

La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia (*)

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

Registrador de la Propiedad adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado

SUMARIO

- I. ORIGEN DE LA REFORMA.
- II. HISTORIA DE LAS PRINCIPALES REFORMAS HIPOTECARIAS.
- III. SOLIDEZ DE LA HIPOTECA EN EL SISTEMA ESPAÑOL.
- IV. PROBLEMAS DEL MERCADO HIPOTECARIO ACTUAL:
 - A) APLICACIÓN RÍGIDA DEL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD.
 - B) NECESIDAD DE REVISIÓN CRÍTICA DEL SISTEMA ESPAÑOL.
 - C) REVISIÓN DE LA ACCESORIEDAD EN EL ANTEPROYECTO DE LEY.
 - D) IMPOSIBILIDAD DE REFINANCIACIÓN SIN PÉRDIDA DE PRIORIDAD.
 - E) FALTA DE UNIFORMIDAD EN LA CALIFICACIÓN REGISTRAL. EN PARTICULAR, EL RECHAZO DE LA HIPOTECA DE CRÉDITO ABIERTO.
- V. PROPUESTAS DE REFORMAS PARA LA FLEXIBILIZACIÓN DEL MERCADO CONTENIDAS EN EL BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE LEY DE MODERNIZACIÓN Y FLEXIBILIZACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO.
- VI. LA UNIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS HIPOTECARIOS A NIVEL EUROPEO.

(*) Ponencia presentada en el III Congreso de Registradores de España celebrado en Granada del 30 de octubre al 1 de noviembre de 2006.

VII. LA EUROHIPOTECA:

- A) PLANTEAMIENTO GENERAL: NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN UNIFORME DEL CRÉDITO HIPOTECARIO TRANSFRONTERIZO.
- B) VENTAJAS DE LA EUROHIPOTECA.
- C) INCONVENIENTES DE LA EUROHIPOTECA.
- D) EL MODELO ESPAÑOL.
- E) RESUMEN DE LA POSICIÓN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA EN MATERIA DE EUROHIPOTECA.

VIII. CONCLUSIONES.

I. ORIGEN DE LA REFORMA

El proyecto de ley de modernización del mercado hipotecario, de regulación del régimen de las hipotecas inversas y del seguro de dependencia, aunque está siendo destacado en los medios de comunicación en sus aspectos económicos (1), es ante todo un proyecto fundamentalmente de carácter jurídico, que tiene su origen en el Ministerio de Justicia, en particular en la Dirección General de los Registros y del Notariado, y su principal objetivo es el de conseguir un sistema hipotecario más flexible. En este Centro Directivo, a impulso de su directora general, se constituyó en febrero de 2005 una Comisión mixta integrada por representantes de la Asociación Hipotecaria Española, el Colegio de Registradores de la Propiedad, el Consejo General del Notariado y la propia Dirección General de los Registros y del Notariado para afrontar la reforma del mercado hipotecario español. Sólo posteriormente, y sobre la base del texto ahí elaborado, se incorporaría el Ministerio de Economía y Hacienda, que desde entonces —lógicamente para afrontar los aspectos económicos— tomó las riendas del proceso.

La Comisión constituida en la Dirección General de los Registros y del Notariado, ha tratado de cumplir la Proposición No de Ley de 3 de febrero de 2005, por la que el Congreso de los Diputados aprobó instar al Gobierno a flexibilizar y modernizar el régimen jurídico del mercado hipotecario, con objeto de favorecer la accesibilidad de dicho mercado a los ciudadanos, mejorar la eficiencia en la asignación de recursos, asegurar la protección de

(1) Se destaca fundamentalmente que el Gobierno pretende ofrecer mayor protección a las economías familiares ante las eventuales subidas de los tipos de interés; mayor control sobre las reunificaciones de créditos; rebaja de comisiones, limitando la comisión por cancelación anticipada en los variables y mixtos al 0,50 por 100; abaratar los costes de constitución de las hipotecas; ampliar la oferta de productos; dotar de mayor independencia a las sociedades de tasación; ofrecer mayor transparencia en la información de las entidades financieras a los clientes, especialmente mediante la información sobre las previsibles subidas de los tipos de interés; fomentar las hipotecas a tipo mixto que protegen al ciudadano frente a tales subidas de tipos, etc.

los prestatarios y garantizar la estabilidad económica. Es, en cumplimiento y desarrollo de la citada Proposición No de Ley, cuando se adoptan ahora, a través de este proyecto de ley, una serie de medidas que se consideran convenientes para lograr los objetivos anteriormente expresados y a los que nos referiremos a lo largo de la ponencia.

II. HISTORIA DE LAS PRINCIPALES REFORMAS HIPOTECARIAS

Lo primero que apreció la Comisión constituida en la Dirección General de los Registros y del Notariado es que era necesaria una reforma del sistema hipotecario para adecuarlo a la realidad social y económica del momento. Desde una perspectiva histórica ya habían pasado muchos años desde que se abordara una reforma de envergadura del mercado hipotecario.

Aunque el proyecto actual no pretende una reestructuración general del mercado hipotecario, sí podemos decir que se trata de una reforma amplia y de gran trascendencia.

En efecto, el momento es el adecuado tras varios años sin afrontar reformas estructurales de importancia. Podemos destacar como principales reformas parciales del sistema hipotecario a lo largo de su historia moderna, las siguientes:

- a) La Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 suprimió las hipotecas generales y tácitas, introdujo la necesaria determinación y precisión de las hipotecas y suprimió las antiguas Contadurías de Hipotecas, si bien subsistieron separados los libros de dominio y los de hipotecas.
- b) El Código Civil de 1889 introdujo el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca hasta entonces de carácter puramente declarativo (2) y consagró la teoría del título y el modo, si bien la modalizó tratándose de terceros con derechos inscritos en el Registro, de forma que para la plena eficacia frente a terceros en modo debe ser un modo público consistente en la inscripción en el Registro de la Propiedad (cfr. art. 1.473 del Código Civil).
- c) La importantísima reforma hipotecaria de 1909 introdujo el procedimiento judicial sumario, verdadero eje del sistema hipotecario; reguló la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, introdu-

(2) Sobre el estado de ánimo y posiciones doctrinales que llevaron a adoptar la inscripción constitutiva de la hipoteca en el Código Civil (pues la Ley Hipotecaria de 1861 se había limitado a seguir en materia de hipotecas la regla general de la oponibilidad frente a tercero de la inscripción) y cómo el Registro de la Propiedad se veía como instrumento de igualdad y libertad, véase SOLLÁ SASTRE, María Julia, «Fuerza codificadora y doctrina codificadora en el artículo 1.875 del Código Civil: la inscripción constitutiva de la hipoteca», en *RCDI*, núm. 676, marzo-abril de 2003.

ciendo por tanto nuevas figuras demandadas en la práctica bancaria y flexibilizando el principio de accesoriedad en estos productos (3); y refundió los libros de inscripción de dominio y los de hipotecas, hasta entonces diferentes entre sí.

- d) La Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 reguló figuras nuevas igualmente exigidas por la práctica bancaria, como la hipoteca en garantía de rentas periódicas, letras de cambio, hipoteca unilateral, etc.; y potenció la legitimación registral mediante acciones basadas en la presunción de validez de los asientos registrales, como es la acción real registral.
- e) La Ley de Mercado Hipotecario, de 25 de marzo 1981, fue trascendental al regular el mercado financiero hipotecario y permitir desarrollar en España el mercado secundario de hipotecas: cédulas, bonos y participaciones hipotecarias. En particular reguló las características de la cartera de hipotecas afectas a las emisiones, esto es, definió la parte del mercado hipotecario primario susceptible de renegociación en los mercados de capitales.
- f) Menor importancia tuvo la reforma de los procedimientos de ejecución hipotecaria por Ley de 14 de mayo de 1986, que afrontó la regulación de la ejecución de hipotecas en garantía de emisiones o intereses variables.
- g) Fundamental fue la Ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios de 30 de marzo de 1994, que introdujo en España —único país europeo en que existe— la excepcionalidad de la novación subjetiva del crédito hipotecario a instancia del deudor, sin consentimiento del acreedor, si bien no cabe olvidar que se limitó a desarrollar y facilitar la aplicación práctica de lo que ya preveía el Código Civil (art. 1.211 del Código Civil) y venía admitiendo, al menos en teoría, la Dirección General de los Registros y del Notariado (veáse la Resolución de 7 de diciembre de 1950) (4).
- h) La Ley de Enjuiciamiento Civil, de 8 de enero de 2000, merece ser destacada, ya que incorporó a la ley procesal civil el procedimiento

(3) Precisamente el anteproyecto de ley ahora en tramitación quiere volver a acentuar la flexibilización del principio de accesoriedad, como luego veremos.

(4) La RDGRN, de 7 de diciembre de 1950, explica que el origen de la posibilidad de que el deudor que hubiera tomado dinero a préstamo, con determinados requisitos, y pagará con la cantidad prestada, pueda provocar la subrogación del prestamista en los derechos y acciones de quien tuviera un crédito hipotecario de mejor rango, aún sin aprobación de éste, procede de las Partidas, en concreto de la Partida 5.ª, Título XIII, Ley 34, que se reprodujo en lo esencial en el Proyecto de Código Civil de 1851 y de ahí pasó al artículo 1.211 del Código de 1889. En el supuesto de hecho concreto no admitió la subrogación convencional con conservación del rango por ser el pago a la entidad acreedora primitiva anterior a la toma de dinero a préstamo.

de ejecución hipotecaria (ejecución directa sobre bienes hipotecados); reguló las características generales de la ejecución y de forma específica la fase de apremio directa sobre los bienes hipotecados, en lo que a mí me gusta denominar normalización del derecho procesal hipotecario; permitió seguir el apremio ordinario contra bienes del deudor en el mismo procedimiento cuando no es suficiente el precio del remate; reguló procedimientos novedosos de realización forzosa: convenio de realización, entidades especializadas y subasta pública; restableció la importancia del procedimiento extrajudicial, que había sido declarado nulo por el Tribunal Supremo —con arreglo al Derecho entonces en vigor— por carecer de rango legal; permitió la rehabilitación del préstamo hipotecario cuando recae sobre la vivienda habitual y el deudor paga antes del remate o adjudicación; y admitió que con relación al deudor se pueda cobrar la totalidad de lo debido, aunque exceda del límite de la responsabilidad hipotecaria: éste sólo opera de límite frente a terceros adquirentes y frente al deudor en situación concursal; e incidió en el carácter constitutivo de la hipoteca (art. 130 LH).

- i) La ley concursal de 9 de julio de 2003 también incidió en materia hipotecaria, al limitar mucho la ejecución separada de la hipoteca, suspendiéndola hasta que se llegue a un convenio o transcurra un año de la apertura del concurso sin llegarse a un convenio. No obstante mantuvo el carácter de crédito especialmente privilegiado, al ordenar el pago del crédito hipotecario incluso antes que los créditos contra la masa (superprivilegiados salariales); al mismo tiempo determinó la supresión de la retroacción de la quiebra en perjuicio de acreedores hipotecarios y demás derechos inscritos con anterioridad (antiguo art. 878 del Código de Comercio), manteniendo las acciones de impugnación si existe perjuicio de acreedores. Sólo la supresión del periodo de retroacción —verdadera quiebra del sistema registral hipotecario— justificó la reforma.

Son muchos los años transcurridos sin que se aborden nuevas reformas estructurales. El analizar brevemente las principales reformas en materia hipotecaria, llevadas a cabo desde la primitiva ley hipotecaria de 1861, pone de manifiesto la necesidad de afrontar, al menos dado el tiempo transcurrido, una reforma importante del mercado hipotecario para adecuarlo a la realidad social y económica actual. Y nos permite afrontar la reforma con la convicción de que, al igual que las reformas precedentes, será bueno para el entero mercado hipotecario español.

III. SOLIDEZ DE LA HIPOTECA EN EL SISTEMA ESPAÑOL

Nuestra hipoteca puede considerarse como sólida, sin ninguna duda, desde una perspectiva de Derecho comparado. Goza de los caracteres esenciales que deben predicarse de la hipoteca. Es un derecho real de garantía, indivisible, de inscripción constitutiva y está dotado de un adecuado procedimiento de ejecución sumaria, hoy denominado de ejecución directa sobre bienes hipotecados. Y además se adecúa en lo sustancial al Reglamento CE 1346/2000, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia, al establecer una protección del crédito hipotecario en las situaciones concursales del deudor.

Como derecho real de garantía asegura el cumplimiento de cualquier obligación. El artículo 1.861 del Código Civil, básico en la materia, permite garantizar con hipoteca cualquier clase de obligación, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria. Como derecho de realización de valor que es, exige una valoración en dinero de la obligación, sea de dar, hacer o no hacer una cosa. Y, como se ha señalado, desde el Código Civil de 1889, frente a la regla general de inscripción declarativa, la hipoteca es de inscripción constitutiva. En ella rigen los principios de inoponibilidad de lo no inscrito (art. 32 LH) y fe pública registral (art. 34 LH), por lo que en el Derecho español no caben tercerías de dominio frente al acreedor hipotecario; y solo excepcionalmente se admiten tercerías de mejor derecho derivadas de hipotecas legales tácitas (5).

La hipoteca implica un *ius distrahendi* del patrimonio del deudor o tercer poseedor de los bienes, sin que pueda anteponerse ningún derecho de crédito por muy privilegiado que sea, como afirmó la Resolución de la DGRN de 29 de abril de 1998.

En la ejecución individual procede, pues, conjugar la posición de la jurisprudencia civil y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, afirmando lo siguiente:

(5) Es el caso del Impuesto de Bienes Inmuebles al amparo del artículo 194 LH; de los gastos de comunidad que afectan a los pisos y locales de los edificios en régimen de propiedad horizontal ex artículo 9 LPH; y de los créditos salariales superprivilegiados del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, que son auténticas excepciones; lo cual no quita que, a mi juicio, no debiera existir excepción alguna al principio de publicidad de las hipotecas. En efecto, aunque la jurisprudencia califique a los créditos laborales superprivilegiados como hipoteca legal tácita, lo cierto es que nunca pueden tener ese carácter, dado que la preferencia atribuida a los créditos salariales no es la de una afección real, ya que no existe vinculación del crédito con bien alguno; es decir, son privilegios personales, no reales. No obstante, queda ahí la falta de claridad legal, derivada en buena parte de haber mantenido la categoría forzada y criticable conceptualmente de las hipotecas legales tácitas, que ni se sabe muy bien qué son ni cuáles son. En todo caso, lo que sí se sabe es que atentan claramente contra los principios básicos del sistema hipotecario y contra el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9 CE).

- a) la ejecución hipotecaria no queda paralizada por la existencia de créditos superprivilegiados anteriores o posteriores a la misma;
- b) no cabe tercería de mejor derecho frente a la hipoteca, la cual no está prevista entre las causas de oposición a la misma;
- c) será en el momento de la consignación del remate en el juzgado, derivada de la ejecución hipotecaria, donde se debatirá la cuestión de la preferencia creditual;
- d) en consecuencia, siguiendo la posición más admitida de aceptar la preferencia del crédito salarial del artículo 32.1, ejecutada la hipoteca sólo cobrará el acreedor hipotecario lo que por principal, intereses y costas le corresponda, una vez satisfecho el crédito de los acreedores salariales súperprivilegiados;
- e) si el crédito superprivilegiado es el que está en ejecución, conllevará la cancelación de las cargas posteriores, entre ellas la del crédito hipotecario en su caso; pero no la de las cargas anteriores (hipotecas o anotaciones anteriores a la hipoteca que se ejecuta), cuya cancelación no podrá hacerse en el juicio ejecutivo, sino que requerirá un juicio declarativo al efecto en procedimiento entablado contra el titular registral de las cargas anteriores cuya cancelación se pretende.

En el ámbito de la ejecución colectiva, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, aunque suspende la ejecución de la garantía hipotecaria hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al contenido de la hipoteca o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación (art. 56), mantiene su carácter de crédito con privilegio especial sobre los propios bienes hipotecados (art. 90.2) de forma que es satisfecho incluso antes que los créditos contra la masa entre los que se encuentran los créditos salariales superprivilegiados (6).

Otro de los caracteres básicos que refuerzan la hipoteca en España es su indivisibilidad. Se manifiesta tanto respecto de la parte activa como pasiva de la relación jurídica hipotecaria, como respecto de los bienes hipotecados. No pueden así los herederos del deudor pedir la cancelación parcial mientras el acreedor no cobre por entero (art. 1.860 del Código Civil); no cabe cancelación parcial de la hipoteca aunque se reduzca la obligación asegurada y subsiste íntegra sobre todos los bienes hipotecados (art. 122 LH); y dividida la finca hipotecada no hay distribución salvo acuerdo, de manera que el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de las porciones resultantes (art. 123 LH).

(6) Sobre el conflicto entre derechos de crédito y derecho real de hipoteca, véase GÓMEZ GÁLIGO, Francisco Javier, «La colisión entre el crédito laboral superprivilegiado y el crédito garantizado con hipoteca en caso de concurso del deudor», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 3, año 2004, págs. 187 y sigs.

Pero es quizá la existencia de un procedimiento de ejecución sumario, lo que hace plenamente eficiente a la hipoteca en España. Para proceder a la realización forzosa del bien (a través de cualquiera de los procedimientos de subasta, convenio de realización o realización a través de persona especializada prevista en la LEC) no es necesaria una sentencia declarativa sino que directamente se pasa a la fase de apremio; no se requiere el avalúo del bien ni la localización del deudor; basta la fijación de un tipo de subasta y de un domicilio a efecto de notificaciones en el Registro. En definitiva, se basa en trámites rápidos, con causas de oposición muy limitadas, lo que hace del procedimiento un instrumento muy eficaz de recuperación de las garantías.

La sólida configuración de la hipoteca en España, unida a la competencia de las entidades financieras impulsada decididamente por la Ley de Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios —único ejemplo existente en la Unión Europea— ha permitido que gocemos en nuestro país los tipos de interés más favorables en los préstamos hipotecarios; que la cartera de créditos hipotecarios alcance los 900.000 millones de euros; y que la evolución del mercado hipotecario secundario en España haya sido vertiginosa, convirtiéndose en el país número dos en valoración de sus emisiones de cédulas hipotecarias tras el Reino Unido (7), y también el número dos en volumen de emisión tras Alemania (8).

(7) Por primera vez en su historia, España se ha colocado en la segunda posición —por detrás de Gran Bretaña— en la clasificación europea tanto en el mercado de titulización como en el de cédulas hipotecarias, según el informe anual de European Securitisation. En el mismo se subraya que tiene margen para seguir ganando cuota, ya que todavía estos productos cuentan con potencial para seguir arañando actividad (sobre todo el primero). La razón de la imparable progresión de estas emisiones tiene mucho que ver con la actual situación de los tipos de interés, que han vivido un proceso de relajación imparable desde 2001 y que desde junio de 2003 se encuentran en el 2 por 100. Esto ha llevado a que muchos inversores busquen activos con rentabilidades mayores pero sin arriesgar demasiado. Parte de este dinero errante se ha dirigido a este tipo de instrumentos, comentando que las expectativas de una mejora de la salud financiera de las empresas y su calidad crediticia han empujado a los más indecisos a este mercado. La titulización hipotecaria ha sido el motor, con un incremento anual del 60 por 100 y para este año se prevén nuevos máximos (en torno a 235.000 millones de euros) (*Expansión*, martes, 13 de abril de 2004)

(8) El «boom» inmobiliario y la demanda de crédito ha sido tan exagerado que el mercado por excelencia de la renta fija en España se codea con los grandes de Europa y ocupa una segunda posición en ese tipo de activos que las entidades financieras utilizan para financiar la vivienda, sólo por detrás de Alemania. Además, este tipo de activos representan el 56 por 100 de todas las emisiones lanzadas en España. Como dato relevante se indica que el volumen de emisiones de cédulas hipotecarias sumaba en abril, el pasado año, 30.611 millones de euros, y la semana que acaba de concluir ascendía a 51.312 millones. En los bonos de titulización, el importe en abril de 2003 alcanzaba los 45.032 millones y en abril del presente año se ha llegado a los 75.725 millones. Sumando las cédulas y los bonos de titulización, en el mercado de la AIAF se contabiliza un volumen cercano a los 130.000 millones; si el crédito alcanza los 445.000 millones, supone que más

IV. PROBLEMAS DEL MERCADO HIPOTECARIO ACTUAL

Si la solidez del mercado hipotecario, primario y secundario, en España es tal, ¿qué razones aconsejan la reforma?

Las principales razones que aconsejan la reforma del mercado hipotecario, a mi juicio, y creo entender que de toda la Comisión redactora del proyecto, son fundamentalmente los tres siguientes: *a)* la necesidad de superar la aplicación rígida y excesiva del principio de accesoriedad; *b)* la actual imposibilidad de refinanciación sin pérdida de prioridad; *c)* la falta de uniformidad en la calificación de las cláusulas financieras de los préstamos hipotecarios que dificulta la implantación de nuevos productos; *d)* la conveniencia de ir preparando la existencia de un mercado hipotecario europeo.

A) APLICACIÓN RÍGIDA DEL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD

A juicio de la Comisión de la DGRN que elaboró el texto del borrador de anteproyecto de reforma del mercado hipotecario, la aplicación estricta de los principios de accesoriedad e indivisibilidad impide el desenvolvimiento de nuevas figuras demandadas en el tráfico. La accesoriedad tiene como consecuencia el entorpecimiento de figuras demandadas en el tráfico jurídico y en la realidad social, con el siguiente efecto negativo en el crecimiento económico. Figuras como el crédito abierto, hoy totalmente aceptada en el tráfico mercantil, aún no ha sido expresamente reconocida en nuestro Derecho, existiendo todavía calificaciones aisladas negativas a la figura que causan grave daño a la economía del país (9).

La accesoriedad hoy en día impide que se garanticen diversas obligaciones causales, mezcla de obligaciones vencidas y futuras u obligaciones no perfectamente determinadas; exige la precisión exacta del contrato causal; no admite la hipoteca de propietario; rechaza la hipoteca en garantía de obligaciones totalmente futuras; excluye las hipotecas en garantía del saldo de una cuenta sin pacto novatorio expreso de las obligaciones que se cargan en ella; impide la refinanciación en caso de amortización de la cantidad garantizada, etc.

Es cierto que el Derecho debe poner las reglas de juego dentro del mercado, pero nunca obstaculizarlo; debe garantizar los derechos de los consumidores, pero sin perjudicar el dinamismo económico ni el igualmente respetable

de una cuarta parte de los créditos se están financiando en los mercados financieros (*El País. Suplemento Negocios*, domingo, 25 de abril de 2004).

(9) Sobre la figura del crédito abierto y su admisibilidad en el Derecho español, véase GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, «Estudio sobre las modernas figuras del crédito abierto garantizado con hipoteca», en el *Libro Homenaje a José María Chico Ortiz*, Marcial Pons, 1995.

derecho del acreedor a proteger su inversión con una garantía inscribible en el Registro de la Propiedad. El superior principio de libertad e igualdad y de protección de los derechos civiles de la persona debe hacer excepcional el rechazo de figuras contractuales nuevas. Debemos tener siempre presente la importancia de los *property rights* en el desarrollo económico, de manera que cuanta más variación mejor, siempre que estén definidos (10). En este sentido, cada vez estoy más convencido de las ventajas para la sociedad del *numerus apertus* en materia de derechos reales (art. 7 RH).

El problema de todo esto, además, es que —como veremos posteriormente—, a mi juicio, y siguiendo a partir de ahora lo que ya he señalado en alguna otra ocasión (11), en la práctica registral se hace una indebida aplicación del principio de accesoriedad, pensado para la hipoteca ordinaria o de tráfico; pero no para las hipotecas de máximo, también reconocidas y contempladas por el Ordenamiento Jurídico. Aquí, a mi juicio, corresponde hacer un análisis crítico —con ánimo constructivo— de la posición de la DGRN, pues inicialmente interpretó con gran flexibilidad (véase, por todas, la Resolución de 28 de febrero de 1933, que admitió una hipoteca en garantía de las obligaciones derivadas de la retirada de mercancías de una casa comercial) y sin embargo tuvo una interpretación restrictiva después, especialmente a raíz de la Resolución de 23 de diciembre de 1987.

No cabe negar —y aquí insisto lo afirmado en otras ocasiones— que en nuestro Derecho rige el principio de accesoriedad, propio de los sistemas jurídicos causalistas. De esta forma la regla general es que la hipoteca no puede existir si no es para garantizar una obligación válida. Resulta este carácter de lo dispuesto en el Código Civil y la Ley Hipotecaria:

- a) no puede constituirse hipoteca sino para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (art. 1857.1.º del Código Civil);
- b) la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida (art. 104);
- c) vencida la obligación principal pueden ser objeto de realización forzosa para pagar al acreedor, sin que éste pueda apropiarse la cosa hipotecada (arts. 1.858 y 1.859 del Código Civil);

(10) Sobre la importancia de la existencia de garantías sólidas para la captación de capitales y el papel del Registro de la Propiedad en la fortaleza de los derechos de propiedad, véase PARDO NÚÑEZ, Celestino, «La producción de derechos de propiedad: panorama histórico», en *RCDI*, núm. 694, marzo-abril de 2006.

(11) Véase GÓMEZ GÁLIGO, Francisco Javier, «La hipoteca como instrumento al servicio del desarrollo del mercado inmobiliario», en *RCDI*, número especial sobre «La política de la vivienda en España: instrumentos jurídicos, urbanísticos y sociales», septiembre-octubre de 2005, págs. 1633 y sigs.

- d) la venta o cesión de un crédito comprende la de todos sus derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio (art. 1.528 del Código Civil);
- e) el crédito hipotecario goza de un especial privilegio para el cobro derivado precisamente de su cobertura hipotecaria (arts. 1.923 y 1.927 del Código Civil, y 90 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal).

Sin embargo, esto no significa que la regla de la accesoriedad no tenga excepciones. Las nuevas orientaciones de la hipoteca se dirigen a una mayor flexibilización de este principio, en especial en sede de hipotecas de seguridad, cuyo entendimiento por la Dirección General de los Registros y del Notariado no siempre ha sido el más correcto, aunque se atisba un cambio en su doctrina todavía muy incipiente.

Aunque la hipoteca en nuestro Derecho tiene carácter accesorio respecto de un crédito y es eminentemente causal, tal principio de accesoriedad debe entenderse en sus justos términos, de manera que no debe impedir el desenvolvimiento de figuras exigidas en el tráfico o impuestas por la práctica bancaria (12). Cuando en la práctica bancaria se quieren asegurar las diversas obligaciones que una determinada persona tenga o pueda llegar a contraer con el banco acreedor, nos topamos con la doctrina de la DGRN que hace una aplicación rígida de los principios de accesoriedad, indivisibilidad y determinación (13).

(12) GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, «Estudio sobre las modernas figuras de crédito abierto garantizado con hipoteca», en el *Libro Homenaje a José María Chico Ortiz*, Editorial Marcial Pons, 1995, págs. 803 y sigs.

(13) A título meramente de ejemplo podríamos citar las siguientes aseveraciones del Centro Directivo: al tener la hipoteca una naturaleza esencialmente accesorio, no puede constituirse sin que se precise la obligación, presente o futura, a la que inequívocamente la hipoteca deberá servir de garantía» (RDGRN de 23 de diciembre de 1987); el principio de accesoriedad de la hipoteca exige una obligación lícita existente o de posible existencia y que la garantía, que puede ser inferior, no se extienda a más de la obligación» (RDGRN de 17 de marzo de 1994); los principios de especialidad y accesoriedad exigen la precisa determinación de la obligación a que la hipoteca sirve y cuyas vicisitudes (transmisión, extinción) son por la accesoriedad, vicisitudes del mismo derecho de hipoteca (RDGRN de 11 de enero de 1995); la accesoriedad respecto del crédito impide la transmisión separada de aquella (RDGRN de 17 de agosto de 1993); la accesoriedad del derecho de hipoteca respecto del crédito garantizado exige que en caso de constitución de la hipoteca por plazo determinado, el vencimiento de ésta sea posterior al de la obligación asegurada y lo usual aunque no inexcusable es que el día inicial del plazo de la hipoteca sea el del vencimiento de la obligación garantizada (RDGRN de 22 de junio de 1995); el principio de accesoriedad impide que en una misma hipoteca se puedan mezclar obligaciones presentes y futuras (RDGRN de 4 de julio de 1984 y 23 de diciembre de 1987); no cabe constituir hipoteca en garantía de cualquier deuda futura, por impedirlo el principio de determinación y accesoriedad (RDGRN de 3 de octubre de 1991); no se puede desconectar totalmente la hipoteca y el crédito garantizado, sino que el contrato causal debe estar deter-

En definitiva, el Centro Directivo no admite una hipoteca única en garantía de las diversas obligaciones existentes o que en el futuro puedan contraerse. Sólo admite hipotecas en garantía de un contrato causalmente único (préstamo o concesión de crédito) o que exista un pacto de novación expresa de las diversas obligaciones que se carguen en cuenta, de manera que la única obligación garantizada sea el saldo resultante del cierre de la cuenta al vencimiento pactado (hipoteca en garantía de cuenta corriente). Y en todo caso siempre que queden claramente perfiladas las obligaciones que son objeto de garantía, sin que pueda quedar al arbitrio del banco acreedor.

La Resolución de la DGRN que más claramente estableció esta posición fue la de 23 de diciembre de 1987. En ella se trataba de asegurar diversas operaciones bancarias ya concertadas entre los hipotecantes y el Banco acreedor, así como las cantidades que en cualquier concepto resultaren aquéllos adeudar al mismo Banco en cualquiera de sus sucursales durante el periodo de vigencia de la hipoteca, sin que sufrieran alteración, modificación o novación alguna las obligaciones derivadas de los títulos en que se fundan los créditos a favor del Banco. La DGRN entendió que no se podía inscribir esta hipoteca, ni siquiera por la vía de la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito regulado en el artículo 153 de la LH, por entender que se trataba de una «hipoteca flotante» en la que si bien quedaba fijada la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, quedaba sin embargo al arbitrio del banco el determinar los importes de las obligaciones a integrar en dicha cifra, sean las obligaciones ya existentes o las futuras que pudieran contraerse; se trataría por tanto de una mezcla de obligaciones presentes y futuras, causalmente diversas, en las que no existe pacto novatorio, por lo que sería necesario constituir diversas hipotecas para cada una de las obligaciones.

Esta posición se ha ido reiterando en resoluciones posteriores, inadmitiendo las hipotecas en garantía del cierre de una mera cuenta donde se habrían concretado las diversas obligaciones garantizadas. En concreto, no se admiten hipotecas en garantía de obligaciones causalmente diversas sino

minado (Resolución de 17 de septiembre de 1996, rechazando una hipoteca en garantía de obligación al portador); no se puede constituir hipoteca en garantía de intereses ordinarios por plazo superior al de duración del préstamo, como sería una hipoteca en garantía de un préstamo a tres años que pretendiera garantizar los intereses ordinarios de cinco años (Auto TSJC de 19 de julio de 1996); no cabe hipoteca en garantía de obligaciones totalmente futuras (RDGRN de 11 de enero de 1995, 6 de junio de 1998 y 7 de junio de 1999, que no la admitió ni siquiera existiendo un pacto novatorio en el momento del cierre de la cuenta donde se irían asentando las distintas operaciones). La hipoteca no puede dar cobertura genérica a cualquier crédito que ostente o pueda ostentar en el futuro el acreedor contra el constituyente, ni aún cuando se produzca o se prevea la reunión meramente contable de los saldos resultantes (RDGRN de 10 de julio de 2001). La reducción por pago de la obligación asegurada no permite que posteriormente se pueda utilizar el margen existente respecto de la responsabilidad hipotecaria originaria para ampliar por novación modificativa la obligación asegurada (RDGRN de 17 de enero y 30 de abril de 2002).

por vía del pacto novatorio y la técnica de la cuenta corriente de crédito del artículo 153 LH (así ha ocurrido en las Resoluciones de 6 de julio de 1998, 24 de julio de 1998, 27 de julio de 1999, 6 de noviembre de 1999, 27 de septiembre de 2000, 10 de julio de 2001, entre otras).

Tampoco ha sido muy flexible la posición del Centro Directivo con relación a las hipotecas en garantía de obligaciones futuras o sometidas a condición, ya que sólo se admiten cuando exista una relación jurídica básica en el momento de su constitución de la que vayan a derivar tales obligaciones (veáse Resolución de 17 de enero de 1994, 28 de abril de 1999 y 7 de junio de 1999). Y no es flexible porque se interpreta que tal relación jurídica básica está sometida a la necesidad de ser causalmente única, sin poder abarcar varias obligaciones futuras y sin permitir grado alguno de indeterminación en las mismas. En concreto en la RDGRN de 7 de junio de 1999 se pretendía constituir hipoteca a favor de una Caja de Ahorros en garantía de las operaciones de descuento bancario de efectos mercantiles, operaciones de aval o afianzamiento ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada, descubiertos en cuenta corriente o de ahorro, cuentas de crédito de cualquier naturaleza, operaciones de crédito exterior y préstamos; operaciones que perderían su exigibilidad aislada en el momento del cierre de la cuenta donde deberían irse asentando. La razón del rechazo es que la accesoriedad y el principio de especialidad imponen la determinación de la obligación asegurada, y «la reiterada doctrina de este Centro Directivo sobre la inadmisibilidad de la cobertura hipotecaria de obligaciones totalmente futuras».

B) NECESIDAD DE UNA REVISIÓN CRÍTICA DEL SISTEMA ESPAÑOL

Pues bien, la aplicación rígida del principio de accesoriedad, a juicio de la Comisión redactora del proyecto, debe ser revisada en aras de un más dinámico y eficiente mercado hipotecario.

El rechazo automático a las hipotecas flotantes, en base a los principios de accesoriedad y determinación registral, no sólo produce una paralización del desarrollo económico (piénsese en lo absurdo de exigir, dados sus costes de intermediación, varias hipotecas distintas en garantía de las obligaciones causalmente diversas) y supone un escollo a la uniformidad de la hipoteca en el ámbito europeo (la llamada eurohipoteca) sino que ni siquiera es aplicación exacta de categorías hipotecarias claramente acuñadas como es la hipoteca de seguridad. Dicho de otra forma: a mi juicio, es perfectamente posible en Derecho español, constituir una hipoteca de seguridad en garantía de obligaciones causalmente diversas, incluso mezclando obligaciones vencidas y futuras. Y además es la línea en que debería moverse la DGRN para su adecuación a las necesidades de la economía real.

Antes de afrontar estas afirmaciones, he reiterado en más de una ocasión que se puede afirmar que los pretendidos dogmas de la accesoriedad y determinación son predicables respecto de las hipotecas ordinarias y de tráfico (y no con la intensidad que pudiera parecer) pero nunca respecto de las hipotecas de máximo. Incluso en las hipotecas ordinarias existen numerosos supuestos o manifestaciones de la quiebra de tales principios. Algunos ejemplos son los siguientes:

- a) el dogma de la accesoriedad no casa con la necesidad de un consentimiento formal cancelatorio exigido en el artículo 82 de la LH. Si así fuera, bastaría con acreditar el pago del crédito para que la hipoteca se extinguiera, cosa que no es así salvo en supuestos excepcionales en que se ha admitido, como es la cancelación de la hipoteca en garantía de letras de cambio, donde la inutilización de las letras se ha considerado suficiente para la cancelación de la hipoteca. Fiel a esta misma idea, el artículo 179 del Reglamento Hipotecario afirma que aunque se hubiera extinguido por pago el crédito hipotecario, no se cancelará la correspondiente inscripción sino en virtud de escritura pública en la que preste su consentimiento para la cancelación el acreedor o las personas expresada en el párrafo primero del artículo 82 de la Ley, o en su defecto, en virtud de ejecutoria.
- b) El dogma de la accesoriedad tampoco se armoniza con las hipotecas unilaterales sancionadas y recogidas en el artículo 141 de la LH que, por definición, al requerir una aceptación posterior, parten de la base de la inexistencia de una relación jurídica básica que las sirva de soporte.
- c) El propio principio de indivisibilidad es prueba de que la accesoriedad no es tampoco dogma sagrado, en la medida de que a pesar de que se reduzca la obligación garantizada no puede cancelarse parcialmente la hipoteca si no lo acepta así el acreedor. Hay que recordar que la hipoteca subsiste íntegra mientras no se cancele sobre la totalidad de los bienes, aunque se reduzca la obligación garantizada (art. 123 LH), de manera que salvo que haya existido distribución de responsabilidad hipotecaria en cuyo caso cabe cancelación parcial de la hipoteca por parte del adquirente de la finca que quiere liberarla (art. 124), en los demás casos no será posible la liberación de los bienes hipotecados, cualquiera que sea el crédito que el deudor haya satisfecho (art. 125 LH); a lo sumo, lo único que procederá será hacer constar por nota marginal el pago de parte de la deuda (cfr. art. 240 *in fine* del Reglamento Hipotecario) pero sin que eso implique cancelación parcial y además es necesario el consentimiento del acreedor para poder practicar la citada nota marginal.

- d) Nuevas dudas respecto de la estricta exigencia de la accesoriedad y determinación suscita la hipoteca en garantía de reconocimiento de deuda, admitida sin ambages por la DGRN (veáanse Resoluciones de 1 de julio de 1976 y 20 de septiembre de 1989, sin perjuicio de los problemas de autocontratación que en ellas se suscitaron, y por la RDGRN de 3 de abril de 2003) y que puede significar una mezcla de obligaciones causalmente distintas. En cualquier caso es prueba palmaria de la desconexión casual —en este caso— de la hipoteca con la deuda garantizada que de modo abstracto se fija en un importe determinado, sin expresión ni calificación del título generador de la deuda (14).
- e) Lo mismo ocurre con el régimen de la prescripción. El régimen estricto de la accesoriedad no llevaría a la prescripción de la acción hipotecaria a los quince años, plazo de prescripción de las obligaciones garantizadas. Sin embargo, la regla del artículo 128 LH y 1.964 del Código Civil no es esa: la acción hipotecaria tiene un plazo de prescripción propio de veinte años. Diversas son las interpretaciones doctrinales sobre este plazo de prescripción. Desde quien defiende que en tanto subsista la hipoteca no se puede producir el ejercicio aislado e independiente de la acción personal, que entre tanto quedará en suspenso por analogía de lo dispuesto en el artículo 1.170, párrafo 3.º del Código Civil [LALAGUNA (15)]; pasando entre quienes distinguen entre las relaciones entre el acreedor y el deudor que se regirían por el plazo de prescripción de las acciones personales, las relaciones entre el acreedor y el tercer poseedor, que se regirían por el plazo de las acciones reales [RUBIO LINIERS (16), REGLERO CAMPOS (17)]; hasta llegar a quienes sostienen que prescrita la acción personal a los quince años sólo puede ejercitarse la acción real durante cinco años más sobre los bienes hipotecados sin poder pedir ejecución ya sobre otros bienes [DÍEZ PICAZO (18)]. Yo en su día sostuve que no se entendía muy bien la acción hipotecaria por tiempo de veinte años en las hipotecas en garantía de obligaciones

(14) Ningún sentido tiene decir que la propia causa de la hipoteca está en el reconocimiento de deuda que queda perfectamente identificado, como hace la RDGRN de 3 de abril de 2003. Lo que se trata es que la causa determinante del negocio de reconocimiento de deuda no queda expresado.

(15) *Op. cit.*, pág. 79.

(16) RUBIO LINIERS, Santiago, «La prescripción extintiva del crédito hipotecario», en *RCDI*, 1978, núm. 528, pág. 956.

(17) REGLERO CAMPOS, F., «Comentarios al artículo 1.964 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Tomo XXV, vol. 2, pág. 208.

(18) DÍEZ PICAZO, Luis, *La prescripción en el Código Civil*, Barcelona, 1964, pág. 174.

con plazo de prescripción muy breve, como las hipotecas cambiarias, donde la acción cambiaria frente al aceptante prescribe a los tres años y la del tenedor frente a los endosantes, al año de la fecha de protesto (19). Pero lo cierto es que la jurisprudencia viene admitiendo la virtualidad de ese plazo de prescripción superior, al menos con relación al capital y no con relación a los intereses donde en ocasiones aplica el plazo de prescripción de las obligaciones que deban pagarse por años, esto es, los cinco años del artículo 1.966 del Código Civil (cfr., entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2.^a, de 18 de febrero de 2000, que aplicó el plazo de prescripción de cinco años a los intereses ordinarios a diferencia de los de demora que se regirían por el plazo de prescripción general).

- f) Igualmente el régimen de transmisión de los créditos hipotecarios demuestra que se trata de una categoría intermedia, en la que no se aplica ni el régimen general de transmisión de las obligaciones, ni tampoco el régimen mismo de transmisión de los derechos reales. Se diferencia de la transmisión de las obligaciones en general en la necesidad de forma pública, notificación al deudor e inscripción en el Registro (art. 149 LH y 1.526 CC) pero se diferencia de la cesión de derechos reales en que no rige respecto de ella la fe pública registral ni la inoponibilidad de lo no inscrito frente al que inscribe o, dicho de otra forma, el cesionario quedará afectado por las vicisitudes del crédito cedido, por ejemplo, por su pago [cfr. art. 149 *in fine* LH (20) y RDGRN de 24 de abril de 1991 (21)]. Lo que sí es cierto es que los cesionarios, aunque no podrán desconocer las modificaciones (incluso extinción) del crédito cedido, sí podrá oponerse a las causas de extinción de la hipoteca en sí misma, como derecho real, que no estén inscritas (por ejemplo, extinción de la hipoteca por caducidad pactada no inscrita en el Registro) (22).

(19) «La extinción del crédito hipotecario», *op. cit.*, pág. 941.

(20) El cesionario queda subrogado en los derechos del cedente.

(21) En la RDGRN, de 24 de abril de 1991, se discutía los efectos de la cancelación de un crédito hipotecario otorgado por el acreedor hipotecario primitivo a favor del deudor, pese a que en el Registro figuraba inscrito el crédito hipotecario a nombre de otro titular, en virtud de adjudicación judicial del crédito hipotecario que había sido embargado, sin que constara la notificación de la cesión al deudor. La DGRN entiende que el adjudicatario del crédito, aunque el pago no se haya hecho constar en el Registro, no puede invocar a su favor los artículos 34 y 144 de la Ley Hipotecaria porque, como aparece confirmado en el artículo 149 y 151 de la Ley Hipotecaria y 176 de su Reglamento, no es el régimen de la hipoteca como derecho real el que absorbe al crédito sino que a la inversa, es el trato registral de aquélla el que ha de adecuarse a las peculiaridades inherentes a la esencia personal del crédito.

(22) Véase GÓMEZ GÁLLEGO, *op. cit.*, pág. 934.

- g) Nuestro Derecho no es ajeno, en definitiva, a toda posibilidad de una concepción abstracta de la hipoteca. Manifestación de ello es la posposición de rango regulada en el artículo 241 del Reglamento Hipotecario, que entre los requisitos exigidos para su admisión (consentimiento expreso a la posposición, determinación de la responsabilidad máxima por capital, intereses, costas u otros conceptos de la hipoteca futura, su duración máxima y plazo convenido para la posposición) no figura la determinación de la obligación garantizada.
- h) En cuanto a la determinación registral, ya se ha estudiado que es necesario que se fije el importe de lo que por principal e intereses se deba, con el límite frente a terceros del artículo 114 LH, pero ningún precepto de derecho positivo prohíbe que se puedan mezclar obligaciones existentes y futuras, ni menos aún exige una determinación exacta y completa de la obligación garantizada en las hipotecas de seguridad donde todavía no se sabe cuáles son las obligaciones concretas que van a ser objeto de cobertura hipotecaria efectiva. En definitiva, se olvida que el principio general que debe inspirar esta materia es la de que nuestro Derecho admite la hipoteca en garantía de cualquier obligación, presente o futura, incluso sometida a condición (art. 1.861 del Código Civil).

Si en la hipoteca ordinaria o de tráfico hemos visto que los principios de accesoriedad y determinación no son absolutos, ocurre que en la hipoteca de seguridad ni siquiera son aplicables. En ellas la publicidad registral tan sólo da fe pública de la existencia y validez de la garantía, pero no respecto de la obligación garantizada que se desenvuelve al margen del Registro. Lo curioso es que doctrinalmente se admite esta diferenciación y sin embargo en la práctica no se articulan estas hipotecas de seguridad perfectamente posibles en Derecho español, precisamente por temor a ser denegadas por la calificación registral en base a la doctrina de la DGRN.

Se ha venido a sostener así que en nuestro Derecho no caben las hipotecas flotantes. Por supuesto que caben, si bien configuradas como lo que son: hipotecas de seguridad, en las que debe fijarse un máximo de responsabilidad hipotecaria y en líneas generales la o las obligaciones pasadas, presentes o futuras, aseguradas.

Estas hipotecas de seguridad no caben ser confundidas con las hipotecas en garantía de obligaciones futuras (verdaderas hipotecas ordinarias o de tráfico con la única particularidad de la existencia no actual del crédito garantizado) ni con las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito y otros supuestos en los que por virtud de pacto novatorio expreso, la hipoteca garantiza una única obligación: el saldo resultante del cierre de la cuenta donde se han cargado las diversas obligaciones aseguradas. A diferencia de ellas, en la hipoteca

de seguridad ni hay voluntad de novación de las diversas obligaciones garantizadas, ni hay renuncia a la exigibilidad aislada de las diversas partidas, ni siquiera hay unicidad causal entre las diversas obligaciones cubiertas por la hipoteca, que además pueden mezclarse las de existencia actual y futura. Cierzo es que tales hipotecas de seguridad no podrán ejecutarse por el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, hasta que por nota al margen de la hipoteca y en virtud de acuerdo entre acreedor y deudor (o en virtud de resolución judicial) se concrete la obligación garantizada, pues al fin y al cabo tal procedimiento es de esencia registral (cfr. art. 130 LH) y en definitiva lo no publicado por el Registro es como si no existiera, no sólo frente a terceros sino tampoco inter partes. Pero esta circunstancia —la inexigibilidad sumaria de la hipoteca de seguridad no concretada en su existencia y cuantía por nota marginal— no es excusa para inadmitir la inscripción de la propia hipoteca en base a unos pretendidos principios, el de accesoriedad y determinación, que como hemos señalado no son predicables respecto de estas hipotecas.

Pudiera pensarse que la necesidad de convenio entre acreedor y deudor para la concreción de la hipoteca de seguridad, y en definitiva para su conversión en hipoteca ordinaria, es un lastre para la constitución de este tipo de hipotecas. Sin embargo, esto no es así; basta con convenir en la escritura de constitución que la determinación futura de la obligación garantizada y su cuantía pueda realizarla unilateralmente el acreedor, en base a los criterios y procedimientos objetivos que se pacten, en analogía a lo que para la hipoteca en garantía de cuentas corrientes prevé el artículo 153 LH y por supuesto con la misma garantía de posibilidad de oposición del deudor al saldo recogidos en dicho artículo y en el 695 de la LEC.

La DGRN no se puede decir que siempre haya excluido la posibilidad de hipotecas flotantes. Muy por el contrario, existen precedentes de admisión de tales figuras en base al artículo 1.861 del Código Civil y a la necesidad de que el Derecho sirva de cauce al desarrollo económico y no sea un obstáculo. Sirva de ejemplo la ya citada RDGRN, de 28 de febrero de 1933, que admitió una hipoteca en garantía de las obligaciones derivadas de la retirada de mercancías de una casa comercial. O la RDGRN, de 16 de junio de 1936, que admitió una hipoteca en garantía de operaciones de descuentos de efectos, sin limitación temporal y con facultad de desistimiento (23).

No obstante en muchas ocasiones (como en la Resolución anteriormente citada de 28 de febrero de 1933) se admitieron más que por aceptar las hi-

(23) «Debe darse a estas hipotecas —dice la RDGRN de 16 de junio de 1936— la flexibilidad que requieren las necesidades del comercio porque de seguirse un criterio riguroso y restrictivo se contribuiría a la paralización de los negocios, con la consiguiente crisis de trabajo, a la inmovilización de las carteras y cuentas corrientes bancarias y, en suma, a provocar sensible reducción de la actividad industrial y daño grave a la economía nacional».

potecas de seguridad en nuestro Derecho, por la posibilidad de hipotecas en garantía de obligaciones futuras, esto es, en el marco de los artículos 142 y 143 de la LH, pese a que como se ha visto, no cabe confundirlas.

Cabalmente, no obstante, el Centro Directivo lo que no admitía es la posibilidad de que en tales hipotecas la escritura inscrita pudiera servir de base al procedimiento sumario de ejecución hipotecaria, ya que —como señala la RDGRN de 5 de marzo de 1929— el Registro no garantiza la existencia, vencimiento y exigibilidad de la deuda. Igualmente rechaza que mientras no se realice la concreción de la deuda garantizada, pueda la hipoteca transmitirse o ser objeto de subrogación, ni cancelarse (24).

Es en un proceso evolutivo posterior y relativamente reciente, culminado en la RDGRN de 23 de diciembre de 1987 y reiterado en otras muchas posteriormente, cuando se radicaliza el Centro Directivo y adopta la posición maximalista de rechazar en nuestro Derecho las hipotecas en garantía de obligaciones diversas cuando no hay pacto de novación. Sin distinguir entre hipotecas ordinarias y de seguridad, esto es, sin aclarar que su rechazo debe limitarse a su configuración como hipotecas ordinarias, pero que nada impide que se configuren como hipotecas de seguridad.

Esta evolución llega hasta la fecha, bastando con citar el tímido y mínimo avance que lleva a cabo la RDGRN de 21 de junio de 2001, que en un esfuerzo máximo llega a admitir la hipoteca en garantía de obligaciones diversas, vencidas y futuras, por entender que existe una voluntad inequívoca de novarlas y refundirlas en una sola, esto es, pese a no existir un pacto expreso novatorio.

Lo cierto es que la DGRN sigue rechazando las hipotecas flotantes. Podemos destacar, entre otras muchas, como resumen de su posición, las Resoluciones de 30 de septiembre de 2003 y la de 25 de abril de 2005:

- a) La RDGRN, de 30 de septiembre de 2003, rechazó la posibilidad de constituir una hipoteca en garantía del saldo que arroja una cuenta en la que se cargarían por voluntad del banco acreedor, las liquidaciones que sean consecuencia del incumplimiento del acreditado, derivadas de tres pólizas de crédito, copias de las cuales se incorporaban a la escritura. Confirma la denegación pese a que existía pacto expreso de novación de las operaciones una vez cargadas en la cuenta especial (25).

(24) Fuera de estas restricciones, la RDGRN de 5 de marzo de 1929, admite la hipoteca global, exigiendo tan sólo en cuanto a la determinación de las obligaciones garantizadas que éstas queden perfiladas en sus líneas generales para que los terceros puedan hacerse cargo de la posible existencia de responsabilidades y para que los tribunales puedan en su día declarar qué obligaciones se hallan cubiertas por la garantía.

(25) «Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que no es posible inscribir en el Registro de la Propiedad aquellas hipotecas que tienen por finalidad garantizar con una sola hipoteca todas aquellas obligaciones existentes y futuras que haya o pudiera llegar a

- b) Igualmente la Resolución de la DGRN, de 25 de abril de 2005, rechaza la denominada «hipoteca flotante» y afirma que es doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 23 de diciembre de 1987, 3 de octubre de 1991, 3 de noviembre de 2000, 10 de julio de 2001, 12 de septiembre de 2003 y 11 de octubre de 2004, entre otras) que el principio de especialidad impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que se inscriba (cfr. arts. 9.2.º de la Ley Hipotecaria y 51.6.º del Reglamento Hipotecario), lo que, tratándose del derecho real de hipoteca, y dado su carácter accesorio del crédito garantizado, exige que, como regla general, se expresen circunstanciadamente las obligaciones garantizadas (causa, cantidad, intereses, plazo de vencimiento, etc.); y aunque con notable flexibilidad, a fin de facilitar el crédito se permite en ciertos supuestos la hipoteca sin la previa determinación registral de todos sus elementos, siempre se imponen algunas exigencias mínimas, para impedir que tal derecho constituya, en realidad, una mera reserva de rango registral o una especie de hipoteca «flotante», en la que, si bien queda fijada la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, queda, en cambio, al arbitrio del acreedor determinar si esta cifra máxima va a estar integrada por los importes, totales o parciales, de obligaciones ya existentes o con el importe de otras obligaciones que en el futuro pueda contraer el mismo deudor en favor del acreedor. Por ello, no es posible inscribir en el Registro una sola hipoteca que garantice todas aquellas obligaciones, existentes y futuras, que haya o pudiera haber entre acreedor y deudor, de suerte que la hipoteca «flote» sobre las diversas obligaciones ga-

haber entre acreedor y deudor. Esta clase de hipoteca viene recibiendo el nombre de flotante, con lo que se quiere expresar que la hipoteca flota sobre las diversas obligaciones garantizadas para, en el momento en que el acreedor deba ejecutar alguna, algunas o todas las que siendo vencidas, líquidas y exigibles no hayan sido satisfechas, dejar caer la hipoteca sobre la obligación u obligaciones incumplidas que el acreedor desee que estén cubiertas por la garantía hipotecaria y ejecutar ésta con la preferencia que respecto de otros acreedores deba tener el acreedor a consecuencia de la naturaleza del derecho real y la fecha de inscripción en el Registro. Es típico de esta clase de contratos emplear la técnica de la apertura de crédito en cuenta corriente, aunque examinados con atención no hay en ellos verdadera apertura de crédito ni verdadera cuenta corriente. Síntomas típicos de esta patología suelen ser la indeterminación de la obligación garantizada, al menos respecto de las futuras, el depender exclusivamente de la voluntad del acreedor qué obligaciones quedan finalmente cubiertas por la garantía y qué obligaciones no y la presencia del pacto en virtud del cual las obligaciones garantizadas no pierden su identidad (ya que se pretende con ello que conserven las otras garantías que le sean accesorias) por el hecho de ser introducidas en la cuenta, o sea, dicho de otro modo, no implica la novación de las mismas. Esto es lo que este Centro Directivo viene denominando mera reunión contable de diversas obligaciones, que carece de virtualidad para provocar el nacimiento de una obligación sustantiva e independiente por el saldo resultante».

rantizadas para, en el momento en que el acreedor desee ejecutar alguna, algunas o todas las que, siendo vencidas, líquidas y exigibles no hayan sido satisfechas, se deje caer la hipoteca sobre la obligación u obligaciones incumplidas que el acreedor desee que estén cubiertas con la garantía hipotecaria y ejecutar ésta con la preferencia que respecto de otros acreedores deba tener el acreedor a consecuencia de la naturaleza del derecho real y la fecha de la inscripción en el Registro.

Las modernas reformas legislativas, sin embargo, avalan la línea futura por donde se va a orientar el futuro de las hipotecas en España, y por supuesto en Europa: un ejemplo claro de ello es la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

Esta ley es clara demostración de la tendencia a la configuración abstracta de la hipoteca, desvinculada de la obligación garantizada y de la progresiva importancia del rango registral como valor autónomo de la hipoteca. Pudiera pensarse que esta Ley no supone una excepción al carácter accesorio y causal de la hipoteca; y sin embargo, claramente lo es. Nada menos que admite que la misma hipoteca, conservando su rango y por tanto su prioridad frente a terceros, pueda dejar de garantizar una determinada obligación para amparar otra distinta. Y no se diga que existe una mera novación modificativa de la obligación asegurada con la hipoteca, porque no está tan claro (¿realmente es una mera novación modificativa el cambio del acreedor, de las condiciones financieras —que hoy en día pueden significar o no mejora del tipo de interés— y del plazo de amortización?). A este respecto y en la línea de la concepción más amplia del juego de la ley, la reforma que llevó a cabo el RDL de 2/2003, de 25 de abril, sobre medidas de reforma económica, ha modificado el artículo 4.º de la Ley con la finalidad de amparar la modificación de las condiciones financieras, aunque no impliquen mejora alguna, como inicialmente exigía la ley.

Doctrinalmente se ha discutido la posibilidad de que la ley de subrogación y novación de préstamos hipotecarios ampare la posibilidad de concesión de nuevo capital. A mi juicio, al amparar la ampliación del plazo y la consiguiente reducción de las cuotas de amortización, no cabe duda que se está admitiendo la concesión de nueva financiación. Es decir, no veo conceptualmente la diferencia entre ampliación del plazo de vencimiento y mejora del tipo de interés y concesión de nuevo capital, ya que en ambos casos se produce una refinanciación de la operación.

Podemos ver un atisbo, todavía insuficiente pero optimista, en la posición de la DGRN que —pese a su posición restrictiva— ni siquiera excluye decididamente esta posibilidad. El problema es que lo hace de forma tímida y poco clara. Aunque rechaza que pueda utilizarse una hipoteca constituida en

garantía de una obligación para dar posteriormente cobertura hipotecaria a otro crédito como si fuera una reserva de rango disponible, o para poder ampliar el inicialmente existente aunque la reducción por pago de la obligación garantizada lo permita, pues ello implicaría una especie de hipoteca de propietario prohibida por nuestro Derecho (RDGRN de 26 de mayo de 2001 y 17 de enero de 2002) admite sin embargo que se pueda ampliar la hipoteca por concesión de nuevo crédito, ahora bien con los efectos propios de una nueva constitución —en términos similares a una mejora de embargo—, esto es, sin perjuicio de los derechos de terceros inscritos en el ínterin (RDGRN de 8 de junio de 2002). Es decir, aunque rechaza que se puede ampliar el crédito inicial parcialmente amortizado respetando la cifra de responsabilidad hipotecaria, admite que se pueda modificar o ampliar la hipoteca como consecuencia de una concesión de nuevo capital o ampliación del préstamo inicialmente concedido, siempre que quede claramente establecida la nueva responsabilidad hipotecaria y no se perjudique a terceros de conformidad con lo establecido en el artículo 144 LH.

En definitiva, admite la inscripción de la novación consistente en ampliación del capital aunque sin perjuicio de terceros con derechos inscritos, equiparándola en la práctica a una novación extintiva. Decimos que es un precedente esperanzador aunque insuficiente, por lo siguiente:

- a) esperanzador porque admite como supuesto de novación meramente modificativa la concesión de capital, en franca interpretación flexible del principio de accesoriedad (26);
- b) insuficiente, porque de forma contradictoria no hace aplicación plena de la concepción como novación meramente modificativa de la concesión de capital, ya que entiende que esa modificación no produce efecto en perjuicio de terceros (27). Sobre la contradicción que supone reconocer rangos distintos, tanto en el caso de novación extintiva como modificativa, se ha pronunciado GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (28).

(26) «Del contenido del documento calificado resulta claro que lo expresamente querido por las partes, y así lo declaran, es la subsistencia de la obligación inicial, aunque ampliando su contenido u objeto, quedando por tanto excluido cualquier ánimo novatorio con ánimo extintivo y tampoco puede apreciarse una clara incompatibilidad entre la obligación preexistente y la que surge de su ampliación, pues no se ha producido una renovación del contrato que le dio vida» (Fundamento núm. 2 de la RDGRN de 8 de junio de 2002).

(27) Esto es no entender lo que es una novación meramente modificativa, que se caracteriza por la conservación de las garantías accesorias y mantenimiento del rango de las mismas. No tiene sentido aquí la aplicación del artículo 144 de la LH, referido más bien a novaciones extintivas; esas son las que no perjudican a tercero.

(28) GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, «Comentarios de jurisprudencia», en *RCDI*, núm. 679, septiembre-octubre de 2003, pág. 2956.

La tendencia clara en nuestro Derecho es y debe ser la flexibilización de la hipoteca y la potenciación de la misma abstrayéndola en lo posible de la obligación garantizada. Y tenemos el instrumento apropiado para ello, que es la hipoteca de seguridad, la cual no puede ser confundida con las hipotecas ordinarias o de tráfico, sean presentes o futuras.

Doctrinalmente se han realizado numerosos esfuerzos doctrinales para amparar en nuestro Derecho figuras demandadas por los operadores económicos y jurídicos. Son ejemplos, en este sentido, REY PORTOLÉS (29), CORDERO LOBATO (30) y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA. Esta autora, después de analizar la evolución de la DGRN que inicialmente aceptó hipotecas globales en garantía de obligaciones futuras y de resumir los requisitos exigidos por ella en una evolución posterior para la inscripción de hipotecas en garantía de una pluralidad de obligaciones (que las varias obligaciones tengan un nexo causal o relación jurídica básica, que esas obligaciones se refundan en una sola en virtud de un pacto novatorio sin que baste una mera reunión contable y que estén determinadas sin que pueda dejarse su determinación al arbitrio del acreedor), termina replanteando su tesis y afirmando la necesidad de superar el viejo axioma hipotecario 1 obligación = 1 hipoteca (31).

Igualmente esperanzadora es la Resolución de la DGRN, de 1 de junio de 2006, que admite la posibilidad de extender la cobertura de la hipoteca que se constituye a esta obligación extracambiaria de abonar interés de demora más allá del límite del artículo 58 de la Ley Cambiaria y del Cheque (cfr. arts. 104 de la Ley Hipotecaria y 1.857 del Código Civil), siempre y cuando se respeten los límites que para la cobertura hipotecaria de intereses establece el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Afirma la DGRN que en la hipoteca en garantía de letra de cambio nada impide que se pueda garantizar además de la obligación cartular otras extracambiarías, siempre que —como acontece con la de pagar intereses de demora superiores al referido límite legal— éstas mantengan la debida conexión con la relación cambiaria. Y considera que no puede oponerse a ello el principio de accesoriedad, afirmando —¡y esto sí que es un cambio!— que una misma hipoteca puede asegurar diversas obligaciones, siempre que estén causalmente vinculadas entre sí, posición que es precisamente la que venimos defendiendo reiteradamente (32).

(29) REY PORTOLÉS, J. M., «Hipoteca con cláusula de *endowment*. Hipoteca flotante», en *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, Madrid, 1993, pág. 89 y sigs.

(30) CORDERO LOBATO, Encarna, *La hipoteca global*, CRPME.

(31) GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, «La determinación del crédito en la garantía hipotecaria (hipotecas globales o flotantes en garantía de varias obligaciones indeterminadas)», en *RCDI*, núm. 681, enero-febrero de 2004, pág. 249 y sigs.

(32) Esta RDGRN de 1 de junio de 2006 afirma: La máxima según la cual una única hipoteca no puede garantizar obligaciones de distinta naturaleza y sometidas a diferente régimen jurídico no puede mantenerse como principio axiomático y absoluto. Sobre una interpretación meramente literalista de los artículos 1.876 del Código Civil y 104 de la

C) REVISIÓN DE LA ACCESORIEDAD EN EL PROYECTO DE LEY

Para clarificar definitivamente esta cuestión, la Comisión de la DGRN, redactora del borrador de anteproyecto, considera que debe volverse a la situación inicial de la hipoteca de máximo como hipoteca, sólo definida en sus líneas generales, de manera que el crédito se determine extrarregistralmente y se puedan cubrir bajo la protección de la hipoteca de máximo nuevos productos, mezclar obligaciones vencidas y futuras, y obligaciones totalmente futuras sin necesidad de acudir a la técnica de la cuenta corriente de crédito, esto es, sin necesidad de pacto novatorio expreso que refunda todas las obligaciones.

A este respecto propone que se regule lo que en la práctica bancaria se denomina «hipoteca empresa», de manera que el anteproyecto prevé introducir un nuevo artículo 153.bis con el siguiente tenor: *«También podrá constituirse hipoteca de máximo a favor de entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas. Para la válida constitución de estas hipotecas será suficiente que se especifiquen en la escritura de constitución y se hagan constar en la inscripción: la descripción general de los negocios jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas; la cantidad máxima de que responde la finca; el plazo de duración de la hipoteca y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado. Asimismo, deberá regularse el derecho de cancela-*

Ley Hipotecaria ha de prevalecer la que con criterio lógico, sistemático y finalista resulta de otros preceptos legales, como el artículo 1.861 del propio Código, o 154 y 155 de la Ley Hipotecaria, y atendiendo a las necesidades del tráfico jurídico. Indudablemente, obligaciones distintas pueden recibir una única cobertura hipotecaria cuando aquéllas tienen conexión causal entre sí o de dependencia de una respecto de la otra. No lo impide la aplicación del principio de especialidad ni el de accesoriadad de la hipoteca, en tanto en cuanto las distintas obligaciones estén determinadas en sus aspectos definidores (o al menos sean éstos determinables, como —con notable flexibilidad, a fin de facilitar el crédito— se permite en algunos supuestos, siempre que se cumplan ciertas exigencias mínimas) y la hipoteca constituida quede enlazada con esas distintas obligaciones de suerte que aquélla quede debidamente supeditada a éstas en su nacimiento, vigencia y exigibilidad. Cuando esas diversas obligaciones garantizadas mediante una relación hipotecaria de carácter unitario no estén sometidas al mismo régimen jurídico y tengan distinto título para conseguir su efectividad hipotecaria será necesario, en principio y por exigencias de determinación del derecho real constituido —arts. 9 y 12 de la Ley Hipotecaria—, establecer separadamente la cantidad que respecto de cada obligación cubrirá la garantía (cfr., por todas, las Resoluciones de 14 febrero y 15 de marzo de 1935, 26 y 31 de octubre de 1984, 20 de mayo y 23 y 26 de octubre de 1987; así como la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1991). En el caso debatido, resulta claro que ninguna objeción cabe oponer a que la hipoteca constituida garantice también la obligación extracambiaria de abonar intereses de demora más allá del límite del artículo 58 de la Ley Cambiaria y del Cheque, habida cuenta de la relación, más que de causalidad, de accesoriadad existente entre los mismos.

ción anticipada por parte del acreedor, previo pago o extinción de las obligaciones garantizadas y de las compensaciones establecidas contractualmente para el supuesto de ejercicio de este derecho. Podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura. Al vencimiento pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Paralelamente se propone la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de forma que para poder acudir al procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, debe previamente determinarse registralmente el saldo final exigible, lo que deberá constar en el mandamiento. De ahí que se proponga añadir un nuevo número 3 al apartado 1 del artículo 656 de la ley con la siguiente redacción: «3. *Importe del principal reclamado o del saldo final exigible en caso de hipoteca de máximo*» y se modifique el primer párrafo del apartado 2 del artículo 688 de la ley que pasa a tener la siguiente redacción: «*El registrador hará constar por nota marginal en la inscripción de hipoteca que se ha expedido la certificación de dominio y cargas, expresando su fecha, la existencia del procedimiento a que se refiere y el importe del principal reclamado o el saldo final exigible en caso de hipoteca de máximo.*».

Es evidente que la determinación del saldo final exigible exigirá un previo acuerdo entre las partes o resolución judicial, salvo que se hubiera pactado en el momento de la constitución de la hipoteca la posibilidad de determinación unilateral por parte del acreedor, posibilidad esta última que el borrador de anteproyecto limita a los préstamos a favor de entidades financieras.

No puede alegarse que esto puede perjudicar a terceros acreedores, ya que éstos siempre podrán ejercer las correspondientes acciones de rescisión si se realiza esa concreción en su perjuicio (art. 1291.3.º del Código Civil) y fue responsabilidad suya el conceder crédito no obstante la situación patrimonial del obligado perfectamente publicada a través del Registro de la Propiedad (33).

(33) Sobre la eficacia de las anotaciones contables en perjuicio de terceros acreedores, véase BUSTO LAGO y PEÑA LÓPEZ, «Dictamen acerca de la calificación del crédito garantizado con hipoteca de máximo en el caso de que el traspaso del importe del crédito asegurado a la cuenta bancaria cuyos saldos se garantizan se haya realizado en un momento temporal posterior a la declaración concursal», en *RCDI*, núm. 686, noviembre-diciembre de 2004, pág. 2847 y sigs. Según estos autores, los acreedores que pese a la existencia de la hipoteca de máximo conceden crédito al deudor, conformándose con la responsabilidad patrimonial universal del mismo ex artículo 1.911 del Código Civil no pueden pretender que se les considere dañados o perjudicados por la concreción de los créditos que cubre la cifra de responsabilidad hipotecaria, ya que la publicidad registral les tenía suficientemente informados de esta posibilidad.

D) IMPOSIBILIDAD DE REFINANCIACIÓN SIN PÉRDIDA DE PRIORIDAD

Uno de los principales problemas con que se enfrentan las entidades financieras es que la refinanciación del deudor exige constituir una segunda hipoteca con los gastos que ello supone y la pérdida de prioridad (art. 115 LH). A diferencia del Derecho alemán donde el rango hipotecario tiene valor económico y es susceptible de negociación, no ocurre así en Derecho español, dado su carácter causal.

Fiel a este principio la DGRN, aún admitiendo la posibilidad de concesión de nuevo capital, incluso con las ventajas fiscales de la Ley de subrogación, niega que pueda perjudicar a terceros. Son ejemplo de ello, entre otras, las RDGRN de 26 de mayo de 2001, 17 de enero de 2002, 30 de abril de 2002 y 8 de junio de 2002 que, al menos en cuanto al rango registral, realizan una equiparación de la ampliación de capital a la constitución de una nueva hipoteca (34).

A diferencia de la ampliación de plazo, para el cual la propia Ley 2/1994, de 30 de marzo, de Subrogación y novación de préstamos hipotecarios contempla como un supuesto de novación modificativa, la DGRN entiende que la concesión de nuevo capital no puede perjudicar a los terceros con derechos inscritos con anterioridad a la ampliación, equiparando por tanto sus efectos a la novación extintiva. Tan sólo admite que pueda ser una novación modificativa cuando no existan terceros.

La falta de claridad de la Ley 2/1994 respecto de qué supuestos constituyen o no novación modificativa, y en definitiva, cuándo se mantiene el rango de la primitiva hipoteca, bien justifican la reforma.

Otra cuestión íntimamente ligada con la anterior es la relativa, en caso de ampliación del capital, a la posibilidad o no de aplicación de la Ley 2/1994 con relación al primero de los préstamos hipotecarios sin necesidad de subrogarse en el crédito ampliado. La importancia de la cuestión ante la falta de regulación legal, se manifiesta en los esfuerzos realizados por la práctica bancaria para blindarse frente a tal situación, pues evidentemente la entidad financiera sale perjudicada si existe la posibilidad de que una nueva entidad se subrogue en el primer crédito (de mejor rango registral) sin necesidad de asumir el segundo (de segundo o ulterior rango).

De ahí que hayan surgido pactos como el de igualdad de rango —con la consiguiente reacción del legislador fiscal haciendo tributar por la responsabilidad hipotecaria inicial— o la del vencimiento anticipado del primer crédito si no se subrogan en el segundo.

(34) Sobre estas resoluciones y su análisis crítico, véase CANALS BRAGE, Fernando, «La ampliación del derecho real de hipoteca en garantía de la ampliación del crédito garantizado. Algunas observaciones a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *RCDI*, núm. 678, julio-agosto de 2003, pág. 2255 y sigs.

El borrador de anteproyecto trata de salir al paso de esta cuestión, de forma que la ampliación o reducción de capital tenga el mismo tratamiento que la ampliación del plazo o de las condiciones de tipo de interés, de manera que sean interpretadas como una novación modificativa y no supongan en ningún caso una alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria.

En concreto se propone la siguiente redacción: «*El artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, queda redactado en los siguientes términos: “Artículo 4. Escritura. 1. En la escritura de subrogación sólo se podrá pactar la mejora de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente, así como la alteración del plazo del préstamo, o ambas. 2. Cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes:*

- i) la ampliación o reducción de capital;*
- ii) la alteración del plazo;*
- iii) las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente;*
- iv) el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo;*
- v) la prestación o modificación de las garantías personales.*

3. Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria”».

E) FALTA DE UNIFORMIDAD EN LA CALIFICACIÓN REGISTRAL. EN PARTICULAR EL RECHAZO DE LA HIPOTECA DE CRÉDITO ABIERTO

La calificación registral es base de la legitimación derivada de los asientos registrales y por tanto de la razón de ser de la existencia de procedimientos sumarios de ejecución hipotecaria. De ahí la importancia que tiene en el mercado hipotecario. Para el entero sistema hipotecario, tanto primario como secundario, es esencial la existencia del control de legalidad que la calificación implica. Sin calificación no puede existir presunción de legitimación ni procedimientos sumarios de ejecución.

No obstante tiene un efecto distorsionante de la competencia si no se homogeneiza o uniforma; o dicho de otra forma, la existencia de calificaciones aisladas discrepantes de la gran mayoría de los registradores, tiene un efecto perverso en la creación de nuevos productos financieros; un ejemplo

es la hipoteca de crédito abierto, a la que antes nos hemos referido, que se ha ido abriendo camino —salvo contadas excepciones que distorsionan el sistema— en la calificación de las registradoras y registradores de España.

Nuestro ordenamiento jurídico ofrece la posibilidad de combatir este efecto perverso a través de la calificación sustitutoria; la interposición de recurso —antes llamada gubernativo— contra la calificación registral, con el efecto vinculante que tienen las RDGRN tras la Ley 24/2001.

Pero a juicio de la Comisión existe un instrumento más eficaz y coherente con el sistema registral español. Y es el de que la calificación registral no se extienda a determinados extremos del préstamo hipotecario carentes de eficacia real, como son las cláusulas financieras y que sólo por la vía del reflejo registral indirecto de la obligación garantizada tienen acceso al Registro. De ahí que en el borrador de anteproyecto se prevea que las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras de las operaciones 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 inscribirán en los términos que resulten de la escritura de formalización, en tanto no sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas (35).

V. PROPUESTAS DE REFORMAS PARA LA FLEXIBILIZACIÓN DEL MERCADO CONTENIDAS EN EL BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE LEY DE MODERNIZACIÓN Y FLEXIBILIZACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO

Las dificultades que hemos visto anteriormente son abordadas por el anteproyecto de ley. Resumiendo las principales reformas que se abordan son las siguientes:

1. En primer lugar se flexibiliza el mercado hipotecario regulando las hipotecas de máximo o de empresa, también llamadas doctrinalmente «flotantes». El Preámbulo así lo reconoce: *«La accesoriedad y determinación que rige en las hipotecas ordinarias excluye de nuestro actual Ordenamiento Jurídico como hipotecas ordinarias o de tráfico aquellas hipotecas en las que son diversas las obligaciones garantizadas o en las que se mezclan obligaciones presentes y futuras; eso hace que deban constituirse tantas hipotecas como obligaciones se pretenden garantizar, lo que además de encarecer la operación, no es competitivo en la práctica bancaria. Lo que se pretende mediante esta reforma, es generalizar la posibilidad de garantizar*

(35) Propuesta del Grupo de Trabajo que fue finalmente alterada en la presentación del proyecto ante las Cortes y a la que diversas enmiendas quieren volver.

con hipoteca de máximo otras muy diversas relaciones jurídicas, si bien se ha considerado conveniente limitarlo a las entidades financieras y no a cualquier acreedor, dada la especial normativa de supervisión a la que están sometidas aquéllas. La hipoteca de máximo permitirá admitir nuevos productos hipotecarios hasta ahora rechazados. La sentida necesidad de avanzar y flexibilizar el régimen jurídico de las hipotecas con requisitos y figuras jurídicas que acojan las nuevas demandas, obliga también a todos los operadores que intervienen en el proceso formativo de los contratos y de las garantías reales, especialmente a los notarios y a los registradores de la propiedad, de manera que como operadores jurídicos, en la redacción de los documentos y en la práctica de los asientos, entiendan dirigida su labor en el sentido de orientar y facilitar el acceso al Registro de los títulos autorizados por los medios legales existentes, para lograr que la propiedad y los derechos reales sobre ella impuestos queden bajo el amparo del régimen de publicidad y seguridad jurídica preventiva, y disfruten de sus beneficios».

2. Otra medida dirigida a impulsar el mercado bancario de préstamos hipotecarios consiste en el acceso de las cláusulas financieras al Registro, en caso de calificación registral favorable, en la forma pactada con la entidad financiera y recogida en la escritura, de manera que no se incida en la libre configuración de la operación. Se ha considerado conveniente también dar rango legal a determinadas soluciones normativas, convenientes en el mercado hipotecario, y avaladas por la jurisprudencia, como ocurre en materia de cesión de créditos hipotecarios, donde se sanciona expresamente la posibilidad de que el deudor dispense al acreedor de que le notifique la cesión para obtener la inscripción en el Registro a favor del cesionario, sin perjuicio de los efectos previstos a favor del deudor en el artículo 1.527 del Código Civil.

3. Para facilitar la concesión de préstamos hipotecarios dirigidos a la adquisición de vivienda y para facilitar la refinanciación de los deudores sin merma de los derechos de terceros, se remueven los obstáculos que se oponen a ello en la hasta ahora vigente regulación de la subrogación de préstamos hipotecarios. Como explica el Preámbulo del anteproyecto: *«la novación de los préstamos hipotecarios en beneficio del deudor se ve dificultada por la interpretación restrictiva que del concepto de novación modificativa hacía la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación de préstamos hipotecarios. Lo que ahora se adopta es una interpretación más amplia de cuándo existe novación modificativa, de manera que se considera que existe mera modificación y no extinción de la relación jurídica y constitución de una nueva en los siguientes supuestos: alteración de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente; alteración del plazo, del método o sistema de amortización y de cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo, incluida la ampliación del capital del préstamo, siempre que el importe de dicha ampliación, sumado al capital pendiente de amortización, a la fecha*

de la misma, no exceda del capital inicialmente concedido. Dichas novaciones no supondrán, en ningún caso, alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita».

4. Para facilitar la competencia entre entidades financieras, sin que se resienta la garantía hipotecaria, y evitar que aquélla pase por reducir la cifra de responsabilidad hipotecaria sin otra finalidad que la de reducir los costes fiscales, se adopta la decisión de que el gravamen de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados en materia de prenda, hipoteca y anticresis no tome como base en lo sucesivo sino el capital asegurado, y no los intereses, costas y otros conceptos secundarios garantizados.

5. Se propone una regulación expresa de la figura de la hipoteca inversa, dada la dificultad de conseguir sus mismos objetivos, sin coste fiscal, por vía de hipoteca en garantía de prestaciones periódicas o por vía de renta vitalicia, que exigiría la transmisión del inmueble, lo que se trata de evitar. La hipoteca inversa (que se pretende limitar a personas mayores de sesenta y cinco años) se caracteriza porque el titular del inmueble —sin perder la propiedad— lo va a poder hipotecar en garantía de una renta (obtenida vía préstamo o crédito), la cual deberá ser satisfecha por los herederos al fallecimiento de aquél, junto con los intereses. El tratamiento fiscal, arancelario y bancario (no cabe comisión por cancelación cuando los herederos pagan) va a impulsar esta figura, permitiendo una utilización efectiva que no ofrecía la hipoteca en garantía de rentas o la renta vitalicia.

6. Se pretende la potenciación de la ejecución separada de la hipoteca frente a créditos privilegiados y en situaciones concursales, en particular cuando sirven de base al mercado hipotecario secundario. A este respecto se adecúa la ley de mercado hipotecario a la nueva Ley concursal, afirmando la inversión de la carga de la prueba en la impugnación en situaciones concursales de los préstamos hipotecarios concedidos por entidades financieras.

7. Se establecen medidas de fomento de información a los ciudadanos, de manera que se delega en el Ministerio de Economía y Hacienda, atribuyéndole competencia para ello, la fijación de la información mínima que las entidades financieras deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable. Esto necesariamente se traducirá en la aprobación de una nueva Orden Ministerial de transparencia de los préstamos hipotecarios que sustituirá a la de 5 de mayo de 1994.

8. Se potencia la independencia de las sociedades de tasación, proponiendo la elaboración de un reglamento interno aprobado por el Banco de España que garantice esa independencia, cuando se trata de sociedades de tasación vinculadas a entidades financieras. En concreto se propone lo siguiente: *Se añade un nuevo artículo 3.bis a la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario: «Sección I. Entidades financieras y sociedades de tasación. Artículo 3.bis. 1. Las sociedades de tasación y las*

entidades de crédito que dispongan de servicios propios de tasación estarán sometidas a los requisitos de homologación, independencia y secreto que se establezcan reglamentariamente. 2. Las sociedades de tasación que presten sus servicios a entidades de crédito pertenecientes a su mismo grupo, así como las sociedades de tasación cuyos ingresos totales deriven al menos en un 15 por 100 de su relación de negocio con una entidad de crédito determinada y las entidades de crédito que dispongan de servicios propios de tasación, deberán elaborar un reglamento interno que garantice la independencia de la actividad de tasación y evite conflictos de interés, especialmente con las unidades o departamentos relacionados con la concesión de préstamos hipotecarios. El reglamento interno deberá ser verificado por el Banco de España. 3. Las entidades de crédito que cuenten con servicios propios de tasación deberán constituir una comisión técnica que verificará el cumplimiento de los requisitos de independencia contenidos en los reglamentos referidos en el apartado anterior. Dicha comisión elaborará un informe anual, que deberá remitir al consejo de administración u órgano equivalente de la entidad, sobre el grado de cumplimiento de las citadas exigencias. El referido informe anual deberá ser remitido igualmente al Banco de España». Además se da regulación al régimen de adquisición de participaciones significativas en las sociedades de tasación.

9. Se clarifica el mercado secundario, suprimiendo la necesidad de inscripción de las emisiones de bonos en el Registro de la Propiedad —que claramente hacía inviable tal clase de emisiones—. En este ámbito se aumenta la capacidad de emisión, al admitirse que sirvan de cobertura no sólo los préstamos hipotecarios sino también los créditos hipotecarios y se admite la posibilidad de afectar hipotecas con pacto de amortización anticipada.

10. Se pretende aclarar el medio de pago en las subrogaciones, de forma que la transferencia con finalidad solutoria no se efectúe al deudor, sino a una cuenta de la entidad financiera acreedora primitiva; y que sea el notario, que realiza el requerimiento a efectos de expedir certificación de saldo, el que controle el proceso de enervación. Con ello se busca evitar que se repitan casos tan criticables como el que ampara la Resolución de 8 de junio de 2006 (36).

(36) La Resolución de la DGRN, de 8 de junio de 2006, se planteaba dilucidar si se había acreditado suficientemente al señor Registrador el pago a la entidad acreedora Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, pues a juicio del Registrador no había quedado suficientemente acreditado tal extremo, ya que el resguardo de transferencia se realizó a favor de la parte deudora; entendía el Registrador que debía acreditarse ese pago por certificación de esa entidad subrogada o por resguardo de transferencia a nombre y a una cuenta de la entidad subrogada. Sin embargo, la DGRN entendió que la entidad financiera y el Notario habían cumplido fielmente con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, pues del mismo se derivan como obligaciones que la entidad subrogada declare en la misma escritura haber pagado a la acreedora la cantidad acreditada por ésta, por capital pendiente e intereses y comisión devengados y no «satisfechos» incorporándo-

En concreto se propone que el artículo 2, párrafo segundo y párrafo tercero, de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, queden redactados en los siguientes términos: *«La entidad que esté dispuesta a subrogarse presentará al deudor una oferta vinculante en la que constarán las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario. La aceptación de la oferta por el deudor implicará su autorización para que la oferente notifique a la entidad acreedora, por conducto notarial, y le requiera para que le entregue, en el plazo máximo de siete días naturales, certificación del importe del débito del deudor por el préstamo hipotecario en que se ha de subrogar. Entregada la certificación, la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación si, en el plazo de quince días naturales a contar desde la notificación del requerimiento y en respuesta al mismo, comparece ante el mismo notario que le haya efectuado la notificación a que se refiere el párrafo anterior y manifiesta, con carácter vinculante, su disposición a formalizar con el deudor una modificación del préstamo que iguale o mejore la oferta vinculante, manifestación de la que se dejará constancia en el propio acta de notificación. En caso contrario, para que la subrogación surta efectos, bastará que la entidad subrogada declare en la misma escritura haber pagado a la acreedora la cantidad acreditada por ésta, por capital pendiente e intereses y comisión devengados y no satisfechos. Se incorporará a la escritura un resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad, en el que se haga indicación expresa que aquélla se efectúa con función solutoria. El notario autorizante verificará la existencia de dicho documento bancario justificativo del pago a la entidad acreedora originaria, así como que no se*

se a «la escritura un resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad solutoria. Y llega a afirmar que el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, no exige que el pago efectivo se acredite al Notario autorizante de la escritura, sino que, en el ámbito de la lealtad que ha de presumirse existirá en la liquidación entre dos entidades financieras, es suficiente la declaración de la entidad subrogada de haber pagado a la acreedora y la incorporación del resguardo de la operación bancaria realizada con finalidad solutoria. Así, aparte la responsabilidad que asume la entidad subrogada, los intereses de la acreedora no quedan comprometidos, ya que de no ser exacta dicha declaración cuenta aquélla con la posibilidad de ejercer su derecho por la cantidad no pagada, con preferencia a la entidad subrogada (cfr. respecto del pago parcial, el art. 1.213 del Código Civil). Entiende la DGRN que «el Registrador está con tal modo de proceder poniendo en duda la eficacia y raíz de la fe pública notarial (art. 17.bis de la Ley del Notariado y 1.218 del Código Civil), pues desde el momento en que comparece el representante de la entidad de crédito subrogada ante el señor Notario manifestando que ha efectuado el pago e incorporando del resguardo de la orden de transferencia, deja de existir cualquier duda respecto de tales extremos a los que el propio artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, atribuye virtualidad suficiente para hacer constar en el Registro de la Propiedad la subrogación debatida». Ni que decir tiene que esta Resolución fue muy criticada por las entidades financieras, que veían cómo se pagaba al deudor y no a la entidad, y por los integrantes de la Comisión, que vieron cómo la DGRN se pronunciaba en contra de un borrador de reforma impulsada por ella misma.

ha producido la enervación a la que se refiere este párrafo, a cuyo fin, la entidad subrogada deberá presentar copia del acta notarial de notificación de la oferta de subrogación de la que resulte que no se ha producido respuesta alguna con el efecto de enervar la subrogación».

11. Se clarifica el régimen de reducciones arancelarias y fiscales en materia de subrogación, novación modificativa y cancelación de préstamos hipotecarios, de manera que se considera a efectos notariales como documento sin cuantía, y a efectos registrales se unifican todas las reducciones en el 90 por 100 de la base imponible (sin perjuicio de las reducciones generales al 75 por 100 de la escala número 2 del arancel) (37).

12. Finalmente se regula la actividad de los intermediarios en la actividad crediticia, que era una de las cuestiones que —como luego veremos— sugería el libro verde de la Comisión Europea sobre préstamos hipotecarios.

En concreto se propone la siguiente regulación (38):

Régimen jurídico aplicable a las empresas dedicadas profesionalmente al asesoramiento o intermediación de productos financieros o a la concesión de préstamo o crédito. 1. Lo dispuesto en la presente disposición será de aplicación a aquellas personas físicas o jurídicas (en adelante, la empresa), que, de manera profesional, realicen actividades que consistan en el asesoramiento o intermediación de productos financieros por cuenta propia o de los propios consumidores o que realicen actividades de concesión de préstamo o crédito a un consumidor, bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación, con cualquier finalidad. 2. Quedan excluidas de la presente disposición las actividades, recogidas en el apartado anterior, cuando sean prestadas por las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las entidades aseguradoras, las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, las entidades gestoras de fondos de pensiones, los mediadores de seguros, las sociedades gestoras de entidades de capital riesgo y cualesquiera otras que presten servicios financieros, así como las sucursales en España de entidades extranjeras de la misma naturaleza, que figuren inscritas en alguno de los registros administrativos de entidades a cargo del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones o, en su caso, de las Comunidades Autónomas, cuando se trate de determinadas empresas aseguradoras. 3. Las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de esta disposición realizarán su actividad, necesariamente, en

(37) Debe tenerse en cuenta que tales reducciones son reacción de las respectivas corporaciones profesionales a la pretensión bancaria de practicar las cancelaciones y novaciones mediante documento electrónico (por tanto sin necesidad de intervención notarial) y a que los aranceles registrales se considerasen implícitos en la constitución.

(38) La regulación de la actividad de los intermediarios ha dado lugar finalmente a un anteproyecto de ley independiente.

establecimientos abiertos al público. 4. La empresa deberá suministrar al consumidor, con tiempo suficiente y antes de que asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato, al menos la siguiente información:

1. En cuanto a la propia empresa: a) La identidad, razón social o, en su caso, domicilio y actividad principal de la empresa. b) El registro en el que la empresa esté inscrita y su número de registro, o medios equivalentes de identificación de dicho registro. 2. En cuanto al servicio o producto financiero: a) Una descripción de las principales características del servicio o producto financiero. b) El precio total que debe pagar el consumidor a la empresa y, en su caso, a la entidad de crédito con la que celebre contrato, con inclusión de todas las comisiones, cargas y gastos, así como todos los impuestos pagados a través de la empresa o, cuando no pueda indicarse un precio exacto, la base de cálculo que permita al consumidor comprobar el precio. c) En su caso, una advertencia que indique que el servicio o producto financiero está relacionado con instrumentos que implican riesgos especiales, tales como que el precio del servicio se incremente de manera significativa, ya deriven de sus características específicas o de las operaciones que se vayan a ejecutar o cuyo precio depende de fluctuaciones en mercados financieros ajenos al control de la empresa y cuyos resultados históricos no son indicadores de resultados futuros. En todo caso, el consumidor, a través, de tal advertencia, deberá obtener un conocimiento adecuado de los riesgos asociados a la financiación de estas operaciones, con especial referencia al riesgo de tipo de interés asumido. d) La indicación de que puedan existir otros impuestos o gastos que no se paguen a través de la empresa o que no los facture ella misma. e) Las modalidades de pago y de ejecución. 3. En cuanto al contrato: a) La existencia o no de derecho de desistimiento y del derecho a obtener una oferta vinculante, de conformidad con la legislación especial aplicable al servicio o producto financiero objeto del contrato, y, de existir tales derechos, su duración y las condiciones y modo para ejercerlos, incluida la información relativa al importe que el consumidor pueda tener que abonar con arreglo a la citada legislación, así como las consecuencias de la falta de ejercicio de ese derecho y, en su caso, su pérdida. b) Información acerca de cualquier derecho, distintos de los contemplados en la letra anterior, que puedan tener las partes a resolver el contrato anticipada o unilateralmente con arreglo a la legislación que resulte aplicable y a las condiciones del contrato, incluidas las penalizaciones que pueda contener el contrato en ese caso. 4. En cuanto a los medios de reclamación: a) A qué sistemas de resolución extrajudicial de conflictos puede el consumidor tener acceso y cómo puede acceder a ellos. Si toda la información exigida en este apartado se suministrara utilizando una técnica de comunicación a distancia, incluida la propia celebración del contrato, se estará a lo dispuesto en la normativa aplicable a la comercialización a distancia de servicios finan-

cieros destinados a los consumidores. Sin perjuicio de lo establecido en esta disposición, serán de aplicación los requisitos adicionales de información previa establecidos en la legislación especial que sea aplicable al servicio o producto financiero objeto del contrato. 5. Las empresas deberán ajustar sus comunicaciones comerciales además de a lo dispuesto en la normativa general aplicable a las siguientes reglas: a) Expresarán claramente las características del servicio prestado y las condiciones jurídicas y económicas del contrato, debiendo facilitarse información veraz, clara y comprensible que no induzca a error al consumidor. b) Contendrán necesariamente la descripción del contenido del contrato. 6. Sin perjuicio de lo establecido en la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, que en todo caso resultará aplicable a la actividad de concesión de crédito para satisfacer necesidades personales del consumidor al margen de su actividad empresarial o profesional, los contratos que se celebren deberán formalizarse en todo caso por escrito y deberán reflejar de forma clara y explícita, en un solo contrato, todos los compromisos adquiridos por las partes, los derechos y obligaciones de las mismas incluyendo todos los elementos necesarios que determinen las condiciones del contrato. En todo caso, deberá entregarse al cliente un ejemplar del contrato debidamente fechado y firmado. El incumplimiento de cualesquiera de los requisitos de validez establecidos en el apartado anterior determinará la nulidad del contrato y conferirá al consumidor, los derechos que le asistan de acuerdo con lo establecido en la legislación a la que se sujeta el contrato. 7. Los consumidores no podrán renunciar a los derechos que se les reconocen en esta disposición. La renuncia a tales derechos es nula, siendo asimismo nulos los actos realizados en fraude de esta disposición, conforme a lo previsto en el artículo 6 del Código Civil. 8. Podrá ejercitarse la acción de cesación contra las conductas contrarias a la presente disposición que lesionen los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a la presente Ley y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan tener su reiteración de modo inmediato. Estarán legitimados para ejercitar la acción de cesación: El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios. Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores. El Ministerio Fiscal. Las entidades de otros Estados Miembros de la Unión Europea constituidas

para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el Diario Oficial de la Unión Europea. Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción. Todas las entidades citadas en esta letra podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno para la defensa de los intereses que representan. 9. La empresa y el consumidor podrán someter sus conflictos al arbitraje de consumo, mediante adhesión de aquélla al Sistema Arbitral del Consumo, así como a los mecanismos previstos en la legislación sobre protección de los clientes de servicios financieros. Con independencia de lo establecido en el párrafo anterior, en todo caso, corresponderá a la empresa la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones que le incumban al amparo de esta disposición, en materia de información al consumidor. 10. A los solos efectos de publicidad informativa y de acuerdo con lo previsto en el apartado siguiente, el Ministerio de Sanidad y Consumo constituirá un Registro público donde constará la información remitida por las Comunidades Autónomas a que se refiere el siguiente apartado. Este Registro se configura como un órgano de carácter público y de naturaleza administrativa, cuya configuración y características se fijarán reglamentariamente. 11. Las Comunidades Autónomas, en el marco de sus competencias, podrán establecer registros de empresas que se dediquen profesionalmente a las actividades recogidas en la presente Disposición. Las Comunidades Autónomas con establecimiento abierto al público en su territorio ejercerán la adecuada vigilancia, control e inspección del ejercicio de las actividades reguladas en esta Disposición, al objeto de prevenir y en su caso, sancionar los incumplimientos de las exigencias previstas en esta disposición y en la normativa autonómica de desarrollo.

VI. LA UNIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS HIPOTECARIOS A NIVEL EUROPEO

Decíamos al principio que uno de los retos actuales del mercado hipotecario, que también late en la reforma que se propone, es la preparación de un mercado hipotecario europeo. En efecto, en el borrador de anteproyecto se pretende, como señala el Preámbulo, *además de flexibilizar el mercado hipotecario español, prepararlo para la competencia en el mercado hipotecario europeo, donde la Comisión Europea ya ha empezado a adoptar iniciativas para la integración del espacio interior en esta materia.*

Ha sido sin embargo en la contestación al libro verde de la Comisión Europea sobre préstamos hipotecarios, donde el Ministerio de Justicia ha determinado la posición del Reino de España en esta materia. Por tanto, no vamos a hablar sólo del anteproyecto de ley, sino también de otros aspectos de la hipoteca en los que el Ministerio de Justicia se ha pronunciado.

En efecto, la Comisión Europea considera prioritario la unificación de la normativa sobre préstamos hipotecarios para incrementar la competitividad en la Unión Europea. Nada menos que el 40 por 100 del PIB de la UE lo constituyen los préstamos hipotecarios para la adquisición de viviendas. Como paso previo a esa unificación, la Comisión elaboró un Libro Verde, esto es, un documento de trabajo para obtener información de los distintos Estados miembros (39).

Estas son las principales cuestiones planteadas y las respuestas efectuadas por el Reino de España a instancia del Ministerio de Justicia a las preguntas planteadas en el Libro Verde de la Comisión de la Unión Europea sobre el «crédito hipotecario en la UE».

PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

INFORMACIÓN (APARTADOS 15 Y 16)

¿El Código de Conducta debería ser reemplazado por legislación vinculante o debería seguir siendo voluntario?

- Debe existir una legislación de ámbito comunitario y carácter vinculante, de armonización máxima. De lo contrario se caerá en «dumping» jurídico, de manera que los operadores de los países con menor grado de exigencia tendrían una ventaja competitiva respecto de los más exigentes.
- Esto no es incompatible con admitir una autorregulación por las entidades financieras (Código de Conducta), siempre que cumpla con los mínimos establecidos por la legislación comunitaria.

¿Qué información debería darse a los consumidores?

La información a suministrar a los consumidores ha de ser suficiente, como la recogida en la actual ficha estandarizada a que se refiere el Código de Conducta Europeo, de manera que les permita conocer como mínimo los siguientes extremos:

(39) En la fase actual se pretende la elaboración de un Libro blanco que realice ya propuestas concretas.

- Identificación del préstamo —moneda, cuantía, plazo de amortización estableciendo la fecha inicial y la final y la facultad de reembolsar anticipadamente, en su caso.
- Tipo de interés —especificando si es fijo o variable y si se establecen topes máximos y mínimos.
- Cualquier tipo de comisión pactada —en especial las de apertura, estudio, reembolso anticipado, reclamación de cuotas impagadas, expedición de certificaciones u otros servicios prestados por la entidad prestamista en relación al crédito.
- Número y frecuencia de los pagos.
- Cuadro de amortización ilustrativo.
- El Tipo Anual Efectivo (TAE).
- Las operaciones asociadas al préstamo —tasación, información registral previa, seguros de incendios, de vida o de caución complementaria a la hipoteca, intervención de profesionales en la tramitación y cualesquiera otros vinculados a la operación— con su respectivo coste, siempre que no sean elegibles libremente por el prestatario y haya alguna restricción a su libre elección.
- Siempre que lo solicite el prestatario se le facilitarán los proyectos de escritura o contrato notarial relativos al préstamo y operaciones asociadas.
- El contenido de todas aquellas cláusulas cuya redacción esté preestablecida por la entidad financiera, y hayan de ser consideradas condiciones generales, de forma que pueda formar su consentimiento sobre las mismas.

¿Puede identificarse una etapa común en la UE, en que la información haya de ser suministrada para que el consumidor pueda comparar opciones y ofertas?

- La información ha de ser suministrada en dos momentos:
 - Aquel previo al otorgamiento de cualquier documento, a fin de poder comparar ofertas. En este punto se resalta la importancia del suministro de información vía Internet y de los Sellos de Calidad, ya de origen institucional, ya elaborados por los agentes del mercado, que permitan obtener información acerca de las características y condiciones de cada producto, garantizando tanto la identidad y capacidad del oferente, como la adecuación a la legalidad del producto ofertado.
 - Aquel simultáneo a la formalización de la operación, cuando tiene lugar la transacción económica, con intervención de notario o de otro funcionario público, el cual habrá de asegurarse de que el consumidor conoce el contenido del contrato y lo acepta.

¿Debería un régimen de información aplicarse sólo a los prestamistas o también a otros, tales como los intermediarios? ¿Cómo puede garantizarse un régimen de éste tipo?

- El régimen de información ha de aplicarse tanto a prestamistas como a intermediarios de cualquier tipo, dado que es la única forma de que la información llegue al consumidor en un momento en el que todavía puede comparar ofertas y desistir, en su caso, de celebrar el contrato. Se estima como una medida necesaria que el notario o funcionario autorizante del documento contractual asegure el cumplimiento de los deberes de información. Particularmente debe asegurarse de la congruencia del contenido contractual con la oferta vinculante (40).
- La garantía de cumplimiento de un régimen de este tipo no puede apoyarse en el control que vaya a ejercer el consumidor, dados sus escasos medios y conocimientos.

ASESORAMIENTO Y MEDIACIÓN CREDITICIA (APARTADOS 17 Y 19)

¿La provisión de asesoramiento al prestatario debería ser obligatoria o debería ser una opción?

- El asesoramiento no debe ser proporcionado de manera obligatoria. Sería contrario a la libertad contractual.
- En los países donde exista intervención de un agente mediador será necesario que se especifiquen y comuniquen los costes que para el demandante pueda generar el asesoramiento.
- No obstante, el asesoramiento ha de ser obligatorio en cuanto proceda de notarios u otros fedatarios públicos que hayan de autorizar documentos. Los encargados de los Registros donde se inscriba la garantía real se limitarán a informar sobre los aspectos registrales de la operación.

¿Las condiciones deberían aplicarse al asesoramiento realmente proporcionado, ya sea por obligación o voluntariamente, por ejemplo, normas para el asesoramiento, sanciones para el incumplimiento, información anticipada de los gastos, el papel del asesor y grabación en un formato duradero?

- Sin duda, por cuanto en caso contrario, la posibilidad de confusión de intereses entre el asesor y alguno de los operadores bancarios puede

(40) Ya hemos visto cómo el anteproyecto de ley de flexibilización hipotecaria aborda decididamente la cuestión y somete a un rígido control a los intermediarios financieros.

resultar perjudicial para el consumidor. Por ello, es imprescindible que tanto el prestador del servicio de asesoramiento, como el contenido y coste de dicho servicio, queden perfectamente identificados. Podría seguirse el modelo de la Directiva sobre crédito a los consumidores.

AMORTIZACIÓN ANTICIPADA (APARTADOS 20 A 22)

¿La amortización anticipada debería ser un derecho legal o una opción? Si se trata de un derecho, ¿también deberían poder los consumidores renunciar a él? ¿En qué condiciones? ¿Debería este derecho estar sujeto a una compensación en forma de comisiones?

- Debe existir un derecho del prestatario a la amortización anticipada, compensando debidamente a las entidades financieras, regulado de forma uniforme (armonización máxima) en toda la Unión Europea. Por tanto tal derecho debe modularse con las propuestas del prestamista sobre el modo de hacer la amortización, en el marco de la libertad contractual.
- El derecho de amortización anticipada debería tratarse en el contexto de las condiciones específicas de refinanciación con las que cuenta la entidad y considerando el tipo de interés (fijo o variable) de un determinado producto.
- Es necesario asegurar la plena compensación por la pérdida de intereses derivados de la financiación de préstamos hipotecarios que están sujetas a amortización anticipada.
- Por tanto, la compensación debería calcularse de forma amplia (incluyendo los costes de financiación) sin topes legales obligatorios sobre los tipos de interés ni sobre la variación de tipos de interés. La compensación debería ser en forma de una comisión por amortización anticipada.
- El consumidor debe ser informado de la amortización anticipada y sus consecuencias a través de folletos, ofertas escritas, etc. En casos individuales, deberá proporcionarse un acuerdo transparente junto con un índice publicado.
- El derecho a la cancelación anticipada no puede tener el mismo desarrollo en los préstamos a interés fijo que en los préstamos a tipo variable.
- En los préstamos a interés variable, la financiación del prestatario va siguiendo las mismas vicisitudes que la financiación del prestamista, ambas bastante ligadas a la inflación.

TIPO ANUAL EFECTIVO (APARTADOS 23 Y 24)

¿Cuál es el objetivo de un TAE? ¿Información? ¿Comparación? ¿Ambas cosas?

- Es uno de los parámetros de información que deberían ser impuestos con carácter vinculante.
- Para que la TAE sea un instrumento de comparación —este es el aspecto más relevante— es necesario que los productos que se pretenden comparar tengan las mismas características.
- En todo caso debe actuarse sobre la armonización de los elementos tomados en consideración para fijar el TAE, de modo que su construcción responda a fórmulas homologadas.

¿Debería existir una norma en la UE que recogiera tanto el método de cálculo como los elementos de coste?

- Sí, debería existir una armonización total de la TAE para todos los mercados, pero con una definición limitada.
- Esto significa que algunos elementos deben recogerse separadamente del TAE. En efecto, hay elementos de coste: seguros, gastos de tramitación, productos financieros vinculados, que no pueden calcularse como una TAE. Así, cada seguro cubre unos riesgos distintos y a un precio diferente, por lo que no cabe su inclusión dentro del cálculo de la TAE. Debe por ello destacarse que en el TAE sólo se incluyen los costes financieros.

¿Si es así, qué clases de elementos de coste debería incluir una norma de este tipo de la UE?

- Además del tipo de interés, todos los conceptos directamente cobrados por el prestamista, pero distinguiendo entre costes financieros y los demás de otro tipo.

NORMAS SOBRE LA USURA Y VARIACIONES EN LOS TIPOS DE INTERÉS (APARTADOS 26 A 28)

¿Cuáles son las implicaciones de las normas de usura para la integración de los mercados (incluida cualquier relación con productos tales como los préstamos hipotecarios para fines de consumo, y el seguro hipotecario)?

- Las normas sobre usura no deben afectar a las condiciones objetivas de los préstamos y créditos concedidos por entidades financieras, sometidas a supervisión bancaria, en la medida que la experiencia enseña que éstas no practican el interés usurario por estar sometidas a control.
- La integración de los mercados, en cuanto dé lugar a una uniformización de los tipos de interés aplicables y normas sobre protección de los consumidores, y aumenta la oferta, constituye, por sí misma, un procedimiento de reducción de la usura, que sin embargo, en ocasiones se muestra insuficiente por no actuar aquéllas sobre los elementos esenciales del contrato (como el interés retributivo).
- Por eso la subsistencia de normas sobre usura relativas a las circunstancias subjetivas de la relación crediticia concreta (situación personal del deudor, fraude o engaño, dar por recibida mayor cantidad de la debida), es necesaria para completar la protección de los prestatarios. La protección frente a los préstamos simulados, donde se confiesa recibida más cantidad que la entregada, son los más dañinos para la economía y los más difíciles de detectar.
- Las normas de represión de la usura en el ámbito civil constituyen una válvula de seguridad en los supuestos en que la retribución del prestamista resulta notoriamente y abusivamente lesiva. Está más allá de las reglas del mercado. Más bien delimita sus confines, las fronteras del mercado. Mantienen toda su utilidad y deben permanecer porque no fijan los intereses, no regulan el mercado, sino los abusos excesivos.

¿Debería examinarse este asunto en un contexto más amplio, distinto del específico de las hipotecas?

- Puede resultar conveniente que la Comisión tome en consideración la existencia de un mercado crediticio que funciona con prestamistas privados, al margen de las entidades financieras legalmente constituidas, y en el que la usura resultante de tipos excesivos, entregas ficticias y falsas, y de situaciones de necesidad del prestatario es más frecuente.
- Cabría desarrollar un estudio para conocer su extensión y prácticas y desarrollar medidas concretas de protección a los prestatarios, unificando la tipología de la usura y sus sanciones.
- Deberían armonizarse (también armonización máxima) los intereses de demora y la posibilidad o no de pactos de anatocismo (en virtud de los cuales los intereses devengados se acumulan al capital y desde entonces devengan nuevos intereses).

¿Impiden estas restricciones la integración de los mercados?

- Las restricciones que resulten de la legislación sobre usura no impiden la integración de los mercados, siempre que no afecten a la posibilidad de fijar determinadas condiciones objetivas de tipo y fórmulas de interés.
- La Comisión debe promover una armonización en relación con las fórmulas y tipos de interés admisibles, con especial consideración a la determinación de los intereses en casos de demora.

¿Qué efecto pueden tener en el desarrollo de productos específicos, tales como los préstamos hipotecarios al consumo?

- Si el crédito al consumo se garantiza con hipoteca, desaparece en gran parte el riesgo de condiciones usurarias, dado que el crédito al consumo queda suficientemente garantizado, lo que permite abaratar los costes y luchar contra la usura. Esa es la ventaja del crédito hipotecario al consumo.

CONTRATO DE CRÉDITO (APARTADO 29)

La Comisión acoge con satisfacción las opiniones sobre ventajas de la normalización de los contratos hipotecarios, por ejemplo a través del instrumento del 26.^a régimen.

- Es conveniente la armonización de los *estándares* de documentación. La Comisión debe velar para que esta armonización sea transparente y competitiva.
- La integración de los mercados de crédito hipotecario precisa una determinación de condiciones mínimas de los que se celebren en el ámbito de la Unión, de modo que en todos ellos las condiciones de información previa, asesoramiento imparcial previo y simultáneo al otorgamiento, amortización anticipada, eficacia de la carga hipotecaria, ejecución y cancelación de la misma, sean uniformes.
- En lo referente a las condiciones financieras de la relación contractual, debe mantenerse un principio de autonomía de la voluntad. Sin perjuicio de ello, debe seguirse trabajando en la unificación de los principios básicos del Derecho contractual europeo.
- Parece conveniente que desde la Comisión se defina una distinción entre los contratos de crédito dirigidos a los consumidores, para financiar la vivienda o el consumo, y los contratos de crédito dirigidos a empresarios y profesionales.

- Deben establecerse unas bases contractuales uniformes del contrato y de su garantía que permitan su inscripción en los registros de la propiedad de los distintos Estados, siempre que el país de la Unión Europea donde el documento se haya formalizado cumpla con el principio de equivalencia de formas y satisfaga las exigencias internas del Ordenamiento correspondiente a la *lex rei sitae*.
- Cabe proponer la elaboración de un modelo europeo de crédito hipotecario inverso o *reverse mortgage*, como forma de promover la financiación privada de personas mayores carentes de ingresos corrientes y con activos inmobiliarios de valor.

RECURSOS Y RECLAMACIONES (APARTADO 30)

¿Debería la Comisión considerar la posibilidad de imponer la existencia de medios alternativos de recurso en el crédito hipotecario?

- No. No debe existir una imposición por parte de la Comisión de medios alternativos de recurso judicial en el crédito hipotecario. Las características especiales del derecho real y de la propiedad y el sometimiento de las entidades financieras a normas rigurosas de supervisión, hacen desaconsejable la alteración o modificación de una hipoteca mediante un proceso arbitral.
- Deben potenciarse los procedimientos de ejecución sumaria de carácter judicial o extrajudicial (como es el que se celebra ante notario), pero no a través de procedimientos arbitrales que pueden dilatar el proceso.
- En cuanto al nivel de protección, tanto el título ejecutivo notarial como las normas del procedimiento de ejecución —sea ésta judicial o extrajudicial— proveen al consumidor de medios de defensa suficientes sin que pueda apreciarse indefensión.
- Caso de establecerse un sistema arbitral debe ser puramente voluntario y de sometimiento en el momento en que surja la discordia (no por adelantado) y no debe excluir en ningún caso la posibilidad de acudir a los tribunales de justicia.

ASUNTOS JURÍDICOS

LEGISLACIÓN APLICABLE (APARTADOS 31 A 33)

- La garantía real debe regirse por la *lex rei sitae*.
- El contrato de crédito debe regirse por la ley del consumidor, salvo que se someta voluntariamente, por ser más favorable, a la *lex rei sitae*.

- Sólo una vez unificados los requisitos de los préstamos hipotecarios en orden a su constitución, tasación, formalización, amortización anticipada, eficacia de su inscripción y prioridad registral, así como el sistema de venta forzosa, podrá afrontarse la determinación de una sola ley aplicable al contrato y a la ejecución de la garantía.

SOLVENCIA DEL CLIENTE (APARTADOS 34 A 36)

- La protección del sistema financiero requiere la libre transmisibilidad de la información. Ahora bien, se requiere la previa determinación de las circunstancias objetivas de inclusión en un fichero de insolvencia y su compaginación con él respecto a la protección de los datos personales.

TASACIÓN INMOBILIARIA (APARTADOS 37 Y 38)

¿Cuáles son las ventajas de una norma única en la UE, tanto para los procesos de tasación como para los tasadores?

- La unificación de los criterios de tasación parece esencial para asegurar la competencia entre Entidades financieras, así como, por otra parte, la solvencia del mercado hipotecario. Sobre todo, la principal ventaja sería para los mercados de títulos para asegurar los derechos de los inversores.

¿Cuáles son las ventajas de la intervención de la Comisión para garantizar el reconocimiento mutuo de las normas de evaluación nacionales?

- La Comisión debe impulsar el reconocimiento mutuo de las normas de tasación nacionales, aunque sería preferible avanzar en la armonización de criterios que deben fundamentar la tasación.
- Las entidades de crédito deberían tener libertad de elección entre las normas o estándares nacionales y las internacionales, conforme a sus criterios de riesgo.

PROCEDIMIENTOS DE VENTAS FORZOSAS (APARTADOS 39 A 42)

- El sistema propuesto parece razonable como una primera aproximación a las características de los diversos sistemas nacionales de ejecución de

las garantías. En todo caso, se considera conveniente, en dicho estudio, investigar la eficacia y duración del procedimiento de ejecución en cada país, el ámbito de oposición que permite al deudor, y los diversos procedimientos de venta forzosa admitidos, con o sin subasta, en cuanto circunstancias principalmente determinantes de la duración y coste de la ejecución.

- Es cuestión a considerar la de la competencia judicial para conocer de los procedimientos de ejecución de las garantías reales y eficacia de las resoluciones recaídas en el ámbito territorial de la Unión.

FISCALIDAD (APARTADO 43)

- Al considerar la fiscalidad de los contratos hipotecarios, la Comisión debe distinguir dos ámbitos:
 - Imposición directa, donde la principal cuestión planteada es el tratamiento que se da en los Estados miembros a las deducciones por intereses pagados por razón de préstamos y créditos hipotecarios. Debe asegurarse que no exista discriminación por el origen del prestamista.
 - Imposición indirecta, en cuanto la contratación del préstamo o crédito y la constitución y cancelación de la garantía pueden devengar impuestos indirectos. En este caso, además, se ha de tener en cuenta que la justificación del pago de tales impuestos es exigida en algunos países, como España, para que pueda llevarse a cabo la inscripción registral y por tanto, la constitución de la garantía.
- Debe plantearse algún tipo de armonización sobre imposición indirecta para evitar distorsiones en la formación de precios de los préstamos.

GARANTÍA REAL HIPOTECARIA

REGISTRO DE LA PROPIEDAD (APARTADOS 44 A 46)

- En contestación a la cuestión planteada por la Comisión, en relación con la financiación de iniciativas tales como EULIS, se constata la necesidad de que la Comisión tenga en cuenta:
 - La necesidad de distinguir con claridad, por un lado, los sistemas de información territorial basados en planimetría catastral y en los que las titularidades resultan fijadas a través de sistemas de encuesta y, por otro, los registros de la propiedad en los que se determinan de-

rechos de propiedad con plena eficacia y constituidos de conformidad con la ley.

- La conveniencia de coordinar unos y otros, manteniendo clara la distinción anterior.
- Se valora la trascendencia que, a efectos de promover una integración de los mercados hipotecarios tiene el desarrollo de iniciativas tales como el EULIS.
- La conveniencia de identificar con claridad los distintos sistemas de registro de la propiedad en el ámbito de la Unión, en cuanto sus especialidades afecten a la eficacia y ejecución de las garantías hipotecarias, sobre todo en lo referente a la eficacia de la inscripción de la garantía respecto de otras cargas que no aparezcan en el Registro.
- Promover la determinación por la Comisión de las características básicas que ha de tener el sistema registral para servir de instrumento adecuado a la integración de los mercados hipotecarios. Para ello se ha de buscar que en los Registros de la Propiedad queden inscritas todas las cargas, sea cual sea su origen, que puedan afectar al valor de la finca y a la ejecutabilidad de la garantía, fijando claramente su orden de prioridad y evitando la existencia de cargas ocultas.
- La conveniencia de desarrollar, a nivel europeo, un sistema de coordinación e intercambio de información registral relativa a la propiedad del bien hipotecable y a las cargas existentes sobre el mismo.

EUROHIPOTECA (APARTADOS 47 Y 48)

- En cuanto a las opiniones relativas a si la eurohipoteca resulta factible y deseable cabe señalar:
 - Es necesario estudiar, como aspecto central de la cuestión, el grado de accesoriadad que haya de tener la garantía respecto de la obligación garantizada.
 - El modelo abstracto no es el mejor, ni el único. Además, con la eurohipoteca de carácter abstracto el deudor no sólo deberá responder de la propia solvencia sino que también sufrirá las consecuencias de la insolvencia de su propio acreedor, lo que no deja de ser insólito.
 - La eurohipoteca debe ser entendida como un sistema de garantía hipotecaria común y no simplemente como un modelo contractual. Deben por tanto previamente armonizarse todos los aspectos básicos del crédito hipotecario con relación a los nuevos modelos de eurohipoteca: información precontractual, oferta vinculante, formalización documental, inscripción en el Registro y contenido inscribible; eficacia de la garantía; armonización de privilegios y preferencias,

con eliminación si es posible de hipotecas legales tácitas; derecho de amortización anticipada; posibilidad de subrogación y novación; ejecución hipotecaria.

FINANCIACIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO (Apartados 49 a 52)

- Es correcta la idea de la Comisión relativa a la conveniencia de crear un grupo de trabajo para examinar la necesidad y la naturaleza de la intervención de los aspectos financieros, primarios y secundarios, del crédito hipotecario. Es muy importante que en ese grupo se integren además de los Ministerios competentes, representantes de los organismos supervisores de los mercados de valores.
- Existen dudas sobre la conveniencia de restringir la actividad de préstamos hipotecarios a las entidades de crédito. Deben analizarse las implicaciones de que existan otros prestamistas —como promotores de viviendas y aseguradoras—, entre los cuales ya existen los que no tienen reserva de actividad ni régimen de supervisión.
En todo caso, se considera que deben ser únicamente las entidades financieras supervisadas las que puedan participar en los mercados de títulos hipotecarios.
- Se comparte la opinión de la Comisión de que la armonización de aspectos importantes de los contratos hipotecarios redundaría en una mayor actividad e integridad del mercado de emisiones.
- Se considera que pueden adoptarse medidas para favorecer la actividad transfronteriza armonizando la legislación sobre bonos garantizados y bonos de titulización, cuyos inversores mayoritarios son no residentes, en el caso de España.
- También se considera importante que no se separe la titulización hipotecaria de los demás tipos de titulización de activos en cuanto a proponer medidas para propiciar una mayor integración de este segmento del mercado de capitales en Europa.
- Deben también analizarse las posibilidades de armonización de los documentos que se exigen en las operaciones del mercado secundario y de los modelos utilizables en las operaciones transfronterizas, en la línea del Reglamento 809/2004, sobre modelos de folletos de emisión.
- Cabría considerar en qué términos puede facilitar el desarrollo de un mercado secundario la creación de un Registro a nivel europeo llevado por funcionarios independientes del que resulten las condiciones objetivas de préstamos y créditos hipotecarios susceptibles de titulización.

VII. LA EUROHIPOTECA

A) PLANTEAMIENTO GENERAL: NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN UNIFORME DEL CRÉDITO HIPOTECARIO TRANSFRONTERIZO

No se puede negar que es necesaria una regulación uniforme a nivel europeo de las operaciones de préstamo/crédito hipotecario transfronterizo, tanto en sus aspectos contractuales como de eficacia frente a terceros.

Las razones son múltiples:

- a) La instauración de una eurohipoteca facilitaría la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento, principios básicos en Derecho comunitario. Es por tanto bueno para la parte acreedora (entidades de crédito) afrontar una regulación transfronteriza que abra el mercado.
- b) Pero también es bueno para el deudor hipotecante, en cuanto que la existencia de un modelo contractual uniforme facilitaría el conocimiento por parte del consumidor del régimen jurídico de su contrato y de la eficacia de los derechos a él reconocidos. La actual inexistencia de un régimen hipotecario transfronterizo obliga al nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, que pretende comprar un inmueble y financiarlo con hipoteca, en otro Estado miembro distinto, a acogerse a la legislación, normalmente desconocida y distinta de este último Estado donde radica el inmueble.

No hay que olvidar que en materia de derechos reales y por tanto de hipoteca, rige en Derecho Internacional Privado el principio *lex rei sitae regit actum*, consagrado no sólo en nuestro artículo 10.1 del Código Civil, sino en los diversos Tratados Internacionales, Directivas y Reglamentos Comunitarios aplicables en España (así, según el art. 9.6 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble estará sometido a las normas sobre forma imperativas de la ley del país en que el inmueble esté sito).

La situación actual es muy pobre, poco adecuada al desarrollo del mercado dentro de la UE en otros sectores. Tan sólo un 1 por 100 de los préstamos hipotecarios son transfronterizos, esto es, procedentes de entidades financieras no nacionales y sin establecimiento en el Estado de la Unión donde radica el inmueble.

No obstante, hay que situar el problema en sus justos términos. En España una futura regulación de la hipoteca transfronteriza tiene un interés relativo. Los que realmente tienen interés en tal regulación son fundamentalmente los países cuyos nacionales invierten en bienes inmuebles sitos en otros Estados.

España tiene un interés menor, como país receptor de la inversión extranjera. Dicho de otra forma, son muy pocos los españoles que compran inmuebles en el extranjero y lo financian con hipoteca (acudiendo a entidades financieras establecidas en el lugar de situación del inmueble), mientras que son muchos los ciudadanos comunitarios y extranjeros que compran en España, si bien todavía fundamentalmente lo hacen financiando la operación a través de entidades bancarias con establecimiento en España.

Sentado que es buena una regulación uniforme del crédito transfronterizo, veamos cuáles son los obstáculos que existen.

Las principales causas que impiden el desarrollo de estas operaciones de préstamo/crédito transfronterizas, son:

- a) la existencia de diversos marcos normativos, tanto para la constitución de la hipoteca como para su transmisión y cancelación;
- b) los diferentes sistemas de valoración de inmuebles;
- c) el difícil o asimétrico acceso a los sistemas de información sobre solvencia;
- d) las diferentes regulaciones de las ejecuciones hipotecarias, sistemas de realización forzosa, causas de oposición, privilegios o hipotecas legales tácitas;
- e) la inexistencia de una idéntica normativa de protección sobre los consumidores.

Piénsese, por ejemplo, que la Ley 2/1994, de 30 de marzo sobre subrogación y novación de préstamos hipotecarios, rige en España sin que exista una ley similar en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea. De la misma forma el grado de protección al consumidor español, a través de los requisitos de información en los folletos previos y la oferta vinculante regulada en la Orden del Ministerio de la Presidencia, de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia en los créditos hipotecarios, no se alcanza en otros Estados miembros de la Unión Europea, ni siquiera a través del Código de Conducta Europeo en la contratación hipotecaria adoptado como Recomendación de la Comisión Europea el 1 de marzo de 2001.

Aunque la Dirección General de los Registros y del Notariado ha considerado que esta normativa es también aplicable a las entidades financieras que operan en España (41), lo cierto es que es una barrera el que no exista una

(41) La RDGRN de 19 de julio de 2001, resolviendo consulta formulada por la Asociación Hipotecaria Española, entiende que la Ley 2/1994, de 30 de marzo, participa de la naturaleza de Derecho de Consumo y por tanto constituye legislación de interés general aplicable con carácter imperativo al consumidor en España, con independencia de la entidad financiera con la que se relacione, siendo por tanto tales normas aplicables también a las entidades financieras extranjeras en España que concedan crédito hipotecario sobre inmuebles sitos en España, tengan o no sucursal en España.

legislación plenamente armonizada, de protección del consumidor aplicable a la hipoteca, como tampoco la hay en materia de constitución, cesión, y lo que es más importante, de ejecución en caso de impago.

Una posible solución para facilitar los créditos hipotecarios transfronterizos consiste en uniformar la legislación de los distintos países.

Pero unificar la legislación a nivel europeo es un esfuerzo muy grande, seguramente condenado al fracaso, dado el recelo de los diversos países a defender su propio derecho contractual.

De ahí que se pretenda afrontar el problema de la hipoteca transfronteriza creando una eurohipoteca, esto es, un nuevo producto financiero o «modelo» que amparado en la Unión Europea (vía Reglamento, por ejemplo) fuera aplicable en todos los países comunitarios.

B) VENTAJAS DE LA EUROHIPOTECA

En efecto, para superar los obstáculos que dificultan los préstamos hipotecarios transfronterizos, se ha propuesto la creación de un modelo de garantía hipotecaria común en todos los Estados miembros de la Unión Europea, la denominada eurohipoteca.

No cabe duda que la idea es atractiva. La existencia de un modelo de eurohipoteca facilitaría enormemente el desarrollo del mercado hipotecario transfronterizo, que tanto interesa como hemos visto a quienes invierten en España.

Además no sólo facilitaría el desarrollo del mercado hipotecario primario, sino también del secundario. Esto es, podrían realizarse emisiones de cédulas, bonos o participaciones hipotecarias a nivel europeo, lo que daría a este mercado un dinamismo sin precedentes.

Pero una adecuada concepción de la eurohipoteca, desde la perspectiva jurídica y no sólo económica, obliga a matizar y advertir lo siguiente:

- a) no debería proponerse un único modelo de eurohipoteca, sino de varios. Lo que quiere decirse es que si se propone un modelo alemán o suizo de eurohipoteca, basado en las cédulas hipotecarias o eurohipoteca abstracta, debería serlo en competencia con otros modelos o fórmulas causales más causales o accesorias;
- b) los diversos modelos de eurohipoteca deberían seguir conviviendo con las otras modalidades hipotecarias existentes en cada Ordenamiento Jurídico interno. Con ello se conseguiría que la Comisión Europea favoreciera el mercado interior pero sin afectar al Derecho Privado de cada país;
- c) la eurohipoteca nunca debe ser concebida en función exclusiva de los intereses de las entidades financieras, imponiendo cláusulas que sólo a los bancos interesan y que pudieran ser abusivas conforme a

nuestro Derecho interno (prohibición de cancelación anticipada, restricción absoluta de causas de oposición a la ejecución, sobregarantías, etc.), por varias razones: la primera es que la vinculación indefinida de un inmueble a una hipoteca determinaría su amortización y desde una perspectiva puramente económica, impediría obtener la máxima rentabilidad de los inmuebles; la segunda es que los consumidores recelarían de ese producto, agobiante para la vida familiar, y finalmente no se utilizaría.

C) INCONVENIENTES DE LA EUROHIPOTECA

Lo cierto es que —en mi opinión— el modelo único que se propone para toda Europa es un modelo basado en la influencia del Ordenamiento Jurídico de Alemania y con el objetivo único de potenciar la posición de las entidades financieras.

Son así características de la eurohipoteca, que se propone en base al modelo alemán o suizo, las siguientes (42):

- a) garantía abstracta e independiente;
- b) no accesoriadad respecto del crédito garantizado;
- c) circulación del crédito hipotecario derivada de la cesión del título formal al que se incorpora;
- d) mantenimiento del rango hipotecario, que vendría determinado por la inscripción de la eurohipoteca en el Registro de la Propiedad correspondiente al lugar donde esté sito el inmueble.

El modelo de eurohipoteca que se está difundiendo en la actualidad (basado en el modelo alemán y suizo), se pretende configurar así como una garantía autónoma, independiente del crédito, de configuración abstracta y no causal, preferentemente incorporada a un título o certificado que facilitaría la transmisión del crédito. Esta eurohipoteca viviría al margen del crédito o contrato de garantía, que no necesitaría siquiera estar formalizado en escritura pública, bastando una mera forma privada.

Este carácter independiente de la eurohipoteca tendría, a juicio de sus defensores, múltiples ventajas: tiene un mayor grado de flexibilidad; podría existir antes incluso de que se desembolse la cantidad prestada de manera que el banco no correría con ningún riesgo; la misma eurohipoteca podría servir para asegurar un nuevo crédito sin necesidad de crear una nueva hipoteca; cabe

(42) Véase «Proyecto de investigación europeo sobre la eurohipoteca: puntos para la discusión», por el Grupo de Investigación de la Eurohipoteca, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 685, septiembre-octubre de 2004, pág. 2467 y sigs.

la novación del crédito sin alterar la hipoteca; puede ser utilizada para asegurar varias obligaciones contraídas con el mismo acreedor; facilita el cambio de acreedor, etc. (43).

Sin embargo, si se analizan aisladamente cada una de estas presuntas ventajas, se aprecia que lo son desde el lado del acreedor, esto es, desde la perspectiva de la entidad financiera: la constitución de una garantía abstracta, flexible, independiente del crédito garantizado es evidente que dota al producto de una gran fuerza en el mercado. Pero este análisis parte de una premisa falsa: que los consumidores van a constituir la sin valorar sus inconvenientes. Dicho de otro modo; más vale una eurohipoteca más equilibrada en la que el consumidor confíe, que una eurohipoteca en teoría más fuerte que sin embargo disuade al consumidor a formalizarla.

En efecto, en la eurohipoteca el consumidor español va a carecer de elementales derechos con arreglo a la concepción que hoy tenemos en España:

- a) No existirá pacto de vencimiento anticipado hasta transcurrido un plazo largo del crédito (diez años en Alemania) (44).
- b) No existirá la posibilidad de cambio de entidad financiera cuando la eurohipoteca se constituya sobre un inmueble radicado fuera de España, ya que esta novación por cambio de acreedor —a instancia del deudor, contemplada en el art. 1.211 del Código Civil y desarrollada por la Ley 2/1994—, es una posibilidad sólo contemplada por el Ordenamiento español, que ha planteado serias objeciones por las entidades financieras, tanto españolas como internacionales (si uno se fija tan sólo se valora la eurohipoteca alemana por la flexibilidad en la cesión del crédito hipotecario a instancia de la entidad acreedora, porque es inconcebible lo que existe en España, nada menos que la subrogación impuesta a instancia del deudor) (45).
- c) No existirá la posibilidad de renegociar la deuda hasta el momento de la celebración de la subasta, posibilidad que contempla nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil para los casos de vivienda habitual (art. 693.3 LEC) (46).

(43) En el citado «Proyecto de investigación europeo. Eurohipoteca: puntos para la discusión», se reconocen no obstante la existencia de peligros, como pudieran ser los riesgos para el deudor de que garantía y obligación se cedan a terceros distintos; el funcionamiento de las excepciones; posibles abusos de la figura, etc., *op. cit.*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 685, págs. 2471 y 2472.

(44) En Alemania no cabe amortización anticipada en los préstamos hipotecarios a interés fijo durante los primeros diez años, excepto en algunos supuestos, como es la venta de la vivienda constituida en garantía.

(45) Artículo 1.211 del Código Civil y Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

(46) Según este apartado 3 del artículo 693 de la LEC, «si el bien hipotecado fuera la vivienda familiar, el deudor podrá por una sola vez, aún sin el consentimiento del

- d) Las causas de oposición aún serán más limitadas que las existentes en nuestro Derecho. Piénsese que en nuestro Ordenamiento Jurídico existe la posibilidad de oponerse a la ejecución hipotecaria no sólo en caso de pago, sino también por error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea un saldo bancario (art. 695 LEC). La eurohipoteca, abstracta por definición, no admite oposición del deudor a la liquidación efectuada por la entidad, y lo remite todo a un eventual procedimiento declarativo ordinario por enriquecimiento sin causa.
- e) La incorporación del préstamo/crédito hipotecario a títulos abstractos, impedirá al consumidor, en caso de ejecución, de oponer excepciones puramente causales (incumplimientos del financiador o del producto al que está vinculado).
- f) Todos los logros así conseguidos en Derecho español, con relación a los contratos de financiación vinculados, quedarán en entredicho (47).

En definitiva la eurohipoteca alemana se asemeja mucho a las emisiones de obligaciones hipotecarias que existieron en España durante muchos años, y que se suprimieron por ser fuente de abusos, de intereses usurarios y de si-

acreditor, liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta de lo que por principal e intereses ordinarios y de demora estén vencidos no sólo en el momento de la interposición de la demanda sino los devengados durante el procedimiento».

(47) El artículo 15 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo (en la redacción dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social) relativo a los derechos ejercitables en los contratos vinculados, establece que: El consumidor, además de poder ejercitar los derechos que le correspondan frente al proveedor de los bienes o servicios adquiridos mediante un contrato de crédito, podrá ejercitar esos mismos derechos frente al empresario que hubiera concedido el crédito, siempre que concurren todos los requisitos siguientes: *a)* Que el consumidor, para la adquisición de los bienes o servicios, haya concertado un contrato de concesión de crédito con un empresario distinto del proveedor de aquéllos. *b)* Que entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes o servicios, salvo que se trate de aquellos previstos en el párrafo siguiente de la presente letra, exista un acuerdo previo, concertado en exclusiva, en virtud del cual aquél ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los bienes o servicios de éste. En el caso de que se provean servicios de tracto sucesivo y prestación continuada, que entre el concedente del crédito y el proveedor de los mismos exista un acuerdo previo en virtud del cual aquél ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los servicios de éste. El consumidor dispondrá de la opción de concertar el contrato de crédito con otro concedente distinto al que está vinculado el proveedor de los bienes y servicios en virtud de acuerdo previo. *c)* Que el consumidor haya obtenido el crédito en aplicación de acuerdo previo mencionado anteriormente. *d)* Que los bienes o servicios, objeto del contrato, no hayan sido entregados en todo o en parte, o no sean conforme a lo pactado en el contrato. *e)* Que el consumidor haya reclamado judicial o extrajudicialmente, por cualquier medio acreditado en derecho, contra el proveedor y no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior no se aplicará cuando la operación individual de que se trate sea de una cantidad inferior a la fijada reglamentariamente.

tuaciones angustiosas de los deudores. En concreto, la posibilidad de estas emisiones fue suprimida aprovechando la reforma del Derecho español de sociedades, limitando a estas últimas la posibilidad de realizar emisiones (Disposición Adicional tercera de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada) (48).

D) EL MODELO ESPAÑOL

Se argumenta que el modelo alemán es el más efectivo, y el que ha servido de base al mejor desarrollo del mercado secundario de hipotecas.

Sin embargo —como ya vimos— en España gozamos de los tipos de interés más favorables en los préstamos hipotecarios, y la evolución del mercado hipotecario secundario en España ha sido vertiginosa, convirtiéndose en el país número dos en valoración de sus emisiones de cédulas hipotecarias, tras el Reino Unido (49), y también el número dos en volumen de emisión, tras Alemania (50).

(48) A partir de la entrada en vigor de dicha ley, se prohibió a personas físicas y a sociedades civiles, colectivas y comanditarias la realización o garantía de emisiones de obligaciones.

(49) Por primera vez en su historia, España se ha colocado en la segunda posición —por detrás de Gran Bretaña— en la clasificación europea tanto en el mercado de titulización como en el de cédulas hipotecarias, según el informe anual de European Securitisation. En el mismo, se subraya que tiene margen para seguir ganando cuota, ya que todavía estos productos cuentan con potencial para seguir arañando actividad (sobre todo el primero). La razón de la imparable progresión de estas emisiones tiene mucho que ver con la actual situación de los tipos de interés, que han vivido un proceso de relajación imparable desde 2001 y que desde junio de 2003 se encuentran en el 2 por 100. Esto ha llevado a que muchos inversores busquen activos con rentabilidades mayores pero sin arriesgar demasiado. Parte de este dinero errante se ha dirigido a este tipo de instrumentos, comentando que las expectativas de una mejora de la salud financiera de las empresas y su calidad crediticia han empujado a los más indecisos a este mercado. La titulización hipotecaria ha sido el motor, con un incremento anual del 60 por 100 y para este año se prevén nuevos máximos (en torno a 235.000 millones de euros) (*Expansión*, martes, 13 de abril de 2004).

(50) El «boom» inmobiliario y la demanda de crédito ha sido tan exagerado que el mercado por excelencia de la renta fija en España se codea con los grandes de Europa y ocupa una segunda posición en ese tipo de activos que las entidades financieras utilizan para financiar la vivienda, sólo por detrás de Alemania. Además, este tipo de activos representan el 56 por 100 de todas las emisiones lanzadas en España. Como dato relevante, se indica que el volumen de emisiones de cédulas hipotecarias sumaba en abril, el pasado año, 30.611 millones de euros, y la semana que acaba de concluir ascendía a 51.312 millones. En los bonos de titulización, el importe en abril de 2003 alcanzaba los 45.032 millones y en abril del presente año se ha llegado a los 75.725 millones. Sumando las cédulas y los bonos de titulización, en el mercado de la AIAF se contabiliza un volumen cercano a los 130.000 millones; si el crédito alcanza los 445.000 millones, supone que más de una cuarta parte de los créditos se están financiando en los mercados financieros (*El País. Suplemento Negocios*, domingo, 25 de abril de 2004).

Esto no es así por casualidad, sino que obedece a que tenemos una legislación hipotecaria muy equilibrada, que procura satisfacer los legítimos intereses tanto de los acreedores como de los deudores.

E) RESUMEN DE LA POSICIÓN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA EN MATERIA DE EUROHIPOTECA

1.º Eurohipoteca sí, pero eurohipoteca única no. El modelo alemán no es el mejor ni el único.

2.º Debe ser entendida como un sistema de garantía hipotecaria común y no simplemente como un modelo contractual.

3.º Deben previamente armonizarse (armonización máxima o total) todos los aspectos básicos del crédito hipotecario con relación a los nuevos modelos de eurohipoteca: información precontractual, oferta vinculante, formalización documental, inscripción en el Registro; eficacia de la garantía; armonización de privilegios y preferencias, con eliminación, si es posible, de hipotecas legales tácitas; derecho de amortización anticipada; posibilidad de subrogación y novación; ejecución hipotecaria.

En este sentido se pronuncia el grupo de expertos sobre la materia designado por la Comisión Europea, FORUM GROUP (51).

4.º El modelo español se ha demostrado eficaz, tanto desde la perspectiva de la defensa de los intereses del acreedor y del fomento del crédito territorial, como desde la perspectiva del consumidor, en un justo equilibrio que puede servir de modelo; no obstante, cada vez es más apremiante una

(51) El informe del FORUM GROUP sobre integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión Europea contiene 48 recomendaciones a la Comisión Europea, entre las que merece destacar las siguientes: armonización de las comisiones por cancelación anticipada; armonización mínima de las normas de protección del consumidor; derecho del consumidor a poner fin al contrato en cualquier momento y en cualquier circunstancia; armonización del método de cálculo del TAE; hoja europea de información estandarizada; posibilidad de acceso de las entidades extranjeras a las bases de datos nacionales sobre solvencia; unificación de las normas de valoración o tasación de los inmuebles hipotecados sin exigencias nacionales adicionales, de manera que se garantice la comparación a nivel internacional; armonización de los puntos de conexión que fijen la ley aplicable en materia de préstamos hipotecarios (aquí hay discrepancia entre los representantes de la industria, que propugnan que lo sea la ley elegida por las partes; y los representantes de los consumidores, que propugnan que el punto de conexión sea la de ubicación del inmueble; armonización de los procedimientos de venta forzosa, de manera que se reduzcan los plazos de ejecución; necesaria inscripción de la hipoteca en un Registro Público para que surta efectos frente a terceros y cuyo orden de inscripción determinará la preferencia; prohibición de exigencias adicionales de legalización o validación para los instrumentos formalmente elaborados en otros Estados miembros; mayor flexibilidad en la vinculación entre la deuda hipotecaria y la garantía; para finalmente explorar un modelo de eurohipoteca.

reforma previa del mercado hipotecario que flexibilizara el principio de accesoriedad.

5.º Junto a las hipotecas ordinarias o de tráfico deben impulsarse nuevas modalidades de hipotecas de máximo o flotantes, yendo mucho más allá de la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito introducida en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria de 1909.

6.º Una vez hecha esta reforma, el modelo español será buen referente para un modelo europeo de hipoteca.

VIII. CONCLUSIONES

En conclusión podemos afirmar que la Comisión constituida en la DGRN ha abordado los principales problemas existentes en el rígido mercado hipotecario español. Desde una perspectiva histórica, había llegado el momento para afrontar la reforma. Es cierto que el mercado hipotecario en España es muy sólido, gracias en parte a la propia solidez de la hipoteca y del sistema registral. Pero aún existen obstáculos para el desarrollo adecuado del mercado. El principal de ellos es la aplicación rígida del principio de accesoriedad, que exige una revisión crítica del sistema. Otro problema es la falta de claridad de la legislación actual en torno a los supuestos que motivan la novación modificativa, con mantenimiento del rango hipotecario, en caso de subrogación y novación de préstamos hipotecarios. Finalmente también la falta de uniformidad en la calificación registral de las cláusulas financieras, de mera eficacia *inter partes*, aconsejaban circunscribir aquélla a los supuestos claros de contravención de normas imperativas o prohibitivas, para remover obstáculos a la creación de nuevos productos financieros, como es el crédito abierto.

Todo esto es abordado por el proyecto de ley de modernización del mercado hipotecario, de regulación del régimen de las hipotecas inversas y del seguro de dependencia. Junto con otras muchas cuestiones de interés en materia de información a los consumidores, abaratamiento de los costes de transacción y fomento de nuevos productos como la hipoteca inversa. Siempre pensando en una futura regulación del mercado hipotecario a nivel de la Unión Europea, que no pasa por la aprobación de un modelo de eurohipoteca inspirado en el modelo alemán o suizo, sino por la unificación paulatina de los distintos aspectos de las hipotecas y de los requisitos que deben reunir los préstamos con ella garantizados. En esta ponencia se han recogido los principales retos donde se debe producir la unificación a nivel europeo y las propuestas sugeridas por el Reino de España a propuesta del Ministerio de Justicia.

RESUMEN

REFORMA DEL MERCADO HIPOTECARIO

La situación actual del mercado inmobiliario hace necesaria una reforma del ordenamiento jurídico en materia de hipotecas, ofreciendo nuevos productos y flexibilizando las rígidas normas aplicables a la hipoteca, en particular superando el principio de accesoriedad. A ello responde el Proyecto de Ley de reforma del mercado hipotecario actualmente en tramitación parlamentaria y del cual el autor de este trabajo fue coordinador en el Ministerio de Justicia.

ABSTRACT

MORTGAGE MARKET REFORM

The current situation of the real estate market makes it necessary to reform mortgage law to make it possible to offer new products, to relax the rigid rules applicable to mortgages, and particularly to lower the hurdle posed by the rule of the accessory nature of mortgages. This is what the government bill to reform the mortgage market endeavours to do. The bill is currently in parliament and was coordinated at the Ministry of Justice by the author of this paper.

(Trabajo recibido el 30-11-2006 y aceptado para su publicación el 20-7-2007)