolas por los mercados mayoristas de crédito.

No obstante, en todo caso, se producirían los siguientes efectos:

En primer lugar, dicha regla, en la situación actual, induciría *insolvencias estratégicas*, es decir, en aquellos casos en los que, actualmente, la cuantía de la deuda sea superior al valor de mercado de la vivienda, los deudores se sentirían inducidos a liberarse de la deuda entregando la vivienda. De hecho, este es un fenómeno que se observa en los estados americanos en los que la

(24) Sobre la importancia capital de la calidad institucional para el progreso económico, véase DOUGLAS, D. C., *Understanding The Process of Economic Change*, Princeton University Press, 2005.

(25) En relación al sector público, el encarecimiento del crédito se produciría no solamente como consecuencia del encarecimiento de la financiación de las entidades financieras, sino también como consecuencia del encarecimiento directo de la denominada *deuda soberana*.

hipoteca es de responsabilidad limitada, en los cuales las insolvencias estratégicas han llegado a alcanzar, según los diferentes cálculos, entre el 18 y el 26 por 100 del total, si bien la cifra está disminuyendo (26). Por lo que respecta a nuestro país, la cifra podría ser similar (27). Ello conllevaría un incremento de las ejecuciones hipotecarias, judiciales o extrajudiciales, según cómo se instrumentara el derecho del deudor a extinguir la obligación mediante la entrega de la finca hipotecada (28).

Ahora bien, en un entorno de subidas mantenidas de precios, e, incluso de estabilidad de los mismos, las presiones funcionarían en sentido opuesto. Las entidades financieras podrían presionar, en caso de impago, para quedarse con el inmueble, dado que en el mercado podrían obtener un precio mayor que el importe de la deuda pendiente (29).

Esta medida, por lo tanto, podría dar lugar a lo que el sistema jurídico ha intentado evitar con la construcción de todo el sistema de garantías reales: que el acreedor tenga derecho al comiso de la finca (30), porque ello le permitiría quedarse con bienes de un importe superior al de la deuda, en perjuicio tanto del deudor, como de los demás acreedores, impidiendo con ello, por lo tanto, la optimización de los inmuebles como instrumentos de garantías crediticias

(26) HARRIS, R. —2010: 6, <http://ssrn.com/abstract=1591524>— se refiere a un Informe de la consultora Wyman que estimaba las insolvencias estratégicas en un 18 por 100 en 2008. GUISO, Luigi; SAPIENZA, Paola, y ZINGALES, Luigi —*Moral and Social Constraints to Strategic Default on Mortgages*, European University Institute Economics Working Papers ECO2009/27, 2009— estiman que un 26 por 100 de las insolvencias de Estados Unidos son estratégicas, pero que, incluso con responsabilidad limitada, no compensa dejar de pagar hasta que la diferencia de precio entre inmueble y préstamo es, al menos, de un 10 por 100, debido a los costes de cambio de domicilio y al daño que la insolvencia ocasiona a la reputación y crédito del actor. En Las Vegas, la Asociación de Agentes Inmobiliarios estima que la cuarta parte de las insolvencias tiene carácter estratégico. Es frecuente, incluso, que los deudores adquieran una nueva vivienda antes de dejar de pagar la hipoteca de la antigua («America's Property Market: On a Losing Streak», en *The Economist*, 26 de marzo de 2011, pág. 47).

(27) Algunas estimaciones cifran en unas 320.000 las hipotecas que podrían hallarse en esta situación. Véase *Cinco Días* de 7 de mayo de 2011.

(28) Hay que tener en cuenta que GHENT, A. C., y KUDLYAK, M., señalan que en los estados norteamericanos en los que las hipotecas son «sin recurso» se observa que hay un 32 por 100 más de ejecuciones hipotecarias. GHENT, A. C., y KUDLYAK, M., *Recourse and Residential Mortgage Default: Evidence from US States*. Federal Reserve Bank of Richmond. *Working Paper*, núm. 09-10R. February 25, 2011. Esta cifra es indicativa de lo que podría suceder en nuestro país en el caso de introducir la hipoteca de responsabilidad limitada.

(29) De hecho, en la crisis americana de las hipotecas *subprime*, se ha puesto de manifiesto cómo importaba muy poco la insolvencia del deudor en un entorno de subida constante de precios de los inmuebles. Véase *Reforming America's Housing Market. A Report to Congress*. February 2011. Asimismo, véase también SHILLER, R. J., *The Subprime Solution. How Today's Global Crisis Happened, and What to Do about it*. Princeton University Press, 2008.

(30) Los Códigos Civiles modernos recogen la prohibición del pacto de la Ley Comisaría. El Código Civil español la recoge, esencialmente, en los artículos 1859 —prenda e hipoteca—, y 1884 —anticrésis—. Con base en los citados preceptos, la doctrina tiende a deducir el carácter general de la prohibición, si bien tiende a interpretarla restrictivamente.

o, si se prefiere, propiciando el despilfarro del patrimonio inmobiliario como instrumento de tales garantías.

Para evitar este efecto inducido, sería preciso, no solo limitar la responsabilidad a la finca hipotecada, sino que esta se hiciera efectiva mediante un procedimiento judicial de subasta y/o que la dación en pago de la misma solamente fuese posible dentro del citado procedimiento judicial, o, en el límite, que el pacto de dación en pago solo fuese posible en el momento del incumplimiento —*pacto marciano ex intervallo*—, pero no en el de la constitución —*pacto marciano* en sentido estricto— (31), al igual que sucede hoy.

En segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, se encarecería muy notablemente el crédito hipotecario. Con el mismo inmueble, en relación al actual régimen de responsabilidad patrimonial universal, se podría obtener mucho menos capital, probablemente con un tipo de interés mucho más elevado y con un plazo de amortización notablemente más corto (32).

Este hecho tendría, entre otras, tres consecuencias: 1. En primer lugar, dificultaría el acceso al crédito, especialmente a las rentas más bajas, y si, se aplicara a los contratos en vigor, dificultaría la refinanciación de los préstamos hipotecarios en curso, así como, muy probablemente, conllevaría el ejercicio por los bancos de su derecho de ampliación de las garantías que, en este momento,

(31) El pacto comisorio *ex intervallo* es el pacto en virtud del cual el acreedor puede quedarse con la cosa dada en garantía en pago de la deuda, pero realizado con posterioridad a la constitución de la garantía. El Digesto admitió su validez y, bajo ciertas condiciones, el Derecho intermedio, así como la doctrina francesa posterior al *Code*, alegando que el deudor ya no se encuentra en situación desventajosa, no hay peligro de usura, y frente a ello, debe prevalecer el principio de autonomía de la voluntad. El artículo 2744 del Código Civil italiano de 1942 declara nulo el pacto comisorio, aunque sea posterior a la constitución de la garantía, si bien la doctrina y la jurisprudencia más recientes admiten su validez en el momento del incumplimiento, como una forma de *datio in solutum*. En España, se manifiesta en idéntico sentido una parte de la doctrina, a pesar de la literalidad del artículo 1859 del Código Civil. Véase ÁLVAREZ CÁPEROCHIPI, J. A., *Curso de Derechos Reales. Los derechos reales limitados*, págs. 104-109. Civitas, 1987.

(32) CORREDOR, B., la cual, en su calidad de Secretaria de Estado de Vivienda, inauguró el Seminario sobre la materia, celebrado el 16 de marzo de 2011 en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Manifestó lo siguiente: «1. La primera mala consecuencia sería un encarecimiento del crédito hipotecario y no solo desde el punto de vista del tipo de interés.

2. La segunda consecuencia sería la necesidad de tener un ahorro previo en las familias mucho más que el actual (ahora se está dando un 80 por 100 del valor de tasación como máximo aunque la media está en un 62 por 100). Estaríamos hablando de un ahorro por encima del 40-50 por 100 y esto dejaría fuera del acceso a la vivienda a todas las familias que no tuvieran esta capacidad de ahorro.

3. La tercera consecuencia muy importante al efecto del pago de la hipoteca sería el acortamiento de los plazos (que se acortarían en 10 ó 15 años) lo que supondría dejar también fuera a muchas familias que no podrían pagar cuotas mensuales tan elevadas.

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

no están utilizando (33). 2. Implicaría una transferencia de renta de los deudores cumplidores a los incumplidores, sin que se deba caer en el error de identificar a estos últimos, en todo caso, con los deudores de rentas más bajas. Si tenemos en cuenta que, hasta el momento, los deudores morosos son el 2,6 por 100 del total y que, de ellos, solo una parte son *incumplidores inocentes* (34), la adopción de la responsabilidad hipotecaria limitada imperativa equivaldría a perjudicar a más del 97,4 por 100 de los deudores hipotecarios para beneficiar a menos del 2,6 por 100, lo cual no parece estar justificado en términos de elección pública. 3. Un encarecimiento de la financiación de las entidades financieras, las cuales se verían en la obligación de elevar los tipos de interés de los títulos hipotecarios que se ven obligadas a emitir para captar los recursos necesarios para poder cumplir su función crediticia.

En tercer lugar, especialmente en el caso de que la reforma fuese aplicable a los contratos en vigor, se produciría un incremento del riesgo para las entidades financieras, lo que equivale a decir del riesgo de los depositantes y, dada la garantía de los depósitos (35), en última instancia, de los contribuyentes.

Todas estas razones aconsejan, a mi juicio, desechar la idea de introducir la dación en pago como un derecho del deudor hipotecario e, incluso la responsabilidad hipotecaria limitada como derecho del deudor, y, por lo tanto, en ambos casos, con carácter imperativo para los acreedores. en nuestro sistema jurídico.

Se ha sugerido, sin embargo, que podría introducirse como norma dispositiva, es decir, que, en materia de responsabilidad por deudas garantizadas con hipoteca, la norma no fuese la responsabilidad patrimonial universal sino la limitada a la hipoteca, si bien admitiendo que las partes puedan pactar lo contrario (36). No parece que esta sea tampoco una buena idea: la norma dispositiva ha de ser

(33) Me refiero al derecho reconocido por el artículo 5 de la Ley 2/1981, reguladora del mercado hipotecario, según el cual: «Si por razones de mercado o por cualquier otra circunstancia que haga desmerecer el precio del bien hipotecado el valor del mismo desciende por debajo de la tasación inicial en más de un 20 por 100, la institución financiera podrá exigir la ampliación de la hipoteca a otros bienes, a menos que el deudor opte 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». O bien se deroga esta norma, o bien, si no se deroga, al excluirse la responsabilidad patrimonial universal, las entidades financieras se verían inducidas a exigir este derecho que, hasta el momento presente, no están utilizando.

(34) Utilizo esta expresión en el mismo sentido en que suele utilizarse al tratar del sobreendeudamiento: deudor de buena fe que, posteriormente, se ha visto imposibilitado para pagar la deuda. No bastaría con que fuera de buena fe. Sería preciso, además, que el préstamo se hubiese solicitado y obtenido para adquirir la vivienda habitual, según la mayor parte de las propuestas, lo que aún reduciría más la cifra del 2,6 por 100.

(35) El límite de la garantía es de 100.000 euros por titular, tras la ampliación establecida por el Real Decreto 1642/2008, de 10 de octubre.

(36) En este sentido, por ejemplo, CELENTANI, M., y GÓMEZ POMAR F., en el blog de FEDEA, y PANTALEÓN PRIETO, F., en el Seminario celebrado en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, el 16 de marzo de 2011, al que he hecho referencia anteriormente.

eficiente, y la norma de responsabilidad patrimonial universal es más eficiente porque proporciona más garantías al acreedor y facilita el acceso al crédito al deudor, por lo que es la fórmula vigente en todo el mundo desarrollado, salvo en once estados de Estados Unidos, como expuse anteriormente. Aun cuando pudiera modificarse contractualmente, tal derogación contractual sería costosa y generaría litigios adicionales, por lo que, a mi juicio, tal idea también debe ser rechazada.

Queda, por último, analizar la propuesta consistente en que debe modificarse la norma de la LEC que permite al acreedor adjudicarse la finca hipotecada, cuando esta sea la vivienda habitual, por un 50 por 100 de su valor de tasación, elevando dicha cuantía hasta un 80 por 100 del mismo. De entre ellas, me centraré en la formulada por el Consell de Col·legis D'Advocats de Catalunya (37). En relación al asunto del que estoy tratando, la parte más relevante de la propuesta es la que pretende añadir al final del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el siguiente párrafo:

«En el caso de que la vivienda hipotecada fuera la vivienda habitual, en la ejecución solo se podrá tratar embargo por el importe correspondiente a la cantidad que exceda del 80 por 100 del valor de tasación».

Esta norma equivale, de hecho, a introducir la responsabilidad hipotecaria limitada, con carácter imperativo y, además, con efecto retroactivo. El límite porcentual propuesto está tomado del fijado por la Ley 2/1981, reguladora del mercado hipotecario, referido al mercado secundario de hipotecas. Ahora bien, aplicar tal límite al mercado hipotecario primario contradice la razón por la cual se estableció, consistente en asegurar la calidad de los títulos hipotecarios, estimulando así la inversión en los mismos. Por el contrario, la aplicación de este límite del 80 por 100 a la responsabilidad de los deudores hipotecarios reduciría sustancialmente la calidad crediticia de los títulos hipotecarios, pues perderían la garantía de cobro que les proporciona la responsabilidad ilimitada y universal de los deudores.

Además, esta propuesta, por sus pretensiones de respetar los derechos adquiridos, difiere de otras presentadas en algunos parlamentos autonómicos —v.gr.: Cataluña— por cuanto se aplicaría de forma generalizada y automática a todas las hipotecas sobre viviendas habituales, sin consideración a la buena o mala fe del deudor, estado de necesidad del mismo o consideraciones semejantes (38).

(37) Dicha propuesta lleva por título *Propuestas de enmienda que presenta el Consell de Col·legis d'Advocats de Catalunya de modificación de los artículos 440, 579, 592, 647, 670 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la inclusión de una disposición adicional sexta para mejorar la ejecución hipotecaria a fin de que sean incorporados en el proyecto de ley de medidas de agilización procesal remitido por el Gobierno a las Cortes Generales*.

(38) Circula también un borrador —no presentado en ningún Parlamento— denominado *Propuesta conciliadora en materia de ejecución hipotecaria*, que solo aparentemente es conciliador, es decir, moderado. Por el contrario, es bastante radical. Obliga a las entidades

Se propone, además, añadir un párrafo segundo al apartado primero del artículo 671 de la LEC, en los siguientes términos:

«No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en el caso de que la ejecución recaiga sobre la vivienda habitual, el ejecutante solo podrá pedir la adjudicación por el 80 por 100 del tipo de subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos».

Ciertamente, en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, el límite era del 70 por 100, el cual fue rebajado, mediante la correspondiente enmienda, al vigente 50 por 100. La cuestión es, si en un contexto bajista, la elevación del porcentaje favorecería o perjudicaría a los deudores. Probablemente, les perjudicaría, pues las entidades financieras tendrían menos incentivos para adjudicarse las fincas hipotecadas y, además, ello dificultaría el necesario ajuste del mercado.

Resulta, por último, sorprendente que en la citada propuesta se articule un procedimiento notarial de ejecución, que se estimula privilegiando su uso mediante la asignación a la entidad acreedora que se adjudique el bien de la posibilidad de ceder el remate, derecho que, sin embargo, solo se reconoce al ejecutante judicial si, previamente, ha ofrecido al deudor el procedimiento de ejecución notarial y este lo ha rechazado. Resulta verdaderamente insólito que se pretenda atribuir mejor condición al acreedor ejecutante que se adjudica el bien en un procedimiento notarial de ejecución hipotecaria que al acreedor que hace lo mismo en un procedimiento judicial, cuando es obvio que este último procedimiento ofrece mayores garantías desde todos los puntos de vista y, especialmente, en relación a la posibilidad de evitar comisos injustificados por parte de los acreedores.

Sorprende, igualmente, que el otorgamiento de la escritura de adjudicación sea documento bastante para la cancelación de cualquier carga posterior a la nota marginal de iniciación del procedimiento, incluidas las ordenadas por la autoridad judicial, algo que tampoco parece admisible, pues los asientos extendidos en virtud de mandamiento judicial solo pueden ser cancelados por una «providencia ejecutoria» (39), y no parece admisible la alteración que se pretende de esta regla.

financieras a ofrecer préstamos con y sin responsabilidad limitada, estableciendo un límite a la diferencia de tipos de interés entre ambos préstamos y correspondiendo la elección al deudor. Concede, además, a los deudores actuales un derecho de subrogación al abrigo de esos mismos requisitos, con modificación del plazo y del tipo de interés.

(39) Véanse artículo 83 LH y artículo 524.4 LEC. En el contexto de la Ley Hipotecaria, «providencia ejecutoria» significa «resolución firme» por no hallarse pendiente ningún recurso. En este sentido, GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código de la Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, T. I, pág. 209, nota 17. Ed., Thomson Reuters, 2009.

5. PROPUESTAS PARA MEJORAR LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Si no parece deseable introducir la regla imperativa de la responsabilidad hipotecaria limitada, ni tampoco admitir las propuestas examinadas, ¿qué cabe hacer? Creo que se podrían adoptar algunas medidas, a las que hago referencia a continuación, si quiera sea brevemente.

5.1. LOS INTERESES DE DEMORA COMO CLÁUSULAS PENALES

En primer lugar, me parece necesario dar una respuesta adecuada a los problemas que plantea la utilización de la figura de los intereses de demora en los créditos hipotecarios. Las hipotecas suelen incluir un pacto de intereses de demora, los cuales suelen situarse en el entorno del 20 por 100. En la práctica procesal se opera del siguiente modo: impagados algunos vencimientos, el acreedor da por vencido el crédito y, desde ese momento, se devengan intereses de demora por el débito total. Si consideramos la cuantía usualmente pactada y le añadimos los plazos ordinarios del procedimiento de ejecución hipotecaria, la consecuencia es que el importe de la deuda se ve incrementado fácilmente en un 30 por 100, si no en más, debido al retraso que empiezan a acumular los juzgados como consecuencia del incremento del número de ejecuciones hipotecarias.

En relación a los problemas que plantea al deudor esta situación, me parece conveniente realizar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, los intereses de demora no son propiamente intereses remuneratorios —si lo fueran, probablemente les sería de aplicación la Ley de 23 de julio de 1908, denominada «Ley Azcárate» (40)—, sino moratorios, es decir, cláusulas penales y, por lo tanto, moderables por los tribunales a su prudente arbitrio (art. 1154 CC) (41), algo que los tribunales deberían hacer —o poder hacer— en el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, en justa

(40) El Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que la denominada Ley Azcárate es aplicable únicamente en el caso de intereses remuneratorios abusivos, no en el caso de los moratorios. Véanse, entre otras, STS de 22 de octubre de 2001, y STS de 4 de junio de 2009. No obstante, la STS, de 7 de mayo de 2002, contiene el siguiente *obiter dictum* en su FJ 1.^º *in fine*: «...ha de advertirse que por el hecho de que los pactos sobre intereses de demora, anatocismo y cláusula penal sean permitidos por el Código Civil no escapan a la aplicación de la Ley de 23 de julio de 1908, que se refiere en el artículo 1 a la estipulación de un interés, sin distinguir su clase o naturaleza». En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 8 de febrero de 2006, ha aplicado la Ley Azcárate a intereses de demora.

(41) El artículo 1154 del Código Civil dispone: «El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

recíprocidad a su admisión de la exigencia de los intereses de demora en el mismo procedimiento.

En segundo lugar, como se ha señalado (42), hay, al menos, dos medidas adicionales susceptibles de ser aplicadas: 1. Limitar legalmente el tipo de los intereses de demora. 2. Limitar el importe y las cuotas que devengan tales intereses.

La primera medida cuenta con precedentes en nuestro ordenamiento. Concretamente: *a) La Ley 7/1995*, de 23 de marzo, de crédito al consumo, la cual establece —art. 19.4— que el tipo de interés, en los créditos en forma de anticipo en descubierto, no pueda ser superior a 2,5 veces el interés legal del dinero; *b) En el mismo sentido*, la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambaria y del Cheque, dispone en su artículo 58.2 que los intereses de demora no serán superiores al interés legal del dinero incrementado en dos puntos. Especialmente, esta última podría servir de modelo, no solamente para una futura reforma legislativa, sino también como criterio moderador de la cláusula penal moratoria por parte de los tribunales (43).

La segunda medida tiene su base en el artículo 693.3 LEC, el cual permite al deudor liberar el bien de la ejecución hipotecaria, tratándose de vivienda habitual, pagando las cuotas vencidas en el momento de presentación de la demanda y, por tanto, limitando los intereses de demora al importe de esas cuotas. Nada impediría establecer que los intereses de demora se calcularan solo sobre las cuotas vencidas y no satisfechas, lo que disminuiría la cuantía de la deuda, respecto a la situación actual, entre un 20 y un 30 por 100.

Debería arbitrarse un trámite específico en los procedimientos de ejecución hipotecaria, incluido el especial, dirigido a que el juez, a solicitud del deudor, pudiese moderar los intereses de demora pactados, al amparo de lo dispuesto por el artículo 1154 del Código Civil.

(42) Véase el interesante artículo de NOGUEROLES PEIRÓ, N., «Ejecución hipotecaria e intereses de demora: un problema oculto», publicado en *El Economista*, 4 de abril de 2011, en el que realiza las propuestas que expongo.

(43) Resulta de especial interés, a este respecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, número 214/2011. Según esta sentencia, «un interés sancionador que supere 2,5 veces el interés legal del dinero merece la consideración de desproporcionadamente alto, atendiendo a la condición de consumidor del prestatario... y, en aplicación de los artículos 10 bis 2 LGDCU y 7.2 y 1154 del Código Civil, integrar la cláusula nula para darle contenido, conforme al artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva y, en definitiva, moderar el interés de demora a lo pretendido por el apelante, es decir, 2,5 veces el interés legal del dinero al firmarse el préstamo...».

5.2. EQUIPARACIÓN DEL RÉGIMEN FISCAL DE LA DACIÓN EN PAGO AL DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

En otro orden de cosas, se ha señalado (44) que lo que procede es una reforma fiscal mas que hipotecaria, con lo que se quiere decir que deben desaparecer los obstáculos fiscales que dificultan que acreedores y deudores lleguen a acuerdos de adjudicación en pago. En efecto, deberían desaparecer las diferencias fiscales existentes con la adjudicación por sentencia de remate, asimilando el tratamiento fiscal de la dación en pago a esta última, mucho más favorable en, al menos, tres dimensiones básicas: *a)* en la adjudicación mediante subasta, la base imponible es el precio del remate, sin que pueda haber comprobación de valores, mientras que sí puede haberlo en la dación en pago; *b)* en la adjudicación mediante subasta, si esta se ha hecho en calidad de ceder a tercero, y se efectúa la cesión, solo se tributa una vez, mientras que si hay dación en pago y el acreedor transmite posteriormente, se tributan dos veces, una el acreedor, por la dación, y otra el adquirente, por la compra; *c)*, en caso de dación en pago, el deudor tributa, en su caso, por incremento patrimonial, lo que no sucede en la adjudicación mediante subasta.

En caso de adjudicación en pago y de adjudicación por sentencia de remate, hay una cierta diferencia de tratamiento fiscal. En ambos casos hay que tener en cuenta que, en su día, el comprador —actual deudor insolvente— pagó, o bien IVA, con Actos Jurídicos Documentados complementarios, o bien Transmisiones Patrimoniales, por la compra, más el tributo correspondiente por la constitución o subrogación en el crédito hipotecario —pues lo habitual es que se subrogara en el crédito del promotor—. En el momento de la dación en pago, el Banco o Caja acreedor tributa por ITP-AJD, concepto de transmisión onerosa, aproximadamente al 8 por 100, aunque varía según CC.AA. En ese momento, el transmitente también tributa por el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU), en función de los años que haya sido propietario del inmueble —aproximadamente un 1 por 100 del valor catastral del suelo, por cada año de permanencia—. Cuando el Banco o Caja consiga vender la vivienda, el adquirente volverá a tributar por ITP-AJD y el vendedor por IIVTNU. En cuanto a la diferencia de valor entre la compra y la venta, tributará: 1. El ejecutado, por la diferencia de valor entre la compra y la venta —si la hay— al tipo del 21 por 100, excepto los primeros seis mil euros, que tributan al 19 por 100. Estaría exento si reinvertiera ese beneficio en nueva vivienda, pero, por definición, estará arruinado y no podrá hacerlo. Si tuviera pérdidas en la venta, tendría derecho a compensarlas con los beneficios de otras operaciones en ese ejer-

(44) ARRÚÑADA, B., «Reforma fiscal más que hipotecaria», publicado en el *Diario Expansión* del 12 de abril de 2011.

cicio y los cuatro siguientes, si bien es poco probable que consiga beneficios patrimoniales en la actual situación económica. 2. El Banco tributaría, en el Impuesto sobre Sociedades, por la diferencia de valor, dentro del global de operaciones, al tipo que corresponda —usualmente, un 30 por 100—.

En caso de adjudicación de remate a calidad de ceder a terceros, sin embargo, el artículo 20 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone:

«Si la enajenación tuviera lugar en subasta judicial, y el postor a quien se adjudique el remate hubiera hecho uso, en el acto de la subasta, del derecho a cederlo en las condiciones establecidas por la normativa reguladora de la subasta de que se trate, se liquidará una sola transmisión en favor del cessionario. Si la declaración de haber hecho la postura para ceder se formula después de celebrada la subasta, no tendrá aplicación lo dispuesto en este apartado y se liquidarán dos transmisiones distintas: una, al adjudicatario del remate, y otra, al cessionario de aquél».

Por lo tanto nos encontramos ante una única transmisión del deudor ejecutado al cessionario que tributará por TPO o IVA según las normas generales. Por el contrario, si la cesión de remate se produce después de celebrada la subasta o al margen de las normas reguladoras de la misma sí estaríamos ante dos transmisiones.

En este sentido, la Consulta de la DGT de 22-12-1999 manifiesta:

«a) Si la declaración de haber hecho la postura para ceder se formula antes de celebrada la subasta, se entenderá que hay una sola transmisión, y por ello la escritura pública se otorga al cessionario directamente por el deudor o por el Juzgado, obviándose cualquier situación intermedia anterior que hubiera podido tener lugar, como la adjudicación provisional en favor del postor que intervino en calidad de ceder, la cual no tiene la consideración de una auténtica transmisión, sino de un mero trámite o fase previa a la auténtica y definitiva transmisión en que la subasta se traduce.

b) Por el contrario, la subrogación en los derechos del adjudicatario, después de celebrada la subasta, supone la existencia de dos transmisiones independientes: una, consecuencia del procedimiento de subasta, a favor del adjudicatario del remate; y otra, ajena al mecanismo procesal de la subasta, a favor del cessionario último. De ahí que en ese caso la escritura no se otorgue al cessionario directamente por el deudor o por el Juzgado, sino por el rematante en la subasta, adquirente en la transmisión anterior».

Por otro lado, en caso de subasta, la base imponible es el precio de remate, ya que el Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de noviembre de 1997, anuló el artículo 39 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, que aprobó el Regla-

mento del ITP y AJD, que permitía a la Administración realizar comprobación de valores y liquidar por el valor complementario, en su caso.

Por último, para hacerse una idea de hasta qué punto el sector inmobiliario está gravado fiscalmente, hay que tener en cuenta que los promotores tributan: un 8 por 100, al comprar un solar a un particular, un 4 por 100 sobre el valor de la obra al pedir la Licencia —Impuesto Municipal sobre Construcciones, Instalaciones y Obras—, un 1,2 por 100 sobre el valor de la obra al declarar la obra nueva, otro 1,2 por 100 sobre el valor total de la finca, al realizar la división horizontal, otro 1,2 por 100 al constituir la hipoteca de promotor, y, si tardan en construir, deberán pagar, además, el IIVTNU y el IBI de las fincas durante el tiempo que son suyas.

Todo ello explica sobradamente por qué la *European Mortgage Federation* señala, en su informe de 2010, *Study on the Cost of Housing in Europe*, que España es el país europeo en el que existe mayor carga fiscal sobre los bienes inmuebles.

En esta misma línea, es preciso recordar que la Ley 41/2007 ha encarecido las subrogaciones hipotecarias de la Ley 2/1994, de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios —véase Cap. IV de la citada Ley—, lo que dificulta el cambio de acreedor y disminuye las posibilidades negociadoras de los deudores.

5.3. REFORMA DEL ARTÍCULO 12 DE LA LEY HIPOTECARIA EN LA LÍNEA SEÑALADA POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE DICIEMBRE DE 2009 Y DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA, DE 1 DE ABRIL DE 2011, DEROGANDO LA REDACCIÓN DADA POR LA LEY 41/2007

Esta misma Ley 41/2007 modificó el artículo 12 de la Ley Hipotecaria (45) con la finalidad, según señalan todos los indicios, de impedir que el Registro de la Propiedad pudiese calificar la legalidad a efectos de inscripción, de las denominadas «cláusulas financieras» de las hipotecas, dentro de las cuales estarían incluidas las denominadas «causas de vencimiento anticipado», muchas de las cuales forman parte habitual de las escrituras de préstamos y créditos hipotecarios, a pesar de que muchas de ellas han sido repetidamente rechazadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN).

Esta ha sido la interpretación de la DGRN sobre esta cuestión (Confer.: RDGRN de 21 de diciembre de 2007, 14 de enero, 1 y 8 de febrero, 31 de

(45) La Ley 41/2007 adicionó el siguiente apartado al artículo 12 LH: «Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización».

marzo y 24 de julio de 2008). Con esta interpretación, tales cláusulas formaban parte del contenido de la inscripción, sin que el registrador pudiese calificarlas y, por lo tanto, tampoco los jueces en el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, en el que solo cabe alegar error o falsedad. De modo que la única opción del deudor sería la impugnación posterior en un juicio plenario, tras la correspondiente subasta y, en su caso, desalojo, lo que resulta de una gravedad considerable.

Afortunadamente, esta situación ha cambiado tras la sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 2009, al declarar abusivas determinadas cláusulas habitualmente recogidas en las escrituras de hipotecas, lo que ha dado lugar a la RDGRN de 1 de octubre de 2010, en la que la RDGRN reorienta su posición anterior. Por último, la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 1 de abril de 2011, reconoce al registrador plena competencia calificadora en relación al clausulado hipotecario, como consecuencia de lo cual tales cláusulas no podrán acceder al registro y, por lo tanto, no podrá basarse en ellas ninguna pretensión injustificada de vencimiento anticipado en perjuicio del deudor.

5.4. OPTIMIZACIÓN DE LA ANTICRESIS COMO DERECHO REAL DE GARANTÍA

La anticresis es una figura prácticamente en desuso, regulada por el Código Civil justamente tras la hipoteca, en los artículos 1881 a 1886, el primero de los cuales la define del siguiente modo: «*Por la anticresis el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito*». Una más adecuada regulación de esta figura podría permitir, por ejemplo que, en caso de impago por el deudor del crédito o préstamo hipotecario con el que pagó el precio de su vivienda habitual, pudiera continuar como «arrendatario» de su vivienda sin necesidad de transferir la propiedad al acreedor, el cual debería aplicar el canon arrendaticio a la extinción del crédito.

Para ello, debería reformarse el actual artículo 690 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, previendo la posibilidad de acuerdo entre acreedor y deudor hasta la extinción de la deuda y, en todo caso, por un plazo superior a los dos años previstos por la norma. Sería necesario también que se modificara la normativa prudencial del Banco de España, en la medida de lo posible, para dotar de efectividad a esta posibilidad.

5.5. ESTABLECIMIENTO DE UN VALOR DE TASACIÓN ÚNICO EN EL MOMENTO DE CONCESIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO, A CARGO DE UNA ENTIDAD DE TASACIÓN INDEPENDIENTE

Bajo el régimen jurídico actual hay diversidad de tasaciones. Así, si se utiliza el procedimiento especial de ejecución hipotecaria regulado en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V, entonces se exige una tasación previa (art. 682.2.1.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil), a efectos de subasta, que debe hacerse constar en la escritura de constitución de hipoteca, sin que la Ley de Enjuiciamiento Civil exija que deba ser realizada por una entidad de tasación a las que se refiere la Ley Reguladora del Mercado Hipotecario. Por el contrario, en el caso de que se utilice el procedimiento ejecutivo ordinario, el avalúo del bien procederá en el momento procesal oportuno (art. 637-639), a cargo de los peritos a que se refiere el artículo 638 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (46), «salvo que ejecutante y ejecutado se hayan puesto de acuerdo sobre su valor, antes o durante la ejecución» (art. 637 LEC), acuerdo para el que no se exige intervención de perito alguno. La intervención de una sociedad de tasación solamente es preceptiva en el supuesto de que se trate de hipotecas destinadas al mercado hipotecario secundario, con la finalidad de garantizar a los inversores en títulos hipotecarios que el bien que respalda el título hipotecario es de un valor superior al importe del propio título. En todo caso, la tasación a efectos de subasta no puede ser inferior a la realizada a efectos del mercado hipotecario secundario (47).

Parece que, tratándose de bancos y de entidades de crédito debidamente autorizadas —al menos— debería exigirse que la tasación, a efectos de subasta, fuese realizada por una entidad de tasación independiente, o profesional titulado, en todo caso, y, además, en el momento de la concesión del crédito o préstamo hipotecario, como requisito necesario para la misma, pues no es admisible que

(46) Dispone el artículo 638 LEC: «1. Para valorar los bienes, se designará el perito tasador que corresponda de entre los que presten servicio en la Administración de Justicia. En defecto de estos, podrá encomendarse la tasación a organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones Públicas que dispongan de personal cualificado y hayan asumido el compromiso de colaborar, a estos efectos, con la Administración de Justicia y, si tampoco pudiera recurrirse a estos organismos o servicios, se nombrará perito tasador de entre las personas físicas o jurídicas que figuren en una relación, que se formará con las listas que suministren las entidades públicas competentes para conferir habilitaciones para la valoración de bienes, así como los Colegios profesionales cuyos miembros estén legalmente capacitados para dicha valoración. 2. El perito designado por el tribunal podrá ser recusado por el ejecutante y el ejecutado que hubiere comparecido».

(47) Todo ello viene regulado en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, reguladora del mercado hipotecario, así como en su Reglamento, aprobado por el Real Decreto 685/1982, de 25 de marzo. También por Ley 41/2007, que modificó la Ley 2/1981, así como por el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, artículo 8.

se tenga mayor consideración con los intereses de los inversores en títulos hipotecarios, que con los intereses de los depositantes y, en última instancia, de los contribuyentes, dada la garantía pública sobre los depósitos bancarios. La tasación, pues, debería ser previa en todo caso, con independencia de que se titulice o no el crédito o préstamo hipotecario, así como del procedimiento de ejecución que se utilice. Asimismo, deberían ser exigibles, para garantizar los intereses de los depositantes y de los contribuyentes, los mismos límites —*loan to value*— que operan en el mercado hipotecario secundario.

5.6. PROHIBICIÓN DE QUE LOS BANCOS Y DEMÁS ENTIDADES DE CRÉDITO, DEBIDAMENTE AUTORIZADAS, PUEDAN CONCEDER PRÉSTAMOS O CRÉDITOS CON TIPO REAL DE INTERÉS NEGATIVO

Es preciso denunciar la falsedad y la toxicidad del mito de la *burbuja inmobiliaria*. En efecto, la socorrida y denostada *burbuja inmobiliaria* no es la causante de nada, sino la consecuencia de un precio real negativo —interés menor que la inflación— del dinero durante mucho tiempo; consecuencia, a su vez, de carecer de una moneda propia y de que el euro, como es lógico, se gestione conforme a los intereses de los países más grandes, fuertes y productivos de la UE.

Los ciudadanos hemos actuado razonablemente de acuerdo con la estructura de incentivos configurada por esa situación de precios negativos del dinero. Hemos comprado lo que no podíamos comprar sin crédito, aprovechando que el dinero lo regalaban, un regalo envenenado como estamos comprobando todos ahora y ya advirtieron algunos entonces. Por lo tanto, que nadie tenga la osadía de afirmar que los ciudadanos se han comportado irracionalmente. Al contrario, se han comportado como cabía esperar, porque es lo que predice la teoría.

Ello ha elevado la demanda de dinero por encima de la que se hubiera producido si el precio del mismo hubiera sido el que corresponde a nuestra economía, con las consabidas consecuencias. Este exceso de liquidez ha producido una *burbuja general* y no solo en el sector inmobiliario. Conviene recordar ahora las adquisiciones apalancadas de empresas a precios astronómicos, o que durante la década prodigiosa el precio de las acciones del Ibex, por ejemplo, subió lo mismo que el de los inmuebles residenciales y, sin embargo, nadie habla de *burbuja bursátil*. Por supuesto, los precios del Ibex se han ajustado mucho más rápidamente de lo que lo están haciendo los inmobiliarios, lo cual es lógico pues el mercado bursátil es más líquido que el inmobiliario.

Son conocidos los efectos negativos sobre la economía de un precio del dinero excesivamente barato. Tales efectos fueron puestos de manifiesto por la Escuela Austriaca de Economía, especialmente por VON MISSES y los estamos sufriendo, ahora, en carne propia. Los empresarios asumen más riesgos de

los deseables, realizan inversiones desacertadas y los ciudadanos se endeudan excesivamente.

Para corregir los efectos perversos de esta situación derivada de nuestra pertenencia al euro en un contexto de un amplio diferencial de productividad y, por lo tanto, de inflación, en relación con los países más fuertes y productivos de la Unión Monetaria, parece de sentido común imponer a los bancos y demás entidades de crédito la concesión de préstamos y créditos con tipos de interés real negativos.

5.7. POSIBILIDAD DE REGULACIÓN DE LAS SITUACIONES DE SOBRENDEUDAMIENTO

5.7.1. *La inadecuación de la legislación concursal para dar respuesta a las situaciones de sobreendeudamiento de los consumidores*

Como consecuencia de lo expuesto anteriormente, se ha producido en nuestro país una situación de sobreendeudamiento, especialmente del sector privado, que afecta a empresarios, profesionales, consumidores y a las propias entidades de crédito. Los empresarios —y profesionales— disponen de instrumentos jurídicos para hacer frente a tales situaciones, pero no así los consumidores (48).

En efecto, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), aunque regula un concurso de particulares, no es el mecanismo adecuado para solventar el problema del sobreendeudamiento por las siguientes razones: *a)* la ley solo prevé como mecanismos el convenio o la liquidación (inaplicable a las personas físicas); *b)* aunque se llegase a un convenio, la suspensión de las ejecuciones hipotecarias solo está prevista en el artículo 56 LC para los empresarios no para los consumidores; *c)* la paralización o suspensión de la ejecución hipotecaria del artículo 56 LC solo se refiere a los inmuebles afectos a la actividad empresarial o profesional, pero no protege a la vivienda habitual; *d)* no existe una previsión de liberación de deudas para las personas físicas, artículo 178.2 LC, a diferencia de lo dispuesto para las personas jurídicas, artículo 178.3 LC; *e)* los procedimientos concursales para un particular son excesivamente onerosos (alrededor de 6.000 €). Por tanto, no existe en nuestro ordenamiento una regulación adecuada para el consumidor honesto que ha sufrido infortunios que no le son imputables.

(48) Así lo pone de manifiesto el Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, que aplica analógicamente a las personas físicas la solución prevista en el número 3 del artículo 178 de la Ley Concursal para las personas jurídicas, con lo que la conclusión del concurso liquidaría sus deudas concursales y los bienes futuros no responderían de las mismas.

Los empresarios sociales pueden formalizar concursos, suspender o paralizar las ejecuciones hipotecarias, obtener la liberación de deudas, presentar expedientes de regulación de empleo y despedir trabajadores. Sin embargo, el consumidor, persona física que va a sufrir las consecuencias, se encuentra en un plano de inferioridad. La Ley Concursal está pensada principalmente para sociedades —lo prueba el pequeño número de concursos individuales que se presentan en España frente a los números de Alemania o Estados Unidos—.

5.7.2. *Recomendaciones europeas. Derecho Comparado y la previsión de la Ley de venta a plazos de bienes muebles*

El Consejo de Europa, el 11 de octubre de 2005, presentó un informe sobre el sobreendeudamiento, dirigido a ofrecer alternativas al deudor que ha actuado de buena fe (*good faith, unlucky but honest*) en el que recomendaba crear un mecanismo:

1. En el que el asesoramiento fuese gratuito.
2. El procedimiento debe ser gratuito o de coste muy reducido (*low cost*).
3. Los planes de pago deben ser razonables en los pagos y en la duración.
4. Debe comprender todas las deudas, excepto las pensiones alimenticias.

Con anterioridad, el 7 y 8 de abril de 2005, el 26.^º Comité de Ministros de Justicia de Europa, reunido en Helsinki, había instado a los Estados a formular medidas legislativas y administrativas para tratar el problema del sobreendeudamiento y crear procedimientos ante los Tribunales y las Autoridades administrativas.

El informe *Sobreendeudamiento de consumidores y legislación de consumidores en la Unión Europea*, presentado por la Dirección General de Protección de los Consumidores de la Comisión Europea, septiembre de 2003, establece como principios básicos: 1. «Rehabilitación» del deudor disminuyendo la carga financiera. 2. El establecimiento de un plan de pagos razonable. 3. Asesoramiento gratuito e independiente del acreedor (puede ser satisfecho por los municipios y el asesor carecer de vínculos con el banco). 4. Procedimiento gratuito o de coste mínimo. 5. El procedimiento debe ser preferentemente extrajudicial.

Por último, la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, de 31 de marzo de 2011, dispone en su artículo 25:

«Mecanismos de resolución de litigios. 1. Los Estados miembros velarán por el establecimiento de procedimientos adecuados y efectivos de reclamación y recurso para la resolución extrajudicial de litigios, relacionados con los derechos y obligaciones que establece la presente Directiva, entre los prestamistas o los intermediarios de crédito y los consumidores, valiéndose, si procede, de

organismos ya existentes. Los Estados miembros velarán, asimismo, por que todos los prestamistas y los intermediarios de crédito se adhieran a uno o más de los organismos responsables de los procedimientos de reclamación y recurso. 2. Los Estados miembros velarán por que esos organismos cooperen activamente en la resolución de conflictos transfronterizos».

El gran cambio de estos procedimientos, frente a las leyes concursales, es adoptar la posición del consumidor deudor y no la del acreedor como hasta ahora ha sido habitual. Los supuestos que merecen especial atención son los casos de paro, enfermedad y ruptura matrimonial.

El sobreendeudamiento de los consumidores está regulado en todos los países de la UE, siendo España la excepción. En Finlandia, Francia y Noruega se presta especial protección a la vivienda familiar. En todos, salvo Alemania y Reino Unido, se regulan procedimientos extrajudiciales. En Francia y Bélgica se han creado comisiones administrativas en las que participan los encargados de la llevanza de registros mercantiles.

Nuestro ordenamiento contiene una norma dirigida a resolver los problemas derivados de sobreendeudamiento, aunque circunscrita a bienes muebles —vehículos y maquinaria— artículo 11 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles:

«Los jueces y Tribunales, con carácter excepcional y por justas causas apreciadas discrecionalmente, tales como desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otros infortunios, podrán señalar nuevos plazos o alterar los convenidos, determinando, en su caso, el recargo del precio para los nuevos aplazamientos de pago».

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que en el artículo anterior, se establece lo siguiente:

«Artículo 8. Penalización por omisión o expresión inexacta de cláusulas obligatorias.

1. La omisión de alguna de las circunstancias imperativas señaladas en los números 4 y 5 del artículo anterior, que no fuere imputable a la voluntad del comprador o prestatario, reducirá la obligación de estos a pagar exclusivamente el importe del precio al contado o el nominal del crédito, con derecho a satisfacerlo en los plazos convenidos, exento de todo recargo por cualquier concepto.

En el caso de omisión o inexactitud de los plazos, dicho pago no podrá ser exigido al comprador antes de la finalización del contrato.

2. La omisión de las circunstancias señaladas en los números 6 y 7 del artículo anterior reducirá la obligación del comprador a abonar el interés legal en los plazos convenidos.

3. La omisión de la relación a que se refiere el número 8 del artículo anterior determinará que no será exigible al comprador el abono de los gastos no citados en el contrato, ni la constitución o renovación de garantía alguna.

4. En el caso de que los contenidos a que se refieren los dos apartados anteriores sean inexactos, se modularán, en función del perjuicio que debido a tal inexactitud sufra el comprador; las consecuencias previstas para su omisión.

5. La omisión o expresión inexacta de las demás circunstancias del artículo anterior podrá reducir la obligación del comprador a pagar exclusivamente el importe del precio al contado o, en su caso, del nominal del préstamo. Esta reducción deberá ser acordada por el Juez si el comprador justifica que ha sido perjudicado».

Sin perjuicio de que debamos homologarnos a los países de nuestro entorno, no parece este el momento más adecuado de hacerlo, si consideramos los problemas de financiación exterior por los que atraviesa nuestro país, problemas que se agravarían si se regula el sobreendeudamiento antes de superar la actual coyuntura de escasez de crédito (49).

En mi opinión, estas medidas, u otras semejantes, mejorarían notablemente las ejecuciones hipotecarias, equilibrarían mejor los intereses en juego y no producirían las externalidades negativas que se derivarían de las propuestas analizadas.

RESUMEN

ACCESO A UNA VIVIENDA DIGNA POSIBLE REFORMA DEL SISTEMA HIPOTECARIO ESPAÑOL

El primer artículo contiene la intervención del autor ante la Comisión de Vivienda del Congreso de los Diputados, la cual tuvo lugar el 29 de octubre de 2008.

La intervención versa sobre «Medidas para facilitar a los ciudadanos el acceso a una vivienda digna». En ella se analiza el agotamiento del modelo de política de vivienda de los últimos cincuenta años, el papel del Registro de la Propiedad en los mercados hipotecario e inmobiliario, y, por último, se realizan diversas propues-

ABSTRACT

ACCESS TO DECENT HOUSING POSSIBLE REFORM OF THE SPANISH MORTGAGE SYSTEM

The first article contains the speech the author delivered to the Spanish Congress of Deputies' Housing Committee on 29 October 2008.

The speech addresses the topic «Measures to facilitate citizens' access to decent housing». It takes a careful look at how the housing policy model of the last fifty years has outlived its usefulness and what role the property registration system plays in the mortgage market and the property market. Lastly, it makes a number of pro-

(49) Además, en toda regulación protectora es preciso ser muy cuidadosos para no hacer rentable a los protegidos incurrir en «riesgo moral».

tas para facilitar el acceso de los ciudadanos a una vivienda digna mediante la potenciación de fórmulas distintas a la propiedad, tales como el arrendamiento o la propiedad superficiaria, entre otras, así como mediante la adopción de medidas en relación al sobreendeudamiento o dirigidas a la recuperación de cantidades entregadas a cuenta por parte de los compradores de vivienda, en caso de incumplimiento por parte del promotor.

El segundo artículo contiene la intervención del autor ante la Subcomisión de análisis y posible reforma del sistema hipotecario español del Congreso de los Diputados, la cual tuvo lugar el día 20 de julio de 2011. Lleva por título «La limitación imperativa de responsabilidad por las deudas hipotecarias a la finca hipotecada: una idea seductora pero desaconsejable».

En ella, el autor se muestra contrario a la reforma de nuestro sistema hipotecario con la finalidad de admitir la denominada dación en pago como un derecho del deudor destinado a extinguir la deuda hipotecaria mediante la entrega de la finca hipotecada al acreedor. Argumenta que la regla general en los países desarrollados es la responsabilidad patrimonial universal, salvo en once estados de Estados Unidos, que tal reforma encarecería el crédito y lo haría inaccesible a las rentas más bajas, y, si se aplicará a los contratos en vigor, pondría en riesgo el sistema financiero, pues dificultaría su financiación, ya suficientemente difícil en las actuales circunstancias, trasladando los costes, en última instancia a los contribuyentes. En su lugar propone otras medidas, tales como la reforma procesal que permita dar a los intereses de demora el tratamiento de cláusulas penales dentro del procedimiento de ejecución de bienes hipotecados —incluido el procedimiento de ejecución especial—, la asimilación del tratamiento fiscal de las daciones en pago al de las ejecuciones hipotecarias, la reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria en la lí-

posals that could facilitate citizens' access to decent housing by encouraging alternatives to ownership—such as leasing and ownership of fixtures on an estate without ownership of the underlying estate—and by taking measures in connection with over-indebtedness and measures aimed at helping home buyers recover sums delivered on account in the event of breach of contract by the developer.

The second article contains the speech the author delivered to the Congress of Deputies' Subcommittee for the Analysis and Potential Reform of the Spanish Mortgage System on 20 July 2011. Its title was «The Imperative Limitation of Mortgage Debt Liability to the Mortgaged Property: A Seductive But Unadvisable Idea».

In the speech, the author takes a stand against reforming the Spanish mortgage system to enable what is termed «dación en pago» (surrender in lieu of payment) to be accepted as the borrower's right. Surrender in lieu of payment would enable the borrower to surrender the mortgaged property to the lender in full settlement of the mortgage debt. The author argues that the general rule in developed countries is unlimited personal liability, save in eleven states of the United States; that such a reform would make credit more expensive in general and would make it inaccessible for lower-income borrowers; and that, if surrender in lieu of payment were applied to contracts already in force, it would endanger the financial system, because it would hamper financing (already difficult to find under the current circumstances), transferring the ultimate costs to the taxpayer. Instead, the author proposes other measures, such as a procedural reform to enable interest on late payment to be treated as penalty clauses within the foreclosure procedure (including the special foreclosure procedure); the same treatment in tax-related affairs for surrenders in lieu of payment as for mortgage foreclosures; reform of article 12 of the

nea señalada por la sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 2009, y de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 1 de abril de 2011, derogando la redacción dada por la Ley 41/2007, la optimización de la anticresis como derecho real de garantía, el establecimiento de un valor de tasación único, en el momento de concesión del préstamo hipotecario, a cargo de una entidad de tasación independiente, la prohibición de que los bancos y demás entidades de crédito debidamente autorizadas puedan conceder préstamos o créditos con tipo real de interés negativo, y la regulación de las situaciones de sobreendeudamiento siguiendo las directrices europeas al respecto.

Mortgage Act along the lines stated in the Supreme Court's ruling of 16 December 2009 and the Tarragona Provincial Appellate Court's ruling of 1 April 2011, repealing the wording under Act 41/2007; optimization of the antichresis as a security right over real property; establishment of a single appraisal value at the time when the mortgage is granted, this value to be found by an independent appraisal authority; prohibition against banks and other duly authorized financial institutions' giving loans or credits at negative real interest rates; and regulation of over-indebtedness situations, following European guidelines on the matter.

(Trabajo recibido el 27-7-2011 y aceptado para su publicación el 29-11-11)