

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Dedicada, en general, al estudio
del Ordenamiento Civil y Mercantil,
y especialmente al Régimen Hipotecario

MONOGRÁFICO SOBRE LA DACIÓN EN PAGO

Año LXXXIX • Enero-Febrero 2013 • Núm. 735

REVISTA BIMESTRAL

Todos los trabajos son originales.
La Revista no se identifica necesariamente con las
opiniones sostenidas por sus colaboradores.

Dirección de la RCDI: Diego de León, 21.—28006 Madrid.—Tel. 91 270 17 62
www.revistacritica.es
revista.critica@corpme.es

© Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España
I.S.S.N.: 0210-0444
I.S.B.N.: 84-500-5636-5
Depósito legal: M. 968-1958
Marca Comunitaria N.º 3.623.857

Imprime: J. SAN JOSÉ, S. A.
Manuel Tovar, 10 - 2.ª planta
28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de esta revista, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Comisión ejecutiva

Don Alfonso Candau Pérez
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Luis Fernández del Pozo
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores de la
Propiedad y Mercantiles de España

Don Francisco Javier Gómez Gáligo
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Juan María Díaz Fraile
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Consejero-Secretario de la Revista

Don Francisco Javier Gómez Gáligo
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Consejeros

Don Aurelio Menéndez Menéndez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Antonio Pau Pedrón
Ex Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don José Poveda Díaz
Ex Decano del CRPME
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Luis Laso Martínez
Abogado

Don Joaquín Rams Albesa
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don Luis M.ª Cabello de los Cobos
y Mancha**
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

Don Antonio Manuel Morales Moreno
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Ángel Rojo Fernández-Río
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Francisco Javier Gómez Gáligo
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Juan María Díaz Fraile
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Fernando Pedro Méndez González
Ex Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles
de España

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Eugenio Rodríguez Cepeda
Ex Decano del Colegio de
Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

Don Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Alfonso Candau Pérez
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles
de España

Don Luis Fernández del Pozo
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles
de España

Comité editorial

con funciones de evaluación externa

Don Antonio Manuel Morales Moreno
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

Don Fernando Pantaleón Prieto
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

SUMARIO

Págs.

MONOGRÁFICO SOBRE LA DACIÓN EN PAGO

PRESENTACIÓN

Por JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO	11
--------------------------------	----

ESTUDIOS

«Presente y futuro de la garantía hipotecaria», por JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO	19
«La reforma de la responsabilidad hipotecaria», por BENITO ARRUÑADA	37
«Particularidades de la fiscalidad de la dación de inmuebles en pago de deudas: consecuencias técnicas para los sujetos activo y pasivo del derecho de crédito garantizado con hipoteca impagado», por MARÍA CRESPO GARRIDO	69
«Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica», por JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE	111
«Ejecución hipotecaria y cláusulas abusivas (A propósito de la cuestión prejudicial planteada en el asunto <i>Mohamed Aziz c. Catalunya-caixa</i>)», por EDUARDO ESTRADA ALONSO e IGNACIO FERNÁNDEZ CHACÓN	173
«Los inconvenientes a la posibilidad de la adjudicación en pago de la finca hipotecada al acreedor ejecutante: una perspectiva desde el Derecho Civil», por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA	245
«La defensa del deudor hipotecario y el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012», por TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS	273
«La dación en pago: sustitución del cumplimiento estricto en una relación obligatoria», por MARÍA ROSARIO MARTÍN BRICEÑO	359
«Sobre la adjudicación del inmueble hipotecado en pago de la totalidad de la deuda», por JESÚS ALBERTO MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS	389

«El patrimonio de afectación profesional en el Derecho francés. ¿Evolución o revolución en la teoría del patrimonio?», por MONTSERRAT PEREÑA VICENTE.....	423
«Ejecución hipotecaria y protección del deudor hipotecario en el contexto de la crisis económica», por ROSANA PÉREZ GURREA	455
«Aspectos sociológicos, jurídicos y registrales del Real Decreto-ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», por ÁNGEL VALERO FERNÁNDEZ-REYES	481

LEGISLACIÓN

REAL DECRETO-LEY 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa (<i>BOE 7-7-2011</i>). (<i>Se incluye Corrección de Errores de BOE 13-7-2011</i>).....	511
LEY 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (<i>BOE 11-10-2011</i>)	551
REAL DECRETO-LEY 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (<i>BOE 10-3-2012</i>).....	579
REAL DECRETO-LEY 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero (<i>BOE 12-5-2012</i>)	595
REAL DECRETO-LEY 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (<i>BOE 16-11-2012</i>)	611
RESOLUCIÓN de 29 de noviembre de 2012, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios	617

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

«La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias. El control judicial del equilibrio contractual», de DANIEL P. ÁLAMO GONZÁLEZ, por ROSANA PÉREZ GURREA	621
«La dación en pago en Derecho español y en Derecho Comparado», de M. ^a RAQUEL BELINCHÓN ROMO, por ROSANA PÉREZ GURREA.	624
«Aspectos registrales del proceso de ejecución», de RAFAEL A. RIVAS TORRALBA, por ROSANA PÉREZ GURREA.....	628

REVISTA DE REVISTAS

DIARIO EXPANSIÓN, viernes 18 de enero de 2013

«Desahucios y mercado hipotecario», por JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO ... 635

PRESENTACIÓN

Monográfico sobre la dación en pago de los préstamos hipotecarios

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

Consejero Secretario de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

La crisis financiera ha provocado mayor morosidad en el cumplimiento de las deudas y ha incrementado el desahucio de muchas personas de sus viviendas. Tratándose de ejecución por impago de deudas garantizadas con hipoteca, el problema no se soluciona con la entrega forzosa de la vivienda al acreedor, ya que nuestra legislación se basa en el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 del CC). Esto hace que si el valor de la vivienda en el momento de la ejecución no es suficiente para saldar la deuda, el acreedor aún puede perseguir y embargar otros bienes del deudor hasta obtener plena satisfacción de lo que se le debe por principal, intereses y costas (arts. 105 de la LH y 579 de la LEC). Sin embargo, algunas sentencias aisladas generaron un debate sobre la justicia de esta doble acción personal y real de la que dispone el acreedor, entendiéndose que su aplicación estricta puede suponer un abuso de derecho, pues las entidades financieras debieran asumir el riesgo derivado de la tasación inicial del bien, que les debería vincular aunque después se hubiera desvalorizado. Frente a ello la mayoría de la jurisprudencia mayor se inclina por entender que no estamos ante un ejercicio abusivo del derecho, pues se trata de una opción permitida por nuestro ordenamiento jurídico y que no existe enriquecimiento injusto por parte de la entidad financiera.

Este número monográfico de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* recoge las principales contribuciones que se hicieron en el curso de verano sobre «La dación en pago dentro de los préstamos hipotecarios», desarrollado del 16 al 20 de julio de 2012 en Aranjuez, dentro de los Cursos de Verano de la Universidad Rey Juan Carlos, que contó con el patrocinio del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, y que tuve el honor de dirigir, así como otros trabajos doctrinales de gran valor

sobre la materia. La secretaría de dicho curso corrió a cargo de Rosario MARTÍN BRICEÑO, profesora de Derecho Civil de la citada Universidad.

Inauguró el curso Joaquín RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, director general de los Registros y del Notariado, quien propuso una nueva regulación en que se dé cumplimiento a lo previsto en la Disposición Adicional única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que encomendaba al gobierno el estudio de «otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales que, a través de las oportunas iniciativas, completen la protección económica y social de consumidores y familias». A tal efecto, propuso una solución extrajudicial para estos casos, sean de carácter notarial o registral, de mediación, o de otra naturaleza.

Benito ARRUÑADA, catedrático de Organización de empresas de la Universidad Pompeu Fabra, demostró que el sistema de limitación de responsabilidad a la finca hipotecada, existente en muy pocos países —once Estados de USA— incentiva la morosidad y genera un efecto indeseado de bajada generalizada en los valores de los inmuebles. En todo caso advirtió del peligro de toda medida retroactiva y de la conveniencia de que las modificaciones legales en esta materia se afronten desde el prisma de las necesidades productivas, y no como una cuestión de política social o distributiva, que nada tienen que ver.

Fernando MÉNDEZ, registrador y exdecano del Colegio de Registradores, hizo también una exposición contra el sistema de imposición obligatoria de la dación en pago, y defendió que la mejor solución en Economía es la que beneficia al mayor número, sin que la dación en pago obligatoria lo sea. Propugnó que subsistiera como una posibilidad convencional más al amparo del artículo 140 de la Ley Hipotecaria y que se fomentaran medidas alternativas, como la anticresis que permite al acreedor administrar la finca y percibir sus frutos aplicándolos al pago de la deuda. Recordó la aportación de los registradores al rechazo de cláusulas abusivas en la financiación hipotecaria, frente a la interpretación inicial de mera transcripción de cláusulas que propugnó en un cierto momento ya superada la Dirección General en la aplicación de la reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria llevada a cabo por Ley 41/2007.

El segundo día —martes, 17 de julio— el tema se abordó desde la perspectiva civil sustantiva por tres profesoras de Derecho Civil, colaboradoras de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*: María GOÑI, Teresa JIMÉNEZ y Rosario MARTÍN, esta última secretaria del curso. La primera hizo una exposición de nuestro sistema hipotecario, basada en la accesoriedad de la hipoteca como garantía del crédito, lo que significaba que el pago de la hipoteca no conlleva necesariamente la cancelación de la deuda. Y defendió el sistema de doble acción real y personal en favor del acreedor hipotecario, sin que ello suponga un abuso de derecho. Teresa JIMÉNEZ defendió, no obstante, que la posibilidad de acudir al embargo de otros bienes del deudor, una vez ejecutada la garantía, se limitara al exceso respecto de la valoración inicial del bien aceptada por

la entidad financiera. Entiende que los bancos deberían aceptar la dación en pago según la tasación inicialmente efectuada de la vivienda, que bastaba para garantizar el importe prestado, pues dicha tasación se efectuó con conocimiento de la sobrevaloración del mercado de la vivienda. Charo MARTÍN, secretaria del curso, distinguió la figura de la dación convencional entre deudor y acreedor, de la adjudicación obligatoria en pago, pues en este debate se confunden ambos conceptos, de manera que el rechazo de la dación obligatoria no significa que no se pueda propiciar la dación convencional, cuya naturaleza como acto debido defendió. Por la tarde intervino Beatriz CORREDOR, registradora de la Propiedad y exministra de Vivienda, quien también se manifestó en contra de la adjudicación en pago de la vivienda hipotecada como causa de extinción de la obligación garantizada. Expuso las medidas que se adoptaron durante su ministerio, en orden a la promoción pública de viviendas e impulso del mercado de alquiler y rehabilitación. Pero sin llegar nunca a plantearse la dación en pago obligatoria por entender perjudicial para el sistema hipotecario en su conjunto.

El miércoles 18 de julio se analizó la dación en pago de préstamos hipotecarios desde la perspectiva registral por dos registradores de la Propiedad, Juan María DÍAZ FRAILE y Ángel VALERO. El primero expuso las medidas que se han ido adoptando legislativamente para proteger al deudor frente al lanzamiento, como es la elevación del mínimo inembargable al que no se puede extender el artículo 579 de la LEC y defendió medidas alternativas a la dación en pago obligatoria, como es la dación voluntaria con reserva de arrendamiento con opción de compra en favor del deudor. Ángel VALERO analizó el Real Decreto-ley 6/2012, que introdujo medidas de reestructuración (novación, quita y en último extremo dación en pago) en favor de determinadas personas incluidas en el umbral de exclusión, y aunque consideró positiva la medida, entendió que era muy restrictiva. A su juicio debería ampliarse el marco de aplicación y extenderse a personas desfavorecidas aunque tuvieran alguna renta, siempre que esta fuera insuficiente para atender el pago, lo que luego hizo el Real Decreto-ley 27/2012.

El jueves 19 de julio intervinieron los representantes de las entidades financieras, en concreto Rafael SANZ, director de Servicios Jurídicos del BBVA, que entendió que la morosidad en viviendas dentro de la financiación hipotecaria no era excesiva (en torno al 3 por 100) y que la dación en pago obligatoria no haría sino incrementar esa morosidad. Igual criterio sostuvieron Luis TEJEIRO, director de estudios de la CECA, y Santos GONZÁLEZ, presidente de la Asociación Hipotecaria Española, quienes entendieron que cualquier cambio de nuestro marco jurídico perjudicaría nuestras titulizaciones y sería perjudicial para el consumidor, pues se incrementaría el tipo de interés en los préstamos hipotecarios y el *loan to value* exigible al consumidor. Además entienden que tenemos un marco jurídico muy bien diseñado, que ha permitido el acceso a la propiedad de forma masiva, a diferencia de otros países, y que no debemos modificar innecesariamente.

Finalmente, el viernes 20 de julio, intervino el representante de los consumidores, Manuel PARDOS, presidente de ADICAE, quien propuso el incremento de la oferta pública de viviendas en alquiler y propugnó soluciones concursales también para las personas físicas.

Finalmente el que firma esta presentación, como director del curso, hizo una evolución de la garantía hipotecaria, criticó que se la haya ido mermando en cuanto a su ejecución separada y por la aparición de créditos privilegiados que actúan como hipotecas tácitas, y recordó la constitucionalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria. Analizó la reciente jurisprudencia del TJ de la Unión Europea en materia de calificación *ad limine litis* de cláusulas abusivas. Como conclusión del curso entendió que no podía admitirse una adjudicación en pago obligatoria que sería perjudicial para el sistema —aunque observó que existe en materia mobiliaria en el art. 1872 CC—, pero que había que propugnar medidas de favorecimiento de la dación en pago voluntaria, no solo como producto financiero alternativo, sino en el momento del impago, a través de medidas fiscales y sustantivas.

Clausuraron el curso Luis FERNÁNDEZ DEL POZO como director del Centro de Estudios del Colegio de Registradores, en representación del decano, y el rector de la Universidad Rey Juan Carlos, Pedro GONZÁLEZ-TREVIJANO, quien destacó la calidad del curso, la gran cantidad de alumnos asistentes y el vivo debate que se había suscitado a lo largo de las intervenciones.

En conclusión, a mi juicio, creo que macroeconómicamente está demostrado que la dación en pago obligatoria conlleva un desincentivo al pago de la deuda, produce efecto llamada a la desvalorización, y fomenta el abandono del inmueble, por lo que en un entorno de dación en pago, se produciría un incremento de los tipos de interés como fórmula de compensación de esos mayores riesgos. Pero no es algo insólito en nuestro Derecho, como hemos visto en materia mobiliaria. Tampoco lo es en materia inmobiliaria, donde la regulación de la hipoteca inversa en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, articula un régimen de limitación de responsabilidad de los herederos a los propios bienes recibidos por herencia, en clara limitación del principio general del artículo 1911 del Código Civil.

Por eso creo que en cualquier caso la regulación de la dación en pago debe ajustarse a las siguientes líneas, diferenciando el régimen jurídico de la dación en pago voluntaria, de naturaleza contractual, con la adjudicación en pago obligatoria, que participa más de los actos debidos:

1. La regulación de la dación en pago convencional o voluntaria no plantea problemas, sin perjuicio de los propios que derivan de la inexistencia de un procedimiento de cancelación de cargas posteriores a la hipoteca cancelada. Nada impide que pueda pactarse, bien en el momento del vencimiento de la obligación, bien anticipadamente a través del pacto

de limitación de responsabilidad hipotecaria a la propia finca hipotecada (art. 140 LH). La posibilidad de pactar esta modalidad de hipoteca debería incluirse obligatoriamente en la información precontractual que deben facilitar las entidades financieras, regulada en la actualidad por Orden del Ministerio de Economía de 28 de octubre de 2011, sobre transparencia y protección de clientes de servicios bancarios —que ha sustituido a la de 5 de mayo de 1994—. No obstante, para favorecerla deberían arbitrarse medidas fiscales, como es la no sujeción fiscal de la segunda transmisión —la que realiza el adjudicatario en favor de un tercero— en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en forma análoga a lo dispuesto para las subastas a calidad de ceder en el artículo 20 del Reglamento del Impuesto aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo. En cuanto a las cargas posteriores, se puede evitar que se antepongan a la hipoteca, pactando una retroventa en favor del deudor cedente en pago durante un plazo determinado, que evite la cancelación de la hipoteca por confusión de derechos —que es lo que determina la anteposición de las cargas—. Otra medida es fomentando también el alquiler en favor de ese deudor cedente en pago, reconociendo preferencia para el acceso a ayudas públicas a inquilinos, en términos similares a las previstas para las personas que hubieran sido objeto de lanzamiento de su vivienda habitual en virtud de un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria, a que se refiere el artículo 13 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo.

2. Por el contrario, la dación en pago como forma obligatoria de extinción de la obligación garantizada, no puede generalizarse ni imponerse como regla general. No tanto porque suponga una quiebra de principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, sino porque no es la solución más adecuada desde un punto de vista macroeconómico, pues debilita nuestro mercado hipotecario, ni tampoco es lo que más favorece al consumidor, ya que fomenta la elevación de los tipos de interés y el *loan to value* —proporción del valor del inmueble en relación al préstamo— exigible por las entidades financieras. Caso de admitirse excepcionalmente la dación en pago obligatoria debe limitarse a deudores dentro del umbral denominado de «exclusión» y para supuestos de viviendas habitual, como hace el Real Decreto de 9 de marzo de 2012, que aprueba el Código de Buenas Prácticas en esta cuestión y el reciente Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios. También cabría aceptarlo como excepcional en el concurso de persona física no culpable, como excepción a la regla general que permite la reapertura del concurso, conforme al artículo 179 de la Ley concursal.

En todo caso, la solución del problema de los desahucios no debe pasar por restringir y debilitar el mercado hipotecario que ha servido para que millones de personas —españoles y extranjeros— adquieran una vivienda en España. No se puede poner en entredicho el principio de cumplimiento de las obligaciones. Pero sí deben revisarse numerosos aspectos que rodean el procedimiento de ejecución y de las valoraciones, en particular de las adjudicaciones a favor de las entidades financieras por porcentajes ridículos del valor de tasación —sin excluir en tales casos la acción personal— y pese a que la entidad financiera lo aceptara, pues en tales casos estamos cercanos a un enriquecimiento injusto impropio de sistemas protectores del deudor, como es el nuestro. Y no debe olvidarse que las entidades financieras tienen departamentos de evaluación del riesgo de los que no dispone el consumidor.

Espero que estos trabajos que ahora se incorporan a un número especial de la *Revista Crítica* contribuyan a buscar soluciones a un problema social acuciante, sin merma del sistema hipotecario vigente que ha contribuido tanto al desarrollo económico.

ESTUDIOS

Presente y futuro de la garantía hipotecaria¹

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

Registrador de la Propiedad

Ltrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Catedrático (acreditado) Derecho Civil

Vocal Permanente de la Comisión de Codificación

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO.
- II. DESAPARICIÓN DE LOS CENSOS.
- III. SUPERACIÓN DE SISTEMAS DE FINANCIACIÓN USURARIOS.
- IV. EL FUTURO DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA.
- V. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR.
- VI. INCREMENTO DEL CONTROL INSTITUCIONAL Y PREVENTIVO.
- VII. POTENCIACIÓN DE LA EJECUCIÓN.
- VIII. FLEXIBILIZACIÓN DE PRODUCTOS HIPOTECARIOS.
- IX. LA DACIÓN EN PAGO.
- X. CONCLUSIÓN.

¹ Conferencia de clausura como director del curso sobre «La dación en pago de préstamos hipotecarios», celebrado en Aranjuez, dentro de los cursos de verano de la Universidad Rey Juan Carlos, julio de 2012.

I. PLANTEAMIENTO

El modelo de financiación hipotecaria está comenzando a agotarse si no se adoptan medidas urgentes de reforma. Y no se debe tan solo a la actual crisis financiera que ha derivado en una restricción general del crédito, sino que es un problema estructural.

La hipoteca no satisface ni la posición del acreedor ni la del deudor.

a) LOS ACREEDORES EMPIEZAN A CONSIDERAR INSUFICIENTE LA HIPOTECA POR SÍ SOLA PARA LA GARANTÍA DE LA DEUDA

Lejos queda lo que afirmaba la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861:

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

A diferencia de lo que decía la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, la hipoteca es hoy en día un instrumento no siempre suficiente, por sí solo, para la defensa adecuada de los acreedores. Se ha producido un cambio radical hasta el punto de que lo determinante en la concesión del crédito no es tanto el *loan to value* —proporción de la deuda en relación al valor del inmueble— sino el *loan to income* —proporción de la deuda en relación a los ingresos del deudor—. Algo insólito en la primitiva legislación hipotecaria.

Hoy en día el acreedor tiene que rodearse de innumerables garantías complementarias («colaterales») —avales, seguros de desempleo, de vida, domiciliación de la nómina— para que la entidad financiera considere suficiente desde la perspectiva del riesgo de impago. La poca financiación que ofrecen los Bancos, se rodea de garantías complementarias a la propia hipoteca, ignorando la prohibición de sobregarantías contempladas en nuestra legislación de protección al consumidor (art. 88 del Texto Refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 16 de noviembre de 2007). Es criticable, pero en cierta medida comprensible si atendemos a la agresión institucional que la hipoteca ha ido sufriendo.

En efecto, la legislación moderna ha ido cercenando la eficacia sumaria de la hipoteca. Por poner un ejemplo esencial, pese a que la hipoteca en principio supone la afección de un bien al pago de una obligación, y por tanto en nada debe afectarle la situación de insolvencia del deudor, debiendo tener —y así era tradicionalmente, incluso bajo el imperio de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1 de enero de 2000— un procedimiento de ejecución separada, hoy en día —tras la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal— la hipoteca queda paralizada y sometida a las vicisitudes del concurso al menos durante el período temporal de un año siguiente a la declaración de concurso con miras a procurar un convenio con el deudor.

Existen otros muchos ejemplos de cercenamiento moderno de la hipoteca, como el establecimiento de créditos privilegiados con vocación de prevalecer frente a la hipoteca —caso del art. 32 del Estatuto de los Trabajadores o la afección a los gastos de comunidad en edificios en régimen de propiedad horizontal— cuando conceptualmente es imposible que un mero crédito, por muy privilegiado que sea, se anteponga a una garantía real. 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.

El propio procedimiento de ejecución sumaria que desde su origen caracterizó a la hipoteca, ha sido puesto reiteradamente en cuestión, e impugnado por los deudores por entender que la limitación de las causas de oposición contravienen principios constitucionales, como el de tutela efectiva.

Ha tenido que manifestarse reiteradamente el Tribunal Constitucional respecto de la legalidad y constitucionalidad del procedimiento. Así la sentencia del Tribunal Constitucional 41/1981, de 18 de diciembre, refrendada en el reciente auto del TC 113/2011, de 19 de julio de 2011 (*BOE* de 17 de agosto de 2011) consagra el procedimiento y la constitucionalidad de las disposiciones legales que limitan los motivos de oposición a la ejecución en el marco del procedimiento sumario de ejecución hipotecaria².

² Señala el fundamento 7.º de aquella sentencia, como argumento decisivo que: «el constituyente de la hipoteca ha consentido la posición en que el título ejecutivo le sitúa, ya que tal

En este contexto ahora se propugna por algunos en nuestro Ordenamiento Jurídico una dación en pago obligatoria a favor del consumidor. Se considera —así lo entiende incluso algún pronunciamiento jurisprudencial como es el conocido auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010—, que siendo las entidades financieras las causantes de la crisis financiera, son ellas las que deben asumir los riesgos derivados de la disminución del valor de los inmuebles dados en garantía.

A la dación en pago nos referiremos posteriormente, pero ya adelante que si se admitiera de forma obligatoria como causa de extinción de la deuda podría suponer un nuevo cercenamiento a la hipoteca.

b) RESPECTO DEL DEUDOR, LA INSATISFACCIÓN CON RESPECTO DE LA HIPOTECA ES AÚN MAYOR

No solo desde la perspectiva del consumidor se discute la constitucionalidad del procedimiento de ejecución directa y se critica la limitación de causas de oposición, sino que se considera que la hipoteca nace de un contrato que carece de equilibrio en las contraprestaciones. No cabe olvidar que la hipoteca no solo es un derecho real, sino también un contrato del cual nace aquel —como contrato es regulado en el Título XV del Libro IV del Código Civil—. Pues bien, este contrato es considerado ya como abusivo desde su origen, cuando eso en absoluto es así. No hay que confundir las consecuencias rigurosas que conlleva —como cualquier acto dispositivo—, con que sea abusivo.

Es una realidad que a veces determinados acreedores en la contratación en masa han intentado abusar de su posición dominante introduciendo verdaderas cláusulas abusivas, a lo cual ha tenido que reaccionar el ordenamiento jurídico (así, la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación en la transposición de la Directiva 93/13 CEE). Y es también cierto que el préstamo hipotecario, en sí mismo, no es un contrato sinalagmático o con equivalencia de prestaciones.

posición deriva de un negocio jurídico. La hipoteca voluntaria, dice el artículo 145 de la Ley Hipotecaria, se constituye en escritura pública, con la especial garantía que ello trae consigo, y se inscribe en el Registro, con una inscripción que tiene valor constitutivo. El nacimiento de la hipoteca se halla así sometido a la voluntad del constituyente en la fase anterior al Registro y en la propiamente registral. Este dato permite sostener que la contradicción en el sentido amplio del término, y la defensa frente a las pretensiones del acreedor, no solamente están garantizadas por el declarativo ordinario, sino que lo están también, durante la vida de la hipoteca, por lo que se puede llamar procedimiento registral». En definitiva, la intervención notarial y registral es un argumento utilizado por el TC para defender la constitucionalidad de la ejecución hipotecaria.

Pero eso no significa que, en sí mismo, sea desequilibrado o abusivo. Al contrario, un instrumento adecuado en la sociedad moderna para hacer efectivo el derecho constitucional al acceso a la vivienda, y un instrumento dirigido a las personas menos favorecidas, pues las más favorecidas económicamente no necesitan acudir a la financiación. A través de la hipoteca han conseguido acceder a la propiedad de la vivienda millones de ciudadanos que sin ella no habrían podido hacerlo.

Lo que es cierto es que el deudor que hipoteca tiene que ser conocedor de que la hipoteca implica un derecho de realización de valor para el caso de impago. Es tanto como una venta anticipada condicionada a la falta de pago, si bien el procedimiento de realización está regulado con normas imperativas y de orden público —no alterables por voluntad de los interesados— precisamente en aras de un justo equilibrio en la posición del acreedor y del deudor.

II. DESAPARICIÓN DE LOS CENSOS

Una situación de crisis institucional parecida sufrieron los censos, que desaparecieron paulatinamente y de forma definitiva en el siglo XIX después de una progresiva desconfianza por censualistas y censatarios.

Me estoy refiriendo no tanto al censo enfitéutico, que contribuyó al desarrollo de la agricultura y el comercio en un contexto de manos muertas y vinculaciones perpetuas de la tierra; sino fundamentalmente al censo reservativo, por el que se cedía una finca a cambio de una renta anual y con posibilidad de redención, todo a cambio de un capital.

La financiación vía constitución de censos reservativos, cayó en desuso tras el incremento fortísimo de los tipos de interés³ y por la falta de seguridad jurídica en las transacciones, debido al incumplimiento generalizado de la inadmisión por los jueces de los censos no registrados, ordenada en las Pragmáticas de los siglos XV a XVIII, así como por el temor de los censualistas a la pérdida final de la propiedad, dado el sentimiento de pertenencia que ostentaban los censatarios.

Los inversores fueron pasando de los censos reservativos a la venta a carta de gracia o la inversión directa en bienes inmuebles, para su posterior arrendamiento, propiciada por la legislación desamortizadora.

La puntilla final a los censos la dio la legislación hipotecaria de 1861 al regular la hipoteca y establecer un sistema de inoponibilidad de las cargas no inscritas. Al igual que el propio Código Civil de 1889 al hacer constitutiva la

³ Sobre la evolución de los censos y su progresiva desaparición, véase Salustiano DE DIOS y otros (coordinadores), *Historia de la Propiedad, crédito y garantía*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, 2007.

inscripción de la hipoteca, y por tanto al dejar sin efecto frente al acreedor hipotecario los censos no registrados.

Dicho de otra forma, la historia demuestra que las garantías que no satisfacen las necesidades del crédito son sustituidas por otras.

III. SUPERACIÓN DE SISTEMAS DE FINANCIACIÓN USURARIOS

En la búsqueda de un sistema de financiación alternativo al hipotecario debe huirse de sistemas de financiación ya superados, como son todos aquellos basados en el pacto comisorio (prohibido por el art. 1859 CC), en la atribución fiduciaria de propiedad en garantía (ventas en garantía), o las ventas a carta de gracia o con pacto de retroventa en función de garantía de créditos, pues —aunque es verdad que rigen en algunas zonas de nuestro territorio nacional, como es el pacto comisorio en Navarra, o la venta a carta de gracia en Cataluña— y aunque pueden ser considerados como muy protectores del crédito, provocan un desequilibrio contractual abusivo cuando se ejerce entre un empresario —entidad financiera— y un consumidor.

Todos ellos suelen encubrir préstamos usurarios por razón de lo desproporcionado del tipo de interés o porque dan por recibida menor cantidad de la realmente prestada (pactos leoninos proscritos ya desde la Ley Azcárate de 23 de julio de 1908). Así en la venta a carta de gracia, el precio de retroventa reconocido o escriturado no coincide con el real, siendo muy superior en realidad al precio recibido por el deudor-vendedor, pues encubre intereses desproporcionados.

No caben por tanto retrocesos en esta materia.

Y no puede servir de excusa que este tipo de garantías existen ya en el ámbito mercantil, donde la prohibición de comiso es inexistente, como lo prueba la práctica generalizada de pactos de autotutela privada (compensación de garantías, adjudicación de valores al acreedor en caso de impago por el valor previamente determinado, etc.), pues al fin y al cabo la negociación entre empresarios está al margen de la legislación de protección del consumidor característica de los préstamos hipotecarios, que son esencialmente de carácter civil.

IV. EL FUTURO DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA

El futuro de la garantía hipotecaria pasa precisamente por encontrar soluciones para que acreedor y deudor se encuentren suficientemente protegidos.

El acreedor debe disponer de instrumentos que le permitan la recuperación de su inversión. Pues de nada sirven instrumentos de garantía real que hagan ineficiente la inversión.

El consumidor, a su vez, debe quedar protegido frente a posiciones abusivas del acreedor, que no agraven las consecuencias rigurosas de la hipoteca, que —como se ha visto— es una venta o embargo anticipado que va a conllevar la realización forzosa del inmueble hipotecado cualquiera que sea su poseedor.

De nada serviría un entramado de reglas que hicieran posible un eficiente mercado, si luego los consumidores tuvieran recelo de participar en él. Si sus derechos no son garantizados, temerán de acogerse al sistema, y el mercado se paralizaría.

V. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

La protección del consumidor debe venir dada a través de los siguientes criterios:

a) *obteniendo suficiente información precontractual y contractual*

No debe cejarse en la implantación de Códigos de Conducta de las Entidades Financieras en orden a la suficiente información al consumidor de las consecuencias de los productos que van a firmar.

b) *impidiendo la imputación de riesgos al consumidor que no le corresponden por razón de su especialización*

Debe acabarse, bajo un régimen de nulidad radical —en el ámbito civil— y de exigencia de responsabilidad a los intermediarios financieros que los ofrecen con la suscripción de productos, que por su complejidad no deben ser dirigidos a consumidores, como son los derivados financieros complementarios al préstamo hipotecario (así lo exige la Directiva MIFID).

c) *evitando la imposición de cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*

Es cierto que el control de la adecuación al Ordenamiento Jurídico de los contratos en general, y de los bancarios en particular, corresponde en última instancia al juez. Pero no cabe duda que también debe existir un control preventivo por parte de Notarios y Registradores. No solo porque es la razón de ser de su función, sino por expresa exigencia de la normativa de protección de los consumidores derivada de las directivas de la Unión Europea.

Ahora bien, tal control preventivo no debe impedir la introducción de nuevos productos financieros, en base al principio de libertad contractual, ya que supondría un entorpecimiento del desarrollo económico. No cabe considerar

abusivas cláusulas en base a criterios generales de desequilibrio contractual, sin base en alguna prohibición específica o precepto imperativo, ya que eso entorpecería la creación de nuevos productos financieros (baste pensar en la dificultad que tuvo la introducción en España de la hipoteca en garantía de crédito abierto, que en ocasiones se consideraba injustificadamente como una suerte de reserva de rango en beneficio de un acreedor determinado y en perjuicio de los demás).

La abstención de los Notarios en la autorización de instrumentos públicos en los que se inserten cláusulas abusivas y su denegación por parte de los Registradores, caso de que se hayan incorporado al título, viene exigida por lo dispuesto en el artículo 84 del Texto Refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (anteriormente art. 10.6 del TR de 1984 en la redacción dada por Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación en transposición de la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas en la contratación con consumidores) y se circunscribe a supuestos determinados.

En concreto, tratándose de condiciones generales abusivas, los notarios y registradores deben rechazarlas en los tres siguientes casos:

- a) cuando estén incluidas en la lista negra de cláusulas abusivas (hoy en día contenida en los arts. 85 a 90 del TRDCU de 2007, antes Disposición Adicional primera de la misma Ley de 1984), de manera que se puedan encuadrar en ella sin lugar a dudas; la razón es que son nulas «en todo caso» y no cabe interpretación;
- b) cuando sean contrarias a una norma imperativa o prohibitiva que claramente las rechace;
- c) cuando se trate de cláusulas declaradas judicialmente nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación⁴.

Lo que no parece posible es que se abstengan de intervenir o califiquen negativamente cláusulas abusivas en base a la declaración general de abusividad contenida en el artículo 82 TRLDU de 2007 —antes art. 10 bis de la LGDCU— ya que corresponde al juez, en tales casos, declarar tal nulidad e integrar en tal caso el contrato. Por supuesto tampoco podrán considerar abusivas cláusulas contractuales negociadas individualmente o aquellas que integren el

⁴ El artículo 84 TR aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, antes artículo 10.6 de la LGDCU en la redacción dada por la Disposición Adicional primera de la LCGC, establece que los notarios y registradores, en el ejercicio profesional de sus funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

objeto del contrato —como pudiera ser el precio en una compraventa o el tipo de interés en un préstamo⁵—.

VI. INCREMENTO DEL CONTROL INSTITUCIONAL Y PREVENTIVO

Otra de las medidas debe ser el incremento de las medidas de control institucional.

No se trata tan solo de una supervisión general por parte del Banco de España de las instituciones financieras, sus comisiones, clausulados o folletos informativos. Debe existir un control efectivo de las carteras hipotecarias de los Bancos. De la misma manera que la Comisión Nacional del Mercado de Valores debe hacer lo propio con las titulaciones, evitando la entrada en el mercado de títulos empaquetados o sin los rigurosos requisitos establecidos por la Legislación de Mercado Hipotecario para bonos, cédulas y participaciones hipotecarias. En definitiva, restringir las emisiones de títulos de financiación hipotecaria «*subprime*».

Dentro de este control institucional debe potenciarse los instrumentos de control preventivo.

Debe exigirse responsabilidad a los intermediarios que no ejerzan su obligatoria función de información.

Así la indebida información por parte de los Notarios de los riesgos que conlleva la financiación hipotecaria debe ser fuente efectiva y rigurosa de responsabilidad. De la misma manera que la inscripción sin depuración de cláusulas abusivas en el Registro de la Propiedad.

Bien es cierto que han sido los registradores más que los notarios, por la propia naturaleza de su función, los que han excluido de la práctica negocial las cláusulas abusivas. En este sentido es clarificadora la posición de la DGRN reciente en la interpretación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, que ampara la exclusión de cláusulas contrarias a norma imperativa o prohibitiva o bien contraria a sentencia judicial firme (véase, por todas, la Resolución de la DGRN de 4 de noviembre de 2010), frente al criterio anterior del Centro Directivo favorable a la transcripción de cláusulas financieras.

Creo que es esencial la libertad de autonomía de la voluntad en esta materia (*ex art.* 1255 CC) que no merme la competencia de nuestras entidades financieras y la posibilidad de creación de nuevos productos, pero siempre con pleno respeto a los límites de ley imperativa o prohibitiva, como del propio artículo 1255 se deduce.

⁵ Muy discutible es que pueda calificarse el tipo de interés de demora, por muy alto que parezca, y solo podrá rechazarse en base al propio TR de 2007, los tipos de interés que para descubiertos prevé la Ley de Crédito al Consumo.

Sobre la imposibilidad de que la calificación registral se extendiera a todo tipo de condiciones generales abusivas, se había pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 19 de abril de 2006 y otras posteriores entre las que podemos destacar la Resolución de 24 de julio de 2008. Esta última limitó exageradamente el papel de notarios y registradores en el control preventivo de las cláusulas abusivas y entendió que tras la Ley 41/2007, que reformó el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, la inscripción en el Registro debería ser una transcripción de las cláusulas financieras en los mismos términos que resultaran del título, sin poder rechazar ninguna cláusula por abusiva. En contra de este criterio, la sentencia de 1 de abril de 2011 dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona —en juicio verbal interpuesto contra la citada resolución—, procede a su anulación. Esta sentencia se basa en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (en su sentencia de 16 de diciembre de 2009) y en la más reciente y adecuada de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado (entre ellas, Resoluciones de 1 de octubre de 2010, 4 de noviembre de 2010, 21 de diciembre de 2010 y 11 de enero de 2011).

Según esta posición —jurisprudencial y del Centro Directivo de notarios y registradores— más reciente y acertada podemos afirmar que los notarios y registradores deben rechazar aquellas cláusulas financieras —incluidas las de vencimiento anticipado— siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también aquellas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado sin necesidad de realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Dicho de otro modo, el control sobre cláusulas abusivas debe extenderse a las que estén afectadas de una causa directa de nulidad apreciable objetivamente porque así resulte claramente de una norma que lo exprese sin poder entrar en conceptos jurídicos indeterminados.

En base a los pronunciamientos judiciales citados anteriormente podemos señalar como ejemplos de cláusulas que no deben incorporarse al título ni inscribirse en el Registro:

- a) vencimientos anticipados por cualquier embargo o disminución de solvencia del deudor en las que no se prevea la posibilidad de que el deudor preste nuevas garantías;
- b) vencimiento anticipado por arrendamientos posteriores sujetos a purga, pues no perjudican a la hipoteca;
- c) prohibición o limitación de la facultad de enajenar la finca, salvo que se tratara de hipoteca inversa en que dicho pacto es admisible según Ley 41/2007;
- d) renuncia del deudor a ser notificado de la cesión del crédito, considerándose derogado el artículo 242 del Reglamento Hipotecario que lo permitía;

- e) vencimientos anticipados del préstamo hipotecario por incumplimiento de obligaciones accesorias del mismo;
- f) cláusulas de comisión de cancelación o subrogatorias contrarias a los máximos legales;
- g) cláusulas denominadas «suelo» donde se fija un tipo de interés mínimo pero no un tope máximo de evolución —cláusula «techo»—.

Por el contrario, sí que serían admisibles las siguientes:

- a) extensión de la hipoteca a las costas de la ejecución;
- b) pacto de liquidación unilateral por la entidad financiera;
- c) pacto de compensación de la deuda con otros créditos vencidos del mismo deudor con la misma entidad, salvo que deriven de créditos indistintos con varios titulares;
- d) vencimiento anticipado del préstamo hipotecario por impago de una sola de las cuotas de principal o intereses;
- e) vencimiento anticipado por arrendamiento de la vivienda hipotecada que no esté sujeto a purga conforme al artículo 13 de la LAU, puesto que tales arrendamientos sí perjudican al acreedor hipotecario, pues tendrá que subrogarse en ellos.

VII. POTENCIACIÓN DE LA EJECUCIÓN

Si hemos visto que el futuro de la hipoteca pasa por la protección del consumidor frente a una posición de abuso de derecho por parte de las entidades financieras —por otra parte abuso de derecho proscrito por nuestro art. 7.2 CC—, debe reconocerse que la garantía hipotecaria debe poder permitir al acreedor cobrar con rapidez en caso de impago.

En este sentido deben mantenerse las causas limitadas de oposición existentes en la actualidad, no abriendo el abanico de otras posibles, que distorsionarían la eficacia de la hipoteca.

Quizá sí debiera abrirse la posibilidad a una oposición más amplia a la fijación unilateral del saldo acreedor por la entidad financiera, posibilidad contemplada en nuestro Derecho —vid art. 153 bis LH y LEC— pero que está planteando muchas dudas de adecuación a las Directivas europeas frente a cláusulas abusivas. De hecho se ha planteado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial por esta razón a instancia de un juez de lo mercantil español, y aunque España quiere sostener la validez del pacto de fijación unilateral del saldo, es posible que se pronuncie a favor de que el juez

pueda declarar nulo el pacto en el propio proceso de ejecución, sin necesidad de esperar a un juicio declarativo posterior⁶.

Además deben potenciarse los procedimientos de ejecución extrajudicial, siendo muy perjudiciales los precedentes jurisprudenciales —superados por la reforma de la LEC de 1 de enero de 2000— que afirmaban el carácter necesariamente judicial de los procedimientos de ejecución hipotecaria.

VIII. FLEXIBILIZACIÓN DE PRODUCTOS HIPOTECARIOS

De la misma manera que creo que el futuro de la garantía hipotecaria pasa por la depuración de sus cláusulas abusivas, el sometimiento a un control superior institucional y preventivo y al mantenimiento de su eficacia sumaria, deben irse admitiendo figuras que vayan flexibilizando su aplicación.

Ejemplos paradigmáticos son la Ley de 30 de marzo de 1994, sobre subrogación y novación de préstamos hipotecarios, que admitió el cambio de entidad financiera a instancia del deudor (*ex art. 1211 CC*) sin pérdida de rango de la hipoteca inscrita; o la Ley 1/2007, que aumentó los supuestos de novación modificativa a la refinanciación y al aumento del plazo de vencimiento, e introdujo el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, que admite hipotecas globales o en garantía de una pluralidad de obligaciones vencidas o futuras, sean o no de la misma naturaleza, siempre que deriven de una relación causal determinada.

También ha sido ejemplo paradigmático la admisión por el Centro Directivo de hipotecas únicas, a favor de una pluralidad de acreedores en mano común —con pacto de ejercicio conjunto de la acción hipotecaria—, sin necesidad de distribución de la hipoteca entre cada cuota, como fórmula de refinanciación de empresas en situaciones preconcursales, a las que se refiere la RDGRN de 8 de junio de 2011.

⁶ Asunto C-415/2011, Mohamed Aziz *versus* Caixa d'estalvis de Catalunya, Tarragona y Manresa, cuestión prejudicial formulada por el Juez de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, al conocer de una demanda de nulidad de la hipoteca en juicio ordinario interpuesto con posterioridad a la ejecución. El Reino de España argumenta que es un pacto amparado en la legislación procesal y no constituye condición general de la contratación, pero la Comisión Europea y la abogada general del TJUE en sus conclusiones critica la legislación española en cuanto a la posibilidad de que si se declara la nulidad del pacto en juicio declarativo posterior, el deudor no pueda recuperar el inmueble subastado. Lo cierto es que el artículo 131 de la Ley Hipotecaria actualmente vigente, tras la reforma efectuada por la LEC de 7 de enero de 2000, permite mantener como carga preferente la anotación de la demanda que se haya practicado antes de la nota marginal de expedición de la certificación de cargas. Lo cual es lógico, pues a partir de tal momento a quien hay que proteger es al adquirente de buena fe en la subasta, que ha confiado en los pronunciamientos registrales a través de la certificación de titularidad y cargas expedida por el registrador.

IX. LA DACIÓN EN PAGO

La crisis financiera ha provocado mayor morosidad en el cumplimiento de las deudas y ha incrementado el desahucio de muchas personas de sus viviendas. Tratándose de ejecución por impago de deudas garantizadas con hipoteca, el problema no se soluciona con la entrega de la vivienda al acreedor, ya que nuestra legislación se basa en el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 del CC). Esto hace que si el valor de la vivienda, en el momento de la ejecución, no es suficiente para saldar la deuda, el acreedor aún puede perseguir y embargar otros bienes del deudor hasta obtener plena satisfacción de lo que se le debe por principal, intereses y costas (arts. 105 de la LH y 579 de la LEC).

Sin embargo, algunas sentencias aisladas generaron un debate sobre la justicia de esta doble acción personal y real de la que dispone el acreedor, entendiéndose que su aplicación estricta puede suponer un abuso de derecho, pues las entidades financieras debieran asumir el riesgo derivado de la tasación inicial del bien, que les debería vincular aunque después se hubiera desvalorizado. Esto es, la dación en pago de la finca dada en garantía debería ser suficiente para dar por extinguida la deuda.

Frente a ello la mayoría de la jurisprudencia mayor se inclina por entender que no estamos ante un ejercicio abusivo del derecho, pues se trata de una opción permitida por nuestro ordenamiento jurídico, y que no existe enriquecimiento injusto por parte de la entidad financiera.

La dación en pago como forma obligatoria de extinción de las obligaciones debe afrontarse teniendo en cuenta una perspectiva amplia del problema. No deben tomarse decisiones irreflexivas, basadas en un sentimiento lógico de solidaridad frente a los desahucios. No debemos perjudicar a la hipoteca, si queremos impedir su desaparición, como vimos ocurrió con los censos.

La dación en pago como fórmula obligatoria no se corresponde con nuestro sistema atributivo al deudor de la revalorización —y por tanto lógicamente también de la desvalorización— del inmueble dado en garantía.

Ni siquiera en sistemas de *mortgage* anglosajona, el sistema de dación en pago está generalizado, sino que exige pacto al respecto en la mayoría de los Estados.

Ahora bien, tampoco se puede afirmar que nuestro ordenamiento jurídico esté totalmente enfrentado a la dación en pago. Muy por el contrario es la solución —y esto no ha sido puesto de relieve suficientemente— en el caso de la prenda y en la hipoteca mobiliaria.

Así, el artículo 1872 del Código Civil en relación a la prenda, prevé expresamente que:

«El acreedor a quien oportunamente no hubiere sido satisfecho su crédito podrá proceder a la realización de la prenda. Esta enajena-

ción deberá hacerse precisamente en subasta pública, y con citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso. Si en la primera subasta no hubiese sido enajenada la prenda, podrá celebrarse una segunda con iguales formalidades; y si tampoco diere resultado, podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda. En este caso está obligado a dar carta de pago de la totalidad de la deuda».

Dicho de otra forma, si la adjudicación en pago liberatoria está contemplada en nuestro ordenamiento jurídico en relación a los bienes muebles —y ya se sabe que hoy en día no rige el aforismo *res mobilis res vilis*—, dado el progresivo incremento del valor de los bienes muebles, no podemos afirmar rotundamente que ponga en entredicho principios esenciales de nuestro sistema. El problema es la repercusión que ello tendría.

Macroeconómicamente puede estar demostrado que la dación en pago obligatoria conlleva un desincentivo al pago de la deuda, produce efecto llamada a la desvalorización, y fomenta el abandono del inmueble, por lo que en un entorno de dación en pago, se produciría un incremento de los tipos de interés como fórmula de compensación de esos mayores riesgos.

Pero no es algo insólito en nuestro Derecho, como hemos visto en materia mobiliaria. Tampoco lo es en materia inmobiliaria, donde la regulación de la hipoteca inversa en la Disposición Adicional primera de la Ley 41/2007, articula un régimen de limitación de responsabilidad de los herederos a los propios bienes recibidos por herencia, en clara limitación del principio general del artículo 1911 del Código Civil.

En cualquier caso, la regulación de la dación en pago debe diferenciar el régimen jurídico de la dación en pago voluntaria, de naturaleza contractual, con la adjudicación en pago obligatoria, que participa más de los actos debidos.

1. La dación en pago convencional no plantea problemas, sin perjuicio de los propios que derivan de la inexistencia de un procedimiento de cancelación de cargas posteriores a la hipoteca cancelada. De ahí que pueda pactarse, bien en el momento del vencimiento de la obligación, bien anticipadamente a través del pacto de limitación de responsabilidad hipotecaria a la propia finca hipotecada (art. 140 LH).

La posibilidad de pactar esta modalidad de hipoteca debería incluirse obligatoriamente en la información precontractual que deben facilitar las entidades financieras, regulada en la actualidad por Orden del Ministerio de Economía de 28 de octubre de 2011, sobre transparencia y protección de clientes de servicios bancarios —que ha sustituido a la de 5 de mayo de 1994—.

No obstante, para favorecerla deberían arbitrarse medidas fiscales, como es la no sujeción fiscal de la segunda transmisión —la que realiza el adjudicatario en favor de un tercero— en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en forma análoga a lo dispuesto para las subastas a

calidad de ceder en el artículo 20 del Reglamento del Impuesto aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo.

En cuanto a las cargas posteriores, se puede evitar que se antepongan a la hipoteca, pactando una retroventa en favor del deudor cedente en pago durante un plazo determinado, que evite la cancelación de la hipoteca por confusión de derechos —que es lo que determina la anteposición de las cargas—.

Otra medida es fomentando el alquiler en favor de ese deudor cedente en pago, reconociendo preferencia para el acceso a ayudas públicas a inquilinos, en términos similares a las previstas para las personas que hubieran sido objeto de lanzamiento de su vivienda habitual en virtud de un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria, a que se refiere el artículo 13 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo.

2. La dación en pago como obligatoria no puede generalizarse ni imponerse como regla general. No porque suponga una quiebra de principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, sino porque no es la solución más adecuada desde un punto de vista económico, pues debilita nuestro mercado hipotecario, ni tampoco es lo que más favorece al consumidor, ya que fomenta la elevación de los tipos de interés y el *loan to value*.

Caso de admitirse excepcionalmente debe limitarse a deudores dentro del umbral denominado de «exclusión» y para supuestos de vivienda habitual, como hace el Real Decreto de 9 de marzo de 2012, que aprueba el Código de Buenas Prácticas en esta cuestión y el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre.

También cabría aceptarlo como excepcional en el concurso de persona física no culpable, como excepción a la regla general que permite la reapertura del concurso, conforme al artículo 179 de la Ley concursal.

Antes no obstante, deben fomentarse medidas procesales que tiendan a evitar el lanzamiento. Tales como:

- a) el establecimiento de un sistema de conciliación obligatorio previo;
- b) la posibilidad de establecer un patrimonio inembargable superior al actual —aunque ya ha habido medidas en este sentido en el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, con relación al cual no se pueda acudir a la acción personal, *ex* artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil;
- c) la modificación del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que su aplicación se realice sobre una tasación realizada por sociedad de tasación homologada con no más de tres años de antigüedad. El objetivo debe ser que la utilización del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por parte del acreedor adjudicatario —sin llegar a obligar a otorgar carta de pago por la totalidad de la deuda como ocurre en materia mobiliaria— se limite a la parte de la deuda (por principal, intereses y costas) no cubierta con el inmueble adjudicado (al 100% del valor de tasación actualizado).

X. CONCLUSIÓN

La garantía hipotecaria está amenazada por diversos factores que hacen pensar en un cambio en el modelo de garantías reales, si no se adoptan soluciones. Desde la perspectiva del acreedor, la hipoteca ha perdido eficiencia como consecuencia de la admisión de créditos privilegiados, hipotecas tácitas, paralización de la ejecución en situaciones concursales, dudas en torno a la constitucionalidad del procedimiento. Desde el lado del deudor, se ha considerado como un instrumento abusivo en manos de las entidades financieras y se ha propugnado la dación en pago del objeto hipotecado como forma de extinción obligatoria de la deuda. Para evitar el retroceso en la aplicación de la hipoteca, que ha permitido el acceso a la propiedad a millones de ciudadanos, debemos potenciar la confianza en ella de acreedores y deudores.

La confianza de los primeros debe potenciarse mediante la recuperación de la eficacia de la garantía hipotecaria y su procedimiento de ejecución; la de los deudores debe hacerse a través de la depuración de las prácticas y cláusulas abusivas de los préstamos hipotecarios. En este contexto la función del registrador de la propiedad es esencial para impedir que accedan al Registro, y por tanto al procedimiento de ejecución, cláusulas abusivas.

En cuanto a la dación en pago obligatoria sería muy dañina para el conjunto de la economía y de la hipoteca en particular, pero nada impide adoptar medidas de impulso de la dación en pago voluntaria y de instrumentos procesales que vinculen al acreedor a la tasación realizada, así como de soluciones excepcionales que permitan la liberación del deudor con la entrega de la vivienda a determinados deudores en situaciones de exclusión o de insolvencia.

RESUMEN

DACIÓN EN PAGO

La garantía hipotecaria está amenazada por diversos factores que hacen pensar en un cambio en el modelo de garantías reales, si no se adoptan soluciones. Desde la perspectiva del acreedor, la hipoteca ha perdido eficiencia como consecuencia de la admisión de créditos privilegiados, hipotecas tácitas, paralización de la ejecución en situaciones concursales, dudas en torno a la constitucionalidad del procedimiento. Desde el lado del deudor, se ha considerado como un instrumento abusivo

ABSTRACT

SURRENDER IN LIEU OF PAYMENT

Mortgages as security are being threatened by a number of different factors. If no solutions are found, the only thing left to do will be to change the way collateral works. From the lender's viewpoint, mortgages are not as efficient as they used to be, because of the acceptance of privileged loans, tacit mortgages, bankruptcy situations that freeze foreclosure and doubts about the constitutionality of the foreclosure procedure. From the borrower's side, mortgages are widely regarded as a tool

en manos de las entidades financieras y se ha propugnado la dación en pago del objeto hipotecado como forma de extinción obligatoria de la deuda. Para evitar el retroceso en la aplicación de la hipoteca, que ha permitido el acceso a la propiedad a millones de ciudadanos, debemos potenciar la confianza en ella de acreedores y deudores.

La confianza de los primeros debe potenciarse mediante la recuperación de la eficacia de la garantía hipotecaria y su procedimiento de ejecución; la de los deudores debe hacerse a través de la depuración de las prácticas y cláusulas abusivas de los préstamos hipotecarios. En este contexto, la función del registrador de la propiedad es esencial para impedir que accedan al Registro, y por tanto al procedimiento de ejecución, cláusulas abusivas.

En cuanto a la dación en pago obligatoria sería muy dañina para el conjunto de la economía y de la hipoteca en particular, pero nada impide adoptar medidas de impulso de la dación en pago voluntaria y de instrumentos procesales que vinculen al acreedor a la tasación realizada, así como de soluciones excepcionales que permitan la liberación del deudor con la entrega de la vivienda a determinados deudores en situaciones de exclusión o de insolvencia.

of abuse for financial institutions, and borrowers espouse the idea of surrendering the mortgaged object in lieu of payment, as a way of forcibly extinguishing the debt. Mortgages have made it possible for millions of citizens to buy their own property. If we want to keep mortgages from tapering off toward disuse, we must boost lenders' and borrowers' confidence in mortgages.

Lenders' confidence must be boosted by making mortgages as collateral and the mortgage foreclosure procedure effective; borrowers' confidence must be won by eliminating abusive practices and clauses from mortgage loan agreements. In this context, the function property registrars play is essential. Property registrars must stop abusive clauses from being registered and therefore being applied in foreclosure.

Mandatory acceptance of collateral in payment of debt would be extremely harmful for the economy as a whole and mortgages in particular, but there is nothing standing in the way of taking measures to encourage voluntary surrender in lieu of payment and procedural instruments binding the lender to the appraisal. Nor is there anything stopping the use of solutions for exceptional cases only, in which certain insolvent borrowers or borrowers under the exclusion threshold may be released from their debt with surrender of the property.

La reforma de la responsabilidad hipotecaria¹

por

BENITO ARRUÑADA

Catedrático de la Universidad Pompeu Fabra

SUMARIO

1. RESUMEN.
2. MODIFICACIÓN LEGAL RETROACTIVA.
3. MODIFICACIÓN LEGAL PROSPECTIVA.
4. OPTIMIDAD INDIVIDUAL:
 - 4.1. RESPONSABILIDAD E INCENTIVOS DE LOS DEUDORES.
 - 4.2. RESPONSABILIDAD E INCENTIVOS DE LOS ACREEDORES.
 - 4.3. RESPONSABILIDAD Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS.
 - 4.4. RACIONALIDAD DE LOS CONTRATANTES.
5. OPTIMIDAD SOCIAL.
6. UNIVERSALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD ILIMITADA.
7. CRÍTICA DE LAS REFORMAS Y PROPUESTA DE REFORMA FISCAL.

¹ Sucesivas versiones de este trabajo fueron presentadas por el autor en la Jornada sobre «La limitació de la responsabilitat del deutor hipotecari: sí o no. ¿La dació en pagament o lliurament de les claus de l'habitatge al Banc ha de ser suficient per extingir el deute?», en la Facultad de Derecho-CIDRRIM de la Universidad de Barcelona, el 25 de mayo de 2011; y en las comparecencias en sendas comisiones del Congreso de los Diputados, el 20 de julio de 2011, y del Parlament de Catalunya, el 25 de julio de 2011. Agradezco los comentarios recibidos en dichas presentaciones; las discusiones en Internet de diversos artículos de prensa y *blog posts* sobre el tema; y, sobre todo, las informaciones y comentarios proporcionados por Rafael Domenech, Jane Dokko, Ron Harris, José Massaguer, José García Montalvo, Fernando Méndez, Nicolás Nogueroles, Jesús Remón, Ana María Rubio, Henry Smith y Giorgio Zannarone, sin que ello conlleve responsabilidad alguna por los errores y juicios de valor que el trabajo pudiera contener, trabajo que, por lo demás, ha contado con el apoyo del Ministerio de Ciencia y Tecnología dentro de los proyectos ECO2008-01116 y ECO2011-29445.

8. EPÍLOGO PARLAMENTARIO.

8.1. MEDIDAS RETROACTIVAS.

8.2. MEDIDAS PROSPECTIVAS.

9. REFERENCIAS.

1. RESUMEN

Con la crisis económica, han abundado en España las propuestas para limitar por ley la responsabilidad de los deudores hipotecarios². Estas páginas examinan si tales propuestas son o no razonables desde un punto de vista económico. Concluyen que, para los préstamos hipotecarios ya firmados, sería injusto y temerario, por atentar contra el Estado de Derecho y hacerlo en un momento en el que aumentaría las dudas que suscitan la solvencia de nuestras finanzas públicas y la solidez de nuestras instituciones. Asimismo, para los préstamos futuros, sería un grave error, pues en España, como en casi todo el mundo desarrollado, acreedores y deudores prefieren contratar sin limitación de responsabilidad, por lo que debemos entender que les resulta beneficioso, sobre todo por existir considerable competencia entre acreedores. Además, de este ejercicio de su libertad contractual no se derivan daños a terceros que pudieran justificar una prohibición. Todo lo contrario, la limitación de responsabilidad sí generaría cuantiosos daños sistémicos, como pone de relieve la evidencia de los once Estados de los Estados Unidos cuyo régimen puede caracterizarse propiamente como de responsabilidad limitada (*recourse mortgages*).

² Políticos de todos los colores, los principales parlamentos autonómicos y numerosas organizaciones corporativas, incluyendo algunas asociaciones de jueces y fiscales, y algunos colegios de abogados se han manifestado a favor de aliviar la carga de los morosos hipotecarios, incluyendo: Esperanza Aguirre, Felipe González, Jueces para la Democracia, la Unión Progresista de Fiscales, los colegios de abogados de Cataluña, la Federación Española de Municipios y Provincias, la coalición CiU, PPC, UPyD, *Ciutadans, Solidaritat Catalana*, ICV-EUiA, Izquierda Unida y ERC. En el Debate sobre el Estado de la Nación celebrado en julio de 2011, el Gobierno del PSOE y la oposición pactaron elevar del 50 al 60 por 100 el porcentaje del valor de tasación original (que es el utilizado en el procedimiento de ejecución especial, el cual, pese a su nombre es el utilizado habitualmente en los préstamos hipotecarios) el límite mínimo para la adjudicación del inmueble y elevar el mínimo de ingresos no embargables desde el 110 al 150 por 100 del salario mínimo (961 €) para aquellos deudores que hayan perdido su vivienda habitual (medidas concretadas en el Real Decreto-ley 8/2011). El modo como se adoptaron tales medidas —su tramitación de urgencia y su aprobación por consenso— da una idea de la frivolidad con que puede llegar a funcionar el proceso legislativo en nuestro país. El nuevo Gobierno del Partido Popular ha promulgado, en marzo de 2012, una nueva norma, el Real Decreto-ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, por el cual introduce un régimen teóricamente voluntario para proteger personas en riesgo de exclusión social, concediéndoles diversas ventajas, entre ellas la dación en pago con carácter retroactivo. Se analiza esta norma más adelante.

En general, si no queremos que el remedio sea peor que la enfermedad, las soluciones a la crisis han de respetar el Estado de Derecho, lo que exige aplicar y hacer cumplir los contratos vigentes a menos que existan fallos de voluntad debidamente verificados en vía judicial. En línea con esta ideas, la penúltima sección del trabajo defiende una propuesta que cumple esa condición. Consiste en facilitar la negociación privada y voluntaria de la dación en pago, eliminando la desventaja fiscal que sufre en la actualidad respecto a la ejecución hipotecaria. Asimismo, la sección final analiza la crisis hipotecaria desde el punto de vista de un legislador benevolente interesado en la justicia, lo que permite poner de relieve como muchas de las soluciones propuestas «en justicia» son a menudo no solo ineficientes sino también injustas y, por tanto, inconsistentes con los objetivos declarados de tales propuestas.

2. MODIFICACIÓN LEGAL RETROACTIVA

Limitar la responsabilidad de los deudores con efectos retroactivos sería un atropello impropio de un país civilizado. Por ese motivo, la discusión técnica del asunto se ha centrado en si convendría o no imponer por ley la responsabilidad limitada del deudor en los préstamos futuros. Está claro, sin embargo, que estas propuestas a futuro son políticamente ineficaces, pues no ayudan a los deudores actuales. La presión sobre jueces y políticos la ejercen quienes no son capaces o, simplemente, no desean pagar todo lo que deben. Cuando discuten de contratos futuros es solo como excusa para colar medidas retroactivas, tales que modifiquen los contratos vigentes causando la redistribución de riqueza que en realidad persiguen.

En este sentido, la propuesta más radical entre las que han alcanzado cierto predicamento es la que limitaría la responsabilidad del deudor a la entrega del bien hipotecado cuando su valor sea inferior a la deuda³. Pero otras propuestas son menos radicales solo en apariencia, pues esconden sus efectos retroactivos en disposiciones adicionales de gran calado. Por ejemplo, cierta «Proposición conciliadora en materia de ejecución hipotecaria» que circulaba por Cataluña disponía la posibilidad de que se obligara por Ley a las entidades financieras a hacer más explícita la posibilidad legal, ya vigente, de contratar dos tipos de préstamos, con y sin limitación de responsabilidad. La nueva regla se presentaba como disposi-

³ No han faltado propuestas aun más radicales. Por ejemplo, al menos una Asociación de Consumidores, ADICAE, ha propuesto una «moratoria hipotecaria» que, de promulgarse como ley, implicaría que los deudores dejaran de pagar sus préstamos hipotecarios durante los tres años que (según ADICAE) durará aún la crisis. Asimismo, otros portavoces querrían complementar la dación en pago obligando al acreedor a satisfacer al deudor la diferencia entre el valor de la deuda y el valor en que se haya tasado el inmueble al concederse el préstamo (véase al respecto la nota 23 más abajo).

tiva; sin embargo, en realidad no lo era, pues: 1) atribuía la elección del tipo de préstamo al deudor, siendo obligatoria para el acreedor; 2) contemplaba establecer un límite máximo a la diferencia entre los tipos de interés de ambos préstamos; e incluso 3) otorgaba a los deudores actuales un derecho de subrogación al abrigo de esos mismos requisitos y límites, con modificación tanto del plazo como del tipo de interés. De modo similar, una propuesta de los colegios de abogados de Cataluña presumía de respetar la seguridad jurídica y los derechos adquiridos pero en realidad reducía drásticamente la responsabilidad del deudor, que pasaría a no ser responsable por la depreciación que pudiera sufrir el inmueble por debajo del 80 por 100 del valor de su tasación inicial⁴. Asimismo, si bien la retroactividad del Real Decreto-ley 6/2012 queda matizada por el carácter voluntario del «Código de buenas prácticas» que desarrolla en su Anexo, esta voluntariedad resulta cuestionable en la práctica, dada la dependencia política y regulatoria que padecen las entidades financieras.

Estas propuestas para favorecer a los deudores son populares porque, en una visión maniquea, se las percibe como una transferencia de riqueza de banqueros ricos a deudores pobres. Se comete así un doble error. Por un lado, en realidad pagaríamos los contribuyentes, que ya garantizamos a todas las entidades financieras y pronto seremos dueños formalmente de muchos de los principales acreedores hipotecarios: las cajas de ahorros⁵. Por otro lado, beneficiaríamos a algunos deudores: aquellos que no pueden o no quieren pagar las obligaciones que han contraído. Pero no a los más necesitados, a quienes a veces se usa como pretexto:

⁴ Véase Consell de Col·legis d'Advocats de Catalunya (2011). Merece un comentario marginal el uso que hacen esta y otras propuestas (incluida la propuesta conciliadora que acabamos de comentar) del límite del 80 por 100 del valor de tasación para justificar la modificación normativa. Este límite porcentual está tomado de la referencia definida a efectos del mercado secundario de hipotecas por el artículo 5 de la Ley 2/1981 del mercado hipotecario (modificado por la Ley 41/2007). Sin embargo, no solo no procede aplicarlo al mercado primario sino que contradice la lógica de protección de inversores por la que fue establecido, pues su razón de ser es asegurar la calidad de las carteras de créditos en que invierten los adquirentes de bonos y cédulas hipotecarias. Sin embargo, la aplicación de este porcentaje del 80 por 100 para limitar la responsabilidad de los deudores hipotecarios vendría a reducir sustancialmente la calidad crediticia de esas carteras, pues perderían la garantía de cobro que les proporciona la responsabilidad ilimitada y universal de los deudores. Por tanto, pese a sus afirmaciones, la propuesta no respeta los derechos adquiridos ni la seguridad jurídica. Además, la propuesta, por su pretensión de respetar los derechos adquiridos, difiere de las demás que han circulado últimamente por cuanto se aplicaría de forma generalizada y automática a todas las hipotecas sobre viviendas habituales, sin apreciación alguna de la buena fe o el estado de necesidad del deudor. Por último, es llamativo el que la propuesta privilegie la ejecución notarial o extrajudicial con la insólita pretensión de suprimir la «cesión del remate» a favor del ejecutante en el procedimiento judicial.

⁵ Las cajas son los principales acreedores hipotecarios en España: en mayo de 2011, gestionaban un 54,59 por 100 del crédito hipotecario vivo frente a un 37,32 por 100 de la banca, un 6,60 por 100 de las cooperativas de crédito y un 1,50 por 100 de los establecimientos financieros de crédito (AHE, 2011, pág. 1).

estos o bien no han podido adquirir vivienda, por lo que no tienen hipoteca; o bien, si la tienen, perciben rentas inferiores al mínimo no embargable, por lo que en nada les ayudaría la medida propuesta⁶. Además, dado el alto porcentaje de deudores dentro de la población de contribuyentes, con la limitación retroactiva de la responsabilidad redistribuiríamos riqueza de deudores con buena suerte a deudores con mala suerte; de los más ahorradores a los menos ahorradores; de quienes optaron por alquilar a quienes compraron; y de quienes compraron vivienda al principio de la burbuja a quienes lo hicieron al final. Favoreceríamos especialmente a los deudores, de cualquier nivel social, que, si bien pueden pagar su hipoteca, dejarían de tener incentivos para hacerlo: aquellos que invirtieron tarde, a precio alto, y que han visto como ha caído el valor de su inversión en vivienda por debajo del de la deuda que aún les queda por pagar.

Muchas de estas redistribuciones de riqueza a cuenta de los demás contribuyentes pueden considerarse injustas porque no discriminan entre el deudor oportunista que busca incumplir sus obligaciones tras haber salido mal sus inversiones y el deudor que, por algún motivo (vicio de voluntad, estado de necesidad), pudiera merecer un tratamiento especial (respectivamente, la anulación del contrato y la transferencia de renta a cuenta de los contribuyentes). Pero, además de injustas, algunas de estas redistribuciones encierran graves riesgos y entrañan notables costes sociales. En especial, tales redistribuciones destrozarían la maltrecha reputación del país. De entrada, pondrían en grave riesgo la solvencia de cajas y bancos, y asustarían a los inversores que han adquirido bonos y cédulas hipotecarias. En el futuro, sería más difícil vender títulos hipotecarios en el mercado secundario, lo que encarecería las nuevas hipotecas, que además serían más pequeñas, por limitarse la responsabilidad del deudor. Más en general, se dificultaría nuestra capacidad para financiarnos en el exterior. Podría ser la puntilla que nos condujera directamente al temido rescate de nuestras finanzas públicas.

3. MODIFICACIÓN LEGAL PROSPECTIVA

Pese a las numerosas manifestaciones políticas, así como algunas resoluciones judiciales contrarias a la ley y la jurisprudencia, la mayoría de los jueces y observadores considera que, en caso de insolvencia, los préstamos hipotecarios vigentes deben ejecutarse aplicando la cláusula de responsabilidad ilimitada del deudor, de modo que la entrega del bien hipotecado no extinga la deuda si la cuantía de esta es superior al valor en que se ha adjudicado el inmueble⁷.

⁶ GHENT y KUDLYAK (2011) confirman que en Estados Unidos la limitación de responsabilidad apenas afecta a los deudores más humildes.

⁷ Véanse los dos autos que sobre apelaciones relativas a decisiones previas de un mismo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción (el núm. 2 de Estella) tomaron distintas secciones de

En cambio, gozan de más crédito las propuestas de introducir reglas imperativas que limiten la responsabilidad de los deudores en las hipotecas futuras⁸. Se intenta así imitar la pauta que rige la minoría de hipotecas que se contratan «sin recurso» en los Estados Unidos.

Al valorar la situación, sin embargo, debemos tener en cuenta que tanto el deudor como el acreedor tendrían interés en limitar la responsabilidad si con ello aumentara el beneficio total de la transacción, aumento que ambas partes podrían repartirse modificando las demás cláusulas del contrato y en especial el tipo de interés. Cabe interpretar que si en la actualidad no limitan la responsabilidad del deudor es porque al hacerlo reducirían el beneficio total de la transacción, reducción que habrían de repartirse modificando las demás cláusulas del contrato y, en especial, elevando el tipo de interés.

Imaginemos, para concretar, que una hipoteca convencional con responsabilidad ilimitada proporcionase beneficios totales de 100.000 €, que se distribuyen ambas partes al 50 por 100 (el supuesto no es irreal: si deudor y acreedor no obtuvieran un beneficio se abstendrían de contratar). Supongamos que la cláusula de responsabilidad limitada vale 100.000 € adicionales para el deudor y cuesta 50.000 € al acreedor; por lo que, al valer más de lo que cuesta, la cláusula sería socialmente eficiente y proporcionaría un valor neto de 50.000 €. En ese caso, parece lógico que limitaran la responsabilidad y elevaran el tipo de interés en un importe equivalente en valor actual esperado a, por ejemplo, 75.000 €, repartiéndose así el beneficio neto también al 50 por 100 (conviene apuntar que, dada la intensidad de la competencia entre entidades financieras en España, es probable que el porcentaje fuera mucho más favorable para el deudor). En principio, es razonable concluir que si no vemos esa cláusula en el mercado es, simplemente, porque su inclusión, lejos de tener un valor neto positivo, tendría valor negativo: en vez de valer 100.000 y costar 50.000, valdría 50.000 y costaría 100.000⁹. Por ello, los propios deu-

la Audiencia de Navarra con pocas semanas de diferencia: por un lado, el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda, de 17 diciembre 2010 (<http://tinyurl.com/6hqoknu>, visitada el 13 de abril de 2011); y, por otro, el Auto 4/2011 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, de 28 de enero de 2011 (<http://tinyurl.com/69x2axn>, visitada el 13 de abril de 2011), los cuales llegaron a conclusiones opuestas y, respectivamente, estimaron y desestimaron sendos recursos de apelación. Para sendos análisis jurídicos de dichos autos, véanse MÉNDEZ (2011) y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (2011).

⁸ Véanse, por ejemplo, GARCÍA MONTALVO (2011) y FERNÁNDEZ-VILLAVERDE (2011).

⁹ En julio de 2011, Bankinter (2011a, 2011b) lanzaba la «Hipoteca Sin Más», con responsabilidad limitada. Su grado de aceptación por el mercado permitirá evaluar en los próximos años si existe o no demanda para limitar la responsabilidad hipotecaria del deudor —esto es, si el deudor está o no dispuesto a pagar el coste adicional que esa limitación comporta—. Los primeros indicios, basados no solo en el producto de Bankinter sino en la práctica previa de otras entidades, como Banesto y BBVA, no son halagüeños (ROMANÍ, 2011). Por lo demás, las características de esta «Hipoteca sin más» encajan en el argumento. En primer lugar, es de esperar que ofrezca un tipo de interés superior al de las hipotecas de responsa-

dores han sido los primeros interesados en no introducir semejante cláusula en sus contratos (lo cual no obsta, obviamente, para que, una vez obtenido el préstamo, como todo deudor, sea favorable a reformas legales retroactivas que reduzcan sus obligaciones). Además, los deudores potenciales son también los primeros interesados en que el legislador se abstenga de obligarles a introducirla en sus futuros préstamos.

Introducir una regla imperativa sería, pues, un error. Primero, porque en España, como en casi todo el mundo desarrollado, acreedores y deudores prefieren contratar sin limitación de responsabilidad. Segundo, porque de este ejercicio de su libertad contractual no se derivan efectos externos negativos (esto es, daños a terceros) que pudieran justificar una prohibición. Al contrario: es la limitación de responsabilidad la que, como veremos, sí genera importantes efectos externos negativos en las regiones de Estados Unidos, como Nevada o California, donde los contratantes se ven, de hecho, obligados a emplearla. Por las mismas razones, también sería erróneo —en teoría, algo menos grave pero, de hecho, igualmente erróneo— invertir la regla dispositiva de limitación de responsabilidad¹⁰. Ciertamente, bajo una regla dispositiva de

bilidad ilimitada. Si bien los folletos informativos solo hablan de interés «personalizado», es de suponer que negociado en función, no solo de las características personales, sino del propio préstamo. Asimismo, solo financiará la compra de la primera vivienda y por una cuantía máxima del 80 por 100 del valor de tasación, aspectos ambos que limitan tanto la financiación como el riesgo asumido por el banco. Por último, podría tener cierto éxito coyuntural en la actual (2011) situación del mercado pues, en la medida en que se utilice para financiar la venta de viviendas previamente embargadas y adjudicadas por Bankinter, estas hipotecas no supondrán que el banco asuma riesgo adicional al que ya asume ante eventuales caídas de precios. El banco evita o al menos pospone así el reconocimiento contable de las pérdidas adicionales que le provocaría bajar el precio hasta el nivel en que el comprador actual estuviera dispuesto a comprar. Es más, incluso reduce el riesgo en la medida en que se respete el límite del 80 por 100 del valor de tasación, pues ahora lo asume por el 100 por 100. No sucedería así, obviamente, si se financiara con estas hipotecas la compra de viviendas que fueran propiedad de terceros. Apoya este posible uso para canalizar la venta de inmuebles propios el que Bankinter no acepte la subrogación («La hipoteca sin más de Bankinter, hipoteca sin avalistas», <http://blog.grupodariza.com/?p=583>, visitada el 17 de julio de 2011). Por lo demás, el simulador *online* del banco ofrece un tipo menor para las «hipotecas sin más» respecto a las «hipotecas variables» estándar. Por ejemplo, para una hipoteca sobre una vivienda de 240.000 euros, pasa de ofrecer un diferencial sobre Euribor del 2,85 por 100 a ofrecer el 2,75 por 100 cuando el préstamo baja del 80 por 100 del valor de tasación (https://www.bankinter.com/www/es-es/cgi/ebk+hip+cuota_mes, visitada el 16 de enero de 2012). No obstante, esta diferencia puede no ser significativa por tratarse de una oferta no vinculante. Máxime en el estado actual del mercado, en el que muchos deudores dicen encontrar dificultades para acceder al crédito excepto si adquieren las viviendas que son propiedad de las propias entidades.

¹⁰ Como la propuesta por CELENTANI y GÓMEZ POMAR (2011), inspirada por la observación experimental de KOROBKIN (1998) acerca de la tendencia de las reglas dispositivas a prevalecer, pero infundada incluso en sus propios términos de análisis, al no argumentar dichos autores que la responsabilidad limitada sea eficiente sino tan solo que elevaría el tipo de interés nominal y la probabilidad de impago.

responsabilidad limitada las partes podrían en teoría modificar en el contrato dicha regla dispositiva, pactando la responsabilidad ilimitada; pero esta derogación contractual sería costosa y generaría litigios adicionales. Se basarían estos litigios, sobre todo, en alegar que se trata de una condición general «impuesta» por el acreedor e insuficientemente explicada al deudor, y que no permite un equilibrio razonable de contraprestaciones. De prosperar estos argumentos, la regla teóricamente dispositiva quedaría convertida de hecho en imperativa, por lo que conviene a todas las partes que la regla dispositiva sea la regla que parece a la luz de la evidencia empírica ser eficiente: la de responsabilidad ilimitada.

4. OPTIMIDAD INDIVIDUAL

Es razonable pensar que, *al contratar*, a acreedores y deudores les interesa no limitar la responsabilidad, como les permite hacer la Ley Hipotecaria, porque sería perjudicial para ambos. Sobre todo, porque empeorarían sus incentivos y se haría más probable la insolvencia. Aumentaría además el interés y disminuiría la cuantía del préstamo, al asumir el banco el riesgo relativo al valor del inmueble. Es probable incluso que este riesgo también se asignase peor. Es lógico, por todo ello, que allí donde existe libertad contractual las partes elijan contratar las hipotecas residenciales en régimen de responsabilidad ilimitada; y que la limitación de responsabilidad, lejos de estar extendida, sea una anomalía excepcional que genera todo tipo de problemas en las pocas jurisdicciones estadounidenses en las que ha sido impuesta por la ley.

Analicemos seguidamente con mayor detalle cada uno de estos aspectos.

4.1. RESPONSABILIDAD E INCENTIVOS DE LOS DEUDORES

La responsabilidad ilimitada genera mejores incentivos para el deudor al menos en tres frentes. Sobre todo, porque su renta no es independiente del régimen de responsabilidad: la responsabilidad ilimitada le incentiva a modular su esfuerzo para devolver el préstamo. En especial, en caso de dificultades, le estimula a aumentar sus ingresos o consumir menos y dedicar una mayor parte de su renta a pagar la hipoteca. No es despreciable incluso el efecto de la responsabilidad ilimitada como mecanismo de autocontrol, al facilitarle al deudor el ejercicio de su fuerza de voluntad. Por el contrario, con responsabilidad limitada, deja de pagar en cuanto la vivienda vale sustancialmente menos que la deuda. Incurre así en la insolvencia estratégica que plaga algunos Estados americanos, en los que alcanza del 18 al 26 por 100 del total, con los elevados costes privados y sociales que comporta la

ejecución¹¹. En lo que se suele considerar el principal estudio realizado en los Estados Unidos sobre el asunto, GHENT y KUDLYAK (2011) concluyen que, para el valor medio de la opción *put* cuando ocurre la insolvencia, la probabilidad de insolvencia es un 32 por 100 superior en estados con responsabilidad limitada¹²; y, además, desanima los procedimientos amistosos de insolvencia (dación en pago o *deed in lieu of foreclosure*), generalmente menos costosos que la ejecución. Las cifras estadounidenses confirman así que el efecto fundamental de la responsabilidad ilimitada no reside en el cobro sino en la disuasión: no es atractiva porque el embargo sea efectivo, sino porque el embargo tiende a no producirse.

Adicionalmente, la responsabilidad ilimitada permite hacer valer garantías personales que en otro caso carecerían de eficacia o serían costosas de instrumentar mediante contratos adicionales. Sobre todo, evita el tener que contratar un préstamo personal complementario pero a menor plazo, una fórmula que era habitual en el pasado (¿quizá por la menor competencia entre entidades financieras?) y que también nos proporciona una pista acerca de cuál sería el posible impacto de una regla prohibitiva.

Por último, la responsabilidad ilimitada genera un compromiso mucho más sólido y duradero por parte del deudor, lo que le anima a invertir en el inmueble. Evita así, en especial, que los cambios de valor deterioren sus incentivos para mantenerlo. Asimismo, le motiva también a realizar todo tipo de inversiones «específicas», aquellas que, si bien maximizan el valor del inmueble, solo tienen valor para su actual ocupante.

¹¹ GUIISO, SAPIENZA y ZINGALES (2009) estiman que un 26 por 100 de las insolvencias son estratégicas en los Estados Unidos, pero que, incluso con responsabilidad limitada, no compensa dejar de pagar hasta que la diferencia de precio entre inmueble y préstamo es al menos de un 10 por 100, debido a los costes de cambiar de domicilio y al daño que la insolvencia ocasiona a la reputación y crédito del deudor. Un informe de la consultora Wyman estimaba la insolvencia estratégica en un 18 por 100 en 2008 (HARRIS, 2010, pág. 6). Los deudores americanos de bajo riesgo incluso anticipan y se preparan para su insolvencia estratégica contratando créditos adicionales antes de dejar de pagar el préstamo hipotecario (PALMER, 2011, pág. 9). En Las Vegas, quizá la ciudad más afectada por la crisis inmobiliaria, la asociación de agentes inmobiliarios estima que la cuarta parte de las insolvencias tiene carácter estratégico. Es frecuente incluso que los deudores adquieran una nueva vivienda antes de dejar de pagar la hipoteca de la antigua («America's Property Market: On a Losing Streak», en *The Economist*, 26 de marzo de 2011, pág. 47).

¹² Según GHENT y KUDLYAK (2011), si bien la probabilidad de insolvencia aumenta en un 32 por 100 para un valor medio de la opción *put* que comporta la limitación de responsabilidad, este aumento es mayor para casas más valiosas, llegando a ser más del doble para las valoradas entre 500.000 y 750.000 dólares, pero no es significativo para casas con valor inferior a 200.000 dólares.

4.2. RESPONSABILIDAD E INCENTIVOS DE LOS ACREEDORES

Al lado de estos efectos tan sustanciales que entraña la responsabilidad ilimitada en los incentivos del deudor, tienen menos entidad los efectos que genera en los incentivos de la entidad acreedora.

Por un lado, el efecto de un posible cambio en la regla de responsabilidad en la decisión de crédito es escaso, porque siempre queda abierta la posibilidad de complementar el préstamo hipotecario con un préstamo personal. En concreto, cuando se inflan las tasaciones no es por un error o falta de atención, sino porque el banco valora positivamente la solvencia general del deudor. Si la ley impusiera responsabilidad limitada, cuando el banco calculase que el deudor es solvente, le podría prestar la parte no cubierta por el valor del inmueble mediante un préstamo personal, a mayor tipo de interés. El cambio sería mínimo, pues, con el actual régimen, la parte no cobrada tras la subasta ya tiene rango de préstamo personal.

Además, en ciertas situaciones la responsabilidad ilimitada puede empeorar los incentivos del banco para negociar, acelerando las ejecuciones. Sucede así si, en una situación de precios decrecientes, el acreedor teme que el deudor le deje colgado dentro de unos meses, de tal modo que le interesa ejecutar y vender el inmueble cuanto antes, en vez de esperar¹³. La responsabilidad limitada explica en parte un fenómeno opuesto: el hecho de que los acreedores españoles apenas hayan hecho uso de su derecho a exigir garantía adicional cuando el valor del inmueble cae por debajo del de la deuda que aquel garantiza, sin necesidad de esperar a que el deudor interrumpa el pago de las cuotas del préstamo (art. 1129 del Código Civil).

Por último, estos cambios en los incentivos de las entidades financieras tienen un orden de magnitud mucho menor que los originados por los factores que distorsionan sus decisiones crediticias: la fijación política por los bancos centrales de tipos de interés desconectados de la situación económica, un seguro de depósitos con primas independientes del riesgo y la indefinición de los derechos de propiedad sobre buena parte de las entidades crediticias (en nuestro país, las cajas de ahorros). Por ejemplo, si en una situación de expansión económica como la vivida en España antes de la actual crisis el banco central fija un tipo de interés bajo, incluso inferior a la tasa inflación, y en el mercado compiten varias decenas de entidades financieras y bancos con el agravante de un seguro de depósitos desligado del riesgo, parece improbable que sus incentivos para conceder crédito cambien de forma significativa al modificar la regla de responsabilidad.

¹³ Enfatiza este efecto el estudio de Oxford Economics (2009) sobre el Reino Unido.

4.3. RESPONSABILIDAD Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS

En principio, los efectos de todos estos incentivos podrían verse compensados por un efecto negativo en términos de mala asignación de riesgo, si el deudor fuese mucho más adverso al riesgo que el acreedor. Sin embargo, las apariencias en este sentido son engañosas.

Primero, porque estamos hablando del riesgo asociado a cambios en el valor del inmueble, no de riesgos como el desempleo o la enfermedad, para los cuales ya existen seguros obligatorios. No es obvio, además, qué ventajas puede ofrecer el contrato de crédito hipotecario para canalizar la diversificación de esos otros riesgos.

Segundo, porque ni siquiera está claro quién puede asumir a menor coste el riesgo de pérdida de valor del inmueble. En concreto, el banco tendría dificultades tanto para asumirlo como para transferirlo. Por un lado, el banco podría asumir fácilmente el riesgo de un inmueble; pero no el de todos los inmuebles de su cartera de créditos, cuyos valores están muy correlacionados. El sector inmobiliario origina un riesgo sistémico considerable por su elevado nivel de endeudamiento, que viene a añadirse y multiplicar el efecto del elevado endeudamiento característico de las entidades financieras; así como por el círculo vicioso que el valor de la garantía real establece entre el crédito y el valor de los activos. El papel protagonista que ha representado el crédito inmobiliario en las sucesivas crisis bancarias apunta a que existe una limitación grave en cuanto a la capacidad de asunción de riesgos de los bancos, complicada además por los deficientes incentivos que genera el seguro de depósitos. En concreto, el hundimiento de los precios de los inmuebles ha sido el núcleo de las principales crisis bancarias, incluida la actual, así como la ocurrida en España en los años 1970 (PALMER, 2011, pág. 3).

Por otro lado, aunque se modificara la regulación del mercado hipotecario que a día de hoy dicta la responsabilidad universal del emisor de cédulas y bonos (arts. 12 y 13 de la Ley 2/1981), el banco tampoco podría trasladar el riesgo a otros inversores sin separar la decisión de dar crédito de la asunción del riesgo, separación que agrava el oportunismo. Lo ha puesto también de relieve la actual crisis en Estados Unidos, donde los estudios empíricos revelan que la titulización ha sido responsable del crecimiento en préstamos *subprime* (MIAN y SUFI, 2010); y que, en caso de insolvencia, la renegociación es un tercio menos probable y menos eficaz en términos de insolvencia posterior para los créditos titulizados (AGARWAL *et al.*, 2011)¹⁴. Es lógico, pues, que el Tesoro de los Estados Unidos haya recomendado que quienes deciden sobre el préstamo retengan parte del riesgo de insolvencia (2011).

¹⁴ Cfr., sin embargo, GHENT (2011).

Por lo demás, la responsabilidad limitada no elimina el coste de quiebra, que es especialmente alto en el sector financiero, en el que, además, ocasiona efectos externos apreciables.

4.4. RACIONALIDAD DE LOS CONTRATANTES

Ciertamente, los préstamos hipotecarios contienen cláusulas estándar predispuestas por una de las partes, por lo que algunos dudan de si el deudor es del todo racional al firmarlos. Sin embargo, si la limitación de responsabilidad fuera eficiente, la competencia entre bancos les llevaría a ofrecerla¹⁵. Máxime cuando, además, se trata de una cláusula bien destacada y de sobra conocida, que ha sido pauta común durante siglos. Por ello, es dudoso que los deudores tengan dificultades para entenderla, o que sean menos racionales sobre esta que sobre otras cláusulas, como las que estipulan tipos de enganche y tipos variables¹⁶.

En todo caso, estas posibles distorsiones en la percepción contractual padecen cuando se las compara con las que induce, y no solo en la percepción sino en el cálculo económico de todos los agentes, tanto deudores como acreedores, una política monetaria que fija tipos de interés arbitrariamente bajos, como sucedió tras la entrada de España en el euro, factor primordial durante la «burbuja» inmobiliaria. Si queremos evitar fallos decisionales, empecemos por corregir la causa del que ha sido, de lejos, el mayor de todos.

5. OPTIMIDAD SOCIAL

Estos factores me llevan a concluir que la responsabilidad ilimitada bien podría ser óptima a escala individual, de modo que solo cabría pensar en prohibirla o condicionarla si constatáramos algún fallo grave e irremediable en el mercado, ya fuese por faltar en este competencia o por producirse externalidades negativas.

En cuanto a la competencia, si las hipotecas de responsabilidad limitada fuesen eficientes, hasta un banco monopolista estaría en principio motivado a ofrecerlas, pues podría extraer para sí todo el beneficio adicional sin más que elevar el tipo de interés. Más bien, el fallo en este terreno se plantearía en

¹⁵ Como ha ocurrido, en efecto, con la «Hipoteca sin más» referida en la nota 9.

¹⁶ No parecen aplicables, por tanto, los argumentos de «prominencia» o *salience* del tipo propuesto, por ejemplo, por КОРОВКИН (2003), y que vendría a decir que, si el coste de procesar información o, más en general, la racionalidad limitada de los decisores les lleva a prestar atención a un conjunto limitado de atributos del producto o, lo que es lo mismo, de las cláusulas contractuales que definen el intercambio, la competencia entre las empresas que escriben contratos con cláusulas predispuestas podría no motivarles suficientemente a la hora de introducir cláusulas eficientes respecto a esos atributos desatendidos.

sentido contrario. Lo pone de relieve el hecho de que lo que preocupa en los Estados Unidos es que, en aquellos Estados donde las leyes impiden contratar hipotecas con responsabilidad ilimitada, el seguro público de depósitos (más en concreto, el que su prima sea independiente del riesgo) empuja a los bancos a fijar un precio muy bajo para la opción *put* implícita en la limitación de responsabilidad, generando una infravaloración generalizada del riesgo en el mercado inmobiliario¹⁷.

Lo mismo ocurre en cuanto a externalidades, pues la crisis también ha puesto de relieve que las hipotecas de responsabilidad limitada producen en los Estados Unidos dos efectos sistémicos negativos. Por un lado, al estimular la insolvencia estratégica, exacerban las crisis recesivas. Agravan así la ya notable externalidad negativa que originan las ejecuciones cuando se concentran geográficamente: el valor de una casa se reduce un 1 por 100 cuando se produce una ejecución a una distancia de 80 metros (CAMPBELL, GIGLIO y PATHAK, 2011)¹⁸.

Por otro, las hipotecas de responsabilidad limitada desaprovechan el efecto moderador que ejerce el que las rentas de los deudores no estén perfectamente correlacionadas, aspecto especialmente grave cuando, en épocas alcistas, muchos deudores amplían sus préstamos a la vez, lo que sincroniza sus insolvencias cuando el mercado entra en recesión. Sucede que cuando los precios de los inmuebles crecen con rapidez, muchos deudores aprovechan para refinanciar su deuda y reducir su porcentaje de participación en el inmueble, extrayendo recursos para financiar su consumo (*equity extraction*). Cuando lo hacen bajo un régimen de responsabilidad limitada, la simultaneidad de la refinanciación sincroniza las insolvencias una vez que los precios empiezan a caer, lo que agrava el efecto «bola de nieve» de los embargos sin que los acreedores puedan hacer nada por evitarlo. Por el contrario, la responsabilidad ilimitada reduce la sincronización en la medida en que las rentas de los deudores están correlacionadas imperfectamente. Este fenómeno preocupa enormemente en Estados Unidos, donde algunos autores le atribuyen un papel protagonista en la crisis

¹⁷ El seguro público de depósitos estimula que los bancos fijen un precio muy bajo para la limitación de responsabilidad (un argumento desarrollado por PAVLOV y WACHTER [2006] antes de que estallase la crisis).

¹⁸ Véanse también SCHUETZ, BEEN y ELLEN (2008), y HARDING, ROSENBLATT y YAO (2009). Es difícil saber si este coste es menor o mayor en España. Debería ser menor, por la (hasta ahora) mayor rapidez de la ejecución, y por tratarse mayoritariamente de pisos y no de viviendas unifamiliares, lo que reduce el deterioro y las externalidades negativas. Sin embargo, en sentido contrario, nuestro Derecho Penal quizá está siendo, en la práctica, más tolerante que el estadounidense con las conductas vandálicas en que incurre el deudor antes de ser desahuciado. En todo caso, representa un coste sustancial, pues incluye, además del deterioro previo a la desocupación por deudor: los gastos legales; los asociados a la transferencia de la propiedad; y el tiempo durante el cual el inmueble permanece vacío, con el consiguiente deterioro adicional de las instalaciones, el riesgo de ocupación y los gastos por contratación de servicios.

(KHANDANI, LO y MERTON, 2009). Aunque ha sido menos común, el fenómeno también se ha producido en España mediante ampliaciones de hipoteca y segundas hipotecas, así como a través de productos específicos como las hipotecas flexibles y recargables, las cuales permiten mantener o incluso aumentar el ratio de endeudamiento a medida que se aprecia el inmueble, destinando los fondos a consumir o a adquirir otros bienes.

6. UNIVERSALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD ILIMITADA

Si, como acabo de señalar, la responsabilidad ilimitada genera buenos incentivos, asigna bien el riesgo, y no parece fruto de fallos del mercado, resulta lógico que sea la pauta casi universal en la contratación de hipotecas. Martin FELDSTEIN ya se quejaba en los albores de la crisis de que «las hipotecas de responsabilidad limitada son virtualmente exclusivas de los Estados Unidos» (2008), pero la prevalencia de la responsabilidad ilimitada ha sido documentada en detalle por Ron HARRIS, quien concluye que «en la mayoría de países que no sean Estados Unidos, en Europa, Japón, Canadá, Israel y Australia, los préstamos con responsabilidad ilimitada están permitidos, son la práctica común y está generalizado el cobro de activos personales y rentas futuras» (2010, pág. 13)¹⁹. Las excepciones son solo ciertas transacciones comerciales de deudores empresariales, en las cuales el inmueble genera una renta monetaria, una característica que modifica notablemente la situación.

Incluso en la mayor parte de los Estados Unidos la situación es similar a la de España en el sentido de que en aquellos Estados —la mayoría— en que existe libertad contractual efectiva las hipotecas también se contratan sin limitación de responsabilidad, de modo que la hipoteca con «recurso» (responsabilidad ilimitada) es con mucho la fórmula dominante. Por ejemplo, GHENT y KUDLYAK (2011) concluyen, tras analizar todos los aspectos institucionales, incluida la regulación federal de quiebras, que son solo once los estados sin recurso. Además, en puridad, tan solo dos de estos once estados prohíben la responsabilidad ilimitada en la mayoría de casos. Los otros nueve disponen restricciones en gran medida procedimentales, pero muy gravosas, tales que es imposible para el acreedor hacer valer su derecho legal a cobrar toda la deuda²⁰. Estas restricciones están asociadas mayormente al coste y lentitud que padece

¹⁹ Véase también, sobre Singapur, ONG, NEO y TU (2008).

²⁰ Además, si GHENT y KUDLYAK erraran en su valoración y fueran de hecho más de once los estados *non-recourse*, los efectos de la responsabilidad limitada serían aún peores que los que ellos estiman. En particular, este argumento da pie a pensar que los efectos en España sería peores que los observados entre los diversos regímenes de los Estados Unidos, pues nuestro punto de partida es una situación con un régimen de responsabilidad más estricto que el de los estados americanos con *recourse*.

allí la ejecución hipotecaria de tipo judicial; lo que lleva a evitarla a toda costa mediante una solución —la *deed of trust*— que, para entendernos, se parece mucho a la venta del inmueble al acreedor con opción de compra a favor del deudor cuando este satisface la deuda²¹. En suma, en esos once Estados las partes se ven obligadas a contratar hipotecas con responsabilidad limitada, en buena medida para gozar así de una ejecución eficaz²². En resumen, apoya la ineficiencia de la hipoteca con responsabilidad limitada el hecho de que no se utilice en Estados Unidos como fruto de una decisión contractual libre sino como consecuencia de prohibiciones y restricciones institucionales.

7. CRÍTICA DE LAS REFORMAS Y PROPUESTA DE REFORMA FISCAL

Por todo lo anterior, sería razonable mantener en España la libertad contractual en esta materia, libertad que no ha representado un problema en los 150 años de nuestra historia hipotecaria. Cabría ciertamente retocar algunos aspectos del proceso ejecutivo para lograr mayor rapidez y mejores precios. Pero, al intentar esta reforma, no debemos olvidar que una ejecución que tan solo resultara más difícil para el acreedor empeoraría la situación de los futuros contratantes para beneficiar a algunos de los actuales deudores, que no a los más humildes: estos, incluso si tienen hipoteca, suelen carecer de bienes o rentas que merezca la pena embargar. Actualmente, el acreedor, tras quedar desierta la subasta, puede quedarse la finca por el 60 por 100 del valor de la tasación *realizada en el momento en que se contrató el préstamo* (las Cortes decidieron en julio de 2011 elevar retroactivamente ese porcentaje desde el 50 por 100 anterior²³).

²¹ La característica más notable en Estados Unidos es la variedad de las legislaciones estatales que, entre otros aspectos: prohíben o no la responsabilidad ilimitada; incorporan restricciones muy diferentes respecto a rentas y bienes excluidos de responsabilidad; regulan de forma diversa la consideración y estimación del valor de mercado del inmueble, valor que suelen considerar para determinar la deuda que resta por pagar tras su entrega o subasta; requieren o no que el acreedor emplee la vía de la ejecución judicial (en lugar del *deed of trust*) para que pueda buscar un *deficiency judgment* (lo que quede por pagar tras la subasta del bien embargado). A esta variedad de normas estatales se unen el efecto general de las normas federales sobre quiebra personal, así como la práctica tácita de las empresas públicas como Fannie Mae de no buscar la responsabilidad. GHENT y KUDLYAK (2011, págs. 4-6) y HARRIS (2010, págs. 7-14) describen sintéticamente la situación en los Estados Unidos. Para más detalle, véase DUKEMEINER y KRIER (1998, pág. 633 y sigs.).

²² Por cierto, este *tradeoff* entre responsabilidad y ejecutividad estaba ya presente en el Derecho inglés del siglo XVII (SKILTON, 1943, pág. 315).

²³ Da buena idea de la desinformación con que se están tomando estas decisiones el hecho de que la prensa y los propios diputados hablasen de «porcentaje del valor», dando a entender que se trata del valor en el momento de la ejecución y no en el de la concesión del crédito, que generalmente es muy superior en contextos recesivos como el actual. Por ejemplo: «El Gobierno solo eleva hasta el 60 por 100 el valor al que un banco se puede adjudicar un piso» (*El Mundo*, 2 de julio de 2011, pág. 36). A veces, parece subyacer en este tipo de apreciaciones

Una solución clara y expeditiva²⁴. Si nuestros diferenciales son de los más bajos de Europa es en gran medida porque tenemos una ejecución quizá a veces draconiana pero relativamente eficaz. Hagámosla más lenta o más protectora de los deudores insolventes, y todos los deudores habrán de pagar tipos más altos.

La solución actual es mejorable, sobre todo si se consiguieran agilizar y hacer más transparentes las subastas, pero también se puede empeorar, y las propuestas al uso es probable que la empeoren. Por ejemplo, valorar el inmueble en el importe de la deuda equivaldría en muchos sentidos a limitar la responsabilidad, con todos los daños que ello acarrea. De igual modo, si se retrasase la ejecución en aras de una valoración más precisa, aumentarían tanto el coste de la ejecución, por el mayor trabajo de abogados y tasadores, como las ineficiencias que origina el hecho de que, mientras dura el proceso, la propiedad está mal definida y, por tanto, se reducen las inversiones y se deja de mantener el inmueble, además de elevarse los tipos.

Asimismo, son negativas las consecuencias que cabe esperar de los cambios normativos decididos por las Cortes en julio de 2011. Por un lado, el mencionado paso del 50 al 60 por 100 del valor de tasación en el momento en que se concede el préstamo para activar la adjudicación automática corre el riesgo de ralentizar las adjudicaciones, porque el banco puede optar por no adjudicarse el inmueble, lo que tenderá a aumentar el deterioro del inmueble y reducir el precio final si se llegara a iniciar otra ejecución. En el mejor de los casos, si la norma es efectiva y consigue, como pretende, que el acreedor opte por adjudicarse el inmueble, solo habrá conseguido transferir riqueza de acreedores a deudores al modificar retroactivamente las condiciones en que se contrató el préstamo (piénsese a este respecto que buena parte de las viviendas actualmente en ejecución fueron adquiridas a precios muy elevados y a menudo han sufrido un deterioro notable, motivos ambos de que su valor real sea hoy inferior al 60

cierta creencia de que el valor de los bienes inmuebles es inalterable. En esta misma línea, algunos portavoces pretenden que el acreedor garantice el valor de tasación. Por ejemplo, al criticar la «Hipoteca sin más» de Bankinter (que permite al deudor librarse por completo de la deuda entregando las llaves), el administrador de *El blog hipotecario* se quejaba de que «desde Bankinter tampoco aclaran el mecanismo previsto para recobrar la diferencia entre el valor de tasación y el del préstamo» («Hipoteca Sin Más de Bankinter», <http://hipotecashipotecas.es/>, publicado el 12 de julio de 2011). De prosperar semejante idea, tras haber contratado una hipoteca con responsabilidad limitada y declararse insolvente, tendríamos que el deudor habría de entregar las llaves pero percibiría la diferencia entre la deuda pendiente y el valor de tasación en el momento en que se concedió el préstamo. La hipoteca transferiría así al acreedor todo el riesgo de descenso de precio en el valor del inmueble.

²⁴ Conviene señalar que, en la medida en que ese carácter draconiano de la ejecución sea real, la intensa competencia que existe en el mercado de hipotecas asegura que se anticipe y repercuta en beneficio del deudor en términos de tipos de interés inferiores. Excede el ámbito de este ensayo comentar como pudiera ello afectar a distintas categorías de deudores atendiendo, por ejemplo, a sus preferencias en cuanto a la modulación del esfuerzo necesario para pagar la deuda.

por 100 del precio que alcanzaban entonces y razón primordial de que quede desierta la subasta). Esa redistribución de riqueza puede ser beneficiosa para los deudores actuales, pero no es seguro porque la deuda sigue viva, por lo que incluso por esta vía el cambio normativo puede destruir valor. Más claramente, la modificación legal es perjudicial para los deudores futuros, pues reduce el valor efectivo de la garantía real que pueden ofrecer. En el fondo, la ley viene a obligar a ambas partes, deudor y acreedor, a que en las futuras hipotecas el acreedor asuma una parte mayor del riesgo de caída de los precios, lo que, como se ha argumentado al hablar de la responsabilidad limitada, elevará el coste del crédito y no es necesariamente eficiente, por no ser el acreedor quien mejor puede asumir dicho riesgo.

Por otro lado, la elevación del mínimo no embargable, que queda fijado en el salario mínimo más un 50 por 100 general y otro 30 por 100 por cada familiar sin ingresos regulares (1.350 euros para una pareja con un sueldo y un hijo), transfiere riqueza a los deudores actuales que reúnan esas características. Genera así incentivos perversos, ya que, al reducir los embargos de salarios para pagar la deuda, les anima a dejar de pagarla²⁵. Además, como la deuda sigue viva, destruye su incentivo para generar ingresos adicionales que, tras aflorar, pudieran ser embargados. Por último, al tener vedado el acceso al crédito, les deja en manos del mercado informal de crédito. Les anima, pues, doblemente a irse a la economía sumergida, tanto en el mercado de trabajo como en el mercado de crédito. Pero todo lo anterior se refiere a aquellas personas de bajos ingresos que tienen deudas ya contratadas. El efecto más pernicioso se produce sobre los deudores futuros, pues la elevación del límite no embargable ha reducido de forma imperativa las garantías personales que los deudores potenciales con bajos ingresos pueden ofrecer a sus acreedores²⁶. El legislador, en un gesto

²⁵ Algunos analistas han negado este efecto. Por ejemplo, la agencia Fitch (2011) considera que no sería suficiente para motivar el impago por los costes que este comporta en términos de alquiler y pérdida de deducciones fiscales. Obviamente, estos costes entran en el cálculo del deudor pero es claro que el cambio normativo reduce sustancialmente el coste neto del impago para un porcentaje notable de deudores. Para aquellos para los que el impago era marginalmente perjudicial, resulta ahora marginalmente beneficioso.

²⁶ En el pasado, las entidades financieras españolas han establecido generalmente el tipo de interés de los préstamos hipotecarios fijando un mismo tipo homogéneo para todos aquellos clientes que, al reunir unas ciertas condiciones de solvencia y venta cruzada de otros productos, superaban el «corte» para concederles el préstamo, pero sin atender al riesgo individual de cada cliente. Esta política era coherente con unos préstamos que contaban con una sólida garantía real. Las medidas que se han ido adoptando (como la elevación de la renta mínima no embargable y la menor eficacia de la ejecución al elevarse el porcentaje de adjudicación automática al acreedor), junto con la expectativa de que pudieran adoptarse medidas adicionales que viniesen a limitar de forma retroactiva la responsabilidad de los deudores; y todo ello, unido a la mayor incertidumbre y variabilidad que existe acerca del valor de los inmuebles, está modificando la pauta de fijación de precios de los préstamos hipotecarios. El reciente informe Wyman (2011) advierte así que en el futuro nuestras entidades habrán de fijar el

tan bienintencionado como ingenuo, se ha tomado la libertad de impedir que puedan ofrecerlas. Como consecuencia, la norma dificultará el acceso al crédito hipotecario de todos esos deudores con bajos ingresos.

Merecen un juicio similar las medidas adoptadas por el Real Decreto-ley 6/2012, si bien su efectividad es más dudosa, no tanto por su voluntariedad, más teórica que real, como por su cobertura. Por un lado, la voluntariedad de la norma es solo formal, pues, si bien establece un Código de buenas prácticas al que las entidades acreedoras podrán o no adherirse, de hecho, sin embargo, se ven obligadas a hacerlo por consideraciones políticas, reputacionales y hasta jurisdiccionales²⁷. En este sentido, cabe señalar que el Estado de Derecho se resiente cuando al dictar estos códigos falsamente voluntarios, es el propio Estado el que se anima a practicar un cierto grado de chantaje reputacional y judicial.

Por otro lado, la norma cubre en teoría personas en riesgo de exclusión, entendiéndose como tales las unidades familiares que tengan todos sus miembros en paro, no cuenten con otros bienes o ingresos y presenten diversas características adicionales. Asimismo, ha de verse afectada su única vivienda, cuyo valor ha de ser inferior a un cierto máximo (200.000 euros), decreciente con la población de la localidad en donde se ubique. Sin embargo, la cobertura efectiva de la norma es dudosa porque requiere que todos los garantes de la deuda estén en la misma situación, por lo que excluye a los parados que hayan sido avalados por personas que no reúnan las citadas condiciones de exclusión (art. 3.1.e). Por este motivo, la extensión de la cobertura es incierta, pues se cree que en los últimos tiempos la mayoría de las hipotecas (hasta el 95 por 100, según Lafraya, 2012) incluían garantías personales adicionales.

No obstante, dentro de su ámbito de aplicación, los cambios que la norma introduce son radicales. Antes de iniciarse la ejecución, el deudor podrá pedir al banco que le reestructure la deuda, concediéndole una carencia de cuatro años durante los cuales solo pagaría intereses, ampliando el plazo a 40 años y reduciendo el interés hasta Euribor más 0,25 por 100. Si, pese a esta reestructuración, la cuota a pagar es superior del 60 por 100 de sus ingresos familiares, el deudor podrá solicitar una quita en la deuda pendiente aunque ya se haya iniciado la ejecución y anunciado la subasta. La quita se calcula como el 25

precio de los préstamos hipotecarios atendiendo al riesgo de cada cliente, incorporando primas de riesgo diferenciadas para distintos perfiles de riesgo, definidos en función de los ratios entre, por un lado, el importe de la deuda y, por otro, el valor del préstamo inmueble y los ingresos del deudor.

²⁷ Es aplicable en este punto el argumento expresado anteriormente relativo a las dificultades que experimenta la parte supuestamente «fuerte» para hacer valer en vía judicial condiciones contractuales que se alejen de las reglas dispositivas supuestamente favorables para la parte supuestamente «débil». Las reglas del Código vienen a constituir un conjunto de reglas asimilables a un conjunto de condiciones dispositivas supuestamente protectoras del deudor.

por 100 de la deuda o bien como una cuantía relacionada con los valores de mercado, de tasación y de deuda ya amortizada (apartado 2,b del Código de buenas prácticas anexo al Real Decreto-ley 6/2012). El banco podrá aceptar o rechazar la quita, pero los deudores para los que esta no resulte viable pueden solicitar la dación en pago y los bancos quedan obligados a aceptarla.

La dación cancelará entonces la deuda y todas las responsabilidades, tanto del deudor como de terceros, y además dará derecho al deudor a arrendar la vivienda durante dos años a cambio de una renta del 3 por 100 del importe de la deuda. La norma mantiene así al deudor en el uso del inmueble durante un largo periodo de tiempo, puesto que la dación se acompaña de un arrendamiento forzoso por dos años. No obstante, estos dos años pueden alargarse de hecho, al contar los meses de tramitación previos a la dación y las condiciones de impago: si bien el impago devengará un interés del 20 por 100, este resultará difícil de cobrar debido a la limitación de responsabilidad; y, además, el banco no podrá desahuciar al deudor hasta que este deje de pagar la renta durante un mínimo de seis meses. No es descartable que la indefinición del derecho de propiedad que se crea con todas estas medidas destruya los incentivos para mantener los inmuebles afectados.

Otros posibles efectos son más difíciles de evaluar. Dentro del ámbito de su cobertura, la norma podría, además, privar de incentivo la reestructuración de la deuda, pues incentiva al deudor a la dación, que, además de liberarle de la integridad de la deuda le concede más de dos años de uso legal en condiciones ventajosas, con un alquiler inferior al de mercado y de difícil cobro. No obstante, el banco aun tendrá menos interés en la dación, lo que le animará a aceptar una quita en términos favorables para el deudor. Por otro lado, la norma incentivará a los trabajadores marginales a entrar y permanecer en el paro. Piénsese al respecto en el trabajador de bajos ingresos cuyo cónyuge esté ya en paro, para quien, al poder acogerse a los beneficios de la norma, resultará ahora más rentable quedar también en el paro, especialmente si puede operar dentro de la economía sumergida.

Asimismo, como se trata de una norma retroactiva, en la medida en que resulte eficaz también ocasiona, por un lado, una transferencia de riqueza a favor de los parados *actuales*, y, por otro, excluye del crédito hipotecario a aquellos deudores humildes que presenten un riesgo de quedar parados en el *futuro*, a quienes, como mínimo, obligará a obtener avales de personas solventes. En este sentido, lo característico de este Real Decreto-ley es que, como no cubre los préstamos que cuenten con avales o garantías adicionales, puede darse el caso de que apenas beneficie a los parados actuales pero impida acceder al crédito hipotecario a los trabajadores con riesgo de paro en el futuro. Al promulgarse esta norma, los bancos han podido contrastar la debilidad populista que sufre nuestro sistema político en este terreno, por lo cual sería de esperar que tendieran a ser más precavidos al conceder crédito a personas con riesgo de paro y que

no cuenten con garantes. De ser así, las consecuencias en términos de injusticia y desigualdad social podrían ser notables.

Los efectos previsiblemente dañinos de estas dos normas ingenuamente protectoras resultan tanto más indeseables cuanto que podríamos, alternativamente, conciliar la presión política con la estabilidad institucional y financiera. Bastaría con facilitar la negociación privada de la insolvencia, reduciendo los elevados impuestos que hoy gravan la dación en pago: sobre todo, el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, cedido a las Comunidades Autónomas y que estas han ido elevando desde el 6,5 por 100 hasta situarlo por encima del 9 por 100 en una transmisión típica con hipoteca (la última vez, con ocasión de la subida del IVA en 2010). Los beneficios de dar un tratamiento fiscal neutral a la dación serían sustanciales, ya que es mucho más eficiente que la ejecución hipotecaria. Gracias a su rapidez, elimina la indefinición temporal del derecho de propiedad y, con ella, la desocupación y el deterioro del inmueble. Además, le evita al deudor los costes añadidos que le ocasionan los intereses moratorios y la posible infravaloración del inmueble en la subasta. Sustituir ejecuciones por daciones aliviaría también el creciente atasco y progresivo retraso de las ejecuciones judiciales, los cuales agravan notablemente sus efectos negativos.

Pese a estos beneficios, diversos expertos de entidades financieras estimaban en 2011 que las partes solo acordaban una dación en pago por cada tres o cuatro ejecuciones. En buena medida, el motivo de esta desproporción reside en que las daciones han de pagar el impuesto de transmisiones patrimoniales (ITP) dos veces: al producirse la dación al acreedor, con base en el valor fiscal, que ahora suele ser elevado; y cuando el acreedor vende el inmueble, con base en el precio de compraventa. Por el contrario, las ejecuciones solo tributan una vez y lo hacen con base en el valor de adjudicación, que suele ser inferior. Y las ejecuciones se benefician del «remate a calidad de ceder a un tercero», mediante el cual el adjudicatario en la subasta dispone de un plazo para «hacer el pase» a un comprador final pagando el impuesto una sola vez²⁸.

Convendría, pues, eliminar o al menos reducir la notable desventaja fiscal de la dación en pago. Cabría, por ejemplo, tratar el impuesto de transmisiones sobre la dación como un pago a cuenta del asociado a la posterior compraventa²⁹.

²⁸ Artículo 20 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados).

²⁹ Más en general, deberíamos cuestionarnos si es sensato que nuestros impuestos sobre transmisiones inmobiliarias sean de los más altos de la Unión Europea (European Mortgage Federation, 2010, pág. 9); un dato este que resulta de gran interés, al menos por dos motivos. Primero, España tiene altos costes de transacción debido a impuestos pero no a los demás servicios jurídicos, que son de los más bajos de Europa. Segundo, pone en duda la eficacia de los impuestos sobre transacciones para desanimar burbujas especulativas. Adicionalmente,

El Real Decreto-ley 6/2012 no toca este asunto y se limita a introducir cambios relativamente menores³⁰. Sin embargo, eliminar la desventaja fiscal que sufre la dación en el impuesto de transmisiones podría incluso aumentar la recaudación, ya que los tipos de las ejecuciones se aplican a bases inferiores. Aunque, dada la preocupación que los parlamentos autonómicos han mostrado por la suerte de los morosos³¹, deberían estar dispuestos a sacrificar algo de recaudación para favorecerles. De hecho, sorprende que hayan desaprovechado semejante oportunidad de opinar con la cartera, y no de boquilla³².

conviene señalar la elevada presión fiscal que sufre la construcción de viviendas, la cual incluye: un 8 por 100 al comprar el solar a un particular; un 4 por 100 sobre el valor de la obra, al pedir la licencia municipal (Impuesto Municipal sobre Construcciones, Instalaciones y Obras); un 1,2 por 100 sobre el valor de la obra, al declarar dicha obra nueva; un 1,2 por 100 sobre el valor total de la finca, al practicar la división en propiedad horizontal; un 1,2 por 100, al constituir la hipoteca de promotor; y, si tarda en construir, el impuesto de plusvalía sobre los solares (aproximadamente, un 1 por 100 del valor catastral del suelo por cada año de permanencia) y el impuesto de bienes inmuebles sobre las fincas durante el tiempo que estas sean suyas. Simultáneamente, en sentido contrario, la mayoría de los contribuyentes españoles se beneficia de una deducción sustancial por compra de vivienda en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La diferencia en la visibilidad de los diversos impuestos y deducciones podría explicar el que nuestros gobiernos, simultáneamente, graven y subvencionen la compra de vivienda.

³⁰ Al menos hasta la aprobación del Real Decreto-ley 6/2012 algunos de los deudores que contrataban una dación en pago habían de pagar impuestos adicionales, relacionados con ganancias patrimoniales en el IRPF y plusvalías derivadas del mayor valor de los terrenos. El Decreto, además de declarar exentas del impuesto sobre actos jurídicos documentados las novaciones contractuales que se produzcan al amparo del Código de buenas prácticas, declara exenta de IRPF la ganancia patrimonial que la dación en pago pueda generar al deudor (art. 10). También transfiere algunos de los costes fiscales en caso de dación, pues atribuye al banco deudor el pago de los impuestos regulados por la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (R.D. Legislativo 2/2004), al considerarlo como sujeto pasivo sustituto del deudor e impedir que pueda exigirle el importe de las obligaciones tributarias satisfechas en su nombre (art. 9). Comparada con la doble imposición que padece la dación en el impuesto de transmisiones, se trata de cambios relativamente menores. Ciertamente, tras la dación, el deudor quedaba a menudo obligado en IRPF por la ganancia patrimonial, pero solo cuando el valor de adjudicación era mayor que el precio de la compra, algo que también puede ocurrir con la ejecución. Además, el ITP ha de pagarse siempre y se paga efectivamente, pues pagarlo es condición necesaria del negocio jurídico. Por el contrario, no está claro cuán efectivo era el *enforcement* de la obligación de tributar las ganancias en IRPF. Sucedería algo parecido, cuando resultase aplicable, con el impuesto municipal sobre el incremento de valor de los terrenos.

³¹ Cuando esto se escribe, al menos los parlamentos de Galicia, País Vasco y Cataluña se han manifestado a favor de limitar la responsabilidad de los deudores hipotecarios.

³² A este respecto, es revelador que, al igual que los parlamentos autonómicos, la Federación Española de Municipios y Provincias se haya manifestado a favor de la dación imperativa; pero que, sin embargo, tampoco haya hecho nada por aliviar las cargas fiscales de ámbito municipal que pesan sobre los deudores en apuros cuando estos optan por pactar una dación en pago voluntaria.

8. EPÍLOGO PARLAMENTARIO³³

Desde que la actual crisis económica empieza a hacer estragos entre un número sustancial de acreedores, gran parte del electorado considera que se deben tomar medidas que palíen sus dificultades.

En semejante situación, el principal reto de nuestros representantes políticos consiste en aliviar las dificultades de algunos deudores —un asunto del corto plazo— sin destruir las bases de un mercado, el hipotecario, que, como he comentado más arriba, ha demostrado funcionar con un grado de eficacia notable y una eficiencia probablemente superior a la de la mayoría de los países que nos rodean. Complementariamente, el legislador confronta una dificultad sustancial para, por un lado, identificar qué deudores realmente merecen ayuda y, por otro, asegurarse que sean ellos y no otros los beneficiarios de las ayudas.

De entrada, es obvio que hay deudores en dificultades, pero no resulta fácil evaluar la dimensión del problema. En junio de 2011, el esfuerzo teórico anual para acceder a la vivienda era del 29,7 por 100 y 36,8 por 100 según se contemplaran o no las deducciones fiscales³⁴. Estas cifras eran, respectivamente, del 36,9 y 48,2 por 100 en junio de 1995 y del 42,0 y 52,0 por 100 en septiembre de 2008³⁵. Además, durante la actual crisis, la dudosidad en préstamos a los hogares dedicados a la compra y rehabilitación de viviendas alcanzó un máximo (al menos, de momento) del 3,05 por 100 en el tercer trimestre de 2009, poco más de la mitad de la tasa del primer trimestre de 1994, cuando alcanzó el 5,54 por 100, el valor máximo registrado durante la anterior crisis. El último dato conocido cuando esto se escribe se refiere al tercer trimestre de 2011 y se sitúa en el 2,68 por 100³⁶. Las ejecuciones hipotecarias aumentaron sustancialmente en los primeros años de la crisis, pasando de 25.943 en 2007 a 58.686 en 2008 y a 93.319 en 2009, pero se ralentizaron durante 2010, alcanzando durante todo el año un total de 93.636, y han descendido durante los tres primeros trimestres de 2011, durante los cuales se produjeron un total de 57.103, un 79,88 por 100

³³ Una vez escritas las páginas anteriores, tuve la oportunidad de comparecer en julio de 2011 ante sendas comisiones parlamentarias, del Congreso de los Diputados y del Parlament de Catalunya. Esta sección intenta reflejar lo esencial de mis reflexiones ante ambas comisiones, tratando cuestiones más generales y menos técnicas que las del análisis precedente.

³⁴ Este ratio de esfuerzo mide el importe bruto de las cuotas a pagar por un hogar mediano, en el primer año tras la adquisición de una vivienda tipo financiada con un préstamo estándar por el 80 por 100 del valor del piso, en porcentaje de la renta anual disponible del hogar. En su versión neta, considera las deducciones en el IRPF por los pagos del préstamo hipotecario.

³⁵ Fuente: Banco de España, «Accesibilidad a la vivienda, esfuerzo teórico anual sin deducciones» y «Accesibilidad a la vivienda, esfuerzo teórico anual con deducciones» (<http://www.bde.es/webbde/es/estadis/estadis.html>, visitada el 17 de enero de 2012).

³⁶ Fuente: Banco de España, «Indicadores del mercado de la vivienda, créditos dudosos a los hogares para la adquisición y rehabilitación de viviendas, ratio de dudosidad» (<http://www.bde.es/webbde/es/estadis/estadis.html>, visitada el 17 de enero de 2012).

de las de los tres primeros trimestres de 2010³⁷. Esta evolución decreciente de las ejecuciones se ha beneficiado del descenso experimentado en esos años por el tipo de interés de referencia (el Euribor subió de una media anual del 4,45 por 100 en 2007 al 4,814 por 100 en 2008, para bajar al 1,618 por 100 en 2009 y al 1,350 por 100 en 2010). Podría, pues, invertirse en caso de experimentar este un incremento sustancial. Pero también parece haberse visto favorecida por un cambio de actitud de algunas entidades financieras, que se han mostrado más dispuestas a renegociar nuevas condiciones al producirse la demora en el pago de las cuotas por parte del deudor³⁸. Además, buena parte de las ejecuciones se refieren a segundas residencias, como hace suponer su concentración geográfica en zonas de costa: un 38,38 por 100 de la población española vivía a 1 de enero de 2011 en las provincias de la costa mediterránea pero estas mismas provincias acumularon un 53,92 por 100 del total de ejecuciones entre 2007 y 2010. En las provincias costeras del Mediterráneo, se practicaron 28,65 ejecuciones por 10.000 habitantes; en el resto, 14,49. Más en concreto, en 2010, las ejecuciones por 10.000 habitantes fueron en Almería, Tarragona y Alicante 46,88, 41,67 y 42,92, respectivamente. El promedio para toda España fue de 19,93, cifra esta significativamente superior, por cierto, a las de Madrid (15,85), Barcelona (18,90) y, sobre todo, País Vasco (5,38), posiblemente las regiones con un mayor impacto político³⁹.

Por otro lado, los deudores en dificultades se encuentran en esta situación por muchos motivos y como consecuencia de causas muy diversas, desde el comprador responsable de vivienda que se queda en paro al comprador de un paquete de pisos sobre plano en una urbanización fantasma. A veces, será fácil distinguirlos; a menudo, no. Cuando la prensa nos presenta casos de deudores en dificultades se suele tratar de personas en gran necesidad, que se quedan en la calle como consecuencia del embargo de su vivienda y que han llegado a esa situación de forma involuntaria, cuando no favorecida por la mala actuación de acreedores e intermediarios. Pero incluso los casos de este tipo aparentemente más claros oscurecen cuando se les contempla de cerca. Aun dejando a un lado que, a posteriori, cuando las cosas salen mal, todos tendemos a culpar a los demás, no es obvio que el ciudadano humilde que compró una vivienda merezca ahora más ayuda que los demás ciudadanos que, en su misma situación, optaron por la decisión prudente de no comprarla. En otros términos: toda compra encierra un elemento de «especulación» y, como tal, merecería un tratamiento similar, incluso en términos puramente de justicia subjetiva.

³⁷ Según la estadística del Consejo General del Poder Judicial («Datos sobre el efecto de la crisis en los órganos judiciales: Primer trimestre de 2011» (<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords>), visitada el 4 de agosto de 2011).

³⁸ Véase, por ejemplo, SEMPRÚN (2011).

³⁹ Datos de población extraídos del Instituto Nacional de Estadística, «Avance del Padrón a 1 de enero de 2011» (www.ine.es), visitada el 4 de agosto de 2011).

Adicionalmente, se plantea la duda de si, en esos mismos términos de justicia, la ayuda debe depender de la decisión de compra o definirse, por el contrario, en términos de necesidad. ¿Debe tratarse mejor al parado que compró vivienda que al que no lo hizo? ¿Debe tratarse mejor a quién vendió su vivienda de 60 metros para comprar una de 90 que a quien se quedó en la de 60? Desde este punto de vista, resultan falaces los planteamientos que intentan abordar el problema de identificación mediante fórmulas que limitan los beneficios o ayudas a los adquirentes de vivienda habitual o a los adquirentes de buena fe.

Se plantean dificultades en parte similares cuando el legislador intenta ponerse en la situación del juez para valorar posibles vicios de voluntad en la contratación. Sobre la contratación hipotecaria operan ya numerosas cautelas por mandato del legislador (los folletos informativos reglados; la oferta vinculante que formula el acreedor dos semanas antes de firmar la escritura; y la propia intervención notarial que, a juicio de Shiller, debería resolver los problemas de asimetría informativa en la contratación de hipotecas *subprime* [2008, pág. 134]). Pese a todas estas cautelas, muchos deudores afirman haber firmado la escritura de préstamo hipotecario sin saber lo que firmaban. Habrá opiniones diversas sobre si debemos creerles; pero, en todo caso, no parece materia para una evaluación general sino particular, no para una intervención legislativa de carácter retroactivo sino para una evaluación judicial de cada caso particular. Ciertamente, sí es tarea del legislador evaluar esa contratación para valorar si requieren cautelas adicionales o, más bien, revisar las existentes en la medida en que posiblemente encarecen la contratación sin mejorarla⁴⁰.

⁴⁰ El momento oportuno para ello sería en todo caso el de la adopción de la futura directiva europea sobre los contratos de crédito para vivienda (Comisión Europea, 2011), si es que llega a aprobarse. El Gobierno español anunciaba en agosto de 2011 su intención de anticipar medidas en esa línea: «la orden ministerial incluye una guía que la banca debe cumplir con el objetivo de conceder préstamo de manera “responsable”. La norma establece una serie de comprobaciones mínimas que el banco debe realizar antes de conceder un crédito... La entidad deberá además consultar el historial crediticio del cliente y podrá consultar los ficheros de solvencia patrimonial y crédito. Deberá tener en cuenta también otras deudas del cliente, así como sus ahorros y activos de su propiedad. La norma especifica que “en el caso de créditos o préstamos con garantía real, los criterios para determinar la concesión o no del crédito o préstamo [...] deben fundamentarse en la capacidad del cliente para hacer frente a sus obligaciones de pago, y no el valor esperado de la garantía”» («El Gobierno prepara una norma para blindar a los clientes contra abusos de la banca: Exigirá total transparencia en las comisiones y al conceder préstamos», *Cinco Días*, 2 de agosto de 2011). En línea con los argumentos expresados en el texto, conviene señalar que los riesgos que entrañan tanto la propuesta de directiva como la orden ministerial para el coste y el acceso al crédito son notables, pues: «introducirá[n] nuevos y más exigentes requerimientos a la concesión crediticia tanto en términos de información, como de análisis de solvencia y de adecuación del producto financiero al perfil del cliente. La nueva normativa generará mayores costes para las entidades de crédito, pero sobre todo supondrá procesos de concesión más complejos, y potencialmente ineficientes, e incluso la exclusión de ciertos segmentos de clientes (e.g., jóvenes)» (WYMAN, 2011, pág. 23).

La recomendación podría así centrarse en: 1) aliviar, si acaso, la situación de algunos deudores usando mecanismos selectivos de identificación; 2) rechazar medidas retroactivas generales, dejando que sean los jueces quienes identifiquen los vicios de voluntad y otros posibles fallos contractuales; y 3) evaluar con frialdad (esto es, sin preocuparse en este punto por la situación de los deudores actuales) la estructura y funcionamiento del mercado de cara a la contratación futura.

8.1. MEDIDAS RETROACTIVAS

Las medidas retroactivas deben rechazarse tanto por motivos de justicia como de eficiencia. En cuanto a la justicia, no distinguen entre deudores según cuál haya sido la causa de sus actuales dificultades o cuál sea su grado de necesidad. Además, en la medida en que cargan todo el coste de las medidas en los acreedores de forma genérica tampoco distinguen entre acreedores según cuál haya sido su actuación en la contratación de los préstamos (una vertiente de este asunto es que se habla de bancos e incluso de banqueros cuando, en realidad, solo el 38,07 por 100 del crédito hipotecario está en manos de la banca privada, y, por tanto, los responsables de las entidades acreedoras son mayoritariamente los representantes políticos y sindicales que han controlado y en gran parte aún controlan las cajas de ahorros).

En cuanto a la eficacia, las medidas retroactivas deterioran gravemente la seguridad jurídica y lo harían en el peor momento y en el sector más sensible. Nuestro país necesita y necesitará durante muchos años un gran volumen de financiación exterior. La retroactividad reduce el valor de los préstamos hipotecarios y, por tanto, de nuestras entidades financieras; y, en especial, el de los préstamos que estas han vendido a inversores extranjeros como bonos y cédulas hipotecarias. Expropiar a esos inversores extranjeros es insensato y especialmente temerario en un momento en el que estamos pidiéndoles que sigan confiándonos su dinero para financiar tanto a nuestros bancos, cajas y empresas como a nuestro sector público.

Démonos cuenta, además, que semejante expropiación sería injusta con todos nuestros deudores futuros. Permítaseme ilustrar este punto con el ejemplo de una de las medidas retroactivas ya adoptadas por las Cortes: la elevación del mínimo no embargable. En una primera visión del asunto, muchos observadores bien intencionados perciben en esa medida una mera redistribución de riqueza a favor de algunos deudores humildes y a costa de sus acreedores y de quienes les financian y apoyan (los mencionados compradores de cédulas hipotecarias, los accionistas de los bancos y, sobre todo, los contribuyentes que han venido a rescatar gran parte de nuestras cajas). Muchos de estos observadores perciben esa elevación del mínimo inembargable como justa. Sin embargo, las repercu-

siones futuras de la medida pueden bien ser profundamente injustas, pues viene a dificultar que todos los deudores humildes —más precisamente, aquellos con características similares a los que ahora se benefician de ella— puedan acceder al crédito en el futuro. Como consecuencia de la nueva norma, las entidades financieras pierden dinero por la menor posibilidad de cobro y la menor garantía con que cuentan sus hipotecas ya contratadas. Pero es razonable pensar que procuren evitar dicho daño en las hipotecas que contraten en el futuro. Como los deudores humildes tienen peor crédito personal, les exigirán garantías adicionales o, simplemente, les darán menos crédito. Una vez más, el legislador ha sacrificado a la mayoría de futuros contratantes humildes para beneficiar a unos pocos contratantes actuales, aquellos con mayor capacidad de presión política. Existe, además, el riesgo añadido de que, para deshacer el entuerto creado por la medida, acabemos forzando a los bancos a dar créditos a ciertas categorías de deudores, un tipo de coacción que explica parte de la crisis sufrida en los Estados Unidos por las hipotecas *subprime*.

8.2. MEDIDAS PROSPECTIVAS

Al pensar en posibles reformas legales de carácter prospectivo debemos analizar la situación tratando de mejorar el funcionamiento del mercado en su doble vertiente económica y política o regulatoria.

El primer y fundamental objetivo es mejorar la competencia. Lo esencial para un mercado eficiente es que exista correspondencia entre las actuaciones de los agentes económicos y los premios y castigos que reciben. En este sentido, el déficit fundamental en nuestro país reside en que las entidades financieras que han tenido una peor actuación —las cajas de ahorros—, en lugar de desaparecer, ven su continuidad total o parcial subvencionada con fondos públicos que en gran medida se destinan a financiar la jubilación anticipada de sus directivos y empleados, los mismos que han sido responsables y beneficiados de sus estrategias empresariales (esta actuación se ha traducido, incluso, en un curioso fenómeno en términos de opinión pública, consistente en que para lo malo se hable siempre de «bancos», cuando, de momento, los bancos privados españoles no han recibido financiación pública directa durante la crisis y, además, representan apenas el 38 por 100 del crédito hipotecario).

Una segunda función de la regulación pública es proporcionar fórmulas contractuales voluntarias (dispositivas) que eviten a las partes la necesidad de negociar cláusulas específicas pero que les permitan hacerlo cuando así lo deseen, por adaptarse tales cláusulas específicas mejor a su situación. La Ley Hipotecaria cumple esta función cuando establece como regla dispositiva la responsabilidad universal del deudor pero le permite negociar —a cambio de un

precio, obviamente— cláusulas que limitan su responsabilidad⁴¹. En este terreno, es importante atender a las consecuencias que entrañan las reglas dispositivas debido a la regulación de las condiciones generales de la contratación, que motivan interpretaciones judiciales en las que se hace muy difícil y litigiosa que la parte supuestamente «débil» pueda apartarse de la fórmula dispositiva introduciendo (a cambio de precio) cláusulas que pueden entenderse perjudiciales. Por este sesgo judicial, resulta fácil derogar contractualmente cláusulas dispositivas que en una interpretación superficial favorecen al débil, pero no las que lo benefician. De adoptarse como regla dispositiva la responsabilidad limitada y, al anticipar que muchos jueces serían reacios a hacer cumplir su derogación contractual, las entidades financieras serían a su vez reacias a derogarla contractualmente o darían mucho menos valor a esa derogación, lo que tendería a encarecer y reducir el crédito hipotecario.

En tercer lugar, en cuanto a efectos externos, el caso más notable es también el ya comentado de la responsabilidad limitada: la existencia e importancia de esos efectos externos desaconseja una regla de responsabilidad limitada. Desaconseja igualmente, en la medida en que resulta en efectos similares, la introducción de reglas que limitan las garantías personales que pueden ofrecer los deudores.

En cuanto a las posibilidades de mejorar la racionalidad de los agentes económicos, proceden dos observaciones. La primera es que resulta fundamental mejorar la racionalidad *de los acreedores*: si en un eventual contexto de crecimiento económico estos vuelven a confrontar un tipo de interés negativo, volverán a conceder demasiados créditos y en condiciones demasiado laxas. La prioridad no reside tanto en modificar los incentivos de los banqueros privados como de los responsables políticos de los bancos centrales. Estos, pese a que sus, quizá, inevitables errores son causa primordial de la crisis, salen de ella con su reputación e incentivos intactos, y con sus poderes reforzados. Para ser eficaces, las reformas institucionales en el sector financiero deben entender que en nuestras economías está funcionando a caballo del mercado y la planificación. De un lado, el precio fundamental —el tipo de interés— lo determinan los bancos centrales, tarea en la que se confrontan no solo su propia e inevitable ignorancia sino unos incentivos deficientes. De otro, los bancos son apéndices privados estrechamente regulados, a los que dotamos de incentivos perversos en cuanto al riesgo, por la vía del aseguramiento de sus depósitos y, en realidad, de todas sus deudas (el socorrido *too big to fail*); y que en ocasiones, como ha venido sucediendo en España, han de operar con tipos de interés completamente distorsionados.

⁴¹ Como sucede en la actualidad con la «Hipoteca sin más» comentada en la nota 9. Sucede algo similar con las hipotecas que han comercializado algunas de las principales entidades financieras al socaire del revuelo mediático que ha causado la litigación sobre limitaciones al tipo de interés (véase, por ejemplo, la «Hipoteca rompesuelo» en La Caixa, 2011).

Mejorar la racionalidad de los deudores es igualmente difícil aunque por otros motivos: su ignorancia y su dificultad para entender transacciones financieras. Pero la solución no pasa por suministrarles más información que, de todos modos, la mayoría de ellos se ha demostrado incapaz de procesar, sino en mejorar los mecanismos de responsabilidad de quienes les informan. Si, pese a todas las cautelas ya presentes, se demostrara que se producen vicios de voluntad de forma sistemática, deberíamos achacarlo, sobre todo, a que la función de quienes están encargados de evitarlos está mal diseñada o no la ejercen como deben. En nuestro país, este el caso, fundamentalmente, de la intervención notarial. En ese supuesto, procedería por tanto o bien clarificar y reforzar su responsabilidad dentro del actual régimen de intervención obligatoria; o bien disponer un régimen de intervención voluntaria de modo que, al menos, permitiéramos que el mercado se encargase de ejercer dicha responsabilidad y desarrollar fórmulas alternativas de salvaguardia.

Por último, el legislador debe asumir su propia responsabilidad, reduciendo barreras ineficientes que él mismo ha impuesto a la libre contratación en el mercado. Un caso paradigmático es el analizado anteriormente, relativo al tratamiento fiscal de la dación en pago. No es admisible que los mismos parlamentos regionales que han debatido imponer retroactivamente y a cuenta de los acreedores la dación obligatoria, poniendo en peligro el Estado de Derecho y la solvencia del país, discriminen fiscalmente la dación voluntaria, impidiendo así que deudores y acreedores puedan resolver por sí mismos y eficientemente las situaciones de insolvencia.

9. REFERENCIAS

- AGARWAL, Sumit, Gene AMROMIN, Itzhak BEN-DAVID, Souphala CHOMSISENGPHET, y Douglas D. EVANOFF, 2011: «The Role of Securitization in Mortgage Renegotiation», en *Federal Reserve Board of Chicago Working Paper*, 2011-02, 13 de enero (<http://ssrn.com/abstract=1739915>, visitada el 14 de abril de 2011).
- AHE, Asociación Hipotecaria Española, 2011: *Actividad crediticia hipotecaria de mayo de 2011*, Madrid, mayo (<http://www.ahe.es>, visitada el 17 de julio de 2011).
- BANKINTER, 2011a: *Bankinter lanza la primera hipoteca con garantía exclusiva de la vivienda*, 12 de julio de 2011 (<http://tinyurl.com/6l7gymw>, visitada el 12 de julio de 2011).
- 2011b: *Folleto informativo de la «Hipoteca Sin Más»*, Madrid, 12 de julio de 2011 (<http://tinyurl.com/6g2xjge>, visitada el 12 de julio de 2011).
- CAMPBELL, John Y., Stefano GIGLIO, y Parag PATHAK, 2011: «Forced Sales and House Prices», en *American Economic Review*, 101, págs. 2108-31.
- CELENTANI, Marco, y Fernando GÓMEZ POMAR, 2011: «Créditos hipotecarios y asignación del riesgo (I): La belleza del impago», en *Nada es gratis*, 2 de marzo (<http://www.fedeablogs.net/economia/?p=9817>, visitada el 2 de abril de 2011).
- COMISIÓN EUROPEA, 2011: *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial*, Bruselas, 31 de marzo, COM(2011) 142 final.

- CONSELL DE COL·LEGIS D'ADVOCATS DE CATALUNYA, 2011: *Propuestas de enmienda, que presenta el Consell de Col·legis d'Advocats de Catalunya, de modificación de los artículos 440, 579, 592, 647, 670 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la inclusión de una nueva Disposición Adicional sexta, para mejorar la ejecución hipotecaria, a fin de que sean incorporados en el Proyecto de ley de medidas de agilización procesal remitido por el Gobierno a las Cortes Generales*, Barcelona, 7 de marzo.
- DUKEMINIER, Jesse, y James E. KRIER, 1998: *Property*, 4.^a ed., Aspen Law and Business, Nueva York.
- EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION, 2010: *Study on the Cost of Housing in Europe*, Bruselas, mayo.
- FELDSTEIN, Martin, 2008: «How to Help People Whose Home Values Are Underwater», en *Wall Street Journal*, 18 de noviembre, A21 (<http://online.wsj.com/article/SB122697004441035727.html>, visitada el 14 de abril de 2011).
- FERNÁNDEZ VILLAVERDE, Jesús, 2011: «No cambiemos la legislación hipotecaria sin pensarlo bien», en *Nada es gratis*, 2 de enero (<http://www.fedeablogs.net/economia/?p=8643>, visitada el 14 de abril de 2011).
- FITCH RATINGS, 2011: *New Spanish Law Weakens Recourse To Low Income Borrowers*, 18 de julio (http://www.fitchratings.es/adjuntos/605_splaweakens18072011.pdf, visitada el 4 de agosto de 2011).
- GARCÍA MONTALVO, 2011: «Devolver el piso y saldar la hipoteca», en *El País*, 2 de enero.
- GHENT, Andra C., 2011: «Securitization and Mortgage Renegotiation: Evidence from the Great Depression», en *Review of Financial Studies*, 24, págs. 1814-47.
- GHENT, Andra C., y Marianna KUDLYAK, 2011: «Recourse and Residential Mortgage Default: Evidence from U.S. States», en *Review of Financial Studies*, 24, 3139-86.
- GUISSO, Luigi, Paola SAPIENZA, y Luigi ZINGALES, 2009: «Moral and Social Constraints to Strategic Default on Mortgages», en *European University Institute Economics Working Papers* ECO2009/27 (<http://www.nber.org/tmp/94972-w15145.pdf>, visitada el 14 de abril de 2011).
- HARDING, John P., Eric ROSENBLATT, y Vincent W. YAO, 2009: «The Contagion Effect of Foreclosed Properties», en *Journal of Urban Economics*, 66, págs. 164-78.
- HARRIS, Ron, 2010: *Recourse and Non-Recourse Mortgages: Foreclosure, Bankruptcy, Policy*, 10 de abril (<http://ssrn.com/abstract=1591524>, visitada el 14 de abril de 2011).
- KHANDANI, Amir E., Andrew W. LO, y Robert C. MERTON, 2009: «Systemic Risk and the Refinancing Ratchet Effect», en *MIT Sloan Research Paper* 4750-09, 15 de septiembre (<http://ssrn.com/abstract=1472892>, visitada el 14 de abril de 2011).
- KOROBKIN, Russell, 1998, «The Status Quo Bias and Contract Default Rules», en *Cornell Law Review*, 83, págs. 608-87.
- 2003: «Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability», en *The University of Chicago Law Review*, 70, págs. 1203-95.
- LA CAIXA, 2011: *Hipoteca rompuesuelo* (http://portal.lacaixa.es/préstamoshipotecas/hipotecarompuesuelo_es.html, visitada el 3 de mayo de 2011).
- LAFRAYA, Conchi, 2012: «El decreto de desahucios invalida la dación en pago si el crédito está avalado», en *La Vanguardia*, 12 de marzo.

- MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P., 2011: «La AP de Navarra se decanta por la moralidad antes que por la legalidad en la ejecución de hipotecas», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 815, 24 de febrero, pág. 5.
- MIAN, Atif R., y Amir SUFI, 2010: «House Prices, Home Equity-Based Borrowing, and the U.S. Household Leverage Crisis», en *National Bureau of Economic Research Working Papers* 15283, abril (<http://ssrn.com/abstract=1397607>, visitada el 14 de abril de 2011).
- OLIVER WYMAN, 2011: *El futuro del sector hipotecario en España: El camino hacia el crecimiento sostenible*, Oliver Wyman y Asociación Hipotecaria Española, Madrid.
- ONG, SEOW ENG, POH HAR NEO, y YONG TU, 2008: «Foreclosure Sales: The Effects of Price Expectations, Volatility and Equity Losses», en *Journal of Real Estate Finance and Economics*, 36, págs. 265-87.
- OXFORD ECONOMICS, 2009: «Why Are US Home Foreclosures So High?», en *Economic Outlook*, 33, págs. 28-35.
- PALMER, Andrew, 2011: «Bricks and Slaughter», en *The Economist*, 5 de marzo.
- PAVLOV, Andrey D., y Susan M. WACHTER, 2006: «The Inevitability of Market-Wide Underpricing of Mortgage Default Risk», en *Real Estate Economics*, 34, págs. 479-96.
- REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 59, 9 de marzo de 2004, págs. 10284-342.
- REAL DECRETO 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 148, 22 de junio de 1995, págs. 18762-86.
- REAL DECRETO-LEY 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 60, 10 de marzo de 2012, págs. 22492-501.
- REAL DECRETO-LEY 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, *Boletín Oficial del Estado*, num. 161, 7 de julio de 2011, págs. 71548-86.
- ROMANI, Michela, 2011: «El cliente prefiere hipotecas baratas a la dación en pago», en *Expansión*, 3 de octubre.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, 2011: *Ejecución hipotecaria*, 22 de febrero (<http://tinyurl.com/5sapfkb>, visitada el 14 de abril de 2011).
- SCHUETZ, Jenny, Vicki BEEN, e Ingrid GOULD ELLEN, 2008: «Neighborhood Effects of Concentrated Mortgage Foreclosures», en *Journal of Housing Economics*, 17, págs. 306-19.
- SEMPRÚN, África, 2011: «Los bancos buscan alternativas al desahucio para contener la escalada de la morosidad», en *El Economista*, 12 de diciembre.
- SHILLER, Robert J., 2008: *The Subprime Solution*, Princeton University Press, Princeton, NJ.
- SKILTON, Robert H., 1943: «Developments in Mortgage Law and Practice», en *Temple University Law Quarterly*, 17, págs. 315-84.
- US TREASURY, 2011: *Reforming America's Housing Finance Market: A Report to Congress*, Washington DC, 11 de febrero (<http://tinyurl.com/5rueu2c>, visitada el 20 de febrero de 2011).

RESUMEN

DACIÓN EN PAGO

Con la crisis económica han abundado en España las propuestas para limitar por ley la responsabilidad de los deudores hipotecarios. Estas páginas examinan si tales propuestas son o no razonables desde un punto de vista económico. Concluyen que, para los préstamos hipotecarios ya firmados, sería injusto y temerario, por atentar contra el Estado de Derecho y hacerlo en un momento en el que aumentaría las dudas que suscitan la solvencia de nuestras finanzas públicas y la solidez de nuestras instituciones. Asimismo, para los préstamos futuros, sería un grave error, pues en España, como en casi todo el mundo desarrollado, acreedores y deudores prefieren contratar sin limitación de responsabilidad, por lo que debemos entender que les resulta beneficioso, sobre todo por existir considerable competencia entre acreedores. Además, de este ejercicio de su libertad contractual no se derivan daños a terceros que pudieran justificar una prohibición. Todo lo contrario, la limitación de responsabilidad sí generaría cuantiosos daños sistémicos, como pone de relieve la evidencia de los once Estados de los Estados Unidos, cuyo régimen puede caracterizarse propiamente como de responsabilidad limitada (recourse mortgages).

ABSTRACT

SURRENDER IN LIEU OF PAYMENT

With the current economic crisis, proposals for legally limiting mortgage borrowers' liability have abounded in Spain. These pages examine whether such proposals are reasonable or unreasonable from an economic standpoint. The conclusion is that it would be unfair and reckless with respect to the mortgage loans that have already been signed, rashly attacking the rule of law at a time when such an attack would fan doubts about the solvency of our public finances and the strength of our institutions. It would also be a serious mistake for future loans: In Spain, as in nearly the entire developed world, lenders and borrowers prefer to contract mortgage loans «with recourse», that is, without any limitation on liability, so one must conclude that this is beneficial to them, especially when there is considerable competition among lenders. In addition, this exercise of freedom of contract does not cause any damage to third-parties which might justify its prohibition. On the contrary, limiting liability would produce serious systemic damage, as shown by the evidence of the US's eleven recourse states.

Particularidades de la fiscalidad de la dación de inmuebles en pago de deudas: consecuencias técnicas para los sujetos activo y pasivo del derecho de crédito garantizado con hipoteca impagado

por

MARÍA CRESPO GARRIDO

Profesora Titular de Hacienda Pública. Universidad de Alcalá

SUMARIO

I. CUESTIONES PRELIMINARES:

1. PRESUPUESTOS DE LOS BENEFICIARIOS DE LA DACIÓN LEGAL Y SIMULACIÓN.
2. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS: CONSECUENCIAS TRIBUTARIAS.
3. MEDIDAS PREVIAS A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA:
 - A) *Ampliación del periodo de amortización del préstamo y reducción del tipo de interés.*
 - B) *Acuerdo de quita parcial a la deuda.*
 - C) *Dación en pago.*

II. IMPOSICIÓN INDIRECTA Y DACIÓN EN PAGO:

1. TRIBUTACIÓN EN EL IVA:
 - A) *Entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetas.*
 - B) *Determinación de la base imponible.*
 - C) *Exenciones inmobiliarias cuando el adquirente es una entidad de crédito.*
 - D) *Tipo de gravamen.*

2. GRAVAMEN DE LOS INMUEBLES EN EL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS:
 - A) *Transmisiones Patrimoniales Onerosas.*
 - B) *Actos Jurídicos Documentados.*
- III. DACIÓN EN PAGO E IMPOSICIÓN DIRECTA:
 1. TRIBUTACIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES.
 2. EL GRAVAMEN EN EL IRPF:
 - A) *Ganancias patrimoniales.*
 - B) *Tratamiento de los beneficios fiscales disfrutados por la adquisición de una vivienda habitual.*
- IV. FISCALIDAD MUNICIPAL: IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DEL VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA:
 1. Supuestos de no sujeción.
 2. Transmisión de inmuebles con reserva de usufructo.
 3. Transmisiones lucrativas y onerosas.
 4. Sujeto pasivo.
 5. Tipo de gravamen.
 6. Devengo.
- V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS.
- VI. CITAS BIBLIOGRÁFICAS.
- VII. ANEXOS.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

1. PRESUPUESTOS DE LOS BENEFICIARIOS DE LA DACIÓN LEGAL Y SIMULACIÓN

La situación económica de crisis y las dificultades de algunas familias para hacer frente al pago de sus deudas hipotecarias han sido dos de los principales argumentos alegados para flexibilizar las condiciones de ejecución de las garantías reales constituidas sobre sus inmuebles. Esta política se ha materializado en los contenidos del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de Medidas Urgentes de Protección de Deudores Hipotecarios sin recursos¹.

En particular, y al margen de otras consideraciones jurídicas, la figura de la dación en pago se trata de una fórmula según la cual el sujeto pasivo que no ha podido hacer frente al derecho de crédito garantizado, entrega un bien inmueble al acreedor hipotecario —en este caso una entidad financiera— que lo acepta, en sustitución de la deuda u obligación de pago originaria. En principio esta

¹ Conviene no olvidar que nuestra Constitución contempla, aunque con la categoría técnica de derecho fundamental, el derecho a la vivienda digna y adecuada, así como la debida protección económica y jurídica de la familia por parte de los poderes públicos.

fórmula presenta notables ventajas, tanto para el deudor como para el acreedor, frente a los contratiempos de la ejecución judicial. De una parte, el sujeto pasivo del crédito hipotecario se libera íntegramente de su deuda y de otra, la entidad financiera no soporta los altos costes económicos, judiciales y de oportunidad, derivados de los procedimientos concursales convencionales o de otros ventilados también en trámite judicial.

No obstante, este sistema ha sido legalmente circunscrito al colectivo de ciudadanos que se encuentran en una situación económica muy singular, según prevé el Real Decreto-ley 6/2012; en su virtud, los potenciales beneficiarios de la dación en pago, objeto de estas líneas, serán aquellos situados en el denominado *umbral de exclusión*². Es decir, su ámbito de aplicabilidad determina que los destinatarios exclusivos de sus ventajas sean los deudores en situación patrimonial y profesional impeditiva para hacer frente a sus obligaciones hipotecarias contraídas, y que, adicionalmente, no puedan asumir sus necesidades básicas de subsistencia.

En este sentido, y con la intención expresa de evitar que se beneficien de este sistema otros sujetos distintos a los legalmente previstos, se identifica de forma exhaustiva quiénes son las personas que se puedan acoger a este sistema de entrega de sus bienes en pago de la deuda previamente contraída. Téngase en cuenta, a estos efectos, el contenido del artículo 16.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, donde se dispone que «en los actos o negocios en los que exista simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes».

Por tanto, podrán acogerse a las ventajas del Real Decreto-ley 6/2012, aquellas personas en las que concurren, simultáneamente, la totalidad de las circunstancias siguientes:

1. Que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas procedentes del trabajo personal o de actividades económicas, ni posean otros bienes y derechos con los que hacer frente a la deuda;
2. que la cuota hipotecaria resulte superior al 60 por 100 de los ingresos netos que perciban todos los miembros de la unidad familiar y, por último,
3. que se trate de un crédito o un préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda propiedad del deudor y carezca de otras garantías reales o personales.

De modo que los beneficios fiscales previstos en la norma solo se podrán aplicar a aquellos individuos que presenten, insistimos, cumulativamente los mencionados presupuestos recién expuestos, no siendo posible que se acojan

² Artículo 3 del Real Decreto-ley 6/2012.

familias o sujetos que únicamente presenten uno o dos de sus presupuestos legales.

2. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS: CONSECUENCIAS TRIBUTARIAS

La dación en pago, en términos generales, se plantea como una figura en virtud de la cual el deudor satisface la deuda previamente contraída con el acreedor hipotecario, mediante la entrega de un bien inmueble que cancela las deudas hipotecarias. Sin embargo y como es sabido, existen diferencias sustanciales entre la dación en pago y otras instituciones jurídicas, a saber: la hipoteca con cláusula de responsabilidad limitada³, la cesión en pago de deudas⁴, la adjudicación en pago de deudas, adjudicación para pago de deudas y la adjudicación en pago de asunción de deudas⁵.

A nuestros efectos, tendremos en cuenta que las particularidades que distinguen las figuras jurídicas recién mencionadas son, en apretada síntesis:

- a) *Cesión en pago de deudas*. Según se desprende del Código Civil en sus artículos 1166, 1175, 1521, 1636 y 1849, en la dación en pago, el

³ Según dispone el artículo 105 de la Ley Hipotecaria y el artículo 1911 del Código Civil. Nos remitimos a la mejor doctrina civil para los aspectos sustanciales, así, vid. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, 5, *Derechos Reales y Derecho Hipotecario*, Madrid, 2010, 8.ª ed., bibliografía allí citada; también para el particular, vid. LA RICA Y ARENAL, «Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944», en *Libro Homenaje a Don Ramón de la Rica y Arenal*, I, Madrid, 1976; GÓMEZ GÁLIGO, «La extinción del crédito hipotecario», en *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, 72, 1997, págs. 463 a 542; JORDANO FRAGA, «Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesoria en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios», en *RCDI*, LXXV, 653, 1999, págs. 1275 a 1333.

⁴ Vid. artículo 1175 del Código Civil, sobre la cesión en pago y los artículos 1166, 1521, 1636 y 1849, que aluden indirectamente a la dación en pago. Como referencias bibliográficas iusprivatistas conviene tener presente: MARTÍNEZ-GIL VICH, «Algunos aspectos de la cesión de créditos y de la asunción de deudas. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 3 de abril de 1997», en *AAMN*, XXXVIII, 1998, págs. 225 a 256; CASTILLO MARTÍNEZ, *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Pamplona, 1999.

⁵ Vid. Sobre los aspectos civiles de las figuras mencionadas en particular, MORETÓN SANZ, *La asunción espontánea de deuda*, Valladolid, 2008: «No constituye abuso del derecho la constitución de una sociedad limitada para cumplir deudas ajenas: el pago del tercero y legitimidad del ejercicio de la acción de reembolso (comentario a la STS de 26 de mayo de 2011)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 28, 2012, págs. 435 a 451; «Vivienda familiar y subrogación hipotecaria en tiempos de crisis: notas sobre los pactos internos entre codeudores solidarios», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 720, 2010, págs. 1747 a 1767, y «Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1205 del Código Civil español (La vicenda modificativa, la sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad de ciertos principios contractuales)», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXI, fasc. II, 2008, págs. 619 a 719.

deudor transmite la propiedad del bien que se da en pago, y, en consecuencia, se extingue la totalidad o parte de la obligación contraída, con eficacia inmediata. Sin embargo, en la cesión en pago de deudas no se extingue, *per se*, la obligación, pues no se produce la traslación del derecho de propiedad, sino que simplemente se cede al acreedor la «posesión» de los bienes con la finalidad de que proceda a su enajenación con la finalidad de aplicar el rendimiento obtenido al pago del crédito contraído. La extinción de la obligación se produce en la medida en la que el rendimiento obtenido en la venta del bien coincida con la deuda inicial⁶.

- b) *Adjudicación en pago de deudas y adjudicación para pago de deudas.* No existe unanimidad ni en doctrina ni jurisprudencia sobre si se trata de idénticas figuras jurídicas o no. Quienes defienden que presentan presupuestos jurídicos distintos⁷, argumentan que las diferencias radican en los sujetos intervinientes y en la voluntad de las partes, ya que en la dación en pago se produce un acuerdo entre deudor y acreedor, según el cual se pretende la extinción de la obligación, frente a la adjudicación en pago de deudas o en la adjudicación para pago de deudas, donde para que se produzca la extinción de la obligación resulta necesaria la intervención de un tercer sujeto que, normalmente es el juez.
- c) *Adjudicación en pago de asunción de deudas.* Es el acuerdo en cuya virtud la transmisión de bienes o derechos se realiza para que otra persona asuma el pago de la deuda que la primera tenía con un tercero.

En todo caso, la entrega de un bien inmueble para la cancelación de una deuda estará sujeta a alguno de los impuestos indirectos, como el IVA o el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, según corresponda. Sin perjuicio de los posibles casos de exención y caso de que concursen las circunstancias aplicables. Adicionalmente, esta transmisión está sujeta al Impuesto sobre Sociedades o al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, según proceda, al margen de las modificaciones fiscales introducidas por el Real Decreto-ley 6/2012.

Con todo, ha de tenerse en cuenta que la clave fiscal de los anteriores efectos se encuentra en las prescripciones del artículo 13 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, por cuanto establece sobre la calificación, «las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que

⁶ Vid. YÁÑEZ VIVERO, «Cesión de bienes», en *Enciclopedia Concursal*, BELTRÁN SÁNCHEZ y GARCÍA CRUCES (Dirs.), Aranzadi, 2012; «Cesión de bienes en concurso de acreedores e inscripción registral», en *RCDI*, septiembre-octubre, 2012.

⁷ Vid. LATOUR BROTONS, BELINCHÓN ROMO (1953).

los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez».

3. MEDIDAS PREVIAS A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Como medidas previas a la ejecución hipotecaria se plantea, para los sujetos pasivos de la obligación hipotecaria que cumplan las condiciones del artículo 2 del Real Decreto-ley, la posibilidad de reestructurar sus deudas, con la finalidad de alcanzar, de este modo, la viabilidad a medio y largo plazo de las deudas contraídas.

La adhesión, por parte de las entidades financieras, al denominado Código de Buenas Prácticas, se materializa en las siguientes medidas, a las que añadiremos sus implicaciones fiscales:

A) *Ampliación del periodo de amortización del préstamo y reducción del tipo de interés*

Según prevé el Real Decreto-ley 6/2012, se puede conceder al deudor un periodo de carencia en la amortización del capital del préstamo concedido de cuatro años, con una reducción del tipo de interés aplicable a Euribor +0,25 por 100 durante ese periodo. Ampliándose el plazo de amortización hasta cuarenta años, a contar desde la concesión del préstamo.

Desde el punto de vista fiscal, esta operación está exenta del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en la modalidad de Acto Jurídico Documentado, Documento Notarial según prevé el artículo 45.I.B.23⁸ del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, según la modificación introducida por el Real Decreto-ley 6/2012, para aquellos en los que concurran las condiciones antes mencionadas.

Empero, esta operación ya estaba exenta en virtud de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, pues el artículo 9⁹ dispone que las novaciones modificativas de préstamos hipotecarios

⁸ Artículo 45.I.B.23. Estarán exentas: (...) Las escrituras de formalización de las novaciones contractuales de préstamos y créditos hipotecarios que se produzcan al amparo del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, quedarán exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de actos jurídicos documentados.

⁹ Artículo 9. *Beneficios fiscales*. Estarán exentas en la modalidad gradual de *Actos Jurídicos Documentados* las escrituras públicas de novación modificativa de préstamos hipotecarios pactados de común acuerdo entre acreedor y deudor, siempre que el acreedor sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley y la modificación se refiera a

en las que se produce modificación del tipo de interés o alteración del plazo de amortización, sin aumento de responsabilidad hipotecaria, están exentas de Acto Jurídico Documentado, Documento Notarial.

Sin embargo, para el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en su sentencia de 14 de febrero de 1998, la escritura de modificación del plazo, al contener un acto valorable económicamente, está sujeta a la cuota variable del impuesto por el valor de la modificación del préstamo que supone para el prestatario la ampliación del plazo de devolución, con la consiguiente afectación al importe final de los intereses que ha de abonar el prestamista. En este mismo sentido se pronunciaría la Dirección General de Tributos, en su Resolución del 19 de febrero de 2004, respecto a la ampliación de un préstamo hipotecario que sustituye a otro anterior.

Además, la refinanciación de la deuda carece de implicaciones en la imposición directa, pues el acuerdo de un periodo de carencia en el préstamo y la modificación del tipo de interés pactado o, en su caso, la ampliación del plazo de amortización de la deuda, no suponen un aumento de la capacidad económica del sujeto de imposición, persona física o jurídica, y en consecuencia no se produce renta fiscal o contable susceptible de imposición.

No obstante, las anteriores operaciones pueden tener repercusiones en el ámbito fiscal en aquellos casos en los que se hayan contratado instrumentos de cobertura de riesgos (swaps, fras o similares) y su valor haya variado como consecuencia de la evolución de los tipos de interés, tipos de cambio o ambos. Según prevé el propio Plan General Contable aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, el registro contable de tal evolución puede provocar la periodificación de las cantidades pagadas para la cancelación o modificación de los instrumentos de cobertura de riesgos. En definitiva, en estos casos existe común acuerdo entre el acreedor y el deudor y el primero es una entidad financiera, como se exige para ser de aplicación el beneficio fiscal. A diferencia de los criterios interpretativos aplicados por la Administración para otro tipo de figuras como es el caso de la subrogación, de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, donde no se admite la exención en este tipo de operaciones.

Por otra parte, en los casos de intervención de entidades vinculadas¹⁰, pueden plantearse situaciones de subcapitalización¹¹ que tienen implicaciones en

las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente, a la alteración del plazo del préstamo, o a ambas (Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios).

¹⁰ En este sentido debe destacarse que el Consejo de Ministros del pasado 31 de octubre de 2012, aprobó el Reglamento de operaciones vinculadas en las que se regulan, entre otras, las obligaciones de documentación aplicables a este tipo de operaciones.

¹¹ La regla de subcapitalización se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 18/1991, de 6 de junio, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que, en la Disposición Adicional Quinta añadió el apartado 9 al artículo 16 de la Ley 61/1978,

la valoración de los activos que se dé en el Impuesto sobre Sociedades. Si el prestamista y el garante están vinculados, los precios acordados por las operaciones deben cumplir con la normativa de precios de transferencia, por lo que su valoración se hará de acuerdo al valor normal de mercado, al igual que si la financiación proviene directa o indirectamente de la Unión Europea, se pueden dar casos de subcapitalización¹², por lo que la valoración se hará como si de partes independientes¹³ se tratara.

Concurren implicaciones fiscales de estas operaciones, referidas a la tributación indirecta, toda vez que si se amplía la financiación se trata de una operación exenta de IVA, según prevé el artículo 20.18.c), e) y f) de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobada por la Ley 37/1992, de 28 de diciembre. En este precepto, se establece la exención del impuesto a la concesión de préstamos, a su transmisión, así como a la constitución de garantías sobre ellos.

En los casos de cancelación de la garantía hipotecaria, se tratará de una operación exenta, según prevé el artículo 45.I.B.15 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

Sin embargo, si resultase necesaria la sustitución de garantías, estaremos ante dos hechos imponible, uno de ellos exento del impuesto de Actos Jurídicos Documentados, como es la cancelación de la primera garantía, y, un segundo, que tributará al 1 por 100, como es la constitución de la nueva garantía, según dicta el artículo 30 de la Ley reguladora del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, en su redacción operada por Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social y de acuerdo al artículo 69

de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades y en la actualidad continúa vigente con ciertos matices, en virtud de la aplicación de la sentencia Lankhorst-Hohorst (12-2-2002) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Se aplica esta norma antielusión cuando el endeudamiento directo o indirecto entre una sociedad residente en territorio español y otra entidad o persona no residente y a aquella vinculada, exceda de aplicar el coeficiente que se determine reglamentariamente a la cifra de capital fiscal. En estos casos, los intereses satisfechos tendrán la consideración de dividendos, y, en consecuencia, ese exceso no tiene el carácter de fiscalmente deducible. Esta norma, en atención a la sentencia Lankhorst-Hohorst, no es aplicable en aquellos casos en los que la entidad vinculada, que concede la financiación, resida en un país de la Unión Europea no considerado paraíso fiscal.

¹² No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 2011, ha establecido la no aplicación de la regla de subcapitalización en los supuestos en los que entre España y el país en el que resida la entidad vinculada haya suscrito un Convenio para evitar la doble imposición con cláusula de no discriminación. En este mismo sentido se pronunció el mismo Tribunal en sentencia de 1 de octubre de 2009, en el caso de un supuesto de financiación entre una matriz holandesa y su filial española.

¹³ Siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, antes apuntada, se aplicará la norma de subcapitalización en aquellos casos en los que la entidad prestamista, vinculada a una entidad española, sea residente en un país no comunitario, o en un país que no tenga suscrito convenio con España, o bien que, teniéndolo suscrito no contenga cláusula de no discriminación.

y siguientes del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo.

En todos aquellos casos en los que los préstamos hipotecarios sean cedidos, la operación está exenta de IVA y la documentación de la ampliación de la garantía del préstamo tributará al 1 por 100 por Acto Jurídico Documentado, Documento Notarial. No obstante, si la ampliación de garantías del préstamo no se establece de manera simultánea a la concesión o si en el momento en el que aquél se concedió no estaba prevista la misma, tal operación estará sujeta y no exenta a la citada modalidad.

B) *Acuerdo de quita parcial a la deuda*

La segunda alternativa, dentro del Código de Buenas Prácticas, y previa a la dación en pago, consiste en que la entidad financiera, de manera discrecional y en aquellos casos en los que fuera inviable el plan de restructuración resultante, previamente analizado, podrá acordar una quita de la deuda, exenta de gravamen, al igual que lo está la cancelación total o parcial de la hipoteca, según prevé el artículo 45.I.B.18¹⁴ del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

Las implicaciones fiscales en el Impuesto sobre la Renta, Sociedades e imposición indirecta, son similares a las que provoca la dación en pago, de manera parcial. En el caso del Impuesto sobre Sociedades, y ya que la configuración de la base imponible emplea como elemento de base el resultado contable, calculado con dichos criterios, se han de tener en consideración las consultas realizadas al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) y más concretamente la respuesta a la consulta publicada en el BOICAC, número 31, octubre de 1997, según la cual si se producen «quitas» en deudas, como consecuencia del convenio entre acreedores, el tratamiento contable de dichos importes en el balance se imputarán como ingresos a distribuir en varios ejercicios y su imputación a resultados se realizará en el ejercicio en el que se cumpla total o parcialmente el convenio.

Por otra parte, el Tribunal Económico-Administrativo Central, en Resolución de 11 de noviembre de 2005, recoge una interpretación sustancialmente distinta, argumentando que el devengo de la renta se producirá en el momento en el que se acuerda la quita. Por lo que si el cálculo del resultado contable se realiza de acuerdo a los criterios contables, como no puede ser de otro modo, la fiscalidad de estas «quitas» producirá un ajuste positivo de la base imponible

¹⁴ Artículo 45.I.B.18. Estarán exentas: (...) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase, en cuanto al gravamen gradual de la modalidad Acto Jurídico Documentado que grava los documentos notariales.

en el ejercicio en el que se acuerda tal operación. En los casos en los que la operación sea morosa, si han transcurrido dos años sin que se produzca el pago, es necesario el cumplimiento de una serie de requisitos formales para que la base imponible pueda ser rectificada.

El tratamiento fiscal de las condonaciones de deuda entre un particular y una entidad financiera entre las que no existe vinculación¹⁵, a juicio de la Dirección General de Tributos en Contestación Vinculante, de 26 de diciembre de 2007, en aquellos casos en los que la causa de la condonación sea evitar el perjuicio de un crédito incobrable, que haya sido renegociado en dos ocasiones, sin que se haya podido producir su cobro, será considerada como pérdida irreversible, ya que no existe un *animus donandi*, sino que la causa de la condonación es consecuencia de la renegociación entre las partes. En estos supuestos, sería deducible del Impuesto sobre Sociedades la cantidad no cobrada por haber sido objeto de condonación. Para el particular deudor, si es una persona jurídica sujeta al Impuesto sobre Sociedades, deberá registrar un ingreso computable, como consecuencia de la reducción de su pasivo. Este ingreso se compensará con las bases imponibles negativas que, en pura lógica, tendrá debido a la situación de dificultad económica desencadenante de este estado, si bien, no existe doctrina contable que obligue a imputar correlativamente el ingreso correspondiente a la deuda no satisfecha y a la imputación de bases imponibles negativas, como ocurre en las situaciones concursales.

C) *Dación en pago*

La entidad financiera se verá obligada a aceptar la dación en pago si la solicita el deudor y si en el plazo de doce meses se produce la situación de inviabilidad del pago, como alternativa a la ejecución hipotecaria¹⁶. Esta operación supone la transmisión de la propiedad que está sujeta al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en la modalidad de Transmisión Patrimonial Onerosa, al 7 por 100 en la mayoría de las Comunidades Autónomas¹⁷. Sin perjuicio de que el destino de los inmuebles pueda

¹⁵ Mención aparte, merece el tratamiento fiscal de las condonaciones de deuda entre entidades vinculadas, en cuyo caso, y según contestación de la Dirección General de Tributos de 29 de septiembre de 2004, la condonación de deuda realizada por la matriz será considerada como aportación social en la parte del crédito y se incorporará al precio de adquisición de las aportaciones sociales, sin que se genere una renta como consecuencia de la operación, sino que se incrementarán los fondos propios.

¹⁶ Anexo al Real Decreto-ley 6/2012, en el que se define el Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.

¹⁷ En el Anexo I se recogen los tipos de gravamen aplicables a las transmisiones de inmuebles en cada una de las Comunidades Autónomas.

determinar su sujeción a IVA y su posibilidad de que tal entrega esté exenta del mismo. Y, por otra parte, la cancelación de la hipoteca, exenta de la modalidad de Acto Jurídico Documentado, Documento Notarial, como se ha indicado.

A mayor abundamiento, esta operación tiene repercusión en el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, por el que se tributará imputando a la base imponible del mismo la diferencia entre el valor del inmueble en el momento en el que se adquirió y ese valor en el momento en el que se produce la transmisión. Se produce, además, una ganancia patrimonial por el importe de la condonación de la deuda, susceptible de tributación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, sin perjuicio de la posible exención aplicable, como posteriormente se analizará. Por otro lado, dependiendo de cuál sea el destino de los inmuebles, se podrá renunciar a la exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Otro de los aspectos a tener en cuenta en los procesos de dación en pago son aquellas circunstancias en las que se produzcan cesiones de acciones o participaciones de sociedades en las que se pudiera aplicar el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores porque en la transmisión de los mismos más del 50 por 100 del activo esté constituido por inmuebles situados en territorio español.

En definitiva, la figura de la dación en pago estará sometida a diferentes impuestos que posteriormente se tratarán con más detenimiento, sin perjuicio de los beneficios fiscales establecidos en el Real Decreto 6/2012 aplicables a los deudores que se encuentren en el denominado *umbral de exclusión*.

II. IMPOSICIÓN INDIRECTA Y DACIÓN EN PAGO

1. TRIBUTACIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

La Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, Ley 37/1992, de 28 de diciembre, recoge en su artículo 4, las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional¹⁸.

Pues bien, las entregas de bienes estarán sujetas al impuesto, siempre que se produzca la transmisión del poder de disposición sobre los bienes corporales¹⁹, e incluso si se efectúa mediante la cesión de títulos representativos de los

¹⁸ Artículo 4 de la Ley 37/1992.

¹⁹ En determinados supuestos puede extinguirse la deuda mediante la entrega de un bien incorporal, como puede ser cualquier derecho de propiedad, una patente, licencias, derechos de autor... En cuyo caso la operación estaría también sujeta al impuesto, si bien bajo la denominación de prestación de servicios.

citados bienes. Y esta sujeción se produce al margen de los fines perseguidos en las citadas transmisiones²⁰.

Salvo prueba en contrario, las entregas de bienes efectuadas por sociedades mercantiles se entienden efectuadas dentro del desarrollo de una actividad empresarial. Se entiende, además, realizada dentro de la actividad empresarial la transmisión de la totalidad o parte de cualquier bien que constituya el patrimonio empresarial o profesional, incluidas las efectuadas con ocasión del cese del ejercicio de las actividades económicas²¹.

A) *Entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetas*

En los casos en los que un empresario o profesional realice una dación de un inmueble en pago de su deuda, esta operación estaría gravada al tipo de gravamen correspondiente, según el momento en el que se produjera la transmisión del poder de disposición, al 4 u 8 por 100 en los casos de transmisiones de viviendas o al 18 ó 21 por 100, según se transmitan en 2012 o 2013.

Por otra parte, si el empresario realiza una segunda o ulterior transmisión de la vivienda, esta operación está exenta, según prevé el artículo 20.Uno.20.º a 23.º y el artículo 20.2 según redacción del Real Decreto-ley 6/2010, lo que implica su tributación en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Sin perjuicio de su posible renuncia, si concurren las circunstancias previstas en el artículo 20.dos, según redacción de la Ley 3/2006 y la Disposición Adicional 6.ª, redactada por la Ley 38/2012, lo que le permitiría al empresario la deducibilidad de las cuotas de IVA soportado.

En este sentido, la Subdirección General de Impuestos sobre el Consumo en respuesta a las Consultas 0226-02 y 0236-02 expone que, en virtud del artículo 20.Uno.22.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, establece que la transmisión de unas viviendas terminadas se considera primera transmisión, y en consecuencia es una operación sujeta y no exenta de IVA y, por tanto, no sujeta a Transmisión Patrimonial Onerosa, como establece el apartado cuatro del artículo 4 de la Ley 37/1992, pues las viviendas se encontraban en fase de construcción cuando fueron entregadas en pago de la deuda.

En consecuencia, las entregas de viviendas a particulares por parte de una sociedad propietaria de varias viviendas recibidas como dación en pago de la deuda que tenía con una promotora, tributaría por la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, de acuerdo a lo previsto en el artículo 4.4 de

²⁰ Así se produce en las transmisiones de bienes en virtud de una norma o de una resolución administrativa o jurisdiccional, incluida la expropiación forzosa.

²¹ Artículo 4.3 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido. Ley 37/1992.

la Ley 37/1992 y 7.5 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por considerarse segunda entrega de bienes.

Sin embargo, a juicio de la Subdirección General de Impuestos sobre el Consumo, según respuesta a la Consulta V2537-10 y en aras a lo previsto en el artículo 20.Uno.22.º y 23.º, si una entidad dedicada a la promoción y compra-venta de inmuebles, adquiere una promoción de viviendas totalmente terminadas a una entidad financiera, con la intención de destinarlas al arrendamiento o al arrendamiento con opción a compra, en dación de pago de una constructora, dicha operación (ya que la adquisición de las viviendas por parte de la entidad financiera fue tipificado como primera entrega de edificaciones, por realizarse directamente por el promotor) tiene la consideración de segunda transmisión, según lo previsto en el artículo 20.Uno.22.º de la Ley 37/1992.

Será entonces entrega exenta, susceptible de acogerse a la renuncia de la misma en la medida en que se cumplan los requisitos establecidos reglamentariamente en el artículo 8.1 del Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, según el cual, el adquirente del bien debe ser empresario o profesional, que pueda deducirse el 100 por 100 de las cuotas soportadas de IVA y al que se le comunique tal renuncia de forma fehaciente, previa o simultáneamente a la entrega de los correspondientes bienes.

B) *Base imponible*

Respecto a la configuración de la base imponible, la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de 15 de febrero de 2006, determina que está constituida por el total de la contraprestación obtenida, o lo que es lo mismo, la cuantía de la deuda que se extingue mediante la dación.

En los casos en los que la entrega contemple la imputación de intereses de demora por el retraso en el pago de la contraprestación, siguiendo el criterio de la Subdirección General de Impuestos sobre el Consumo, en respuesta a la Consulta V0306-11 y al amparo del artículo 78 de la Ley 37/1992, reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido, no se incluyen en el concepto de contraprestación los intereses por aplazamiento correspondientes a un periodo posterior a la entrega de los bienes²², por otra parte, exentos según lo dispuesto

²² En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 27 de octubre de 1993, Muys' en De Winter's Bouwen Aannemingsbedrijf BV, Asunto C-281/91 trataba las operaciones de aplazamiento pactadas entre las partes. Se concedía un aplazamiento en el pago de las operaciones y esta operación era considerada como actividad en sí misma, quedando dichos intereses dentro del ámbito de aplicación del Impuesto sobre el Valor Añadido. Sin embargo, en aras al principio de neutralidad fiscal, el Tribunal señaló

en el artículo 20, apartado uno, número 18.º, letra c) de esta Ley. Tampoco se incluyen aquellos intereses que figuren de forma separada en la factura, ni aquellos cuyo importe no exceda del que resulte de aplicar el tipo de interés normal de mercado para operaciones similares.

C) *Exenciones inmobiliarias cuando el adquirente es una entidad de crédito*

Según dispone el artículo 20.uno.18 de la Ley del IVA, la mayoría de las actividades financieras están exentas, lo cual impide que el transmitente del inmueble renuncie a la exención del impuesto, pues el adquirente no tiene derecho a la deducción plena del impuesto soportado. Solo en el caso en el que la entidad financiera realice actividades diferenciadas o en los casos en los que le sea de aplicación la regla de la prorratea especial podría renunciarse a la exención del Impuesto sobre el Valor Añadido.

D) *Tipos de gravamen*

Las operaciones de dación de inmuebles que, de acuerdo a los criterios expuestos tributen en el impuesto, se gravarán al 4 por 100 para aquellas viviendas²³ que se transmitan entre el 20 de agosto de 2011 y el 31 de diciembre de 2012, según lo previsto en la Disposición Final Quinta del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, que amplía el plazo dispuesto en la Disposición Transitoria Cuarta del Real Decreto-ley 9/2011. Por otra parte, si la vivienda objeto de la dación en pago es una vivienda de protección oficial de régimen especial o de promoción pública tributará al 4 por 100. Para el resto de las entregas de viviendas el tipo de gravamen aplicable será del 8 por 100.

la necesidad de la inclusión del importe de estos intereses en la base imponible hasta el momento de entrega de los bienes cuyo pago se aplazó, considerando el resto de intereses devengados como la contraprestación de una operación financiera, sujeta pero exenta del citado tributo, quedando por tanto excluidos de la base imponible de la operación principal cuyo pago se aplaza.

²³ La Dirección General de Tributos define la vivienda como «edificio o parte del mismo destinado a habitación o morada de una persona física o de una familia, constituyendo su hogar o la sede de su vida doméstica». La Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, no define expresamente qué se entiende por vivienda a efectos del impuesto. Sin embargo, cuando en la determinación del tipo impositivo aplicable a la entrega de las mismas dispone que se aplicará el tipo impositivo reducido del 8 por 100 a la entrega de edificios destinados principalmente a viviendas —edificaciones en que al menos el 50 por 100 de la superficie construida se destine a viviendas—, incluidos garajes y anexos en ellos situados que se transmitan conjuntamente y, siempre que el número de plazas de garaje a asignar a cada propietario no exceda de dos unidades.

2. GRAVAMEN DE LOS INMUEBLES EN EL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

La tributación de las entregas de bienes en la imposición indirecta viene determinada, como ya se vio, no solo por el sujeto pasivo, sino por el tipo de entrega que se realice. De esta forma, la «primera entrega» de viviendas —aquella realizada por el promotor cuando la construcción o rehabilitación esté terminada— tributará en el Impuesto sobre el Valor Añadido. Mientras que las segundas y posteriores entregas de viviendas tributan en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en la modalidad de Transmisión Patrimonial Onerosa. Y además, todas aquellas transmisiones de inmuebles sujetas y no exentas de IVA o exentas, pero en las que se haya renunciado a la exención, si su pago se formaliza en un documento notarial, estarán sujetas al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales en la modalidad de Acto Jurídico Documentado, Documento Notarial.

A) *Transmisión patrimonial onerosa*

Las transmisiones de inmuebles como dación en pago de deudas contraídas no están específicamente reguladas en la normativa fiscal del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. No obstante, y según prevé el artículo 6 de la Ley Reguladora del impuesto, según redacción dada por la Ley 14/1996, y según el artículo 7.5 de la Ley del Impuesto, estarán sujetas a este todas las entregas de inmuebles que no lo estén al Impuesto sobre el Valor Añadido, esto es²⁴:

- Las entregas de inmuebles realizadas por particulares, no empresarios o profesionales, entregas de bienes no afectos al desarrollo de la actividad empresarial o profesional, incluso las efectuadas por personas que realicen una actividad económica,
- entregas de inmuebles radicados en el territorio de aplicación del Impuesto sobre el Valor Añadido, cuando el transmitente no está establecido y el adquirente es un particular,
- daciones de inmuebles que se produzcan en el seno de una transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial, y
- daciones de inmuebles efectuadas por empresarios o profesionales, de bienes afectos al desarrollo de su actividad económica cuando la referida entrega resulte exenta de IVA.

²⁴ Lefebvre (2011).

Cuestión aparte merece la determinación de la base imponible ya que, según el artículo 10.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993, estará constituida por el valor real del bien transmitido, siendo únicamente deducibles las cargas que disminuyan ese valor real, sin ser susceptibles de reducción las deudas, aunque estén garantizadas con prenda o hipoteca. Este concepto de valor real, a juicio de la Dirección General de Tributos, en Consulta Vinculante 8-7-08, debe calcularse objetivamente, con independencia de las circunstancias que concurran en la transmisión, teniendo siempre en consideración la facultad de la Administración para comprobar dicho valor.

B) *Acto Jurídico Documentado, Documento Notarial*

Constituye hecho imponible del Impuesto en la modalidad de Acto Jurídico Documentado, Documento Notarial, según prevé el artículo 28 de la Ley del impuesto y el artículo 67 del Real Decreto-ley 2/2008, las escrituras, actas y testimonios notariales en atención a los actos o contratos que documentan.

Al amparo de la incompatibilidad prevista entre la tributación de la misma operación por la modalidad de Transmisión Patrimonial Onerosa y Acto Jurídico Documentado, Documento Notarial, expuestas en los artículos 1.2 y 31.2 de la Ley del Impuesto, según redacción dada por la Ley 53/2002, solo estarán sujetas al mismo la formalización en escritura pública de las daciones de inmuebles en pago de deudas que efectivamente tributen en IVA.

Por otra parte, al amparo del Real Decreto 6/2012, de 9 de marzo, en su artículo 8 se añade un nuevo número 23 al artículo 45.I.B) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en virtud del cual se declaran exentas las escrituras de formalización de novaciones contractuales de préstamos hipotecarios y créditos que se produzcan por sujetos pasivos contemplados en esta norma.

III. LA DACIÓN EN PAGO Y LA IMPOSICIÓN DIRECTA

Las consecuencias fiscales de la entrega de un bien inmueble como fórmula para cancelar la deuda hipotecaria previa e incobrable, tiene unos efectos que afecta tanto al Impuesto sobre Sociedades como al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, parcialmente modificados en fechas recientes. Las implicaciones son diferentes según que la cancelación de la deuda pendiente sea mayor, menor o igual al importe del inmueble transmitido.

La realidad hipotecaria y financiera española evidencia que los casos en los que las entidades financieras han admitido la dación en pago como fórmula para cancelar las deudas pendientes se han debido, mayoritariamente, a que el valor

de la vivienda en el momento de la cancelación de la deuda, cuando menos, cubría el importe íntegro de la misma.

Sin embargo, en aquellas circunstancias en las que el valor del inmueble no cubra la totalidad de la deuda pendiente, podría plantearse la posibilidad de tributación en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, pues el artículo 12 del Reglamento del Impuesto, aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, considera que la condonación total o parcial de una deuda con ánimo de liberalidad y como negocio gratuito *inter vivos*, tributa en la modalidad de Donaciones. Por lo que la repercusión de la figura de la dación en pago en la fiscalidad directa genera ciertas consecuencias no exentas de controversia, debidamente puntualizada por la doctrina de la Dirección General de Tributos.

1. TRIBUTACIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

El artículo 7 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, del Impuesto sobre Sociedades, determina como hecho imponible, la obtención de renta por parte del sujeto pasivo. Calculándose la base imponible tras la aplicación de ciertas correcciones del resultado contable, computado este de acuerdo a los criterios previstos en el Código de Comercio, según dicta el artículo 10 del Texto Refundido.

Por ello, es imprescindible un análisis previo al tratamiento contable de la dación en pago²⁵, según los inmuebles puedan recibir la consideración de «existencias» para la empresa, por formar parte del tráfico habitual de la misma, o, si los inmuebles forman parte del «inmovilizado» de la compañía. Así como se hace necesario determinar si la operación puede calificarse como permuta y, en consecuencia hacer una aplicación analógica de su valoración contable y fiscal o, por el contrario si la operación es una compraventa en cuyo caso la valoración difiere sustancialmente.

A) *Cuantificación de la base imponible de la dación en pago*

Una correcta contabilización de la operación determinará el importe a integrar en la base imponible, coincidiendo así la valoración contable y la fiscal, de manera que no será necesario realizar ningún tipo de ajuste extracontable a efectos del cálculo de la base objeto de gravamen. En este sentido se pronunció

²⁵ No existe un tratamiento contable específico para la dación en pago, por lo que su contabilización se ajusta a los criterios previstos de contabilización y valoración de ingresos procedentes del inmovilizado o de existencias, según su tipología.

el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (28-4-08) al estimar que la base imponible de la dación la constituye el valor de transmisión, es decir, aquel por el que se adjudicó la finca a la entidad bancaria en pago de la deuda, siendo igual a la diferencia entre el valor por el que la finca se aportó a la sociedad y el valor por el que se entrega en dación. Este criterio de valoración de la base imponible es el seguido también por el Tribunal Económico-Administrativo Central, que en Resolución de 26 de septiembre de 1993 estima que la configuración de la base de tributación en el Impuesto sobre Sociedades será la diferencia entre el valor neto contable y las cantidades adeudadas por la adquisición de los inmuebles transmitidos y por los que se generó la deuda, ahora incobrable.

Sin embargo, si la dación se produce entre sujetos vinculados, en todo caso, según dispone el artículo 16 del Texto Refundido que regula el Impuesto sobre Sociedades, se valorarán según el valor normal de mercado, con independencia de las valoraciones dadas por las partes, considerando como tal, aquel que se hubiera pactado entre personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia.

A efectos fiscales, la imputación del valor de la transmisión se abordará de diferente manera, según el inmueble forme parte del balance de la empresa como parte del activo circulante o como parte del inmovilizado material. Así como las repercusiones fiscales serán distintas en el adquirente y en el transmitente.

En las siguientes líneas se analizan las repercusiones tributarias para el transmitente y el adquirente.

— Fiscalidad del transmitente

Inmueble que forma parte del capital circulante de la empresa

Si el deudor realiza una actividad de promoción inmobiliaria, el bien inmueble objeto de la dación en pago de deudas estará contabilizado en el activo de su balance como existencias, es decir, como activo circulante y la deuda constituye un pasivo financiero. En estos casos el Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, estima en su Norma de Valoración 10.^a que los inmuebles deben valorarse por su precio de adquisición, entendido como el importe facturado por el vendedor después de haber deducido cualquier descuento, así como tras haber incluido los intereses devengados por los créditos contraídos, atribuibles a tal adquisición. Los impuestos indirectos, según indica la citada Norma de Valoración, solo se incluirán cuando no sean recuperables.

Respecto a la deuda pendiente de pago será un pasivo financiero cuyo reconocimiento contable se realizará en el momento en el que se convierta en una

parte obligada del contrato o negocio jurídico y que será valorada por su valor de transacción. La deuda se dará de baja del balance de la empresa deudora por la diferencia entre el valor en libros del pasivo financiero y la contraprestación pagada, incluidos los costes de transacción atribuibles a la operación y se reconocerá en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en el que tenga lugar la transacción. En consecuencia, las existencias se darán de baja en el momento en el que el inmueble se entrega y simultáneamente se darán de baja del pasivo financiero las deudas canceladas, reconociéndose en la cuenta de Pérdidas y Ganancias el resultado positivo o negativo de la operación.

Inmueble que constituye parte del inmovilizado²⁶ de la sociedad

En aquellos casos en los que el inmueble entregado forme parte del inmovilizado de la empresa, su valoración se realizará por su precio de adquisición, después de haber deducido cualquier tipo de descuento y de la imputación de todos los gastos adicionales a la compra hasta el momento de su puesta en condiciones de funcionamiento. La deuda contraída se valora de la misma manera que en el caso de un inmueble que forme parte del activo circulante.

Respecto a la baja del inmovilizado, se producirá por la diferencia entre el importe que se obtenga en la entrega y el valor neto contable²⁷, de manera que la empresa debe imputarse como pérdida o como ganancia la diferencia surgida, que se contabilizará en la Cuenta de Pérdidas y Ganancias del ejercicio en el que se produce.

— Fiscalidad del adquirente

El adquirente cancelará su deuda financiera, contabilizada como activo financiero en su balance por su precio de transacción en el momento en el que produzca la entrega del bien, objeto de dación. Su valoración se realizará por diferencia entre el activo financiero contabilizado más cualquier importe acumu-

²⁶ La Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA) en su Documento número 2 de la serie «Principios contables» define el inmovilizado material como aquel «(...) constituido por elementos patrimoniales tangibles, muebles o inmuebles. Se trata, por tanto, de bienes que se utilizan en la actividad permanente y productiva de la empresa, tienen por lo general una vida útil predeterminada, que trasciende la duración de un ejercicio económico, condicionada por el desgaste y la evolución tecnológica y que no están destinados a la venta». Son, por tanto, rasgos definitorios del inmovilizado su carácter definitivo y no ser destinado a la venta.

²⁷ Según define el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) en la Norma de Valoración 3.^a

lado que se haya reconocido menos cualquier pasivo asumido. Se podrá producir entonces una pérdida o una ganancia patrimonial al dar de baja el activo, que formará parte del resultado del ejercicio.

2. EL GRAVAMEN DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

Las implicaciones en el Impuesto sobre la Renta derivadas de la dación en pago afectan a la base imponible, por lo que se refiere a la tributación de la posible ganancia patrimonial surgida, al efecto de la diferencia entre el valor de adquisición del inmueble y el valor de transmisión en el momento de la aceptación de la condonación. Y, por otro lado, esta figura jurídica, consagrada en el Título I del Código Civil, puede provocar la pérdida del derecho a la deducción, en los casos en los que el inmueble transmitido constituya la vivienda habitual del sujeto y no hayan transcurrido más de tres años desde el momento de adquisición de la misma y la fecha de la entrega del bien como dación en pago de la deuda contraída. Se analizan estas dos cuestiones con más profusión.

La doctrina es unánime al no identificar dación en pago con permuta²⁸ de bienes ni desde la perspectiva jurídica ni desde el punto de vista contable, ya que se trata de un negocio jurídico cuya única finalidad es la de extinguir una obligación, previamente incumplida, pues se entrega un bien en pago de una deuda en metálico y no a cambio de otro. En este sentido se han pronunciado la Audiencia Nacional (21-4-10, 22-10-01) y el Tribunal Económico-Administrativo Regional de la Comunidad Valenciana (28-9-06). En resumidas cuentas, consideran que en las operaciones en las que una entidad acepta como pago de una deuda preexistente la entrega de un bien distinto al inicialmente convenido, esta entrega produce efectos solutorios de la deuda y este contrato no puede identificarse con una permuta sino con una compraventa.

Aceptada, por tanto, la dación en pago como un tipo de compraventa, le son de aplicación, por analogía, las reglas de tal operación, constituyendo la deuda cancelada el precio de la misma, sin perjuicio de las correcciones oportunas derivadas de la depreciación monetaria. Y en ningún caso les serían aplicables las reglas de valoración previstas en los artículos 15.2.e) y 15.3 de la Ley reguladora del Impuesto sobre Sociedades, aprobada por el Real Decreto Legislativo 4/2004, por no ser una operación asimilable a la permuta²⁹.

²⁸ El Código Civil en el artículo 1538 define el contrato de permuta como aquel por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra.

²⁹ Según la Consulta N.3 resuelta por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) publicada en el BOICAC de 17 de junio de 1994, y en aplicación de la Norma de Valoración N.3 sobre valoración del inmovilizado material, en los casos de permutas de bienes, a efectos de su registro, y siguiendo los criterios valorativos previstos en la Resolución

A) *Ganancias patrimoniales*

La configuración de la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en el artículo 33, según redacción dada por la Ley 35/2006, delimita el concepto de ganancia patrimonial susceptible de gravamen, y entre los requisitos para que tal gravamen se produzca se enuncia que es necesario que se produzca una variación en el valor del patrimonio, que exista una alteración en su composición y que la renta no esté sujeta al impuesto por otro concepto, todos ellos requisitos que se justifican en los casos de dación en pago.

En los casos en los que las ganancias patrimoniales tributarán en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, procedería su imputación a la base imponible del ahorro por diferencia entre el valor de adquisición del inmueble y el valor de transmisión del mismo. No obstante, los supuestos en los que el valor de la responsabilidad hipotecaria fuera mayor que el importe de la hipoteca constituida sería aquél el que se imputaría como valor de transmisión, generando una ganancia patrimonial superior a la que se habría imputado de haberse calculado el valor de transmisión según el valor de la hipoteca cancelada.

Por otra parte, en aquellos casos en los que el valor actual de la vivienda entregada o que se pretenda entregar en pago de la deuda sea menor que el importe del préstamo vivo, si la entidad financiera acepta la entrega del inmueble como forma de cobrar el crédito pendiente podría darse una ganancia patrimonial susceptible de imposición. Por ello la Subdirección General de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos dictó el Informe 2011-34560, de 26 de septiembre, a solicitud del Consejo Superior para la Dirección y Coordinación de la Gestión Tributaria, instada a su vez por el Delegado Especial de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de La Rioja, de manera que se aclaren el modo y cuantía de tributación.

El caso analizado es el de un contribuyente que entrega la vivienda al banco en pago de su deuda, siendo el importe inicial de la hipoteca el mismo que el valor de adquisición del inmueble y quedando pendiente una deuda superior al valor actual del inmueble.

Tradicionalmente se ha entendido que el contribuyente sufre una pérdida patrimonial calculada de acuerdo a las reglas de permuta, en aplicación al artículo 37.1.h) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, según la Ley 35/ 2006, de 28 de noviembre, de modificación parcial de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, Impuesto sobre la Renta de los No Residentes y Ley del Impuesto sobre el Patrimonio. Se estima que tal operación generaría una pérdida patrimonial por la diferencia entre el valor de la vivienda en el mo-

de 30 de julio de 1991 del mismo Instituto, no se registra ningún beneficio derivado de las operaciones de permuta.

mento actual (valor de transmisión) y el valor de adquisición que se integra en la base imponible del ahorro. Y por otra parte, se produce una ganancia lucrativa derivada de la condonación de la deuda pendiente. Además, la diferencia entre la hipoteca pendiente y la hipoteca correspondiente al valor de la vivienda en el momento actual generará una ganancia a título gratuito, susceptible de gravamen en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Sin embargo, el Informe antes citado fue sustituido por el Informe de la Subdirección General de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos, de la Dirección General de Tributos, quien dictó un Informe 1859-11, de 10 de mayo de 2012, por el que el criterio valorativo de la dación en pago supone que se genera una pérdida patrimonial imputable en la base imponible del ahorro. La valoración del valor de adquisición del bien, inicialmente es coincidente con el valor de la hipoteca, sin embargo, por diversas circunstancias el valor de la hipoteca en el momento de la dación puede ser superior al precio de adquisición de la vivienda. Por otro lado es necesario determinar el valor de transmisión, que, según el citado artículo 37.1.h) será el mayor del valor de transmisión o el valor de adquisición, es decir, el mayor del valor de mercado del bien entregado y el valor de mercado del bien recibido a cambio.

En definitiva, la ganancia o pérdida patrimonial, siguiendo el criterio de la Dirección General de Tributos, arriba apuntado, se computará por la diferencia entre el valor de adquisición de la vivienda y el mayor importe a determinar entre el valor de la deuda cancelada y el valor de mercado de la vivienda en el momento de la dación en pago, siendo en el caso analizado, superior el importe del crédito cancelado al valor de mercado de la vivienda entregada.

Sin perjuicio de que puedan darse diferentes circunstancias, según sea el importe del capital pendiente de amortización y el valor inicial y actual de la vivienda entregada, son las siguientes³⁰:

- a) Se genera una ganancia o pérdida patrimonial en el adquirente del inmueble producida cuando la valoración normal de mercado del inmueble entregado en dación excede de la deuda cancelada. En estos casos, la diferencia entre ambos será tratada como una ganancia patrimonial en especie, valorada de acuerdo a los artículos 34 y 37 de la Ley Reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
- b) Ganancias o pérdidas patrimoniales generadas en el transmitente. Esta entrega, como transmisión onerosa, es calculada fiscalmente, por analogía con la compraventa, por diferencia entre el valor de adquisición y valor de transmisión. Siendo el valor de transmisión el efectivamente obtenido por el propietario, de acuerdo a las normas de valoración

³⁰ Lefebvre (2011).

previstas en el artículo 35 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

A juicio del Tribunal Supremo, según sentencia de 18 de septiembre de 2009, en el caso de la dación, el valor de transmisión es el verdaderamente obtenido por el propietario deudor, que coincide con la extinción de sus deudas. Sin embargo, en los casos tan habituales en los que el importe de la deuda es mayor que el valor de adquisición de la vivienda existe una gran diferencia para determinar qué importe se solicitó para aquella adquisición y cuál para otros fines. Si bien, a juicio del Tribunal Supremo (18-9-09), el importe real obtenido viene determinado por la cuantía de la deuda extinguida, siendo intrascendente que sea una deuda exclusiva del sujeto pasivo o compartida por otros:

- a) Si la deuda cancelada es inferior al coste de adquisición del inmueble y mayor que el valor de mercado del mismo en el momento de la dación, se produce una pérdida patrimonial imputable a la base imponible del ahorro, que se calculará de acuerdo al criterio previsto en el artículo 49 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que solo se podrá compensar con ganancias patrimoniales procedentes de transmisiones de elementos patrimoniales.
- b) En los casos en los que la deuda cancelada sea inferior al coste de adquisición del inmueble y menor que su valor de mercado en el momento de la dación, el valor de transmisión lo constituye el valor de mercado y no el importe de la deuda cancelada.
- c) Si la deuda cancelada es superior al coste de adquisición del inmueble y mayor que su valor de mercado en el momento de la dación, la ganancia generada se imputa en la base imponible del ahorro.

No obstante todo lo anterior, la modificación introducida por el artículo 10 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, declara exentas del IRPF las ganancias patrimoniales puestas de manifiesto en los deudores a los que tal Decreto les sea de aplicación, pues añade una Disposición Adicional Trigésimo Sexta a la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Por lo que la ganancia patrimonial estará sujeta al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y no al Impuesto de Sucesiones y Donaciones en todos los casos, y estará exenta tal ganancia en los casos a los que se refiere el Real Decreto 6/2012.

B) *Tratamiento de los beneficios fiscales disfrutados por adquisición de vivienda habitual*

Deducción por adquisición de vivienda habitual

Cuestión aparte merece el tratamiento de las deducciones practicadas por adquisición de la vivienda habitual, cuando el contribuyente transmite el inmueble sin que hayan transcurrido tres años desde que comenzó a vivir en ella. O en aquellos casos en los que el sujeto se haya beneficiado de la exención por reinversión en vivienda habitual y el importe satisfecho hasta el momento de la dación en pago no cubra el montante de las cantidades percibidas en la venta de la vivienda precedente.

En cualquiera de los dos casos, el artículo 68.1.3.º y 4.º f), según redacción dada por el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, y el artículo 54.1 y 3 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas prevén una serie de excepciones al mantenimiento de la vivienda durante tres años para que sea considerada como vivienda habitual del contribuyente. Por analogía con las causas expuestas³¹ podría entenderse que en el caso de la entrega de la vivienda habitual como pago de las deudas contraídas e incobrables por parte de la entidad financiera, concurren circunstancias que necesariamente exigen el cambio de vivienda y, en consecuencia no es necesario el mantenimiento de la misma durante este periodo.

Sin embargo, la Dirección General de Tributos, en Resolución de 9-3-00 y en respuesta a la Consulta Vinculante de fecha 17-2-09, exige los siguientes requisitos para que no sea necesario el mantenimiento de la vivienda habitual durante el tiempo previsto en el patrimonio del sujeto pasivo:

- a) La circunstancia que debe concurrir es que necesariamente debe producirse el cambio de vivienda o que se den las circunstancias por las que haya algún impedimento para que tal ocupación se produzca.
- b) Esta exigencia del cambio de domicilio o del impedimento para su ocupación deben venir avaladas por unas circunstancias que *necesariamente* así lo impidan, es decir, que sean ajenas a la mera voluntad o conveniencia del sujeto pasivo.

³¹ Según establece el artículo 68.1.3.º del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre: «Se entenderá por vivienda habitual aquella en la que el contribuyente resida durante un plazo continuado de tres años. No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo aquel carácter cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurren circunstancias que necesariamente exijan el cambio de vivienda, tales como separación matrimonial, traslado laboral, obtención de primer empleo o de empleo más ventajoso u otras análogas».

Parece claro que en los sujetos pasivos contemplados en el Real Decreto-ley 6/2012, el estado de necesidad existe y es evidente. Sin embargo, la dación en sí misma no implica que concurran las circunstancias que necesariamente hayan justificado el cambio de domicilio, por lo que es imprescindible atender a las razones que han motivado la entrega de la vivienda a la entidad financiera.

En consecuencia, si la Administración aprecia que en la transmisión de la vivienda se han producido las circunstancias que obligatoriamente exigen el cambio de domicilio del sujeto, no perderá las deducciones practicadas anteriormente. Pero en aquellos casos en los que la Administración tributaria no aprecie los índices de tal estado de necesidad, el contribuyente deberá devolver todas las cantidades incorrectamente deducidas en ejercicios anteriores más los intereses de demora correspondientes en función de la fecha de aplicación del beneficio fiscal correspondiente a ejercicios no prescritos.

Exención por reinversión de vivienda habitual

En aquellos casos en los que la vivienda transmitida haya constituido la vivienda habitual del sujeto contribuyente, se podría plantear la posibilidad de acogerse al beneficio fiscal por el que el importe de la ganancia patrimonial, obtenida en la transmisión, esté exenta si se reinvierte en la adquisición de otro inmueble que vaya a constituir su vivienda habitual. A tenor del criterio dado por la Dirección General de Tributos en respuesta a la consulta vinculante en Resolución de 9 de septiembre de 2009 y para el caso de donaciones. No es aplicable la exención por reinversión en el contribuyente que no obtiene un importe líquido que posteriormente pueda reinvertir en una adquisición posterior.

IV. FISCALIDAD MUNICIPAL: EL IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DEL VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA

La Ley de Haciendas Locales, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, regula en su artículo 104 el hecho imponible del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana y especifica la sujeción al impuesto en aquellos casos en los que se ponga de manifiesto tal incremento como consecuencia de la transmisión de la propiedad de los terrenos de naturaleza urbana, con ocasión de la transmisión de la propiedad de los mismos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho de goce, limitativo del dominio, sobre aquellos terrenos.

En consecuencia, la entrega de inmuebles que tengan la consideración de inmuebles urbanos³², en los supuestos de dación en pago estará sujeta al Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. El hecho imponible lo constituye el incremento del valor del terreno generado en un periodo máximo de veinte años, con independencia de si está o no construido, como se deduce de la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 1988, «el arbitrio de plusvalía grava el terreno, esté o no edificado, por lo que la antigüedad del inmueble edificado sobre el terreno es intrascendente».

1. SUPUESTOS DE NO SUJECCIÓN

Es necesario precisar a estos efectos, sobre los inmuebles rústicos así considerados por el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, que experimenten el incremento de valor, en la transmisión de los bienes no estarán sujetos al impuesto³³, según dispone el mismo texto legislativo.

La doctrina no es unánime en la consideración de los terrenos al calificarlos como rústicos y, en consecuencia, no sujetos al impuesto. De ahí que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencia de 2 de diciembre de 2000, haya admitido que estará sujeto al impuesto el suelo para el que exista, en el momento del devengo, una sólida actuación municipal que otorgue al mismo una indiscutible vocación de suelo urbano o urbanizable programado.

Entre los supuestos de no sujeción al impuesto, merecen especial mención los casos de aportaciones de bienes y derechos reales sobre inmuebles que realicen los cónyuges a la sociedad conyugal, así como las adjudicaciones que se efectúen a su favor, en pago de ellas y en pago de sus haberes comunes, cuyas diferencias con la figura de la dación en pago ya se expusieron en páginas precedentes. Las aportaciones de bienes y derechos realizadas por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de ellas se verifiquen y las transmisiones que se hagan a los cónyuges en pago de sus haberes comunes fueron así consideradas en diversas sentencias del Tribunal Supremo, como pueda ser la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de marzo de 1995, la de 17 de julio de 1997 y sentencia de 30 de marzo de 1999. En todas ellas, el régimen económico-matrimonial vigente era el de gananciales. Sin embargo, el mismo Tribunal estimó en sentencia de 10 de julio de 1995,

³² Se considerarán inmuebles urbanos aquellos que estén considerados como tales en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, con independencia de cómo estén tipificados en el Catastro o en el Padrón Municipal. También estarán sujetos los incrementos de valor que experimenten los terrenos integrados en los bienes inmuebles clasificados como de características especiales a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, artículo 104.2 de la Ley de Haciendas Locales.

³³ Artículo 104.2 de la Ley de Haciendas Locales.

que no se está ante un supuesto de no sujeción si el régimen económico del matrimonio es el de separación de bienes.

Un segundo supuesto de no sujeción lo constituyen las transmisiones de inmuebles entre cónyuges o a favor de los hijos, como consecuencia del cumplimiento de sentencias de nulidad, separación o divorcio, con independencia de cual sea el régimen económico-matrimonial.

Casos específicos de supuestos de no sujeción los conforman las transmisiones de terrenos pertenecientes a una Sociedad Anónima Deportiva, las transmisiones derivadas de las reorganizaciones empresariales o las expropiaciones forzosas, si bien, en este último caso la doctrina no es unánime.

No están sujetas al Impuesto las transmisiones de terrenos urbanos a una Sociedad Anónima Deportiva de nueva creación, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la normativa reguladora de este tipo de entidades, según prevé la Disposición Adicional 26.^a de la Ley 31/1991, de 13 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992.

Entre los supuestos de no sujeción, el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en sentencia de 30 de marzo de 1996, expone que no estarán sujetos al Impuesto los terrenos que hayan sido transmitidos de forma obligatoria y gratuita. Por otra parte, la Subdirección General de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos en Consulta Vinculante de 7 de noviembre de 2007³⁴, expone que en el caso de que el bien expropiado³⁵ sea un terreno de naturaleza urbana, se devenga el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana y no estará exento del mismo, siendo el sujeto pasivo la persona o entidad expropiada, como transmitente del terreno, ya que el impuesto grava el incremento de valor que experimente el terreno como consecuencia de cualquier transmisión de la propiedad, ya sea a título oneroso o lucrativo, entre vivos o por causa de muerte, por actos de carácter voluntario o forzoso.

Si, por el contrario, el bien expropiado fuera un terreno de naturaleza rústica a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, no estará sujeto al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana el incremento de valor que experimente dicho terreno.

Por otra parte, las transmisiones de terrenos de naturaleza urbana, derivadas de las operaciones a las que resulte la aplicación del régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales, no están sujetas, como prevé el artículo 83 y siguientes del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, salvo en los casos de aportaciones no dinerarias especiales, previstas en la Disposición Adicional 2.^a del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

³⁴ V2378-07. Subdirección General de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos.

³⁵ Ver, en este sentido, Dirección General de Tributos, Consulta Vinculante de 26-6-09.

Un último supuesto de no sujeción lo constituyen los casos de supresión de licencias urbanísticas. Como indica el hecho imponible del impuesto, para que se produzca es necesario que se materialice tal incremento en el valor del terreno, por lo que, como indica el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de abril de 1996, en los casos en los que se haya producido una supresión de las licencias urbanísticas, no se devenga el impuesto, ya que el hecho imponible no se ha realizado, y, en consecuencia, asistimos a un caso de no sujeción del impuesto.

2. TRANSMISIÓN DEL INMUEBLE CON RESERVA DE USUFRUCTO

En aquellos casos en los que la transmisión de la propiedad se produzca a favor de diferentes beneficiarios, distinguiendo entre el nudo propietario y el usufructuario, la Doctrina del Tribunal Supremo³⁶ aclara los extremos sobre el régimen fiscal. La cuestión planteada versa sobre una donación de nuda propiedad de unos terrenos en los que se produce la reserva de usufructo a favor del donante. La pretensión del Ayuntamiento, recurrente, era que se giraran dos liquidaciones en concepto del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, al amparo del artículo 105.1 de la Ley Reguladora de Haciendas Locales³⁷.

A juicio del Tribunal, la reserva del derecho de usufructo por parte del donante, no es objeto de transmisión, pues no se produce un cambio de titular y en consecuencia, no se produce hecho imponible del impuesto. Por otra parte, si la base imponible de la liquidación ha de ser el incremento producido por la diferencia entre el valor del pleno dominio del terreno y el valor del usufructo en el momento de la transmisión, como tal enajenación no se ha producido, no se puede poner de manifiesto ningún incremento de valor.

El Tribunal Supremo distingue entre los dos posibles hechos imponibles del impuesto, y así considera que el derecho de usufructo —como derecho real de goce limitativo del dominio— en el caso que nos ocupa no es transmitido, aunque si lo fuera, generaría una efectiva traslación del haz de facultades, y se produciría un incremento en el valor del bien, susceptible de ser sometido al impuesto. Sin embargo, en este caso, se transmite la nuda propiedad y el transmitente conserva el derecho de usufructo y lo que el impuesto pretende gravar son los actos traslativos de las facultades que lo conforman y no la constitución del derecho real de goce o disfrute. Si el propietario constituye el usufructo a favor de un tercero, tributa por constitución del derecho real y se gravaría la plusvalía correspondiente a la proporción que supone el usufructo

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2001.

³⁷ Ley 39/1988, de 28 de diciembre.

respecto al valor total del bien. Pero si el propietario cede la nuda propiedad, reservándose el usufructo, se somete a gravamen la transmisión de la nuda propiedad, conformando la base imponible la plusvalía correspondiente al valor de esa nuda propiedad.

3. TRANSMISIONES LUCRATIVAS Y ONEROSAS

La norma distingue entre transmisiones lucrativas y transmisiones onerosas. Así, son transmisiones lucrativas aquellas que provienen de un legado, una donación o un acto de liberalidad, sin que en ninguno de ellos exista una contraprestación a cambio. En todos estos casos, el sujeto pasivo es el adquirente o beneficiario, y por tanto es el único obligado al pago del impuesto³⁸. En los casos de adjudicación de un inmueble en una transmisión *mortis causa*, a varios herederos, con adjudicación del mismo a los dos beneficiarios, son ellos los sujetos pasivos, una vez que haya sido aceptada e individualizada la herencia³⁹.

Por otra parte, las transmisiones onerosas son aquellas que implican contraprestaciones recíprocas y en las que hay conmutación de las prestaciones. En ellas, la Ley de Haciendas Locales⁴⁰ prevé que será sujeto pasivo del impuesto el transmitente de bienes inmuebles, terrenos, o constitución o transmisión de derechos reales sobre tales bienes a título oneroso, con independencia de que sea persona física, jurídica o una entidad sin personalidad jurídica prevista en el artículo 35.4 de la Ley General Tributaria. Por otra parte, está previsto que el adquirente tiene la condición de sustituto⁴¹ del contribuyente, excepto en los casos en los que el sujeto goce de la exención subjetiva, y será el sujeto pasivo, entonces, el propio transmitente.

La Ley también prevé que, en los casos de transmisiones de inmuebles o de constitución de derechos reales sobre los mismos, por parte de una persona física no residente en territorio español tendrá la consideración de sustituto del contribuyente el sujeto que adquiera el bien o aquel en cuyo favor se hubiera constituido el derecho real. En las transmisiones onerosas *inter vivos*, si por acuerdo entre las partes, el adquirente se compromete a asumir las obligaciones tributarias derivadas de la operación gravada, esto no exonera al sujeto pasivo, que sigue siéndolo del cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de la

³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 18-10-93.

³⁹ Tribunal Superior de Justicia de Granada de 5-5-97.

⁴⁰ Artículo 106 de la Ley de Haciendas Locales.

⁴¹ Es una particularidad de la legislación de Navarra, puesto que en el resto del Estado desapareció con la entrada en vigor la Ley de Haciendas Locales de 28 de diciembre de 1998, excepción hecha para los sujetos pasivos no residentes, como dispone el artículo 106.2 de la Ley de Haciendas Locales.

relación jurídico-tributaria, pues la posición del sujeto pasivo no puede ser alterada por pactos entre las partes⁴².

4. SUJETO PASIVO

La definición del sujeto pasivo o, en su caso, del sustituto del sujeto pasivo, tiene una importancia capital, pues los Ayuntamientos deben exigir el pago del impuesto al contribuyente o a su sustituto —en los casos de sujetos no residentes—, con independencia de lo pactado en la escritura pública⁴³. De hecho, en el impuesto no existe derivación de la acción tributaria⁴⁴ sobre los adquirentes a título oneroso.

No obstante lo anterior, el Real Decreto 6/2012, de 9 de marzo, de medidas de protección de deudores hipotecarios sin recursos, en su artículo 9 añade un apartado 3 al artículo 106 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, según el cual en las transmisiones de inmuebles realizadas por sujetos que se encuentren situados en el denominado *umbral de exclusión* tendrá la consideración de sujeto pasivo sustituto del contribuyente la entidad que adquiera el inmueble, sin que este pueda exigir del contribuyente el importe de las obligaciones satisfechas.

5. TIPO DE GRAVAMEN

La Ley de HHLL prevé en su artículo 108 que los Ayuntamientos pueden aplicarle a la base imponible el tipo de gravamen correspondiente⁴⁵. Siendo la cuota líquida el resultado de aplicarle a la cuota íntegra las bonificaciones que la entidad local tenga establecidas a través de sus Ordenanzas Fiscales, hasta un 95 por 100 de la cuota íntegra⁴⁶.

⁴² Dirección General de Coordinación de Haciendas Territoriales de 19-6-00 y en el mismo sentido Audiencia Nacional de 19-10-11.

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1997.

⁴⁴ La derivación de la acción para la exigencia del pago a los responsables requiere un acto administrativo en el que se dé audiencia al interesado, en él se declare su responsabilidad y se determine su alcance, no solo en el caso de responsabilidad subsidiaria.

⁴⁵ En el Anexo II pueden comprobarse los diferentes tipos impositivos en las diferentes capitales de provincia para el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana vigentes en 2011, pues a la fecha de publicación de este artículo no se han publicado los tipos vigentes para 2012.

⁴⁶ Es también posible aplicar las dos bonificaciones que se enuncian: 1. Bonificación del 50 por 100 para las cuotas a exaccionar en los términos municipales de Ceuta y Melilla.

6. DEVENGO

El impuesto es de devengo instantáneo en el momento en el que se produce la transmisión⁴⁷, siendo necesario determinar el valor del terreno en el momento de la misma. Así, en el caso de las transmisiones de terrenos, su valor coincide con el que tengan a efectos del Impuesto de Bienes Inmuebles que, generalmente coincidirá con el valor catastral⁴⁸. En cuanto al devengo del impuesto en el caso de constitución de derechos reales de goce limitativos del dominio, el valor catastral de referencia será la parte del valor catastral del terreno que represente, respecto a este, el valor de los derechos calculados por aplicación de las normas fijadas en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

El tratamiento jurídico-tributario de la dación en pago difiere sustancialmente del otorgado a otras figuras existentes en el ordenamiento jurídico como es la cesión en pago de deudas, la adjudicación en pago y para pago de deudas o la adjudicación en pago de asunción de deudas.

El caso prototípico de tributación en IRPF de una dación en pago se da en el supuesto en el que la deuda pendiente de amortizar sea superior al valor actual de la vivienda. La ganancia patrimonial imputable se calculará por la diferencia entre el valor de adquisición de la vivienda y el mayor importe que resulte de comparar la actual responsabilidad hipotecaria pendiente y el valor de mercado de la vivienda en el momento de la dación.

Sin perjuicio de que tal ganancia esté exenta al amparo del Real Decreto-ley 6/2012, si el deudor cumple con los requisitos para ser situado en el umbral de la pobreza.

Idéntico tratamiento fiscal ventajoso le concede la reciente norma aprobada, a las entregas de inmuebles realizadas por sujetos pasivos que cumplan con los

2. Bonificación del 95 por 100 para programas de apoyo a acontecimientos de excepcional interés público.

⁴⁷ Ver sentencias TS de 22-6-89, 28-1-91, 14-5-93, 4-12-93, 31-5-95 y 15-6-96.

⁴⁸ No obstante, si dicho valor es consecuencia de una ponencia de valores que no refleje la variación del valor, se procederá de la siguiente forma: Se practicará una liquidación provisional teniendo en cuenta el valor catastral del terreno en el momento del devengo. Posteriormente se practicará una liquidación definitiva tomando en cuenta los procedimientos de valoración colectiva que se instruyan, y si no coincidieran, los valores catastrales se corregirán aplicando los coeficientes de actualización establecidos en la Ley de Presupuestos Generales correspondiente. En los casos en los que un terreno carezca de valor catastral en el momento del devengo, el ayuntamiento podrá practicar la liquidación cuando el valor catastral se determine, siempre en referencia al momento del devengo.

requisitos citados en dación en pago por deudas hipotecarias contraídas y generen plusvalías susceptibles de ser gravadas en el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. En estos casos, permite un cambio de sujeto pasivo, pasando la entidad adquirente a ser sustituto del contribuyente, sin que pueda exigírle cantidad alguna al deudor principal.

Por tanto, el tratamiento fiscal concedido por el Real Decreto-ley 6/2012 a los deudores sin recursos que pretendan transmitir un inmueble en pago de una deuda hipotecaria, es muy ventajoso frente a la fiscalidad a la que se ven sometidos todos aquellos contribuyentes a los que sus acreedores les admitan la entrega de su inmueble como pago por la deuda contraída e incobrable, pero que no cumplan con todos los requisitos para ser considerados sujetos situados en el *umbral de exclusión*.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ÁLVAREZ DUMONT, A.; NAVARRO HERAS, R., y VALERO RODRÍGUEZ, L. (2012): *Pron-tuario fiscalidad local*. Editorial CISS Wolters Kluwer, Madrid.
- BELINCHÓN ROMO, M. R.: «Presunta equiparación entre el crédito que se trata de extinguir y el *aliud pro alio*. Comentario a la sentencia de la AP de Alicante, número 367/2008, de 22 de octubre», en *Enlaces*, 11, 2009.
- *La dación en pago en el Derecho español y en el Derecho Comparado*, Editorial Dykinson, Madrid, 2012.
- GÓMEZ GÁLLIGO: «La extinción del crédito hipotecario», en *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, 72, 1997, págs. 463 a 542.
- JORDANO FRAGA: «Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesoria en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios», en *RCDI*, LXXV, 653, 1999, págs. 1275 a 1333.
- LA RICA Y ARENAL: «Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944», en *Libro homenaje a Don Ramón de la Rica y Arenal*, I, Madrid, 1976.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho*, Editorial Tecnos, 17.ª ed., 2011.
- *Principios de Derecho Civil*, 5, *Derechos Reales y Derecho hipotecario*, Madrid, 2010, 8.ª ed.
- LATOUR BROTONS, J.: «Notas sobre la dación en pago», en *Revista de Derecho Privado*, 1953.
- LEFEBVRE (2012a): *Memento Express. Novedades tributarias, 2012*. Ediciones Francis Lefebvre, S. A., Madrid.
- (2012b): *Memento práctico. Francis Lefebvre. IRPF 2012*. Ediciones Francis Lefebvre, S. A., Madrid.
- (2012c): *Memento práctico. Francis Lefebvre. Fiscal 2012*. Ediciones Francis Lefebvre, S. A., Madrid.
- (2011): *Memento Experto. Dación de inmuebles en pago de deudas. Implicaciones fiscales*. Ediciones Francis Lefebvre, S. A., Madrid.

- MARTÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Consideraciones sobre la dación en pago», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1995.
- MORETÓN SANZ: *La asunción espontánea de deuda*, Valladolid, 2008.
- «No constituye abuso del derecho la constitución de una sociedad limitada para cumplir deudas ajenas: el pago del tercero y legitimidad del ejercicio de la acción de reembolso (comentario a la STS de 26 de mayo de 2011)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 28, 2012, págs. 435 a 451.
- «Vivienda familiar y subrogación hipotecaria en tiempos de crisis: notas sobre los pactos internos entre codeudores solidarios», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 720, 2010, págs. 1747 a 1767.
- «Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1205 del Código Civil español (la vicenda modificativa, la sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad de ciertos principios contractuales)», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXI, fasc. II, 2008, págs. 619 a 719.
- TEJADA FERNÁNDEZ, R. (2008): «Aspectos fiscales en procesos de refinanciación y concursales», en *Revista Estrategia Financiera*, núm. 256, pág. 60, Sección A, Efectos Legales.
- YÁÑEZ VIVERO: «Cesión de bienes», en *Enciclopedia Concursal*, dirigido por BELTRÁN SÁNCHEZ y GARCÍA CRUCES, Aranzadi, 2012.
- «Cesión de bienes en concurso de acreedores e inscripción registral», en *RCDI*, septiembre-octubre de 2012.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia Lankhorst-Hohorst del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2002.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 27 de octubre de 1993.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de octubre de 2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de septiembre de 2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de octubre de 2001.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de julio de 1997.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 1996.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 1995.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de julio de 1995.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de marzo de 1995.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de octubre de 1993.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de diciembre de 1993.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de mayo de 1993.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 1991.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de junio de 1989.

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 1988.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 14 de febrero de 1998.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 24 de abril de 2008.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 5 de mayo de 1997.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 30 de marzo de 1996.
- Auto de la AP de Ciudad Real, Sección 1.ª, de fecha 17 de octubre de 2003.
- Auto de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010.
- Auto de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Navarra, de 28 de enero de 2011.
- Auto de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Navarra, de 10 de febrero de 2011.
- Auto de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Girona, de 16 de septiembre de 2011.
- Decreto de la Secretaría Judicial del Juzgado de 1.ª Instancia, número 5 de Lleida.
- Auto de 10 de enero de 2012 del Juzgado de 1.ª Instancia, número 3 de Torrejón de Ardoz (Madrid).
- Auto de fecha 4 de febrero de 2011 (aclarado por Auto de 18 de febrero de 2011) dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia, número 44 de Barcelona (17) y revocado por la AP de Barcelona.
- Auto de fecha 4 de febrero 2012 del Juzgado de 1.ª Instancia, número 1 de Mataró.
- Auto de fecha 11 de marzo de 2011 del Juzgado de 1.ª Instancia, número 3 de Vinaroz.
- Auto de fecha 7 de abril de 2011 de la Audiencia Provincial de Girona.
- RDGRN de 13 de septiembre de 2012.
- Resolución de la Dirección General de Tributos, de 9 de marzo de 2000.
- Resolución de la Dirección General de Tributos en Consulta Vinculante, de 8 de julio de 2008.
- Resolución de la Dirección General de Tributos, de 29 de septiembre de 2004.
- Resolución de la Dirección General de Tributos, de 19 de febrero de 2004.
- Resolución de la Dirección General de Tributos, de 9 de septiembre de 2009.
- Resolución de la Subdirección General de Impuestos sobre el Consumo en respuesta a Consultas 0226-02 y 0236-0.
- Resolución de la Dirección General de Impuestos sobre el Consumo en respuesta a la Consulta Vinculante V 0306-11.

- Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, de 26 de septiembre de 1993.
- Resolución de la Subdirección General de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos, de 7 de noviembre de 2007.
- Resolución de la Subdirección General de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos, de 26 de septiembre de 2011.
- Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, de 11 de noviembre de 2005.
- Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de la Comunidad Valenciana, de 28 de septiembre de 2006.
- Resolución de la Dirección General de Coordinación de Haciendas Territoriales, de 19 de junio de 2000.

ANEXO I

	Andalucía	Aragón	Principado de Asturias	Illes Balears	Canarias	Cantabria	Castilla y León	Castilla-La Mancha
Tipo general en inmuebles	7% o si B > 400.000 € 8% garaje 30.000	7%	8, 9 y 10% s/valor	7%	6,5%	7 u 8% si valor > 300.000 €	7%	7%
Adquisición primera vivienda habitual						En municipios despoblados: Tipo: 5%		Tipo: 6% con requisitos
Adquisición vivienda habitual por familia numerosa		Tipo: 3% con requisitos		Tipo: 3% con requisitos	Tipo: 4% con requisitos	Tipo: 5%	Tipo: 4% con requisitos	
Adquisición vivienda habitual por discapacitados	Tipo: 3,5% si valor < = 130.000 €			Con minusv. = > 65% Tipo: 3% con requisitos	Tipo: 4% con requisitos	33 < minusv. < 65% Tipo: 5% 65% = < minusv. Tipo: 4%	Minusv. = > 65% Tipo: 4% (requisitos)	
Adquisición vivienda habitual por jóvenes	Tipo: 3,5% si valor < = 130.000 €			Tipo: 3% con requisitos	Tipo: 4% con requisitos	Tipo: 5%	Tipo: 4 o 0,01% (requisitos)	
Adquisición vivienda habitual protegida	Tipo: 3,5%	Bonificación cesión derechos 100%	Tipo 3%	Tipo: 1%	Tipo: 4%	Tipo: 5%	Tipo: 4%	

ANEXO I (continuación)

	Cataluña	Extremadura	Galicia	Comunidad de Madrid	Región de Murcia	La Rioja	Comunitat Valenciana	Estado
Tipo general en inmuebles	8%	7, 8, 9 y 10% s/valor	7%	7%	7%	7%	7%	6%
Adquisición primera vivienda habitual		Tipo: 6% con requisitos						
Adquisición vivienda habitual por familia numerosa	Tipo: 5% con requisitos	Bonificación 20% con requisitos	Tipo: 4% con requisitos	Tipo: 4% con requisitos	Tipo: 3% con requisitos	Tipo: 5 y 3% (requisitos)	Tipo: 4% con requisitos	
Adquisición vivienda habitual por discapacitados	Minusv. = > 65% Tipo: 5% con requisitos	Minusv. = > 65% Bonificación 20% con requisitos	Minusv. = > 65% Tipo: 4%			Tipo: 5%	Con minusv. = > 65% Tipo: 4%	
Adquisición vivienda habitual por jóvenes	Tipo: 5% con requisitos	Bonificación 20% con requisitos	Tipo: 4% con requisitos		Tipo: 3% con requisitos	Tipo: 5%		
Adquisición vivienda habitual protegida	Tipo: 7%	Tipo: 3%			Tipo: 4%	Tipo: 5%	Tipo: 4%	

Fuente: Leyes diversas de las CC.AA.

ANEXO II

IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DEL VALOR
DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA

RÉGIMEN COMÚN
AÑO 2011

MUNICIPIOS CAPITALES DE PROVINCIA

	Porcentaje anual				Tipo impositivo en porcentaje				Porcentaje reducción
	De 1 a 5 años	Hasta 10 años	Hasta 15 años	Hasta 20 años	De 1 a 5 años	Hasta 10 años	Hasta 15 años	Hasta 20 años	
ANDALUCÍA									
Almería	3,20	3,10	3,00	2,90	26,00	26,00	26,00	26,00	50,00
Cádiz	3,70	3,50	3,20	3,00	30,00	30,00	30,00	30,00	0,00
Córdoba	3,70	3,50	3,20	3,00	30,00	30,00	30,00	30,00	0,00
Granada	3,41	3,30	3,20	2,98	30,00	30,00	30,00	30,00	0,00
Huelva	3,60	3,40	3,10	2,90	30,00	30,00	30,00	30,00	0,00
Jaén	3,40	3,20	2,90	2,80	29,00	29,00	29,00	29,00	0,00
Málaga	3,70	3,50	3,20	3,00	30,00	30,00	30,00	30,00	40,00
Sevilla	3,30	3,50	3,20	3,00	30,00	30,00	30,00	30,00	0,00
ARAGÓN									
Huesca	3,27	3,06	2,96	2,91	30,00	27,00	26,00	25,00	0,00
Teruel	3,70	3,50	3,00	2,56	30,00	30,00	28,20	28,20	0,00
Zaragoza	3,70	3,50	3,20	3,00	30,00	30,00	30,00	30,00	0,00
PRINCIPADO DE ASTURIAS									
Oviedo	3,60	3,40	3,10	2,90	30,00	30,00	30,00	30,00	0,00
ILLES BALEARS									
Palma	3,60	3,30	3,00	2,90	30,00	30,00	30,00	30,00	0,00
CANARIAS									
Palmas de Gran Canaria (Las)	3,00	3,00	3,00	2,90	30,00	30,00	30,00	30,00	0,00
Santa Cruz de Tenerife	3,40	3,20	2,90	2,80	30,00	30,00	30,00	30,00	0,00
CANTABRIA									
Santander	3,00	2,90	2,80	2,70	21,00	21,00	21,00	21,00	55,00
CASTILLA Y LEÓN									
Ávila	3,20	3,00	2,80	2,70	28,00	28,00	28,00	28,00	40,00

ANEXO II. MUNICIPIOS CAPITALES DE PROVINCIA (continuación)

	Porcentaje anual				Tipo impositivo en porcentaje				Porcentaje reducción
	De 1 a 5 años	Hasta 10 años	Hasta 15 años	Hasta 20 años	De 1 a 5 años	Hasta 10 años	Hasta 15 años	Hasta 20 años	
Burgos	3,62	3,42	3,12	2,92	30,00	30,00	30,00	30,00	50,00
León	3,60	3,40	3,10	2,90	30,00	30,00	30,00	30,00	0,00
Palencia	3,57	3,36	2,54	2,44	29,80	29,80	29,80	29,80	0,00
Salamanca	3,70	3,50	3,20	3,00	30,00	30,00	30,00	30,00	0,00
Segovia	3,70	3,50	3,20	3,00	23,96	23,96	23,96	23,96	60,00
Soria	3,00	2,90	2,80	2,70	28,00	28,00	28,00	28,00	50,00
Valladolid	3,50	3,30	2,99	2,88	21,13	21,13	21,13	21,13	0,00
Zamora	3,20	3,10	2,90	2,80	26,00	26,00	26,00	26,00	60,00
CASTILLA-LA MANCHA									
Albacete	1,48	1,37	1,34	1,30	25,00	24,00	27,00	30,00	0,00
Ciudad Real	3,37	3,16	2,94	2,84	30,00	30,00	29,20	28,08	0,00
Cuenca	3,20	3,00	2,80	2,70	26,00	26,00	26,00	26,00	0,00
Guadalajara	3,60	3,40	3,10	2,90	29,90	29,90	29,90	29,90	0,00
Toledo	3,48	3,05	2,73	2,61	30,00	29,00	27,00	26,00	45,00
CATALUÑA									
Barcelona	3,70	3,50	3,10	2,80	30,00	30,00	30,00	30,00	0,00
Girona	3,70	3,30	3,00	2,90	29,79	29,79	29,79	29,79	0,00
Lleida	3,70	3,50	3,20	3,00	30,00	28,00	25,00	20,00	0,00
Tarragona	2,90	2,85	2,80	2,75	20,07	18,95	17,84	16,73	0,00
EXTREMADURA									
Badajoz	3,00	2,70	2,80	2,90	25,74	25,74	25,74	25,74	0,00
Cáceres	3,70	3,30	3,00	2,70	30,00	29,00	29,00	29,00	0,00
GALICIA									
Coruña (A)	3,40	3,00	2,50	2,30	17,33	17,33	17,33	17,33	0,00
Lugo	2,80	2,70	2,70	2,70	28,00	27,00	27,00	27,00	0,00
Ourense	2,89	2,67	2,46	2,35	29,40	29,40	29,40	29,40	0,00
Pontevedra	3,60	3,20	2,80	2,40	20,00	20,00	20,00	20,00	0,00
COMUNIDAD DE MADRID									
Madrid	3,70	3,50	3,20	3,00	30,00	29,00	29,00	29,00	0,00

ANEXO II. MUNICIPIOS CAPITALES DE PROVINCIA (continuación)

	Porcentaje anual				Tipo impositivo en porcentaje				Porcentaje reducción
	De 1 a 5 años	Hasta 10 años	Hasta 15 años	Hasta 20 años	De 1 a 5 años	Hasta 10 años	Hasta 15 años	Hasta 20 años	
Murcia	3,70	3,50	3,20	3,00	30,00	30,00	30,00	30,00	0,00
LA RIOJA									
Logroño	3,60	3,40	3,10	2,90	30,00	30,00	30,00	30,00	0,00
COMUNITAT VALENCIANA									
Alicante/Alacant	3,60	3,40	3,10	2,90	30,00	30,00	30,00	30,00	0,00
Castellón de la Plana/Castelló de la Plana	3,17	2,96	2,64	2,64	29,91	27,69	25,46	23,25	0,00
Valencia	3,10	3,00	2,90	2,90	29,70	29,70	29,70	29,70	0,00
CEUTA									
Ceuta	2,90	2,70	2,65	2,60	27,00	27,00	27,00	27,00	0,00
MELILLA									
Melilla	2,70	2,60	2,50	2,40	29,00	29,00	29,00	29,00	40,00

Fuente: Álvarez (2012).

RESUMEN

DACIÓN EN PAGO

La frágil situación económica en la que muchos hogares españoles se encuentran ha hecho aconsejable la revisión de las condiciones de ejecución hipotecaria que tradicionalmente se habían adoptado. La figura que adquiere protagonismo en el escenario financiero actual es la dación del inmueble en pago de la deuda hipotecaria incobrable. Esta operación conlleva una serie de implicaciones fiscales tanto en el ámbito de la imposición directa estatal como desde la óptica de la imposición indirecta. Sin olvidar las consecuencias tributarias municipales. La reciente aprobación del Real Decreto-ley 6/2012 de 9 de marzo, de Medidas Urgentes de Protección

ABSTRACT

SURRENDER IN LIEU OF PAYMENT

The fragile economic situation of many Spanish homes makes a revision of traditional mortgage foreclosure conditions advisable. The central figure on today's financial stage is surrender of the mortgaged property when there are no other means of paying off the loan. As a transaction, surrender in lieu of payment entails a series of implications in regard to both direct national taxes and indirect taxes, not to mention city taxes. The recent approval of Royal Decree-Law 6/2012 of 9 March on urgent measures for the protection of indigent mortgage loan holders introduces a series of tax advantages for those taxpayers who stand on the exclusion

de Deudores Hipotecarios sin recursos, introduce una serie de ventajas fiscales aplicables a aquellos sujetos pasivos que se encuentren en el umbral de exclusión, sin perjuicio de la necesidad de determinar, en los demás supuestos si a la figura de la dación puede dársele el mismo tratamiento fiscal que a la permuta de bienes. Es cuestión básica la determinación del negocio jurídico del que se trata si se pretende dar un tratamiento fiscal adecuado a la operación realizada, evitando así simulaciones o economías de opción derivadas de una incorrecta definición del mismo.

threshold. In all other cases, however, it still needs to be determined whether the tax authorities can treat surrender in lieu of payment the same as asset swaps. If the tax authorities are to treat the transaction properly (to avoid simulation and tax mitigation stemming from an incorrect definition of the legal act), determining the legal act in question is a basic issue.

Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica¹

por

DR. JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE
Registrador de la Propiedad
Catedrático de Derecho Civil (acreditado)
Presidente del Consejo de Dirección del CIDDRIM

SUMARIO

- I. EL ORIGEN DE LA ACTUAL CRISIS ECONÓMICA, FINANCIERA E INMOBILIARIA COMO CONTEXTO DE LA ACTUAL PROLIFERACIÓN DE EJECUCIONES HIPOTECARIAS.
- II. LA SITUACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO ESPAÑOL:
 1. EL PERIODO DE EXPANSIÓN:
 - A) *Etapa 1982-2003.*
 - B) *Etapa 2003-2006.*
 - C) *Comparación con la situación de los países europeos de la Unión Monetaria Europea.*
 2. LA APARICIÓN DE LA CRISIS Y LA FUERTE RETRACCIÓN DEL MERCADO INMOBILIARIO Y DE CRÉDITO.

¹ Este trabajo tiene su origen en la ponencia preparada por su autor en el marco de la Jornada sobre «Limitación de la responsabilidad del deudor hipotecario», que tuvo lugar en la Universidad de Barcelona, el 27 de abril de 2011, organizada por el Centro de Investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil.

3. LA EVALUACIÓN DE LOS DATOS Y EL INCREMENTO DE LA MOROSIDAD Y DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS.
- III. LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS. RECIENTES DECISIONES JUDICIALES EN LA MATERIA:
1. EL AUTO DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA, DE 17 DE DICIEMBRE DE 2010.
 2. EL AUTO DEL JUZGADO MERCANTIL, NÚMERO 3 DE BARCELONA, DE 26 DE OCTUBRE DE 2010, DICTADO EN UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL.
 3. EL AUTO DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA, NÚMERO 2 DE SABADELL, DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2010.
 4. LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL DE LA DGRN.
- IV. MODIFICACIONES LEGALES FRENTE A LOS RIESGOS DE INSOLVENCIA HIPOTECARIA. REFORMAS APROBADAS EN EL PERIODO 2007-2011:
- A) LA LEY 41/2007, DE 7 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY 2/1981, DE 25 DE MARZO, DE REGULACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO Y OTRAS NORMAS DEL SISTEMA HIPOTECARIO Y FINANCIERO, DE REGULACIÓN DE LAS HIPOTECAS INVERSAS Y EL SEGURO DE DEPENDENCIA Y POR LA QUE SE ESTABLECE DETERMINADA NORMA TRIBUTARIA.
 - B) EL REAL DECRETO 1975/2008, DE 28 DE NOVIEMBRE, SOBRE MEDIDAS URGENTES A ADOPTAR EN MATERIA ECONÓMICA, FISCAL, DE EMPLEO Y ACCESO A LA VIVIENDA.
 - C) LA LEY 2/2009, DE 31 DE MARZO, POR LA QUE SE REGULA LA CONTRATACIÓN CON LOS CONSUMIDORES DE PRÉSTAMOS O CRÉDITOS HIPOTECARIOS Y DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE PRÉSTAMO O CRÉDITO.
 - D) EL REAL DECRETO-LEY 6/2010, DE 9 DE ABRIL, DE MEDIDAS PARA EL IMPULSO DE LA RECUPERACIÓN ECONÓMICA Y EL EMPLEO.
 - E) LA LEY 2/2011, DE 4 DE MARZO, DE ECONOMÍA SOSTENIBLE.
 - F) LEY 37/2011, DE 10 DE OCTUBRE, DE MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL.
- V. SUGERENCIA DE POSIBLES NUEVAS REFORMAS LEGALES:
1. RAZONES PARA EL MANTENIMIENTO DEL RÉGIMEN DEL ARTÍCULO 105 DE LA LEY HIPOTECARIA.
 2. RAZONES PARA REFORMAR LA REGULACIÓN DE LA DACIÓN EN PAGO Y EL RÉGIMEN DE LAS SUBASTAS HIPOTECARIAS.
 3. NUEVA REGULACIÓN DE LA DACIÓN EN PAGO: ALQUILER *VERSUS* DESAHUCIO.
 4. MODIFICACIONES EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE SUBASTAS.
 5. REVISIÓN DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 670 Y 671 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL:
 - A) *Sistema previsto para la ejecución de las garantías financieras.*
 - B) *Ampliación de garantía en caso de disminución del valor de la finca hipotecada.*
 - C) *Tasación en los casos de construcciones añadidas a la finca después de la constitución de la hipoteca y a las que no se extienda esta.*
 - D) *Evolución de los precios de la vivienda. Comparación con los tipos del 60 y del 70 por 100.*

I. EL ORIGEN DE LA ACTUAL CRISIS ECONÓMICA, FINANCIERA E INMOBILIARIA COMO CONTEXTO DE LA ACTUAL PROLIFERACIÓN DE EJECUCIONES HIPOTECARIAS

En el verano de 1944 se reunieron en Bretton Woods —New Hampshire— los dirigentes del mundo occidental, y acordaron la constitución del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, marcando con ello el inicio de la internacionalización de la economía y el fin del nacionalismo económico. Este hecho constituye el origen remoto de la actual crisis financiera internacional cuyo epicentro se localiza en la crisis de las hipotecas *subprime* de Estados Unidos y que se ha contagiado al resto de los mercados internacionales a través de los productos de titulación de su mercado secundario.

Los Acuerdos de Bretton Woods condujeron a la liberalización del comercio y a la reducción de las barreras aduaneras, favoreciendo la división internacional del trabajo y permitiendo captar nuevas fuentes de aprovisionamiento a precios más baratos. Pero estos efectos se produjeron de forma limitada porque la Unión Soviética, que participó en la Conferencia, no llegó a ratificar los acuerdos, y China, que también participó, se retiró en 1949 al triunfar la revolución comunista.

Ahora bien, estas limitaciones se superan a partir de la caída del muro de Berlín en 1989, al dejar al descubierto la ruina económica que existía al otro lado del telón de acero, mucho peor de lo que habían vaticinado los economistas occidentales. La planificación económica centralizada quedó sentenciada como un sistema que conduce al fracaso, y ello produjo un movimiento de suplantación progresiva de la misma por el capitalismo de mercado en la mayor parte del mundo, fuera del caso de Cuba, Corea del Norte y otras pocas excepciones.

De hecho este cambio se produjo no solo en los países del antiguo bloque soviético, sino también en gran parte de los países del tercer mundo. El caso paradigmático fue el de la China comunista, cuyo camino hacia la economía de mercado, comenzado en 1978, se aceleró a partir de finales de los años ochenta, a través de la denominada «política de puertas abiertas». Su discreta evolución hacia la protección de los derechos de propiedad de los extranjeros se acentuó, determinando con ello un rápido despegue de las inversiones extranjeras directas en el país a partir de 1990, con un crecimiento constante a tasas superiores al 20 por 100 anual.

Algo parecido había sucedido años atrás en los denominados tigres asiáticos, en particular Corea del Sur, Hong Kong, Singapur y Taiwán.

Las tasas de crecimiento económico de estos países y de otros como India, ha producido un aumento importante de la parte del producto interior bruto mundial imputable a los países en desarrollo, tendencia que tiene repercusiones financieras espectaculares, ya que el ahorro es porcentualmente mucho más elevado en estos países que en los países industrializados, debido a dos factores:

la debilidad de las políticas de protección social, que obliga a las familias a ahorrar en previsión de la llegada de malos tiempos o para la jubilación, y la falta de una cultura de consumo, por lo que existe menos incitación al gasto.

Este fenómeno ha coincidido con el aumento de la productividad inducido por las nuevas tecnologías a que dio lugar el descubrimiento de las propiedades electrónicas del silicio, con la aparición de los microprocesadores, la fibra óptica, el láser, la comunicación por satélite, y la generalización rapidísima del uso de Internet y de la telefonía móvil.

La acción combinada de estos factores ha provocado un crecimiento tal del ahorro mundial, que su aumento global ha excedido con mucho de las opciones de inversión disponibles.

La acción de mercado que hace coincidir el ahorro y la inversión global efectiva ha reducido sensiblemente las tasas de interés reales (interés nominal corregido por la inflación) debido a que la oferta de fondos en busca de destinos de inversión rentables ha aumentado más rápidamente que la demanda de inversiones.

Esta bajada de los tipos de interés ha ido acompañada de forma paralela, hasta el estallido de la crisis, de un alza de los precios de las acciones de las sociedades de capital y de los inmuebles y, en general, de todo tipo de patrimonio remunerador, generando en los países desarrollados un aumento de la riqueza nominal de las familias que ha permitido un paralelo crecimiento de su capacidad de endeudamiento, que ha venido a absorber el exceso de liquidez mundial al que antes nos referíamos. Esto es lo que explica el curioso fenómeno que se ha producido en el mercado hipotecario secundario, mercado secundario que inicialmente estaba concebido y organizado para proporcionar recursos con los que satisfacer la demanda de créditos hipotecarios del mercado primario. Pero en los últimos tiempos, como consecuencia de la excesiva acumulación de capitales por las razones apuntadas el mercado secundario ha funcionado en dirección inversa, es decir, exactamente al revés.

Este curioso fenómeno se explica porque se ha producido una gran demanda de títulos hipotecarios para colocar aquellos excedentes de capital, demanda que responde básicamente a dos razones: su buena rentabilidad, algo superior a la de los títulos de renta fija emitidos por organismos oficiales, y su calificación crediticia similar a la de estos últimos.

Dado que los títulos y valores hipotecarios solo pueden ser emitidos con una cartera de cobertura integrada por créditos hipotecarios del mercado primario, aquella demanda de valores ha producido un aumento de la oferta de estos últimos créditos. Las consecuencias de ello han sido la disminución de los parámetros de solvencia exigidos a los deudores hipotecarios del mercado primario. Cuando esta circunstancia se ha combinado con un aumento de tipos de interés y con una paralela disminución de la tasa de aumento del valor de los inmuebles hipotecados ha surgido el problema, problema que se ha agravado cuando las consecuencias de la actual crisis económica se ha traducido no

ya en una disminución de la tasa de aumento del valor de los inmuebles sino directamente en un descenso del valor de estos últimos.

Como es sabido, el origen concreto de la actual crisis financiera se encuentra en el incremento de la morosidad en las hipotecas *subprime* (préstamos con baja calificación crediticia) y *non-conforming* (clientes con información insuficiente sobre su solvencia), y su dimensión y repercusión se explica por dos factores:

- 1.º El tamaño de la cuota de los mercados *subprime* y *non-conforming* que creció sustancialmente durante los diez años anteriores al inicio de la crisis, de forma que, en 2006, estos representaban sobre el total de la nueva contratación del mercado norteamericano un 46 por 100.
- 2.º En cuanto a su repercusión, el vehículo de extensión de la crisis a otros mercados internacionales han sido los títulos del mercado secundario de Estados Unidos con muy bajo nivel de regulación, que permite que el riesgo de impago se trasmita a los inversores.

Esta situación regulatoria del mercado hipotecario americano se inscribe en un contexto más amplio, el del conjunto de la economía norteamericana, en la que se ha producido el abandono del modelo keynesiano de cierto intervencionismo estatal en la economía por una fe excesiva en la eficacia de las fuerzas del mercado, como consecuencia de lo cual se ha producido un movimiento generalizado de desregulación y de asunción del paradigma de la autorregulación y los códigos de buena conducta, los cuales con ocasión de esta crisis han mostrado, a su vez, sus limitaciones para prevenir fracasos económicos de gran escala como el que estamos observando. Sin embargo, este fracaso era fácilmente previsible desde el punto de vista de la lógica de los conflictos de intereses, dada la falta de independencia de los mecanismos de control financiero respecto de las empresas y actividades controladas (así, por ejemplo, en el caso de las auditoras, agencias de *ratings*, etc.).

Esto es importante desde el punto de vista jurídico, ya que la teoría económica del Derecho, de un lado, y la economía neoinstitucional, de otro, han venido a coincidir en la idea de que la calidad regulatoria y el entramado institucional de un país es la base esencial de su crecimiento económico. En efecto, el Ordenamiento jurídico no es nunca neutro desde el punto de vista de su influencia económica en los mercados, lo que en momentos de crisis como el actual nos obliga a hacer una revisión crítica de nuestro Derecho positivo, que es el objeto del presente trabajo en lo relativo a los mecanismos de realización del valor de los bienes hipotecados en caso de impago de la deuda garantizada.

A la situación antes descrita se había referido ya el Libro Blanco sobre integración de los mercados hipotecarios de la Unión Europea, aprobado el 18 de diciembre de 2007, cuando la crisis financiera en Estados Unidos ya había comenzado.

El Libro Blanco alerta de la necesidad de extraer las enseñanzas necesarias para prevenir estas situaciones en el futuro, especialmente en dos ámbitos, el de la concesión responsable de los préstamos hipotecarios, exhortando a los prestamistas a evaluar la solvencia y capacidad de pago del prestatario, y en el ámbito de la refinanciación hipotecaria y titulización.

II. LA SITUACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO ESPAÑOL

A pesar de la amplia internacionalización de la economía, y la intensa integración de los mercados europeos, lo cierto es que todavía hoy tiene sentido analizar la situación y la evolución de la economía por países (dada la diversidad regulatoria, cultural, de tradición, infraestructuras, formación del capital humano, y un largo etcétera de causas). Por ello, en un estudio como el presente, debemos preguntarnos en concreto por el mercado español. Para analizarlo debemos distinguir varias etapas.

1. EL PERIODO DE EXPANSIÓN

Hay que comenzar subrayando la enorme pujanza y solidez del mercado hipotecario español durante el último cuarto de siglo. Para comprender mejor la situación dividiré el análisis de los datos económicos en dos periodos: el primero abarcaría desde 1982, fecha de creación del mercado hipotecario español en virtud de la Ley 2/1981, hasta 2003, año en que se frena la tendencia decreciente de los tipos de interés, en tanto que el segundo se extiende al periodo comprendido entre 2003 y finales de 2006, fecha en la que todavía no había estallado la crisis financiera.

A) *Etapas 1982-2003*

Pues bien, entre 1982 y 2003, el peso relativo de la financiación hipotecaria sobre el total de la financiación del sector privado no ha parado de crecer, pasando de representar un 15 por 100 en 1982 al 51 por 100 en 2003. Similar evolución ha representado en relación con el PIB. Este ciclo expansivo se ha acelerado en los cinco últimos años del periodo considerado en que se han registrado tasas de crecimiento interanual superiores al 20 por 100, suscitando dudas sobre la sostenibilidad del modelo.

Este enorme desarrollo se ha producido básicamente, además de por el propio crecimiento del mercado inmobiliario, con el que el hipotecario vive en estrecha simbiosis en España, por tres factores: 1.º el incremento del *loan*

to value, que se elevó hasta el 70 por 100 del valor del inmueble hipotecado; 2.º por el alargamiento del plazo de amortización, cuyo plazo estándar ha pasado en tal periodo de doce a veinte años; y 3.º por el descenso sostenido en los tipos de interés.

Esto se ha traducido en una mejora notable de las condiciones de accesibilidad al crédito territorial y, en consecuencia, a la vivienda en propiedad, a pesar de haberse más que duplicado el precio de la vivienda en el citado periodo, ya que ha permitido multiplicar por dos el número de operaciones inmobiliarias en el periodo.

Además, lo anterior se ha conseguido mejorando al tiempo los ratios de riesgo estadístico de la cartera hipotecaria, según resulta de sendos informes emitidos por G. E. Mortgage Insurance y por Oliver Wyman sobre integración de los mercados europeos. Y ello al punto de que, según se desprende de tales informes, un descenso del 35 por 100 de los precios de la vivienda no afectaría a la solidez de la cartera contratada antes de 2002 y para la contratada después los descensos de precio inocuos se estiman en una horquilla entre el 20 y el 25 por 100, lo cual constituye un margen de seguridad importante frente a una situación de burbuja inmobiliaria, y concentra el eventual riesgo de insuficiencia de la garantía en las hipotecas contratadas durante los años inmediatamente anteriores al inicio de la crisis.

B) *Etapa 2003-2006*

La evolución hasta ahora descrita se ha acelerado en el periodo de los años 2003 a 2006 y, así, tomando por base el ejercicio 1995 nos encontramos con que hasta diciembre de 2006:

- a) los saldos vivos de la total cartera de créditos hipotecarios se han multiplicado casi por 7, y tanto el número de hipotecas constituidas (1.668.000) como el importe medio registrado (124.389 euros) aproximadamente se ha triplicado;
- b) ello supone que, a finales de 2006, el crédito hipotecario representa aproximadamente el 60 por 100 del total del crédito al sector privado, y equivale al 82 por 100 del PIB;
- c) a su vez, la riqueza inmobiliaria neta de las familias ha experimentado el mayor crecimiento de la historia y el mayor de entre los países europeos, pasando del 390 por 100 de ratio de endeudamiento familiar (RBD) al 770 por 100.

C) *Comparación con la situación de los países europeos de la Unión Monetaria Europea*

Desde el punto de vista de la eficiencia financiera, y tomando como elemento de referencia la situación de los demás países de la Unión Monetaria Europea, hay que destacar el importantísimo dato de que durante todo el ciclo expansivo los tipos de interés reales —descontando inflación— del mercado hipotecario español se han situado aproximadamente 200 puntos básicos por debajo de la media de la Unión Monetaria Europea e, incluso, durante 2004 y 2005 se ha situado en el entorno del 0 por 100, lo que resulta ciertamente insólito. Para que comprendamos la importancia de este dato, hay que reparar en el hecho de que, en las condiciones actuales, un incremento de 100 puntos básicos en el tipo de interés hipotecario equivale a un incremento del 10 por 100 del precio de la vivienda. Dicho en otros términos: teniendo en cuenta que el importe medio de las hipotecas constituidas en noviembre de 2006, según datos del INE, se elevó a 144.000 euros, si los españoles pagasen sus hipotecas al interés promedio vigente en la zona euro pagarían de media aproximadamente 2.000 euros más al año.

Por ello, aunque durante los quince últimos años anteriores al inicio de la crisis el importe medio de los préstamos se ha multiplicado por 2,7, cada vez ha sido posible facilitar el acceso a la vivienda en propiedad a sectores de población de menores rentas al haberse multiplicado por 5,5 la capacidad de endeudamiento de las familias por el efecto combinado de los bajos tipos de interés, el incremento del *loan to value*, que ha llegado al 80 por 100 del valor del inmueble, y el alargamiento de los plazos de amortización que se ha estandarizado en los veintiséis años.

Todo esto es extraordinariamente importante. Se dice, con razón, que una sociedad avanzada debe generar recursos con criterios de eficiencia y repartirlos con criterios de justicia. Pues bien, esto es precisamente lo que hace el crédito hipotecario que constituye un importante instrumento jurídico-financiero para distribuir intrageneracionalmente los recursos al permitir al acreditado disponer anticipadamente de sus rentas futuras, a cargo de anticipos de rentas excedentes procedentes de depositantes o inversores en títulos hipotecarios, a cambio de la correspondiente remuneración en forma de intereses.

Estos datos justifican la afirmación de que el mercado hipotecario español es uno de los más competitivos y eficientes del mundo. Es lugar común entender que esa eficiencia descansa, en buena medida, en el sistema normativo que regula dicho mercado y, en particular, en nuestro modelo registral de seguridad jurídica preventiva, modelo basado en una noción fundamental como es la confianza —intangibles de extraordinario valor económico—, confianza con que los agentes del mercado hipotecario —tanto primario como secundario— contratan sobre la base del contenido de los asientos registrales en cuanto definidores de

la titularidad y demás situaciones jurídicas que afectan a las fincas que sirven de garantía.

2. LA APARICIÓN DE LA CRISIS Y LA FUERTE RETRACCIÓN DEL MERCADO INMOBILIARIO Y DE CRÉDITO

A pesar de todo ello, la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, aprueba una importante reforma del mercado hipotecario. ¿Por qué?

En mi opinión eran varios los elementos de análisis de nuestro mercado hipotecario que ciertamente aconsejaban una reforma:

- 1.º La finalización del ciclo de descenso de los tipos de interés. Ese ciclo llega a su punto máximo en junio de 2005 en que el Euribor toca fondo en el 2,10 por 100. A partir de ahí comienza una carrera alista que le conduce al máximo del 5,39 por 100 alcanzado en julio de 2008, es decir, que en tres años sube más de 300 puntos básicos. Para comprender la repercusión de esta subida en el bolsillo de los deudores hipotecarios, pensemos a modo de ejemplo que un préstamo con garantía hipotecaria contratado en 2005 y cuya cuota mensual de amortización fuese de algo más de mil euros, llegó a superar en 2008 los mil seiscientos euros.
- 2.º Este hecho ha producido un incremento importante en los ratios de esfuerzo necesario para la amortización de la deuda hipotecaria en términos de porcentaje sobre los ingresos familiares. De hecho, según el indicador de esfuerzo teórico del Banco de España en diciembre de 2008 para el primer año de amortización las cuotas de la hipoteca absorbían casi el 47 por 100 de la renta familiar disponible, cifra que incluso supera la marca del 46 por 100 registrada en 1995, cuando el MIBOR se situaba en cifras superiores al 10 por 100, frente a la tasa de esfuerzo de 31 por 100 correspondiente al año 2003. Esto supone que durante el citado periodo la factura hipotecaria se encareció un 50 por 100 aproximadamente.
- 3.º El tercer elemento de riesgo es la excesiva concentración de créditos hipotecarios a interés variable, que se sitúan por encima del 98 por 100 del total, frente a la media europea del 46 por 100, lo que supone una sobreexposición al riesgo de evolución de tipos, especialmente considerando que estos están referenciados a índices como el Euribor que dependen más de decisiones sobre política monetaria del Banco Central Europeo que con la situación real de la economía de las familias españolas. De hecho este riesgo hoy podemos decir que se ha traducido ya en un incremento muy notable de la morosidad en el ámbito del

crédito hipotecario a los hogares, pasando del 0,39 por 100 de junio de 2005 al 1,82 por 100 de septiembre de 2008.

Todo ello dio lugar, como reacción de emergencia, a un movimiento concertado de los Bancos Centrales y de los Gobiernos de bajada acelerada de los tipos de interés. Así el Euribor ha pasado del 5,39 por 100 de julio de 2008 al 1,23 por 100 en 2010, repuntando en la última parte del año para situarse en el 1,55 por 100 en enero de 2011. A pesar de este repunte, el valor medio del Euribor durante todo el año 2010 ha registrado un mínimo histórico del 1,35 por 100, lo que ha supuesto un importante alivio en el pago de la factura hipotecaria, paliando el aumento de los niveles de morosidad e insolvencias, como después veremos.

¿Significa lo anterior que en España existía una situación de burbuja hipotecaria?

3. LA EVALUACIÓN DE LOS DATOS Y EL INCREMENTO DE LA MOROSIDAD Y DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS

Con todo, a mi juicio, es correcta la apreciación del informe de la Asociación Hipotecaria de España de diciembre de 2007 sobre el mercado hipotecario en la que afirma que la normativa y la estructura del mercado hipotecario español hacen imposible la generación y circulación de hipotecas *subprime* en España. Esta afirmación está apoyada, entre otros argumentos, en el hecho de que nuestra legislación impone estrictas condiciones a los préstamos hipotecarios que pueden servir de cobertura a las emisiones y en el hecho de la existencia de un Registro de la Propiedad de derechos y de calificación. Así lo afirmó en Estados Unidos el Presidente del BBVA al resaltar la inexistencia en este país de un Registro de eficacia jurídica similar al español. Esta idea ha calado también en la Administración americana que ha reconocido que el sistema de seguridad registral americano ha quedado bajo cuestión tras los recientes acontecimientos inmobiliarios que están en el origen de la actual crisis financiera, lo que ha llevado al Gobierno americano a evaluar la posibilidad de instaurar un sistema registral análogo al español.

Entonces, si en España no existen las hipotecas *subprime*, ¿cuál es el problema? ¿Por qué se ha paralizado el mercado inmobiliario español, con una disminución de actividad de entorno al 40 por 100?

El problema no está del lado de la oferta que no solo existe, sino que en este momento es fuertemente excedentaria con un stock de más de un millón de viviendas en situación de venta. Tampoco el problema está del lado de la demanda. Pensemos que en España se crean aproximadamente unos 300.000 nuevos hogares al año, y que a esa cifra se debe sumar la necesidad de nue-

vas viviendas que generan el fenómeno inverso de las rupturas matrimoniales (próximas a las 100.000 anuales), lo que incrementa la demanda de vivienda al disminuir la tasa de ocupación media. A ello se suma la demanda interna y externa en el sector de segundas residencias.

El problema se encuentra en el diferencial del precio entre la oferta y la demanda, diferencial que hasta ahora se había salvado gracias al puente de la financiación hipotecaria, financiación cuyas condiciones habían venido siendo extraordinariamente benignas gracias a las enormes cantidades de dinero que habían tenido como destino de inversión el mercado hipotecario secundario, según vimos.

Ello hasta el punto de que los recursos de la financiación hipotecaria proceden en más de un 50 por 100 del mercado secundario, mercado que desde el verano del año 2008 se ha retraído fuertemente por la negativa de los inversores institucionales tradicionales (fondos soberanos, fondos de pensiones, sociedades de inversión, en su mayoría extranjeras) a suscribir nuevas emisiones en los volúmenes anteriores por falta de confianza. Así frente a los 120.000 millones de euros colocados en emisiones hipotecarias en 2008 (cifra que equivale casi al 90 por 100 de todo el crédito hipotecario nuevo de 2010) se ha pasado a una cifra escasamente superior a los 60.000 millones, es decir, ha caído a la mitad de su volumen en el estrecho margen temporal de dos años. Sin esos recursos el sistema financiero español carece de la liquidez necesaria para mantener el mismo nivel de concesión de préstamos y créditos hipotecarios y, en consecuencia, las nuevas concesiones responden a un criterio selectivo y de mayor exigencia de la solvencia de los deudores, solvencia que en términos generales, a su vez, se ha resentido como consecuencia del impacto de la crisis en los niveles de renta y de empleo de la población.

Por ello, los desafíos que ahora se plantean en este terreno son múltiples, y entre ellos figuran no solo la necesidad de buscar nuevos instrumentos jurídicos distintos de la propiedad para facilitar el acceso a la vivienda (potenciando el arrendamiento, con o sin opción de compra, y el derecho de superficie) o la de dar protección adecuada a los compradores que han adquirido viviendas sobre plano y que se ven expuestos a perder las cantidades anticipadas por la declaración de concurso del vendedor, sino también los de reactivar el mercado secundario (tema al que dediqué un estudio anterior)², facilitar fórmulas de refinanciación a los compradores que han incurrido en situaciones de sobreendeudamiento por haber contratado créditos hipotecarios en los años inmediatamente anteriores al estallido de la crisis en el momento de máxima revalorización y carestía de los inmuebles, y la situación de quienes por no poder evitar la situación de insolvencia sobrevenida se ven abocados a la ejecución hipotecaria, tema

² «La ejecución hipotecaria y el mercado secundario», en *Cuadernos de Derecho Registral*, Ed. Fundación Registral, Madrid, 2008.

en el que nos centramos en este estudio con particular atención a la cuestión de la responsabilidad personal e ilimitada concurrente con la hipotecaria y su tratamiento en la legislación procesal española.

Estas situaciones de insolvencia han disparado el número de ejecuciones hipotecarias. Así, si en 2007 se tramitaron en España 25.943 procedimientos de ejecución directa contra bienes hipotecados, esta cifra se elevó a 93.622 en 2010, es decir, casi se cuadruplicó. Bien es cierto que la situación se ha estabilizado, de forma que si en 2008 el aumento experimentado respecto de 2007 fue de un 126 por 100, y en 2009 de un 59 por 100 respecto del año anterior, en 2010 la tasa de aumento se ha reducido al 0,3 por 100. Este hecho se explica por factores exógenos al mercado hipotecario (fundamentalmente al aumento del desempleo), pero también por otros endógenos a dicho mercado. Es evidente que hay una estrecha correlación entre los índices de los tipos de interés hipotecarios, los índices de esfuerzo de amortización en términos de absorción de renta familiar disponible, la tasa de morosidad y el número de ejecuciones hipotecarias. Pues bien, desde este punto de vista el momento álgido de los problemas se situó en 2008 en que el Euribor registró un valor medio anual del 4,81 por 100. Estos tipos de interés, combinados con los precios de la vivienda situados en máximos históricos (lo que suponía también importes medios contratados de préstamos hipotecarios históricamente elevados —en torno a 145.000 por operación—), llevó el esfuerzo teórico anual de un hogar medio español para hacer frente al pago de la hipoteca a un máximo del 49,2 por 100 de su renta disponible (si bien con el descuento de la desgravación fiscal quedaba en el 39,7 por 100). La fuerte reducción de los tipos de interés durante 2009 y 2010 (en registros medios históricamente mínimos de un 1,62 por 100 y 1,35 por 100, respectivamente), y el descenso en la cifra de los promedios de capitales contratados por el ajuste de precios en la vivienda y la disminución del *loan to value*, ha reducido aquella tasa de esfuerzo en 2010 al 33,8 por 100 (27,4 por 100 en su versión neta de impuestos). Ello explica, junto con las políticas refinanciación llevadas a cabo por las entidades financieras, buscando activamente soluciones alternativas a la ejecución, que a pesar de la mala coyuntura económica general las tasas de la denominada en términos económicos morosidad hipotecaria (en el crédito para vivienda) haya descendido en 2009 al 3 por 100 y aún se haya reducido en 2010 al 2,6 por 100. Aún con todo, son muchos miles de ciudadanos los que se han visto abocados a una inevitable situación de ejecución de su vivienda. Ante el innegable drama personal y social que ello representa, son muchas las iniciativas y medidas de carácter preventivo y paliativo que se han adoptado, y las propuestas que se han formulado. Entre ellas ha habido una que ha creado un debate especialmente intenso y que se refiere a la posible limitación de la responsabilidad del deudor hipotecario a la exclusiva responsabilidad hipotecaria, liberando la deuda en su totalidad en caso de adjudicación o dación en pago de la vivienda. Este debate tuvo su origen en ciertas resoluciones judiciales que pasamos a analizar a continuación.

III. LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS. RECIENTES DECISIONES JUDICIALES EN LA MATERIA

Recordemos que la situación normativa actual en esta materia, vigente desde hace 150 años, viene definida por el artículo 1911 del Código Civil conforme al cual, «del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros», precepto que sanciona en nuestro Ordenamiento Jurídico el principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor. Este principio no se deroga por el hecho de que la obligación esté garantizada mediante hipoteca, ya que conforme al artículo 105 de la Ley Hipotecaria, *«la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil»*, salvo que las partes pacten en la escritura de constitución de la hipoteca que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados, en cuyo caso, *«la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor ... quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados y no alcanzará a los demás bienes del patrimonio del deudor»*, según dispone el artículo 140 de la Ley Hipotecaria (pacto que es muy poco frecuente en la práctica). Este principio de responsabilidad patrimonial universal, propio de la tradición jurídica española, es seguido también por la mayor parte de los países europeos (Bélgica, Alemania, Grecia, Francia, Irlanda, Portugal, Reino Unido, etc.), a diferencia del régimen existente en algunos Estados de los Estados Unidos de América de limitación a la exclusiva responsabilidad hipotecaria.

En coherencia con dicho principio de responsabilidad patrimonial universal, la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla la hipótesis de la insuficiencia del valor de los bienes hipotecados, previendo en su artículo 579 —en la versión originariamente dada por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil— que «si subastados los bienes hipotecados..., su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución», norma que no queda excepcionada cuando por quedar desierta la subasta se adjudica la finca hipotecada al ejecutante por el 50 por 100 del valor de su tasación, según dispone el artículo 671 de la citada Ley de Enjuiciamiento Civil. A mi juicio, es en estos dos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, más que en el principio sustantivo de la responsabilidad patrimonial universal, donde se debe centrar el debate y buscar las soluciones.

Ahora bien, al hilo de la situación provocada por la proliferación de ejecuciones hipotecarias debidas a la elevación de la tasa de morosidad, que hemos descrito, se han pronunciado diversas resoluciones judiciales en relación con el tema de la responsabilidad personal de los deudores hipotecarios en los casos de insuficiencia del producto obtenido por la realización del valor de la finca

hipotecada, resoluciones que, al apartarse de los criterios de interpretación pacíficamente asumidos hasta ahora, han despertado una viva polémica en medios jurídicos y sociales, habiendo llegado el debate también al terreno político al plantearse la posibilidad de una eventual revisión de la legislación en la materia.

Entre las citadas resoluciones judiciales voy a destacar tres: un Auto de la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010; un Auto del Juzgado Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, y otro Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Sabadell, de 30 de septiembre de 2010.

1. EL AUTO DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA, DE 17 DE DICIEMBRE DE 2010

La más reciente y polémica de las Resoluciones citadas ha sido el Auto de la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010, por la que desestima el recurso de apelación interpuesto por una entidad financiera contra un Auto de 13 de noviembre de 2009 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2 de Estella, por el que se denegó la continuación del procedimiento de ejecución ordinario por insuficiencia del valor obtenido mediante la adjudicación de la finca hipotecada para la satisfacción de la deuda.

Partiendo de la situación normativa vigente antes reseñada, que el citado Auto no puede por menos que aceptar, en el caso concreto contemplado en tal resolución, producido el impago de las cuotas pactadas, el banco acreedor instó la ejecución de la hipoteca mediante subasta de la finca hipotecada, la cual quedó desierta, por lo que la finca fue adjudicada al banco por el 50 por 100 del valor de tasación, en aplicación del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dándose la circunstancia de que la deuda perseguida era inferior al valor en que inicialmente fue tasada la finca, pero superior al 50 por 100 del mismo. El Juzgado de Instancia denegó la petición del banco acreedor de continuación de la ejecución por la vía ordinaria y por la diferencia entre el valor de adjudicación y la cifra del total adeudado, denegación que apoyaba en dos motivos: primero, por entender que tal pretensión suponía un abuso de derecho, y segundo porque a los efectos de la liquidación de la deuda debía computarse el valor de la finca asignado en su tasación inicial y no solo un 50 por 100 del mismo, por lo que computado en tal forma el saldo de la deuda debía entenderse ya liquidado.

La Sección segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, ante la que el banco ejecutante presentó apelación contra el Auto del Juzgado, resuelve el recurso mediante un Auto de 17 de diciembre de 2010 en el que desestima la apelación. La Audiencia no sostiene la primera línea argumental del Auto

impugnado, pero sí la segunda. Ciertamente la ausencia de abuso del derecho y de enriquecimiento injusto en las hipótesis del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha sido confirmada de forma reiterada por el Tribunal Supremo. Así, en su sentencia de 16 de febrero de 2006 afirma que «el enriquecimiento sin causa no puede ser aplicado a supuestos previstos y regulados por las leyes, pues entre otras razones, no está a disposición del juzgador corregir, en razón de su personal estimación sobre lo que sea justo en cada caso, las resultas de la aplicación de las normas... En el caso de adjudicaciones realizadas en pública subasta en el curso de procedimientos de realización de garantías tramitados al amparo del hoy derogado artículo 131 de la Ley Hipotecaria, la jurisprudencia ha considerado que... no puede existir enriquecimiento injusto por el hecho de que la adjudicación se haya producido a favor del acreedor por un precio inferior al de tasación, supuesto que en el proceso se hayan seguido los trámites legalmente previstos y se haya aprobado judicialmente el remate». Más adelante, reiterando otros pronunciamientos anteriores del mismo Tribunal (cfr. sentencias de 15 de noviembre de 1990, 18 de noviembre de 2005), excluye la existencia del enriquecimiento injusto incluso cuando la divergencia entre el precio de tasación y el de adjudicación sea notable, «ni siquiera en un supuesto en que se reconoció que el precio del remate a favor de la entidad concedente fue irrisorio y absolutamente desproporcionado» (cfr. sentencia de 8 de julio de 2003). Veremos, sin embargo, cómo desde una óptica de *lege ferenda*, este tema admite otras consideraciones, que en todo caso han de ser muy meditadas en orden a la trascendencia de los intereses en juego.

Igualmente excluye el Tribunal Supremo la existencia de abuso del derecho en estos casos cuando el acreedor pretende el cobro de la parte de la deuda no satisfecha en la ejecución hipotecaria, afirmando la sentencia de 25 de septiembre de 2008 que «Tampoco puede afirmarse que actúe el acreedor con manifiesto abuso de derecho si exige al deudor el importe que resta del crédito por el que ejecutó, cuando en el proceso de ejecución no ha conseguido la cantidad suficiente para la satisfacción total de aquel. Ello solo puede suceder si se ha pactado al amparo del artículo 140 de la Ley Hipotecaria la responsabilidad limitada, que es una excepción a lo que dispone el artículo 105 de la misma Ley y que concreta la responsabilidad del deudor al importe de los bienes hipotecados... El pacto permitido por el artículo 140 de la Ley Hipotecaria no se concertó en la escritura de préstamo hipotecario convenida entre demandante y demandados... Así las cosas, no puede tacharse de conducta abusiva la del acreedor que usa en defensa de sus derechos las facultades que le concede la ley, concretada en la reclamación de la diferencia entre el total de su crédito por el que ejecutó y el importe por el que se adjudicó en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria los bienes gravados».

La segunda línea argumental del Juzgador de Instancia, esta sí respaldada por la Audiencia, consiste en afirmar que el valor real de la finca adjudicada no

es inferior a la deuda, pues el propio banco tasó la finca en la cantidad que a tal efecto se indicó en la escritura de constitución, que era superior al principal de préstamo, por lo que cualquiera que haya sido el resultado de la subasta el valor de la finca sí cubre el capital del préstamo. La Audiencia confirma este criterio a pesar de que el banco aportó una nueva tasación de la finca que vendría a confirmar el valor de adjudicación, ya que dicha nueva tasación aportada a los autos por el ejecutante no fue admitida, sin que el ejecutante recurriera el auto por el que se inadmitía dicha prueba.

Sin embargo, esta línea argumental resulta contradicha expresamente por la Sección tercera de la misma Audiencia Provincial de Navarra en Auto de 28 de enero de 2011, dictado en grado de apelación contra otro Auto procedente del mismo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2 de Estella, en el que comienza con una reflexión sobre la sumisión del Juez a la ley, como contrapeso de su independencia, concluyendo que la actuación del Juzgado afecta al principio de seguridad jurídica por alterar el marco normativo existente. En esta línea, la Audiencia de Navarra afirma en este caso que el Auto impugnado parte del error de identificar valor de tasación con valor real de mercado cuando esto no es así, pues como consecuencia de las circunstancias económicas existentes el valor de tasación de un inmueble en un momento determinado puede o no coincidir en otro momento distinto con su valor real de mercado, «que no es sino la cantidad de dinero que en un momento preciso se esté dispuesto por alguien a pagar por él».

A este propósito es preciso recordar que por parte de algunos autores se ha puesto de manifiesto que la simplificación procedimental en las ejecuciones directas contra bienes hipotecados, incluyendo la fijación de un precio de tasación en la escritura de constitución de la hipoteca a fin de evitar el trámite de la valoración pericial antes de la subasta, no está exenta de ciertos inconvenientes, destacando que la ligereza en la determinación subjetiva del precio de subasta, en atención al carácter más o menos improbable de la ejecución, puede producir desfases en relación al valor real de la finca hipotecada, que pueden perjudicar al deudor, como por ejemplo en los supuestos de ejercicio de posibles tanteos o retractos, lo cual resulta de gran importancia no solo en relación con los intereses directos del deudor ejecutado, sino también respecto del mercado secundario por el riesgo que introduce, de posible pérdida del valor de la garantía de cobertura de la emisión de los títulos hipotecarios.

Sin embargo, y aun siendo ciertamente conveniente que la fijación del tipo se realice con la mayor seriedad y rigor posibles, lo cierto es que lo que se les pide a los interesados no es la averiguación intuitiva y precisa del valor real de la finca hipotecada, ya que precisamente se trata de eludir una valoración pericial de la misma, sino simplemente establecer un precio de salida para la subasta. Será la dinámica propia de la subasta la que, en principio, conduzca a la fijación del valor real a través del mecanismo de la oferta en concurrencia.

Por ello, si el tipo resultó demasiado bajo la subasta generará las elevaciones correspondientes, y si resultó demasiado alto también serán las pujas presentadas en la subasta las que lo corregirán.

Cualquier otro planteamiento es quimérico, ya que el valor de una cosa, como en el caso de los bienes inmuebles, están sujetos a oscilaciones en el tiempo, según las circunstancias del mercado en función de los parámetros generales de la economía, como los tipos de interés, la tasa de ahorro, el aumento o disminución de la población en el lugar de situación del inmueble, la rentabilidad comparativa con otras inversiones alternativas al mercado inmobiliario, etc. Y todo ello sin contar con la posibilidad de mutaciones en la situación física o jurídica de la finca durante el periodo intermedio entre la constitución de la hipoteca y su ejecución (construcciones sobre un solar, mejoras o deterioros sobre una finca ya construida, la descalificación de una vivienda de protección oficial, la extinción de un arrendamiento sobre la finca con rentas congeladas, etc). Estos factores no solo resultan posibles sino incluso probables teniendo en cuenta que los contratos u obligaciones garantizados con hipoteca inmobiliaria suelen ser de larga duración.

Esta cuestión sobre la asimilación o la distinción entre el tipo para subasta y el valor real de la finca se planteó ante el Tribunal Supremo y fue resuelta en el sentido apuntado en su sentencia de 24 de marzo de 1993, en la que tras examinar un supuesto de limitaciones urbanísticas establecidas en un Plan de Ordenación que impedían un uso edificatorio libre sobre el solar adquirido en subasta, por tratarse de suelo dotacional público, señala que «el precio de salida es inmodificable (regla 9.ª del art. 131) y sirve de base para la aprobación del remate o posibles rebajas posteriores, pero nunca es reflejo del total valor real de la cosa que será el que tenga (subjctiva u objetivamente) el día del remate para los licitadores, a cuyo efecto será el criterio del licitador el que formará la determinación de su voluntad. Las cosas hipotecadas son susceptibles de cambios, aumentos o disminuciones de valor (accesiones por edificación o planta, destrucciones, etc.). Le incumbe, pues, al licitador ver, investigar; en definitiva, informarse para concurrir a la subasta».

No obstante, con ser esto cierto, no por ello cabe renunciar a examinar la posibilidad de que, manteniendo el carácter sumario del procedimiento de ejecución hipotecaria y la necesaria agilidad y rapidez en su tramitación, determinados ajustes en la regulación procesal de la subasta de la finca hipotecada puedan favorecer su finalidad institucional, esto es, la extracción de todo su valor en cambio. El objetivo perseguido es el de lograr una suerte de alquimia jurídica consistente en la transformación de valores ilíquidos (la propiedad sobre los inmuebles) en valores líquidos (dinero) para satisfacer el crédito ejecutado, transformación que ha de realizarse de la forma más rápida y eficiente posible. Pero la eficiencia se resiente cuando la rapidez de la ejecución va en detrimento del precio que razonablemente, y en condiciones normales de mercado al tiem-

po de la ejecución, cabe esperar obtener de la finca ejecutada como su justa estimación, tema al que dedicaremos un apartado específico en este estudio. No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, en todo caso lo que no cabe sostener en términos jurídicos es que el valor de adjudicación, en caso de que la subasta quede desierta, ha de ser íntegramente el valor en que se tasó la finca en el momento inicial de la constitución de la hipoteca, pues tal afirmación, por bien intencionada que sea, carece de amparo en el Derecho vigente.

2. EL AUTO DEL JUZGADO MERCANTIL, NÚMERO 3 DE BARCELONA, DE 26 DE OCTUBRE DE 2010, DICTADO EN UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL

Guarda relación igualmente con el tema de la limitación de la responsabilidad del deudor hipotecario, el Auto del Juzgado Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, dictado en un procedimiento concursal iniciado a solicitud de un matrimonio, en el trámite de aprobación de las cuentas de la liquidación del concurso, en el que se acuerda no solo aprobar las cuentas, sino también declarar la exoneración de los concursados del pago de las deudas no satisfechas en la fase de liquidación.

Los concursados habían presentado propuesta de convenio ofreciendo una quita del 60 por 100 y una espera de cinco años. La junta de acreedores no pudo celebrarse por falta de *quórum*, abriéndose a continuación la fase de liquidación. El administrador concursal realizó las operaciones liquidatorias mediante la venta de la vivienda de los concursados, pagando con su producto la totalidad del crédito privilegiado, todo el crédito contra la masa y el 45 por 100 del crédito ordinario. Los concursados eran pensionistas sin otros bienes realizables, pues su pensión, por razón de su importe, se destina casi exclusivamente al pago de los alimentos que les corresponden con cargo a la masa del concurso.

No existían otros bienes realizables, ni procedía el ejercicio de acciones de reintegración, y el concurso fue calificado de fortuito. Por ello procedería conforme al artículo 176.1.4 de la Ley Concursal la conclusión del concurso. Pero para tal caso el artículo 178.2 de la misma Ley dispone que «el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes» y que «los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare un nuevo concurso», precepto que no es sino el trasunto en el ámbito concursal del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil. Sin embargo, esta regulación genera la paradoja de que el concurso concluye sin que se haya superado la causa del mismo —la insolvencia del concursado persona física—. Por ello para evitar las nuevas ejecuciones singulares de los acreedores habrá de solicitarse un nuevo concurso (a fin de obtener la suspensión del devengo de nuevos intereses, la subordinación de estos, y el cierre de las vías de apremio). Pero esta reapertura

debería ir seguida de una nueva declaración de conclusión por falta de activos en el patrimonio del concursado, dando lugar a un círculo vicioso y sin fin. Frente a ello la única alternativa sería la de prorrogar la fase de liquidación más allá del plazo de un año, conforme al artículo 153 de la Ley. Pero la única renta que se podría destinar al pago de la deuda es el importe de la pensión de los concursados (escasamente superior en el caso concreto del Auto comentado al importe del salario mínimo interprofesional), dado que el artículo 145.2 de la Ley Concursal dispone que la apertura de la liquidación producirá la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa.

Pero el Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, entiende que dicho precepto se ha de poner en relación con el artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto garantiza un mínimo de bienes inembargables (incluido el importe de las pensiones equivalentes al salario mínimo interprofesional), por lo que sostiene que la posibilidad de iniciar nuevas ejecuciones posteriores al concurso por parte de los acreedores insatisfechos debe referirse exclusivamente no a los créditos concursales, sino a los postconcursoales —créditos contra la masa desatendidos—, cancelando así todo el crédito concursal no satisfecho con la masa activa del concurso.

El auto concluye con una reflexión de *lege ferenda* sobre la necesidad de dar salida a las situaciones de sobreendeudamiento de particulares de buena fe, evitando su exclusión social, en línea con las intenciones de la Comisión europea en esta materia, por la que viene abogando desde la aprobación del Libro Blanco sobre la integración de los mercados hipotecarios primario y secundario en Europa de 2007.

3. EL AUTO DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA, NÚMERO 2 DE SABADELL, DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2010

El tercer pronunciamiento judicial al que nos referimos es el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Sabadell, de 30 de septiembre de 2010. En este caso se había dictado Auto despachando ejecución hipotecaria contra el deudor, el cual se opuso alegando pluspetición y nulidad por la existencia de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo. Ante la imposibilidad de entrar en la valoración de estas causas de oposición por razón de las limitaciones que a la contradicción entre las partes establece la Ley de Enjuiciamiento Civil en sede del procedimiento de ejecución directa contra bienes hipotecados, más allá de las tasadas causas previstas en el artículo 695, que las limita a la acreditación de la extinción de la obligación garantizada o de la hipoteca y al error en la determinación del saldo de la cuenta garantizada, el Juez de la ejecución acuerda plantear al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad respecto de los artículos 695, 698 y 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en

relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del ejecutado hipotecario (cfr. art. 24 de la Constitución), el derecho a una vivienda digna (cfr. art. 47) y el principio de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos (cfr. art. 9.3 de la Constitución). Y en consecuencia, suspende provisionalmente las actuaciones de ejecución hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie.

Pues bien, el artículo 129 de la Ley Hipotecaria establece que la acción hipotecaria puede ejercitarse directamente contra los mismos bienes gravados, de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. Como se desprende del citado precepto, se trata de un procedimiento de pura actuación procesal del derecho de hipoteca (vid. PEÑA, ROCA-SASTRE, etc.), en el que la acción hipotecaria se dirige directamente contra los mismos bienes gravados. Por ello ha podido afirmar el Tribunal Supremo (vid. sentencia de 24 de marzo de 1983), que el procedimiento judicial sumario constituye un simple proceso de ejecución dirigido a la realización del valor en cambio de la finca que carece de fase contenciosa y se atiene a los estrictos datos del Registro, por cuanto entraña una acción directa contra los bienes. E incluso en sentencia de fecha posterior (de 12 de noviembre de 1985) llega a afirmar el propio Tribunal Supremo que, teniendo en cuenta los trámites del procedimiento y principalmente la inexistencia de enfrentamiento entre las partes, dicho procedimiento no puede calificarse de juicio declarativo, ni siquiera de juicio ejecutivo, sino que constituye simplemente una vía de apremio dirigida contra los bienes hipotecados, no precedida de cognición, es decir, no hay acción personal ni previa discusión o contención.

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha asumido esta caracterización, afirmando en su sentencia de 17 de enero de 1991, en la que reitera su posición de sentencias anteriores, que «este tipo de procedimiento se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones, ya que la presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores o acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización, y que el deudor —sigue afirmando el Tribunal Constitucional— como los terceros poseedores o acreedores posteriores, más allá de la posibilidad de detener la ejecución mediante el pago, para lo que la ley establece que debe hacerse el oportuno requerimiento, apenas tienen posibilidad de contención».

Asumida tal caracterización, no debe extrañar que la ley trate de reducir al máximo la intervención del deudor, tercer poseedor y demás interesados en la ejecución, hasta el punto de que se ha llegado a afirmar que en este procedimiento no existen partes procesales, sino simples afectados. Ello tiene por objeto acelerar el curso del procedimiento evitando dilaciones indebidas e impidiendo que el procedimiento se vea suspendido, salvo los taxativos supuestos establecidos legalmente, es decir, en los casos de querrela por falsedad de los títulos

hipotecarios, tercería de dominio basada en título inscrito, cancelación de la hipoteca en el Registro o diferencia entre deudor y acreedor en la fijación del saldo de la cuenta corriente garantizada con la hipoteca.

Pues bien, esta sumariedad del procedimiento que impide ventilar en su seno las controversias que puedan surgir entre el acreedor y los restantes afectados por la ejecución por causas distintas de las tasadas legalmente había dado ya lugar (con anterioridad a la cuestión de inconstitucionalidad ahora comentada) a la presentación de diversos recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando la vulneración del derecho de tutela judicial efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos consagrado por el artículo 24, número 1, de la Constitución Española, por razones sustancialmente coincidentes con la argumentación empleada en el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Sabadell, de 30 de septiembre de 2010.

Sin embargo, tales recursos de amparo fueron reiteradamente rechazados por el Tribunal Constitucional desde su sentencia de 18 de diciembre de 1981 (posteriormente confirmada por las de 17 de mayo de 1985 y 30 de junio de 1993), en base a un doble argumento, que confluyen en un fundamento común. En primer término, por considerar que la limitación de las causas de suspensión no empecen, sin embargo, la posibilidad de que todas las reclamaciones que puedan formular el deudor, terceros poseedores y restantes interesados se puedan ventilar en el procedimiento declarativo ordinario que corresponda. En segundo lugar, la limitación de controversia y demás particularidades de este procedimiento no vulneran el derecho de defensa consagrado por el artículo 24 de la Constitución Española, al carecer la resolución que pone fin a dicho procedimiento de los efectos propios de cosa juzgada material, dejando pues la puerta abierta para obtener la referida tutela en juicio declarativo ordinario, donde se podrán residenciar cuantas pretensiones se estimen oportunas con plenitud de cognición, controversia y de garantías procesales.

Por otra parte, no debe olvidarse que la ejecución directa sobre bienes hipotecados es un procedimiento de base registral, esto es, basado en la legitimación registral y en los pronunciamientos de los asientos del Registro de la Propiedad. Por tanto, el procedimiento judicial sumario se basa en la presunción de que el derecho de hipoteca es válido y pertenece a su titular, el acreedor hipotecario, en la forma que resulta del Registro, pudiéndose ejercitar su función de extracción del valor en cambio de la finca, en tanto no se pruebe en sede judicial la inexactitud del propio Registro (cfr. arts. 18 y 38 de la Ley Hipotecaria, y sentencias del Tribunal Supremo, de 24 de marzo de 1983 y de 9 de febrero de 1995).

Finalmente, hay que añadir a la argumentación del Tribunal Constitucional que la propia Ley arbitra un mecanismo cautelar para asegurar la efectividad de la sentencia que recaiga en el declarativo ordinario mediante la facultad de pedir la retención de todo o parte de la cantidad que en virtud del procedimiento

judicial de ejecución hipotecaria haya de entregarse al actor (cfr. art. 698.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El Juez titular del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Sabadell, no ignora esta jurisprudencia constitucional, pero aún así justifica la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad en base al argumento adicional de que las restricciones al régimen de oposición a la ejecución por parte del deudor se ven agravados como consecuencia de la previsión contenida en el artículo 579 de la Ley riuaria, tras su reforma de 7 de enero de 2000, al disponer que si el producto de la subasta de los bienes hipotecados fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas de la ejecución ordinaria. Esto significa que se produce una concatenación entre el procedimiento hipotecario y el ordinario sin que se le reconozca al ejecutado un nuevo trámite de oposición en el momento del tránsito de un procedimiento al otro.

Sin embargo, a la vista de la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, era ciertamente difícil que alguno de estos dos argumentos pudiera prosperar y hacer variar dicha doctrina. En cuanto a la reforma operada por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, porque en lo relativo al régimen de oposición por parte del ejecutado la nueva regulación es sustancialmente coincidente con la derogada que se contenía en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Y en cuanto al argumento de la inexistencia de un nuevo trámite de oposición en la conversión del procedimiento hipotecario en ordinario en las hipótesis del artículo 579 porque se trata de una alegación que no podía ser tomada en consideración por el Tribunal al no ser este precepto una norma de cuya validez dependiera el fallo del procedimiento pues la cuestión de inconstitucionalidad se planteó en el momento inicial de la tramitación del procedimiento hipotecario, momento en que dicho precepto no entra en juego (al margen de lo que resulta de la recién aprobada reforma en la ley de agilización procesal, a que nos referiremos después). Así lo ha confirmado recientemente, el Auto número 113/2011 de Tribunal Constitucional, de 19 de junio de 2011 que, con un voto particular, ha inadmitido a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 7223-2010, planteada por el Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Sabadell, en relación con los artículos 579, 695 y 698 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, al estimar que falta en el recurso el preceptivo juicio de relevancia constitucional respecto de los artículos 579 y 695 de la citada Ley, y por adolecer de falta notoria de fundamento respecto del artículo 698 al desconocer la previa jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional.

4. LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL DE LA DGRN

En las conclusiones a que llegamos en el apartado anterior resulta fundamental la doctrina sentada por la DGRN en sus recientes Resoluciones de 1 de octubre, 4 de noviembre y 21 de diciembre de 2010 y 11 de enero y 8 de junio de 2011, en las que aclara y confirma la competencia de los Registradores para depurar las escrituras de constitución de hipoteca de las cláusulas nulas y abusivas que pudieran contener al tiempo de calificar su validez e inscribibilidad, frente a Resoluciones anteriores que en base a una interpretación ya superada de la reforma introducida en el artículo 12 de la Ley Hipotecaria por la Ley 41/2007, habían sostenido una tesis restrictiva de dicha competencia calificadoria.

Analizado el tema de la ejecución de la hipoteca desde la perspectiva de la calificación registral de los contratos de préstamo hipotecario, la conclusión se confirma. En efecto, la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 41/1981, de 18 diciembre de 1981, dictada en recurso de amparo en el que se alegaba la inconstitucionalidad de la regulación del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria regulado a la sazón en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria entonces vigente por infracción al principio de tutela judicial efectiva, avala la constitucionalidad del citado procedimiento, como hemos dicho, en base a dos argumentos: la posibilidad de que el deudor ejecutado pueda acudir al juicio declarativo ordinario para hacer valer las causas de oposición que no puede alegar en el procedimiento de ejecución, y las garantías derivadas de la intervención del Registro, entre las que se encuentra obviamente la previa calificación de los títulos inscribibles. Dice en concreto la sentencia que: *«Característica común de los procedimientos cuestionados es la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones. La presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores o de acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización. El deudor tiene unas posibilidades de contención muy limitadas. Puede detener la ejecución mediante el pago... mas fuera de esa posibilidad el demandado tiene muy contadas posibilidades. Frente a las once excepciones que permite el artículo 1464 LEC para el juicio ejecutivo ordinario, la LH preceptúa que las reclamaciones que pueda formular el deudor, los terceros poseedores y los demás interesados, incluidas las que versen sobre la nulidad del título o de las actuaciones o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, “se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda”. ...En el procedimiento de ejecución hipotecaria se limita extraordinariamente la contradicción procesal, pero ello no significa que se produzca indefensión. Hay que reconocer, con la doctrina, que en el procedimiento debatido falta la controversia entre las partes. En puridad, es un proceso de ejecución. Más en concreto, es un procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cog-*

nición. ... La ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento. No se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo. ... 7. La hipoteca voluntaria ... se inscribe en el Registro, con una inscripción que tiene valor constitutivo. El nacimiento de la hipoteca se halla así sometido a la voluntad del constituyente en la fase anterior al Registro y en la propiamente registral. Este dato permite sostener que la contradicción en el sentido amplio del término, y la defensa frente a las pretensiones del acreedor, no solamente están garantizadas por el declarativo ordinario, sino que lo están también, durante la vida de la hipoteca, por lo que se puede llamar procedimiento registral que permite al deudor oponerse a la inscripción o instar la cancelación de la hipoteca cuando concurren los requisitos para ello. Así, la favorecida posición del acreedor está compensada con las garantías registrales que la ley concede al deudor para incidir en el nacimiento, subsistencia y extinción del título».

Resulta evidente que si se pretendiese la ejecución de una hipoteca en base a una causa de vencimiento anticipado pactado en una cláusula que no hubiera podido ser calificada registralmente al tiempo de su inscripción, ni siquiera en caso de ser contraria a norma imperativa o prohibitiva, se produciría un dilema desde el punto de vista de la constitucionalidad del procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, pues decaerían las garantías registrales a que se refiere la transcrita sentencia 41/1981, de 18 diciembre de 1981, del Tribunal Constitucional, dilema que desaparece desde el momento en que la constitución de la hipoteca se subordina a su inscripción registral (cfr. art. 1875 del CC) y, a su vez, la inscripción se subordina a la previa calificación registral de su validez (cfr. art. 18 de la LH).

En definitiva, la sumariedad del procedimiento y la ausencia de contradicción se justifican en buena medida por el hecho de que se trata de un procedimiento de base registral, esto es, basado en los pronunciamientos de los asientos del Registro de la Propiedad y en la legitimación registral, legitimación que, a su vez, requiere previa calificación. Por tanto, el procedimiento de ejecución hipotecaria directa se basa en la presunción de que el derecho de hipoteca pertenece a su titular —el acreedor hipotecario— en la forma que resulta del Registro, pudiéndose ejercitar su función de extracción del valor en cambio de la finca, en tanto no se pruebe en sede judicial la inexactitud del propio Registro (cfr. sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1983 y de 9 de febrero de 1995). Situación que no solo no cambia la Ley 41/2007, sino que se reafirma con la nueva redacción que dio al artículo 130 de la Ley Hipotecaria, con arreglo a la cual: *«El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados solo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo»*. De forma que no solo las cifras de responsabilidad hipotecaria, sino también los sujetos activo y pasivo de la acción procesal, y los restantes

pactos (de ejecución, de vencimiento anticipado, sobre cláusulas financieras, sobre posibles alteraciones del rango, etc.) deberán tomarse en consideración en la ejecución en la medida en que previamente se hayan hecho constar en título público, pero solo en la forma y con la extensión que el mismo se haya inscrito en el Registro de la Propiedad (por tanto, sin posibilidad de ejecutar sobre la base de las cláusulas que no hayan pasado el filtro de legalidad de la calificación registral).

En definitiva, del mismo modo que la inscripción de la hipoteca tiene efectos constitutivos (cfr. arts. 1875 del CC y 145 de la LH), y si la hipoteca no se inscribe no produce efectos frente a terceros, igualmente la causa de vencimiento anticipado que no se inscribe no sirve de base para el procedimiento de ejecución hipotecaria (cfr. art. 130 de la LH). Por ello resulta impensable permitir el acceso indiscriminado al Registro de causas de vencimiento anticipado contrarias a normas imperativas o prohibitivas, o incluso declaradas nulas por los Tribunales, y dotarlas con ello de eficacia *erga omnes*. Si las causas de vencimiento anticipado producen efectos frente a terceros a partir de su inscripción, entonces hay que calificarlas permitiendo o denegando según el caso el acceso al Registro de las mismas (cfr. art. 12.2 de la LH).

El procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados prevé un mecanismo cautelar para asegurar la efectividad de la sentencia que recaiga en el declarativo ordinario al que se lleve la causa de oposición que no se pueda hacer valer en el ejecutivo mediante la facultad de pedir la retención de todo o parte de la cantidad que en virtud del procedimiento de ejecución directa haya de entregarse al acreedor (cfr. art. 698.2 de la LEC). Entre las reclamaciones a que se refiere este precepto se incluyen las relativas a la «*nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda*», y la retención la ha de acordar el Tribunal mediante providencia, «*si estima bastantes las razones que se aleguen*». Además, de esta reclamación se podrá tomar anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad, anotación que no se cancelará en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133 de la Ley Hipotecaria en caso de ser anterior a la nota marginal de expedición de certificación de cargas (cfr. art. 131 de la LH).

Es indudable que la efectividad del procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, y con ella el propio dinamismo del mercado hipotecario, puede verse dañada en caso de que tales retenciones y anotaciones preventivas de demanda proliferasen, peligro que evidentemente se incrementa en caso de que las cláusulas objeto de discusión en sede judicial no gocen de la presunción de legalidad de que las inviste la previa calificación registral. Tanto la retención como la anotación preventiva de demanda citada constituyen medidas cautelares que solo puede acordar el Tribunal cuando, en base a la documentación y alegaciones aportadas por el solicitante, aquel pueda fundar un *juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión*

(*bonus fumus iuris*), conforme al artículo 728.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Requisito que será mucho más difícil que se cumpla si las cláusulas debatidas han sido calificadas registralmente de forma favorable con carácter previo a su inscripción.

Por otra parte, el Derecho Comunitario europeo sobre protección de los consumidores y usuarios tampoco admite una interpretación que difiera esta protección a las instancias judiciales, o reduciendo a la esfera judicial dicha protección. Así resulta con toda claridad de la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 4 de junio de 2009 (asunto C-243/08). En efecto, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores —incorporada a nuestro Derecho en la actualidad a través del Real Decreto-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios—, dispone que: «*Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas*». El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve mediante la sentencia citada una cuestión prejudicial cuyo objeto era dilucidar si puede interpretarse dicho precepto en el sentido de que la no vinculación del consumidor a una cláusula abusiva establecida por un profesional no opera *ipso iure*, sino únicamente en el supuesto de que el consumidor impugne judicialmente con éxito dicha cláusula abusiva mediante demanda presentada al efecto. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo resuelve la citada cuestión declarando que «*el artículo 6, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquel haya impugnado previamente con éxito tal cláusula*». Ratifica y precisa en los citados términos su criterio ya expresado en su previa sentencia de 21 de noviembre de 2002, Cofidis (C-473/00), en la que declaró que la protección que la Directiva confiere a los consumidores se extiende a aquellos supuestos en los que el consumidor que haya celebrado con un profesional un contrato en el que figure una cláusula abusiva no invoque el carácter abusivo de la citada cláusula bien porque ignore sus derechos, bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos; y en la sentencia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores (C-240/98), en la que subrayó que queda excluido que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva pueda interpretarse en el sentido de que el consumidor únicamente puede considerar que no está vinculado por una cláusula contractual abusiva si ha presentado una demanda explícita en tal sentido. En el mismo sentido se había pronunciado también la sentencia de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro (C-168/05).

Estos pronunciamientos excluyen, pues, cualquier interpretación que pretenda afirmar que la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas que sanciona el artículo 83.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, requiera de una previa declaración judicial. La nulidad de pleno derecho actúa *ope legis* o por ministerio de la ley y, en consecuencia, las cláusulas afectadas por tal nulidad han de tenerse *por no puestas* también en el ámbito extrajudicial y, en concreto, en el registral. Como ya dijera el profesor DE CASTRO, la nulidad de pleno derecho de los actos y contratos contrarios a las leyes significa que no es precisa declaración judicial previa y es obligación de todos los funcionarios públicos negarles su cooperación³. Por ello, la nulidad que declara el artículo 83 del Real Decreto-Legislativo 1/2007 respecto de las condiciones generales abusivas, la declara la propia ley, y no es preciso que para *tenerlas por no puestas* los funcionarios que aplican la ley, y entre ellos los Registradores, hayan de esperar a su declaración judicial, especialmente cuando se trata de algunas de las cláusulas incluidas en la llamada doctrinalmente «lista negra», bien por vincular el contrato a la voluntad del predisponente, bien por limitar los derechos básicos del consumidor, bien por su falta de reciprocidad o por cualquiera otra de las causas que aparecen expresamente enunciadas en los artículos 85 y siguientes del citado Texto Refundido. Y menos aún tolera dicha jurisprudencia comunitaria que pueda entenderse que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, en su actual redacción, ha venido a derogar el artículo 84 del citado Real Decreto Legislativo 1/2007, cuando ordena a «*Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación*».

La Ley 41/2007 no debe entenderse como derogatoria de estas disposiciones de protección al consumidor, entre otras razones, porque supondría una violación del Derecho de la Unión Europea, como hemos visto, y segundo, porque sería contradictorio con la propia finalidad de la citada Ley enunciada en su preámbulo, conforme al cual la Ley pretende, entre otras cosas, la modernización del régimen de protección de los prestatarios, mediante la búsqueda de una transparencia más efectiva, y garantizar la convergencia en esta materia con la Unión Europea.

En definitiva, el artículo 18 de la Ley Hipotecaria impone con carácter general un control de legalidad que obliga a denegar la inscripción de los pactos que sean nulos y las cláusulas abusivas lo son de pleno derecho, sin necesidad de ninguna sentencia. El propio legislador ha reafirmado esta idea

³ DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, 1949, I, pág. 539.

mediante la Ley 2/2009, de 31 de marzo, dentro de su ámbito material de aplicación. En concreto, su artículo 18.1 reconoce de forma expresa que: *«En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los Notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley. Del mismo modo, los Registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley»*.

En este sentido, son concluyentes los pronunciamientos contenidos en las Resoluciones de la DGRN, de 1 de octubre, 4 de noviembre y 21 de diciembre de 2010 y 11 de enero de 2011, con los que viene a coincidir plenamente la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 1 de abril de 2011, que anula la Resolución de la DGRN, de 24 de julio de 2008 (que fue una de las primeras que recogió aquella interpretación del art. 12 de la LH, que limitaba drásticamente la calificación registral e introducía la llamada publicidad noticia, ajena a nuestro sistema hipotecario), en la que afirma que *«resulta evidente que el párrafo segundo del artículo 12 de la Ley Hipotecaria no puede determinar la exclusión de la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado si las mismas poseen trascendencia real, pues su inscripción en el Registro de la Propiedad determina su integración en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, gozando de la presunción de validez y exactitud de los asientos del registro, por lo que han de ser calificadas por quien dota al asiento de tal presunción ... “para que accedan al Registro cláusulas que van a participar de los efectos legitimadores y de fe pública, resulta imprescindible que se actúen los filtros de legalidad sancionados por el legislador y con carácter inexcusable, el control de legalidad, dada la autonomía e independencia que conlleva tal función, siendo decisivo el argumento que proporciona la Sala Primera del Tribunal Supremo” (se refiere a su sentencia de 16 de diciembre de 2009), y que recogen las Resoluciones DGRN al reconocer el papel decisivo del Registrador en presencia de una cláusula abusiva, al confirmar la entidad propia de la actividad registral respecto de la judicial y diferenciar entre nulidad y no inscribibilidad de una cláusula»*.

Por ello, si bien no puede negarse que, como afirma el auto del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Sabadell, de 30 de septiembre de 2010, *«atendiendo al desenvolvimiento efectivo del sector hipotecario inmobiliario, seguramente se ha llegado a un momento en el que puede afirmarse, sin temor a faltar al rigor, que en el mismo los contratos principales (escrituras de venta y de préstamos hipotecarios) no son efectivamente negociados entre las partes sino en su mayor parte predispuestos por la entidad prestadora del dinero, lo que puede explicar precisamente los habituales desequilibrios y abusos que re-*

cogen, como se desprende de la ya indicada STS de 16 de diciembre de 2009», sin embargo prescinde la resolución judicial en este punto de los mecanismos desplegados por el Derecho, y en concreto por la legislación sobre protección de los consumidores, también en el ámbito extrajudicial frente al carácter pre-dispuesto y abusivo de algunas cláusulas de los contratos de préstamos hipotecarios. En particular, al señalar que: «Todo ello con independencia de que se haya producido una intervención subsiguiente del notario o del registrador», sin extraer ninguna consecuencia de tal intervención registral, omisión que explica en buena parte las conclusiones a las que llega.

IV. MODIFICACIONES LEGALES FRENTE A LOS RIESGOS DE INSOLVENCIA HIPOTECARIA. REFORMAS APROBADAS EN EL PERIODO 2007-2011

Según resulta de lo anteriormente señalado, las decisiones judiciales analizadas parecen más voluntaristas que sólidamente fundamentadas, sin perjuicio del esfuerzo argumentativo desplegado por las dos últimas reseñadas, y de la búsqueda de soluciones de equidad que claramente las anima. Pero esas mismas decisiones u otras similares podrían generar inseguridad jurídica en un sector de la actividad (el mercado del crédito) extraordinariamente sensible al valor de la confianza y de la certeza y estabilidad de las normas y de los derechos adquiridos. Ahora bien, ello no quiere decir que el Ordenamiento deba caer en el inmovilismo y resignarse a que el interés general (incluyendo el de todos aquellos que esperan obtener un crédito como vía para acceder a una vivienda) esté enfrentado de forma irreconciliable al de quienes sufren situaciones personales de insolvencia que les aboca a procesos de ejecución y lanzamiento ulterior de su vivienda. Ciertamente no hay soluciones mágicas, pero también es cierto que la calidad regulatoria puede resultar determinante para la solución de problemas aparentemente insolubles. Repasaremos a continuación algunas de las reformas que en este orden se han aprobado ya, y otras que a modo de propuestas para el debate sugeriremos con la misma intención de hacer compatibles los objetivos del fortalecimiento del mercado hipotecario (primario y secundario) y la protección de las personas en situación de sobreendeudamiento y riesgo de insolvencia.

Desde el inicio de la crisis se han ido produciendo diversas reformas encaminadas a paliar sus efectos, de resultado desigual, que exponemos siguiendo un criterio de ordenación cronológica.

- A) LA LEY 41/2007, DE 7 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY 2/1981, DE 25 DE MARZO, DE REGULACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO Y OTRAS NORMAS DEL SISTEMA HIPOTECARIO Y FINANCIERO, DE REGULACIÓN DE LAS HIPOTECAS INVERSAS Y EL SEGURO DE DEPENDENCIA Y POR LA QUE SE ESTABLECE DETERMINADA NORMA TRIBUTARIA

Esta Ley introdujo dos tipos de medidas en relación con las situaciones de insolvencia sobrevenida de los deudores hipotecarios:

a) *En primer lugar, la modificación del artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios.* Se trata de una reforma fundamental dirigida a evitar la insolvencia del deudor por medio de la reestructuración de la deuda a través de la novación de las condiciones financieras del préstamo, que pueden consistir básicamente en dos tipos de medidas: bien en la ampliación del plazo de amortización, bien en la introducción de periodos intermedios de carencia de la amortización del capital. En ambos casos disminuye el importe de la cuota hipotecaria periódica, al suspender la amortización o prorratearla entre un mayor número de mensualidades. La novedad consiste básicamente en el reconocimiento expreso del carácter meramente modificativo de la novación, por lo que la hipoteca novada en tales condiciones conserva su rango hipotecario inicial, para lo que se modificó el artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo. Igualmente se previó la posibilidad de modificar con el mismo carácter (novación modificativa y no extintiva) la modalidad del tipo de interés del préstamo, en la idea de reequilibrar el contenido de las carteras hipotecarias, en las que predominaba de forma excesiva los préstamos a interés variable, según vimos, aunque es preciso reconocer que este objetivo no se ha logrado, ya que el desequilibrio a favor de los préstamos a interés variable no solo no se ha corregido sino que incluso ha aumentado llegando al inédito porcentaje del 99,1 por 100 sobre el total.

Finalmente se preveía también en esta reforma la posibilidad de ampliar el capital del préstamo, sin alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, siempre que no altere la cifra de responsabilidad hipotecaria, pero esta posibilidad se limita por la disposición transitoria (apartado 3) de la Ley 41/2007 a las hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de dicha Ley. Se trataba con ello de introducir en España la figura de la denominada doctrinalmente «recarga» de la hipoteca, sobre la que se generó una viva polémica, entendiendo sus detractores que ello supone convertir un sistema hipotecario de «crédito privilegiado» (el vigente hasta entonces) en otro sustancialmente distinto de «acreedor privilegiado», con quebranto de las normas sobre concurrencia y prelación de créditos, y convirtiendo la hipoteca en una suerte de reserva de rango a favor de cualquier crédito de su titular frente al deudor.

Algunas voces han criticado la limitación de dicho régimen transitorio por entender que excluye de la posibilidad de acogerse a esta medida de reestructuración de la deuda precisamente a los deudores que más lo necesitan, esto es, lo que contrataron las hipotecas en los años inmediatamente anteriores a la Ley de 2007.

Sin embargo, como hemos visto, la única novación que excluye la disposición transitoria de la Ley respecto de los préstamos anteriores es la consistente en la ampliación del capital del préstamo, limitación que, a pesar de la crítica, resulta lógica teniendo en cuenta, por un lado, que si la insolvencia sobrevinida tiene su origen en una situación de sobreendeudamiento no parece muy coherente tratar de resolverla sobre la base de un mayor endeudamiento. Y si lo que se pretende es la agrupación del préstamo hipotecario con otros créditos distintos ya contraídos del mismo acreedor (a fin de que estos últimos se beneficien del tipo reducido de los hipotecarios) ello no puede hacerse con perjuicio de los acreedores con derecho inscrito o anotado sobre la finca en el momento de formalizarse la ampliación, pues iría en contra de los principios de prioridad, inoponibilidad y legitimación registral (cfr. arts. 17, 32 y 144 de la LH), y también en contra de las normas sobre prelación de créditos (cfr. arts. 1926 a 1929 del CC), generando incertidumbre en la contratación inmobiliaria por falta de certeza en el importe real de las cargas hipotecarias. Por el contrario, las novaciones consistentes en ampliaciones de plazo o en la introducción de periodos de carencia (que son las medidas realmente eficaces en las situaciones de sobreendeudamiento) no se ven afectadas por la disposición transitoria y se pueden pactar también en relación con las hipotecas constituidas antes de la entrada en vigor de la Ley 41/2007, sin entrar en colisión con otros acreedores posteriores con derecho inscrito o anotado.

b) *En segundo lugar, la modificación del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.* La segunda medida tenía un carácter más paliativo que preventivo, y consistía en modificar el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para permitir la rehabilitación del préstamo hipotecario que hubiera vencido anticipadamente por el impago de alguna cuota mediante el abono de la misma cuando se trate de la vivienda habitual. La reforma consistió en permitir que esta facultad de liberar la finca hipotecada de la ejecución mediante el pago de la parte del principal y de los intereses vencidos —que en los casos de la vivienda habitual no requiere el consentimiento del acreedor— pueda ser ejercitada en segunda o ulteriores ocasiones siempre que medie un plazo de, al menos, cinco años entre la liberación anterior y el nuevo requerimiento de pago por el acreedor. Es cierto que este plazo puede resultar excesivo en el contexto económico actual, por lo que cabría plantear un acortamiento sustancial del mismo para ajustarlo a la dureza del ciclo económico presente, sujeto al requisito de la viabilidad de los pagos regulares a partir de la segunda liberación, a fin de hacer compatible la rehabilitación del préstamo por el deudor con la certeza de la garantía del acreedor.

B) EL REAL DECRETO 1975/2008, DE 28 DE NOVIEMBRE, SOBRE MEDIDAS URGENTES A ADOPTAR EN MATERIA ECONÓMICA, FISCAL, DE EMPLEO Y ACCESO A LA VIVIENDA

Este Real Decreto aprueba una moratoria temporal y parcial en el pago de los préstamos hipotecarios a favor de personas desempleadas y autónomos. Se ha de tratar de préstamos hipotecarios concertados con anterioridad al 1 de septiembre de 2008, por importe inferior a 170.000 euros y exclusivamente para la adquisición de vivienda habitual (cfr. art. 3). Pueden acogerse a la medida los trabajadores en situación legal de desempleo con derecho a prestación, los trabajadores autónomos que hayan cesado en su actividad económica durante un periodo mínimo de tres meses o que acrediten ingresos inferiores a tres veces el importe mensual del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples, y los pensionistas de viudedad por fallecimiento ocurrido una vez concertado el préstamo hipotecario y, en todo caso, en fecha posterior al 1 de septiembre de 2008 (cfr. art. 5).

Los beneficios concedidos consisten en medidas de apoyo financiero que cubrirán un máximo del 50 por 100 del importe de las cuotas mensuales que se devenguen por el préstamo entre el 1 de marzo de 2009 y el 28 de febrero de 2011, con un límite máximo de 500 euros mensuales. Estas cantidades no se condonan, sino que se aplazan y deberán ser compensadas a partir del 1 de marzo de 2012 mediante su prorrateo entre las mensualidades que resten para la satisfacción total del préstamo con un límite de quince años. Esta última fecha de inicio del periodo de prorrateo quedó fijada mediante el Real Decreto 97/2009, de 6 de febrero, que la aplazó un año a la vista de la evolución económica del país y el alargamiento de la crisis. A fin de financiar este aplazamiento se prevé que el Instituto de Crédito Oficial concierte los correspondientes Convenios con las entidades de crédito (art. 7).

Es indudable que esta medida supone un alivio sustancial en el esfuerzo de amortización de las hipotecas que realizan las familias españolas que, cabe imaginar, ha evitado numerosas ejecuciones hipotecarias⁴ (si bien no disponemos de datos estadísticos que permitan medir el alcance práctico de esta medida).

⁴ También en 2008 se firma un Acuerdo entre el Ministro de Economía y Hacienda y los Presidentes de los Colegios de Registradores y Notarios para permitir la ampliación gratuita del plazo de los préstamos hipotecarios.

- C) LA LEY 2/2009, DE 31 DE MARZO, POR LA QUE SE REGULA LA CONTRATACIÓN CON LOS CONSUMIDORES DE PRÉSTAMOS O CRÉDITOS HIPOTECARIOS Y DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE PRÉSTAMO O CRÉDITO

Se trata de una Ley que tiene por objeto proteger al consumidor frente a prácticas abusivas de los intermediarios financieros en la contratación de préstamos hipotecarios con consumidores, fijando criterios de transparencia financiera, y de control de su validez (cfr. art. 18.1).

- D) EL REAL DECRETO-LEY 6/2010, DE 9 DE ABRIL, DE MEDIDAS PARA EL IMPULSO DE LA RECUPERACIÓN ECONÓMICA Y EL EMPLEO

Este Real Decreto-ley modifica el artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ampliando los límites de inembargabilidad de los bienes en atención a la situación de cargas familiares del ejecutado. Recientemente los umbrales mínimos de inembargabilidad han sido nuevamente elevados en virtud del artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, conforme al cual: *«En el caso de que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado, en la ejecución forzosa posterior basada en la misma deuda, la cantidad inembargable establecida en el artículo 607.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se incrementará en un 50 por 100 y además en otro 30 por 100 del salario mínimo interprofesional por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al salario mínimo interprofesional. A estos efectos, se entiende por núcleo familiar, el cónyuge o pareja de hecho, los ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado. Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional y, en su caso, a las cuantías que resulten de aplicar la regla para la protección del núcleo familiar prevista en el apartado anterior, se embargarán conforme a la escala prevista en el artículo 607.2 de la misma Ley»*. Este precepto deroga el artículo 15 del Real Decreto-ley 6/2010, que tenía el mismo texto, pero en el que los porcentajes eran del 10 por 100 y del 20 por 100 respectivamente.

Por tanto, en los casos de ejecuciones hipotecarias contra deudores cuyos ingresos no excedan del salario mínimo interprofesional o de las cantidades que excediendo de tal límite estén por debajo de la escala variable que fija el citado

artículo 607, la responsabilidad del deudor quedará limitada en la práctica a la hipotecaria, aún cuando no se haya estipulado el pacto de limitación previsto en el artículo 140 de la Ley Hipotecaria.

E) LA LEY 2/2011, DE 4 DE MARZO, DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

Esta Ley incluye un precepto largamente esperado y demandado desde la Comisión Europea, relativo a la concesión responsable de los préstamos. En concreto dice el artículo 29 que las entidades de crédito, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, deberán cumplir estas dos obligaciones:

- 1.º Evaluar la solvencia del potencial prestatario, y ello no solo sobre la base de la información que proporcione este, sino también en base a la información de los ficheros automatizados con información sobre insolvencias; y
- 2.º facilitar al consumidor de manera accesible toda la información precontractual necesaria para evaluar si el producto financiero se adapta a sus necesidades y a su situación financiera.

Además, se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que en el plazo de seis meses apruebe las normas necesarias para garantizar un nivel adecuado de protección a los usuarios de servicios financieros, normas que se extenderán, entre otros extremos, a los siguientes:

- la relación entre los ingresos de los consumidores y los compromisos financieros que adquieran;
- la adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales; y
- la consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia.

Esta habilitación normativa concedida a la Ministra de Economía y Hacienda ha sido ya ejecutada mediante la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, del Ministerio de Economía y Hacienda, de Transparencia y Protección del Cliente de Servicios Bancarios. Es indudable que la puesta en práctica de las medidas previstas en la Ley y desarrolladas en la Orden contribuirá a evitar las situaciones de sobreendeudamiento que se han vivido durante los pasados años, como consecuencia de la presión de la oferta de créditos hipotecarios por la demanda de títulos en el mercado secundario, la falta de parámetros vinculantes

sobre solvencia en términos de capacidad de pago (relación ingresos/compromisos de pago) y la falta de independencia de las tasaciones respecto de las entidades acreedoras, lo que podría haber generado una vía de pérdida de rigor en el control de los límites del *loan to value* impuestos por la normativa del mercado secundario, de forma que en algunos casos pueden haberse producido tasaciones que incorporaban ya las expectativas de futuras revalorizaciones, en cuyo caso la situación objetiva de sobreendeudamiento no sería, al menos en parte, ajena a la responsabilidad derivada de tales excesos en la práctica de la tasación (sobretasación).

F) LEY 37/2011, DE 10 DE OCTUBRE, DE MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL

Mediante la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, entre otras cuestiones ajenas al objeto de este estudio, se pretende clarificar la relación entre la ejecución especial hipotecaria y la ordinaria, precisando la forma en que la ejecución especial, dirigida contra determinados bienes, pasa a convertirse en general u ordinaria, dirigida contra todo el patrimonio del deudor. Para ello se da nueva redacción al artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (uno de los que han sido objeto de la cuestión de inconstitucionalidad analizada *supra*), en el que se establece que: «*Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución*».

Por lo tanto, llegado el caso de la insuficiencia del valor de la finca hipotecada para el pago de lo adeudado por razón de la ejecución del préstamo hipotecario, la transición del procedimiento especial al ordinario pasa por la solicitud del despacho de la ejecución, sin entrar directamente en la fase de apremio, lo que resulta lógico dado que en el procedimiento ordinario caben excepciones y motivos de oposición que no pueden ser alegados en el hipotecario, dada la mayor fuerza ejecutiva de su título, por lo que antes de pasar al embargo habrá que dirimir dichas posibles causas de oposición esgrimibles en el ejecutivo ordinario, pero vedadas en el hipotecario, como la compensación del crédito, pluspetición, prescripción y caducidad, quita, espera o pacto o promesa de no pedir o la transacción (cfr. art. 557 de la LEC).

V. SUGERENCIA DE POSIBLES NUEVAS REFORMAS LEGALES

Muchas de las medidas y reformas que hemos enunciado anteriormente tienen por objeto prevenir o evitar que llegue a producirse la situación de impago, actuando tanto en la fase precontractual (información, estudios de solvencia previos, etc.), como en la fase de desenvolvimiento del préstamo (fundamentalmente mediante novaciones contractuales tendentes a reducir el esfuerzo de amortización). Pero a pesar de todo vemos en la práctica cómo en muchos casos —demasiados— la situación de insolvencia es inevitable. Ante esta situación también se pueden plantear medidas y reformas a fin de mejorar la posición de los afectados. La principal demanda social en este sentido es la de eliminar la responsabilidad personal de los deudores que pierden su vivienda bien por entregarla en régimen de dación en pago a los acreedores, bien por quedar sujetos a su venta forzosa en un procedimiento de ejecución, de forma que la entrega del piso suponga la liberación de la totalidad de la deuda, con independencia de si el valor del piso en tal momento cubre el importe del total de lo adeudado o no, de manera que también en este segundo caso eviten la persecución del resto de su patrimonio por la diferencia.

En mi opinión esta solución, aún siendo comprensible su planteamiento desde un punto de vista sociológico, presenta obstáculos tanto jurídicos como económicos que la hacen difícilmente viable. Pero, como veremos, cabe la posibilidad de obtener resultados prácticos similares por otras vías, maximizando la potencialidad extractiva del valor en cambio de los bienes ejecutados, por medio de ciertas modificaciones muy concretas y tasadas en la actual regulación procesal del régimen de la subasta de los bienes hipotecados, aspecto en el que pueden coincidir los intereses tanto de los deudores ejecutados como de los acreedores ejecutantes. Y ello con independencia de las imprescindibles medidas de apoyo y protección social que desde las distintas Administraciones Públicas (estatal, autonómica y municipal) deban desarrollarse para evitar situaciones de exclusión social de los afectados, en lo que es preciso insistir.

Comenzaré exponiendo las objeciones a la reforma del régimen de responsabilidad (doble garantía real y personal) actualmente vigente en nuestro Derecho y reflejado en el artículo 105 de la Ley Hipotecaria, para exponer seguidamente otras reformas alternativas a esta medida que sin perjudicar la fiabilidad y seguridad jurídica del mercado hipotecario, puede producir el mismo resultado práctico que la aludida reforma. El Derecho es más complejo de lo que en algunas ocasiones se pretende, pero que las soluciones jurídicas a los problemas puedan llegar a ser complejas no quiere decir que no existan o que no sean efectivas.

1. RAZONES PARA EL MANTENIMIENTO DEL RÉGIMEN DEL ARTÍCULO 105 DE LA LEY HIPOTECARIA

Las razones que abonan la tesis favorable al mantenimiento del régimen vigente del artículo 105 de la Ley Hipotecaria, en cuanto establece que la hipoteca no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil, serían las siguientes:

- 1.º En primer lugar, la propia incapacidad de dicha reforma para resolver las situaciones de sobreendeudamiento y de insolvencia sobrevenida respecto de los créditos hipotecarios contratados con anterioridad a su entrada en vigor, puesto que la modificación no podría tener efecto retroactivo. Y no podría tener efectos retroactivos porque lo impide la Constitución Española, ya que tal retroactividad sería contraria a su artículo 9.3, que garantiza el principio de irretroactividad de las disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales y el de seguridad jurídica⁵.
- 2.º Pero más allá de la dificultad jurídica derivada de dicho límite constitucional, están las razones económicas que alertan frente a las consecuencias de una reforma en el sentido indicado. Indudablemente el sistema de doble garantía (real o hipotecaria y personal) de nuestro derecho de hipoteca constituye un elemento favorecedor de la accesibilidad al mercado del crédito hipotecario por las familias españolas para financiar la adquisición de la propia vivienda en la medida en que incrementa la seguridad en la recuperación de los capitales invertidos y disminuye en paralelo su coste y los niveles de insolvencias (por el menor coste financiero que soportan) y de morosidad.

Los datos son en este sentido muy elocuentes:

- a) el índice de insolvencia/dudosidad de los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda se situaba en diciembre de 2010 en el 2,4 por 100, frente al crédito no hipotecario residente que estaba en el 6 por 100 (más del doble);
- b) los créditos hipotecarios a vivienda dudosos frente al total de dudosos representaba en septiembre de 2010 un 15 por 100;

⁵ En caso de no respetar este límite constitucional, se produciría el riesgo bien de una inconstitucionalidad de la norma, bien incluso un supuesto de eventual responsabilidad patrimonial del Estado legislador generando la obligación de una reparación indemnizatoria (recordemos que el principio de responsabilidad del Estado legislador fue reconocida por primera vez por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la sentencia de 19 de noviembre de 1991, asunto Francovich, y desde entonces ha sido objeto de una abundante literatura jurídica).

- c) la tasa de morosidad en Estados Unidos, en cuyo sistema legal —en concreto en once Estados— se limita la responsabilidad del deudor a la hipotecaria, se eleva en un 9,7 por 100 (según datos de la Reserva Federal);
- d) volumen de crédito en ejecución en relación con el saldo vivo en 2010:
- saldo vivo 1.084.000.000;
 - amortización: 13,5 por 100 = 145.000 millones;
 - 2,4 por 100 de 145.000 = 3.625 millones = 0,33 por 100 del saldo vivo;
 - número de ejecuciones hipotecarias: 93.622 (frente a 895.127 reclamaciones de cantidad por procedimientos monitorios);
 - importe medio de deuda en ejecución: 38.700 euros.
- e) títulos hipotecarios en circulación en el mercado secundario en diciembre de 2010: 568.000 = 52,4 por 100 del saldo vivo hipotecario.

Por tanto, la morosidad en el sector del crédito hipotecario se sitúa por debajo de la mitad del crédito no hipotecario residente en España, y representa menos de la cuarta parte de la morosidad del sector hipotecario en Estados Unidos. Además el número de ejecuciones hipotecarias representa alrededor del 10 por 100 de las reclamaciones de cantidad presentadas durante 2010 ante los tribunales españoles. En cuanto a la comparativa de tipos de interés entre los préstamos hipotecarios y los préstamos a consumo de las familias, las tasas de estos últimos llegan a triplicar a la de los primeros.

Todas estas ventajas pueden ponerse en riesgo (dificultando el acceso al crédito hipotecario y, por tanto, a la vivienda en propiedad a los nuevos demandantes que todavía no han entrado en el mercado) si se modifica el régimen legal de las garantías, máxime si se pretendiese atribuirle un efecto retroactivo. Una pérdida de confianza en la solidez del sistema hipotecario español en los mercados de refinanciación generaría una reducción de la liquidez del mercado de crédito hipotecario lo que produciría un doble efecto: menor volumen de crédito en circulación (aumentando la dificultad de acceso al crédito) y una mayor carestía del mismo por su mayor escasez. De hecho, los títulos hipotecarios emitidos (cédulas y participaciones mayoritariamente) ya se han visto fuertemente reducidos, según la siguiente secuencia: 2008: 120.423; 2009: 77.808; 2010: 63.066. Es decir, en dos años se ha reducido casi a la mitad, generando tensiones de liquidez y restricciones efectivas al crédito. En esta situación la línea de actuación correcta debe ser la de incrementar las dosis de confianza en el sistema hipotecario español y en la solidez de sus garantías, y no lo contrario.

2. RAZONES PARA REFORMAR LA REGULACIÓN DE LA DACIÓN EN PAGO Y EL RÉGIMEN DE LAS SUBASTAS HIPOTECARIAS

Como decíamos anteriormente, cabe plantear algunas reformas alternativas a la supresión del régimen de responsabilidad personal de los deudores hipotecarios. Por las razones que han quedado apuntadas no parece aconsejable, desde el punto de vista del interés general, dicha supresión, pero lo que sí se puede y debe intentar es que aquella responsabilidad personal, que en la práctica actúa como subsidiaria de la responsabilidad hipotecaria recayente sobre la propia finca hipotecada, quede en la inmensa mayoría de los casos como una responsabilidad meramente potencial, pero sin llegar a activarse. Ello creemos que es posible si se optimiza la potencialidad extractiva del valor en cambio de los bienes ejecutados, por medio de ciertas modificaciones muy concretas y tasadas en la actual regulación procesal del régimen de la subasta de los bienes hipotecados y, como vía preferente o al menos alternativa y menos traumática, mediante una adecuada regulación de las daciones en pago, lo cual puede ser muy conveniente en una coyuntura económica como la actual en la que, aunque existe una demanda estructuralmente fuerte de vivienda, y una oferta igualmente fuerte, sin embargo no se llegan a concretar las transacciones por la paralización del mercado debida en gran parte, a su vez, a la falta de crédito. Si consideramos, por un lado, que los préstamos hipotecarios destinados a servir de cobertura a las emisiones de títulos (que representan un elevado porcentaje en relación con el total) no podían exceder del 80 por 100 del valor de la finca hipotecada, a cuya financiación estaban destinados y, por otro lado, que el precio medio de la vivienda en España ha descendido durante la crisis en un porcentaje promedio inferior al 20 por 100⁶. Debemos llegar a la conclusión de que, en general, el conjunto del patrimonio inmobiliario que garantiza los créditos hipotecarios cuyos deudores se encuentran en situación de insolvencia sobrevenida es suficiente para satisfacer el importe global de las deudas garantizadas. En definitiva, de los datos apuntados cabría colegir que el activo hipotecado cubre el pasivo impagado. Por tanto, el número de los supuestos concretos en que se active la responsabilidad personal por insuficiencia de la hipotecaria cabría entenderse, *a priori*, que habría de ser estadísticamente reducidos.

Pero incluso pensando en la hipótesis extrema de que todos los créditos hipotecarios en ejecución concluyesen con subastas desiertas y con adjudicaciones por el 60 por 100 de su valor de tasación inicial, la cifra de riesgo de incurrir en exigencias de responsabilidad personal de los deudores, en términos macroeconómicos, habría que calcularla en base a los siguientes parámetros actualizados

⁶ Este dato correspondiente a la fecha de la entrega de este trabajo a la Revista (diciembre de 2011), ha quedado superado en el momento en que se corrigen las pruebas de imprenta (julio de 2012), como consecuencia de la bajada de precios experimentada entre el primer trimestre de 2011 y el primer trimestre de 2012 del 7,2 por 100.

a 2011. Aproximadamente se produce un vencimiento anual de capitales de préstamos hipotecarios de unos 145.000 millones de euros (en torno al 13,5 por 100 del total del saldo vivo), de los cuales están en situación de morosidad un 2,4 por 100, lo que supone aproximadamente unos 3.400 millones de euros. Si la ejecución hipotecaria se produjese siempre en relación con préstamos respecto de los que no se hubiera producido ninguna amortización del capital, nos encontraríamos con que las adjudicaciones de las fincas hipotecadas por el 50 por 100 de su valor cubriría en principio aproximadamente un 60 por 100 de la deuda en cuanto al capital (relación entre dicho valor y el importe del capital del préstamo calculado al máximo del 80 por 100 del *loan to value*)⁷. Pero es que no todas las ejecuciones hipotecarias se producen porque se deje de pagar el préstamo desde la primera cuota, pues ello no sería consecuencia de una insolvencia sobrevenida sino originaria (lo que hay que pensar que las prácticas bancarias mayoritariamente han evitado). El impago se produce generalmente por una situación imprevista y sobrevenida (generalmente la pérdida del empleo del deudor), por lo que aquella cifra debe ser rebajada proporcionalmente. Este razonamiento nos sitúa ante un panorama que puede ser abordado por su dimensión mediante medidas de protección social que serían mucho menos costosas que las aplicadas en protección del sistema financiero, y tan justificadas como estas.

En este sentido hay que recordar que, conforme a la Disposición Adicional única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, *«el Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente las garantizadas con hipoteca. Dicho informe incluirá la posible adopción de otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales que, a través de las oportunas iniciativas, completen la protección económica y social de consumidores y familias. A tal efecto, podrán proponerse opciones de solución extrajudicial para estos casos, sean de carácter notarial o registral, de mediación, o de otra naturaleza»*.

Entre tales medidas podría figurar la de la intervención de la Sociedad Pública de Alquiler en las subastas hipotecarias a fin de evitar que queden desiertas, presentando pujas por encima del 60 por 100 del valor de tasación, con posibilidad de rentabilizar la inversión mediante la oferta de la propia vivienda

⁷ Es cierto que con el impago de una sola cuota periódica se puede activar la cláusula de vencimiento anticipado prevista en el artículo 693, número 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero también lo es que cuando la hipoteca recae sobre la vivienda familiar (supuesto que es el que principalmente interesa en este estudio) el deudor puede liberar el bien mediante la consignación de las cantidades que por principal e intereses estuviera vencida en la fecha de la presentación de la demanda (y no las que conforme al cuadro de amortización todavía no hubieren vencido).

adjudicada en régimen de alquiler al propio ejecutado. Solución que aliviando el drama personal de quien se ve forzado al lanzamiento de su vivienda, no supone una inmisión perturbadora en la seguridad jurídica del mercado hipotecario, imprescindible para mantener su solvencia y liquidez. Pero existen otras posibles reformas legales encaminadas al mismo objetivo que pasamos a detallar.

3. NUEVA REGULACIÓN DE LA DACIÓN EN PAGO: ALQUILER *VERSUS* DESAHUCIO. LA FÓRMULA DEL *LEASING-BACK*

En los Registros de la Propiedad se viene observando un cierto aumento de las daciones en pago de deuda hipotecaria, como procedimiento alternativo a las ejecuciones judiciales de la hipoteca para la satisfacción del crédito en casos de incumplimiento o de dificultad de cumplimiento por parte del deudor del cuadro de amortización pactado, y cuando la solución no puede encontrarse por la vía de la disminución del importe de la cuota periódica a través de la novación del préstamo cuyo objeto sea ampliar el plazo de amortización o fijar un periodo de carencia transitorio.

Ciertamente la entrega del bien hipotecado objeto de la dación no produce *per se* la extinción de la totalidad de la obligación garantizada, salvo que así haya sido acordado entre deudor y acreedor, sino hasta donde alcance el valor del propio bien en los términos en que este haya sido fijado por las partes en el propio acuerdo de la dación al amparo del principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil. Esta finalidad solutoria de la dación —total o parcial en función de la correlación entre el valor de la finca y el importe de la deuda, en los términos pactados— es fundamental en este contrato, tal y como ha destacado la jurisprudencia. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de octubre de 1987, afirma que la dación en pago es un negocio de pago, por su finalidad extintiva de las obligaciones. Se trata, en definitiva, de un modo de pago o «acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que este aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular» (vid. sentencia de 28 de junio de 1993). Pero puesto que la deuda hipotecaria no se constituye como una obligación alternativa (cfr. art. 1131 del CC), es imprescindible el acuerdo de voluntades entre deudor y acreedor, tal y como autoriza *a sensu contrario* el artículo 1166.1 del Código Civil al establecer que: «El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida». Aclara este extremo el Tribunal Supremo al decir que la dación en pago se produce «cuando el acreedor accede a recibir a título de pago una prestación distinta a la que constituía el contenido de la obligación debida *aliud pro alio* con acuerdo para tener por extinguida la obligación» (cfr. sentencia de 15 de diciembre de 1989).

La dación en pago puede resultar mutuamente beneficiosa, tanto para el deudor como para el acreedor. Para este porque elude la declaración del crédito como moroso, evitando así la necesidad de provisionar los riesgos de insolvencia que supone tal circunstancia. Para el deudor la solución es también menos traumática que una venta forzosa en subasta, dada la mayor flexibilidad y amplitud de los márgenes de negociación, que pueden incluir la celebración de un contrato paralelo a la dación de arrendamiento de la finca por el deudor hipotecario, permitiéndole conservar el uso de la vivienda.

Sin embargo, la regulación actual de la materia (o más bien, habría que decir, la falta de regulación de la dación en pago de deuda hipotecaria) limita su utilidad práctica. Y no me estoy refiriendo al hecho de que el Ordenamiento jurídico no prevé la eficacia extintiva total de la deuda garantizada cualquiera que sea el valor del bien entregado (universalizando el régimen del art. 140 de la LH al limitar la responsabilidad del deudor a la finca hipotecada), o su carácter de obligación alternativa que permita dispensar del requisito del consentimiento del acreedor hipotecario, aspectos que de imponerse normativamente podrían producir efectos contraproducentes en el mercado hipotecario tanto primario como secundario y redundar en un incremento de la dificultad de acceso al crédito territorial —y por tanto a la vivienda en propiedad— en términos de una mayor escasez y coste, como antes vimos, sino a otros aspectos distintos que careciendo de semejantes secuelas podrían mejorar la posición del deudor insolvente.

En particular dos son las principales dificultades o inconvenientes de la dación frente a la ejecución hipotecaria. La primera es de carácter fiscal, al implicar una doble tributación por la doble transmisión que se produce generalmente en estos casos, dado que la finca hipotecada entra en el patrimonio del acreedor hipotecario (normalmente una entidad de crédito) no para quedarse allí sino para ser transmitido, a su vez, a un tercero. Frente a ello en el ámbito de la ejecución hipotecaria se admite a favor del ejecutante la figura de la «cesión del remate» a un tercero (adquirente final del bien), de modo que se entiende que este último *subentra* en la posición procesal del ejecutante y no en la titularidad del bien, evitándose así dicha doble imposición, pues el bien pasa directamente del ejecutado al cesionario del remate. Sería, por tanto, razonable plantear una posible reforma fiscal para reconocer una exención en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales para evitar el actual trato tributario asimétrico entre la dación y la ejecución, haciendo fiscalmente neutro dicho tratamiento, lo que contribuiría a disminuir el número de las ejecuciones hipotecarias. Actualmente la dación en pago está desincentivada fiscalmente frente a la ejecución hipotecaria por la aludida asimetría⁸.

⁸ Sin perjuicio de las competencias que en relación con este impuesto atribuye a las Comunidades Autónomas la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema

La segunda dificultad estriba en la inaplicabilidad del principio de purga de cargas posteriores a la hipoteca que garantiza la obligación extinguida mediante la dación, lo que da lugar a que los titulares de cargas de rango inferior a aquella hipoteca «mejoran de rango» respecto del propio acreedor adquirente, quedando este expuesto a la acción ejecutiva que pueda derivarse de tales cargas y constreñido por la limitación de facultades que puedan las mismas representar para el dominio de la finca si se trata de derechos reales limitados en cosa ajena. Por ello, en la práctica no se acude a la dación en pago cuando existen sobre la finca cargas o gravámenes posteriores a la hipoteca, frecuentes sin embargo en la práctica (en forma de segundas hipotecas o de anotaciones de embargos ejecutivos) en los casos de sobreendeudamiento sobrevenido. Y no solo esto, sino que incluso cuando no existen tales cargas, de forma cautelar es frecuente que en la práctica negocial se pacte una condición suspensiva de la dación para el caso de que entrase en el Registro algún título constitutivo de alguna carga preferente antes que la propia escritura de la dación, ante el temor de que las dificultades económicas del deudor hayan propiciado el ejercicio de la acción ejecutiva por parte de algún otro acreedor que se pudiese anticipar en su llegada al Registro, en forma de mandamiento de anotación preventiva de embargo.

Esta consecuencia se deriva del hecho no solo de que no está previsto normativamente el citado principio de purga de cargas posteriores en los casos de dación en pago, sino además de la circunstancia de que aun cuando la inscripción de la escritura de dación no dé lugar automáticamente a la cancelación de la inscripción de la hipoteca preferente, sin embargo el hecho de que el acreedor pase a ostentar simultáneamente la condición de titular del dominio de la finca y de la hipoteca que lo grava, genera una confusión de derechos que permite su cancelación «a solicitud de cualquier interesado», conforme al artículo 190 del Reglamento Hipotecario. Este resultado es inevitable ya que, en el plano obligacional, se produce la extinción de la obligación garantizada, lo que arrastra la consecuencia de la extinción de los derechos accesorios de garantía (como se afirma expresamente respecto de la fianza en el art. 1849 del CC). Pero incluso en el caso de que la extinción de la obligación sea meramente parcial (por darse a la finca cedida un valor inferior al importe de la deuda), la confusión o consolidación de derechos se produce en todo caso en el plano real, de forma que dada la proscripción de la hipoteca de propietario en nuestro Derecho, la garantía hipotecaria del acreedor queda abocada a su cancelación registral. De lo contrario surgiría una atípica figura de reserva o patrimonialización del rango, con la consiguiente alteración de las reglas sobre concurrencia y prelación de créditos.

de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

Para hacer frente a estos inconvenientes, y ante la dificultad de encontrar soluciones normativas para ellos, cabría aplicar dos fórmulas negociales distintas. La primera pasa por la reserva a favor del deudor de algún derecho sobre la finca, de forma que el derecho del acreedor adjudicatario sea resoluble (por ejemplo, cuando la dación en pago se sujeta a la condición resolutoria de que en determinado plazo el deudor pase a mejor fortuna o un derecho de retroventa durante determinado plazo). Recuérdese que la condición resolutoria explícita en la compraventa (y por extensión lo mismo cabe decir en el caso de la dación en pago, cuya acomodación analógica a las normas de la compraventa ha sido declarada por la jurisprudencia: vid., v.gr., sentencias del Tribunal Supremo, de 14 de septiembre de 1987 y 19 de octubre de 1992) genera a favor del vendedor una titularidad preventiva sobre el dominio del bien transmitido que en la doctrina ha sido calificado, en sentido amplio —en la medida en que el derecho subjetivo incluye las titularidades preventivas—, de derecho real de garantía (situación de *poder* sobre la cosa transmitida). Fórmula que se puede combinar, además, con un arrendamiento de la finca a favor del propio deudor. En estos casos la consolidación entre dominio e hipoteca no operaría en términos de cancelación registral de esta última por confusión de derechos, según se desprende de las antiguas Resoluciones de la DGRN, de 29 de octubre de 1912 y 19 de noviembre de 1947. Así en la primera se aclara que «no existe oscuridad en la estipulación de que el acreedor deje sin cancelar la hipoteca constituida sobre la finca objeto de la venta en tanto subsista el plazo para retraer, pues aún admitiendo que la cosa comprada hace deudora, en cierto modo, a la misma persona acreedora, no procede afirmar en absoluto que el derecho hipotecario se ha extinguido, ni que la finca ha dejado de pertenecer al deudor mientras pueda este ejercer su derecho de retracto».

La segunda fórmula negocial, para superar la dificultad señalada, está siendo ya empleada en la realidad práctica y consiste en instrumentar funcionalmente la dación en pago a través de su sustitución por la enajenación de la finca a inmobiliarias que pertenecen a la misma entidad acreedora o a su grupo, las cuales adquieren el bien subrogándose en la hipoteca, de forma que del precio se descuenta el importe de la carga (cfr. art. 118 de la LH) y, a su vez, la inmobiliaria transmite después a un tercero (comprador final) que igualmente se subroga en el préstamo hipotecario, fórmula que es particularmente apropiada para aquellos casos en que aunque haya una previsión de impago por el deudor todavía no se ha producido, o ha tenido lugar respecto de unas pocas cuotas (aunque aquí se mantiene el inconveniente de carácter fiscal antes citado).

4. MODIFICACIONES EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE SUBASTAS

El Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la integración de los mercados hipotecarios primario y secundario en Europa de 2007 ha alertado de que los Estados miembros deberían hacer más eficientes sus procedimientos de enajenación forzosa, por considerar que la ineficiencia de estos procedimientos es un factor que encarece la actividad de los prestamistas hipotecarios, aumentando en algunos casos la incertidumbre de los inversores sobre la calidad de la garantía y eleva los costes de refinanciación, anunciando que velará por que los procedimientos de ejecución de los Estados miembros tengan una duración y coste razonables.

Esta evaluación es importante también porque la Ley 41/2007, en el contexto del principio comunitario de la libre circulación de capitales, admite que los créditos de cobertura de los títulos hipotecarios estén garantizados por inmuebles situados en cualquier punto del territorio de la Unión Europea mediante garantías de naturaleza equivalente, entendiéndose que existe esta equivalencia cuando el procedimiento jurídico que respalda la garantía permite a la entidad de crédito liquidar el valor de la garantía por *su propia cuenta* en un plazo razonable ante una situación de impago, y la obtención de un precio justo⁹.

⁹ En concreto, el artículo 6 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, se consagra a regular las especialidades de los préstamos y créditos garantizados por inmuebles situados en otros países de la Unión Europea, previendo que:

«1. *Los préstamos y créditos que estén garantizados por inmuebles situados dentro de la Unión Europea podrán ser considerados préstamos y créditos elegibles para el cálculo del límite de emisión de las cédulas hipotecarias y para servir de cobertura a la emisión de bonos hipotecarios siempre que, a juicio del Banco de España, dichas garantías sean de naturaleza y características equivalentes a las previstas en este Real Decreto.*

2. *La equivalencia de las garantías se apreciará atendiendo a los siguientes requisitos a cumplir por dicha garantía o por el régimen jurídico que la regule:*

- a) *que la hipoteca o derecho dado en garantía sea jurídicamente válido y eficaz en todas las jurisdicciones relevantes en el momento de la conclusión del contrato de préstamo o crédito y haya sido documentado por escrito en tiempo y forma;*
- b) *que el régimen jurídico que regule la garantía establezca la obligación de valoración previa del inmueble que sirve de garantía por un tasador independiente de la entidad de crédito prestamista, entendido como una persona que posea las calificaciones, capacidades y experiencia necesarias para efectuar una tasación y que sea independiente del procedimiento de decisión crediticia;*
- c) *que el acuerdo de garantía y el procedimiento jurídico en que se sustenta permita a la entidad de crédito acreedora liquidar el valor de la garantía por su propia cuenta en un plazo razonable ante una situación de impago; y,*
- d) *que el régimen jurídico que regule la garantía contemple la existencia de mecanismos suficientes para garantizar la obtención de un precio justo en la ejecución de la garantía.*

Por ello debemos preguntarnos si cumple nuestro procedimiento de ejecución hipotecaria este canon normativo de equivalencia europea en función del objetivo de la eficiencia de los mercados secundarios. El objetivo perseguido por estos procedimientos, como dijimos, es el de lograr una suerte de alquimia jurídica consistente en la transformación de valores ilíquidos (la propiedad sobre los inmuebles) en valores líquidos (dinero) para satisfacer el crédito ejecutado, transformación que ha de realizarse de la forma más rápida y eficiente posible.

Esta eficiencia no puede llegar, sin embargo, hasta el punto de aceptar como medio de ejecución los procedimientos de autosatisfacción, básicamente a través del pacto comisorio. Pero la sumariedad del procedimiento de ejecución hipotecaria en el caso español lo aproxima, sin incurrir en la figura de la autosatisfacción, al pacto marciano, entendido como el pacto por el cual se admite la adjudicación en pago del objeto de la garantía a favor del acreedor, o de un tercero, previa su justa valoración y con obligación de reintegrar el excedente de dicha valoración en relación con el importe de la deuda ejecutada. Pacto admitido tradicionalmente como excepción a la prohibición al pacto comisorio y que la Directiva 2002/47/CEE, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera ha positivado en nuestro Derecho a través de la norma de transposición contenida en el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo.

Respecto del modelo del procedimiento español de ejecución hipotecaria podemos decir, especialmente tras la reforma procesal de 2000, que en lo esencial cumple este objetivo:

- se trata de una vía de apremio o procedimiento de ejecución pura, sumario y sin contradicción entre partes, basado en los pronunciamientos del Registro, que permite ejercitar su función de extracción del valor en cambio de la finca en tanto no se pruebe en sede judicial la inexactitud del Registro;
- con causas de suspensión y oposición tasadas legalmente a los solos casos de falsedad del título, cancelación de la hipoteca, tercería de dominio y error en el saldo de la cuenta;
- se trata de un procedimiento rápido, de subasta única, con posibilidad de sustituirla por convenios de realización por entidad especializada;
- que facilita la concurrencia de licitadores permitiendo su financiación a través de la hipoteca del derecho de remate;

A efectos de apreciar la equivalencia de los regímenes y garantías correspondientes, el Banco de España podrá requerir a las entidades cuanta información y documentación adicional estime oportuna, incluidos dictámenes jurídicos suficientes, elaborados de forma independiente por expertos ajenos a la entidad, así como acreditación del tratamiento que dichas garantías han recibido de la autoridad supervisora del país afectado como instrumento de mitigación de riesgos, a efectos de los requerimientos de solvencia de las entidades de crédito».

- es también un procedimiento en el que se aplica, con escasas excepciones, el principio de purga de cargas posteriores, incluso respecto de créditos con privilegio especial anotados con posterioridad —cuyos titulares deberán acudir a la correspondiente tercería de mejor derecho, pero sin paralizar la ejecución—;
- y en el que se cuida el aspecto posesorio a través de un incidente que permite, antes de la subasta, conocer si hay ocupantes de la finca con título suficiente para continuar en la posesión.

Como dice el Tribunal Constitucional español, este procedimiento se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones, de forma que la presentación de la demanda, el requerimiento al deudor y la llamada de terceros poseedores o acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización (sentencia de 17 de enero de 1991). Esta sumariedad se explica porque la ejecución solo puede realizarse sobre la base de los extremos contenidos en el asiento registral, lo que inviste al acreedor hipotecario de legitimación y a su derecho de presunción de legalidad.

Ahora bien, como indica el Libro Blanco de la Comisión Europea, el objetivo es obtener, mediante el procedimiento, un precio justo por el bien hipotecado. Desde este punto de vista es indudable que la regulación actual es mejorable, siendo el objeto del presente apartado analizar las posibles mejoras que se pueden introducir en nuestra legislación en atención a tal finalidad, preservando al tiempo la necesaria seguridad de cobro y agilidad que asimismo debe garantizarse. En algún caso se trata de llevar a la práctica alguna de las novedades aportadas por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que no han llegado a aplicarse, introduciendo para ello los oportunos incentivos o suprimiendo los contra-incentivos que hasta ahora lo han impedido.

Entre las reformas que cabe proponer en línea con los enunciados y objetivos anteriores, cabe citar las siguientes:

1. La denominada «privatización de los mecanismos de ejecución forzosa» por medio de los convenios de realización, que permiten pactar el modo de realización más eficaz de los bienes hipotecados, o la realización mediante persona o entidad especializada, de los artículos 640 y 641 de la Ley de Enjuiciamiento, como medios alternativos a la subasta. Hay que recordar que esta novedad se introduce en cumplimiento de las recomendaciones del Libro Blanco de la Justicia del Consejo General del Poder Judicial de 1997, en el que se subrayaba el agotamiento del sistema actual de venta forzosa, pues entiende que «no sirve para lograr el doble efecto de dar satisfacción a la pretensión del demandante y no malbaratar los bienes del deudor».

Si observamos que en el caso de los convenios de realización no cabe que el ejecutante se pueda adjudicar el bien por debajo del 70 por 100 del valor de tasación, salvo acuerdo de las partes, o que el plazo para la venta por persona especializada puede llevarse a cabo durante un plazo de seis meses, prorrogable por otros seis, comprenderemos por qué estos sistemas alternativos adecuados para no malbaratar los bienes del deudor (en palabras del CGPJ) no se pactan nunca en las escrituras de constitución de hipotecas, pues las entidades de crédito carecen de incentivos para ello.

2. El sistema de subasta única, que sustituyó al de tres subastas que regía bajo la vigencia del antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria, ha servido para agilizar el procedimiento, pero presenta el inconveniente de incrementar el riesgo de que la subasta quede desierta. Por ello es necesario mejorar el régimen de su publicidad, pasando de un anacrónico sistema de publicidad edictal, que todavía hoy recoge el artículo 649 de la Ley de ritos, a otro de publicidad por medio de página web a través de un portal electrónico que podría ser gestionado por el Ministerio de Justicia, por el Consejo General del Poder Judicial o por el Colegio de Registradores.
3. Por otra parte, el plazo de veinte días desde el anuncio hasta la celebración de la subasta (cfr. art. 653 de la LEC) es manifiestamente insuficiente para favorecer la concurrencia de posibles compradores usuarios finales de la vivienda subastada, distintos de los licitadores profesionales. En este caso la dilación por este incremento del plazo se vería compensada por una mayor concurrencia en la subasta. En las condiciones de mercado actuales un plazo de venta de veinte días resulta inviable y contribuye al indeseable efecto de (repito el término por su carga expresiva) malbaratar el bien ejecutado.
4. Con el mismo objetivo de aumentar la concurrencia en la subasta de potenciales demandantes de vivienda cabría ensayar otras cuatro medidas:
 - reducir el importe del depósito previo para participar en la subasta que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 elevó del 20 por 100 al 30 por 100 (cfr. art. 669.1), elevación que dificulta la participación de particulares potencialmente interesados en adquirir el bien. La reducción podría consistir en fijar dicho porcentaje otra vez en el 20 por 100, a fin de poder completar el precio de adjudicación con una financiación del 80 por 100 del valor del piso, conforme a las normas del mercado secundario. Esta reforma ya sido ya aprobada mediante la nueva redacción dada al precepto citado por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio;
 - habilitar una línea especial de créditos ICO para financiar el pago del precio del remate con garantía de la hipoteca del propio dere-

cho del remate sobre el bien subastado, conforme al artículo 107, número 12, de la Ley Hipotecaria, novedad introducida por la Disposición Final 9.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, pero que no ha tenido éxito en la práctica, entre otras razones, por falta de financiación;

- suprimir la discriminación de las pujas que ofrezcan aplazamientos del pago del precio de remate (en la actualidad una oferta por el 100 por 100 del valor de la tasación con aplazamiento de un año, puede ser desplazada y quedar inoperante si el ejecutante solicita la adjudicación por el 70 por 100 del tipo de subasta) —cfr. art. 670—;
- extender la facultad de la cesión del remate a cualquier tercero adjudicatario del bien (cfr. art. 647.3) y no solo al ejecutante.

5. Con el objetivo de mejorar el precio de remate o adjudicación debería admitirse:

- a) que la información sobre la vigencia y el saldo actual de las cargas anteriores al crédito hipotecario de la ejecución pudiese recabarse no solo a solicitud del ejecutante, sino también del ejecutado, a fin de que las pujas de los postores no descuenten de sus ofertas el importe íntegro por el que se constituyeron dichas cargas previas —lo que carece de justificación económica—, sino solo su importe vigente (cfr. art. 657);
- b) por el mismo motivo, debería extenderse en la misma forma la legitimación para solicitar la declaración judicial de que el ocupante de la finca, distinto del ejecutado, no tiene derecho a permanecer en el inmueble una vez que este haya sido enajenado en la ejecución (cfr. art. 661), pues ello aumenta su precio con paralela disminución del diferencial entre el valor de la finca y el importe de la deuda;
- c) ampliar el plazo de diez días de que dispone el ejecutado para mejorar la postura que haya resultado inferior al 70 por 100 de la tasación, sin imponer que la nueva postura llegue necesariamente a dicho porcentaje (hoy se rechazaría una mejora consistente en una oferta por el 60 por 100 del tipo de subasta, permitiendo la adjudicación por el 50 por 100¹⁰ si el ejecutante no ejerce su facultad de pedir la adjudicación por el 70 por 100 del tipo, lo que evidentemente es absurdo y arbitrariamente lesivo para el ejecutado) —cfr. art. 670—.

¹⁰ En caso de que la finca hipotecada no sea la vivienda habitual del deudor.

6. Finalmente, en los casos de subasta desierta, la adjudicación debería realizarse por el valor pericial que en dicho momento tenga la finca, con independencia de que sea mayor o menor a la cantidad debida por todos los conceptos. La adjudicación que preveía el artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por debajo del 50 por 100 de la tasación, cuando cubriese la deuda podía dar lugar a situaciones manifiestamente desproporcionadas y materialmente injustas cuando el valor objetivo de la finca exceda con mucho del importe de la deuda (que puede estar integrada tan solo por las últimas cuotas de amortización). Por su parte, la adjudicación por el 50 por 100 del valor de tasación fijado en la escritura de constitución es igualmente arbitrario, pues si cierto es que resulta manifiestamente erróneo, como sostiene el Auto de la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010, afirmar que el valor de mercado de la finca en el momento de la subasta es el de la tasación inicial, igualmente lo es afirmar que el valor real de la finca en dicho momento es el 50 por 100 de la tasación inicial. El precepto citado ha sido, sin embargo, objeto de modificación por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, estableciendo ahora que: *«Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 60 por 100 de su valor de tasación»*, de forma que se sube el antiguo porcentaje del 50 por 100 al 60 por 100 y se suprime la posibilidad de entender como valor de adjudicación el importe de la deuda, sin límite mínimo, evitando así que la pérdida de la finca hipotecada por consecuencia de la ejecución se produzca por deudas cuyo importe sea muy inferior al valor real de aquella. Esta modificación ha sido, a su vez, parcialmente afectada por una nueva reforma de la LEC en virtud de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal cuyo artículo 4, apartado 37, añade una nueva Disposición Adicional sexta a la LEC con la siguiente redacción:

En el caso de las adjudicaciones solicitadas por el acreedor ejecutante en los términos previstos en la Sección VI del capítulo IV del título VI del libro III y siempre que las subastas en las que no hubiere ningún postor se realicen sobre bienes inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.

Asimismo, en los términos previstos en la mencionada sección y para los citados bienes inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor, cuando la mejor postura ofrecida sea inferior al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiere salido a subasta y el ejecutado

no hubiere presentado postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación del inmueble por el 70 por 100 o por la cantidad que se le daba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior a la mejor postura.

¿Se aplican estos porcentajes a las adjudicaciones que se produzcan en el ámbito de las ejecuciones hipotecarias extrajudiciales? Así resulta de lo dispuesto en el reciente Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos¹¹, que manteniendo la línea legislativa de tradicional adaptación del procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial al contenido de la regulación legal del procedimiento de ejecución judicial, y respondiendo a la finalidad de clarificación y simplificación de aquel procedimiento, y a la misma finalidad de evitar que el sacrificio patrimonial del deudor hipotecario en caso de ejecución hipotecaria (con independencia de que sea judicial o extrajudicial) vaya más allá de lo que requiere la satisfacción del derecho del acreedor al cobro de lo adeudado, establece en su artículo 12 que la ejecución extrajudicial de bienes hipotecados se someterá a lo previsto en dicho precepto en aquellos casos en que el procedimiento se siga contra la vivienda habitual del deudor, siendo tal régimen ampliamente coincidente y similar al recogido en los artículos 670.4 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción dada por Real Decreto-ley 8/2011.

Pero subsisten todavía, bien que cuantitativamente atenuadas, las razones que abonan la crítica al sistema de tasaciones prefijadas legalmente —en función de porcentajes fijos sobre la tasación inicial— a que se ha hecho alusión. Desarrollaremos este punto en el siguiente apartado de este estudio.

7. Por último, a fin de liquidar los intereses de demora devengados durante el proceso, debería aplicarse la previsión del denominado «interés procesal» del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, equivalente al interés legal del dinero incrementado en dos puntos. Igualmente, debería reflexionarse sobre la posibilidad de que los intereses de demora dejen de devengarse durante la tramitación del procedimiento de ejecución a partir del momento en que este sufra una dilación indebida, ajena a la voluntad del deudor, pues no han de parar en perjuicio de este los retrasos a cuyo origen y causa sea ajeno.

¹¹ Publicado con posterioridad a la entrega de este trabajo a la Revista.

5. REVISIÓN DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 670 Y 671 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

La tesis que aquí se postula de sustituir la tasación legal de la finca hipotecada (actualmente el 60 por 100 del valor de tasación que figura en la escritura de constitución de la hipoteca) en los casos en que la subasta quede desierta, por un sistema de tasación pericial, vendría avalada por los siguientes argumentos que desgranamos en apartados separados.

A) *Analogía con el sistema previsto para la ejecución de las garantías financieras*

El Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, admite el denominado pacto marciano en sede de ejecución de las garantías financieras. Esta ejecución podrá tener lugar cuando se trate de valores negociables u otros instrumentos financieros, mediante su venta o apropiación o mediante compensación de su valor (cfr. art. 11, núm. 2). En cuanto a la apropiación exige, además del acuerdo entre las partes, que estas hayan previsto en el acuerdo de garantía «las modalidades de valoración de los valores negociables».

Insiste en esta idea el artículo 13, al prever que la ejecución de una garantía se habrá de llevar a cabo de manera que «tanto las valoraciones de las garantías como el cálculo de las obligaciones financieras principales se efectúen de una manera comercialmente correcta», aclarando a continuación que: «Para ello, y sin perjuicio de los procedimientos que las partes hubieran pactado, las valoraciones y cálculos necesarios se habrán de ajustar al *valor actual de mercado* de los valores negociables aportados como garantías. En todo caso, el sobrante que resulte, una vez satisfecha la deuda correspondiente, se reintegrará al garante».

Vemos, pues, que aunque en el ámbito de las garantías financieras se llega a admitir el pacto marciano, dando lugar a una realización de valor del bien o derecho dado en garantía más expeditiva incluso que el procedimiento de ejecución hipotecaria, no por ello se renuncia al principio de que la valoración de las garantías se haga de una manera «comercialmente correcta» y ajustada al «valor actual de mercado». Tampoco se debe renunciar a una justa valoración del bien objeto de ejecución hipotecaria, evitando incurrir en «valoraciones legales», es decir, en valoraciones fijadas directamente por la ley en caso de subastas desiertas. Es más, antes de la reciente reforma del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil operada por el Real Decreto-ley 8/2011, las valoraciones a efectos de adjudicación en caso de quedar desierta la subasta eran alternativas ya que se admitía en tales hipótesis como valor de la finca hipotecada el más bajo de los dos siguientes: 50 por 100 del valor de tasación o el importe de la

deuda, sin fijar un límite mínimo, sin que se alcanzara a comprender bien por razón de qué ley económica un bien debía valer en una fecha determinada más o menos en función de que la deuda que garantizaba fuese mayor o menor. Supongamos que la finca hipotecada se tasó inicialmente en 100.000 euros, y que la deuda pendiente de pago es de 30.000 euros. ¿Alguien puede explicar por qué en ese caso la finca se adjudicaba al ejecutante por un valor de 30.000, en tanto que si la deuda fuese de 50.000 euros se adjudicaría —¡la misma finca!— por esta última cifra? Supongamos ahora que la deuda perseguida fuese solo de 3.000 euros. ¿Es que la finca vale menos porque la deuda que garantiza sea menor? Pues bien, según el artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción anterior al Real Decreto-ley 8/2011, la finca se adjudicaría por esta última cantidad. Si a ello le añadimos que esa cifra puede corresponder a la liquidación de los intereses de demora calculados a unos tipos que pueden rebasar en mucho los ordinarios¹², y cuyo plazo de devengo dependerá de factores

¹² La reciente sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 23 de septiembre de 2010, utiliza como criterio de referencia para la declaración de nulidad de una cláusula de intereses moratorios —fijados en la tasa anual del 29 por 100 anual— en un contrato de préstamo hipotecario, la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, de forma que entiende que ha de aplicar el artículo 19.4 de dicha Ley como norma correctora del interés abusivo, por lo que el interés pactado queda sustituido por la tasa anual equivalente en 2,5 veces el interés legal del dinero. En concreto declara la sentencia que: *«El problema se plantea al aplicar la normativa correctora al interés abusivo. Al tiempo de celebrar el contrato de préstamo, en 1993, estaba vigente la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, cuyo artículo 10 disponía que las condiciones generales establecidas en contrato con consumidores (en el presente caso, no hay duda de ambos extremos: es un contrato de préstamo con condiciones generales y el prestatario es consumidor) debe cumplir entre otros, el requisito (apartado c) de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, lo cual excluye (subapartado tercero) las cláusulas abusivas, entendiendo por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor o comporten en el contrato una posición de desequilibrio; cuyo incumplimiento de algún requisito conlleva la nulidad de pleno derecho (art. 10.4).*

La nulidad radical no se ha pretendido en ningún momento, pero sí se ha interesado la nulidad parcial en el sentido de minorar el interés, lo que ha hecho la sentencia de primera instancia, aplicando la norma limitativa del interés en el descubierto de cuenta corriente del artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo. Solución aceptada por la entidad bancaria demandante y no por la Audiencia Provincial que no la alteró por mor del principio de interdicción de reformatio in pejus.

No se trata de aplicar disposiciones posteriores a la fecha de celebración del contrato, sino de interpretar y aplicar la norma vigente de 1984, a la luz de la legislación posterior adaptada a la realidad social, conforme al artículo 3.1 del Código Civil. La misma ley de 1984 fue reformada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que le añade el artículo 10 bis, que declara abusivas las condiciones generales de la contratación que causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes.

Declarada abusiva la cláusula que impone el interés moratorio en el 29 por 100 anual, se declara la nulidad parcial de la misma en el sentido de fijarlo en un montante que resulta no de la aplicación analógica, ni mucho menos la aplicación retroactiva de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, sino, como antes se ha dicho, inspirándose en ella, como interpretación, fijando la tasa anual equivalente en 2,5 veces el interés legal del dinero.

ajenos a la voluntad del deudor (como la mayor o menor agilidad o tardanza en la tramitación del propio procedimiento de ejecución), vemos que la combinación de todos estos factores da un resultado sobre el que quizás no se ha reflexionado suficientemente. La solución legal en este extremo se ha dejado llevar por su deseo de máxima simplificación procedimental aún a riesgo de incurrir en daño de la justicia material. Ambas cosas deben hacerse compatibles. Las soluciones legales que sacrifican la justicia material (por ejemplo, el sacrificio del *verus dominus* en las adquisiciones *a non dominio* por razones de protección del tráfico) solo deben prevalecer cuando sean inevitables o cuando la solución alternativa sea manifiestamente más onerosa para el interés general, pero no cuando los intereses en conflicto permitan otra composición que haga evitable tal sacrificio sin daños subsiguientes mayores que los que se tratan de evitar.

B) *Ampliación de garantía en caso de disminución del valor de la finca hipotecada*

Si importante es conocer el valor de la finca que sirve de objeto a la hipoteca, también lo es que en caso de que aquel valor disminuya, la hipoteca pueda ser ampliada a un objeto distinto. Por ello, el artículo 9 del Reglamento del Mercado Hipotecario (modificado por Real Decreto 716/2009, de 24 de abril) prevé que si por razones de mercado o por cualquier otra circunstancia, el valor del bien hipotecado desmereciere de la tasación inicial en más de un 20 por 100, la entidad financiera acreedora, acreditándolo mediante tasación realizada por una sociedad homologada independiente podrá exigir del deudor hipotecante la ampliación de la hipoteca a otros bienes suficientes para cubrir la relación exigible entre el valor del bien y el crédito que garantiza.

En caso de que transcurridos dos meses desde el requerimiento hecho a tal fin, el deudor no hubiere realizado la ampliación, ni devuelto la parte proporcional del préstamo, se entenderá que opta por la devolución de la totalidad de su importe, que será inmediatamente exigible. Los tenedores de los títulos podrán instar a la entidad acreedora a ejercitar contra el deudor primario la citada acción. Se trata de una acción extrajudicial, distinta de la acción judicial de devastación del artículo 117 de la Ley Hipotecaria. La citada reforma de 2009 añade la previsión de que: «En el caso de que el deudor sea una persona física, el desmerecimiento al que se refiere el párrafo anterior deberá haberse mantenido durante el plazo de un año, a contar desde el momento en que la

De nuevo hay que recordar que aquel carácter abusivo y esta tasa la había determinado la sentencia de primera instancia, a la que se aquietó la entidad bancaria demandante, que no formuló recurso de apelación».

entidad acreedora haya hecho constar en el registro contable al que se refiere el artículo 21 el citado desmerecimiento».

Pues bien, se da el caso de que esta previsión sobre ampliación de la hipoteca a otros bienes como consecuencia de la depreciación de la finca hipotecada, que está prevista no para cubrir la relación entre el 80 por 100 del valor de la finca y el importe inicial del préstamo, sino la relación exigible entre el valor del bien y el crédito que garantiza (por tanto, tomando como base de cálculo la parte no amortizada del crédito), es una previsión que no se ha utilizado apenas en la práctica contractual, lo que hay que interpretar no en el sentido de que las entidades financieras hayan descuidado negligentemente este aspecto (y tampoco se hayan ocupado del mismo los tenedores de los títulos hipotecarios a riesgo de sufrir quebranto en sus derechos), lo que conociendo la profesionalidad de tales entidades no cabe presumir, sino en el sentido de que no se ha producido (o solo de forma muy residual) el supuesto de hecho del que parte la norma. Por tanto, la situación del mercado inmobiliario no justifica con carácter general depreciaciones tan fuertes como la que resulta de la valoración legal de las fincas que resulta del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

C) *Tasación en los casos de construcciones añadidas a la finca después de la constitución de la hipoteca y a las que no se extienda esta*

Conforme al artículo 113 de la Ley Hipotecaria, el propietario de las mejoras o construcciones introducidas en la finca hipotecada a las que no se extienda la hipoteca tiene la posibilidad de optar en caso de ejecución entre retener el objeto en que consista, si esto fuera posible sin deterioro o merma de la cosa, o bien exigir su importe. En este último caso, la venta en subasta es conjunta de la finca y su mejora, por lo cual existirá un único precio de remate, en caso de que no quepa separación de la mejora y el predio (o construcción y suelo) —si fuere posible la separación la venta es separada—. Existiendo remate y precio único se produce una concurrencia de créditos contra el producto de la venta entre el acreedor hipotecario y el dueño de la mejora, si bien este último goza de preferencia para el cobro hasta el límite del importe de la mejora, aun cuando ello pueda dejar parcialmente insatisfecho al acreedor hipotecario.

Para algunos, el concepto de «valor» de las mejoras debe interpretarse por contraposición al «coste» de las mismas, es decir, imputando a favor de su titular las plusvalías o incrementos de valor que haya experimentado. Sin embargo, esta última determinación no es posible por la vía mercantilista del precio de venta, ya que el precio será único y, probablemente, ni el propio adjudicatario o rematante pueda determinar con precisión en qué parte el precio retribuye el suelo y en qué parte la construcción, más allá de estimaciones aproximadas. Es por ello que se impone en orden a tal especificación la intervención de peritos.

A este respecto se ha defendido (así, v.gr., BUENAVENTURA CAMY) que la intervención de peritos se impone para corregir el tipo para subasta fijado en la escritura de constitución de la hipoteca. Sin embargo, ello presenta el inconveniente de forzar la apertura de ese trámite antes de la tramitación del procedimiento, en forma similar a como se produce en la fase de apremio de las ejecuciones comunes, incurriendo para ello en los gastos y dilaciones que se pretenden precisamente eludir mediante acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria directa sobre los bienes hipotecados. Por esta razón puede defenderse la solución de estimar que la intervención de peritos no debe ser anterior a la tramitación del procedimiento sino posterior, de forma que se reconozcan al Juez que haya conocido del procedimiento facultades para, una vez pagado el precio del remate, resolver sobre su distribución entre acreedor y tercer poseedor con ayuda de peritos. Por tanto, la cuestión no estriba tanto en modificar el tipo para subasta cuanto en determinar un criterio de distribución del precio pagado por el adjudicatario una vez ha finalizado ya el procedimiento.

Pues bien, este mismo mecanismo podría extenderse a todos los casos en que la subasta haya quedado desierta o la mejor postura haya sido inferior al 50 por 100 del valor de la finca¹³, de forma que se imputará dicho 50 por 100 al pago de la deuda, pendiente de la liquidación definitiva de la misma, una vez fijado el valor pericial de la finca. Hecho esto, la liquidación se elevaría a definitiva, de forma que si la tasación arrojase un valor superior al importe de la deuda, por todos los conceptos (incluyendo intereses y costas), la diferencia como remanente¹⁴ quedaría a disposición de los acreedores posteriores por el orden de sus respectivas inscripciones o anotaciones, o, en caso de no haberlos, a disposición del deudor (cfr. art. 672 de la LEC). Por el contrario, en caso de que la diferencia fuese negativa, en tal caso se procedería a la conversión del procedimiento hipotecario en ordinario conforme al artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

D) *Evolución de los precios de la vivienda. Comparación con los tipos del 60 y del 70 por 100*

Se afirma con razón que un bien no vale lo mismo —o no tiene por qué valer lo mismo— en momentos distintos. En concreto, como ya dijimos, los bienes inmuebles están sujetos a oscilaciones en el tiempo según las circunstancias del mercado en función de los parámetros generales de la economía, como los tipos de interés, la tasa de ahorro, el aumento o disminución de la población en el lugar de situación del inmueble, la rentabilidad comparativa con otras inversiones

¹³ 60 por 100 si se trata de la vivienda habitual del deudor.

¹⁴ Que debería ser abonada por el adjudicatario.

alternativas al mercado inmobiliario, etc. Por ello es lógico que se rechace el argumento de que las adjudicaciones de los bienes subastados deben realizarse al acreedor por el valor íntegro de la tasación inicial. Pero lo cierto es que los porcentajes utilizados por los artículos 670.4 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (para los casos de utilización de la facultad de mejora del tipo y de adjudicación en caso de quedar desierta la subasta) del 60¹⁵, y del 70 por 100 del valor de aquella tasación, sobre ser arbitrarios y carecer de la flexibilidad necesaria para su adaptación a las circunstancias de cada caso y momento, no se corresponden tampoco con los valores aproximados de depreciación del parque inmobiliario residencial español en estos últimos años transcurridos desde el comienzo de la crisis económica. Así, según los datos oficiales del Ministerio de Fomento, el precio actual por metro cuadrado de la vivienda libre es de 1.777 euros, valor todavía superior al de 2005 (1.685). En 2006 se revalorizó un 11,9 por 100 (1.887). En 2007 nuevamente se revalorizó un 7 por 100 (2.024). En 2008 todavía se revalorizó un 3 por 100 (2.101). No fue hasta 2009 cuando comenzó el descenso de precios con una devaluación de un 6,9 por 100 (1.958). En 2010 continuó el descenso de precios en un 4,8 por 100 (1.865). A comienzos de 2011 se registra otra bajada del 5,3 por 100 (1.777) y finalmente en el primer trimestre de 2012, en relación al primer trimestre de 2011, se produce una nueva bajada del 7,2 por 100 (1.649).

Por tanto, respecto del momento de mayor inflación inmobiliaria se ha producido una minusvalía inferior a un 30 por 100. Por ello no parece justificado, desde un punto de vista regulatorio general, la previsión de descuentos de hasta el 50 por 100 —antes de la reforma del Real Decreto-Ley 8/2001— y de hasta el 40 por 100 —después de dicha reforma— en la valoración de los inmuebles hipotecados. Cierto que las plusvalías y minusvalías que experimenten los inmuebles deben correr a riesgo y ventura de sus propietarios, y cierto es que nadie debe ser responsable por los actos ajenos y por las condiciones buenas o malas en que un tercero toma sus decisiones de compra. Pero no se puede desconocer que los datos indicados ponen de manifiesto que la decisión del legislador de permitir la adjudicación de los bienes hipotecados con tales descuentos no se ajusta a las condiciones reales de las minusvalías experimentadas.

En conclusión, cabe postular a favor de que la adjudicación al acreedor de la vivienda ejecutada por el 60 por 100 del valor de tasación, en los casos en que dicha suma no cubra el importe íntegro de lo adeudado, sea considerada como una valoración provisional pendiente de la definitiva que resulte de la tasación que, ya dentro del procedimiento de ejecución ordinaria en que se transforme el hipotecario conforme al artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se

¹⁵ 50 por 100 si no se trata de la vivienda habitual del deudor (vid. Disposición Adicional sexta LEC añadida por la Ley 37/2011, de 10 de octubre).

realizaría en los términos de los artículos 637 a 639 de la misma Ley, y que podrá llevarse a cabo conjuntamente con la de los bienes embargados en esta nueva fase del procedimiento, y sin perjuicio del alzamiento de estos nuevos embargos en caso de que el resultado de dicha tasación de la vivienda hipotecada determinase la extinción completa de la deuda perseguida.

Como solución subsidiaria podría plantearse que el porcentaje del valor de tasación a efectos de adjudicación al acreedor no fuese fijado directamente por la Ley, sino por referencia a unos índices estadísticos oficiales de la evolución de los precios de la vivienda por provincias o localidades, solución que sin ser la más ajustada a las circunstancias de cada caso, estará menos alejada de la realidad de la valoración del inmueble subastado y, por ello, menos alejada de la justicia material del caso y de la finalidad institucional de la subasta hipotecaria como medio de realización del valor del bien hipotecado, conforme al objetivo reclamado por el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la integración de los mercados hipotecarios primario y secundario en Europa de 2007 de la obtención de un «precio justo».

BIBLIOGRAFÍA

- ADAN GARCÍA, M. E.: *La dación en pago*, Centro de Estudios, Fundación Registral, 2009, pág. 509.
- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Manual de Derecho Civil. Derecho de bienes*, III, vol. 2.º, Barcelona, 1994.
- ALMAGRO NOSETE, J.: *Instituciones de Derecho Procesal*, Tomo III, Madrid, 1993.
- ARIAS LOZANO, D.: «Algunas consideraciones sobre el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», en *Estudios sobre Derecho Procesal*, junto con I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ y J. MARTÍNEZ-SIMANCAS, vol. III, Madrid, 1996.
- ÁVILA NAVARRO, P.: *La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990.
- CANALS BRAGUE, F.: «El valor de la inscripción en la hipoteca», en el *Libro centenario de la Ley de Bases del Código Civil*, Madrid, 1989.
- CARNELUTTI, F.: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, vol. I, Buenos Aires, 1944.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, de 11 de mayo de 1998.
- CURIEL LORENTE, F.: «Notas sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 56, enero de 2000.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, Instituto de Estudios Políticos, 1949.
- DE LA RICA Y ARENAL, R.: «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, IV, Madrid, 1948.
- DÍAZ FRAILE, J. M.: «La ejecución hipotecaria y el mercado secundario», en *Cuadernos de Derecho Registral*, Ed. Fundación Registral, Madrid, 2008.

- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1995.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: «El Registro de la Propiedad y los procedimientos de realización de la hipoteca. Dos enmiendas imprescindibles en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Revista «Lunes 4,30»*, núm. 257, primera quincena de mayo de 1999.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: «La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 659, mayo-junio de 2000.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1948.
- GUASP DELGADO, J.: «La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1941.
- GUILARTE ZAPATERO, V.: *Comentarios al artículo 1858 del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M.: «Crisis y moratoria en el pago de los préstamos hipotecarios», en *Diario La Ley*, núm. 7136, 17 de marzo de 2009.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T.: «Consideraciones sobre la dación en pago», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 581, 1987.
- MARTÍNEZ DE SANTOS, A.: «La liberación de la vivienda familiar en la ejecución hipotecaria», en *Actualidad Civil*, núm. 15, 2003.
- MERINO HERNÁNDEZ, J.: «La dación en pago», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 87, pág. 99.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: «Las cargas anteriores en la ejecución de un crédito hipotecario posterior», en *Revista de Derecho Patrimonial*, Editorial Aranzadi, 1999.
- MONTSERRAT VALERO, A.: *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria (art. 131 LH)*, Editorial Aranzadi, 1998.
- MORELL Y TERRY, J.: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Madrid, Editorial Reus, 1930.
- PARRA LUCÁN, M. A.: «Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 711, 2009.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Centro de Estudios Registrales, Tomos I y II, Madrid, 1999.
- PEÑA VICENTE, M.: «La protección de la vivienda habitual en los supuestos de sobreendeudamiento y dependencia», en *Actualidad Civil*, núm. 16, 2008.
- RIVAS TORRALBA, R.: *Anotación de embargo*, II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994.
- ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho Hipotecario*, 8.ª ed., editorial Bosch, 1999.
- SASTRE PAPIOL, S.: «La ejecución de la hipoteca en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 83, marzo-abril de 1999.

RESUMEN

DACIÓN EN PAGO

El artículo aborda como punto de partida la actual situación de crisis económica, financiera e inmobiliaria, y el doble efecto de retracción del mercado hipotecario, de un lado, y del aumento importante del número de ejecuciones inmobiliarias, por otro, que ha provocado. Evalúa los datos concretos de ambos fenómenos y los pondera con la evolución de ese mismo mercado desde el comienzo de los años ochenta. El aumento actual de la morosidad y de las ejecuciones hipotecarias ha suscitado un vivo debate en torno a una posible revisión del principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor y la posible imposición legal de la dación en pago con efectos liberatorios del importe total de la deuda. El artículo analiza detalladamente los argumentos invocados a favor de tal tesis, así como las diversas resoluciones judiciales que, aún sin cambio legal, la han tratado de aplicar en la práctica. Frente a ello, se han venido aprobando desde el año 2008 diversas disposiciones legales y reglamentarias que tratan de aliviar la situación de los deudores hipotecarios en situación de insolvencia, bien para prevenirla y evitarla, bien para, una vez producida, paliar sus efectos, sin cuestionar el sistema de doble garantía (real y personal), cuya revisión podría tener un alto coste de pérdida de confianza en los mercados de refinanciación. El artículo propone una revisión de diversos aspectos de técnica-jurídica tanto de la dación en pago, como del procedimiento de ejecución hipotecaria (fomento de mecanismos alternativos de ejecución forzosa, admisión de las subastas electrónicas, medidas para aumentar la concurrencia de demandantes en la subasta, línea especial de crédito oficial para financiar el precio del remate, disminución del importe del depósito para participar en la subasta, retasación de la finca hipotecada para determinar el sobrante negativo, etc.) a fin de conseguir

ABSTRACT

SURRENDER IN LIEU OF PAYMENT

The article begins by addressing the current economic, financial and real estate crisis and the two-sided effect it has had, causing the mortgage market to pull in upon itself and swelling the number of property foreclosures. Hard data on both phenomena are evaluated and weighed against the real estate market's development since the early eighties. The present surge in mortgage defaults and foreclosures has fanned heated discussion about a possible revision of the rule of the borrower's unlimited personal liability and the possible imposition by law of surrender in lieu of payment with the effect of cancelling the entire debt. The arguments wielded in favour of the idea are analyzed in detail, as are the various court rulings that have endeavoured to apply it in practice, even without any change in the laws. By contrast, since 2008 sundry laws and regulations have been approved that endeavour to alleviate the situation of insolvent mortgage borrowers, either by preventing and avoiding insolvency or by palliating its effects once the borrower has become insolvent. These laws and regulations do not question the system of dual security (collateral plus personal guarantee), whose revision could come at a high price if as a result refinancing markets lose their faith in the system. A revision is proposed for several technical and legal features of surrender in lieu of payment, such as the foreclosure procedure (e.g., fostering of alternatives to court-enforced foreclosure, acceptance of electronic auctions, measures to bring more bidders to auctions, a special line of official credit for the winning bid, reduction of the deposit bidders are required to make in order to participate, re-appraisal of the mortgaged property to find the negative excess). The proposed revision pursues a two-pronged

un doble objetivo: dar satisfacción a la pretensión del demandante y no malbaratar los bienes del deudor, cumpliendo así la finalidad institucional de la subasta hipotecaria como medio de realización del valor del bien hipotecado, que conforme al objetivo reclamado por el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la integración de los mercados hipotecarios primario y secundario en Europa de 2007 ha de ser la de obtener por el bien ejecutado un «precio justo», manteniendo al tiempo un alto grado de seguridad jurídica en el sistema hipotecario. Hay que señalar que varias de esas medidas sugeridas por el autor han sido ya acogidas por el legislador.

objective: to satisfy the plaintiff's claim without underselling the borrower's assets, thus achieving the institutional purpose of mortgage auctions as a means of realizing the value of mortgaged assets. And that purpose, pursuant to the objective sought in the European Commission's 2007 White Paper on the integration of primary and secondary mortgage markets in Europe, ought to be to fetch a fair price for the property while upholding a high degree of legal certainty in the mortgage system. Several of the measures suggested by the author are already being entertained by lawmakers.

Ejecución hipotecaria y cláusulas abusivas

(A propósito de la cuestión prejudicial planteada en el asunto *Mohamed Aziz c. Catalunyacaixa*)

por

EDUARDO ESTRADA ALONSO¹
IGNACIO FERNÁNDEZ CHACÓN²

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. SUPUESTO DE HECHO.
- III. CUESTIONES PREJUDICIALES FORMULADAS AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN.
- IV. RÉGIMEN JURÍDICO DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: ASPECTOS RELEVANTES PARA LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA SUSCITADO.
- V. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO: EL MERO CARÁCTER CASUÍSTICO DE SU ANÁLISIS EN LAS CONCLUSIONES PRESENTADAS:
 1. CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.
 2. INTERESES DE DEMORA ABUSIVOS.
 3. DETERMINACIÓN UNILATERAL DEL IMPORTE DE LA DEUDA DERIVADA DEL CONTRATO.
- VI. CONSIDERACIONES FINALES: INCIDENCIA DE LAS CONCLUSIONES EN EL RÉGIMEN ACTUAL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOL.

¹ Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo. Abogado.

² Doctorando del Área de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo (Fundación para el Fomento en Asturias de la Investigación Científica Aplicada y la Tecnología —FICYT—). Abogado.

I. INTRODUCCIÓN

La alarma social derivada de los desahucios que se producen en el marco de los procedimientos de ejecución hipotecaria por las entidades financieras ha desatado una cascada de opiniones (no exentas, muchas de ellas, de una importante dosis de engaño o argucia política), sobre los posibles instrumentos jurídicos utilizables para remediar su carácter expeditivo, dada la drástica limitación por parte de los artículos 695 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de los motivos de oposición que puede esgrimir el ejecutado.

Antídotos que parecen recomendarse sólo para el caso de aquellas ejecuciones hipotecarias llevadas a cabo por parte de entidades de crédito, como si los particulares no fuéramos titulares del derecho de hipoteca o no tuviéramos invertidos nuestros ahorros en las citadas entidades y por tanto no estuviéramos interesados en la seguridad del cobro del crédito o no fuéramos sospechosos de cometer abusos a la hora de formalizar el título.

En todo caso, lo que está claro es que en esta sempiterna polémica se vienen confrontando desde antaño dos intereses contrapuestos, cuales son la seguridad del crédito, frente a la protección social del desahuciado. Posiciones antagónicas que, vaya por delante, sería un error tratar de resolver en el marco de la legislación en materia de ejecución hipotecaria, encontrando mejor acomodo en soluciones de política social tendentes a procurar algún tipo de alojamiento a los ejecutados tras el lanzamiento³.

Quizás uno de los argumentos más tradicionalmente utilizado en pro de la reforma de nuestro actual ordenamiento hipotecario (tanto jurídico-sustantivo como procesal) y a favor del sujeto desahuciado, haya sido el de la vetustez de la Ley Hipotecaria (LH), cuando lo cierto es que actualmente la ejecución hipotecaria se encuentra regulada en la LEC, y en consecuencia, resulta obvio que no contamos con una regulación en la materia tan «mayor», sino, más bien, bastante reciente. Y ello aunque, como se tendrá la ocasión de reseñar más adelante, la LEC no haya supuesto una reforma significativa de nuestra legislación precedente en materia de ejecuciones hipotecarias.

La LH, y su desarrollo procesal en la LEC, defiende adecuadamente la seguridad del crédito hipotecario y el conjunto de intereses a él adyacentes. Tratar de corregirla en su seno con prerrogativas a favor de los propietarios desahuciados solo haría empeorar la posición prevalente que debe mantener

³ Tal es el caso de Francia, país en el cual recientemente se ha puesto en marcha una iniciativa por parte de la Ministra de Vivienda *Cécile Duflot*, consistente en la ocupación temporal o «requisita» de las viviendas desocupadas pertenecientes a entidades financieras en beneficio de las personas que carecen de hogar y se encuentran en situaciones extremas. En nuestro país, en una línea similar, se ha firmado en el mes de enero el convenio para el Fondo Social de Viviendas en Alquiler, cuya información completa, incluido el propio convenio, puede encontrarse en la página web del Ministerio de Economía y Competitividad.

quien concede crédito⁴. Optar por la posición contraria no haría más que contraer la concesión de crédito, ya de por sí suficientemente descalabrada en el momento actual.

De modo que, a nuestro juicio, en el seno de la ejecución hipotecaria, no se pueden ofrecer vanas esperanzas que obligarían a una modificación del tenor legal de los artículos 695 y siguientes de la LEC, toda vez que el cambio operado sería, muy probablemente, del todo punto contraproducente en el momento económico actual.

Son muchos los operadores jurídicos que a lo largo de los últimos meses han intentado justificar, en un loable intento por acabar con el drama social actual, sus consejos en orden a la paralización de los desahucios en las conclusiones de la Abogado General *Juliane Kokott* presentadas el 8 de noviembre de 2012 en el asunto *Mohamed Aziz c. Catalunya*, referentes a la conformidad o disconformidad de la normativa española en materia de ejecución hipotecaria con la normativa comunitaria sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, materializada, fundamentalmente, en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993⁵.

Sin embargo, lo primero que se ha que aclarar es que estas conclusiones no permiten vislumbrar una solución u opción procesal razonable y adecuada que permita al desahuciado oponerse al lanzamiento de la vivienda, ni tampoco se erigen en una especie de solución mágica a nuestro actual clima social, político y judicial en lo que hace a las ejecuciones hipotecarias que día a día privan a multitud de familias españolas de su hogar.

Debe pues insistirse, y *ab initio*, que por más que sean muchas las manifestaciones contrarias a la actual configuración de nuestro régimen jurídico de

⁴ Entendiendo por posición prevalente el otorgamiento al acreedor de toda una serie de mecanismos que de forma expeditiva y eficaz le permitan asegurar lo más rápido posible, y fruto del incumplimiento previo por parte del deudor de sus obligaciones esenciales, consistentes en el abono de las cuotas mensuales correspondientes a los distintos vencimientos pactados, la recuperación del crédito inicialmente concedido, bien sea en especie (adjudicación del inmueble objeto de cobertura hipotecaria) bien en dinero (fruto del importe obtenido tras la realización del bien adquirido en subasta por un tercero). Precisamente esta posición prevalente del acreedor hipotecario es la que justifica y se erige en la base de un sistema procesal como el español, que tan limitadamente permite la oposición del deudor una vez iniciada la ejecución.

⁵ Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 95, pág. 29. Directiva que ha sido alterada recientemente por la 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 304, pág. 64). No obstante lo cual, y como se encarga de precisar la Abogado General en su nota 2, debe tenerse presente que las referidas modificaciones operadas en la Directiva 93/13 no introducen ninguna novedad relevante a efectos del objeto del análisis de la cuestión planteada en el asunto que aquí se comenta y sobre el que la señora *Kokott* presentó sus conclusiones.

ejecución que se basan en las conclusiones de *Juliane Kokott* para intentar dar al traste con los artículos 695 y siguientes de la LEC, lo cierto es que tales conclusiones no ofrecen ninguna fórmula procesal concreta para oponerse a la ejecución hipotecaria española, tal como está configurada legalmente, siendo muy limitada su virtualidad práctica, dado el estado actual de la cuestión. Y ello porque, entre otras razones, la Abogado General no entiende que la ejecución hipotecaria española, en sí misma, como se expondrá detenidamente, sea contraria a la Directiva 93/13 y, también, porque no es España el único país europeo en el que el procedimiento de ejecución hipotecaria reviste un carácter tan expeditivo.

Hemos de adelantar asimismo que, partiendo de las cuestiones abordadas en las conclusiones presentadas por *Juliane Kokott*, en el presente artículo se analizan algunas cuestiones tradicionalmente controvertidas en materia de préstamos hipotecarios, que han suscitado, y suscitan, un gran interés⁶.

Pese a ello, nuestra finalidad queda delimitada al análisis de la interrelación existente entre la concurrencia de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario y las posibilidades que, en el transcurso de la ejecución hipotecaria, se dan para esgrimir las como defensa del ejecutado, así como la virtualidad práctica de invocar alegaciones de esta naturaleza.

Por ello, es importante situar en sus justos términos las conclusiones de la Abogado General *Juliane Kokott* para aclarar que en ellas no se puede basar la suspensión del lanzamiento que se deriva de la ejecución hipotecaria, ni son aprovechables en cuanto que resulta discutible que, caso de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJEU) acoja finalmente la tesis en ellas expuesta, constituyan un antecedente que pueda dar como resultado la exigencia al Estado Español de modificar los artículos 695 y siguientes de la LEC. Menos aún, tampoco van a dar pie, como algunos han dicho en los medios de comunicación, a que una futura sentencia del TJUE pudiera obligar a España a declarar la nulidad de todos los desahucios llevados a cabo por los tribunales españoles a lo largo de estos, tristes, meses pasados.

No puede obviarse el hecho de que las ensalzadas cláusulas abusivas se presentarán en algunos casos y en otros no, de tal manera que no puede pretenderse que la cuestión tratada por la Abogado General *Kokott* y sobre la que el TJUE se tiene aún que pronunciar, se erija como una solución a las demandas sociales en materia de desahucios y ejecuciones hipotecarias, a diferencia de otras opciones como es la de la dación en pago no exenta de inconvenientes a la hora de conceder crédito.

⁶ Concretamente las referentes a las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de alguna de las cuotas de devolución pactadas, intereses moratorios o de demora y determinación unilateral del importe de la deuda por la entidad financiera para el caso de incumplimiento y consiguiente inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria.

De ahí que ninguna duda cabe sobre que no es esta línea argumental un «salvavidas» al que confiarse en medio de la tormenta que está cayendo, y fruto de la cual cientos de miles de familias pierden su vivienda cada año, a diferencia de la sensación que transmiten los medios de comunicación y tertulianos radiotelevisivos que se han ocupado de difundir la opinión vertida en las conclusiones aquí estudiadas, o incluso el propio Consejo General de la Abogacía Española y su presidente Carlos Carnicer.

Y así, y aunque sea anticipar algunos razonamientos, en el mejor de los escenarios posibles las referidas conclusiones permitirían que en un procedimiento declarativo simultáneo o posterior a la ejecución hipotecaria que provoca el desahucio se obligara al ejecutante a compensar económicamente por abusos puntuales cometidos en la redacción del título con un efecto puramente parcial, como por lo demás ya permite en la actualidad nuestra normativa vigente.

Las conclusiones expresadas tienen su origen en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, al cual se atribuyó el conocimiento del juicio declarativo posterior a una ejecución hipotecaria, y en el que se cuestiona⁷ la validez, por abusiva, de una de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario firmado entre la entidad financiera *Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona y Manresa (Catalunyacaixa)* y el señor *Mohamed Aziz* en julio del año 2007.

A tales efectos, en las páginas que siguen, se expondrán, con cierto determinismo, el supuesto de hecho del asunto, el marco normativo aplicable (tanto comunitario como nacional), los dos aspectos sobre los que versa la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado barcelonés y su correlativa resolución por la Abogado General. Todo ello para, finalmente, sintetizar algunas conclusiones en torno al acierto o desacierto de las conclusiones presentadas por *Juliane Kokott* y las posibles repercusiones que el acogimiento de esta línea argumental por parte del TJUE tendría sobre la práctica española en materia de ejecuciones hipotecarias. Tema particularmente sensible en el actual contexto de crisis económica, en el que diariamente se están llevando a cabo una enorme cantidad de

⁷ Se cuestiona, en presente, por cuanto el procedimiento judicial se encuentra suspendido a día de hoy hasta que el TJUE resuelva la cuestión prejudicial planteada, siendo las conclusiones presentadas por *Juliane Kokott* un anticipo de la que puede ser (aunque no necesariamente) la decisión del Tribunal y a la que, en todo caso habrá de estar para poder arrojar una opinión definitiva en lo referente a la meritada adecuación de la legislación procesal española en materia de ejecución hipotecaria a la normativa comunitaria, cuando media la posible existencia de una cláusula abusiva en el contrato del que dimana la hipoteca correspondiente en garantía de un préstamo. Pese a lo cual, y mientras esperamos con suma expectación, no por ello deja de ser especialmente interesante desmembrar los razonamientos hechos por la Abogado General en las conclusiones presentadas, independientemente de que al final el Tribunal siga o no la línea argumental por la que opta la misma.

tales ejecuciones, y en el que tanto partidos políticos⁸ como la propia judicatura claman por una reforma radical de nuestro sistema legal. Sin olvidar, qué duda cabe, la importantísima movilización social que se ha desplegado en torno a los desahucios, con la finalidad de paralizar, en la medida de lo posible, muchas de tales actuaciones, reclamando a la vez la introducción, en el ordenamiento

⁸ La primera iniciativa legislativa en la materia está representada por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa. En la Exposición de Motivos del Real Decreto se señalaba que: «...la situación específica del mercado inmobiliario en España plantea situaciones de especial dificultad para quienes contrajeron préstamos hipotecarios en los momentos de mayor valoración de los inmuebles y se encuentran ahora con la imposibilidad de satisfacer sus obligaciones de pago. Frente a esta situación, el Gobierno considera necesario adoptar medidas adicionales de protección para las familias con menores ingresos, así como las reformas necesarias para garantizar que las ejecuciones hipotecarias se realizan sin dar lugar a situaciones abusivas o de malbaratamiento de los bienes afectados; manteniendo plenamente, sin embargo, los elementos fundamentales de garantía de los préstamos y, con ellos, de la seguridad y solvencia de nuestro sistema hipotecario».

A dicho Real Decreto le siguió el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y por medio del cual se implementa el ya archiconocido Código de Buenas Prácticas al que las entidades financieras pueden adherirse voluntariamente (vid., en este sentido, la Resolución de 10 de abril de 2012, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publican las entidades que han comunicado su adhesión voluntaria al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual. BOE de 12 de abril de 2012).

El último producto legislativo cuya finalidad es evitar, en el ámbito de unos supuestos extremos, el drama social que a día de hoy las ejecuciones hipotecarias suponen en nuestro país es el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, siendo la finalidad de su aprobación, conforme a su Exposición de Motivos: «...la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión. Esta medida, con carácter excepcional y temporal, afectará a cualquier proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria por el cual se adjudique al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos. En estos casos, el Real Decreto-ley, sin alterar el procedimiento de ejecución hipotecaria, impide que se proceda al lanzamiento que culminaría con el desalojo de las personas». Sobre este Real Decreto-ley, vid. RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda, «Implicaciones jurídicas en la aplicación del Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios», en *Diario La Ley*, núm. 7977, Sección Tribuna, 3 de diciembre de 2012.

Sobre la problemática general y propuestas de futuro que se están formulando en materia hipotecaria en el actual contexto de crisis económica, vid. ARRUNADA, Benito, «La reforma de la responsabilidad hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio de 2012 (núm. 731), págs. 1259 a 1289.

DÍAZ FRAILE, Juan María, «Limitación de la responsabilidad hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto de 2012 (núm. 732), págs. 1845 a 1905.

jurídico español, de la meritada dación en pago como mecanismo liberatorio del préstamo hipotecario suscrito con las respectivas entidades financieras⁹.

II. SUPUESTO DE HECHO

En el apartado III (párrafos 12 y sigs.) de las conclusiones presentadas por *Juliane Kokott* se resumen los hechos que dieron lugar a la ejecución hipotecaria del inmueble por parte de la entidad financiera *Catalunyacaixa* y así como al posterior juicio declarativo ordinario en el que se discutía la existencia o no de una cláusula abusiva en el contrato firmado por el señor *Aziz*.

De conformidad con el relato fáctico recogido por la Abogado General, en julio de 2007, el señor *Aziz* suscribió con *Catalunyacaixa* un préstamo hipotecario formalizado en escritura pública por un importe de 138.000 € con la finalidad de cancelar la deuda crediticia que *Aziz* tenía pendiente con otra entidad de crédito por la compra de su vivienda. El bien hipotecado conforme al contrato firmado era la vivienda del señor *Aziz*, tasada en la escritura pública en 194.000 €.

⁹ Y que ha llevado a que hayan empezado a darse resoluciones judiciales que admiten, *contra legem* (dicho sea de paso), la dación en pago como mecanismo liberatorio de la deuda asumida por mor de un contrato de préstamo hipotecario suscrito con una entidad financiera, en respuesta a la demanda social que aboga por tal posibilidad. Situación paroxística que ha dado lugar a que proliferen en los medios de comunicación noticias con titulares como «*Los jueces sortean la dura ley del desahucio con veredictos vanguardistas*», recogida por el diario *El País* en su edición de 3 de noviembre de 2011, y en la que se hacía un repaso por algunas de las más célebres resoluciones judiciales que en los últimos tiempos han venido proliferando en pro de la dación de pago, basadas en fundamentos jurídicos varios como el abuso de derecho, el fraude de ley o la celeberrima teoría de los actos propios del Derecho Internacional y contra las que no podemos sino reaccionar en sentido contrario, por su falta de rigor (aunque no de buena intención) y su proximidad a tendencias ya superadas como la del uso alternativo del Derecho, ampliamente estudiado en nuestro país y sobre el que pueden verse, entre otros, DE LOURDES SOUZA, María, *El uso alternativo del Derecho, génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, Universidad de León, 1999; LÓPEZ CALERA, Nicolás María, SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto y ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Sobre el uso alternativo del Derecho*, Valencia, Fernando Torres, D.L. 1978; MENÉNDEZ MORENO, Alejandro, «El uso alternativo del Derecho», en *Lex Nova: La revista*, núm. 62, 2010, págs. 8-9; LASO PRIETO, José María, «Fundamento constitucional del uso alternativo del derecho», en *Revista de Derecho Político*, núm. 1, 1978, págs. 113-125; y, también de LASO PRIETO, «Sobre el uso alternativo del Derecho», en *El Basilisco: Revista de filosofía, ciencias humanas, teoría de la ciencia y de la cultura*, núm. 2, 1978, págs. 107-109.

Como exponentes de dichas resoluciones judiciales, vid., entre otras, el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2.ª), de 17 de diciembre de 2010, o el Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 2.ª), de 16 de septiembre de 2011 (vid., sobre esta última resolución judicial, BELINCHÓN ROMO, María Raquel, «Extinción de la deuda garantizada con hipoteca y la dación en pago», en la obra colectiva *Ejecución Hipotecaria; Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio SALAS CARCELLER—, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, págs. 35 a 51).

Las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario contenían las siguientes estipulaciones:

- El periodo de amortización del préstamo se fija en 33 anualidades, mediante 396 cuotas mensuales, computadas a partir del 1 de agosto de 2007 hasta el 31 de julio de 2040.
- El importe de las cuotas mensuales se establece en 701,04 €, siempre y cuando no varíe el interés inicial.
- Respecto a los intereses ordinarios del préstamo debe tenerse presente que: hasta el 30 de enero de 2008 se pacta un tipo fijo del 4,87% nominal anual; desde el día siguiente hasta la amortización del préstamo el tipo de interés nominal pasa a ser variable, determinándose mediante el Euribor incrementando en un 1,10 por 100.
- Conforme a la cláusula 6.^a del contrato, el prestatario incurre en mora automática¹⁰ si deja de pagar a su vencimiento, incluso por vencimiento anticipado, cualquier cantidad debida a la entidad financiera, bien sea en concepto de intereses o de amortización, siendo los intereses de demora liquidables día a día y conforme a un tipo del 18,75 por 100.
- La entidad financiera pueda dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo, y entre otros motivos, cuando venza alguno de los plazos estipulados y el deudor no haya cumplido su obligación de pago de parte del capital o de los intereses del préstamo, acordándose la inscripción de esta causa de vencimiento en el Registro de la Propiedad, para llegado el caso poder reclamar judicialmente el importe íntegro de la deuda (capital más intereses) de conformidad con lo preceptuado en el artículo 693 LEC¹¹.

¹⁰ Por lo tanto sin necesidad de intimación o reclamación alguna efectuadas por parte del acreedor (cfr. art. 1100 CC).

¹¹ Artículo 693 LEC. *Reclamación limitada a parte del capital o de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes. Vencimiento anticipado de deudas a plazos:*

1. Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si venciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación, y siempre que tal estipulación conste inscrita en el Registro.
Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aun quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha.
2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro.
3. *En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar*

- A tenor de la cláusula 11.^a, la hipoteca cubre el capital prestado (138.000 €), los intereses pactados de una anualidad y los intereses de demora hasta la cantidad máxima de 51.750 €, más otros 13.800 € en previsión de costas y gastos. Y todo ello sin perjuicio de la responsabilidad personal del prestatario.
- La cláusula 15.^a se refiere a la forma de ejecución judicial de la hipoteca, estableciendo la posibilidad de la entidad financiera de reclamar la deuda tanto por medio de un procedimiento declarativo como por los procedimientos de ejecución ordinaria o hipotecaria, pactándose expresamente que *Catalunyacaixa* puede determinar la deuda exigible en el caso (entre otros) de ejecución judicial de la hipoteca por medio de la presentación de la escritura de constitución de la hipoteca y de la liquidación de las cantidades pendientes de pago, practicadas en la forma convenida en la escritura para determinar la deuda mediante el certificado oportuno que recoja la cantidad que se exige.

Partiendo de tales condicionantes, a partir del mes de octubre del año 2007, el señor *Aziz* se demoró en el pago de varias mensualidades¹², fruto de lo cual la entidad financiera cargó los intereses de demora acordados contractualmente. Finalmente a partir de finales del año 2008, *Aziz* dejó de pagar las mensualidades de su crédito, lo que desembocó en la aplicación por parte de *Catalunyacaixa* de la cláusula de vencimiento anticipado del crédito, reclamando, en consecuencia, la totalidad del importe del crédito¹³ (principal más intereses).

el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora *que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.*

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

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

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

¹² Concretamente las correspondientes a los meses de octubre y diciembre de 2007, y enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2008.

¹³ En este sentido, en octubre de 2008, se recoge en las conclusiones de la Abogado General, un representante de la caja de ahorros otorgó ante notario el acta de determinación del saldo pendiente de pago, cuantificándose la deuda conforme a criterios matemático-finan-

Fruto de lo anterior, en enero de 2009, la entidad financiera comunicó al señor Aziz el inicio de acciones judiciales tendentes a exigirle el importe adeudado hasta el 16 de octubre de 2008, más los intereses pactados desde esa fecha hasta el completo pago y otros gastos correspondientes. Acciones judiciales que cristalizaron en el inicio de un procedimiento de ejecución hipotecaria de títulos no judiciales en marzo de 2009, siendo el objeto de la ejecución la vivienda del señor Aziz y su familia, ascendiendo las cuotas vencidas no satisfechas, en el momento de interposición de la demanda, a 136.674,02 € en concepto de principal, 90,74 € por intereses vencidos y 41.902,21 € en concepto de intereses y costas.

Dicho procedimiento judicial de ejecución hipotecaria se atribuyó el Juzgado de Primera Instancia, número 5 de Martorell, que requirió judicialmente al señor Aziz, y sin resultado, el pago de la deuda.

El señor Aziz no compareció en el procedimiento de ejecución hipotecaria ni formuló ningún motivo de oposición a la ejecución, y tampoco se acogió a la posibilidad de liberar el bien y evitar la subasta¹⁴, dictándose, en consecuencia, el 15 de diciembre de 2009, Auto por el que se ordenaba la ejecución del bien hipotecado.

El 20 de julio de 2010 tuvo lugar la subasta judicial de la vivienda del señor Aziz, a la cual no acudieron licitadores, lo que posibilitó que *Catalunyacaixa* solicitara la adjudicación del bien por el 50 por 100 del valor de tasación del mismo (97.200 €)¹⁵, como permite el procedimiento ejecutivo español previsto en nuestra LEC.

cieros generalmente admitidos, arrojando una cantidad debida por importe de 139.764,76 € (136.674,02 € de principal, 3.017,97 € de intereses ordinarios y 72,77 € de intereses de demora).

¹⁴ Haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 693.3 LEC, conforme al cual: «*En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578*». Sobre las implicaciones del precepto transcrito y régimen jurídico aparejado al mismo, vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y TORIBIOS FUENTES, Fernando, *Ejecución hipotecaria de vivienda. Rehabilitación del préstamo y enervación de la acción*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

¹⁵ A día de hoy la entidad financiera no podría haberse adjudicado el inmueble por dicho importe equivalente al 50 por 100 del valor de tasación del inmueble, dada la reforma operada en el artículo 671 LEC por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, antes citado. En dicho precepto, que establece el procedimiento a seguir en los casos en los cuales en la

En conclusión, el señor Aziz perdió la propiedad de su vivienda¹⁶, pero siguió debiendo a *Catalunyacaixa* más de 40.000 € de principal, cantidad a que adicionar la correspondiente liquidación de intereses y costas.

De forma independiente al procedimiento ejecutivo, el señor Aziz solicitó como parte actora en el correspondiente procedimiento declarativo ordinario, tramitado ante el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, se declarase el carácter abusivo, y consiguientemente la nulidad, de la cláusula 15.^a (apartado e) del contrato, y por ende la propia nulidad del procedimiento ejecutivo tramitado que desembocó en el lanzamiento del señor Aziz de su vivienda¹⁷. Concretamente,

subasta de bienes inmuebles no concurra ningún postor, en su párrafo primero se preceptúa que: «*Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 60 por 100 de su valor de tasación*». Sin embargo, semejante aspecto no se discute ni plantea al TJUE por parte de José María FERNÁNDEZ SEJO (Magistrado del Juzgado Mercantil, núm. 3 de Barcelona), que expresamente señala en el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial que: «*No se cuestionan en los presentes autos la legalidad de la convocatoria de subasta ni de la adjudicación al ejecutante —permitida por los arts. 891.4 y 671 LEC en supuestos en los que no acude ningún postor a la subasta—*».

¹⁶ El 20 de enero de 2011, la comisión judicial habilitada por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Martorell acudió al inmueble objeto de la subasta y adjudicación para otorgar a la entidad financiera la posesión del inmueble, siendo el señor Aziz expulsado de su casa.

¹⁷ Aunque la representación del señor Aziz se refiere a la impugnación de la cláusula 15.^a, en el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial específicamente se señala (apartado 10.º de los Fundamentos de Derecho) que:

«Tanto el contenido de esta cláusula 15 E) como el redactado de la propia demanda obligan a integrar el súplico de la demanda y, con ello, obligan a considerar otras cláusulas de la escritura:

Primeramente la cláusula seis bis del contrato, referida a los supuestos de resolución anticipada que pueda plantear la entidad de crédito, concretamente el supuesto de vencimiento anticipado por incumplimiento del deudor de sus obligaciones principales o accesorias. Esta cláusula sexta bis necesariamente ha de vincularse a la cuestionada cláusula 15 E) en la medida en la que el cálculo o liquidación de la deuda exigible dependerá de que se active o articule esta resolución anticipada. En este punto no puede olvidarse que la Ley de Enjuiciamiento Civil —art. 693— habilita al acreedor ejecutante para limitar su reclamación a parte del capital o de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, o acudir al vencimiento anticipado y reclamación de toda la deuda.

En segundo lugar, a la cláusula tercera —criterios para la determinación de los intereses ordinarios—, cláusula tercera bis, complementaria de la anterior —referida a la determinación del tipo de interés variable para cada una de las cuotas, revisable cada seis meses—, y la cláusula sexta, que establece el criterio para calcular el interés de demora.

Finalmente y de modo accesorio también podrían verse afectadas las cláusulas cuarta y quinta, referidas a las comisiones y gastos que hubo de soportar el prestamista».

No obstante el propio Magistrado en el Auto reconoce, respecto a la pretensión de nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, que aunque se acordara la nulidad por abusiva de la cláusula 15.^a del contrato, ello «...no podría determinar en modo alguno que este Juzgado Mercantil acordara o decretara la nulidad de lo actuado en otro procedimiento judicial seguido con las formalidades correspondientes» (apartado 19 de los Fundamentos de Derecho).

según se recoge en el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial¹⁸, lo que cuestiona (el señor Aziz) es que el criterio de liquidación de la deuda pendiente, vinculado a la posibilidad de vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo y cálculo de los intereses ordinarios y moratorios pactados, es nulo por vulnerar las normas referidas a las condiciones generales de la contratación —recogidas en el Texto Refundido de la Ley 1/2007, de 1 de noviembre—.

Es en el transcurso de este segundo procedimiento judicial ante el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, en el que se plantean al TJUE dos cuestiones prejudiciales, a las que dedicamos el apartado siguiente, referentes al procedimiento ejecutivo sobre bienes hipotecados, conforme al ordenamiento español, y su posible incompatibilidad con la normativa comunitaria y a otra serie de cuestiones sobre el clausulado del propio contrato de préstamo suscrito entre *Catalunyacaixa* y el señor Aziz.

III. CUESTIONES PREJUDICIALES FORMULADAS AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN

Dos son las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, al TJUE, que, al igual que hacemos aquí, transcribe el Abogado General *Juliane Kokott* en sus conclusiones:

1. *Si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en el artículo 695 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previstos por el ordenamiento procesal español, no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recurso judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.*
2. *Se requiere al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que pueda dar contenido al concepto de desproporción en orden:*
 - a) *A la fijación de unos intereses de demora —en este caso superiores al 18 por 100— que no coinciden con los criterios de determinación de los intereses moratorios en otros contratos que afectan a consumidores (créditos al consumo) y que en otros ámbitos de la contratación de consumidores se podrían entender abusivos y que, sin embargo, en la contratación inmobiliaria no disponen de un límite legal claro, aun en los casos en los que hayan de aplicarse*

¹⁸ Fundamento de Derecho 14.

no solo las cuotas vencidas, sino la totalidad de las debidas por el vencimiento anticipado.

- b) *A la fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables —tanto ordinarios como moratorios— realizados unilateralmente por el prestamista vinculados a la posibilidad de ejecución hipotecaria (y que) no permiten al deudor ejecutado que articule su oposición a la cuantificación de la deuda en el propio procedimiento ejecutivo, remitiéndole a un procedimiento declarativo en el que cuando haya obtenido pronunciamiento definitivo la ejecución habrá concluido o, cuando menos, el deudor habrá perdido el bien hipotecado o dado en garantía, cuestión de especial trascendencia cuando el préstamo se solicita para adquirir una vivienda y la ejecución determina el desalojo del inmueble.*

Las cuestiones prejudiciales planteadas en estos términos por parte del Juzgado barcelonés son reconducidas por la Abogado General, a los efectos de poder entrar a conocer del asunto, y dado que el órgano jurisdiccional que plantea la cuestión no es el que ha conocido del procedimiento de ejecución hipotecaria.

En este sentido, y por lo que se refiere a la primera cuestión prejudicial, al cuestionar el tribunal nacional si un sistema de ejecución hipotecaria como el español, que no admite la posibilidad de oponer frente a la ejecución el carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo que subyace a la hipoteca, constituye una limitación de la protección de los consumidores e infringe, por tanto, la Directiva 93/13, y no ser dicho órgano jurisdiccional el que conoce de la referida ejecución, *Juliane Kokott*, se ve en la necesidad, para poder pronunciarse sobre este tema, de redireccionar, podríamos decir, el interrogante planteado al juicio declarativo posterior en el que se impugna, por abusivo, el propio contrato de préstamo al que la hipoteca de la vivienda va aparejada.

Esta reconducción del interrogante al ámbito del juicio declarativo no es solo sumamente acertada, sino necesaria¹⁹, por cuanto el artículo 267 del Tra-

¹⁹ Sobre la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial en los términos en que se planteó, se manifestaron tanto la entidad financiera como el Gobierno español y la propia Comisión Europea (aunque es precisamente la Comisión la que recomienda la reconducción de la cuestión prejudicial planteada al ámbito propio del juicio declarativo en que se discute la validez de la cláusula contractual 15.^a). En este sentido, recoge *Juliane Kokott* en sus conclusiones que:

«La Caja de Ahorros demandada en el litigio principal duda de la admisibilidad de dicha cuestión. Afirma que es meramente hipotética y que no guarda relación alguna con el litigio principal, cuyo único objeto de controversia es la validez de la cláusula contractual decimoquinta. El Gobierno español también considera inadmisibile la primera cuestión. Observa que la limitación de la oposición en el procedimiento ejecutivo solo podría ser, en su caso, relevante para el juez que conoce del procedimiento ejecutivo. Sin embargo, en el caso de autos, el procedimiento ejecutivo ya ha finalizado. Por consiguiente, afirma que la primera cuestión

tado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)²⁰ al regular la cuestión prejudicial exige, para que la misma sea admisible, que el órgano jurisdiccional nacional que plantea la cuestión (el del procedimiento declarativo en este caso, y no el del ejecutivo hipotecario ya zanjado) requiera, necesariamente, la interpretación, solicitada por mor de la cuestión, del TJUE para poder emitir el fallo correspondiente²¹.

prejudicial es irrelevante a efectos del procedimiento tramitado ante el órgano jurisdiccional remitente, que tiene que pronunciarse acerca de la eficacia de una cláusula contractual en abstracto y con independencia del procedimiento ejecutivo tramitado.

La Comisión también considera que la cuestión acerca de las facultades de apreciación del juez, que conoce del procedimiento ejecutivo, es hipotética y con ello inadmisibile. Propone reformular la cuestión prejudicial, de manera que se examinen las facultades del juez del procedimiento declarativo, consideradas a la luz de la limitación de la oposición en el procedimiento ejecutivo».

²⁰ Conforme a dicho precepto (antiguo art. 234 TCE): «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación de los Tratados;
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad».

²¹ En relación a los distintos requisitos exigidos por la normativa y jurisprudencia comunitarias en materia de planteamiento de cuestiones prejudiciales, vid., entre otros muchos, CRIADO GÁMEZ, Juan Manuel, «La inadmisibilidad de la cuestión prejudicial prevista en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 24, 2011, págs. 7-34; Ruiz-JARABO COLOMER, Dámaso, *La Justicia de la Unión Europea*, Thomson Reuters, Navarra, 2011, págs. 145 a 175; H. TÜRK, Alexander, *Judicial Review in EU Law*, Elgar European Law, UK, 2009, págs. 220-221.

Asimismo especialmente ilustrativa sobre los requisitos a tener en cuenta para la formulación de una cuestión prejudicial es la *Nota Informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales*, publicada en el DO C-297 de diciembre de 2009 (págs. 1 a 6).

El TJUE ha tenido la ocasión de pronunciarse en múltiples casos acerca de la inadmisibilidad del planteamiento de una cuestión prejudicial cuando el fallo del órgano jurisdiccional nacional en el litigio principal no depende de la interpretación que lleve a cabo el Tribunal comunitario, pudiendo citarse como resoluciones en las que se aborda este problema, entre otras, las sentencias de 22 de noviembre de 1978 (Asunto C-93/78, *Matheus*), FJ 5.º; 16 de diciembre de 1981 (Asunto C-244/80, *Pasquale Foglia c. Mariella Novello*) FFJJ 14 y sigs.; 9 de octubre de 2008 (C-404/07, *Katz*) apartado 31 y jurisprudencia citada; 15 de septiembre de 2011 (asuntos acumulados C-483/09 y C-1/10), apartados 38 y sigs.; 13 de marzo de 2001 (Asunto C-379/98, *Preusen Elektra*); 5 de diciembre de 2006 (C-94/04 y C-202/04, *Cipolla y otros*); 7 de junio de 2007 (C-222/05 a C-225/05, *Van*

De tal manera que por todo ello en los apartados 35 a 37 de sus conclusiones, la Abogado General señala que:

«Procede coincidir con las partes intervinientes en el procedimiento en cuanto a que la cuestión concretamente formulada es hipotética en la medida en que, de hecho, no la plantea el juez que conoce del procedimiento ejecutivo. Únicamente al juez, que conoce del procedimiento ejecutivo, se le plantea directamente la cuestión acerca de las posibilidades de oposición en su procedimiento y acerca del influjo de la Directiva 93/13 en las posibilidades de protección jurídica en dicho procedimiento.»

Por consiguiente, como propone acertadamente la Comisión, ha de entenderse la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente en un sentido amplio, refiriéndose a las posibilidades que tiene el consumidor de obtener, cuando menos a través del procedimiento declarativo, protección jurídica frente a la ejecución. A primera vista, esta cuestión también podría parecer hipotética, dado que la ejecución ya ha finalizado. Sin embargo, es relevante para la resolución del caso de autos.

En efecto, el órgano jurisdiccional remitente da a entender en su resolución de remisión que el litigio principal también trata de las eventuales compensaciones derivadas de la hipoteca una vez finalizada completamente la ejecución. Por lo tanto, la cuestión relativa a la protección jurídica frente a la ejecución es relevante para la resolución del órgano jurisdiccional remitente, el cual, en virtud del principio de efectividad, puede verse obligado a compensar a posteriori, mediante su resolución, posibles vicios del procedimiento tramitado hasta el momento».

Como puede deducirse del razonamiento transcrito realizado por la Abogado General, la posibilidad de que el TJUE se pronuncie por medio de la cuestión prejudicial acerca del acierto o desacierto del procedimiento ejecutivo español en materia hipotecaria se instrumenta como consecuencia del hecho de que en el procedimiento declarativo en el que el señor Aziz impugna, por abusiva, la cláusula 15.^a del contrato el Juzgado de Barcelona es competente para conocer de las posibles indemnizaciones de daños y perjuicios derivadas de la existencia de vicios en el título en el cual se fundamentó en su momento el procedimiento ejecutivo, en este caso el contrato de préstamo hipotecario, ya finalizado. Y ello a tenor de lo dispuesto en el artículo 698.2 LEC, al que más adelante nos referiremos.

der Weerd y otros); 8 de noviembre de 2007 (C-379/05, *Amurta*); 4 de diciembre de 2008 (C-221/07, *Krystyna Zablocka-Weyhermüller*); 8 de julio de 2010 (C-343/09, *Afton Chemical Limited*) apartado 14; y 18 de marzo de 2010 (C-317/08, C-318/08, C-319/08 y C-320/08, *Rosalba Alassini*) apartado 26.

Por lo que respecta a la segunda de las cuestiones prejudiciales planteadas, la Abogado General también efectúa una reformulación del tenor literal de la misma y analiza los argumentos en pro de su admisibilidad.

En este sentido, y por lo que se refiere al contenido que ha de conferirse al segundo interrogante formulado, *Juliane Kokott* señala que²²:

«El tenor de la segunda cuestión prejudicial se refiere al concepto de desproporción, haciendo con ello alusión a la terminología empleada en el número 1, letra e), del Anexo a la Directiva 93/13²³. Ahora bien, ha de entenderse la resolución de remisión en el sentido de que mediante la segunda cuestión prejudicial se interesa una interpretación del concepto más general, utilizado en el artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva²⁴, de desequilibrio entre los derechos y obligaciones contractuales, que solo en el caso concreto de las indemnizaciones a que se refiere el número 1, letra e), del anexo a la Directiva es sustituido por el término desproporción.

Por consiguiente, con su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea obtener en esencia una interpretación más detallada del concepto de desequilibrio en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13. Según dicha disposición, las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se consideran abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

El órgano jurisdiccional remitente menciona en este sentido tres cláusulas concretas, que son parte integrante del contrato controvertido en el litigio principal. Dichas cláusulas, según lo señalado por ese tribunal, fueron impuestas unilateralmente al consumidor, por lo que están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva».

Una vez concretado, en los términos transcritos, el contenido de la segunda cuestión prejudicial planteada, *Kokott* procede a valorar la admisibilidad de la misma de la siguiente forma²⁵:

«...según lo manifestado por la Caja de Ahorros y el Gobierno español, hasta el momento únicamente ha sido objeto del litigio principal una de las

²² Apartados 59 a 61 de las conclusiones presentadas.

²³ Según el cual, se entiende que son cláusulas contempladas en el apartado 3 del artículo 3 de la Directiva, las cláusulas que tengan por objeto o por efecto imponer al consumidor que no cumpla con sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta.

²⁴ A cuyo tenor: *«Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato».*

²⁵ Apartados 62 y 63.

*cláusulas citadas por el órgano jurisdiccional remitente. No obstante, la respuesta en relación con las otras cláusulas no es irrelevante para la resolución del litigio principal, pues no cabe excluir que una visión de conjunto de las condiciones individuales del contrato y de su valoración jurídica tenga también repercusiones en la interpretación de la cláusula controvertida en el litigio principal*²⁶.

Además, ya se ha señalado al examinar la admisibilidad de la primera cuestión prejudicial que el objeto del litigio principal, de acuerdo con lo expuesto por el órgano jurisdiccional remitente, incluye la posible ineficacia del procedimiento ejecutivo. Cabe observar que también la apreciación jurídica de las cláusulas mencionadas en la segunda cuestión, las cuales han de ser examinadas igualmente por el órgano jurisdiccional remitente de oficio, puede tener consecuencias respecto a la eficacia del procedimiento ejecutivo. La segunda cuestión prejudicial, por ello, es admisible en su conjunto».

Por lo tanto, y en conclusión, la segunda cuestión prejudicial queda circunscrita al análisis de si el clausulado (y no solo la cláusula 15.^a) del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre el señor *Aziz* y *Catalunyacaixa* implica la existencia de un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que se derivan del mismo, en perjuicio, claro está, del señor *Aziz*, lo que en último término permitirá resolver la duda en torno a la validez/invalidéz de la cláusula 15.^a objeto del litigio en el seno del cual se plantea la cuestión prejudicial por el Juzgado barcelonés. Todo ello sin perder de vista el hecho de que la solución a este interrogante puede tener consecuencias sobre el procedimiento ejecutivo ya finalizado, por medio del cual se ejecutó la hipoteca que pesaba sobre la vivienda del señor *Aziz*.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: ASPECTOS RELEVANTES PARA LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA SUSCITADO

Esbozado pues el contenido, admisibilidad y procedencia de las cuestiones prejudiciales planteadas resulta necesario analizar el marco normativo y régimen jurídico del proceso de ejecución hipotecaria, para poder así después interrelacionar el mismo con las conclusiones a que llega *Juliane Kokott*.

La ejecución hipotecaria se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico fundamentalmente en los artículos 681 y siguientes LEC²⁷, debiendo

²⁶ Que es la cláusula 15.^a a la que ya se ha hecho alusión más atrás (vid. *supra*).

²⁷ No pueden perderse de vista tampoco los artículos 655 a 680 LEC, relativos a la subasta de bienes inmuebles. Por otra parte, y como señala GARBERÍ LLOBREGAT, *a las especialidades*

tener en cuenta asimismo los artículos 129 a 136 LH²⁸, habiéndose trasladado la regulación de este particular proceso ejecutivo, en su mayor parte, de la normativa jurídico-sustantiva a la Ley procesal, más acorde con la naturaleza del procedimiento que la norma hipotecaria²⁹.

contempladas en los artículos 681 a 698 hay que sumar también las referencias que a la ejecución hipotecaria se realizan desde los artículos 555.4 LEC (a los efectos de posibilitar la acumulación únicamente entre procesos de ejecución de esta misma naturaleza), y 570 LEC (que, reiterando lo que ya se proclama en el art. 121 LH, permite extender la ejecución hipotecaria a bienes no hipotecados, debiendo seguirse entonces el proceso por los trámites generales de la ejecución dineraria, cuando con la realización de los bienes hipotecados o pignorados no se haya obtenido la cantidad económica suficiente para cubrir el crédito. GARBERÍ LLOBREGAT, José, *El proceso de ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil (Comentarios, jurisprudencia y formularios generales al Libro III)*, Thomson Reuters (Civitas), 4.ª ed., Navarra, 2012, pág. 137.

²⁸ En la versión dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. Junto a tales preceptos deben tenerse presentes, asimismo, los artículos concordantes del Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.

²⁹ No obstante, lo cierto es que existe diversidad de opiniones respecto al hecho de que tras la aprobación de la LEC 2000, el procedimiento de ejecución hipotecaria se haya simplificado, tal y como afirma la propia Exposición de Motivos de la misma (en su apartado XVII), y ello aunque es indiscutible que se ha eliminado la multiplicidad de regulaciones anteriormente existentes en materia de ejecuciones de créditos con garantía real (el de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, el de la Ley de Hipoteca Naval y el propio art. 129 de la LH). Vid., en este sentido, ADÁN DOMÉNECH, Federic, *La ejecución hipotecaria*, Bosch Procesal, Barcelona, 2009, págs. 22 a 24 y bibliografía citada por el autor; CORDÓN MORENO, Faustino *et al.* (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, 2001, págs. 502 y 503; también de CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 681 de la LECiv. Procedimiento para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca», en la obra colectiva, *Ejecución Hipotecaria; Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio SALAS CARCELLER—, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, págs. 753 y 754; LLEDÓ YAGÜE, Francisco (Dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 636; GARBERÍ LLOBREGAT, José, «El proceso de ejecución forzosa...», *ob. cit.*, págs. 1136 a 1141; LORCA NAVARRETE, Antonio María (Dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Tomo III)*, Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 3369 a 3380.

La propia Exposición de Motivos LEC incide sobre este tema y otros cuando señala que: «La Ley dedica un capítulo especial a las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados. En este punto, se mantiene, en lo sustancial, el régimen precedente de la ejecución hipotecaria, caracterizado por la drástica limitación de las causas de oposición del deudor a la ejecución y de los supuestos de suspensión de esta. El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que este régimen no vulnera la Constitución e introducir cambios sustanciales en el mismo podría alterar gravemente el mercado del crédito hipotecario, lo que no parece en absoluto aconsejable. La nueva regulación de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados supone un avance respecto de la situación precedente ya que, en primer lugar, se trae a la Ley de Enjuiciamiento Civil la regulación de los procesos de ejecución de créditos garantizados con hipoteca, lo que refuerza el carácter propiamente jurisdiccional de estas ejecuciones, que ha sido discutido en ocasiones; en segundo término, se regulan de manera unitaria las ejecuciones de créditos con garantía real, eliminando

Debe advertirse que de dicho régimen jurídico del proceso sumario de ejecución hipotecaria, y a los efectos del presente trabajo, los preceptos que tienen repercusión en el análisis efectuado en sus conclusiones por la Abogada General *Juliane Kokott* son los artículos 693 y 695 a 698 LEC, hecho por el cual únicamente nos circunscribiremos a los mismos, obviando pues otros posibles aspectos problemáticos o interesantes relativos a dicha ejecución³⁰.

Y ello a sabiendas de que el acreedor hipotecario no tiene como única opción para cobrar su crédito y ejecutar la hipoteca de la que es titular el procedimiento de ejecución hipotecaria regulado en los preceptos señalados, sino que junto a dicha posibilidad puede asimismo optar, en vía judicial³¹, por el procedimiento ejecutivo ordinario³², el procedimiento declarativo que corresponda conforme a la cuantía³³ o incluso el procedimiento monitorio³⁴.

la multiplicidad de regulaciones existente en la actualidad; y, finalmente, se ordenan de manera más adecuada las actuales causas de suspensión de la ejecución, distinguiendo las que constituyen verdaderos supuestos de oposición a la ejecución (extinción de la garantía hipotecaria o del crédito y disconformidad con el saldo reclamado por el acreedor), de los supuestos de tercería de dominio y prejudicialidad penal, aunque manteniendo, en todos los casos, el carácter restrictivo de la suspensión del procedimiento».

³⁰ Así lo hace la propia Abogada General cuando procede a delimitar el marco legal a tener en cuenta para la resolución de la cuestión prejudicial planteada. Lo mismo puede decirse del Auto de planteamiento de la cuestión elaborado por el Magistrado José María Fernández Seijo, que centra su atención en dos aspectos concretos de la ejecución hipotecaria: la limitación de las causas de oposición a la misma; y la no suspensión de dicha ejecución por mor de la discusión en el procedimiento declarativo correspondiente de cualesquiera cuestiones relacionadas con el préstamo hipotecario (como, por ejemplo, las cláusulas abusivas en este supuesto concreto). Cuestiones que siempre van referidas a la discusión en torno a la validez/ invalidez de los intereses moratorios pactados por las partes y objeto también de cobertura del vencimiento anticipado previsto en el artículo 693 LEC, discusión que se erige, según se ha apuntado ya, en la base jurídica sobre la cual resulta admisible un pronunciamiento con carácter prejudicial por parte del TJUE.

³¹ Sobre este particular, vid. ADÁN DOMÉNECH, Federic, «La ejecución...», *ob. cit.*, págs. 49 a 91. Debe tenerse presente que junto a los mecanismos de ejecución hipotecaria en vía judicial en nuestro ordenamiento pervive el sistema de venta extrajudicial notarial, no regulado en la LEC, sino en los artículos 129 LH y 234 a 236 RH, cuyo respaldo por parte de la norma procesal se encuentra en la Disposición Final 9.ª LEC. Sobre el régimen jurídico de dicho procedimiento extrajudicial, vid., entre otros, RAMOS CHAPARRO, Enrique J., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, págs. 667 a 677.

³² *Ex* artículo 517.2.4 LEC. No en balde la ejecución hipotecaria regulada en los artículos 681 y sigs. LEC no es un procedimiento autónomo del procedimiento ordinario de ejecución, sino una «modalidad» de ejecución con ciertas especialidades, de ahí que el Capítulo V, Título IV del Libro III, en el que se encuentran los preceptos dedicados a la ejecución hipotecaria, lleve por rúbrica *De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados*.

³³ Cauce procedimental especialmente interesante respecto al tema objeto de estudio del presente trabajo y en el que más adelante se incidirá.

³⁴ Con base en la amplia tipología de documentos que permiten acudir a dicho procedimiento *ex* artículo 812 LEC.

Fuera como fuere, en los referidos artículos 695 a 698 LEC se encuentra el problema fundamental en materia hipotecaria cuestionado por el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, problema que el Magistrado José María Seijo formula en los siguientes términos:

«Los motivos de oposición a la ejecución de títulos no judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados están claramente tasados por los artículos 695, 696 y 697 de la LEC. El artículo 698 es contundente al advertir que cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor o cualquier interesado pudiera formular, que no se hallare comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre la nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender o entorpecer el procedimiento judicial de ejecución. Al deudor no le era posible activar el mecanismo de protección para el deudor previsto en el artículo 898.2 de la LEC por cuanto no se habían producido posturas en la subasta del procedimiento de ejecución y el acreedor instante había optado por adjudicarse el bien por el 50 por 100 del valor tasado, no había por lo tanto cantidades que pudieran retenerse sino que se había procedido a entregar la posesión al ejecutante en los términos referidos en el procedimiento de ejecución...»

Por lo tanto cualquier procedimiento que quisiera interponer el deudor para cuestionar la validez de las cláusulas del contrato de préstamo con garantía hipotecaria que habilitaban al prestamista para iniciar la ejecución singular sobre ese bien ofrecido en garantía, debía realizarse por el mecanismo de un procedimiento ordinario que en modo alguno podría comprometer el desarrollo y culminación del procedimiento de ejecución hipotecaria. La culminación o finalización de ese procedimiento de ejecución era la entrega del bien, la efectiva adjudicación en este caso al ejecutante».

El otro problema planteado, al que se circunscribe la segunda cuestión prejudicial, y que tiene su fundamento en el artículo 693 LEC, precisamente al hilo de la cual se discute acerca de la adecuación o no del actual sistema de ejecución hipotecaria español a la Directiva 93/13, es la validez de los intereses moratorios pactados y otras cláusulas del contrato celebrado, conforme a la normativa en materia de condiciones generales de la contratación y de protección de consumidores y usuarios, y el hecho de que el debate en torno dicha validez³⁵ quede sustraído al proceso de ejecución hipotecaria, debiendo

³⁵ En el caso enjuiciado aquí se trata de discutir la validez de tales intereses moratorios, pero lo mismo puede predicarse de todos aquellos aspectos relacionados con el contrato de préstamo hipotecario susceptibles de ser considerados condiciones generales de contratación y que puedan resultar abusivas, y por tanto lesivas de los derechos de los consumidores introducidos por vía comunitaria. Como se verá en los apartados que siguen, junto con los

dirimirse en un procedimiento declarativo posterior o simultáneo, procedimiento que en ningún caso tiene eficacia sobre la ejecución hipotecaria en curso o ya finalizada.

En efecto, en nuestro ordenamiento, el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria regulado en la LEC contiene una serie de motivos tasados en base a los cuales el deudor hipotecario puede oponerse (art. 695) o en base a los cuales se suspenderá el procedimiento en curso (arts. 696 y 697), y entre los que no se encuentra la discusión sobre hipotéticas cláusulas abusivas incluidas en el título jurídico del cual dimana la ejecución hipotecaria, versen tales cláusulas sobre intereses moratorios o sobre cualesquiera otras cuestiones.

Así, conforme al artículo 695.1 LEC (oposición a la ejecución)³⁶:

«En los procedimientos a que se refiere este capítulo solo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:

- 1. Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía.*
- 2. Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado. El ejecutado deberá acompañar su ejemplar de la libreta en la que consten los asientos de la cuenta y solo se admitirá la oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante...*
- 3. En caso de ejecución de bienes muebles hipotecados o sobre los que se haya constituido prenda sin desplazamiento, la sujeción de dichos bienes a otra prenda, hipoteca mobiliaria o inmobiliaria o embargo inscritos con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento, lo que habrá de acreditarse mediante la correspondiente certificación registral».*

Como puede verse, los motivos de oposición que puede alegar el deudor se encuentran sumamente restringidos por la LEC, como ya ocurría con anterior-

intereses moratorios las otras dos cláusulas objeto de análisis son las referidas al vencimiento anticipado del préstamo y a la facultad de determinación unilateral por el acreedor del montante de la deuda exigible.

³⁶ Vid., como comentario reciente del precepto, CORDÓN MORENO, Faustino, «Comentario al artículo 695 de la LECiv. Oposición a la ejecución», en la obra colectiva, *Ejecución Hipotecaria; Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio SALAS CARCELLER—, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, págs. 781 a 787.

ridad a la aprobación de la misma³⁷, refiriéndose al caso de ejecución de una hipoteca inmobiliaria únicamente los dos primeros (y con carácter de *numerus clausus*), puesto que el último motivo de oposición versa sobre la hipoteca mobiliaria.

En todo caso, ninguno de ambos supuestos permiten al órgano jurisdiccional que conoce de la ejecución entrar a valorar la existencia de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario en que se fundamenta la ejecución hipotecaria³⁸. Y semejante imposibilidad de cognición del órgano ju-

³⁷ El artículo 132 LH en su redacción anterior a la LEC establecía únicamente cuatro supuestos de suspensión, que no de oposición, y que eran: la existencia de un proceso penal por falsedad del título hipotecario; la interposición de una tercera de dominio; la certificación expedida por el Registro de cancelación de la hipoteca, y la disconformidad entre el saldo resultante y el solicitado en la demanda ejecutiva. Los dos primeros motivos que se contemplaban en la anterior regulación contenida en la LH pasan ahora a tener la consideración de causas de suspensión (arts. 696 y 697 LEC), mientras que los dos segundos se erigen en motivos de oposición (art. 695.1 apartados 1 y 2).

³⁸ Tal y como señala YSAS SOLANES, «...la oposición por esta vía es difícil y queda en evidencia la indefensión del deudor, lo que hace pensar en la previsión de estas situaciones a priori, es decir, en la calificación registral, teniendo en cuenta lo abusivo de la cláusula en cuestión». YSAS SOLANES, María, *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, La Ley, Madrid, 1994, pág. 128. En efecto, el Registrador sí que puede verificar, en el momento de inscripción de la hipoteca, la existencia de cláusulas abusivas en el título en que se apoya la hipoteca (en este caso el contrato de préstamo), examen que puede hacer de oficio y en base al cual puede tener por no puestas tales cláusulas. El fundamento de dicho control estaría en los artículos 12, 18 y 258.2 LH y 84 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias —TRLGDCU— (en conexión con el 85.6 de la misma norma, que se refiere a cláusulas abusivas que impongan al consumidor una indemnización desproporcionadamente alta cuando no cumpla sus obligaciones, como planteaba en este caso el juez Seijo en su Auto de formulación de la cuestión prejudicial). Sobre este particular, señala GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, siguiendo a CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, que: «...el Registrador, y siempre según mi opinión, sí que puede o incluso, debe, rechazar aquellas condiciones generales incluidas en un contrato de préstamo hipotecario, que sean objetivamente abusivas por coincidir con algunas de las enumeradas en la lista de la LGDCU, aunque no hayan sido declaradas nulas en sentencia firme, ni inscritas en el Registro de Condiciones Generales, cuando por ser abusivas, supongan una vulneración de la buena fe objetiva y del equilibrio de las prestaciones». GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «El control registral de las cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 705, 2008, págs. 409 y 410. Vid., asimismo, y entre otros, sobre este particular, CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, Rafael, *Las cláusulas de la hipoteca*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, págs. 74 y sigs.; GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, «Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El Registro de condiciones generales de la contratación y la eficacia de la inscripción», en la obra colectiva *La contratación bancaria* —coords.: Enrique GADEA SOLER y Adolfo SEQUEIRA MARTÍN—, 2007, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2007, págs. 241 a 276; BALLUGERA GÓMEZ, Carlos, «Tratamiento registral de las cláusulas abusivas de las hipotecas», en la obra colectiva, *Ejecución Hipotecaria; Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio SALAS CARCELLER—, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, págs. 411 a 441; LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M., «Las condiciones generales de la contratación y su control en el ámbito registral», en *Revista La Ley*, núm. 148, 2008, págs. 1763 a 1770; BUSTO LAGO, J.

risdiccional ha sido plenamente admitida por nuestro Tribunal Constitucional, que ha entendido que la misma no resulta contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva³⁹, por cuanto al ejecutado siempre le queda a salvo

M., «El control registral de las condiciones generales de los contratos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 667, 2001, págs. 1939 a 2004; HERBOSA, Inmaculada, *El despacho de la ejecución hipotecaria. Causas de oposición y suspensión*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, págs. 69 a 81.

Asimismo, un muy recomendable análisis desde el punto de vista histórico del ámbito de la calificación registral (formal vs. material) puede verse en RODRÍGUEZ OTERO, Lino, *La Ley Hipotecaria de 1861: sus autores, sus avatares y comentarios (referencia a una posible injusticia histórica)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2010, págs. 493 a 502. En sentido contrario a esta posibilidad de control registral de las cláusulas abusivas se ha manifestado la DGRN (cfr. Resoluciones de 19 de abril de 2006), aunque recientemente haya modificado su postura inicial, por mor de los pronunciamientos contenidos en las Resoluciones de 1 de octubre de 2010, 4 de noviembre de 2010 y 11 de enero de 2011, que son consecuencia del pronunciamiento recaído en la STS de 16 de diciembre de 2009 (sobre la que volveremos más adelante) y en la sentencia del TJUE dictada en el Asunto *Pannon GSM* (C-243/08).

³⁹ Cfr. SSTC de 18 de diciembre de 1981, 24 de enero de 1995 (Sala 1.ª), 9 de mayo de 1995 (Sala 1.ª), 4 de diciembre de 1997 y, más recientemente, el Auto del Tribunal Constitucional de 19 de julio de 2011 (Pleno). En esta última resolución judicial del Alto Tribunal se inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de 1.ª Instancia, número 2 de Sabadell, por resultar manifiestamente infundada, al existir ya abundante jurisprudencia respecto a la constitucionalidad de la limitación de las causas de oposición del deudor en el procedimiento de ejecución hipotecaria. Y así, el Tribunal señala (FJ 4.º) que:

«...es preciso recordar, como advierte el Fiscal General del Estado, que el Pleno de este Tribunal Constitucional ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre la conformidad de las disposiciones legales que limitaban los motivos de oposición en el proceso especial de ejecución hipotecaria establecido por la Ley de 2 de diciembre de 1872 para el desaparecido Banco Hipotecario de España, S. A., y también en relación con el procedimiento sumario de ejecución introducido por la Ley Hipotecaria de 1909, que ha perdurado en sus rasgos fundamentales hasta su sustitución por el régimen recogido en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 que reproduce, por lo que aquí interesa, los perfiles esenciales (cognición limitada y medios de defensa limitados) del procedimiento de ejecución hipotecaria (también sobre viviendas) entonces examinado. En efecto, en la STC 41/1981, de 18 de diciembre, dictada en sendos recursos de amparo acumulados avocados al Pleno, este Tribunal abordó el examen de la constitucionalidad de las disposiciones legales que limitaban los motivos de oposición a la ejecución en el marco del procedimiento sumario de ejecución hipotecaria, en un esquema normativo y de planteamiento de la cuestión semejante en su formulación al ahora suscitado.

Ya afirmamos entonces (F. 5) que “en el procedimiento de ejecución hipotecaria, se limita extraordinariamente la contradicción procesal, pero ello no significa que se produzca indefensión... en el proceso debatido falta la controversia entre las partes... es un procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cognición. Tal estructura resulta lógica a partir de la naturaleza del título. ...El procedimiento es una vía de apremio, en que el Juez realiza un derecho del acreedor, que este no puede realizar por sí solo, porque se lo impide el principio de paz jurídica”. A ello se añade que “[l]a ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento. No se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo. Las cuestiones de fondo quedan intactas y pueden discutirse después con toda amplitud”. Seguidamente, en el Fundamento jurídico 6, se señala que “el hecho de que el procedimiento de ejecución sumario

la posibilidad de acudir al correspondiente procedimiento declarativo en el que podrá discutir la validez/invalidéz del título (o alguna de sus partes), aunque dicho procedimiento en ningún caso suspenderá o entorpecerá el procedimiento de ejecución⁴⁰.

se caracterice, consecuentemente con la naturaleza del título, por la ausencia de contradicción procesal, no significa que produzca indefensión y que, en consecuencia, resulte inconstitucional por ser contrario al artículo 24 de la Constitución”. Razona la sentencia que “lo expeditivo de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario. En rigor, la radical limitación de las excepciones no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo sobre la realización del valor: hay una limitación de las excepciones que pueden producir el efecto suspensivo y nada más. La Ley Hipotecaria y los estatutos del Banco Hipotecario dejan abiertas todas las posibilidades de contradicción y se limitan a establecer que solo unas limitadas excepciones pueden producir suspensión. No se limitan, pues, las posibilidades de contradicción, sino las de suspender mediante el juego de las excepciones. Desde esta perspectiva, es claro que no puede haber violación del artículo 24 de la Constitución, porque el deudor y el titular del dominio de la finca no quedan indefensos, ni privados de tutela”. Concluye finalmente la sentencia (F. 7) señalando que “aquí no hay renuncia a la defensa frente a las pretensiones del acreedor, ni una renuncia a la tutela jurisdiccional. Mas no debe olvidarse que, al constituir la hipoteca, se consiente en que la defensa tenga una eficacia momentáneamente disminuida, por no ser apropiada para suspender la ejecución”.

Siguiendo la doctrina precedente y en respuesta al aducido carácter insatisfactorio de la remisión legal al correspondiente proceso declarativo para abordar una cognición plena reiteramos en la STC 217/1993, de 30 de junio, F. 2 (con mención de sentencias anteriores) que “este tipo de procedimiento [la ejecución hipotecaria] se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y paralela disminución de las posibilidades de oponerse mediante la formulación de excepciones, ya que la presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores y acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización, y que el deudor, como los terceros poseedores y acreedores posteriores, más allá de detener la ejecución mediante el pago, para lo que la Ley establece que debe hacerse el oportuno requerimiento, apenas tienen posibilidades de oposición, pues al objeto de impedir la suspensión del procedimiento el artículo 132 prevé, salvo en los cuatro supuestos taxativamente fijados, que las demás reclamaciones que puedan aquellos formular se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda. Precisamente, por esta posibilidad, es decir, porque queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, este Tribunal Constitucional ha afirmado que la limitación de controversia y demás peculiaridades de este procedimiento no vulneran el derecho a la defensa consagrado en el artículo 24.1 CE”; doctrina que ha sido recordada por este Tribunal en ulteriores ocasiones (SSTC 269/1993, de 18 de octubre, F. 4; y 223/1997, de 4 de diciembre, FF. 3 y 5), y confirmada como regla general, tras el surgimiento de algunas dudas en relación con la tutela de terceros poseedores de la finca hipotecada, en nuestra Sentencia del Pleno de este Tribunal 158/1997, de 2 de octubre, FF. 5, 6 y 7».

También existe abundante jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo sobre el carácter de vía de apremio de la ejecución hipotecaria y el hecho de no estar precedida de fase alguna de cognición, pudiendo citarse, entre otras, las SSTS de 22 de abril de 1987, 12 de noviembre de 1985, 10 de diciembre de 1991 y 22 de julio de 1994 (cfr. ADÁN DOMÉNECH, Federic, «La ejecución...», *ob. cit.*, págs. 399 a 402).

⁴⁰ Por lo que se ha entendido por nuestra jurisprudencia que contra las actuaciones del procedimiento no cabe recurso de revisión (STS de 3 de julio de 1989) ni tampoco de

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve el hecho de que, no siendo nuestro actual sistema de ejecución hipotecaria de la LEC contrario a la tutela judicial efectiva, como ha reiterado en diversas ocasiones, no le compete a los órganos jurisdiccionales discutir o plantear sistemas de ejecución alternativos, por cuanto semejante tarea se encuentra encomendada en nuestro ordenamiento jurídico al legislador⁴¹, lo que convierte en manifiestamente infundas las cuestiones de inconstitucionalidad que puedan plantearse al respecto⁴².

Por otra parte, y como ya se ha apuntado, los artículos 696 y 697 LEC regulan respectivamente como supuestos de suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria la interposición de una tercería de dominio y la existencia

casación (STS de 22 de julio de 1994 y AATS de 20 de septiembre de 1998 y 4 de mayo de 1999).

⁴¹ Remisión al legislador en materia de configuración del régimen de ejecución hipotecaria que guarda una estrecha interrelación con las conclusiones presentadas por *Juliane Kokott*, por cuanto la Abogado General recuerda que las cuestiones procesales competen a los distintos legisladores de los estados miembros, aunque siempre respetando los principios de equivalencia y efectividad.

Por otra parte, la Abogado General no entiende que la ejecución hipotecaria española en sí misma sea contraria a la Directiva 93/13, aspecto en el cual se fundamenta la competencia del TJUE para pronunciarse, sino, y más acertadamente, que el proceso declarativo en el que se puede plantear la existencia de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario no cumple suficientemente con el principio de efectividad, por cuanto no tiene repercusión alguna en el proceso de ejecución hipotecaria en curso o, incluso, ya finalizado, como ocurrió en el caso del señor *Aziz*, en el que además no era posible que el juez que conoce del declarativo hiciese uso de la facultad prevista en el artículo 698 LEC de retener parte del importe de la ejecución hipotecaria para poder resarcir al ejecutado de posibles daños y perjuicios, puesto que, en el caso concreto enjuiciado, a la subasta no concurrieron licitadores, habiéndose adjudicado la entidad financiera el inmueble, y sin que hubiese por tanto indemnización alguna que «retener», ni existencia, tampoco, de posibilidad alguna por parte del juez del procedimiento declarativo de decretar la nulidad de la ejecución llevada a cabo en caso de estimar la existencia de cláusulas abusivas determinantes de la nulidad parcial o total del título en que dicha ejecución se fundamenta.

⁴² Y así, en el Auto del Tribunal Constitucional, de 19 de julio de 2011 (Pleno) se señala (FJ 4.º *in fine*) que: «...la cuestión de inconstitucionalidad no es cauce procesal idóneo para que los órganos jurisdiccionales puedan cuestionar de modo genérico o abstracto la constitucionalidad de un régimen o esquema legal (por lo que aquí interesa el proceso de ejecución hipotecaria) por contraste con un hipotético modelo alternativo, que no le compete formular al órgano proponente ni corresponde valorar a este Tribunal Constitucional por ser materia de la exclusiva competencia del legislador, dentro de cuyos límites constitucionales dispone de un amplio margen de libertad de elección que este Tribunal ni puede ni debe restringir». Un breve comentario a este Auto puede verse en RUBIO TORRANO, Enrique, «Ejecución hipotecaria y derechos constitucionales», en la obra colectiva, *Ejecución Hipotecaria; Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio SALAS CARCELLER—, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, págs. 269 a 262. Trabajo del autor citado que puede encontrarse, con el mismo título, también en la *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6 (octubre de 2011), págs. 11 a 13.

de prejudicialidad penal⁴³, que no la prejudicialidad civil prevista genéricamente en el artículo 43 LEC⁴⁴.

⁴³ Sobre la posibilidad de alegar causas de suspensión distintas de las previstas en tales preceptos, vid. MONSERRAT VALERO, Antonio, *Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2002, págs. 167 a 170. Supuestos ya estudiados con detenimiento por el autor bajo la vigencia de la normativa anterior (cfr. MONSERRAT VALERO, Antonio, *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria. Artículo 131 LH*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 298 a 344). Téngase presente que el antiguo artículo 132 LH no hablaba de causas de oposición, sino únicamente de suspensión, aunque técnicamente, y de forma desafortunada, en el mismo conviviesen verdaderas causas de suspensión y de oposición, que con la regulación actual contenida en la LEC se han separado, distinguiendo así entre causas de suspensión *stricto sensu* (tercerías de dominio y prejudicialidad penal) y de oposición.

Respecto a la prejudicialidad penal (que no es más que una concreción para el caso de la ejecución hipotecaria de los arts. 40.2 y 569 LEC) y dada la posible tentación de proceder a iniciar un proceso penal con finalidad únicamente dilatoria, puesto que la misma implica la suspensión de la ejecución hipotecaria, procede recordar, como aspectos a tener en cuenta sobre dicha prejudicialidad, siguiendo a CORDÓN MORENO que: «a) no basta la incoación del procedimiento, sino que es preciso que se acredite su efectiva pendencia; b) en él se deben estar investigando hechos que, de ser ciertos determinarían la falsedad del título, la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución, con lo que ha resultado ampliado el ámbito previsto en el anterior artículo 132 LH...; c) que el ejecutante puede evitar la suspensión prestando fianza». CORDÓN MORENO, Faustino *et al.* (coords.), «Comentarios a la Ley...», *ob. cit.*, pág. 559.

Con relación a la tentación apuntada, en su comentario al artículo 697 LEC, señala ORS SIMÓN que: «Excelente consideramos la introducción de este precepto, y elogiamos la redacción del artículo 569 de la Ley Adjetiva, que supera con creces el escueto contenido —objeto así de múltiples interpretaciones— de los artículos 11.2 de la LOPJ, 114 LECR y 514 LEC de 1881, por su casuismo y, especialmente, por la posibilidad de evitar la paralización de la ejecución mediante la prestación de la oportuna fianza, evitando así el desgraciado apego de ciertos profesionales a la paralización de los pleitos sine die con promoción de denuncias o querellas sin sustento alguno real, pero que se han mantenido —con la consiguiente paralización del asunto civil— por medio del sistema de recurrir para mantener viva la causa penal todo lo posible, lo que en muchas ocasiones no ha sido sin un torticero uso del derecho en fraude de ley». ORS SIMÓN, Germán, en la obra colectiva «Comentarios a la nueva...», *ob. cit.*, pág. 637.

⁴⁴ La LEC, con ocasión de establecer las particularidades propias del procedimiento sumario de ejecución hipotecaria, tan sólo se refiere como causa de suspensión a la prejudicialidad penal, no mencionando la civil, que carecería en consecuencia de virtualidad práctica en orden a paralizar el proceso de ejecución como consecuencia del hecho de que se esté discutiendo en el procedimiento declarativo correspondiente la validez del título jurídico en que la hipoteca (que tiene carácter accesorio respecto al derecho de crédito en nuestro caso) se base. Conclusión que, por otra parte, resulta confirmada posteriormente por el artículo 698 LEC.

No se comprende, en consecuencia, por qué en el genérico modelo de escrito de solicitud de suspensión de ejecuciones hipotecarias en curso confeccionado por el Consejo General de la Abogacía Española se alude a la prejudicialidad civil como uno de los fundamentos en base a los cuales el juez en cuestión debiera acordar dicha suspensión. Prejudicialidad civil referida además a la pendencia de la resolución de la cuestión prejudicial por parte del TJUE, y que únicamente afecta al órgano jurisdiccional que ha efectuado el planteamiento de tal cuestión, no a los restantes órganos jurisdiccionales del Estado (en sentido idéntico a lo que ocurre cuando se procede al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad). Escri-

Finalmente y a continuación el artículo 698 LEC (Reclamaciones no comprendidas en los artículos anteriores), cierra el conjunto de preceptos de la LEC dedicados a regular las especialidades propias del procedimiento de ejecución hipotecaria, estableciendo que:

- «1. *Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo.*

La competencia para conocer de este proceso se determinará por las reglas ordinarias.

2. *Al tiempo de formular la reclamación a que se refiere el apartado anterior o durante el curso de juicio a que diere lugar, podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo, con retención del todo o de una parte de la cantidad que, por el procedimiento que se regula en este capítulo, deba entregarse al acreedor.*

El tribunal, mediante providencia, decretará esta retención en vista de los documentos que se presenten, si estima bastantes las razones que se aleguen. Si el que solicitase la retención no tuviera solvencia notoria y suficiente, el tribunal deberá exigirle previa y bastante garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor.

3. *Cuando el acreedor afiance a satisfacción del tribunal la cantidad que estuviere mandada retener a las resultas del juicio a que se refiere el apartado primero, se alzarán la retención».*

Como puede verse, el artículo 698 remite para la discusión en torno a cualesquiera cuestiones referentes a la ejecución hipotecaria, y concretamente al título o al importe de la deuda objeto de cobertura hipotecaria, al juicio declarativo que corresponda⁴⁵.

Sin embargo, y he aquí el problema suscitado en la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Barcelona, el procedimiento declarativo entablado nunca podrá tener como efecto la suspensión ni el entorpecimiento de la ejecución hipotecaria que se encuentra en curso.

to que puede consultarse y descargarse en la dirección: <http://www.abogacia.es/2012/11/14/la-abogacia-facilita-a-los-ciudadanos-un-escrito-para-la-suspension-inmediata-del-desahucio/>.

⁴⁵ Que se determinará conforme a las reglas generales de la LEC establecidas en los artículos 248 y sig.

En consecuencia, incluso la posibilidad de declaración de la nulidad⁴⁶ del título en dicho procedimiento declarativo (en nuestro caso del contrato de préstamo hipotecario) no llevaría aparejada consecuencia alguna sobre la ejecución hipotecaria en curso, que sigue adelante en todo caso salvo que se dé alguno de los supuestos de oposición mencionados anteriormente, o bien de suspensión.

Fácilmente se deduce que la referencia por parte del artículo 698 LEC al inicio de un procedimiento declarativo que se desenvuelve de forma simultánea a la ejecución hipotecaria⁴⁷ y a la falta de efectos del primero sobre la segunda, constituye una clara excepción a la regla de la prejudicialidad civil consagrada en el artículo 43 LEC⁴⁸.

Excepción de la regla general que encuentra su razón de ser en la concepción de la ejecución hipotecaria como un procedimiento sumario en el que se busca la rápida tutela del acreedor que ve incumplida la obligación objeto de cobertura hipotecaria, y en que, sin duda, se ha inclinado la balanza, en cuanto a protección, en pro del acreedor antes que del deudor, que ve extraordinariamente limitadas sus posibilidades de defensa, aunque dicha limitación se vea salvaguardada desde el punto de vista constitucional⁴⁹ por la posibilidad de acudir, con posterioridad, al procedimiento declarativo correspondiente.

En cualquier caso, parece que el debate y el problema no está en el procedimiento de ejecución hipotecaria en sí mismo (o al menos no exclusivamente), sino precisamente en la virtualidad práctica que ese procedimiento declarativo pueda tener respecto a la tutela de los derechos del deudor afectado por la ejecución en cuestión. Y en particular en materia de la protección de los derechos que ese deudor tiene en su condición de consumidor, por cuanto el contrato de préstamo hipotecario se configura en el caso analizado como un contrato de adhesión, con sus respectivas condiciones generales de la contratación que podrán ser, o no, abusivas.

Y es que, la única protección que en el seno del procedimiento declarativo en que se discute, en nuestro caso, el carácter abusivo o no de una cláusula

⁴⁶ Nulidad que podrá ser total o parcial. Recordemos que en el caso sometido a cuestión prejudicial, lo que se cuestiona en el procedimiento declarativo seguido ante el Juzgado de lo Mercantil que plantea la cuestión prejudicial es la nulidad (por abusiva) de parte del clausulado del contrato de préstamo hipotecario.

⁴⁷ O que incluso puede haberse iniciado con anterioridad a que se haya dado trámite a la ejecución hipotecaria en cuestión.

⁴⁸ En cuyo párrafo primero se establece que: «*Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial.*».

⁴⁹ Y por ende del respeto al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE (vid. nota 39).

del contrato⁵⁰ se circunscribe a la posibilidad, establecida en el artículo 698.2 LEC transcrito, de que el juez que conoce del declarativo retenga una parte, o la totalidad, de la cantidad obtenida por medio de la ejecución hipotecaria que se ha llevado a cabo, en concepto de posible indemnización de daños y perjuicios, y a los efectos de asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte⁵¹.

Posibilidad que, según se ha expuesto más atrás⁵², *Juliane Kokott* emplea como fundamento de la competencia del TJUE para pronunciarse respecto a la primera cuestión prejudicial planteada⁵³, evitando así entender que la misma es

⁵⁰ Carácter abusivo que tiene su origen en la normativa comunitaria fijada por la Directiva 93/13, traspuesta a los distintos ordenamientos nacionales de los Estados miembros de la UE. Lo que se está dirimiendo es, por tanto, el régimen jurídico de defensa que en nuestro ordenamiento se confiere a la normativa comunitaria existente en materia de consumidores y usuarios en aquellos casos en los cuales nos encontramos con un procedimiento de ejecución hipotecaria consecuencia del incumplimiento de un contrato de adhesión sometido a tal Directiva 93/13.

⁵¹ Señala, a este respecto, CORDÓN MORENO, al comentar el artículo 698 LEC, que: «*La única incidencia que estas reclamaciones tienen en el proceso de ejecución pendiente es la posibilidad que se reconozca a quien la plantee de solicitar del tribunal que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte con retención del todo o de una parte de la cantidad que se obtenga en la ejecución y deba entregarse al acreedor (art. 698.2.I). Se trata en realidad de una medida cautelar que puede ser solicitada por el actor al tiempo de formular la reclamación... o durante el curso del juicio a que diere lugar, sin necesidad de acreditar, en el segundo de los casos, que se basa en hechos y circunstancias que justifican la solicitud en ese momento (cfr. art. 730.4). A la vista de la solicitud y de los documentos que se presenten, el tribunal decretará la retención si estima bastantes las razones que se aleguen y previa prestación (si no tuviera solvencia notoria y suficiente) de garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor ejecutante (art. 698.2.II); este podrá obtener el alzamiento de la retención afianzando a satisfacción del tribunal la cantidad que estuviere mandada retener (art. 698.3). La finalidad puramente resarcitoria de la medida cautelar puede resultar insuficiente para satisfacer el interés del deudor ejecutado (o del interesado de que se trate); piénsese en los casos en que la reclamación versa sobre la nulidad del título por el que se despacha la ejecución o sobre la certeza o extinción de la deuda. Resultará en ellos que, al no tener la demanda ordinaria eficacia suspensiva, no podrá impedirse la realización del bien en una ejecución que, en el supuesto de estimarse aquella, se habrá llevado sin concurrir sus presupuestos: el título ejecutivo (en el caso de que la sentencia lo declare nulo) o la acción ejecutiva (en el caso de que se declare extinguida o inexistente la obligación). Por eso entiendo que el deudor (o interesado de que se trate) podrá solicitar la anotación preventiva de la demanda, con el fin de advertir al posible adquirente del bien en la ejecución de la ilicitud de esta».* CORDÓN MORENO, Faustino *et al.* (coords.). «Comentarios a la Ley...», *ob. cit.*, págs. 560 y 561. Al problema apuntado por el autor cabe añadir otro, que además se da en el caso sometido a cuestión a prejudicial, cual es la posibilidad de que no concorra ningún postor a la subasta, quedándose la entidad financiera con el inmueble, de tal manera que en semejante supuesto no existe cantidad dineraria alguna a retener por parte del juez que conoce del procedimiento declarativo.

⁵² Vid. *supra*.

⁵³ Que recordemos versa sobre si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en el artículo 695 y sigs. LEC, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previstos por el ordenamiento procesal español, constituye

hipotética y que la respuesta no es necesaria para que el juez de lo mercantil pueda resolver adecuadamente el objeto del proceso.

Precisamente sobre la adecuación de esta retención por parte del juez de parte de la cantidad de la ejecución hipotecaria como indemnización por daños y perjuicios al deudor y su conformidad con el principio de efectividad⁵⁴ en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios consagrada por la normativa comunitaria es sobre la que se centra el debate suscitado con ocasión del planteamiento de la cuestión prejudicial objeto del presente trabajo. Es decir, ¿es suficiente la protección de tales derechos conferida por el mecanismo indemnizatorio previsto en el artículo 698 LEC desde el prisma del Derecho comunitario aunque el procedimiento declarativo en el que se discute el título en que se basa la ejecución hipotecaria no paralice ni suspenda la misma?

Podría decirse que este, y no otro, es el *quid* del razonamiento que se plantea en las conclusiones presentadas por la Abogado General *Juliane Kokott* en el asunto *Mohamed Aziz c. Catalunyacaixa*, de tal manera que no puede decirse que las mismas constituyan, caso de ser finalmente acogidas por el TJUE, la quiebra de nuestro ordenamiento jurídico en materia de ejecución hipotecaria, por cuanto los razonamientos efectuados se hacen siempre en base a un supuesto en el cual existen posibles vulneraciones de los derechos de los consumidores y usuarios (en este caso concreto, por ejemplo, la existencia de unos intereses de demora pretendidamente abusivos), situación que no siempre tiene por qué darse, y en cuyo caso la ejecución quedaría al margen de la competencia del TJUE para valorar su acierto o desacierto.

Esto es, si el contrato de préstamo hipotecario es perfectamente válido, y no abusivo⁵⁵, ninguna implicación tiene respecto a la ejecución hipotecaria el Derecho comunitario, al margen de las consideraciones que sobre la justicia o injusticia del actual drama social de los desahucios puede realizar cada uno a título particular, y de la idoneidad o no de reformar el sistema vigente.

V. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO: EL MERO CARÁCTER CASUÍSTICO DE SU ANÁLISIS EN LAS CONCLUSIONES PRESENTADAS

Como se ha expuesto anteriormente⁵⁶, el objeto de la segunda cuestión prejudicial planteada al TJUE estriba en determinar si el clausulado del contrato

una limitación injustificada de la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios prevista por la normativa comunitaria existente en la materia.

⁵⁴ En el que *Juliane Kokott* incide y sobre el que volveremos (vid. *infra*).

⁵⁵ Conforme, pues, con la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993.

⁵⁶ Vid. *supra*.

de préstamo hipotecario celebrado por *Catalunyacaixa* y el señor *Aziz* a que se refiere el juez Seijo en su Auto de planteamiento de la cuestión es contrario o no a la Directiva 93/13 CEE. Y precisamente esta es la controversia objeto del procedimiento declarativo en el seno del cual se plantea la cuestión prejudicial, no la ejecución hipotecaria ya finalizada, sobre la que la Abogado General se pronuncia como consecuencia de la previsión contenida en el artículo 698.2 LEC.

Más concretamente la segunda cuestión prejudicial se desgrana en tres apartados. El primero referido a la licitud de la cláusula de vencimiento anticipado del montante total del préstamo por impago de alguna de las cuotas correspondientes a los distintos vencimientos. El segundo centrado en el tipo de interés moratorio estipulado en el contrato de préstamo hipotecario. Y el tercero sobre la validez de la fijación de manera unilateral y variable, por parte de la entidad financiera, de los intereses tanto ordinarios⁵⁷ como moratorios, máxime cuando el deudor ejecutado no puede discutir ninguna de estas cuestiones en el proceso de ejecución hipotecaria, pudiendo verse privado de su vivienda en el transcurso del procedimiento declarativo en el que se impugnan tales cláusulas.

Respecto a estos tres temas, decir en primer término que no es este el lugar idóneo para realizar un análisis exhaustivo de los mismos, puesto que, no en balde, semejantes problemas no dejan de desempeñar un mero papel instrumental en la resolución de la cuestión prejudicial planteada, y ello pese a que constituyan, precisamente, el fondo del asunto planteado por el señor *Aziz* en el procedimiento declarativo. No obstante, y dado que la Abogado General sí que efectúa una serie de consideraciones en torno al posible carácter abusivo de los intereses del préstamo, su mecanismo de fijación y la cláusula de vencimiento anticipado pactada por la entidad financiera y el señor *Aziz*, consideramos interesante ahondar en este tipo de cláusulas, tanto desde el prisma estrictamente comunitario (a que se refiere *Juliane Kokott*) como desde el punto de vista de nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo demás, no puede obviarse, como ya se ha dicho, que las conclusiones presentadas por la Abogado General tienen por objeto pronunciarse respecto al sistema español de ejecución hipotecaria y su compatibilidad con la normativa comunitaria en materia de protección de consumidores y usuarios materializada en la Directiva 93/13. Esto es, tienen un grado de abstracción que hace extrapolables sus razonamientos a cualesquiera casos en los cuales se produzca una presunta vulneración de los derechos del consumidor establecidos por la norma comunitaria derivada de la existencia de cláusulas abusivas, y sólo a tales supuestos⁵⁸.

⁵⁷ Intereses que tienen la consideración de remuneratorios.

⁵⁸ De tal manera que ninguna repercusión tienen estas conclusiones, y el posterior fallo del TJUE, sobre los contratos de préstamo hipotecario que resulten plenamente conformes con la normativa comunitaria en materia de consumidores y usuarios, y por ende de la validez o no del sistema de ejecución hipotecaria previsto para tales casos por la normativa procesal española. Y ello porque el TJUE carece de competencia para pronunciarse sobre semejante

Por último, entrando ya al análisis de las conclusiones propiamente dichas, y con carácter previo al análisis de cada una de las tres cláusulas controvertidas en particular a que hemos hecho referencia, debemos destacar las consideraciones preliminares que efectúa *Juliane Kokott* sobre las cláusulas abusivas y su calificación, cuando recuerda que:

1. El artículo 3.1 de la Directiva 93/13⁵⁹, al amparo del cual debe efectuarse la calificación en torno a si una cláusula de un contrato de adhesión celebrado con un consumidor es o no abusiva, solo delimita de forma abstracta y genérica los elementos que determinan el carácter abusivo o no de una cláusula contractual⁶⁰.
2. Dicha calificación sobre el carácter abusivo o no de una particular cláusula contractual debe, en consecuencia, realizarse en base a: las circunstancias del caso concreto⁶¹; la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato; el resto de las cláusulas del contrato de que se trate o de otro contrato del que dependan. Y ello de conformidad con lo establecido en el artículo 4.1 de la Directiva 93/13⁶².
3. Es al juez nacional, y no el TJUE, a quien corresponde decidir si una cláusula contractual puede ser calificada como abusiva al amparo de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Directiva, ya que solo él puede apreciar de forma completa las consecuencias que la cláusula de que se trata puede tener en el ámbito del Derecho aplicable al contrato, en cuanto que implica un examen del ordenamiento jurídico nacional⁶³.

extremo, al que tan sólo se adentra, de manera incidental, por estar en juego el principio de efectividad en la tutela de los derechos de los consumidores.

⁵⁹ Cuyo contenido reproduce el artículo 82.1 TRLGDCU.

⁶⁰ Como ha tenido la ocasión de precisar el TJUE, citándose a este respecto en las notas a las conclusiones presentadas el pronunciamiento recaído en la sentencia de 4 de junio de 2009 (C-243/08, *Pannon GSM*), apartado 37, conforme al cual: «...cabe observar que, al referirse a los conceptos de buena fe y de desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes, el artículo 3 de la Directiva delimita tan solo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no ha sido negociada individualmente [sentencia de 1 de abril de 2004, *Freiburger Kommunalbauten* (C-237/02, apartado 19)]».

⁶¹ En particular todas aquellas que concurren en el momento de celebración del mismo, particularmente importantes en lo que se refiere al consentimiento prestado por el consumidor e información de que disponía para prestar dicha avenencia.

⁶² Cfr. artículo 82.3 TRLGDCU.

⁶³ Así lo ha declarado el TJUE, por ejemplo, en el Asunto *Invitel* (C-472/10), en cuyo apartado 30 se señala que: «Corresponde al órgano jurisdiccional nacional que conoce del procedimiento... apreciar, habida cuenta del artículo 3, apartados 1 y 3, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula como la que es objeto del litigio principal. En el marco de esa apreciación, dicho órgano jurisdiccional deberá comprobar en particular, a la luz de todas las cláusulas de las CG de los contratos celebrados con consumidores de que forme parte la cláusula controvertida, y de la normativa nacional que establezca derechos y obligaciones que podrían sumarse a los previstos por las CG de que se trate, si se especifican de manera

4. Al TJUE únicamente le corresponde la interpretación de los criterios generales que permiten apreciar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales sujetas a las disposiciones de la Directiva 93/13⁶⁴.

Es tras estas consideraciones generales cuando en las conclusiones se abordan uno por uno los distintos interrogantes relacionados con la segunda de las cuestiones prejudiciales planteadas, siguiendo el orden siguiente: cláusula de vencimiento anticipado; cláusula sobre los intereses de demora; y, finalmente, cláusula de determinación unilateral del importe de la deuda. Aspectos a los que dedicamos las páginas que siguen, añadiendo a las propias consideraciones de la Abogado General otras adicionales, con la finalidad de dotar de un contenido más concreto los parámetros esbozados para calificación, conforme al ordenamiento comunitario, de cada una de las cláusulas controvertidas como abusivas o no.

1. CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

Por lo que respecta a la primera de las cláusulas objeto de discusión, esto es, a la licitud del pacto de vencimiento anticipado contenido en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre el señor Aziz y *Catalunyacaixa*⁶⁵, en las

clara y comprensible los motivos o el modo de variación de los gastos relacionados con el servicio que deba prestarse [...]».

⁶⁴ En el Asunto *Mostaza Claro* (C-168/05), el TJUE señaló (apartado 22) que: «El Tribunal de Justicia no puede pronunciarse sobre la aplicación de los criterios generales utilizados por el legislador comunitario para definir el concepto de cláusula abusiva a una cláusula particular que debe ser examinada en función de las circunstancias propias del caso concreto (sentencia de 1 de abril de 2004, *Freiburger Kommunalbauten*, C-237/02, apartado 22)». En el mismo sentido se pronunció en los Asuntos *Pannon GSM* (ya citado), y *Pénzügyi Lízing* (C-137/08).

⁶⁵ Téngase presente que estamos refiriéndonos al supuesto contemplado en el artículo 693.2 LEC, que exige además que dicha cláusula de vencimiento anticipado conste inscrita en el Registro de la Propiedad, lo que de nuevo puede plantear la posibilidad apuntada de verificación de oficio de la licitud de la misma por el Registrador que efectúa la inscripción (vid. *supra*). En todo caso, se trata de un vencimiento anticipado convencionalmente establecido, y no *ex lege* como el del artículo 1129 del Código Civil. Sobre dicho precepto señala Díez PICAZO que: «El artículo 1129 contiene las causas legales de anticipación de vencimiento. El precepto citado no impide, en modo alguno, que los interesados pacten, en sus recíprocas relaciones, una regulación diferente, tanto en lo que se refiere a las causas contempladas en el artículo, como en lo que pueda guardar relación con otras diferentes... El problema único que pueden plantear los pactos de vencimiento anticipado de la obligación es el de que respondan a intereses efectivos de una de las partes dignos de tutela jurídica o, dicho de otro modo, que presenten una causa suficiente. Cuando estos pactos e encuentren establecidos en condiciones generales de la contratación habrá de aplicárseles lo que en su momento se señaló. En ningún caso parece admisible una cláusula de vencimiento anticipado que encubra una decisión dejada al arbitrio del acreedor que fue disponente de ella». Díez PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II (*Las relaciones obligatorias*), Civitas, 5.ª ed., 1996, Madrid, pág. 337.

conclusiones tan solo se apuntan los criterios que deben ser tenidos en cuenta por el juez nacional para enjuiciar dicha licitud. Concretamente se resaltan los aspectos siguientes:

- Para valorar si una cláusula contractual produce un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, en detrimento del consumidor, debe tenerse en cuenta cómo regula el Derecho nacional las situaciones en las cuales las partes no hayan establecido ninguna estipulación⁶⁶, de tal manera que si como consecuencia de la cláusula pactada el consumidor queda en peor situación que con la aplicación de las normas legales puede entenderse que la cláusula produce una alteración abusiva de los derechos y deberes contractuales del consumidor.
- Sin perjuicio de lo anterior, aunque el consumidor quede en peor situación con la aplicación de la cláusula que con la aplicación de las normas legales aplicables en defecto de pacto, no necesariamente se produce una alteración abusiva del equilibrio contractual en el sentido del artículo 3 de la Directiva 93/13, debiendo tenerse en cuenta, a efectos de dicha calificación, las exigencias de la buena fe de las partes intervinientes, y todo ello como consecuencia del principio de libertad contractual⁶⁷ que permite apartarse de la situación regulada legalmente.
- Un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes contratantes es injustificado cuando esos deberes y facultades de que el consumidor dispone se recortan hasta tal punto que quien establece las condiciones del contrato no puede considerar de buena fe que el

Es precisamente sobre la base de este artículo 1129 del Código Civil sobre la cual la distinción entre los conceptos de vencimiento y exigibilidad cobra especial importancia, como en su momento destacó la STS de 28 de marzo de 1949 (cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y TORIBIOS FUENTES, Fernando, «Ejecución hipotecaria...», *ob. cit.*, pág. 81).

⁶⁶ Así, debe tenerse en cuenta la configuración de las normas legales sobre resolución del contrato de préstamo, en particular, los presupuestos con arreglo a los cuales el prestamista está legitimado para, en caso de mora del deudor por falta de pago de una sola cuota, resolver y dar por vencido todo el préstamo, para, acto seguido, valorar la cláusula controvertida de acuerdo con este criterio.

Y, continúa la Abogado General, a este respecto ha de tenerse en cuenta, por una parte, que la obligación de pago de las cuotas es la obligación contractual esencial del prestatario. Por otra parte, al responder a la pregunta de si basta con el impago de tan sólo una cuota para que no quepa esperar razonablemente que la caja de ahorros siga cumpliendo el contrato, debe tenerse en cuenta que con la hipoteca se concedió una garantía a la caja de ahorros y que la mora de una sola cuota puede deberse a un mero error y no necesariamente a dificultades de pago del prestatario. Además, el importe del préstamo garantizado, su duración y su importancia vital para el prestatario han de ponerse en relación con el interés del prestamista en poder liberarse del contrato tras el impago de una sola cuota.

⁶⁷ Consagrado, por lo demás, en nuestro ordenamiento jurídico por el celeberrimo artículo 1255 del Código Civil.

consumidor habría dado su consentimiento a tales estipulaciones en el marco de una negociación individual del contrato⁶⁸.

- Finalmente, el órgano jurisdiccional nacional también tiene que considerar las posibilidades de que dispone el consumidor conforme al Derecho nacional, incluido el Derecho procesal, para poner remedio a los efectos de un vencimiento total, siendo de particular interés a tales efectos la posibilidad brindada al prestatario por el artículo 693.3 LEC⁶⁹ que permite evitar los efectos de la resolución o vencimiento total mediante el pago de las cuotas vencidas. Aspectos que deben tenerse en cuenta en la referida apreciación global de si mediante la cláusula controvertida perjudica al consumidor en una medida desproporcionada y contraria a las exigencias de la buena fe.

En consonancia con los criterios apuntados, *Juliane Kokott* termina por concluir que, contrariamente a lo que opina la Comisión⁷⁰, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar con arreglo al artículo 3 (apartados 1 y 3) de la Directiva 93/13 el carácter abusivo de una cláusula (condición general de la contratación) inserta en un contrato celebrado con consumidores, debiendo en el caso de una estipulación por la que el acreedor puede dar por vencido anticipadamente un crédito inmobiliario examinar, en particular: en qué medida la cláusula se aparta de la normativa legal que a falta de pacto sería aplicable; si lo estipulado en la misma responde a una causa objetiva; y si el consumidor, a pesar de la alteración del equilibrio contractual a favor de quien ejercita la cláusula, no queda desprotegido con respecto al contenido normativo de la cláusula en cuestión.

⁶⁸ Queda claro, según señala la Abogado General, que sólo mediante una apreciación global de todas las circunstancias individuales del contrato (*ex art. 4*, apartado uno de la Directiva) puede determinarse si la alteración que produce la cláusula en los derechos y obligaciones contractuales, con respecto a la regulación legal, causa un importante e injustificado desequilibrio en detrimento del consumidor. Más específicamente, entre tales circunstancias a tener en cuenta se señalan, entre otras: si las cláusulas en cuestión son usuales o inusuales; si la cláusula responde a una razón objetiva y si el consumidor, a pesar de la alteración del equilibrio contractual a favor de quien ejercita la cláusula, no queda desprotegido con respecto al contenido normativo de la cláusula en cuestión.

⁶⁹ La denominada liberación del bien ya referida páginas atrás (*vid. supra*). Posibilidad de liberación que con anterioridad a la aprobación de la LEC 2000 no se encontraba prevista en el procedimiento de ejecución hipotecaria regulado en los artículos 129 y sigs. LH, pese a lo cual no era infrecuente que de mutuo acuerdo se produjera esta puesta al día del préstamo o crédito, tal y como señalan DOMÍNGUEZ LUELMO y TORIBIOS FUENTES. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y TORIBIOS FUENTES, Fernando, «Ejecución hipotecaria...», *ob. cit.*, págs. 23 y 24.

⁷⁰ Que estima válida la cláusula controvertida considerándola en abstracto, y de forma desvinculada de los concretos ordenamientos jurídicos nacionales y de las circunstancias concurrentes en cada caso. Por ello el hecho de que la Abogado General se aparte de la posición de la Comisión en torno a la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario puede entenderse como un indicio de una hipotética puesta en duda por parte de *Juliane Kokott* de la legalidad de este tipo de cláusulas.

Como puede verse, la Abogado General no dilucida si la cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo hipotecario resulta abusiva o no, sino que remite dicha decisión al órgano jurisdiccional nacional que plantea la cuestión prejudicial, que debe para ello tener en cuenta los criterios apuntados.

Sobre la validez de este tipo de cláusulas en nuestro ordenamiento jurídico, por impago del deudor de alguna de las cuotas, se ha pronunciado, en sentido favorable, nuestro Tribunal Supremo en múltiples ocasiones, como es el caso de las SSTs de 13 de febrero de 1996 y 31 de julio de 1996⁷¹. Validez que ha sido, asimismo, confirmada por la Dirección General de los Registros y del Notariado⁷².

Desde luego de lo que no cabe duda es del hecho de que la estipulación de cláusulas de esta clase en contratos de préstamo hipotecario es sumamente habitual en el tráfico jurídico, lo cual por sí mismo, y de forma aislada, no es argumento suficiente para proclamar su validez⁷³.

Existe una abundante jurisprudencia y doctrina en torno a este tema de la validez/invalididad de las cláusulas de vencimiento anticipado, y aunque no es el

⁷¹ Y más recientemente las SSTs (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 12 de diciembre de 2008 y 16 de diciembre de 2010. La validez de este tipo de cláusulas de vencimiento anticipado en contratos de préstamo hipotecario fue puesta en duda en su momento por la STS de 27 de marzo de 1999, con un razonamiento un tanto confuso y que no ha vuelto a repetirse. Sobre dicha sentencia, vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y TORIBIOS FUENTES, Fernando, «Ejecución hipotecaria...», *ob. cit.*, págs. 84 a 87; CAÑIZARES LASO, Ana (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Tecnos, Madrid, 2006, págs. 247 y 248 —nota al pie 67—; RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, «Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios: Comentario a la STS de 27 marzo de 1999», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 4, 2000, págs. 433-444; de este último autor, «Préstamos hipotecarios y cláusulas de vencimiento anticipado», en la obra colectiva, *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al Profesor Celestino Cano Tello* (coord.: Mario E. CLEMENTE MEORO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 421 a 451. En origen hay quienes han sostenido que la antes referida rehabilitación del préstamo hipotecario prevista en el artículo 693.3 LEC se engendró precisamente como freno a las posibles consecuencias de una hipotética línea jurisprudencial construida sobre la doctrina de esta sentencia del Tribunal Supremo del año 1999 (cfr. MARTÍN DIZ, Fernando, «Propuestas procesales ante la crisis hipotecaria inmobiliaria», en *Diario La Ley*, núm. 7126, 3 de marzo de 2009).

⁷² Cfr. RDGRN de 2 de octubre de 2006.

⁷³ Sobre el origen en nuestro ordenamiento de tal cláusula, señala BALLUGERA GÓMEZ que: «*La Ley Hipotecaria de 1861, en su artículo 131, ya contemplaba la ejecución de la finca para el caso de vencimiento de solo alguno de los plazos de capital o de los intereses, quedando por vencer otros plazos de la obligación. Esa regulación se mantuvo, con algunas variantes, hasta la reforma hipotecaria de 1909. El Texto Refundido de aquel año recogió la regulación anterior en el artículo 135, pero impuso que la estipulación que, conforme al artículo 1169 del Código Civil, previese que el pago del capital e intereses deba hacerse en plazos diferentes constase inscrita en el Registro, a los efectos del nuevo procedimiento sumarísimo que se introducía en el artículo 131. Ese régimen pasó primero a la LH de 1946 y luego al nuevo artículo 693.1.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*». BALLUGERA GÓMEZ, Carlos, «Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo hipotecario en la STS de 16 de diciembre de 2009», en *Diario La Ley*, núm. 7507, Sección Doctrina, 11 de noviembre de 2010.

objeto del presente trabajo, por cuanto ya se ha dicho que su análisis no pasa de tener un mero carácter instrumental respecto al fondo de la cuestión⁷⁴, y que la Abogado General no resuelve sino que se remite al juicio que a tal efecto haga el órgano jurisdiccional nacional, sí que merece la pena apuntar algunas cuestiones sobre este problema con el que el juez Seijo se enfrentará tras la definitiva resolución por el TJUE de la cuestión prejudicial planteada.

En este sentido, debe partirse de la base de que las cláusulas insertas en contratos de préstamo hipotecario conforme a las cuales el vencimiento anticipado del crédito concedido tiene lugar para el caso de impago de alguna de las cuotas estipuladas son, concebidas en términos generales, perfectamente válidas y mera expresión de los principios contenidos en los artículos 1125 y 1129 del Código Civil⁷⁵. Asimismo, estas cláusulas de vencimiento anticipado no dejan de ser una manifestación práctica del artículo 1124 del Código Civil, en base al cual cabe sostener la procedencia de resolución del contrato de préstamo cuando el deudor incumpla con su obligación de pago, obligación que, ha de entenderse, tiene un carácter esencial⁷⁶.

A mayor abundamiento, y por lo que hace a la normativa en materia de protección de consumidores y usuarios, la validez de la cláusula de vencimiento anticipado en nuestro ordenamiento jurídico se desprende, *a sensu contrario*, del artículo 85.4 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de

⁷⁴ Que no es otro que determinar la repercusión que sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria español tienen las conclusiones presentadas por la Abogado General, y que, según se ha notado, son por principio extrapolables a cualesquiera supuestos en los que esté en juego la determinación del carácter abusivo o no de una cláusula (bien sea de vencimiento anticipado, de intereses de demora o cualesquiera otras) y, por ende, de una posible vulneración de los derechos de un consumidor o usuario.

⁷⁵ En este mismo sentido AURIOLES MARTÍN señala que: «...en términos generales, la licitud de la mencionada cláusula [de vencimiento anticipado] puede ser mantenida con cargo a ese verdadero cajón de sastre que, en nuestro ordenamiento positivo, representa la norma contenida en el artículo 1255 del Código Civil, al tiempo que tampoco puede dejar de desconocerse que, a favor de la validez de la correlativa facultad de denuncia del contrato que se reserva la entidad de crédito, juega la categórica disposición del artículo 1129 CC, expresión normativa en nuestro sistema jurídico-positivo de la pérdida del beneficio del plazo concedido al deudor en presencia de unos supuestos que ponen de manifiesto el demérito sufrido en su patrimonio para continuar disfrutando de dicho beneficio». AURIOLES MARTÍN, Adolfo, «Cuestiones en torno a las cláusulas de vencimiento anticipado en pólizas bancarias de préstamo y de crédito», en la obra colectiva, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez* (coord.: Juan Luis IGLESIAS PRADA), vol. III (*Contratos mercantiles, derecho concursal y derecho de la navegación*), Civitas, Madrid, 1996, pág. 3141.

⁷⁶ Vid. BUSTO LAGO, José Manuel, «Las cláusulas de interés variable y de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios: perspectiva del derecho de consumo (a la luz de algunas reformas legislativas recientes)», en la obra colectiva, *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma* (coords.: José Carlos SÁNCHEZ GONZÁLEZ *et al.*), Thomson-Reuters (Consejo General del Notariado), Navarra, 2010, pág. 395. La equiparación entre la acción resolutoria, ex artículo 1124 del Código Civil y las cláusulas de vencimiento anticipado se afirma con toda claridad en la RDGRN de 2 de diciembre de 2006.

los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias (TRLGDCU)⁷⁷, y conforme al cual:

«Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes:

4. *Las cláusulas que autoricen al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad, o las que le faculten a resolver los contratos de duración indefinida en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable.*

Lo previsto en este párrafo no afecta a las cláusulas en las que se prevea la resolución del contrato por incumplimiento o por motivos graves, ajenos a la voluntad de las partes, que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del contrato».

Ahora bien, el incumplimiento del deudor que justifica la validez de la operatividad de la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo ha de serlo de una obligación esencial, no cualquier incumplimiento, y en todo caso nunca un incumplimiento de una obligación accesoria. Y ello porque de lo contrario, si se admitiese la validez de una cláusula que genéricamente permitiese a la entidad financiera acordar unilateralmente el vencimiento anticipado por cualesquiera incumplimientos de obligaciones «anecdóticas», se estaría atribuyendo al acreedor una facultad discrecional de resolución del contrato por vencimiento anticipado desproporcionada⁷⁸, en el sentido del artículo 85.4 TRLGDCU transcrito.

Así, y en relación al segundo de los criterios apuntados por la Abogado General para proceder a la valoración del carácter abusivo o no de la cláusula de vencimiento anticipado, puede decirse que dicha cláusula pactada entre *Catalunyacaixa* y el señor *Aziz* responde a una razón objetiva, que no es otra que el incumplimiento por el deudor de su obligación primigenia y esencial en todo contrato de préstamo hipotecario: el pago de las cuotas de amortización⁷⁹.

⁷⁷ A tenor cuanto se ha dicho sobre el fundamento legal en nuestro ordenamiento del vencimiento anticipado no puede compartirse la opinión de BALLUGERA GÓMEZ de que la única disposición que ampara la validez de este tipo de cláusulas sea el artículo 85.4 TRLGDCU (cfr. «Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago...», *ob. cit.*, pág. 11).

⁷⁸ Cfr. con la citada STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 16 de diciembre de 2009, Fundamento Jurídico undécimo. Esa facultad discrecional del acreedor de resolución del contrato incurriría así en flagrante contradicción con lo dispuesto por el artículo 1256 del Código Civil, según el cual: «La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

⁷⁹ De hecho nuestra LEC en el artículo 693.2 sólo se refiere como causa del vencimiento anticipado respecto a la cual cabe admitir la ejecución hipotecaria por el procedimiento sumario especial previsto en los artículos 681 y sigs. LEC al impago de alguno de los plazos

Impago que infunde, legítimamente, al acreedor el temor de que los plazos pactados y la seguridad del cumplimiento de sus obligaciones por el deudor devienen incompatibles⁸⁰.

Además, y por lo que hace al primero de los criterios a tener en cuenta, según *Juliane Kokott*, para enjuiciar el carácter abusivo de la cláusula (consistente en analizar la normativa nacional que a falta de pacto expreso sería aplicable) debe tenerse presente, por cuanto se ha dicho, que la no inclusión de semejante posibilidad de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario en el clausulado del contrato no impide, en principio, a la entidad financiera proceder a la resolución del contrato, conforme al artículo 1124 del Código Civil⁸¹, para el caso de que se produjera un impago reiterado por parte del deudor de las cuotas de amortización, procediéndose en virtud de dicha resolución al vencimiento anticipado *ope legis*⁸², en base a los efectos que lleva aparejada la misma *ex* artículo 1124 del Código Civil⁸³.

Sin embargo, admitido el hecho de que el incumplimiento por el deudor hipotecario de su obligación de pago de los vencimientos supone la evasión por su parte de cumplir con su compromiso contractual esencial (un incumpli-

(y siempre que dicha cláusula de vencimiento anticipado conste debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad), y no a otro tipo de causas que podrían entenderse como accesorias.

⁸⁰ Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil, II* (vol. III), Bosch, Barcelona, 1986, pág. 53.

⁸¹ Además, tal y como señala BASOZABAL ARRUE, no puede obviarse el hecho de que en las pólizas de préstamo se regulan conjuntamente y a menudo se confunden la resolución del contrato por incumplimiento y el vencimiento anticipado de las obligaciones del prestatario; se ha llegado incluso a proponer que en el préstamo la resolución quede sustituida por el vencimiento anticipado. BASOZABAL ARRUE, Xavier, *Estructura básica del préstamo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 34 a 40.

⁸² No obstante, bien es cierto que para que la cláusula de vencimiento anticipado pueda encontrarse cubierta por la hipoteca es necesario no solo su pacto entre las partes, sino también su inscripción registral, por lo que la exigibilidad de la totalidad de la deuda no podría llevarse a término por la vía de la ejecución hipotecaria en ausencia de pacto debidamente inscrito, debiendo el acreedor acudir a alguno de los distintos procedimientos anteriormente señalados a través de los cuales es susceptible de ser exigido judicialmente el montante derivado del contrato de préstamo hipotecario suscrito (vid. *supra*). Así se deriva de lo establecido en el artículo 693.2 LEC. No en balde, estamos hablando de cláusulas de vencimiento anticipado con trascendencia real (por posibilitar el ejercicio de la acción hipotecaria) y no meramente obligacionales, que además, obligarían en este último caso a enjuiciar en cada caso si la cláusula en cuestión tiene trascendencia real o no, y por tanto acceso al Registro de la Propiedad. Sobre la trascendencia real de las cláusulas de vencimiento anticipado, vid. PARDO, Celestino y NOGUEROLES, Nicolás, «Las causas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios», en *Diario La Ley*, núm. 7293, Sección Doctrina, 27 de noviembre de 2009.

⁸³ Puede, no obstante, dudarse acerca de si resultaría necesario o no incluir específicamente como causa de resolución del contrato el incumplimiento de alguno de los plazos de vencimiento por parte del deudor, o si, por el contrario, la mera falta de abono de una de las cuotas de amortización ya implica, *per se*, un incumplimiento esencial de las obligaciones asumidas por una de las partes y, por ende, la operatividad *ex lege* de ejecutar la facultad de resolución contractual prevista por el referido artículo 1124 del Código Civil.

miento grave del contrato), el problema se agrava aún más cuando se trata de valorar si basta con que dicha falta de pago lo sea de una sola de las cuotas de amortización del préstamo o si por el contrario se requiere un incumplimiento más prolongado en el tiempo.

Lo cierto es que nuestro Tribunal Supremo ya se pronunció en torno a esta cuestión en su sentencia de 27 de marzo de 1999⁸⁴, considerando que el mero incumplimiento de uno de los plazos de vencimiento por parte del deudor hipotecario no permite amparar la resolución del préstamo hipotecario, basando su fundamentación en los artículos 127 y 135 LH, 1125, 1127 y 1129 del Código Civil.

En síntesis, el razonamiento esgrimido en dicha sentencia (FFJJ 5.º, 6.º y 7.º) es que en los contratos de préstamo hipotecario el plazo de devolución concedido al deudor, establecido a favor tanto del acreedor como del deudor (art. 1127 CC), debe respetarse en tanto en cuanto no se ha pactado una condición resolutoria del crédito (y a la que se opondría el antiguo art. 135 LH)⁸⁵, siendo las obligaciones a término exigibles únicamente cuando el día pactado llegue (art. 1125 CC), salvo que la deuda carezca de garantías (art. 1129 CC), carencia que nunca se da, por definición, cuando el préstamo está asegurado con hipoteca⁸⁶.

⁸⁴ No obstante no puede perderse de vista el hecho de que el pronunciamiento contenido en dicha sentencia respecto a la invalidez de la cláusula de vencimiento anticipado es mero *obiter dictum*, siendo la verdadera *ratio decidendi* del fallo, conforme a la cual se anula la cláusula undécima del contrato, el incumplimiento por parte del banco de sus obligaciones. Vid., en este sentido, el comentario de DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «Comentario al artículo 693 LEC», en la obra colectiva, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Tomo III)*—dir.: Antonio María LORCA NAVARRETE—, Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 3540 a 3545.

⁸⁵ A una hipotética condición resolutoria del contrato de préstamo hipotecario se opondría, según esta resolución del TS, el antiguo artículo 135 LH, que establecía que: «*Si para el pago de algunos de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar la finca hipotecada y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecho*». En este sentido, el TS señala (FJ 6.º) que *la vertencia de la condición resolutoria implica la fulminante extinción del préstamo y de la hipoteca que lo garantiza, de forma que impagado uno de los plazos de amortización del principal o de los intereses la condición descarga su furia exterminadora, y, subsiguientemente, se cancelará la hipoteca, puesto que el acreedor habrá percibido lo que se le adeudaba*. Sin embargo, entiende el Supremo, *el artículo 135 LH preconiza todo lo contrario: se transfiere la finca al rematante, pero con la carga de la hipoteca que subsiste, precisamente para continuar garantizando el pago de la parte del crédito todavía no satisfecho*. Actualmente el contenido del citado artículo 135 LH se encuentra recogido en el artículo 693.2 LEC, que permitiría efectuar, caso de estimarlo procedente, sobre su base un razonamiento idéntico al hecho por el TS en su día en esta sentencia.

⁸⁶ De ahí que el TS llegue a afirmar (FJ 5.º) que: «*Si se otorga un crédito con obligación de amortizarlo en un plazo de dieciséis años, garantizándose con hipoteca el derecho del acreedor, este tendrá que esperar al transcurso del plazo pactado para poder reclamar los devengos últimos, aunque esté lleno de suspicacia negocial por el hecho de que el prestatario*

Pese a semejante pronunciamiento, conforme al cual el vencimiento anticipado pactado en el contrato de préstamo hipotecario suscrito por el señor Aziz con *Catalunyacaixa* sería nulo y abusivo, lo cierto es que el TS no ha vuelto a reiterar en el tiempo este razonamiento, como expresamente se ocupa de precisar el propio TS en su sentencia de 4 de junio de 2008⁸⁷, pese a lo cual en dicha resolución judicial el Tribunal recuerda, tras afirmar con carácter general la validez de este tipo de cláusulas, que (FJ 4.º *in fine*):

«Lo hasta ahora expuesto no obsta a que, en determinadas circunstancias, pueda proclamarse el ejercicio abusivo de tal tipo de cláusula [de vencimiento

haya dejado de satisfacer algún plazo ya vencido. Esta obligada estoicidad financiera del prestamista resulta del juego combinado de los dos artículos mencionados en la Ley Hipotecaria (arts. 127 y 135)».

⁸⁷ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 4 de junio de 2008 (FJ 4.º), en la que el Alto Tribunal señalaba que: *«...en el tercer motivo del presente recurso de casación denuncia el recurrente, ahora al amparo del ordinal 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la vulneración de los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria, con infracción del artículo 6 del Código Civil, con cita también, como infringida, de la jurisprudencia de la Sala sentada en las sentencias de 27 de marzo de 1999 y 2 de noviembre de 2000. Propugna en este motivo el recurrente la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado estipulada en el contrato de préstamo suscrito, por considerarla contraria a las leyes imperativas y desvirtuar la propia esencia de la garantía real convenida, y, en consecuencia, la perdurabilidad del crédito hipotecario, todo ello al amparo de lo sentado, principalmente, en la sentencia de esta Sala de 27 de marzo de 1999. Pues bien, si ciertamente la doctrina del Tribunal Supremo abogó inicialmente, en la sentencia en que el recurrente sustenta este motivo de casación, la antes referida, por la nulidad de tales cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, con invocación de la legislación hipotecaria y con referencia también a los artículos 1125 y 1129 del Código Civil, no puede desconocerse que este pronunciamiento, que no tuvo acceso al fallo y se emitió obiter dicta, en un supuesto además en que se estipularon una serie de condiciones que desvirtuaban el contenido del préstamo y suponían prerrogativas exorbitantes y abusivas para el Banco prestamista, no fue seguido por otras resoluciones posteriores en las que esta Sala, con carácter general, ha mantenido como válidas estas cláusulas, por ejemplo en sentencia de 9 de marzo de 2001 y también, en el ámbito del contrato de arrendamiento financiero, en la de 7 de febrero de 2000. En efecto, como viene señalando la doctrina moderna atendiendo a los usos de comercio y vista la habitualidad de dichas cláusulas en la práctica bancaria reciente, existen argumentos para defender la validez de tales estipulaciones, como la convenida, al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 del CC), en el caso de autos, cuando concurra justa causa para ello, es decir, cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, como puede ser, ciertamente, el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo. Y en el presente caso tuvo por cierto el Juzgado (y después confirmó la Audiencia) que, transcurrido el periodo de carencia convenido, "desde el mes de septiembre de 1995 nunca existió saldo suficiente para abonar las amortizaciones del préstamo hasta abril del 96". Por otra parte, la tesis expuesta sobre la validez de las citadas cláusulas de vencimiento anticipado ha venido a ser respaldada, a nivel legislativo, por la dición literal del artículo 10 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, o del citado por la sentencia recurrida, el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, expresamente referido a la ejecución hipotecaria».*

anticipado], en supuestos en que se prevea la facultad de vencimiento anticipado para incumplimientos irrelevantes, por concurrencia de circunstancias cuya apreciación se deja al puro arbitrio de la entidad bancaria, o cuando se perjudica con su ejercicio de manera desproporcionada y no equitativa al prestatario, como así ocurrió en el supuesto resuelto por la sentencia de 2 de noviembre de 2000, también invocada por el recurrente, y que, por lo dicho hasta ahora, no sirve como exponente jurisprudencial de sustento a este motivo».

Ahora bien, pese a dicha ratificación, el interrogante planteado respecto a cuándo el incumplimiento del abono de los distintos plazos de vencimiento por parte del deudor hipotecario puede considerarse un incumplimiento esencial del contrato suscrito sigue pendiente en el aire, no encontrándose esta cuestión de tipo cuantitativo (cuántos plazos) resuelta en el plano legislativo (al menos expresamente), a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos del ordenamiento⁸⁸ y en Derecho Comparado⁸⁹.

⁸⁸ Concretamente nos estamos refiriendo a la previsión que específicamente contempla sobre esta cuestión que nos ocupa el artículo 10 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, y conforme al cual:

1. Si el comprador demora el pago de dos plazos o del último de ellos, el vendedor, sin perjuicio de lo que dispone el artículo siguiente, podrá optar entre exigir el pago de todos los plazos pendientes de abono o la resolución del contrato.

Cuando el vendedor optare por la resolución del contrato, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones realizadas. El vendedor o prestamista tendrá derecho:

- a) Al 10 por 100 de los plazos vencidos en concepto de indemnización por la tenencia de las cosas por el comprador.*
- b) A una cantidad igual al desembolso inicial, si existiera, por la depreciación comercial del objeto. Cuando no exista el desembolso inicial, o este sea superior a la quinta parte del precio de venta al contado, la deducción se reducirá a esta última.*

Por el deterioro de la cosa vendida, si lo hubiere, podrá exigir el vendedor, además, la indemnización que en derecho proceda.

2. La falta de pago de dos plazos o del último de ellos dará derecho al tercero que hubiere financiado la adquisición en los términos del artículo 4 para exigir el abono de la totalidad de los plazos que estuvieren pendientes, sin perjuicio de los derechos que le correspondan como cesionario del vendedor y de lo dispuesto en el artículo siguiente.

Facultad de vencimiento anticipado sobre la cual se permite la moderación por parte de Jueces y Tribunales *ex artículo 11* de la misma norma (cuando concurren causas tales como desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otros infortunios).

⁸⁹ Cfr. BALLUGERA GÓMEZ, Carlos, «Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago...», *ob. cit.*, págs. 11 y sigs. En la obra citada se hace referencia a los sistemas alemán, italiano y francés, en los que la operatividad de la cláusula de vencimiento anticipado se hace depender de determinados porcentajes de impago en función del plazo de devolución del préstamo o se fija un número concreto de plazos impagados, todo ello junto con la concesión de un plazo al deudor para que cumpla voluntariamente y la valoración del importe total devuelto del crédito inicialmente concedido.

Los términos en que se plantea este problema los expresa certeramente BASOZABAL ARRUE⁹⁰ cuando señala que:

«Nada que objetar a que como regla las partes puedan, al amparo de su autonomía privada, determinar los supuestos que facultan al acreedor para resolver o dar por vencida la obligación; pero parece lícito preguntarse por los límites que el derecho dispositivo sobre vencimiento anticipado y resolución impone al predisponente. ¿Qué se puede entender como abusivo en este terreno?»

A juicio del autor citado⁹¹, fundamentada la posibilidad del acreedor de vencer anticipadamente la obligación en la seguridad del crédito concedido, existen tres límites derivados del artículo 1129 del Código Civil a los que se encuentra supeditada la eficacia o validez de tales cláusulas:

- La alteración del patrimonio del deudor.
- La alteración de las garantías (en nuestro caso del bien hipotecado).
- El incumplimiento de obligaciones (como, por ejemplo, el impago de alguno de los vencimientos pactados).

Concretamente respecto al supuesto en el cual se produce, por parte del deudor, el incumplimiento de alguno de los pagos, habrá que considerar la importancia de dicho impago en el desarrollo de la relación contractual, atendiendo a la parte de deuda ya satisfecha, en la búsqueda de un equilibrio justo entre los intereses del prestatario (poder pagar la deuda a plazos) y del prestamista (poder dar por concluido el contrato y ejecutar la garantía —hipotecaria en el caso estudiado—)⁹².

Pero reconocido el hecho de que resulta necesario que se dé el incumplimiento de obligaciones esenciales del contrato, entre las que se encuentra, qué duda cabe, el pago de los distintos vencimientos aplazados⁹³, y apuntada la conveniencia de calibrar la repercusión que dicho incumplimiento parcial ha de tener sobre la relación contractual en su conjunto para que la cláusula de vencimiento anticipado pueda desplegar su eficacia, poco o nada más podemos extraer de nuestra legislación positiva referida a los contratos de préstamo hipotecario.

Falta así el elemento fundamental que permita a los jueces ponderar cuando ese incumplimiento parcial de las obligaciones esenciales del contrato por el

⁹⁰ BASOZABAL ARRUE, Xavier, «Estructura básica...», *ob. cit.*, pág. 44.

⁹¹ BASOZABAL ARRUE, Xavier, «Estructura básica...», *ob. cit.*, pág. 45. El autor sigue en este punto a CLEMENTE MEORO (cfr. CLEMENTE MEORO, Mario Enrique, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1998, págs. 300 y 301).

⁹² BASOZABAL ARRUE, Xavier, «Estructura básica...», *ob. cit.*, pág. 47 y sigs.

⁹³ Incumplimiento al que, por otra parte, se refiere expresamente el artículo 693 LEC, lo que permite concluir que *ex lege* se ha fijado por mor de dicho precepto la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado vinculadas a la dejación de pago por parte del deudor de sus cuotas de amortización.

prestatario, debido a la falta de abono de alguna de las cuotas de amortización, tiene la entidad suficiente como para amparar la aplicación al caso concreto de la cláusula de vencimiento anticipado previamente pactada. Es en este punto donde navegamos en tierra de nadie.

La norma que mayor proximidad podría guardar con el préstamo hipotecario, materializada en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (LCC), guarda silencio al respecto. Aspecto incomprensible por cuanto, sin embargo, la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles sí que cuantifica el número de mensualidades impagadas que han de darse para que el vencimiento anticipado sea factible⁹⁴: dos plazos. Se hace, pues, necesaria una reforma legislativa en nuestro país que contribuya a ofrecer certeza sobre este punto y permita simplificar la labor judicial de interpretación en torno a la validez de aplicación de este tipo de cláusulas.

No obstante todo ello, si tomamos por analogía estos criterios apuntados como presupuestos de validez de la cláusula de vencimiento anticipado, podemos decir que en el caso del contrato suscrito entre el señor *Aziz y Catalunya*, el incumplimiento reiterado del primero en el pago de sus cuotas⁹⁵ y la escasa entidad del importe del préstamo efectivamente reembolsado⁹⁶ por el deudor conducen, casi forzosamente, a admitir la plena validez de la aplicación de la citada cláusula, cuyo carácter abusivo difícilmente puede sostenerse.

Todo lo cual hace presagiar que el juez Seijo, y a salvo el criterio que el TJUE sostenga finalmente en la resolución de la cuestión prejudicial planteada, debiera ratificar en su fallo la plena admisibilidad de la cláusula de vencimiento anticipado pactada en su momento en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre el actor y la entidad financiera demandada, máxime desde el momento mismo en que nuestro TS ha abandonado la tesis conforme a la cual el vencimiento anticipado no tiene cabida en los casos en los cuales el montante del préstamo concedido se encuentra plenamente asegurado por la hipoteca del bien para cuya compra se concedió precisamente el crédito.

En todo caso, y fuera como fuere, lo cierto es que *Juliane Kokott* no resuelve en sus conclusiones este aspecto, ni se propone hacerlo, limitándose a apuntar los criterios generales a tener en cuenta, ya referidos, para poder apreciar el carácter abusivo o no de este tipo de cláusulas conforme al artículo 3 de la Directiva 93/13, recordando así la jurisprudencia reiterada del TJUE conforme a la cual

⁹⁴ Cfr. artículo 10 antes citado (nota al pie 88).

⁹⁵ Concretamente se demoró en el pago de las mensualidades de octubre y diciembre de 2007 y también de las comprendidas entre los meses de enero a mayo de 2008, para posteriormente, a finales de 2008, dejar de pagar por completo los distintos vencimientos parciales.

⁹⁶ Que desde el 31 de julio de 2007 (fecha del contrato) hasta el 31 de mayo de 2008 ascendía a 1.325,98 € en concepto del principal prestado y 6.656,44 € en concepto de intereses ordinarios e intereses de demora.

semejante apreciación debe ser efectuada por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y no directamente por este.

Lo que está claro es que si la cláusula de vencimiento anticipado integrante del contrato de préstamo hipotecario se considera abusiva (al igual que el tipo de los intereses de demora o la determinación unilateral del importe de la deuda pendiente, a los que seguidamente nos referiremos), su nulidad no puede ser esgrimida en el procedimiento de ejecución hipotecaria y su enjuiciamiento en el proceso declarativo posterior ninguna repercusión tiene sobre dicha ejecución, máxime desde el momento en que en este caso concreto no existe indemnización alguna, derivada de la ejecución, que el juez que conoce del declarativo pueda retener para posibles indemnizaciones al ejecutado, puesto que, no habiendo concurrido postores a la subasta, la entidad financiera se adjudica directamente el inmueble por el 60 por 100 de su valor de tasación, conforme a lo expresamente permitido por nuestra LEC.

Y es precisamente la imposibilidad de discutir dicha cuestión (u otras) en la ejecución hipotecaria, o la imposibilidad de que su debate en el declarativo posterior a la ejecución surta efecto alguno sobre la ejecución en curso, lo que hace que nuestro sistema de ejecución actual pueda resultar contrario al Derecho comunitario en materia de protección de consumidores y usuarios, materializado, en este caso, en la Directiva 93/13.

Pese a ello, la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado⁹⁷, o, dicho de otra manera, su inexistencia, nada obsta a la plena validez de la ejecución hipotecaria, que puede llevarse a cabo no por la totalidad del importe adeudado (como consecuencia de dicha cláusula), sino limitada al pago del importe de alguno de los plazos o de los intereses⁹⁸ (*ex art. 693.1 LEC*⁹⁹), transfiriendo en

⁹⁷ Aunque pudiese discutirse en el propio procedimiento de ejecución hipotecaria, o aunque su alegato en el declarativo posterior paralizase o suspendiese la misma.

⁹⁸ Y salvo que, claro está, el deudor ejercite la posibilidad que le permite el artículo 693 LEC de proceder a la liberación del bien cuando la vivienda objeto de ejecución es la vivienda familiar (sin consentimiento del acreedor) o, cuando sin serlo, el acreedor admita dicha posibilidad, como se ha señalado en las páginas precedentes (*vid. supra*), consignando a tal efecto las cantidades debidas (en concepto de principal e intereses).

⁹⁹ Sobre el que FAJARDO FERNÁNDEZ señala que: «...puede producir cierta perplejidad. Creo que esto es así porque reproduce casi literalmente el antiguo artículo 135 LH, referido a un supuesto de hecho algo ajeno a la realidad contractual de hoy, pero que es necesario reconstruir si se quiere entender el precepto. La regulación del antiguo juicio sumario hipotecario (y por tanto también la del actual procedimiento de ejecución de bienes hipotecados o pignorados, que sigue a aquella literalmente en muchas ocasiones) está pensada principalmente para un supuesto de hecho en el que la hipoteca garantiza la devolución de un préstamo cuyo pago debe realizarse aplazado en el tiempo, pero de una sola vez, es decir, con un vencimiento único, llegado el cual, si el deudor no paga, el acreedor tiene derecho a ejecutar la garantía. Pero lo normal en la contratación de hoy es que el préstamo o crédito tenga un vencimiento periódico y que el deudor deba pagar mensual o trimestralmente cuotas de amortización en las que se incluye parte del principal y los intereses correspondientes. En estos casos, si el deudor deja de pagar una cuota no vence todo el préstamo o todo el

dicho caso la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha.

Esto es, la virtualidad propia de la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado tiene un carácter muy limitado, por no decir nulo (como la cláusula misma). Y es que la ejecución hipotecaria, aunque se suspendiese o paralizase como consecuencia de la alegación y enjuiciamiento en torno al carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado, más tarde o más temprano, terminaría llevándose a término, si bien no por la totalidad del crédito sí por una parte del mismo.

Más concretamente, la consideración como abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado pactada en el contrato de préstamo hipotecario llevará consigo que la ejecución hipotecaria y su resultado se destine únicamente a pagar al acreedor los importes referidos a los vencimientos impagados, no la totalidad de la deuda, subsistiendo la hipoteca¹⁰⁰, aunque minorada la cuantía de la obligación asegurada, respecto al tercero adquirente de la vivienda objeto de subasta¹⁰¹. Y

crédito, sino solo la parte correspondiente a la cuota impagada. Aunque en teoría ni siquiera podría ejecutarse la garantía porque la obligación todavía no es exigible íntegramente, es admisible hacerlo si hubo pacto inscrito en tal sentido. Pero solo son exigibles las deudas vencidas (art. 1125.1 CC), y la única obligación vencida es la de la cuota impagada; por lo tanto, con el dinero obtenido en la subasta se satisfará al acreedor únicamente en la cuantía de esa cuota, y la cancelación de la hipoteca ejecutada se circunscribirá únicamente a ella, sin afectar al resto de la hipoteca que garantiza los plazos de la obligación que quedan por cumplir. Eso significa que el rematante adquiere un bien gravado y se subroga en el resto de la hipoteca ejecutada (al igual que ocurre siempre si se trata de una hipoteca de renta, art. 157 III LH). Naturalmente, es muy posible que el rematante prefiera que no subsista la hipoteca, y para ese caso el artículo 127. II LH, que sigue vigente, le permite solicitar que del dinero pagado en la subasta se aparte la cantidad correspondiente al importe e intereses de la deuda para que sea pagado al acreedor al vencimiento de los plazos pendientes». FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier, en su comentario al artículo 693 LEC, contenido en la obra colectiva: CORDÓN MORENO, Faustino *et al.* (coords.), «Comentarios a la Ley...», *ob. cit.*, págs. 543 y 544. En el mismo sentido se pronuncia ADÁN DOMÉNECH, Federic, «La ejecución...», *ob. cit.*, págs. 306 y 307.

¹⁰⁰ Ex artículos 670.5 y 693.1 LEC.

¹⁰¹ Debe tenerse presente que el tercero adquirente asume la carga hipotecaria (con la referida minoración de la obligación asegurada), pero no el crédito pendiente del ejecutado con la entidad financiera. Dicho de otra forma, en los supuestos en los que se procede a la aplicación del artículo 693.1 LEC no se produce una asunción automática de deuda, aunque existen autores que así lo sostienen —caso de ROCA SASTRE, al que se suele citar cuando se habla de este tema— (la cuestión no es ni mucho menos pacífica), y pese al hecho de que nuestro TS haya seguido dicha opinión en algunos casos (STS de 30 de enero de 1999). En todo caso se trata de un problema complejo que excede con mucho el ámbito y extensión del presente trabajo. Vid., al respecto, entre otros, ROCA SASTRE, Ramón María, y ROCA SASTRE MUNCUNILL Lluís, *Derecho Hipotecario*, 8.ª ed., Bosch, Barcelona, 1998, págs. 165 y sigs.; CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna, MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, 2002, págs. 644 y 645; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, 4.ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, págs. 248 y sigs.; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «Comentario...», *ob. cit.*,

ello sin que, según la tesis mayoritaria, el ejecutado quede liberado del cumplimiento del montante que reste del préstamo hipotecario suscrito, para el cual habrá que estar a cada uno de los vencimientos pactados en su momento en el contrato correspondiente. Posición que resulta discutible, al menos cuando el adquirente es un tercero y no el propio acreedor, caso en que dicha tesis tendría un mayor sentido¹⁰².

2. INTERESES DE DEMORA ABUSIVOS

Al igual que hace cuando analiza la validez/invalidéz de la cláusula de vencimiento anticipado¹⁰³, *Juliane Kokott* remarca en sus conclusiones que la

págs. 3534 a 3537; *ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario*, Comares, Granada, 1999, págs. 86 a 89.

Por otra parte, el hecho de preconizar la no asunción legal o automática de la deuda por parte del tercero adquirente del inmueble, objeto de ejecución hipotecaria, supone obviar los problemas prácticos que llevará aparejados dicha opción, y en particular en los casos en los cuales la obligación garantizada hipotecariamente pesa sobre varios inmuebles. En este sentido, el tercero adquirente del inmueble, aunque pesa sobre él la hipoteca, no se subroga, por ejemplo, en el contrato de préstamo hipotecario inicialmente suscrito por el ejecutado, ni tampoco en la posibilidad de hacer utilización, caso de haberse pactado, de los distintos plazos de vencimiento acordados en su momento entre el deudor inicial y el prestamista (sea una entidad financiera o no). Por lo tanto, ningún poder de disposición tiene sobre la relación obligacional que subsiste en sus originarios términos entre el acreedor hipotecario y el deudor ejecutado, debiendo el tercero comprador que se adjudica el inmueble confiar en el que deudor originario siga abonando las cuotas correspondientes, y ello pese al hecho de que semejante postulado implique creer que quien ha perdido el inmueble vaya a continuar pagando por él. Sin embargo, el problema se complica aún más cuando la garantía hipotecaria recae sobre más de una finca registral, en cuyo caso el tercero adquirente de una de esas fincas hipotecadas (que tiene la consideración de tercero a los efectos del art. 114 LH), en cuyo caso la finca adquirida gravada por la hipoteca únicamente debiera responder por la cantidad a que esta se encuentra afecta, no subrogándose el nuevo adquirente en la totalidad de la deuda contraída por los deudores principales prestatarios en el préstamo con garantía hipotecaria intervinientes en el mencionado contrato. El acreedor solo podrá en tal caso repetir contra la finca adquirida por tercero la cantidad del préstamo a que esté afecto dicho inmueble (art. 120 LH), según la distribución de la responsabilidad hipotecaria que conste en los asientos del Registro, pudiendo dicho tercer poseedor pagar al acreedor el importe correspondiente a la responsabilidad especial de tal finca, y, en su caso, el de los intereses correspondientes, y exigir la cancelación de la hipoteca en cuanto a la finca o fincas liberadas (art. 221 RH). Vid., sobre este particular, entre otras muchas resoluciones judiciales: Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª) de 20 de enero de 2001; STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 11 de mayo de 2006; y Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 3.ª) de 20 de junio de 2000.

¹⁰² No en balde, la STS de 30 de enero de 1999 citada, versaba sobre un caso en el cual la adquirente de la finca hipotecada había sido la propia entidad financiera concedente del préstamo, produciéndose así una confusión o compensación de créditos y quedando el deudor liberado automáticamente.

¹⁰³ A cuyo razonamiento expresamente se remite con ocasión de analizar la validez de los intereses de demora pactados (concretamente se reitera en lo señalado en los puntos 64 a 67 de las conclusiones).

competencia para proceder a la declaración como abusiva de la cláusula sexta del contrato que fijaba la mora automática del señor Aziz (asociándole como penalización unos intereses anuales del 18,75 por 100) recae en el órgano jurisdiccional nacional, pese a lo cual no renuncia a la posibilidad de esbozar los parámetros generales que a su juicio, y de conformidad con la Directiva 93/13¹⁰⁴, deben tenerse en cuenta en orden a concluir si semejante cláusula (por el tipo de interés fijado) resulta abusiva o no.

A tales efectos, la Abogado General del TJUE efectúa en sus conclusiones las consideraciones siguientes en torno a la validez de la cláusula sexta del contrato por la que se estipulan unos intereses moratorios anuales del 18,75 por 100¹⁰⁵:

- El juez nacional debe efectuar primeramente una comparación con el tipo de interés legal¹⁰⁶. Y ello con la finalidad de comprobar, en un segundo paso, habida cuenta de todas las circunstancias del caso concreto, si la alteración resultante, atendidas las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.
- Pese a que en el Anexo de la Directiva¹⁰⁷ (al que se remite el art. 3, apartado 3 de la misma) se menciona expresamente como ejemplo de cláusulas abusivas las que impongan al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta, dicha circunstancia no puede determinar automáticamente y por sí sola que los intereses moratorios en cuestión tengan carácter abusivo¹⁰⁸. Aun así,

¹⁰⁴ En particular con el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva.

¹⁰⁵ Apartados 83 y sigs. de las conclusiones.

¹⁰⁶ Fijado hasta el 31 de diciembre de 2012 en el 5 por 100 (Disposición Adicional 13.^a de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012). En nuestra opinión, y pese al tenor literal de las consideraciones de *Juliane Kokott*, el tipo de interés legal a tener en cuenta para efectuar la comparación con el fijado por la cláusula sexta del contrato no es el interés legal ordinario, sino el de demora, al que se refiere, asimismo, la Disposición Adicional 13.^a, en su apartado dos. Aunque a efectos prácticos no tenga mayor importancia, por cuanto el interés de demora se ha fijado asimismo para el año 2012 en el 5 por 100 (a efectos de lo dispuesto en el art. 26.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria). Y es que no puede perderse de vista el hecho de que los intereses remuneratorios y los moratorios o de demora tienen una naturaleza y finalidades distintas, y por tanto es común que los tipos de uno y otro sean sumamente divergentes entre sí (una tabla comparativa en la que se ilustran tales diferencias —entre los años 1986 y 2004— puede verse en LASARTE, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, Tomo II (Derecho de Obligaciones), 9.^a ed., Marcial Pons, pág. 112).

¹⁰⁷ En su número 1, letra e).

¹⁰⁸ Puesto que, no en balde, conforme al apartado 3 del artículo 3 de la Directiva, la lista que contiene dicho Anexo solo sirve como orientación sobre qué tipo de cláusulas pueden ser declaradas abusivas, y no tiene, en todo caso, carácter exhaustivo, sino meramente ejemplificativo. Razonamiento que ha sido reproducido de forma exacta y con anterioridad por el TJUE, como, por ejemplo, en el asunto *Invitel* (C-472/10), ya citado, en cuyo Considerando 26 se señaló que: «Si bien el contenido del anexo de que se trata no puede determinar automáticamente y por sí

dicha mención, precisa *Juliane Kokott*, constituye un elemento esencial en el que el órgano jurisdiccional puede basar su apreciación del carácter abusivo de la cláusula.

- Asimismo, y para efectuar el examen concreto, puede ser relevante qué tipo de interés de demora suele pactarse en los préstamos hipotecarios, pudiendo servir como indicio, junto con el tipo de interés legal dinero (moratorio), la limitación del tipo de interés de demora por la LCC¹⁰⁹ a 2,5 veces el interés legal del dinero, en orden a apreciar un posible desequilibrio, unido al hecho de que los costes de refinanciación de las entidades de crédito en los préstamos hipotecarios, debido a la garantía concedida, son, por regla general, mucho menores que en los demás créditos al consumo.
- Por último, y en cuarto lugar, en la ponderación en torno al carácter abusivo o no de los intereses moratorios hay que tener en cuenta qué finalidades tiene dicha clase de interés con arreglo al Derecho nacional. A este respecto son dos las finalidades posibles:
 - La fijación de un importe a tanto alzado que compense los perjuicios causados por la mora.
 - Erigirse en acicate o estímulo para que la otra parte cumpla lo pactado.

Tales finalidades pueden concurrir de forma individual o cumulativa, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los intereses derivados de la mora procesal a que se refiere el artículo 576 LEC¹¹⁰.

En correlación con las finalidades apuntadas, la Abogado General señala que si esta consiste únicamente en la fijación de un importe a tanto alzado para indemnizar los perjuicios causados por la mora, el tipo de interés de demora será claramente excesivo cuando rebase ampliamente los perjuicios concretos que previsiblemente cause dicha mora. Sin embargo, parece evidente que un tipo de interés de demora más alto incita al deudor a no incurrir en mora en el cumplimiento de sus obligaciones

*solo el carácter abusivo de una cláusula controvertida, sí constituye un elemento esencial en el cual el juez competente puede basar su apreciación del carácter abusivo de dicha cláusula». Así, tal y como señalara la Abogado General que elaboró las conclusiones previas a la resolución por el TJUE del asunto *Invitel*, la lista que contiene el anexo solo recoge ejemplos a los efectos de esta Directiva. Habida cuenta de este carácter mínimo, esta lista puede ser ampliada o reducida por los Estados miembros en el marco de su legislación nacional, especialmente en lo que concierne al ámbito de aplicación de estas cláusulas (nota 46 de las conclusiones).*

¹⁰⁹ Artículo 20.4 de la Ley, conforme al cual: «En ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos... un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero».

¹¹⁰ Como expresamente ha tenido la ocasión de poner de relieve nuestro Tribunal Constitucional (cfr. STC 206/1993, de 22 de junio). Sobre la distinción entre los intereses moratorios y los procesales, vid. SSTS de 10 de abril de 1990 y 15 de abril de 1991, entre otras muchas.

contractuales y a poner fin rápidamente a la situación de mora en que haya incurrido. Si el tipo de interés acordado, con arreglo al Derecho nacional, pretende que se cumpla con lo pactado y, con ello, procura que se mantenga una ética de pago, cabrá calificarlo de abusivo desde el momento en que sea claramente más elevado de lo necesario para alcanzar ese objetivo.

Y así, apuntados tales elementos a tener en cuenta en la valoración en torno a la validez o abusividad de los intereses de demora, pactados contractualmente por *Catalunyacaixa* y el señor *Aziz, Juliane Kokott* termina, al igual que hace respecto a la validez de la cláusula de vencimiento anticipado, concluyendo que el órgano jurisdiccional en el caso de una cláusula sobre los intereses de demora debe examinar en particular dos cuestiones:

- En qué medida el tipo de interés se aparta del tipo de interés legal que a falta de pacto sería aplicable.
- Si dicho tipo de interés está en proporción y se adecúa al objetivo perseguido con el establecimiento del mismo (intimación al cumplimiento o indemnización de daños y perjuicios, o ambos a la vez).

En orden a dilucidar la respuesta que en nuestro ordenamiento jurídico debe darse a estos dos elementos valorativos tendentes a delimitar el carácter abusivo o no de los intereses moratorios¹¹¹, debe partirse, en primer lugar, de lo dispuesto en los artículos 1100 y 1108 de nuestro Código Civil (CC) y artículos concordantes del Código de Comercio (Ccom).

Del tenor del artículo 1100 del Código Civil¹¹² se desprende que la mora automática del deudor se produce como regla general cuando el acreedor reclama judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación al deudor. El deudor incurre asimismo en mora sin necesidad de intimación previa cuando así lo hayan convenido las partes, cuando la ley lo declare expresamente y cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resulte que la designación de

¹¹¹ Tarea con la que el juez Seijo se enfrentará tarde o temprano, tras la resolución judicial que dicte el TJUE.

¹¹² Conforme al cual: «*Incurrer en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación. No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:*

1. *Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente.*
2. *Cuando de su naturaleza y circunstancia resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación.*

En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro».

la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la misma.

Sin embargo, esta regla del Código Civil no resulta aplicable al contrato en torno al cual versa la cuestión prejudicial, por cuanto el mismo es un contrato mercantil¹¹³ celebrado entre una entidad financiera y un consumidor, y en tales casos la regla aplicable es la contenida en el artículo 63¹¹⁴ del Código de Comercio¹¹⁵, que preconiza la regla contraria, esto es, la mora automática del deudor sin necesidad de intimación previa por parte del acreedor. De ahí que la estipulación contenida en el contrato suscrito entre el señor Aziz y *Catalunyacaixa* resulte del todo superflua, por cuanto la mora automática en este tipo de contratos se produce sin necesidad de acuerdo entre las partes, *ope legis* y desde el día siguiente a aquel en que se produce el vencimiento parcial de la deuda aplazada.

Cuando la obligación del deudor incurso en mora consiste en el abono de dinero la consecuencia de semejante incumplimiento viene determinada por el artículo 1108 CC en los términos siguientes:

«Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal».

Regla que reproduce en el Código de Comercio el párrafo primero del artículo 316, según el cual:

«Los deudores que demoren el pago de sus deudas después de vencidas, deberán satisfacer desde el día siguiente al del vencimiento el interés pactado para este caso o, en su defecto, el legal».

¹¹³ Como no puede ser de otra forma, puesto que de lo contrario no estaríamos hablando de la aplicación al mismo de la categoría jurídica en que las condiciones generales de la contratación consiste, ni tampoco del posible carácter abusivo de parte de su clausulado.

¹¹⁴ Vid., sobre el mismo, el comentario de VILA FLORENSA, Pau, en la obra colectiva, *Comentarios al Código de Comercio (Doctrina y Jurisprudencia adaptadas a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil)*, Tomo I, Atelier, Barcelona, 2002, págs. 521 a 525. El autor pone de relieve la diferente solución adoptada por los artículos 1100 del Código Civil y 63 del Código de Comercio, manifestándose contrario a la doctrina civilista que entiende que ambos preceptos no difieren, por cuanto el artículo 1100 del Código Civil salva de la regla general de necesidad de interpelación previa al deudor los casos establecidos por la Ley, entre los cuales se encontraría precisamente el referido artículo 63 del Código de Comercio.

¹¹⁵ Según el artículo 63 del Código de Comercio: *«Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán:*

- 1. En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la Ley, al día siguiente de su vencimiento.*
- 2. En los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor interpelare judicialmente al deudor, o le intimare la protesta de daños y perjuicios hecha contra él ante un Juez, Notario u otro oficial autorizado para admitirla».*

Del tenor literal de los preceptos transcritos cabe extraer la respuesta en el ordenamiento jurídico español a los dos interrogantes/criterios a tener en cuenta, según la Abogado General, para poder pronunciarse en torno a la validez/invalididad de los intereses moratorios pactados en el contrato de préstamo hipotecario objeto de debate en la cuestión prejudicial planteada.

Comenzando por la cuestión más genérica referente a la finalidad perseguida por los intereses moratorios en nuestro ordenamiento patrio, procede señalar que el objetivo de tales intereses no es sino actuar como indemnización por los daños y perjuicios experimentados por el acreedor desde el momento mismo en que el deudor se demora en el pago de sus obligaciones, como expresamente recoge el artículo 1108 CC y la doctrina¹¹⁶ y jurisprudencia¹¹⁷ han tenido la ocasión de poner de relieve reiteradamente en el tiempo¹¹⁸.

Ahora bien, consistiendo el abono de los intereses de demora en una indemnización por los daños y perjuicios experimentados por el acreedor lo lógico es que el daño sufrido, como en toda indemnización de tal clase, deba acreditarse. Sin embargo, en el caso de las obligaciones pecuniarias, dicho daño se entiende producido desde el momento mismo en que el deudor incumple, en base a argumentos múltiples tales como el carácter instantáneamente fructífero de la moneda o a la indisponibilidad o privación que el acreedor sufre de su capital y el riesgo que corre de perderlo¹¹⁹. También se ha señalado, más técnicamente,

¹¹⁶ Cfr., entre otros, ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil, II* (Derecho de Obligaciones), 11.ª ed., Bosch, 2002, pág. 195; DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al., Elementos de Derecho Civil, II* (Derecho de Obligaciones, vol. 1.º), 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1985, pág. 249; DíEZ-PICAZO, Luis, «Fundamentos del...», *ob. cit.*, págs. 636 a 638; PUIG BRUTAU, José, *Compendio de Derecho Civil*, vol. II, Bosch, 1987, pág. 106; ORDÁS ALONSO, Marta, *El interés de demora*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 33 a 41.

¹¹⁷ Así, por ejemplo, en la STS de 19 de mayo de 1991 (FJ 4.º) se fundamentaba que: «...ha de puntualizarse que un elemento económico es el relativo a los intereses legales de demora a que se refieren los artículos 1100 y siguientes, en particular el 1108, que surgen dentro de las relaciones contractuales como un supuesto de incumplimiento de sus obligaciones por parte del deudor, en cuyo caso la indemnización de daños y perjuicios en que incurra, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos».

¹¹⁸ No faltan tampoco quienes, como CORTÉS, ponen de manifiesto que el interés de demora no es, en el fondo, algo muy distinto de una cláusula penal, aunque en contra de la regla general el acreedor pueda exigir, en este caso, conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena. CORTÉS, Luis Javier, «El mercado del crédito», en la obra colectiva, *Curso de Derecho Mercantil*, 2.ª ed. (vol. II) (dirs.: Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ), Thomson-Civitas, Madrid, 2007, págs. 531 y 532. No obstante lo dicho, el TS ha manifestado recientemente que las disposiciones aplicables a las cláusulas penales no son de aplicación a los intereses de demora (cfr. STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª de 23 de septiembre de 2010, FJ 3.º).

¹¹⁹ Vid. el comentario al artículo 1108 del Código Civil de RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, en la obra colectiva, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: Manuel ALBADALEJO), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, págs. 755 a 759.

que estos intereses moratorios operan como índice de corrección legal de la depreciación monetaria en el sistema nominalista¹²⁰.

Además, y aunque en este punto la doctrina no es unánime, se ha razonado apuntado la innecesariedad de que en el caso de obligaciones pecuniarias la mora tenga un carácter culposo o doloso¹²¹, propugnándose la instauración para este tipo de obligaciones de un régimen de responsabilidad por daños (materializado en la obligación de abono de los intereses de demora correspondientes) objetivo o cuasi-objetivo¹²².

Independientemente de ello, lo que parece descartada es la hipótesis de que los intereses moratorios tengan por finalidad en nuestro ordenamiento servir como estímulo al correcto cumplimiento por el deudor de sus obligaciones, por cuanto esta clase de intereses, y a diferencia de lo que ocurre con, por ejemplo, los intereses procesales, revisten, como se ha dicho, una naturaleza estrictamente indemnizatoria¹²³.

Y es partiendo de dicha naturaleza indemnizatoria desde la cual, en opinión de *Juliane Kokott*, debe enjuiciarse acto seguido el posible carácter abusivo de los intereses moratorios pactados en el contrato de préstamo hipotecario suscrito por el señor *Aziz y Catalunyaixa*, para lo que, a su vez, se hace necesario valorar:

- La adecuación del tipo de interés pactado a la finalidad indemnizatoria perseguida por los intereses moratorios.
- El tipo de interés moratorio que en defecto de pacto sería aplicable.

Por lo que hace a la primera de las cuestiones apuntadas, es decir, a la pretendida adecuación que debe existir entre la cuantía de los intereses pactados y el montante a que ascienden los daños y perjuicios irrogados al acreedor como consecuencia de la falta de abono en plazo de las cantidades debidas, podemos decir que se trata de un criterio plausible, pero sumamente indeterminado en lo que hace a su concreción para el caso concreto. Al menos considerado por sí sólo y de forma aislada.

De ahí la necesidad de interrelacionar dicho interrogante con la determinación de los intereses que a falta de pacto serían aplicables como intereses moratorios, concreción que resulta mucho más sencilla y que nos arroja un

¹²⁰ SSTs de 16 de diciembre de 2004, 3 de abril de 2006 y 18 de octubre de 2007, entre otras.

¹²¹ Cfr. artículo 1101 del Código Civil.

¹²² Sobre este particular, vid., por todos, el comentario al artículo 1108 del Código Civil hecho por RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, citado anteriormente (págs. 764 a 777).

¹²³ No obstante existen resoluciones judiciales en las que se destaca el carácter intimidatorio de los intereses de demora pactados, encaminados a compeler al deudor a cumplir en plazo con sus obligaciones (tal es el caso de la STS de 2 de octubre de 2001 (FJ 2.º), en la que además se procede a una «equiparación» entre la función que cumple la cláusula penal y la propia de los intereses de demora.

tipo de interés con el que poder comparar el pactado por las partes y poder así enjuiciar la desviación existente y su posible justificación, si es que la hay.

A tales efectos, los artículos 1108 CC y 316 CCom preceptúan, en defecto de pacto, como tipo de interés moratorio aplicable a las obligaciones dinerarias el interés legal del dinero¹²⁴. Interés legal que puede entenderse referido al moratorio o al remuneratorio, dada la falta de especificación de la norma. Sin embargo, y siendo la finalidad de unos y otros intereses sumamente distinta¹²⁵, debe entenderse que el tipo de interés legal a tener en cuenta es el moratorio.

La Disposición Adicional 13.^a de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, fija dicho tipo de interés moratorio en el 5 por 100, muy alejado, claro está, del tipo de más del 18 por 100 pactado por el señor *Aziz y Catalunyacaixa*. Disposición Adicional a la cual remiten los artículos 1 y 2 de la Ley 24/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero¹²⁶.

Sin embargo, y pese a que el tenor literal de los artículos 1108 CC, 316 CCom, y 1 y 2 de la citada Ley sobre modificación del tipo de interés legal del dinero conduzcan necesariamente a tomar como referencia del interés moratorio el tipo porcentual del 5 por 100 fijado por la Ley de Presupuestos, en defecto de pacto, en nuestra opinión, para valorar el carácter abusivo o no de los intereses, pactados en el caso en cuestión objeto de debate, resulta más acertado acudir, como elemento comparativo¹²⁷, al tipo máximo fijado por la Ley 16/2011, de

¹²⁴ Con anterioridad a la Ley 24/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero, el artículo 1108 del Código Civil contenía un apartado segundo (introducido por la Ley de 7 de octubre de 1939) en el que se fijaba dicho interés en el 4 por 100 anual. Apartado que quedó derogado por la citada norma, y cuya justificación, según la propia Exposición de Motivos de la Ley estribaba en el hecho de que: «*La permanencia del 4 por 100 como tipo del interés legal del dinero resulta por tanto, obsoleta respecto a la realidad social, discriminatoria frente a la que rige para los derechos y obligaciones de la Hacienda Pública, y favorecedora de todo tipo de incumplimientos hasta el momento en que por recaer resolución jurisdiccional condenatoria entre en juego el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil*».

¹²⁵ Remuneratoria vs. indemnizatoria.

¹²⁶ El artículo 1 de la citada Ley estableció que: «*El interés legal del dinero se determinará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. El Gobierno, atendiendo a la evolución de los tipos de interés de la Deuda Pública, podrá revisar el tipo de interés fijado en el ejercicio por la Ley de Presupuestos Generales del Estado*».

Por su parte, el artículo 2 señala que: «*Cualquiera que sea la naturaleza del acto o contrato de que se derive la obligación, el interés que, salvo estipulación en contrario, deberá pagarse por el deudor constituido legítimamente en mora y en los demás casos en que aquel sea exigible con arreglo a las Leyes, será el determinado conforme a lo previsto en el artículo anterior*».

¹²⁷ El análisis como abusivos de los intereses de demora pactados por referencia a cualesquiera tipos de interés, más o menos habituales en el tráfico jurídico, es rechazado abiertamente por la STS de 4 de junio de 2009 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª, FJ 4.º), en la cual se señaló que: «*En cuanto a los intereses moratorios, estos, como recuerda la sentencia de 2 de octubre de 2001, "no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como*

24 de junio, LCC, en su artículo 20.4 (descubierto tácito), que se concreta en 2,5 veces el interés legal del dinero.

La razón por la cual estimamos más conveniente tomar como referencia dicho tipo de interés máximo, en lugar del fijado como interés de demora en la Ley de Presupuestos, estriba en la mayor adecuación de los tipos máximos considerados por la LCC a la realidad socio-económica actual, toda vez que un interés de demora del 5 por 100 parece insuficiente para satisfacer la indemnización debida al acreedor como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones por parte del deudor.

Ahora bien, no se trata de aplicar analógicamente la previsión contenida en la Ley de Crédito al Consumo, máxime dada la disparidad existente entre las figuras del descubierto tácito y préstamo, sino de tomar un índice legal (de los múltiples posibles) que permita interpretar los artículos 82.1 y 85.6 TRLGDCU y 3.1 de la Directiva 93/13.

A mayor abundamiento, conforme al artículo 82.3 TRLGDCU, la apreciación en torno al carácter abusivo o no de una cláusula contractual debe efectuarse teniendo presentes: 1. La naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato. 2. Todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración. 3. El resto de cláusulas que forman parte del contrato.

La necesaria utilización de estos parámetros diluye en cierta manera la divergente naturaleza del descubierto en cuenta corriente a que se refiere la LCC y el contrato de préstamo hipotecario, al menos a efectos de tener en consideración, aunque de forma orientativa, los límites al tipo porcentual de los intereses moratorios estipulados. Y ello porque aun siendo las circunstancias de uno y otro supuesto sumamente distintas, resultan favorables, a su vez, y en mayor medida, a la limitación de los intereses prevista, puesto que, no en balde, mientras que en los contratos de crédito al consumo no existen garantías reales mediante las que confieran cierta seguridad jurídica y cobertura al préstamo concedido por el acreedor, en el caso de un préstamo hipotecario la cobertura hipotecaria suscrita por el deudor minimiza, al menos en una parte importante, el riesgo asumido por el mismo.

De todo ello se desprende que la fijación de intereses moratorios con tipos porcentuales elevados pueda erigirse en cláusula manifiestamente abusiva, por adicionar como pena al incumplimiento, además de la inevitable ejecución hipotecaria, una cantidad dineraria extremadamente alta que se suma a los propios intereses remuneratorios y, cuando proceda (como ocurre en este caso enjuiciado), al vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo concedido.

de sanción o pena con el objeto de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que hace que no se considere si exceden o no del interés normal del dinero, ni cabe configurarlos como leoninos, ni encuadrarlos en la ley de 23 de julio de 1908”».

Vencimiento anticipado que se configura, en sí mismo y ya de por sí, como una especie de penalización o «cláusula penal» vinculada al incumplimiento o cumplimiento defectuoso (fuera de plazo) por parte del deudor de sus obligaciones como prestatario.

En cualquier caso, la cuestión resulta problemática, puesto que, catalogada la cláusula en cuestión como abusiva, el órgano jurisdiccional encuentra ante sí varias posibilidades de actuación.

Así, de una parte y como primera alternativa, nos encontramos con el mantenimiento de la cláusula, como preceptúa cierta jurisprudencia menor de nuestro país y algunas resoluciones judiciales del TS que parecen negar la posibilidad de corrección de los tipos de los intereses moratorios independientemente de cuál haya sido el porcentaje aplicable pactado¹²⁸.

Otra posibilidad, y por la que nos decantamos, estriba en la moderación de los intereses moratorios abusivos pactados entre la entidad financiera y el deudor hipotecario, tomando como tipo de referencia, como han hecho múltiples resoluciones judiciales en nuestro país, el tipo máximo de 2,5 veces el interés legal del dinero estipulado por la LCC¹²⁹. Moderación que resulta obligada

¹²⁸ Sobre esta jurisprudencia menor a favor y en contra, vid. el reciente trabajo de DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, «Intereses moratorios pretendidamente abusivos en contratos bancarios de préstamo. Especial referencia a la STJUE de 14 de junio de 2012», en *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, julio de 2012 (núm. 4), págs. 44 a 47. La proscripción de comparación con cualesquiera tipos de interés fijados legalmente, imposibilidad de aplicación de la Ley Azcárate de 1908 a este tipo de intereses y de declararlos abusivos, sea cual sea el tipo pactado, se desprende de la STS de 4 de junio de 2009, citada en la nota 127, y concretamente en el pasaje reproducido. La referida inadecuación de la Ley Azcárate para el caso de los intereses moratorios radicaría en la distinta finalidad de estos con respecto a los remuneratorios (a los que sí resulta aplicable). No obstante, se trata de un debate abierto, que gira en torno a la posibilidad de subsunción de los intereses moratorios en los artículos 1 y 9 de dicha Ley.

¹²⁹ No en balde, se está estudiando en el ámbito comunitario la posibilidad de extender algunas de las previsiones dictadas en materia de crédito al consumo a los préstamos hipotecarios, por ejemplo, en materia de límites en los tipos de interés. Sobre esta cuestión, vid. ÁLVAREZ VEGA, María Isabel, *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Thomson Reuters, Navarra, 2010, págs. 79 a 90.

Por otra parte, la aplicación del interés legal del dinero como interés moratorio aplicable para el caso de declararse abusivo el pactado, puede conducir a una situación de enriquecimiento injusto, por resultar más ventajoso para el deudor el incumplimiento que el cumplimiento. No obstante, esta conclusión debe matizarse, puesto que en el caso concreto que aquí tratamos, es decir, los préstamos hipotecarios, la pérdida de la vivienda que se ve ejecutada como consecuencia del incumplimiento del deudor, difícilmente puede considerarse más ventajosa para el deudor que el hecho de seguir pagando en tiempo y forma el crédito contratado con la entidad financiera para adquirir la que, en la mayoría de los casos, resulta ser su vivienda habitual. Sí que podría resultar predicable este argumento respecto a créditos ordinarios no vinculados a la adquisición de una vivienda, o al menos en los que no exista una garantía hipotecaria de estas características, puesto que en tales casos sí que podría darse un uso abusivo del derecho o estar en presencia de un enriquecimiento injusto del deudor que incumple.

desde el prisma del Derecho Comunitario tuitivo de nuestros consumidores y usuarios, materializado por lo que respecta a este caso en la Directiva 93/13, y en su trasposición al ordenamiento español en el TRLGDCU. Y ello aunque no exista soporte legal expreso en nuestro sistema jurídico para efectuar dicha moderación ni aplicar dicho criterio, por cuanto ni el CC ni el CCom lo contemplan, a salvo para el caso de las cláusulas penales (art. 1154 CC), y cuya posibilidad de utilización respecto a los intereses moratorios ha sido rechazada por nuestro TS¹³⁰.

Por último, y a raíz de la STJUE, de 14 de junio de 2012, dictada en el asunto *Banco Español de Crédito*, el juez puede considerarse obligado por el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 a tener por no puesta la cláusula sobre intereses moratorios considerada como abusiva, sin poder moderarla, debiendo limitarse a decretar la subsistencia del contrato celebrado pero suprimiendo la cláusula en cuestión¹³¹, conforme preceptúa el artículo 83.1 TRLGDCU. La conclusión a que llega el TJUE en este punto resulta ciertamente discutible, en lo que a su aplicación a los intereses moratorios se refiere, por cuanto lo que se está declarando abusivo no es la existencia de intereses moratorios en sí mismos,

¹³⁰ Cfr. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 23 de septiembre de 2010 (FJ 3.º *in fine*). Debe siquiera notarse que la jurisprudencia del Alto Tribunal resulta cuando menos confusa en lo que a la naturaleza jurídica y finalidad de los intereses moratorios se refiere, sosteniendo, según los casos, la asimilación de los mismos a la cláusula penal, para en otros, pese a resaltar su carácter punitivo e indemnizatorio, negar tal posibilidad. Sobre la cláusula penal en el ámbito de la contratación inmobiliaria, vid. ZUMAQUERO GIL, Laura, «La cláusula penal en la contratación inmobiliaria con consumidores», en la obra colectiva, *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria* (coord.: Ana CAÑIZARES LASO), Tecnos, Madrid, 2006, págs. 266 a 287.

¹³¹ Asunto *Banco Español de Crédito* (C-618/10), en cuyo apartado 65 se señala que: «Así pues, del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible».

A dicha STJUE se refiere expresamente *Juliane Kokott* en sus conclusiones, puesto que la misma versaba, entre otras cuestiones, sobre la imposibilidad en el ordenamiento jurídico español de alegar en el seno de un procedimiento monitorio la existencia de cláusulas abusivas, aspecto que debe quedar relegado, al igual que en el caso de la ejecución hipotecaria, al correspondiente procedimiento declarativo posterior. Cláusulas abusivas que se centran en este supuesto también en los intereses moratorios excesivamente altos pactados por las partes. No obstante, la Abogado General limita en cierta medida la aplicación de los razonamientos expuestos en dicha resolución judicial por el TJUE al caso planteado, por cuanto reconoce los intereses en la rápida ejecución de la vivienda hipotecada por parte de la entidad financiera unido al hecho de que la escritura notarial tiene la consideración de título ejecutivo, de ahí la configuración formalista del procedimiento de ejecución hipotecaria previsto en la LEC y la amplia limitación de los motivos de oposición que el deudor puede esgrimir (apartado 55 de las conclusiones).

sino el tipo porcentual aplicable a tales intereses. De tal forma que, a nuestro parecer, el juez sí que debe poder moderar el importe de los intereses pactados, haciendo uso de la facultad de integración del contrato en la parte afectada por la nulidad a que se refiere el apartado segundo del referido artículo 83 TRLGDCU.

Fuera como fuere, la cuestión de qué hacer cuando los intereses moratorios pactados resultan abusivos no se encuentra resuelta de forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico, aunque la normativa comunitaria y el TRLGDCU obliguen a adoptar alguna de las dos posibilidades anteriores. Lo que no puede concluirse en ningún caso es la imposibilidad de entrar a conocer el tipo porcentual de los intereses pactados por las partes, toda vez que supondría eludir las obligaciones impuestas a nuestros operadores jurídicos por el citado TRLGDCU y la Directiva 93/13¹³². Se hace pues necesaria en este punto una reforma legal, que contribuya a dar una mayor certeza y seguridad a los operadores jurídicos que se enfrentan diariamente a este problema, y más concretamente a nuestros Jueces y Tribunales.

Finalmente, circunscribiéndonos al objeto fundamental de las conclusiones, referente a las repercusiones en la ejecución hipotecaria del enjuiciamiento posterior a tal ejecución de la cláusula en cuestión, debe notarse que la declaración de nulidad de una cláusula de este tipo y su consiguiente inaplicación o moderación, no llevará aparejada en ningún caso la no ejecución de la vivienda gravada por la hipoteca. Lo único que se producirá será una minoración del importe de la deuda garantizada por la hipoteca suscrita, puesto que, al igual que ocurre con la cláusula de vencimiento anticipado, estamos en presencia de un caso de nulidad parcial, pudiendo subsistir perfectamente el contrato de préstamo suscrito sin la cláusula en cuestión o con ella reducida.

¹³² Téngase presente que el artículo 4.2 de la Directiva excluye de su ámbito de aplicación los que tradicionalmente se han denominado elementos esenciales del contrato, salvo que las cláusulas que versan sobre tales elementos no se hayan redactado de forma clara y comprensibles. Ahora bien, no cabe entender que la cláusula que versa sobre los intereses moratorios sea un elemento esencial del contrato, sino más bien un elemento accesorio, hecho por el cual no cabe entender que, conforme a la Directiva el control de tales intereses devenga imposible, como se colige de algunas resoluciones judiciales recaídas en nuestro país. Sobre esta cuestión, vid., por todos, CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

Dicho artículo 4.2 no se encuentra traspuesto además de forma expresa en nuestro país, lo que ha generado una importante polémica doctrinal y jurisprudencial en torno a la posibilidad de control o no en España de tales elementos esenciales por abusivos, aspecto zanjado por la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid —asunto C-484/08— (cfr. CASTILLA CUBILLAS, Manuel, «La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 3 de junio de 2010, en materia de abusividad de las prestaciones principales del contrato, y sus riesgos», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2011). Cuestión prejudicial que fue formulada por nuestro TS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) por medio de Auto de 20 de octubre de 2008.

Por tanto, nos encontramos con que la subsistencia del sistema de ejecución hipotecaria español no se ve contradicho de manera alguna por el hecho de que la cláusula sobre intereses moratorios sea declarada abusiva, y ello con independencia de que la discusión en torno a tal abusividad en el procedimiento declarativo correspondiente, posterior o simultáneo a la ejecución en curso, debiera producir algún efecto (que solo sería dilatorio) sobre el procedimiento ejecutivo, según se desprende de las conclusiones formuladas por *Juliane Kokott*.

3. DETERMINACIÓN UNILATERAL DEL IMPORTE DE LA DEUDA DERIVADA DEL CONTRATO

El último apartado del análisis efectuado por *Juliane Kokott* en sus conclusiones, previo a las conclusiones propiamente dichas, está dedicado a la problemática propia de la cláusula del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre el señor *Aziz y Catalunya Caixa* y en virtud de la cual la referida entidad financiera, a los efectos de llevar a cabo la ejecución forzosa, en caso de incumplimiento de sus obligaciones por el prestatario, puede determinar unilateralmente el importe del préstamo pendiente, fijando así de modo autónomo un requisito esencial para la tramitación del procedimiento de ejecución hipotecaria.

Respecto a esta última cláusula objeto de discusión, interesa destacar que la posibilidad de determinación unilateral del importe de la deuda no constituye una especialidad característica de los contratos de préstamo hipotecario y su correlativa ejecución, sino que, muy al contrario, en los procedimientos monitorios es admisible, asimismo, dicha forma de fijación del montante debido, y la misma tampoco puede discutirse en el seno de tal procedimiento monitorio, sino que, y al igual que ocurre en el caso de la ejecución hipotecaria, la cantidad litigiosa deberá ser impugnada por el deudor en el procedimiento declarativo que corresponda (verbal u ordinario según la cuantía de la deuda).

Ahora bien, lo que sí es cierto es que en el transcurso de un procedimiento monitorio la oposición del deudor lleva aparejada la finalización de este procedimiento, pasando automáticamente la cuestión litigiosa al procedimiento declarativo que corresponda. Dicho en otros términos, esta oposición del deudor por motivos de fondo relativos a la relación jurídica de que trae causa la cantidad dineraria objeto de reclamación por vía monitoria paraliza dicha vía, y lleva aparejada, automáticamente, el paso al procedimiento plenario correspondiente en el que, con todas las garantías, podrá discutirse adecuadamente la validez o no de relación de que dimana tal cantidad¹³³.

¹³³ Cfr. artículo 818.1 LEC.

En el caso de la ejecución hipotecaria la situación es, como ya hemos tenido la ocasión de exponer¹³⁴, radicalmente distinta, por cuanto los motivos de oposición que el deudor hipotecario puede formular se encuentran sumamente tasados, y en todo caso no permiten discutir el carácter abusivo de tal o cual cláusula del contrato de préstamo y, por si fuera poco, el hecho de acudir de forma paralela a la ejecución en curso a un procedimiento declarativo en el que discutir tal aspecto no produce efecto alguno sobre dicha ejecución, a salvo la posibilidad de que el juez que conoce del declarativo retenga parte de la cantidad resultante de la realización del bien hipotecado, si es que la hay, claro está, en concepto de posible indemnización al deudor demandante, con la finalidad de asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte.

Sin embargo, la falta de virtualidad práctica sobre la ejecución hipotecaria de la discusión en torno al carácter abusivo de la cláusula por la que se determina el importe debido por el deudor en el procedimiento declarativo que corresponda se ve compensada por la posibilidad prevista en el artículo 695.2 LEC, que permite al deudor oponerse a la ejecución en los casos en que se dé un error en la determinación de la cantidad exigible.

Esta posibilidad que tiene el deudor de alegar error en la determinación de la cuantía debida desvirtúa así, en buena medida, el posible perjuicio que la imposibilidad de discusión en la ejecución hipotecaria sobre el carácter abusivo de la cláusula de determinación unilateral del saldo deudor pudiera acarrearle. Y ello porque la abusividad de tal cláusula girará precisamente en torno a posibles errores o cuantificaciones fraudulentas que la entidad financiera pueda cometer, de tal manera que admitida la facultad de oponerse a la ejecución hipotecaria en curso por error en la determinación de la deuda ninguna indefensión puede causarle al ejecutado como consecuencia del hecho de no poder alegar el carácter abusivo de la cláusula misma.

Si bien el artículo 695.2 LEC está pensado para los casos de ejecución hipotecaria en los cuales la deuda garantizada se materialice en el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado, no parece haber mayor problema en extender dicha posibilidad a los casos en los que la deuda deriva de un contrato de préstamo hipotecario, y no del cierre de una cuenta de tales características, y ello en virtud de la remisión efectuada por el artículo 685.2 LEC a los artículos 573 y 574 del mismo cuerpo legal, que deben a su vez ponerse en relación con el artículo 572.2 LEC¹³⁵.

¹³⁴ Vid. *supra*.

¹³⁵ Referido al despacho ejecución por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida por corredor de comercio colegiado, siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo. Precepto dentro del cual

En este sentido, puede decirse que el supuesto a que se refiere el artículo 695.1.2 LEC como posible causa de oposición del deudor en el procedimiento de ejecución hipotecaria no deja de ser un caso especial de pluspetición del acreedor, en el sentido de los artículos 558 y 575 LEC, que si bien no tendrá nunca como efecto impedir la ejecución, sí que puede configurarse como un mecanismo de protección suficiente al consumidor disconforme con la cantidad solicitada por la entidad financiera en el correspondiente procedimiento ejecutivo, por cuanto a tenor del artículo 695 LEC, apartados 2 y 3, lo que producirá en tales casos es una suspensión de la ejecución en curso¹³⁶, en aras a proceder a una comparecencia de las partes ante el órgano jurisdiccional que dictó la orden de ejecución en cuestión, tras la cual se fijará el importe final por el que se procederá a la realización de los bienes hipotecados.

Puede decirse, pues, que el deudor dispone de dos mecanismos distintos conforme a los cuales oponerse a la cuantificación de la deuda formulada unilateralmente por el acreedor en su escrito de solicitud de ejecución hipotecaria¹³⁷: en el seno del propio procedimiento ejecutivo en base al artículo 695.1.2 LEC; al margen del mismo, a través del procedimiento declarativo correspondiente.

Si bien en ninguno de los dos casos la ejecución hipotecaria se evitaría¹³⁸, lo cierto es que la protección que se dispensa al deudor en el caso del artículo 695.1.2 LEC es mucho más eficaz que la derivada de la posterior resolución judicial dictada en el procedimiento declarativo que resulte procedente. Y pese a ello, el juez Seijo no la menciona en el Auto por el que plantea la cuestión prejudicial. Sí que parece referirse a ella, aunque muy genéricamente, la Abogado General como una de las circunstancias o aspecto a tener en cuenta por el juez nacional para adoptar su resolución en torno al carácter abusivo o no

entendemos quedaría perfectamente comprendido un contrato de préstamo hipotecario sin mayor problema.

¹³⁶ A diferencia de la regla general prevista por el artículo 558 LEC para los casos de alegación de pluspetición por el deudor.

¹³⁷ Entiéndase que la oposición a la ejecución hipotecaria por error en la determinación de la cuantía siempre irá fundamentada con arreglo a los criterios de cuantificación de la deuda derivada del préstamo hipotecario recogidos y pactados en su momento por las partes en el correspondiente contrato. Lo que no será admisible es discutir con base en esta causa de oposición del artículo 695.2 LEC los propios criterios acordados contractualmente por acreedor y deudor, cuestión que, en su caso, deberá solventarse en el procedimiento declarativo correspondiente.

¹³⁸ La Abogado General señala que el deudor ya habría perdido el bien hipotecado cuando recayese la resolución judicial que dirimiese la validez o no de la cláusula de determinación unilateral del importe de la deuda derivada del préstamo hipotecario, lo cual no deja de ser sorprendente, por cuanto el pronunciamiento judicial que declarase abusiva la cláusula en cuestión nada obstaría a la prosecución posterior de la ejecución hipotecaria inicialmente solicitada, sino que su único efecto sería retrasar la misma. Fuera como fuese finalmente el deudor incumplidor se vería privado de su vivienda.

de la cláusula¹³⁹ que permita esta posibilidad de determinación unilateral del saldo deudor por la entidad financiera, unida al hecho de que, como alegó el Gobierno español, solo las entidades de crédito sometidas al control bancario están legitimadas para utilizar la cláusula controvertida.

Por todo ello, podemos concluir, respecto a esta cuestión de la posible abusividad de las cláusulas de determinación unilateral del importe de la deuda por las entidades financieras en los contratos de préstamo hipotecario y su posterior efectividad en el procedimiento de ejecución hipotecaria que:

- La hipotética abusividad de la misma, que por lo demás no compartimos desde el momento mismo en que los criterios de dicha determinación fueron válidamente pactados en su momento en el contrato suscrito *inter partes*, estribaría en un posible error de la entidad financiera en la cuantificación del montante total de la deuda, y dicho error puede hacerse valer en el transcurso de la ejecución hipotecaria por medio de la previsión contenida en el artículo 695.1.2 LEC, dando debido cumplimiento así a las exigencias derivadas del principio de efectividad en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios a que obliga la Directiva 93/13 CE.
- En el caso de que el deudor no formulase su oposición al montante de la ejecución por la vía anterior, y decidiese discutir la validez de la cláusula en sí en el procedimiento declarativo posterior correspondiente, si bien es cierto que tal procedimiento no tiene nunca el efecto de paralizar la ejecución en curso, debe tenerse presente que en último término la declaración de abusividad de la cláusula no obstaría, la ejecución hipotecaria, que tarde o temprano se produciría. El hecho de considerar que tales cláusulas de determinación unilateral del importe de la deuda no son válidas y que para fijar el montante debido por el deudor hipotecario la entidad financiera debiera acudir, previamente a la ejecución, al procedimiento declarativo correspondiente para la fijación de dicha cantidad carece de sentido alguno, y no se erigiría sino como una dilación absurda e incomprensible, que además, sin duda, tendría repercusiones sobre las condiciones impuestas por las entidades financieras que operan en el mercado hipotecario a los consumidores, materializadas, básicamente, en un endurecimiento de tales condiciones.

¹³⁹ Puesto que, al igual que hace en el caso de las cláusulas de vencimiento anticipado y de cuantificación de los intereses de demora, *Juliane Kokott* no resuelve expresamente la cuestión del carácter abusivo o no de la cláusula en cuestión, sino que se limita a apuntar los criterios generales que pueden ser tenidos en cuenta por el juez nacional, a quien incumbe determinar tal aspecto, en orden a emitir su fallo, a tenor de la Directiva 93/13 CE.

VI. CONSIDERACIONES FINALES: INCIDENCIA DE LAS CONCLUSIONES EN EL RÉGIMEN ACTUAL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOL

Juliane Kokott termina por proponer al TJUE, en las conclusiones presentadas, que resuelva de la siguiente manera¹⁴⁰:

1. Un sistema de ejecución de títulos notariales sobre bienes hipotecados o pignorados en el que las posibilidades de oposición frente a la ejecución se encuentran restringidas es incompatible con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuando el consumidor, ni en el propio procedimiento ejecutivo ni en un procedimiento judicial separado, puede obtener una tutela jurídica efectiva para ejercitar los derechos reconocidos en dicha Directiva, por ejemplo mediante una resolución judicial que suspenda provisionalmente la ejecución forzosa.
2. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar con arreglo al artículo 3, apartados 1 y 3 de la Directiva 93/13, el carácter abusivo de una cláusula de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores:
 - a) En el caso de una cláusula por la que el acreedor puede dar por vencido anticipadamente un crédito inmobiliario, el órgano jurisdiccional debe examinar, en particular, en qué medida la cláusula se aparta de la normativa legal que a falta de pacto sería aplicable, si lo estipulado en la cláusula responde a una razón objetiva y si el consumidor, a pesar de la alteración del equilibrio contractual en favor de quien ejercita la cláusula, no queda desprotegido con respecto al contenido normativo de la cláusula en cuestión.
 - b) En el caso de una cláusula sobre intereses de demora, el órgano jurisdiccional debe examinar, en particular, en qué medida el tipo de interés se aparta del tipo de interés legal que a falta de pacto sería aplicable y si no está en proporción con el objetivo del interés de demora.
 - c) En el caso de una cláusula para la determinación unilateral del importe de la deuda, deben tenerse en cuenta, particularmente, las consecuencias de una cláusula de ese tipo en el Derecho procesal nacional.

Respecto al segundo de los apartados, esto es, la consideración en torno a la abusividad o no de las distintas cláusulas concretas a que se refiere el juez

¹⁴⁰ Apartado 97 de las conclusiones.

Seijo en el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, nada tenemos que añadir, por cuanto las distintas reflexiones sobre cada uno de los criterios apuntados por la Abogado General, para poder apreciar dicho carácter abusivo, han sido ya debidamente efectuadas en las páginas precedentes.

Sin embargo, sí que interesa hacer siquiera una reflexión final sobre el aspecto en el que más se han centrado quienes han tenido la ocasión de manifestarse en público respecto a las conclusiones presentadas: las repercusiones que las mismas presentadas tendrían en la actual normativa española reguladora de las ejecuciones hipotecarias, caso de que el TJUE acogiese la misma línea argumental en ellas contenida.

En este sentido, se propone al TJUE que estime que la normativa procesal española que impide al deudor hipotecario alegar en el seno de la ejecución en curso el carácter abusivo de algunas de las cláusulas contenidas en el título que sirve precisamente de base a tal ejecución resulta contraria a la Directiva 93/13. Máxime desde el momento en el que el proceso declarativo correspondiente que posterior o simultáneamente puede iniciar el ejecutado para discutir tales cláusulas nunca tendrá el efecto, según se ha expuesto, de paralizar o suspender la ejecución iniciada.

Es cierto que una conclusión de esta naturaleza, caso de ser estimada por el TJUE en la sentencia que finalmente se dicte, implicaría la necesidad por parte del legislador español de proceder a operar algún tipo de modificación legislativa en materia de ejecuciones hipotecarias que permitiera salvaguardar la ineffectividad actualmente imperante, siempre según la opinión de *Juliane Kokott*, en materia de protección de consumidores y usuarios cuando existen cláusulas abusivas mediante¹⁴¹.

Modificación que, según parece desprenderse de las conclusiones de la Abogado General, podría instrumentarse de dos maneras distintas e igualmente válidas:

- Una primera opción podría consistir en introducir como un motivo más de oposición a la ejecución hipotecaria la discusión en torno al carácter abusivo o no de una cláusula del contrato de préstamo.
- La segunda posibilidad estribaría en establecer que como consecuencia del inicio de un procedimiento declarativo, posterior o simultáneo al inicio de la ejecución hipotecaria, en el que se discuten algunas de las cláusulas del contrato, por abusivas, dicha ejecución en curso debiera suspenderse hasta la resolución del asunto.

Sin embargo, semejante postulado resulta, cuando menos, discutible por una razón fundamental, cual es el hecho de que fundamenta tal modificación,

¹⁴¹ De lo contrario, la Comisión podría dar inicio a un procedimiento sancionador contra el Reino de España.

consistente en la paralización de la ejecución en curso, de una u otra de las formas apuntadas, en la discusión en torno al carácter abusivo de alguna/s de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario. Y ello porque, si finalmente se decretase la nulidad de tales cláusulas, tal y como se ha avanzado ya con anterioridad, estaríamos en presencia de un supuesto de nulidad parcial del contrato en que la ejecución se basa. Nulidad parcial que, en consecuencia, nunca llevaría aparejada la no ejecución del inmueble, sino, únicamente, su dilación en el tiempo, con el consiguiente perjuicio que para el acreedor, y también para el deudor, implicaría dicho retraso.

Esto es, y dicho de otra forma, la conclusión en torno al carácter contrario de la normativa española en materia de ejecución hipotecaria a la Directiva 93/13 por no tener ninguna repercusión sobre la ejecución en curso la discusión en torno al carácter abusivo de determinadas cláusulas del contrato de préstamo suscrito originariamente entre acreedor y deudor-consumidor resulta inconsecuente. Y tal incongruencia se basa en el hecho de entender que la necesidad de que tal discusión se ventile en un procedimiento declarativo separado, al que previa o simultáneamente ha seguido el desahucio del consumidor, resulta ineficaz, por cuanto aunque en este procedimiento se termine por concluir la abusividad de la cláusula en cuestión el perjuicio al consumidor, irreparable por lo demás, ya se ha producido: ha sido desahuciado de su vivienda.

En lo que no parece recabar *Juliane Kokott* es que el contrato de préstamo hipotecario incumplido por el deudor que deja de pagar no se verá afectado por la declaración judicial de abusividad de tal o cual cláusula. De tal manera que, el sustento último de la ejecución no se ve alterado, y la ejecución de la vivienda resulta legítima y conforme a Derecho.

De ahí que, en nuestra opinión, las conclusiones presentadas resulten desacertadas, porque el procedimiento declarativo en el que se discuten las cláusulas abusivas, aunque no paralice la ejecución, sí que tendrá, caso de estimarse la pretendida abusividad, los efectos que en toda lógica debe tener.

Efectos que, en el caso concreto planteado en la cuestión prejudicial que da origen a las conclusiones aquí analizadas, estribarían¹⁴² en la imposibilidad de exigir el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo, la minoración de la cantidad debida como consecuencia del hecho de tener por no puestos los intereses moratorios pactados considerados como abusivos y en la modificación de la cantidad adeudada por el prestatario unilateralmente fijada por la entidad financiera en la liquidación notarial, acompañada en su momento a la solicitud de inicio de la ejecución hipotecaria.

Repercusiones sobre el montante de la deuda y condiciones de su fijación y devolución (en este caso concreto) que obviamente consideramos que sí que

¹⁴² Sin perjuicio de las consideraciones que sobre tales extremos se han hecho en los apartados precedentes.

dispensan una protección eficaz al deudor hipotecario, que, como hemos dicho ya, nunca se habría visto librado de que la ejecución se hubiese llevado a término aunque se le permitiese discutir en el propio proceso ejecutivo el carácter abusivo de parte del clausulado del contrato de préstamo.

Por otra parte, tampoco cabe olvidar la posibilidad prevista por nuestra LEC que permite al juez que conoce del procedimiento declarativo retener parte del importe obtenido con la realización del bien hipotecado para indemnizar posibles daños y perjuicios irrogados al consumidor. Y si bien es cierto que cuando es la propia entidad financiera o parte acreedora la que se adjudica el inmueble¹⁴³ no hay tal dinero que retener, ello no obsta para que el juez acuerde, llegado el caso, la obligación de indemnizar al consumidor por los daños efectivamente irrogados como consecuencia de las cláusulas abusivas, u otros vicios del título, al deudor-consumidor afectado. Indemnización que llegado el caso, de una u otra forma, y siempre bajo nuestro punto de vista, debe entenderse que dispensa una protección eficaz al consumidor víctima de una contratación abusiva, por cuanto, aunque en el momento en el cual se produzca el pronunciamiento judicial que declare la abusividad de tal o cual cláusula el mismo ya haya sido desahuciado, no debemos obviar que la pérdida del inmueble siempre se producirá para el caso del incumplimiento del contrato de préstamo no afectado por la meritada declaración.

No obstante todo ello, ahora resta esperar a que el TJUE se pronuncie finalmente sobre la cuestión prejudicial planteada, y ver si en la resolución que dicte acoge o no la línea argumental seguida por *Juliane Kokott*. Argumentación que, al igual que nos ocurre con la mayor parte de manifestaciones que se han hecho en diversos medios de comunicación por diversos operadores jurídicos incluido el propio Consejo General de Abogacía Española¹⁴⁴, quienes suscribimos el presente artículo no podemos compartir.

De ahí que, la pretendida modificación de la normativa española en este punto, basada en las conclusiones presentadas y en el hipotético fallo en idéntico sentido emitido por el TJUE, sería, además de un error desde el punto de vista económico y del mercado del crédito hipotecario, un dislate jurídico carente de razón.

¹⁴³ Independientemente del valor por el que se produzca tal adjudicación, que es objeto de otro debate distinto.

¹⁴⁴ Cuya opinión se encuentra recogida en el modelo de escrito de solicitud de paralización de ejecuciones hipotecarias disponible en su página web, y al que ya hemos aludido.

BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN DOMÉNECH, Federic: *La ejecución hipotecaria*, Bosch Procesal, Barcelona, 2009.
- ALBADALEJO, Manuel: *Derecho Civil, II (Derecho de Obligaciones)*, 11.^a ed., Bosch, 2002.
- ÁLVAREZ OLALLA, Pilar: *La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario*, Comares, Granada, 1999.
- ÁLVAREZ VEGA, María Isabel: *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Thomson Reuters, Navarra, 2010.
- ARRUÑADA, Benito: «La reforma de la responsabilidad hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio de 2012 (núm. 731), págs. 1259 a 1289.
- AURIOLES MARTÍN, Adolfo: «Cuestiones en torno a las cláusulas de vencimiento anticipado en pólizas bancarias de préstamo y de crédito», en la obra colectiva, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez* (coord.: Juan Luis IGLESIAS PRADA), vol. III (Contratos mercantiles, derecho concursal y derecho de la navegación), Civitas, Madrid, 1996.
- BALLUGERA GÓMEZ, Carlos: «Tratamiento registral de las cláusulas abusivas de las hipotecas», en la obra colectiva, *Ejecución Hipotecaria; Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio SALAS CARCELLER—, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.
- «Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo hipotecario en la STS de 16 de diciembre de 2009», en *Diario La Ley*, núm. 7507, Sección Doctrina, 11 de noviembre de 2010.
- BASOZABAL ARRUE, Xavier: *Estructura básica del préstamo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- BELINCHÓN ROMO, María Raquel: «Extinción de la deuda garantizada con hipoteca y la dación en pago», en la obra colectiva, *Ejecución Hipotecaria; Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio SALAS CARCELLER—, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «El control registral de las condiciones generales de los contratos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 667, 2001, págs. 1939 a 2004.
- «Las cláusulas de interés variable y de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios: perspectiva del derecho de consumo (a la luz de algunas reformas legislativas recientes)», en la obra colectiva, *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma* (coords.: José Carlos SÁNCHEZ GONZÁLEZ *et al.*), Thomson-Reuters (Consejo General del Notariado), Navarra, 2010.
- CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, Rafael: *Las cláusulas de la hipoteca*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.
- CAÑIZARES LASO, Ana (coord.): *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Tecnos, Madrid, 2006.
- CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna, y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, 2002.

- CASTILLA CUBILLAS, Manuel: «La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 3 de junio de 2010, en materia de abusividad de las prestaciones principales del contrato, y sus riesgos», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2011.
- CLEMENTE MEORO, Mario Enrique: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1998.
- CORDÓN MORENO, Faustino *et al.* (coords.): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, 2001.
- CORDÓN MORENO, Faustino: «Comentario al artículo 681 de la LECiv. Procedimiento para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca», en la obra colectiva, *Ejecución Hipotecaria; Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio SALAS CARCELLER—, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.
- «Comentario al artículo 695 de la LECiv. Oposición a la ejecución», en la obra colectiva, *Ejecución Hipotecaria; Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio SALAS CARCELLER—, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.
- CORTÉS, Luis Javier: «El mercado del crédito», en la obra colectiva, *Curso de Derecho Mercantil*, 2.ª ed. (vol. II) (dirs.: Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ), Thomson-Civitas, Madrid, 2007.
- CRiado GÁMEZ, Juan Manuel: «La inadmisibilidad de la cuestión prejudicial prevista en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 24, 2011.
- DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al.*: *Elementos de Derecho Civil, II* (Derecho de Obligaciones, vol. 1.º), 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1985.
- DE LOURDES SOUZA, María: *El uso alternativo del Derecho, génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, Universidad de León, 1999.
- DÍAZ FRAILE, Juan María: «Limitación de la responsabilidad hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto de 2012 (núm. 732), págs. 1845 a 1905.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «Intereses moratorios pretendidamente abusivos en contratos bancarios de préstamo. Especial referencia a la STJUE de 14 de junio de 2012», en *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, julio de 2012 (núm. 4), págs. 37 a 48.
- DÍEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II (*Las relaciones obligatorias*), Civitas, 5.ª ed., 1996, Madrid.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Comentario al artículo 693 LEC», en la obra colectiva, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Tomo III)* —dir.: Antonio María LORCA NAVARRETE—, Lex Nova, Valladolid, 2000.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, y TORIBIOS FUENTES, Fernando: *Ejecución hipotecaria de vivienda. Rehabilitación del préstamo y enervación de la acción*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José: *El proceso de ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil (Comentarios, jurisprudencia y formularios generales al Libro III)*, Thomson Reuters (Civitas), 4.ª ed., Navarra, 2012.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El Registro de condiciones generales de la contratación y la eficacia de la inscripción», en la obra colectiva, *La contratación bancaria* —coords.: Enrique GADEA SOLER y Adolfo SEQUEIRA MARTÍN—, 2007, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2007.

- H. TÜRK, Alexander: *Judicial Review in EU Law*, Elgar European Law, UK, 2009.
- HERBOSA, Inmaculada: *El despacho de la ejecución hipotecaria. Causas de oposición y suspensión*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil, II* (vol. III), Bosch, Barcelona, 1986.
- LASARTE, Carlos: *Principios de Derecho Civil, Tomo II (Derecho de Obligaciones)*, 9.ª ed., Marcial Pons.
- LASO PRIETO, José María: «Fundamento constitucional del uso alternativo del Derecho», en *Revista de Derecho Político*, núm. 1, 1978.
- «Sobre el uso alternativo del Derecho», en *El Basilisco: Revista de filosofía, ciencias humanas, teoría de la ciencia y de la cultura*, núm. 2, 1978.
- LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M.: «Las condiciones generales de la contratación y su control en el ámbito registral», en *Revista La Ley*, núm. 148, 2008, págs. 1763 a 1770.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco (dir.): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Dykinson, Madrid, 2000.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás María; SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto, y ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: *Sobre el uso alternativo del Derecho*, Valencia, Fernando Torres, D.L. 1978.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María (dir.): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Tomo III)*, Lex Nova, Valladolid, 2000.
- MARTÍN DIZ, Fernando: «Propuestas procesales ante la crisis hipotecaria inmobiliaria», en *Diario La Ley*, núm. 7126, 3 de marzo de 2009.
- MENÉNDEZ MORENO, Alejandro: «El uso alternativo del Derecho», en *Lex Nova: La revista*, núm. 62, 2010.
- MONSERRAT VALERO, Antonio: *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria (art. 131 LH)*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- *Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2002.
- ORDÁS ALONSO, Marta: *El interés de demora*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.
- PARDO, Celestino, y NOGUEROLAS, Nicolás: «Las causas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios», en *Diario La Ley*, núm. 7293, Sección Doctrina, 27 de noviembre de 2009.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, 4.ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.
- PUIG BRUTAU, José: *Compendio de Derecho Civil*, vol. II, Bosch, 1987.
- RAMOS CHAPARRO, Enrique J.: *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.
- RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: «Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios: Comentario a la STS de 27 de marzo de 1999», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 4, 2000, págs. 433-444.
- «Préstamos hipotecarios y cláusulas de vencimiento anticipado», en la obra colectiva, *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al Profesor Celestino Cano Tello* (coord.: Mario E. CLEMENTE MEORO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 421 a 451.
- ROCA-SASTRE, Ramón María, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Lluís: *Derecho Hipotecario*, 8.ª ed., Bosch, Barcelona, 1998.

- RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «El control registral de las cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 705, 2008, págs. 397 a 410.
- RODRÍGUEZ OTERO, Lino: *La Ley Hipotecaria de 1861: sus autores, sus avatares y comentarios (referencia a una posible injusticia histórica)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2010.
- RUBIO TORRANO, Enrique: «Ejecución hipotecaria y derechos constitucionales», en la obra colectiva, *Ejecución Hipotecaria; Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio SALAS CARCELLER—, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.
- RUIZ-JARABO COLOMER, Dámaso: *La Justicia de la Unión Europea*, Thomson Reuters, Navarra, 2011.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: «Comentario al artículo 1108 del Código Civil», en la obra colectiva, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: Manuel ALBADALEJO), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda: «Implicaciones jurídicas en la aplicación del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios», en *Diario La Ley*, núm. 7977, Sección Tribuna, 3 de diciembre de 2012.
- VILA FLORENSA, Pau, en la obra colectiva, *Comentarios al Código de Comercio (Doctrina y Jurisprudencia adaptadas a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil)*, Tomo I, Atelier, Barcelona, 2002, págs. 521 a 525.
- YSAS SOLANES, María: *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, en *La Ley*, Madrid, 1994.
- ZUMAQUERO GIL, Laura: «La cláusula penal en la contratación inmobiliaria con consumidores», en la obra colectiva, *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria* (coord.: Ana CAÑIZARES LASO), Tecnos, Madrid, 2006.

RESUMEN

DACIÓN EN PAGO

El objeto del presente trabajo estriba en analizar los razonamientos efectuados por la Abogada General Juliane Kokott en sus conclusiones presentadas el 8 de noviembre de 2012 en el asunto Mohamed Aziz c. CatalunyaCaixa, referentes a la conformidad o disconformidad de la normativa española en materia de ejecución hipotecaria con la normativa comunitaria sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, materializada, fundamentalmente, en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993.

ABSTRACT

SURRENDER IN LIEU OF PAYMENT

The purpose of this paper is to analyze the arguments put forward by the Advocate General Juliane Kokott in her conclusions delivered on 8 November 2012 in the Case Mohamed Aziz c. CatalunyaCaixa, regarding the respect or disrespect of the Spanish legislation in cases of foreclosure against the background of EU Law on unfair terms in consumer contracts, materialized mainly in the Directive 93/13/EEC of the Council of 5 April 1993.

These conclusions have stemmed from a preliminary ruling submitted by the Commercial Court No. 3 of Barcelona which

Conclusiones que tienen su origen en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, al cual se atribuyó el conocimiento del juicio declarativo posterior a una ejecución hipotecaria, y en el que se cuestiona la validez, por abusivas, de algunas de las cláusulas del contrato de préstamo firmado entre la entidad financiera Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona y Manresa (Catalunyacaixa) y el señor Mohamed Aziz en julio del año 2007.

was assigned the declaratory proceeding subsequent a foreclosure and it questions the validity, on cause of abuse, of some terms of the loan contract signed between the bank Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona and Manresa (CatalunyaCaixa) and Mr. Mohamed Aziz in July 2007.

Los inconvenientes a la posibilidad de la adjudicación en pago de la finca hipotecada al acreedor ejecutante: una perspectiva desde el Derecho Civil

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*Profesora Contratada Doctora de la Universidad Antonio de Nebrija
y del Centro Universitario Villanueva*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

- I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: LA SITUACIÓN DE CRISIS ECONÓMICA COMO DETONANTE DEL SUPUESTO DE HECHO DEL QUE SE PARTE.
- II. INCONVENIENTES QUE SE PLANTEAN DESDE EL DERECHO CIVIL PARA ADMITIR LA MAL LLAMADA DACIÓN EN PAGO EN LA ADJUDICACIÓN DE FINCA AL ACREEDOR HIPOTECARIO Y QUE DICHA ADJUDICACIÓN EXTINGA LA DEUDA GARANTIZADA:
 1. LA HIPOTECA COMO DERECHO REAL DE GARANTÍA.
 2. LA AUSENCIA DEL PACTO DE LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA DEL ARTÍCULO 140 LH.
 3. LA ACCESORIEDAD DE LA HIPOTECA RESPECTO A LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA.
 4. LA NO EXTINCIÓN DE LA DEUDA GARANTIZADA.
 5. INCONVENIENTES LEGALES.
 6. INCONVENIENTES JURISPRUDENCIALES.
 7. DIFICULTADES PARA APLICAR LAS MEDIDAS CORRECTORAS PREVISTAS POR NUESTRO ORDENAMIENTO:
 1. *Abuso del derecho.*
 2. *Enriquecimiento injusto.*
 3. *Desequilibrio contractual y cláusula rebus sic stantibus.*
 4. *Doctrina actos propios.*

8. INCONVENIENTES DE LA PRÁCTICA BANCARIA.

III. CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El tema que se va a abordar desde distintas perspectivas a lo largo de este curso, la famosa dación en pago, genera discusión y pasión en muy diferentes sectores de la sociedad, pues es un tema que ha trascendido de lo jurídico para situarse en la realidad cotidiana de nuestro país, sobre el que tanto se habla desde las aulas hasta el bar, pasando, como no, por la prensa y medios de comunicación.

Parece este, por tanto, el foro adecuado para estudiarlo con seriedad y rigor, tratando de arrojar luz al pequeño caos existente en torno al mismo, por lo que considero que la elección del tema por los organizadores no podía ser mas acertada.

Hoy nos toca analizar la dación en pago en los préstamos hipotecarios desde el Derecho Civil, si bien, y comenzando ya con mi ponencia, he de aclarar que no voy a hablar exactamente sobre la dación en pago en los préstamos hipotecarios, sino, de la «mal llamada» dación en pago; es decir, de la posibilidad de que el acreedor hipotecario, al adjudicarse la finca ejecutada por menos valor de la deuda preexistente, se dé por pagado y se extinga la deuda garantizada.

Ya adelanto que esto no es un verdadero supuesto de dación en pago aunque, en la realidad extendida a la que antes me refería, así se ha denominado. Pues bien, voy a tratar de argumentar, desde el punto de vista del Derecho Civil, cómo esta posibilidad tan repetida y reclamada no es factible, teniendo en cuenta nuestro propio ordenamiento y nuestra tradición jurídica civil e hipotecaria.

Empecemos por el principio.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: LA SITUACIÓN DE CRISIS ECONÓMICA COMO DETONANTE DEL SUPUESTO DE HECHO DEL QUE SE PARTE

La situación de crisis económica que vivimos en estos momentos ha hecho que se replanteen y cuestionen tanto instituciones financieras como jurídicas que se encontraban bien enraizadas en nuestra sociedad.

De este modo, y concretamente, se han alzado voces para tratar de paliar o aminorar la grave situación en la que se encuentra un deudor hipotecante, tras producirse una ejecución hipotecaria por impago, en la que pierde la finca a favor del acreedor, y cuando el valor de esta no alcanza a cubrir la totalidad

de la deuda. En estos casos, el deudor que ha perdido la vivienda, como no ha terminado de pagar su deuda con el acreedor, puede ser sometido a una ejecución, ahora de carácter personal, consecuencia de la cual se embarguen otros bienes que le quedaban en su patrimonio.

Para importantes sectores de la sociedad, esto supone una carga inaceptable para el deudor que, además de verse despojado de su vivienda, tiene que seguir pagando la deuda pendiente. Siendo cierta la gravedad del hecho, lo que no compartimos es la solución propugnada por estos sectores, y avalada también por cierta jurisprudencia menor. La solución que ofrecen es que, en los casos en los que el acreedor hipotecario (en la mayoría de los casos una entidad financiera o crediticia) se adjudique la finca hipotecada como consecuencia de la ejecución, y el valor de esta no alcance a cubrir la totalidad de la deuda pendiente, esa adjudicación debe actuar a modo de una dación en pago, y por lo tanto extinguir la deuda de forma definitiva sin que pueda continuarse la ejecución vía personal por la cantidad pendiente de cobro. El acreedor hipotecario ejecutante no podría en este caso dirigirse contra el patrimonio del deudor para intentar cobrar lo pendiente de pago, contraviniendo, a nuestro parecer, los principios de responsabilidad patrimonial universal del deudor, y desconociendo la naturaleza y función de garantía de la hipoteca, su carácter accesorio, y una pluralidad de preceptos legales vigentes en nuestro ordenamiento.

Esta postura abogando a favor de la adjudicación en pago del bien ejecutado al acreedor, extinguiendo la deuda, tuvo su detonante, conocido por todos, en el famoso Auto 111/2010 de 17 de diciembre de la Audiencia Provincial de Navarra, al que han seguido otros, aunque con diferentes argumentos, y que ha suscitado polémica entre todos los agentes que intervienen en torno a los créditos garantizados con hipoteca: entidades financieras, asociaciones de consumidores, colegios profesionales del ámbito inmobiliario, y particulares en general. El hecho de que la finca haya perdido valor y se adjudique al acreedor por un importe inferior al de tasación, y por tanto sin que alcance a cubrir la deuda, es irrelevante para estos sectores y se ha subrayado por las Audiencias Provinciales, pues como el inmueble se tasó previamente en una cantidad suficiente para cubrir la deuda, y no se ha solicitado su modificación, el acreedor hipotecario debe asumir esta pérdida. Su adjudicación, entonces, a modo de dación en pago, debe ser *pro soluto* y extinguir la deuda completamente.

Esta afirmación repetida por varias resoluciones judiciales es la que vamos a tratar de rebatir en esta ponencia. Es decir, no creemos posible que, en la actualidad, con nuestro ordenamiento civil e hipotecario, sea factible esta solución o esta propuesta de que la adjudicación de la finca ejecutada al acreedor pueda extinguir la deuda, pues lo impiden varios y múltiples inconvenientes que desgranamos a continuación.

Es decir, no vamos a analizar la dación en pago como solución al problema planteado que, por ejemplo, admite el Real Decreto 6/2012, y que será objeto

de análisis a lo largo de las distintas ponencias de este curso de verano, que puede ser una solución perfectamente admisible en nuestro ordenamiento, si así se pacta y establece, sino que vamos a tratar de la mal llamada «dación en pago», es decir, de la posibilidad de la extinción de la deuda con la adjudicación de la finca hipotecada al acreedor ejecutante, como si fuera una limitación de responsabilidad hipotecaria obligatoria —o semi— en los casos de incumplimiento.

Hoy en día, y mientras el legislador no cambie los preceptos legales, no puede admitirse este tipo de afirmaciones ni soluciones dadas por la jurisprudencia menor, y amplificadas sobremanera por la prensa y medios de comunicación.

¿Cuáles son los inconvenientes para admitir que la adjudicación en pago de la finca ejecutada al acreedor hipotecario debe extinguir la deuda y por tanto impedir que se continúe la ejecución por parte del acreedor en vía personal?

Los vemos a continuación.

II. INCONVENIENTES QUE SE PLANTEAN DESDE EL DERECHO CIVIL PARA ADMITIR LA MAL LLAMADA DACIÓN EN PAGO EN LA ADJUDICACIÓN DE FINCA AL ACREEDOR HIPOTECARIO Y QUE DICHA ADJUDICACIÓN EXTINGA LA DEUDA GARANTIZADA

I. LA HIPOTECA COMO DERECHO REAL DE GARANTÍA

El primer argumento o inconveniente que encontramos para impedir que el acreedor ejecutante, se adjudique la finca hipotecada como pago de su deuda lo encontramos en la propia función de garantía de la hipoteca.

Los derechos reales de garantía aseguran el cumplimiento de una obligación principal, mediante la afección de un bien determinado y su realización de valor, para poder satisfacer aquella, sea quien sea el poseedor de la cosa dada en garantía, y con carácter preferente y oponibilidad *erga omnes*. Es decir, el acreedor, una vez incumplida la obligación principal por el deudor, puede ejercitar el *ius distrahendi*, propio de los derechos reales de garantía y vender el bien para, con el importe obtenido con su venta, cobrar su deuda y satisfacer su crédito, de manera preferente.

Las garantías reales facilitan, mejoran y aseguran el cobro de los créditos a los acreedores, ya que si al dirigirse al patrimonio de su deudor para intentar cobrar, como consecuencia del artículo 1911 del Código Civil, en este no hubiera ya bienes, pues, por ejemplo, se han enajenado a favor de terceros, el acreedor siempre podrá dirigirse contra el bien concreto sobre el que se estableció la garantía, cualquiera que sea el patrimonio donde se encuentre actualmente. De este modo, son un «plus», un extra, a la responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 CC), pues cuando no se puede cobrar por ese procedimiento,

al no quedar ya bienes en poder del deudor, el acreedor tendrá un instrumento mas, que es ejercitar el derecho de garantía, el *ius distrahendī*, vender el bien, lo tenga quien lo tenga, y cobrar su crédito.

Son concluyentes en este sentido, y a la hora de explicar la función de garantía de los derechos reales de garantía, las palabras de LACRUZ BERDEJO¹, que afirma: «El derecho de crédito —personal— es relativo, es decir, eficaz solo *inter partes*; que vincula la conducta del deudor pero quedando afectado en su garantía su patrimonio para, en caso de incumplimiento, satisfacer a su costa el interés del acreedor. En estas condiciones es posible que, llegado el vencimiento de la obligación, incumplida por el deudor, carezca su patrimonio de bienes en que hacer efectivo aquel interés del acreedor. Pues bien, un intento de remediar esta limitación y de prevenir este riesgo, consiste en dotar —de algún modo— al derecho de crédito de la inherencia y de la reipersecutoriedad propias de los derechos reales, de tal modo que se mantengan afectos a la garantía también sus bienes pretéritos, es decir los que se hallen en poder de un tercer adquirente... Para producir este efecto se grava con un derecho real —absoluto, *erga omnes*, dotado de reipersecutoriedad— de garantía el bien o bienes de que se trate».

GÓMEZ GÁLLIGO explica esta relación de garantía o aseguramiento de los derechos reales de garantía de la siguiente forma: después de afirmar que el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, añade que «una seguridad más firme la obtiene el acreedor mediante la constitución de los derechos de garantía, con los que uno o más bienes determinados quedan expresamente afectados al pago de una deuda, para que su valor se destine a la extinción de esta»².

Consecuentemente, cuando existe un derecho real de garantía para asegurar el cumplimiento de una obligación, el acreedor tiene a su favor, una doble responsabilidad: *a*) la personal del deudor (art. 1911 CC), como en toda obligación, y *b*) la real, pues el bien dado en garantía responde con su valor en venta de la misma obligación, esté donde esté. El acreedor puede dirigirse vía personal o vía real para tratar de cobrar la obligación incumplida, y nada impide que ejercite una detrás de otra si no hubiera alcanzado a cubrir su deuda. La responsabilidad real no excluye la personal, ni viceversa. Esto es así porque, como ya hemos dicho, la garantía hipotecaria amplía la responsabilidad, esa es su función, y de esta forma asegura o favorece el cobro del crédito al acreedor.

En este sentido, véanse las palabras de LACRUZ BERDEJO³: «El deudor puede cualificar su responsabilidad patrimonial universal gravando bienes que

¹ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III-2, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 191.

² GÓMEZ GÁLLIGO, J., *Derechos reales. Registros*, Ed. Carperi, Madrid, 2009, pág. 54.

³ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III-2, *ob. cit.*, págs. 191-194.

quedan especial, preferente y absolutamente afectos a satisfacer con su valor el interés del acreedor, caso de incumplimiento por su parte. Puede también ampliar aquella responsabilidad patrimonial universal si un tercero ofrece alguno o algunos de sus bienes para que sean gravados a los mismos efectos». Y continúa este autor diciendo que «esta garantía específica, preferente y real, no excluye la responsabilidad patrimonial universal del deudor. Como dice el artículo 105 LH, la hipoteca ...*no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil...*, cuando el bien gravado se halla en el patrimonio del deudor la concurrencia de las dos afecciones en garantía de su responsabilidad —personal e ilimitada, real y preferente, respectivamente— no plantea cuestión: la alteración se reduce al orden de prelación de bienes y a la preferencia satisfactoria del crédito; se hace efectiva la responsabilidad por vía del gravamen real, se anteponen los bienes pignorados o hipotecados (arts. 681 y sigs. LEC); y con el precio obtenido en la realización de su valor se satisfará el crédito garantizado sin que se imponga al acreedor ejecutante la *pars conditio creditorum*. En cambio, cuando el bien objeto del gravamen real no se halla en el patrimonio del deudor —sea porque constituyó el gravamen un tercero, sea porque el deudor lo constituyó, enajenó después el bien gravado— el acreedor, en caso de incumplimiento por parte del deudor, puede optar entre el ejercicio de su acción crediticia —personal— contra el deudor agrediendo todo su patrimonio en *pars conditio* con otros eventuales acreedores, o bien dirigirse —a través del que sea titular— contra los bienes gravados y con carácter preferente».

El derecho de hipoteca es un derecho real de garantía sin discusión, como se desprende de los artículos 1858 del Código Civil, y 129 y siguientes de la LH, y además ha repetido la jurisprudencia en varias ocasiones⁴. Por lo tanto, cumple esa función de aseguramiento propia de aquellos, que no excluye, sino que amplía, la responsabilidad patrimonial del deudor. Siendo este el contenido típico de la garantía, pues amplía, mejora las posibilidades de cobro del acreedor, sino, no sería garantía. Luego la función de garantía (que además es la que une el crédito y la hipoteca), justifica que el acreedor siempre tenga dos vías abiertas para su cobro: la real y la personal. Si se priva al acreedor hipotecario de una de ellas (la personal), la función de garantía quedaría mermada, disminuida o anulada, pues poco aseguramiento añade si no preserva la responsabilidad normal de todo deudor y solo ofrece la real.

En este sentido, es concluyente y claro el artículo 105 LH, que ya se ha mencionado, pues expresamente afirma que «la hipoteca podrá constituirse en garantía de todo tipo de obligaciones y no excluye la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil».

⁴ Véase, por todas, STS de 3 de julio de 1997 y RDGRN de 3 de abril de 1998.

La función de garantía propia de la hipoteca como un refuerzo de la responsabilidad patrimonial del deudor es contraria a la solución que se propone por los sectores defensores del deudor, pues no puede obligarse al acreedor a perseguir únicamente los bienes hipotecados, cuando son un simple refuerzo de la responsabilidad personal del deudor, que persiste, y por tanto nada impide al acreedor a continuar ejecución contra él y su patrimonio.

2. LA AUSENCIA DEL PACTO DE LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA DEL ARTÍCULO 140 LH

Cosa distinta sería si se hubiese establecido expresamente el pacto de limitación de responsabilidad hipotecaria que contempla el artículo 140 LH, al afirmar que «no obstante lo dispuesto en el artículo 105 LH —no exclusión de la responsabilidad patrimonial universal del deudor— podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados y no alcanzarán a los demás bienes del deudor».

Se contempla en este artículo la posibilidad de concretar la responsabilidad hipotecaria a los bienes hipotecados, en cuyo caso, no podría seguirse ejecución hipotecaria más allá de dichos bienes, como se plantea en el supuesto que comentamos. Esta posibilidad ya existe en nuestro ordenamiento, pero debe pactarse expresamente en la escritura de constitución de hipoteca, y si no se hace, estaremos ante la regla general de superposición de dos responsabilidades, la real y la personal.

El artículo 140 LH, de limitación de responsabilidad hipotecaria, se introdujo en la Ley Hipotecaria de 1944, para «favorecer el crédito y la posición del deudor», que excluía de este modo, el resto de su patrimonio de la posible agresión de su acreedor hipotecario.

En este supuesto realmente lo que se prevé es una exclusión de la responsabilidad personal del deudor, se elimina y desaparece, impidiendo en cualquier caso al acreedor, incluso si caduca la inscripción de la hipoteca, o se pierde la cosa dada en garantía, cobrar vía personal pues no existe esa responsabilidad.

Por otra parte, la responsabilidad real que se contempla en el artículo 140 LH se limita al importe obtenido en la enajenación del inmueble, ni siquiera al importe real del bien, disminuyendo todavía más la garantía del acreedor.

Si con el artículo 140 LH se elimina la responsabilidad personal del deudor, esto supone una separación clara entre la deuda y la responsabilidad, entre la deuda y la garantía; si además, se puede establecer una hipoteca flotante para garantizar esa deuda, u otra futura que no está determinada en todos sus as-

pectos (art. 153 bis LH), como concluye PAU PEDRÓN⁵, esta mezcla un tanto explosiva puede asemejarse mucho a la deuda territorial alemana, ya que hay cierta abstracción entre la garantía y la deuda garantizada, pues ambas se alejan cada vez más.

Por eso, la admisión como regla general de la limitación de la responsabilidad hipotecaria, tal y como preconizan ciertos sectores para solucionar el problema descrito, no nos parece del todo correcta por las siguientes razones que se acaban de exponer y resumimos de esta forma: *a)* se disminuye o merma la función propia de garantía de la hipoteca; *b)* hay mayor riesgo de una abstracción hipotecaria, similar a la deuda territorial alemana; que no es mala, pero no encaja en nuestro sistema y aunque quisiéramos establecerla, no tendría éxito por lo fluctuante y poco sólido que es el mercado hipotecario español; *c)* Y por último, es poco frecuente el establecimiento de este pacto expreso en la práctica, ya que, al limitarse la responsabilidad a la real, el acreedor hipotecario ve limitada su garantía de cobro, y por eso no suele acceder a su inserción, y si lo hace, suele repercutir en un tipo de interés más elevado en sus préstamos hipotecarios que pudieran compensar de alguna forma la disminución de garantías.

Como afirma PRETEL SERRANO⁶, este pacto no ha tenido ninguna utilización en la práctica, lo que demuestra el hecho de que no hay ni una sola sentencia del Tribunal Supremo ni resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado en este sentido. A continuación añade que a su modo de ver esto se debe a que «no hay ninguna razón para que el acreedor prescinda anticipadamente de la responsabilidad universal del deudor. Muy al contrario: no solamente es la responsabilidad universal junto a la garantía hipotecaria, la que desea el acreedor, sino que es muy frecuente que, normalmente por las entidades de crédito, se exijan además otras garantías accesorias, que incluso llegan a desvirtuar el sentido de la figura del derecho real de hipoteca».

Es decir, la posibilidad que se apunta como solución a la situación angustiosa del deudor, ya existe en nuestro ordenamiento, pero no se utiliza, por la disminución de la función de garantía que supone, desnaturalizando la función propia de un derecho real de garantía, que no es otra que ampliar la responsabilidad personal del deudor.

⁵ PAU PEDRÓN, A., sostuvo esta tesis en su ponencia «La extensión de la responsabilidad personal en el crédito hipotecario: de la limitación de responsabilidad a las garantías desproporcionadas», en la *RAJL*, el 7 de junio de 2012.

⁶ PRETEL SERRANO, J. J., «Comentarios al artículo 140 de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 8.º, Edersa, Madrid, 2000, en <http://vlex.com>.

3. LA ACCESORIEDAD DE LA HIPOTECA RESPECTO A LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA

La accesoriidad de la hipoteca respecto a la obligación que garantiza implica que se hace inviable la constitución, transmisión o pervivencia de la hipoteca sin la existencia del crédito cuyo cumplimiento asegura, tal y como se deduce de los artículos 1857, 1876 y 1528 del Código Civil.

La jurisprudencia en muchas ocasiones se ha manifestado a favor de la accesoriidad de la hipoteca⁷. Baste ver, por todas ellas, lo que afirma la STS de 29 de junio de 1989: «...por tener la hipoteca un carácter accesorio del crédito, de modo que aquella subsiste en tanto este también subsiste, lo que atribuye al crédito la cualidad de elemento principal de la relación jurídica y lo lleva a reconocer que corresponde a la misma persona que sea titular del crédito garantizado, al no ser la hipoteca un derecho independiente, o sea, con existencia propia, sino que vive al servicio del crédito, estando conectado a éste y que sigue su suerte y así viene calificado por el artículo 1528 del Código Civil».

Manifestación clara de la accesoriidad de la hipoteca es el hecho de que no puede subsistir sin la obligación que garantiza, cuando esta ya se extinguió, pues al extinguirse la obligación se extingue la hipoteca (en este sentido, RRDGRN de 30 de octubre de 1889, 2 de diciembre de 1999 y 30 de junio de 1933). Esto quiere decir que la hipoteca se extinguirá por las mismas causas que la obligación. Por tanto, extinguida la obligación principal por cualquiera de las causas contempladas en el Código Civil (art. 1156 y otros), se extinguirá la hipoteca. Pero, además, la hipoteca puede también extinguirse sin que su muerte afecte a la obligación garantizada (por ser esta principal); luego, existen, también, causas propias de extinción de la hipoteca que determinan su muerte, permaneciendo viva y activa la obligación garantizada. Estas causas de extinción propias de la hipoteca serán las de los derechos reales, que son, por ejemplo: la renuncia, el acuerdo deudor-acreedor, la pérdida de la cosa, la confusión, etc., y como no puede ser de otra forma la extinción de la garantía consecuenta a su ejecución, que es el caso que nos ocupa.

De este modo, si se ejecuta una hipoteca, al realizarse en valor el bien sobre el que se impuso, la hipoteca se extinguirá, y se deberá cancelar en el Registro, pero eso no implica —porque es accesorio— que se extinga la obligación principal, si esta no ha sido satisfecha en su totalidad al acreedor, como es el caso que estudiamos.

⁷ Como, por ejemplo, en las SSTS de 26 de marzo de 1999; 6 de octubre de 1995; 18 de noviembre de 1993, 29 de junio de 1989; 13 de julio de 1984; 30 de enero de 1984; 22 de noviembre de 1963; 8 de noviembre de 1960; 19 de mayo de 1958; 23 de abril de 1957, y las RRDGRN de 22 de junio de 1995; 17 de agosto de 1993; 3 de octubre de 1991; 22 de mayo de 1988; 23 de diciembre de 1987; 26 de mayo de 1986; 4 de julio de 1984; Res. de 23 de mayo de 1964, y 2 de noviembre de 1959, entre otras muchas.

Tanto en la ejecución, como en la renuncia a la hipoteca, u otras causas de extinción exclusiva del derecho real, permanece el crédito asegurado, pero es que este crédito será, de nuevo, un crédito ordinario que subyace siempre en el crédito hipotecario. El crédito hipotecario, como crédito especial y preferente, desaparece al hacerlo la hipoteca, y por su cancelación. Pero, permanece un crédito ordinario, normal y completo como tal crédito ordinario, al que no le falta nada, y que el acreedor puede ejercitar, intentando su cobro.

Esto es debido a que la garantía en que consiste la hipoteca es un «plus» añadido a la responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 CC), y por consiguiente, este siempre responderá del crédito de su acreedor, con todos sus bienes presentes y futuros, además de con los hipotecados. El crédito asegurado con hipoteca —crédito hipotecario— no excluye la responsabilidad patrimonial universal (art. 105 LH), relativa y concerniente a todo deudor de la obligación subyacente como ya hemos explicado en el apartado anterior.

Sin embargo, hoy en día, son muchos los autores que empiezan a dudar de que, en todo caso, la hipoteca sea accesoria del crédito, y encuentran determinados supuestos en los que no se cumple exactamente la accesoriedad de la hipoteca, sino que, más bien, perciben una mayor separación e independencia de la hipoteca con respecto al crédito garantizado⁸. Ejemplos de esta separación entre crédito e hipoteca son: la existencia de hipotecas en garantía de obligaciones futuras, condicionales, la hipoteca de responsabilidad limitada, hipotecas unilaterales. Por otra parte, la autonomía del crédito hipotecario se pone de manifiesto, asimismo, en que atribuye una facultad ejercitable *erga omnes* frente a cualquier poseedor del inmueble, atribuye preferencia en el cobro, dota a su titular de un poder inmediato sobre la cosa. También quiebra la accesoriedad por la propia indivisibilidad de la hipoteca, pues extinguido parcialmente el crédito, la hipoteca permanece íntegra. Igualmente, la especial cancelación de la inscripción del crédito hipotecario, que requiere negocio jurídico cancelatorio del acreedor hipotecario, en vez de hacerse de forma automática al extinguirse el crédito, como sería lo normal por la accesoriedad, es otro ejemplo de cómo este principio, desde luego no es dogma, y que tiene varias fisuras.

⁸ En este sentido como voces que ponen en tela de juicio la accesoriedad de la hipoteca, podemos ver a DE LA RICA Y ARENAL, R., «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca», en *AAMN*, tomo IV, 1948, págs. 287-327. En este artículo hace una extensa y brillante exposición de sus ideas, al cual me remito desde estas líneas, por traspasar los límites de este trabajo; GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., «La hipoteca de seguridad», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Sección de Publicaciones, Madrid, 1949, págs. 83-115; LACAL, P., «El mito de la accesoriedad de la hipoteca», en *RDP*, 1949, págs. 925-936; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *Curso de derechos reales*, tomo II, *Los derechos reales limitados*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, págs. 140-144; MOXÓ RUANO, A., «Concepto unitario de hipoteca», en *RDP*, abril de 1940, págs. 64-68; REY PORTOLÉS, J. M., *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, págs. 25-56.

Es cierto que la accesoriedad de la hipoteca respecto al crédito quiebra en varias ocasiones, y que por eso no puede considerarse como un dogma absoluto e insuperable, tal y como hemos defendido en otras ocasiones⁹.

Sin embargo, considero que la hipoteca puede ser accesorio del crédito en cuanto nace para garantizar una obligación, y, en ese sentido, depende de ella; pero, esto se deriva, precisamente, de la función de garantía que cumple, al igual que el resto de los derechos reales de igual categoría. Se trata, entonces, de una accesoriedad funcional o finalística, para cumplir la función que tiene asignada —garantía—. La hipoteca sigue al crédito para asegurarlo¹⁰.

Y, precisamente, esa función de garantía es lo que une inexorablemente el crédito y el derecho real, en lo que hemos denominado una relación de accesoriedad funcional. La accesoriedad funcional así entendida, hace que sea imposible limitar o coartar la responsabilidad a la hipotecaria —salvo pacto expreso—, pues esto impediría que la hipoteca cumpliera su función de mejorar el aseguramiento, de garantía.

Eso sí, una vez extinguida la hipoteca por sus causas propias, el acreedor tiene un crédito ordinario, y para su cobro ya no goza de ninguna preferencia, ni oponibilidad, y deberá concurrir en plano de igualdad con el resto de acreedores ordinarios que intenten satisfacer sus créditos. Pero puede seguir dirigiéndose contra «todos los bienes presentes y futuros del deudor» por lo que quede pendiente de cobro tras la ejecución.

No se puede olvidar que lo principal tiene su propia vida y autonomía y, por lo tanto, puede vivir con independencia de todo lo que le resulte accesorio; por el contrario, lo accesorio depende en su existencia de lo principal, sin lo cual no puede vivir. Por eso, una cosa es que la accesoriedad no sea un dogma absoluto que admita fisuras, y otra que demos la vuelta a dicho principio, de forma que al extinguirse lo accesorio se extinga lo principal. Como dice

⁹ Véase GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La cancelación negocial del crédito hipotecario», CER, Madrid, 2000, págs. 186-189, y «Hacia la admisión de las hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 701, 2007, págs. 1340-1345.

¹⁰ Tampoco compartimos la idea de la unidad inescindible del crédito hipotecario, que mantienen los defensores de la tesis de unidad de crédito hipotecario o integrista. Sostienen estos autores que la influencia de la hipoteca va a ser tal en el crédito que, desde el momento que se constituye para asegurarlo, nace una nueva entidad compleja que es el «crédito hipotecario»; distinto del simple crédito. Ya no hay un crédito más una hipoteca, unidos por una relación de accesoriedad o separados por una mayor o menor autonomía, sino que ambos elementos se funden en una nueva y única figura: el crédito hipotecario. El mayor precursor de esta tesis es AMORÓS GUARDIOLA, y le siguen aunque en menor escala LALAGUNA DOMÍNGUEZ y GULLÓN BALLESTEROS —con varios matices—. AMORÓS GUARDIOLA, M., «La unidad del crédito hipotecario», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1985, págs. 547-578; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Los créditos hipotecarios*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977, págs. 11-97; GULLÓN BALLESTEROS, A., *El derecho real de subhipoteca*, Ed. Bosch, Barcelona, 1957, págs. 96-111.

CORDERO LOBATO¹¹, «la relación de accesividad no se produce en el sentido inverso, de manera que las vicisitudes de la garantía real no afectan a la obligación garantizada».

Es decir, la accesividad funcional de la hipoteca respecto del crédito garantizado impediría, en cualquier caso, que extinguido lo accesorio (la hipoteca por ejecución), esa extinción conllevara la extinción de lo principal. Se alteraría la accesividad.

4. LA NO EXTINCIÓN DE LA DEUDA GARANTIZADA

Otro motivo para rechazar la imposibilidad de continuar ejecución del caso que se ha descrito lo encontramos en el hecho de que en esa situación no se ha extinguido la deuda. Solo si la deuda se extingue, por pago o por otra causa — como la «dación en pago» que como subrogado del cumplimiento tiene fines solutorios, y por tanto extintivos de la deuda— se debe poner fin a la ejecución.

Sin embargo, analicemos lo que ocurre en el caso que estamos examinando:

- a) En primer lugar no hay un verdadero pago. La obligación garantizada debía extinguirse por pago, y al incumplirse y no pagarse, el acreedor inicia las acciones para obtener dicho pago o cumplimiento. El pago tiene una triple función solutoria, satisfactoria y extintiva, y cumple estas tres funciones cuando es íntegro, idéntico e indivisible. Es obvio que, en el caso que se expone, el subrogado del cumplimiento —la adjudicación de la finca— no cumple con el requisito de identidad e integridad, pues se valora en una cantidad menor de la cuantía de la obligación, y el acreedor no ha quedado satisfecho, pues quiere continuar la ejecución. Por tanto, no cumple con la función propia del cumplimiento, no hay extinción y por eso, el acreedor puede seguir intentando su cumplimiento forzoso en vía ejecutiva contra el patrimonio del deudor (art. 1911 CC).
- b) Pero tampoco hay verdadera dación en pago, ya que esta, que es perfectamente admisible en Derecho español, produce un efecto similar al que se plantea en el Auto que comentamos, ya que supone que el deudor de acuerdo con el acreedor satisface la obligación mediante la realización de una prestación distinta a la debida, que extingue la misma. Es decir, podríamos pensar que la entrega o adjudicación del

¹¹ CORDERO LOBATO, E., «Comentario al artículo 1857 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (coord.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 2078.

inmueble al acreedor en vez del pago de la deuda, es una dación en pago, y que, por tanto, extingue la obligación garantizada con hipoteca.

Sin embargo, no podemos suscribir esta idea, pues la dación en pago implica un negocio jurídico con fines solutorios entre el deudor y el acreedor en el momento del cumplimiento, y eso no ha ocurrido aquí, donde el acreedor hipotecario no admite dicha solución, no se considera pagado con la adjudicación del inmueble, y quiere seguir la ejecución por lo que le falta por cobrar.

La dación en pago no está regulada por el Código Civil, es un negocio atípico, pero su existencia se deduce del artículo 1849 del Código Civil, en sede de fianza, que permite al acreedor quedarse con el inmueble u otros efectos, en pago de la deuda. Los requisitos para concluir que estamos ante una dación en pago son los siguientes:

- a) Realizar una nueva prestación a título de pago, que puede ser la transmisión de una cosa o de un derecho.
- b) Diversidad entre la prestación que se debía y la que la sustituye.
- c) Un acuerdo de voluntades entre el acreedor y deudor, de tener por extinguida la obligación merced a la realización de la prestación distinta de la inicialmente debida.

En el supuesto que se estudia, se cumplirían los dos primeros requisitos, pero no el tercero de ellos, pues el acreedor no consiente en que la atribución del inmueble extinga la obligación asegurada, sino que va a pretender continuar la ejecución, y la pretendida extinción viene impuesta, por ejemplo, en el Auto judicial de la Audiencia de Navarra. La dación es un negocio jurídico, atípico y con efectos solutorios¹², por tanto, si no hay consentimiento, voluntad del acreedor, no estamos ante una verdadera dación en pago.

Además, en la dación, el acuerdo entre deudor y acreedor se realiza en el momento del cumplimiento, cuando el deudor va a pagar, precisamente para sustituirlo, mientras que en este caso, la «dación», se produce como consecuencia del incumplimiento del deudor.

Si no podemos hablar de que exista una verdadera dación en pago, no se producen entonces sus efectos, no hay extinción de la deuda. Si la obligación sigue existente, y no se ha cobrado en su totalidad, nada impide al acreedor que trate de terminar de hacer efectivo su crédito por su cuantía total. Y ante el incumplimiento del deudor, esto ya solo lo puede hacer continuando ejecución contra el resto de su patrimonio.

¹² La finalidad solutoria de la dación en pago ha sido puesta de relieve en las SSTTS de 22 de marzo de 1994 y RDGRN de 13 de marzo de 2000. Es más, en ellas se insiste en que la dación en pago concertada, una vez vencida la obligación garantizada, es perfectamente posible porque tiene función solutoria y no de garantía.

Por otra parte, eso no quiere decir que la dación en pago no sea posible para extinguir un crédito hipotecario. En España, como comenta MÉNDEZ GONZÁLEZ, la dación en pago entre el deudor y su acreedor hipotecario se ha pactado en varias ocasiones, cuando ante un posible incumplimiento e impago de la deuda, el acreedor acepta el inmueble garantizado como pago, para evitar la necesidad de hacer provisiones que afectarían negativamente a sus cuentas de resultados. Al publicarse una nueva Circular del Banco de España, obligando también a los bancos a provisionar por cada año que la finca aceptada en pago permanezca en su cartera, se ha abandonado esta práctica, y han aumentado las ejecuciones hipotecarias¹³. Es decir, la dación en pago, perfectamente admisible, no ha sido un instrumento muy utilizado en la práctica porque al acreedor no le interesa.

En resumen, no hay pago o cumplimiento pues el acreedor no ha quedado satisfecho y no se ha extinguido la deuda, no existe dación en pago propiamente dicha, pues falta el acuerdo de voluntades que la origina y su finalidad solutoria. En definitiva, la deuda sigue vigente, no se ha pagado, y el acreedor debe seguir intentado su cobro.

La no extinción de la deuda impulsa la continuación de la ejecución para cobrarla e impide que la adjudicación de la finca al acreedor por menos valor de la deuda, tenga finalidad solutoria.

5. INCONVENIENTES LEGALES

De todo lo que hemos visto, parece deducirse que el acreedor sí podría seguir ejecución contra el patrimonio del deudor, pues la deuda sigue vigente, no se ha extinguido, y permanece la responsabilidad personal universal de todo deudor.

Pero, además, es la propia Ley la que contempla esta solución, y no una mera y lógica interpretación de la función de garantía y del principio de accesoriedad, y de la responsabilidad universal del deudor tal y como hemos planteado.

Varios son los preceptos legales que indican que la solución propuesta por la jurisprudencia menor, de la mal llamada dación en pago no es conforme a derecho, pues fundamentan jurídicamente la pretensión del acreedor de continuar la ejecución, debido a que la obligación garantizada con hipoteca no se ha extinguido por la mera adjudicación del inmueble, cuando su valor no alcance a cubrir la totalidad de la deuda:

¹³ En este sentido, MÉNDEZ GONZÁLEZ, P., «¿Sería deseable que respondiera solo la finca hipotecada?», en *El Economista.es*, disponible en <http://www.economista.es>, 16-2-2011.

1. El primero de los preceptos legales es el artículo 105 LH, que ya hemos analizado, y que dice claramente que la hipoteca no altera la responsabilidad personal ilimitada del artículo 1911 del Código Civil. Como ya hemos dicho, esto significa que el acreedor, aunque tenga su crédito garantizado con hipoteca (responsabilidad real), sigue teniendo a su favor la responsabilidad personal del deudor, y por tanto, puede dirigirse contra su patrimonio para intentar perseguir el pago. No nos detenemos más en su análisis y nos remitimos a lo explicado *supra*.

2. Pero, por si el artículo 105 LH no fuera suficientemente claro, y alguien quisiera interpretarlo en un sentido distinto, la LEC, al regular el procedimiento ejecutivo, en el artículo 579 LEC sobre la ejecución dineraria en casos de bienes especialmente hipotecados o pignorados, declara que: «Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución».

Es decir, la propia Ley afirma sin ambages de ningún tipo que, si el valor del inmueble subastado no llegara a cubrir el importe de la deuda, el acreedor podrá seguir la ejecución por la cantidad pendiente de pago, y solicitar embargo sobre la misma. O sea, el acreedor sigue teniendo la acción personal contra el resto de los bienes del deudor, porque este sigue respondiendo, además, personalmente, ya que la deuda no se extinguió.

Se puede decir más alto pero no más claro. Las decisiones judiciales recientes olvidan e ignoran un precepto legal clarísimo, sobre el que no cabe interpretación, y por eso entendemos que las resoluciones examinadas suponen una clara infracción de Derecho. No es un tema de interpretación de la norma, sino de aplicación exacta de sus dictados; cosa que no hizo el Juzgador en el Auto de origen de la polémica, basando su decisión en argumentos de tipo moral y no jurídicos, pues la Ley como acabamos de exponer dice claramente lo contrario.

3. Por otra parte, y como argumento legal a nuestro favor, queremos mencionar el artículo 692 LEC, relativo al pago del crédito hipotecario y aplicación del sobrante, obtenido tras el remate en la subasta hipotecaria¹⁴.

¹⁴ Artículo 692 LEC: «El precio del remate se destinará, sin dilación, a pagar al actor el principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria; el exceso, si lo hubiere, se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado. Satisfechos, en su caso, los acreedores posteriores, se entregará el remanente al propietario del bien hipotecado.

Este artículo afirma que, si el precio de remate fuera superior a la deuda garantizada, después de pagar al ejecutante su deuda y a los acreedores posteriores, si sigue sobrando dinero, ese sobrante se lo quedará el propietario de la finca si fuera distinto del deudor, o se aplicará a pagar la deuda pendiente con el ejecutante, por los excesos de la cobertura hipotecaria, si fuera el propietario de la finca. De estos dos últimos casos extraemos las siguientes ideas:

- a) Si el deudor es además el propietario de la finca y hay sobrante, este hay que aplicarlo al pago de la deuda pendiente con el ejecutante. La deuda sigue existiendo, luego, queda claro que la ejecución hipotecaria, no pone fin a la deuda, sino solo a la hipoteca, por lo que podemos seguir afirmando, que tampoco la adjudicación consecuente de la subasta pondría fin a la deuda. Y en consecuencia, el acreedor debería seguir intentado cobrar, y por eso cobra lo que le falta de lo no cubierto por la cobertura hipotecaria.
- b) Si el deudor es distinto del propietario de la finca ejecutada, el sobrante se lo quedará este propietario. Es lógico, porque el exceso de valor que adquirió la finca, debe corresponder a quien ha perdido su propiedad en subasta, en una venta judicial. No se nos ocurre pensar que el sobrante debería quedárselo el acreedor hipotecario, si ya ha cobrado su deuda, porque en ningún caso tiene derecho sobre el valor del inmueble mas que por el importe de su crédito. Es decir, si no podría quedarse el sobrante, en su caso, tampoco podemos considerar que deba dar por satisfecho su crédito por el menor valor de la finca, cuando no alcanza a cubrir el importe del crédito.

Es cierto que este argumento es más retórico y de interpretación que estrictamente jurídico, pero sirve para poner de manifiesto la injusta situación que supondría para el acreedor que le obligáramos a dar por pagado su crédito por un importe menor del debido, y que no tuviera derecho a obtener más, cuando el valor de ese mismo inmueble hipotecado fuera mayor.

Si el valor de la finca debe servir para el pago del crédito, que lo sea, sea cual fuere su importe; por supuesto, si es menor, pero también si fuera mayor el precio pagado por el mismo. Y esto es así porque el valor de la finca hipotecada no equivale en ningún caso a la propia deuda; ni cuando es mayor, ni cuando es menor a aquella.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el propietario del bien hipotecado fuera el propio deudor, el precio del remate, en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipotecaria, se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de la ejecución, una vez satisfechos, en su caso, los créditos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca y siempre que el deudor no se encuentre en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra».

4. El Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, sobre medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, trató de paliar los efectos negativos que la situación descrita produce en el deudor, mediante la modificación de varios artículos de la LEC. En los artículos 1 y 2 del Real Decreto-ley, se establecen dos nuevas medidas: *a)* Se incrementa la cantidad inembargable prevista en el artículo 607.1 LEC, en un 50 por 100, y en otro 30 por 100 por cada miembro de la unidad familiar sin ingresos; *b)* se modifica el artículo 670 LEC en el sentido de que el acreedor hipotecario podrá pedir la adjudicación del bien hipotecado por cantidad igual o superior al 60 por 100 de su valor de tasación, en vez del 50 por 100 existente hasta ahora¹⁵. De este modo, y como dice la Exposición de Motivos, se pretende que las familias que ya han perdido sus viviendas, no sean privadas «de un mínimo vital que les garantice sus necesidades más esenciales, como la posibilidad de superar en el corto plazo su situación económica». Por ello se eleva la cantidad que el acreedor no puede embargar, y por tanto, se deja fuera de su alcance ejecutivo, aumentando su solvencia, y por otro se asegura que el deudor recibirá una contraprestación más adecuada por el inmueble, que le facilite reducir la deuda remanente.

Estas reformas legales corroboran lo que aquí se defiende: la ejecución puede continuar, la adjudicación de la finca no extingue la deuda, pues se parte de este hecho, pero se palian o se minoran los daños económicos que esto puede producir al deudor, que sigue siéndolo.

En cuanto al Real Decreto 6/2012 de febrero, si bien es cierto que en casos excepcionales después de reestructurar la deuda con el deudor, y aceptar la quita por parte del acreedor, la ley permite la dación en pago: el acreedor se queda con el inmueble y se da por pagado y se extingue la deuda. Pero en el caso que contempla la ley se trata de un supuesto normal de dación en pago, que se pacta previamente entre el deudor y acreedor y siempre antes de la ejecución de la deuda, porque de hecho si se hubiera iniciado ejecución, esa dación en pago no es posible, por lo tanto, iniciada ejecución, y consecuente adjudicación del acreedor del inmueble, dicha adjudicación no puede nunca extinguir la deuda, y el acreedor podría seguir ejecución. Es decir, las nuevas medidas previstas en el Código de Buenas Conductas del Real Decreto 6/2012, confirman la tesis que aquí se defiende, y no puede confundirse los casos.

Como ya hemos dicho, la Ley no puede ser más clara. El acreedor puede seguir adelante con la ejecución, pues la deuda no se ha satisfecho, ni se ha extinguido; no solo nada impide dirigirse personalmente al deudor por el resto,

¹⁵ Esto cuando se trate de la vivienda habitual del deudor, que es el supuesto que se analiza. Si no fuera la vivienda habitual la reciente Ley 37/2011, de 10 de octubre, de agilización procesal, señala que el acreedor se la podría adjudicar por el 50 por 100 del valor de tasación o por toda la cantidad que se le deba (nueva Disposición Adicional 6.ª LEC introducida por esta Ley).

si no que es la Ley quien lo ordena. Fallar en contra de estos preceptos legales generaría inseguridad jurídica y detrimento del tráfico jurídico inmobiliario.

6. INCONVENIENTES JURISPRUDENCIALES

Aunque ha sido la jurisprudencia quien ha levantado, por así decirlo, la veda contra la posibilidad de continuar ejecución en vía personal¹⁶, existen también resoluciones judiciales contrarias a esta línea jurisprudencial. De este modo, en un supuesto de hecho muy parecido al que acabamos de analizar en el famoso Auto de la AP de Navarra, otro Auto, de la misma Audiencia Provincial de Navarra, de 28 de enero de 2011, ha resuelto justo en sentido contrario, defendiendo la tesis que se sostiene desde estas líneas.

De esta forma, en su fundamento cuarto, después de analizar lo que disponen los artículos 1911 del Código Civil y 579 LEC —que ya hemos explicado—, afirma que: «Es de tal evidencia el contenido normativo de los preceptos mencionados que no alcanzan a comprenderse las razones por las cuales la juez *a quo* eludió la aplicación al caso de la preceptiva mencionada, pues con independencia de las opiniones personales que los preceptos mencionados puedan merecer, cuestión ajena al contenido de esta resolución, lo cierto es que el supuesto planteado en este caso tenía perfecto encaje en el supuesto de hecho contenido en la norma procesal con el principio aludido que establece el Código Civil; sin que corresponda al juez asumir funciones reservadas al legislador, sino aplicar la ley al caso concreto. Máxime cuando actuaciones como la llevada a cabo por la juez *a quo* en su resolución afectan al principio de seguridad jurídica en cuanto alteran el marco normativo existente cuando la operación se realizó y las bases sobre las que se asienta en España el sistema de garantía hipotecaria, con importantes repercusiones de orden práctico que, como decimos, son ajenas a las previsiones legales».

Es decir, la Audiencia Provincial, esta vez con buen criterio, afirma que con «la ley en la mano», es imposible defender una postura distinta de permitir

¹⁶ Después del Auto de la AP Navarra, le han seguido muchas otras resoluciones con argumentaciones parecidas aunque jurídicamente más elaboradas que han defendido que no puede continuarse la ejecución, debiendo darse por pagado el acreedor cuando se adjudica la finca ejecutada. Entre ellas, podemos señalar: Auto AP de Ciudad Real, de 16 de octubre de 2003. Auto 111/2010 de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010. Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010. Auto del Juzgado, número 2 de Sabadell, de 30 de septiembre de 2010. Auto del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, de 24 de enero de 2011. Auto 119/2011 de AP de Girona, Sección segunda, de 16 de septiembre de 2011. Auto del Juzgado de Primera Instancia de Arenys de Mar, de 10 de octubre de 2011. Auto del Juzgado número 3 de Torrejón de Ardoz, de 10 de enero de 2012. Auto de la AP de Córdoba, de 1 de febrero de 2012. Auto del Juzgado número 8 de Valladolid, de 27 de febrero de 2012.

continuar la ejecución contra los bienes del deudor, basándose en la responsabilidad patrimonial universal y el principio del artículo 579 LEC, pues de otra forma, se pondría en peligro la seguridad jurídica.

Además, este Auto cita otros Autos de la misma Audiencia que confirman esta tesis, como son Autos de 21 de diciembre de 2010, números 68 y 69/10. En todos ellos lo que subyace es la idea de que «la finalidad de la ejecución es la satisfacción del crédito del ejecutante y tal posibilidad, reiteramos, está amparada en el tenor del artículo 579 LEC».

Por otra parte, este auto recoge la doctrina jurisprudencial ya existente, por ejemplo en la STS de 16 de febrero de 2006, en la que ante los mismos o parecidos hechos, sostenía que no puede considerarse que por adjudicarse al acreedor la finca hipotecada, se haya satisfecho el crédito del acreedor, alegando que lo contrario sería un enriquecimiento injusto o sin causa para éste¹⁷; y en la STS de 25 de septiembre de 2008 que resuelve en el mismo sentido¹⁸.

Es decir, en aras de la seguridad jurídica, estas sentencias y autos resuelven en el sentido de que debe permitirse al acreedor continuar ejecución contra el resto del patrimonio del deudor, cuando no se ha cobrado la totalidad de la deuda, pues no hay satisfacción del acreedor, que es lo que persigue la ejecución, y además es lo que establece la Ley. No cabe alegar en estos casos ni enriquecimiento injusto ni abuso de derecho, para denegar tal posibilidad.

Otras resoluciones que consideran que sí es posible continuar la ejecución en estos casos son: SAP de Huelva de 2005, Auto AP de Madrid, Sección 19, de 14 de marzo de 2007, SAP de Córdoba de 2010, de 13 de diciembre, y muy recientemente acaba de resolver la propia Audiencia Provincial de Navarra en el recurso planteado por el BBVA derivado del famoso Auto que inició la polémica, afirmando rotundamente que el acreedor puede seguir la ejecución para intentar cobrar la deuda pendiente de pago, en AP de Navarra, Sección 2.^a, A de 4 de mayo de 2012.

¹⁷ Esta sentencia afirma que «no está a disposición del juzgador corregir, en razón de su personal estimación, sobre lo que sea justo en cada caso, los resultados de la aplicación de las normas. Y esta Sala ha dicho que el enriquecimiento sin causa solo puede entrar en juego en defecto de previsión normativa, que aquí se produce y se ha explicado (SSTS de 18 de enero de 2000, 5 de mayo de 1997, 4 de noviembre de 1994, 19 de febrero de 1999, entre otras muchas)». Y continúa afirmando que «no puede existir enriquecimiento injusto por el hecho de que la adjudicación se haya producido a favor del acreedor por un precio inferior al de tasación, cuando se han seguido los trámites previstos en la Ley».

¹⁸ STS de 25 de septiembre de 2008: «El prestamista que tiene como garantía de restitución una hipoteca, puede ejercitar la acción declarativa contra el prestatario después de haber ejecutado aquella por los trámites legales y no haber obtenido pago completo del crédito por el que se ejecutó...».

7. DIFICULTADES PARA APLICAR LAS MEDIDAS CORRECTORAS PREVISTAS POR NUESTRO ORDENAMIENTO

En sintonía con la doctrina de las sentencias que se acaban de señalar, conviene poner de relieve que la alegación de las teorías sobre el abuso de derecho, la doctrina de los actos propios, o del enriquecimiento injusto que forman el conjunto de medidas correctoras de nuestro ordenamiento positivo cuando las consecuencias de este pueden ser perjudiciales, no tienen, a nuestro entender, cabida o sentido en este asunto, o son de muy difícil aplicación.

Muchas han sido las resoluciones que han justificado sus decisiones en contra de la posibilidad de continuar la ejecución en un abuso de derecho por parte del acreedor, o un enriquecimiento injusto para él, o que actuaba en contra de los actos propios al tasar en más valor un inmueble que luego él mismo se adjudica y valora en menos dinero del que inicialmente tasó¹⁹.

Es verdad que todas estas medidas forman parte del sistema corrector normal de nuestro marco normativo, pues palían, aminoran o matizan la aplicación estricta de los preceptos legales que, en ocasiones, puede ocasionar graves perjuicios que deben aliviarse.

Sin embargo, estos mecanismos correctores alegados por la mayoría de las resoluciones judiciales no siempre son válidos y justos, y creemos que no deben aplicarse en el problema descrito, ya que este no debe solucionarse caso por caso, en el caso concreto, sino que debe argüirse una solución general que dé respuesta a un problema general sin que valga en el caso concreto aludir a razones, a veces más sentimentales que jurídicas, alegando abuso de derecho, o enriquecimiento sin causa. La solución debe venir por parte del legislador, a gran escala, modificando si fuera preciso el marco normativo para que no tuvieran que entrar en juego los mecanismos correctores, pero no podemos solucionar un problema que se empieza a generalizar, basándonos únicamente en el caso y perjuicio concreto.

En cualquier caso, y aunque así lo hiciéramos y tratáramos de justificar la denegación de la continuación de la ejecución en estos particulares mecanismos correctores, tampoco nos parece adecuada su alegación, y consideramos que pueden refutarse.

1. *Abuso del derecho*

Varias de las resoluciones que han seguido al Auto de la AP de Navarra 111/2010 se han basado en el abuso de derecho para impedir que el acreedor

¹⁹ Véase sobre este asunto y el tratamiento que la jurisprudencia ha dado a la aplicación de la mal llamada dación en pago: GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «Análisis de la evolución jurisprudencial sobre la “dación en pago” en los últimos años», en *RCDI*, núm. 733, págs. 2858-2873.

continúe la ejecución²⁰, por considerar que esta actuación supone vulnerar ese límite de los derechos subjetivos.

No puede alegarse abuso del derecho mientras el ordenamiento jurídico dé la respuesta legal que es precisamente la que se trata de evitar alegando abuso.

En este sentido la STS de 8 de mayo de 1996 expresamente afirma que «no puede alegarse abuso del derecho frente al acreedor adjudicatario cuando se han cumplido los trámites legales prevenidos en el artículo 131 LH, y la actuación del banco ejecutante, justificada por los presupuestos que legitiman acudir a este procedimiento especial, se ajusta a aquellos trámites. En efecto, resulta incompatible con la apreciación de abuso del derecho la constancia de que el derecho de adjudicación ha sido ejercitado por quien, pese a ser acreedor, está legitimado expresamente para ello, y lo ha hecho con sujeción a los requisitos exigidos... y por tanto no puede estimarse que el acreedor sobrepase los límites normales del ejercicio del derecho, desde el punto de vista de su función económico-social, por el hecho de que no renuncie a resarcirse del total de su crédito y, al propio tiempo, trate de obtener del bien adjudicado ventajas económicas admisibles en el tráfico negociar».

Igualmente, la STS de 25 de septiembre de 2008, afirma que «tampoco puede afirmarse que actúa el acreedor con manifiesto abuso del derecho si exige al deudor el importe que resta del crédito por el que ejecutó, cuando en el proceso de ejecución no ha conseguido la cantidad suficiente para la satisfacción total de aquel. Ello solo puede suceder si se ha pactado al amparo del artículo 140 LH la hipoteca de responsabilidad limitada, que es una excepción a lo que dispone el artículo 105 LH y que concreta la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor al importe de los bienes hipotecados, no pudiendo alcanzar a los demás bienes del deudor»; y concluye por tanto diciendo que como no se concertó dicho pacto excepcional, debe aplicarse la regla general, no se altera la responsabilidad universal del deudor del artículo 1911 del Código Civil, y por tanto, puede seguirse la ejecución.

2. Enriquecimiento injusto

No consideramos que hay verdadero enriquecimiento injusto para el acreedor por intentar cobrar todo lo que se le debe, a pesar de lo que han afirmado varias resoluciones de la jurisprudencia menor en los últimos meses²¹. Y nos

²⁰ Consideran que continuar la ejecución por parte del acreedor supone un abuso de derecho: Auto de Navarra 111/2010, Auto 119/2011 de la AP de Girona, de 16 de septiembre; Auto de 10 de enero de 2012 del Juzgado número 3 de Torrejón de Ardoz; Auto de 27 de febrero de 2012 del Juzgado número 8 de Valladolid.

²¹ En este sentido, véanse las resoluciones: Auto AP de Navarra 111/2010; Auto AP de Girona 119/2011, de 16 de septiembre de 2011; Auto de 27 de febrero de 2012 del Juzgado número 8 de Valladolid.

basamos en lo que ya reconoce la doctrina jurisprudencial existente; por ejemplo en la STS de 16 de febrero de 2006, en la que ante los mismos o parecidos hechos, sostenía que no puede considerarse que por adjudicarse al acreedor la finca hipotecada, se haya satisfecho el crédito del acreedor, alegando que lo contrario sería un enriquecimiento injusto o sin causa para este, pues «no está a disposición del juzgador corregir, en razón de su personal estimación, sobre lo que sea justo en cada caso, las resultas de la aplicación de las normas. Y esta Sala ha dicho que el enriquecimiento sin causa solo puede entrar en juego en defecto de previsión normativa, que aquí se produce y se ha explicado (SSTS de 18 de enero de 2000, 5 de mayo de 1997, 4 de noviembre de 1994, 19 de febrero de 1999, entre otras muchas)». Y continúa afirmando que no puede existir enriquecimiento injusto por el hecho de que la adjudicación se haya producido a favor del acreedor por un precio inferior al de tasación, cuando se han seguido los trámites previstos en la Ley. En el mismo sentido, las SSTS de 18 de noviembre de 2005 y 8 de julio de 2003, respecto al enriquecimiento injusto, consideran que «no cabe aplicar dicha doctrina cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de pactos libremente asumidos (STS de 2 de junio de 2002) o existe una expresa disposición legal que lo autoriza (STS de 31 de julio de 2002), debiendo exigirse para considerar un enriquecimiento como ilícito e improcedente que el mismo carezca absolutamente de toda razón jurídica, es decir, que no concurra justa causa, entendiéndose por tal una situación que autorice el beneficio obtenido, sea porque existe una norma que lo legitima, sea porque ha mediado un negocio jurídico válido y eficaz».

Por último, la STS de 25 de septiembre de 2008, resolvió de la misma forma, afirmando que es perfectamente posible que el acreedor hipotecario continúe ejecución contra el deudor cuando, a pesar de haberse adjudicado la finca, su valor no alcance para cubrir la deuda existente, ya que «el prestamista que tiene como garantía de restitución una hipoteca, puede ejercitar la acción declarativa contra el prestatario después de haber ejecutado aquella por los trámites legales y no haber obtenido pago completo del crédito por el que se ejecutó...».

Es decir, en aras a la seguridad jurídica, estas sentencias y autos resuelven todas en el sentido de que debe permitirse al acreedor continuar ejecución contra el resto del patrimonio del deudor, cuando no se ha cobrado la totalidad de la deuda, pues no hay satisfacción del acreedor, que es lo que persigue la ejecución y, además es lo que establece la Ley. No cabe alegar en estos casos ni enriquecimiento injusto ni abuso de derecho para denegar tal posibilidad de continuar la ejecución, siempre que se haga en virtud de la aplicación de la ley o de pactos establecidos.

3. *Desequilibrio contractual y cláusula rebus sic stantibus*

Se defiende también por parte de algún Auto que en el caso descrito existe ruptura del equilibrio contractual y la necesidad de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* al haber cambiado las condiciones de contratación por la crisis y la bajada de precios de los inmuebles²². Es cierto que las posiciones del deudor y del acreedor son algo desiguales, pero, si eso es cierto, lo son desde el inicio del contrato, que puede asemejarse a un contrato de adhesión en cuanto es pre-dispuesto por una de las partes contratantes: la entidad financiera, al menos con respecto de alguna de las cláusulas. Luego, no puede alegarse un desequilibrio sobrevenido en el contrato como causa que impida continuar con su ejecución. El desequilibrio contractual, de existir, sería desde el inicio, las diferencias claras entre las partes no se deben a circunstancias repentinas, sobrevenidas y que conduzcan en todo caso al derrumbe del contrato, con la necesidad de aplicar dicha cláusula *rebus sic stantibus*. El contrato, desigual o no, es perfectamente asumido por las partes, y en ningún caso consideramos que un incumplimiento, pueda ser considerado como una causa repentina que produzca el desequilibrio y la frustración del contrato. Sí lo frustra porque no se cumple, pero el propio incumplimiento no puede alegarse como causa de desequilibrio contractual. Por lo tanto, creemos que no se cumplen los requisitos establecidos de forma restrictiva por el TS para la aplicación de estas cláusulas, que como rompe el contrato, debe aplicarse siempre de forma extraordinaria y residual.

4. *Doctrina actos propios*

Se afirma por parte de los defensores de la mal llamada dación en pago que, si el acreedor tasó y dio por buena una tasación del inmueble cuando concedió la hipoteca, ahora debe asumir dicha valoración y considerar que el bien tiene ese valor y asumir sus propios actos, en el sentido, de que lo que aceptó una vez, ahora no puede rechazarlo²³.

Sin embargo, creemos que los informes de tasación realizados se ajustaban a la realidad existente del momento, pero que esta ha cambiado radicalmente por la crisis. Y, precisamente, las excepcionales circunstancias de crisis económica han hecho que el valor de los inmuebles haya bajado de repente, de manera drástica, pero no por ello, puede considerarse que dichos informes no fueran

²² Véase: Auto AP de Girona 119/2011, de 16 de septiembre; Auto de 10 octubre de 2011 del Juzgado de Primera Instancia de Arenys de Mar; Auto de 27 de febrero de 2012 del Juzgado número 8 de Valladolid.

²³ Confirman esta idea las siguientes resoluciones: Auto 119/2011 de la AP de Girona, de 16 de septiembre; Auto de 1 de febrero de 2012 de la AP de Córdoba; Auto de 27 de febrero de 2012 del Juzgado número 8 de Valladolid.

ciertos y no correspondieran a la realidad del momento en que se hicieron, ya que en ese momento los inmuebles tenían elevados precios acordes con los precios de mercado existentes, que los acreedores daban por buenos, y valoraban la finca en sus activos con tal valor, sin embargo, el descenso de los mismos, hace que lo que en un momento se asumió, hoy ya no sea así. No compartimos, por tanto, esta argumentación.

Visto lo anterior, entendemos que es difícil la aplicación con carácter general de los mecanismos correctores previstos en nuestro ordenamiento, para tratar de dar solución a un supuesto general, basándonos en el caso concreto. No es válida esa opción, ya que no sirve para tratar de justificar que la adjudicación en pago extingue la deuda en todo caso. No dudamos que su finalidad en el caso concreto sea válida y en determinados supuestos aplicable (y ni siquiera en todos), pero no podemos extraer una solución general a este problema, basándonos en mecanismos correctores del caso concreto.

Si el legislador modifica las normas y los principios, creemos que estos mecanismos correctores habrán cumplido su fin: provocar un cambio legislativo más justo y equitativo, y probablemente necesario, pero no podemos ir poniendo parches a través de soluciones concretas, *ad hoc*, sino que debemos hacer una reflexión más general que conlleve el necesario cambio legislativo, y después, los jueces, ahora sí, podrán aplicar el derecho de forma coherente, lógica y sistemática.

8. INCONVENIENTES DE LA PRÁCTICA BANCARIA

Hemos visto distintos inconvenientes de carácter legal, doctrinal²⁴ y jurisprudencial que vertebran nuestro sistema civil e hipotecario por los que se puede rechazar que la adjudicación de la finca al acreedor hipotecario en el procedimiento ejecutivo, impida al acreedor continuar con la ejecución cuando el valor de la finca en ese momento, no alcance a cubrir la deuda total, pues siempre queda la responsabilidad personal del deudor.

Es cierto que un cambio de legislación, en el sentido de que se pudiera saldar la deuda hipotecaria con la sola adjudicación del inmueble al acreedor, daría solución a este problema, que por otra parte, parece común entre gran parte de la población en estos momentos de crisis económica²⁵. Esta medida aliviaría al

²⁴ Véase, defendiendo la misma tesis que aquí se sostiene, MARTÍN PASTOR, J., «Posibilidades del acreedor hipotecario cuando, subastado el bien hipotecado, su producto resulta insuficiente para cubrir el crédito (a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, 111/2010, de 17 de diciembre), en *Diario La Ley*, núm. 7590, de 16 de marzo de 2011.

²⁵ Sobre los «defectos» de la ejecución hipotecaria previstos en la LEC, y a favor de un cambio legislativo del mismo, véase PÉREZ GARCÍA, M. J., «La realización del valor de los

deudor de la pérdida de la vivienda a manos del acreedor hipotecario, viendo a cambio saldada la deuda en su totalidad. Pero, para ello habría que cambiar los preceptos legales, ya mencionados, que ofrecen una alternativa diferente como ya hemos expuesto, y sobre todo implicaría una disminución de la función de garantía de la hipoteca.

Si la reforma se lleva a cabo, se aplicará, y será una posibilidad entonces posible y legal, pero, desde estas líneas sostenemos que no la consideramos ni necesaria —pues no puede olvidarse que ya existe el pacto de limitación de la responsabilidad hipotecaria—, ni conveniente, pues razones de práctica económica y bancaria, desaconsejan tal posibilidad, como exponemos a continuación, aunque exceda de los inconvenientes estrictamente civiles, y nos limitamos a enumerarlos, porque seguro serán objeto de pormenorizado análisis a lo largo del curso.

Al darse por pagado el acreedor con el bien, asume el riesgo evidente, hoy en día debido a la crisis, de que ese bien pueda valer menos que la deuda. Ese mayor riesgo debe compensarse de alguna forma:

- El acreedor daría préstamos más caros, con un tipo de interés más alto. Por lo menos, pendiente la obligación, asegura un mayor rendimiento, que pueda paliar la pérdida de valor del bien.
- Los préstamos estarían garantizados con menor cobertura hipotecaria. Si ahora, se conceden créditos por el importe del 80 por 100 del valor de tasación del bien asegurado, entonces los bancos se verían «obligados» a ofrecer créditos solo hasta el 50 por 100 del valor del bien. Por lo tanto, los particulares dispondrían de menos financiación, y en consecuencia tendrían más dificultades para acceder a una vivienda.
- Se llegaría a un recorte de los plazos de amortización, lo que supone una mayor presión para el deudor que no puede aplazar el pago de su deuda.
- El acreedor pediría más garantías personales o reales complementarias.

Por otra parte, el deudor, que sabe que «abandonando su vivienda» en manos del acreedor, extingue su deuda, dejaría inmediatamente de pagarla en cuanto viera que aquella ya vale menos que la deuda. Se incurriría en insolvencia estratégica, con efectos altamente negativos para el sistema.

Todo esto conduciría a la solicitud y, por tanto, concesión de menos créditos, menos hipotecas, menores ventas inmobiliarias, y en consecuencia detrimento del crédito territorial que puede desembocar en una mayor crisis inmobiliaria, que afecte a la economía global. Amén de que aumentaría el riesgo para los depósitos bancarios, y por tanto para los ahorros de los particulares.

bienes en los procesos de ejecución y su problemática en el Derecho español (reflexiones a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010)», en *Diario La Ley*, núm. 7590, de 16 de marzo de 2011.

Es decir, la solución que propugna este auto, aunque en principio pudiera parecer de equidad y protección al deudor en momentos de crisis, traería como consecuencia, justo lo contrario: detrimento de la actividad bancaria y disminución del crédito territorial con la dificultad para la concesión de créditos al particular, al disminuir la garantía de cobro del acreedor.

III. CONCLUSIONES

Defendemos la doble ejecución real y personal contra el deudor hipotecante, sin que sea posible que la adjudicación de la finca al acreedor hipotecario extinga la deuda en su totalidad.

Independientemente de las consecuencias económicas negativas que se acaban de describir, desde el punto de vista civil, hoy por hoy, no podemos admitir la posibilidad de aplicar con carácter general la «mal llamada dación en pago» en los préstamos hipotecarios. Y ello por las siguientes razones:

1. La hipoteca es un derecho real de garantía. Esto supone un plus de garantía para el acreedor que ve ampliada y reforzada la responsabilidad patrimonial universal del deudor del artículo 1911 del Código Civil.
2. Por eso mismo, cuando una obligación está garantizada con hipoteca, el acreedor puede elegir, ante el incumplimiento de la obligación, en dirigirse contra el patrimonio del deudor —acción personal—, o contra el bien hipotecado —acción real—, siendo ambas compatibles y no alternativas, por lo que si no alcanzara a cobrar su deuda por la vía real, nada impediría continuar la ejecución por vía personal.
3. Esto lo afirma claramente el artículo 579 LEC y se deduce del artículo 105 LH, cuando manifiesta que la hipoteca no altera la responsabilidad personal.
4. Por lo tanto, no puede admitirse que la adjudicación de la finca hipotecada extinga la deuda e impida al acreedor ejecutante seguir adelante con la ejecución, cuando el valor de la misma no alcanza a cubrir el importe de la deuda.
5. Además, esa adjudicación no encuentra su base o justificación legal en una dación en pago, pues no encaja en su naturaleza jurídica, al no ser ni voluntaria, ni extintiva.
6. Es decir, su admisión significaría olvidar el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, la función de garantía de la hipoteca, su accesoriedad y una pluralidad de preceptos legales concretos y claros; y eso no puede ser.
7. Tampoco sería aconsejable admitir la dación en pago porque ello supondría un perjuicio para el acreedor que pierde o ve disminuidas sus

garantías de cobro, al eliminarse la responsabilidad personal del deudor; y en consecuencia, buscaría soluciones para compensar ese riesgo, que acabarían perjudicando más al deudor. Todo ello podría conducir a un detrimento de la actividad bancaria, una disminución del crédito territorial, y a un empeoramiento de la situación financiera, con un agravamiento de la situación del deudor, que es precisamente lo que se pretende evitar con la solución propuesta por estas decisiones judiciales.

Solo un cambio legislativo a nivel general de la LH, CC y LEC podría sentar las nuevas bases para su admisión generalizada, pero para ello habría que «tocar» los pilares de nuestro sistema civil e hipotecario. Y esto no es un trabajo de un día, los inconvenientes, como hemos tratado de reflejar, son muchos, pero si el legislador así lo decide podrían superarse.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: *Curso de derechos reales*, tomo II, *Los derechos reales limitados*, Ed. Civitas, Madrid, 1987.
- AMORÓS GUARDIOLA, M.: «La unidad del crédito hipotecario», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1985, págs. 547-578.
- CORDERO LOBATO, E.: «Comentario al artículo 1857 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (coord.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 2078.
- DE LA RICA Y ARENAL, R.: «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca», en *AAMN*, tomo IV, 1948, págs. 287-327.
- GÓMEZ GÁLIGO, J.: *Derechos reales. Registros*, Ed. Carperi, Madrid, 2009.
- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J.: «La hipoteca de seguridad», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Sección de Publicaciones, (Madrid, 1948), págs. 83-115.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «La cancelación negocial del crédito hipotecario», CER, Madrid, 2000.
- «Hacia la admisión de las hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 701, 2007, págs. 1340-1345.
- «Análisis de la evolución jurisprudencial sobre la “dación en pago” en los últimos años», en *RCDI*, núm. 733, págs. 2858-2873.
- GULLÓN BALLESTEROS, A.: *El derecho real de subhipoteca*, Ed. Bosch, Barcelona, 1957.
- LACAL, P.: «El mito de la accesoriedad de la hipoteca», en *RDP*, 1949, págs. 925-936.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, III-2, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ E.: *Los créditos hipotecarios*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977.
- MARTÍN PASTOR, J.: «Posibilidades del acreedor hipotecario cuando, subastado el bien hipotecado, su producto resulta insuficiente para cubrir el crédito (a propósito del Auto

- de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, 111/2010 de 17 de diciembre)», en *Diario La Ley*, núm. 7590, 16 de marzo de 2011.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, P.: «¿Sería deseable que respondiera solo la finca hipotecada?», en *El Economista.es*, disponible en <http://www.economista.es>, 16-2-2011.
- MOXÓ RUANO, A.: «Concepto unitario de hipoteca», en *RDP*, abril de 1940, págs. 64-68.
- PÉREZ GARCÍA, M. J.: «La realización del valor de los bienes en los procesos de ejecución y su problemática en el Derecho español (reflexiones a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 diciembre de 2010)», en *Diario La Ley*, núm. 7590, 16 de marzo de 2011.
- PRETEL SERRANO, J. J.: «Comentarios al artículo 140 de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 8.º, Edersa, Madrid, 2000, en <http://vlex.com>.
- REY PORTOLÉS, J. M.: *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995.

RESUMEN

DACIÓN EN PAGO

Se analiza en este trabajo la posibilidad o no de admitir la mal llamada dación en pago, como consecuencia de la ejecución hipotecaria en la que el acreedor ejecutante se adjudica la finca subastada, a falta de otros postores, por menos valor de la deuda garantizada, dando esta por extinguida.

A lo largo de estas líneas se examinan los inconvenientes que encontramos desde el punto de vista del Derecho Civil para la viabilidad de la dación en pago en nuestro ordenamiento jurídico. Creemos que la misma no es admisible, pues con su admisión generalizada se vulnera la función de garantía de la hipoteca, se alteran el principio de accesoriidad de la hipoteca y el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor y la excepción de la limitación de la responsabilidad hipotecaria; por otra parte, la propia Ley rechaza tal posibilidad y los argumentos de la práctica bancaria lo desaconsejan.

En definitiva, se rechaza la posibilidad de admisión de la dación en pago con carácter general en nuestro ordenamiento.

ABSTRACT

SURRENDER IN LIEU OF PAYMENT

This paper looks at whether what is incorrectly known as «surrender in lieu of payment» ought to be accepted. «Surrender in lieu of payment» refers to the situation where, for lack of other bidders, a foreclosing lender is awarded the mortgaged property at judicial sale for less than the secured debt and the debt is declared settled.

From the standpoint of civil law, there are drawbacks to surrender in lieu of payment as a viable solution in Spanish legislation. We examine these drawbacks, and we find the solution inadmissible. Were surrender in lieu of payment to become widely accepted, the function of the mortgage as security would be infringed, the rule of the accessory relationship of mortgages would be upset, the rule of unlimited personal liability of debtors would be overturned, and the exception from the limitation of mortgage liability would be altered. Furthermore, law itself rejects the possibility, and the arguments born of banking practice advise against it.

The possibility of accepting surrender in lieu of payment generally in Spanish legislation is, in short, rejected.

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

por

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

SUMARIO

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

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

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

3. CONCLUSIONES DEL ESTUDIO REALIZADO.

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

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

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

V. OTRAS OPCIONES DEL DEUDOR HIPOTECARIO.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A) *Incremento del patrimonio inembargable*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El Real Decreto-ley 8/2011 introduce una segunda medida a favor de los deudores hipotecarios con la finalidad de mejorar el resultado de las subastas de los bienes inmuebles hipotecados, lo que supone modificar la LEC, «para garantizar que en caso de producirse una ejecución hipotecaria por impago, los deudores recibirán una contraprestación adecuada por el inmueble, *que les permita anular o reducir al máximo la deuda remanente.*

Para ello, se prevé que la adjudicación al acreedor en subasta de un inmueble hipotecado como consecuencia de una ejecución, se realizará por un precio *nunca inferior al 60 por 100 del valor de tasación. Se establece, por*

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

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

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

⁹ «Artículo 671. *Subasta sin ningún postor.*

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

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

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

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

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

¹⁰ Era evidente que la interpretación que hacían mayoritariamente los Tribunales del artículo 671 LEC en su redacción anterior infringía la prohibición del pacto comisorio, como ya expuse en otro lugar, pudiendo verificarse otras interpretaciones a las que aludo después, también acogidas por los Tribunales, que conducían por vía interpretativa al resultado material ahora acogido por el legislador (vid., JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «Adjudicación en pago y reclamación de la diferencia entre el crédito por el que se ejecutó y el valor de la adjudicación. Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, septiembre-octubre de 2011, págs. 2941 a 2946). *De este modo no sólo se protegen los intereses del deudor, evitando que el acreedor se apropie de una cosa de valor superior al importe de la deuda, sino que también se protegen los intereses de los demás acreedores del deudor ejecutado, que tienen derecho a cobrar sus créditos con lo que reste, una vez pagada la deuda garantizada.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁰ *Op. cit.*, pág. 43.

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

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

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

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

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

A) *Reestructuración de la deuda hipotecaria*

a) *Moderación de los intereses moratorios*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁵ *Op. cit. loc. cit.*

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

b) El Código de Buenas Prácticas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B) *Modificación del procedimiento de ejecución extrajudicial*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³² Cfr. PÉREZ GARCÍA, M. J., «La realización del valor de los bienes en los procesos de ejecución y su problemática en el Derecho español (reflexiones a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010)», en *Diario La Ley*, núm. 7590, 16 de marzo de 2011.

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

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

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

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

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

3. CONCLUSIONES DEL ESTUDIO REALIZADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Si observamos el artículo 670.4. III (en su redacción anterior a la repetida Ley 13/2009) que contiene la última regla sobre aprobación de remate, en caso de subasta con postores, el precepto señalaba que *«se aprobará el remate a favor del mejor postor, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50 por 100 del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. Si la mejor postura no cumpliera estos requisitos, el tribunal, oídas las partes, resolverá sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor. Cuando el tribunal deniegue la aprobación del remate, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente»*. De acuerdo, pues, con dicho precepto, si la postura no alcanzaba a cubrir la cantidad por la que se había despachado la ejecución y suponía un sacrificio patrimonial *importante* para el deudor, el tribunal no aprobaría el remate, aplicándose el artículo 671 LEC. *Significa esto que la ratio del artículo 671 en relación con el artículo 670.4.III consiste en evitar un sacrificio patrimonial importante para el deudor. Por otro lado, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 647.2 LEC, el acreedor ejecutante ha de mejorar la postura que se hubiere hecho, evidentemente, de modo sustancial, para lograr la ratio de evitar ese sacrificio patrimonial importante para el deudor. Pero ello sólo se logra con la segunda interpretación ofrecida, que se torna así una interpretación perfectamente viable en términos jurídicos.*

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

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

*este modo, se traslada al acreedor el riesgo de depreciación del inmueble que voluntariamente asumió, según expliqué en el epígrafe I. Se logra, además así una interpretación sistemática del artículo 671 LEC con el artículo 670.III.4 del mismo cuerpo legal y con los artículos 1256 y 1449 y 1859 del Código Civil. Igualmente, se obtiene una interpretación acorde con la *mens legislatoris*, como he indicado antes, pues el legislador, en el Real Decreto-ley 8/2011 (Exposición de Motivos) señala que «se modifica la LEC para garantizar que en caso de producirse una ejecución hipotecaria por impago, los deudores recibirán una contraprestación adecuada por el inmueble, que les permita *anular o reducir al máximo la deuda remanente*.*

Para ello, se prevé que la adjudicación al acreedor en subasta de un inmueble hipotecado como consecuencia de una ejecución, se realizará por un precio nunca inferior al 60 por 100 del valor de tasación. Se establece, por tanto, un límite equilibrado, impidiéndose cualquier adjudicación al acreedor inferior al 60 por 100 del valor de tasación, independientemente de la cuantía de la deuda total, y ello con el fin de evitar el despojo del deudor».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Llegados a este punto deben de remarcarse dos extremos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

acreador ejecutante se adjudicara las fincas tras la subasta sin postores por el 100 por 100 del tipo de subasta, así lo habría regulado, sin embargo lo que la Ley explícitamente regula es que se puede solicitar la adjudicación por el 50 por 100 o por la deuda, y ese es el valor de la adjudicación; la seguridad jurídica impone que aquellas resoluciones que sean firmes, como el auto de adjudicación, no puedan modificarse de oficio por el órgano judicial, salvo lo previsto en el artículo 240 LOPJ, por ser cosa juzgada formal, al imponerlo así el principio de inalterabilidad de las resoluciones judiciales consagrado en el artículo 667 de la LOPJ y 9.3 CE; a la vista de la doctrina sentada por el TC en STC de 29 de noviembre de 1999 (RTC 1999/214); 11 de septiembre de 2006 (RTC 2006, 262) y 24 de abril de 2006 (RTC 2006/118) se concluye que el derecho a la tutela judicial efectiva se proyecta no sólo sobre el aspecto meramente formal de la motivación de las resoluciones judiciales sino también sobre el contenido jurídico-material de dicha argumentación; la motivación del Auto recurrido, tras indicar que el ejecutante ha actuado conforme a la ley, a continuación describe su pretensión como abuso de derecho, incurriendo en incongruencia con sus propias resoluciones; la dicción literal del artículo 671 LEC hace que resulte que la resolución recurrida al estimar que no puede aplicarse «en este caso», el artículo 579 de la LEC, no tenga como base el ordenamiento jurídico, sino una valoración moral subjetiva que lleva a la inaplicación del ordenamiento por razones de oportunidad, olvidando la sujeción de los Jueces a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, no debió el juzgado denegar el despacho de la ejecución, lo que no obsta a lo que pudiera acordarse si la parte deudora formalizara la oposición, en cuyo caso habría que dar respuesta a las cuestiones planteadas en dicho trámite. Vid. los argumentos doctrinales en los trabajos de GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «Sobre la limitación de la responsabilidad del hipotecante deudor a la finca hipotecada. A vueltas con el Auto 111/2010 de la Audiencia Provincial de Navarra», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725, 2011.

³⁹ Cfr. ROMERO CANDAU, P. A. y ROMERO CANDAU, R., «La continuación de la ejecución forzosa tras la subasta de los bienes hipotecados. Comentario a los autos números 111/10 (AC 2011/1) y 4/2011 (AC 2011/40) de las secciones segunda y tercera de la ILMA. Audiencia Provincial de Navarra (BIB/2011/331)», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2011.

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

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

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

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

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

⁴⁰ *Op. cit.*

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

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

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

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

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

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

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

3. EL USO ABUSIVO DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL

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

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

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

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

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

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

4. Tampoco podrán, sin el expresado consentimiento:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁶ Esta situación se plantea en el caso resuelto por el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 8, de Valladolid. El banco se había adjudicado la vivienda hipotecada por el 50 por 100 de su valor de tasación (56.600 euros), la había puesto a la venta por un importe de 95.000 y pretendía continuar la ejecución como dineraria ordinaria por 18,269 € de principal, 7.800 para costas y gastos y 15.600 para intereses de demora. La ejecutada (avalista), calculaba un enriquecimiento injusto del Banco mínimo de 38.450 € a lo que habría que sumar el desfase de intereses al entender la ejecutante que el principal no quedó al momento de la adjudicación completamente satisfecho. Planteado recurso de revisión contra el decreto del Secretario Judicial que acordó continuar la ejecución por el principal reclamado y 10.000 presupuestados para intereses y costas, el Juzgador, siguiendo los razonamientos de la SAP de Girona de 16 de septiembre de 2011, rechaza la continuación de la ejecución, y aduce:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Si, en todo caso, se considera que dicha cláusula fue correctamente incorporada al contrato, puede considerarse que por el contexto total del contrato y las circunstancias en que aquel fue firmado, imponía una garantía desproporcionada al consumidor y por ello nula por abusiva. Como dijimos *ut supra*, las entidades financieras han hecho un uso abusivo del principio de responsabilidad patrimonial universal, y en este sentido han impuesto al deudor una garantía patrimonial desproporcionada, y por ello, nula, contraria a la legislación de protección de los consumidores y usuarios. El artículo 8 LCGC indica que, en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales, en todo caso, las definidas en el artículo 10 bis y Disposición Adicional 1.ª de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (hoy incorporada al Real Decreto Legislativo 1/2007). Este TR articula una *control de contenido* de las cláusulas predispuestas en contratos con consumidores que resulten ser abusivas. De acuerdo con el artículo 83 TR las cláusulas abusivas serán *nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que*

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

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

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

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

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

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

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

3. *Lo dispuesto en el artículo 579 LEC, anteriormente citado, no puede interpretarse, en todo caso, con total abstracción de lo previsto en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGDCU.* En concreto en su artículo 82.1, que establece que son cláusulas abusivas «todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7. LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Aplicación retroactiva:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁵ Como ya expuse en: JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal», en *Diario La Ley*, núm. 7487, 13 de octubre de 2010.

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

⁶⁶ Sobre tales inconvenientes, vid.: JIMÉNEZ PARÍS, T. A. «El *fresh start* o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe. A propósito del Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero de 2012, núm. 729, y «La figura del *fresh start*. ¿Es conveniente su incorporación al ordenamiento jurídico español?», en *Homenaje a Joaquín Rams Albesa*. Cuenca Casas, Matilde (coord.), 1.^a ed. Editorial Dykinson. En prensa.

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

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

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

V. OTRAS OPCIONES DEL DEUDOR HIPOTECARIO

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

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

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

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

⁶⁹ El artículo 693 de la LEC dispone lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA

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

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

- «Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio del párrafo segundo *in fine* de la Ley 493 del Fuero Nuevo», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, 2012.
- EL NOTARIO DEL SIGLO XXI (INFORMACIÓN CORPORATIVA: PRÁCTICA NOTARIAL): «Procedimiento extrajudicial. Tipo mínimo de adjudicación en subasta», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 42, marzo-abril de 2012.
- GARCÍA AMIGO, M.: *Derecho Civil de España. I. Parte General*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid, 1997.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: «Dación en pago y reintegración concursal», en *Diario La Ley*, núm. 7492, 2010.
- «Dación en pago y reintegración concursal», en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (coord.: FRANCISCO DE PAULA BLASCO GASCÓ), vol. I, 2011 (Tomo I).
- GARCÍA MEDINA, J.: «Alternativas a la subasta», en *Diario la Ley*, núm. 7324, 2010.
- GARCÍA DE PABLOS, J. F.: «La protección de los deudores hipotecarios sin recursos», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 840, 2012 (BIB 2012/606).
- GOMA LANZÓN, F.: «Análisis y crítica de la orden EHA/2899/2011, de transparencia en los servicios bancarios», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 40, noviembre-diciembre de 2011.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: «Deshuucios y mercado hipotecario», en *Expansión*, viernes 18 de enero de 2013.
- GÓMEZ TABEADA, J.: «La dación en pago, ¿qué hay de los impuestos?», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 42.
- GONZÁLEZ, S.: «Las garantías en el préstamo hipotecario», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 36, marzo-abril de 2011.
- GONZÁLEZ FABRE, R.: «Dación en pago: ¿por qué y cómo?», en *Razón y fe: Revista hispanoamericana de cultura*. Tomo 264, núm. 1358, 2011.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «Sobre la limitación de la responsabilidad del hipotecante deudor a la finca hipotecada. A vueltas con el Auto 111/2010 de la Audiencia Provincial de Navarra», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725, 2011.
- HERNÁNDEZ ARRANZ, M.: «Ejecución hipotecaria y dación en pago (a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010)», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 124, octubre-diciembre de 2011.
- IRURZÚN, F.: «La última jurisprudencia del TEDH sobre el derecho de propiedad», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 42.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A.: «El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal», en *Diario La Ley*, núm. 7487, 13 de octubre de 2010.
- «Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 724, marzo-abril de 2011.
- «Ejecución de la vivienda familiar y concurso de acreedores (con inclusión de las novedades que presenta el Anteproyecto de Ley Concursal, de 17 de diciembre de 2010)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio de 2011, núm. 725.
- «Adjudicación en pago y reclamación de la diferencia entre el crédito por el que se ejecutó y el valor de la adjudicación. Comentario al Auto de la Audiencia Provincial

- de Navarra, Sección 2.^a, de 17 de diciembre de 2010», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, septiembre-octubre de 2011.
- «El *fresh start* o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe. A propósito del Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, enero-febrero de 2012.
- «Consecuencias legislativas del Auto de 17 de diciembre de 2012 de la AP de Navarra. El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, julio-agosto de 2012.
- «La figura del *fresh start*. ¿Es conveniente su incorporación al ordenamiento jurídico español?», en *Homenaje a Joaquín Rams Albesa*. CUENA CASAS, MATILDE (COORD.), 1.^a ed. Editorial Dykinson. *En prensa*.
- JORBA JORBA, O.: «Breve referencia a las consecuencias fiscales de la dación en pago», en *Quincena Fiscal*, núm. 20, 2011.
- JUAN GÓMEZ, M.: «Necesaria interpretación sistemática del artículo 671 de la LEC», en *Diario La Ley*, núm. 7622, miércoles, 4 de mayo de 2011.
- MACHADO PLAZAS, J.: «La distinción entre la dación en pago y la cesión *pro solvendo* contenidas en un convenio concursal (comentario a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 1997)», en *Revista General de Derecho*, núm. 648, 1998.
- MADRIDEJOS, A.: «Responsabilidad personal e ilimitada del deudor en las hipotecas», en *El Notario del Siglo XXI*, mayo-junio de 2011, núm. 37.
- MARTÍN BRICEÑO, M. R.: «Vicisitudes económicas y jurídicas de la dación en pago de activos inmobiliarios como modo de extinción de las deudas pendientes con las entidades financieras», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 726, 2011.
- MARTÍN PASTOR, J.: «Posibilidades del acreedor hipotecario cuando, subastado el bien hipotecado, su producto resulta insuficiente para cubrir el crédito: a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.^a, 111/2010, de 17 de diciembre», en *Diario La Ley*, núm. 7590, 2011.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A.: «Vía de salida para los activos financieros de los bancos», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 40, noviembre-diciembre de 2011.
- MELÉNDEZ HUELÍN, O.: «Derecho Concursal y normativa contable del Banco de España: provisiones por insolvencia y alternativas al Concurso de acreedores», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 10, 2009.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P.: «Intervenciones en el Congreso de los Diputados, Comisión de Vivienda y Comisión para la reforma del sistema hipotecario. Medidas para facilitar a los ciudadanos el acceso a una vivienda digna (Comisión de Vivienda, Madrid, 29 de octubre de 2008)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A.: «Sobre la adjudicación del inmueble hipotecado en pago de la totalidad de la deuda», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, año 2012, págs. 1935-1968.
- MIREIA, I.: «¿Qué hacer ante la imposibilidad de pagar la cuota hipotecaria?: la dación en pago como vía para saldar la deuda hipotecaria», en *Inmueble: Revista del Sector Inmobiliario*, núm. 94, 2009.

- MOCHÓN, F.: «La ejecución hipotecaria y la dación en pago», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 41, enero-febrero de 2012.
- NASARRE AZNAR, S.: «Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727.
- PARDO IBÁÑEZ, B.: «La —indebida— limitación de la responsabilidad hipotecaria al bien hipotecado: análisis de los Autos contradictorios de 17 de diciembre de 2010 y 28 de enero de 2011 de la Audiencia Provincial de Navarra: lo que dicen los jueces», en *Revista del Sector Inmobiliario*, núm. 109, 2011.
- PÉREZ HERESA, J.: «¿Apoyo al deudor hipotecario?», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 39, octubre-diciembre de 2011.
- PEDEMONTE, J. L.: «La vivienda habitual como dación en pago en los procedimientos hipotecarios», en *Inmueble: Revista del Sector Inmobiliario*, núm. 117, 2011.
- PÉREZ HERESA, J.: «Propuestas para la protección del deudor hipotecario», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 41, enero-febrero de 2012.
- PÉREZ GARCÍA, M. J.: «La realización del valor de los bienes en los procesos de ejecución y su problemática en el Derecho español: reflexiones a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010», en *Diario La Ley*, núm. 7590, 2011.
- PÉREZ MEDINA, A.: «Dación en pago: la casa a cambio de cancelar la hipoteca», en *Iuris: Actualidad y Práctica del Derecho*, núm. 159, 2011.
- REPERTORIO MENSUAL DE JURISPRUDENCIA: «La adjudicación de la finca al banco no salda la deuda hipotecaria: continuación de la ejecución por la cantidad no cubierta por la subasta (Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.ª, Auto de 28 de enero de 2011, rec. 92/2010)», en *Repertorio Mensual de Jurisprudencia*, núm. 4, 2011.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: «Declaración de concurso voluntario sin masa activa», en *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 3/2008 (BIB 2008/502).
- «Ejecuciones hipotecarias», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2012 (BIB 2012/421).
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, J.: «El trago de las ejecuciones hipotecarias», en *Temas para el debate*, núm. 201-202 (agosto-septiembre), 2011.
- ROJAS, L.: «Legislar sobre la limitación de responsabilidad», en *El Notario del Siglo XXI*, mayo-junio de 2011, núm. 37.
- ROMERO CANDAU, P. A. y ROMERO CANDAU, R.: «La continuación de la ejecución forzosa tras la subasta de los bienes hipotecados. Comentario a los Autos núm. 111/10 (AC 2011/1) y 4/2011 (AC 2011/40) de las Secciones segunda y tercera de la Ilma. Audiencia Provincial de Navarra (BIB 2011/331)», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2011.
- RUBIO DE ORELLANA PIZARRO, R.: «La dación en pago como forma de liquidación de operaciones de activo», en *Derecho del Mercado Financiero* (coord. por Julián MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ y Alberto ALONSO UREBA), vol. 2. Tomo I, 1994 (Operaciones bancarias de activo y pasivo).
- «La dación en pago y su efecto extintivo de las obligaciones pecuniarias», en *Instituciones del Mercado Financiero*. Coord.: Julián MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, Alberto ALONSO UREBA, vol. 4, 1999 (Garantías y aspectos procesales).

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

RESUMEN

DACIÓN EN PAGO

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

ABSTRACT

SURRENDER IN LIEU OF PAYMENT

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

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

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

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

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

La dación en pago: sustitución del cumplimiento estricto en una relación obligatoria

por

MARÍA ROSARIO MARTÍN BRICEÑO
Profesora Titular (i) de la Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA DACIÓN EN PAGO Y LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.
- III. LA DACIÓN EN PAGO NO ES UNA ADJUDICACIÓN EN PAGO.
- IV. LA DACIÓN EN PAGO Y LA RESPONSABILIDAD LIMITADA DEL ARTÍCULO 140 DE LA LEY HIPOTECARIA.
- V. LA DACIÓN EN PAGO COMO MODO ESPECIAL DE PAGO.
- VI. NATURALEZA REAL DE LA DACIÓN EN PAGO.
- VII. EFECTOS DE LA DACIÓN EN PAGO.
- VIII. LA DACIÓN EN PAGO Y EL PACTO COMISORIO.
- IX. ESPECIAL REFERENCIA A LA REPERCUSIÓN ECONÓMICA DE LA DACIÓN EN PAGO DE ACTIVOS INMOBILIARIOS.
- X. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando se aborda el estudio de la dación en pago en el contexto de los préstamos hipotecarios, no debemos olvidar que estamos ante la presencia de diversas figuras jurídicas: desde el préstamo, como relación obligatoria, hasta

la dación en pago, como medio que sustituye el cumplimiento estricto de la obligación, pasando por la hipoteca, como derecho real que garantiza el pago. Son figuras, por supuesto, susceptibles de ser estudiadas de modo separado, aunque hoy en día *de facto* se encuentren íntimamente relacionadas entre sí. Y, por ello, en las próximas líneas me voy a dedicar a analizar una de ellas de un modo más detallado; en concreto la dación en pago. Razón: estamos ante un instrumento que ha reaparecido en la escena jurídica. Se ha tratado de recuperar como modo de extinción de las deudas pendientes con las entidades financieras acreedoras. Su fin es paliar los graves efectos sociales derivados del incremento de los procesos de ejecución llevados a cabo ante el impago de los préstamos hipotecarios¹.

Hablamos de unas ejecuciones hipotecarias, cuyos resultados económicos son además producto de la crisis inmobiliaria que asola nuestro país; una crisis que cabe definir como una sub-crisis dentro del marco general que nos da la crisis económica y la recesión en la que, desgraciadamente, se encuentra sumida España². Desde esta perspectiva cabe afirmar que la dación en pago no solo merece un análisis jurídico. Requiere además un estudio que valore su repercusión económica, aspecto que desde mi punto de vista no debemos obviar. Para ello resulta conveniente describir la realidad en la que nos encontramos inmersos, con el fin de determinar si se puede recurrir, o no, a la dación en pago como solución idónea a aplicar con respecto a la problemática derivada del creciente número de impagos de préstamos hipotecarios.

II. LA DACIÓN EN PAGO Y LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Las crisis económicas responden al agotamiento de un ciclo económico. Por ello no son novedosas; como tampoco lo son las crisis que afectan a un sector tan concreto como es el inmobiliario. Otros países también las han sufrido (por ejemplo, Japón, México, Suecia, Finlandia, Argentina, Estados Unidos o Alemania), y han provocado una reducción de los precios de las viviendas. En España, durante la llamada crisis de los años noventa del siglo pasado, también se produjo un descenso de un 20 por 100 del valor económico de los inmuebles. Es a partir de 1997 (y hasta 2008) cuando el precio de estos bienes aumenta con

¹ La crisis económica es una de las principales causas determinantes del aumento de la morosidad y de las ejecuciones hipotecarias. No hay que olvidar que el incremento de la morosidad se sitúa en torno a un 8,3 por 100 a finales de mayo de 2012, según datos del Banco de España; aunque del análisis de estos datos cabe destacar que la morosidad en el ámbito de los créditos hipotecarios residenciales es del 3,07 por 100, y que la morosidad se sitúa en torno al 22 por 100 cuando el deudor es un promotor inmobiliario.

² Una recesión que en términos económicos esperamos que no tenga forma de L y sí de U para evitar la agonía que ello supondría para familias y empresas.

tasas interanuales de aproximadamente un 20 por 100³. En tiempos más recientes, el paulatino incremento de los tipos de interés, el aumento del desempleo y las dificultades de liquidez del sistema financiero, han actuado como posibles causas del deterioro del mercado inmobiliario⁴. Ello nos empuja a analizar las razones que nos han llevado a la situación que sufrimos actualmente.

Primero cabe afirmar que las entidades financieras acreedoras han realizado una gestión inadecuada del riesgo a asumir en el momento de la concesión de un préstamo hipotecario. Se ha dilatado el control del riesgo porque se pensó que la *ratio* de financiación sobre el valor del bien (*loan to value*) era la oportuna. Era un momento en el que los activos hipotecados se apreciaban de una manera constante. Siendo esto así, la ejecución del bien hipotecado cumplía la función que pretendía la entidad acreedora: que el bien, sobre el que recaía la garantía, sirviera para recuperarse de cualquier pérdida económica derivada de un impago por parte del deudor. Este hecho hizo, a su vez, que las entidades bancarias y Cajas de Ahorro se expusieran de modo excesivo al riesgo que supone dedicar una gran parte de sus recursos a actividades inmobiliarias, y no a otras actividades diversas como pueden ser las industriales⁵. Quizá, de haber optado por diversificar el riesgo, no habrían sufrido los efectos derivados del estallido de la burbuja inmobiliaria de un modo tan severo, dentro, claro está, de un contexto de crisis económica mundial⁶.

Asimismo no debemos olvidar, desde una perspectiva financiera, la función del Mercado Hipotecario⁷. Los préstamos hipotecarios no se mantienen inmovilizados en los balances de las entidades acreedoras, sino que circulan en el citado Mercado. Las cédulas, los bonos y las participaciones hipotecarias son títulos hipotecarios que se convierten en su objeto⁸. Estos activos financieros,

³ Ya en 2006 baja a un 10 por 100 (cifras del Ministerio de la Vivienda), y ello coincide con el inicio de la fase bajista del ciclo económico.

⁴ En 1997, el saldo vivo del conjunto del crédito inmobiliario de Bancos y Cajas era de un 40 por 100 del crédito del sector privado de la economía y representaba el 28,5 por 100 del PIB. Cuando pincha la burbuja inmobiliaria, hacia el año 2007, el crédito privado que participaba era del 60,5 por 100 y ello representaba un 102,5 por 100 del PIB.

⁵ Resulta más evidente esta situación en cuanto a las Cajas de Ahorro, cuyo negocio bancario ha estado excesivamente escorado hacia el ladrillo. De ahí que algunos economistas afirmen que la crisis bancaria española no tiene su origen en unos productos derivados o en unos paquetes de crédito basura titulizados, sino solo en un volumen excesivo de créditos al promotor. Esto es lo que ha llevado a que las Cajas prácticamente hayan desaparecido.

⁶ Quizá hay que examinar también la labor realizada por parte del Banco de España, organismo encargado de analizar los balances de las entidades, de la Comisión Nacional del Mercado y de la Dirección General de Seguros y Fondo de Pensiones.

⁷ Sobre el análisis del Mercado Hipotecario, vid. GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Principios generales de la reforma del mercado hipotecario por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre», en *La reforma del mercado hipotecario*, Edisofer, Madrid, 2009, pág. 31 y sigs.

⁸ Vid., sobre el tema, CHICO ORTIZ, J., «Aspectos financieros del Derecho real de hipoteca. Las garantías jurídicas del mantenimiento del valor económico del inmueble hipotecado. La movilización de los créditos hipotecarios», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al*

que representan los títulos valores en los que se han convertido los préstamos hipotecarios, circulan y tienen como garantía los propios préstamos hipotecarios. Actúan como una de las fuentes principales de refinanciación y obtención de liquidez de las entidades bancarias y antiguas Cajas de Ahorro. Esto es, la movilización de los créditos hipotecarios proporciona a las entidades financieras un flujo de recursos desde los mercados de capitales. Se permite que pequeños inversionistas accedan al Mercado Hipotecario, aunque dispensándoles de cualquier gestión jurídica, económica o administrativa que no sea la propia adquisición de estos activos financieros.

La titulización y emisión de bonos y cédulas en el mercado secundario ha sido la vía utilizada por las Entidades de Crédito para atraer unos fondos que han dedicado, en muchas ocasiones, a la concesión de nuevos préstamos hipotecarios⁹. Pero los excesos del sistema han repercutido finalmente sobre el Mercado Hipotecario; un mercado que poco a poco se ha ido ralentizando. No fluye la conversión de los préstamos hipotecarios en títulos de deuda para venderlos en el mercado secundario. Y así, a partir de 2008, comienza a paralizarse el Mercado Hipotecario por falta de confianza. Las operaciones se reducen en torno a un 40 por 100. Ya no existen ingentes cantidades de dinero destinadas a la inversión en estos activos financieros. Como consecuencia de esta situación, las entidades bancarias comienzan a sufrir los problemas de la falta de liquidez. Ello, entre otros motivos, revela la necesidad de una reestructuración en el sector bancario, reestructuración en la que todavía se encuentra inmerso.

En cuanto a los préstamos hipotecarios, señalar que la combinación de esta figura jurídica —que ofrece como garantía un bien inmueble— con los bajos tipos de interés, ha facilitado la compra de la vivienda habitual por parte de las familias¹⁰. Pero también es cierto que se ha recurrido al interés variable,

V Congreso Internacional de Derecho Registral, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1983, pág. 109 y sigs.; MADRID PARRA, A., «El mercado hipotecario y títulos hipotecarios», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1987, núm. 27, pág. 565 y sigs.; ORTÍ VALLEJO, A., *Garantía de los títulos del mercado hipotecario*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 35 y sigs.; y GARNICA GARNICA, M.^a C., «Régimen jurídico y garantías de los instrumentos del mercado hipotecario español», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 1997, núm. 24 (diciembre), pág. 257 y sigs.

⁹ DÍAZ FRAILE («Soluciones de Derecho Privado a la crisis financiero-inmobiliaria. Revisión del mercado secundario», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, 30 de marzo y 1 de abril de 2009, pág. 633 y sigs.) señala cómo la internacionalización de la economía ha hecho que la crisis financiera se extienda por todos los países. Su epicentro quizá haya estado en Estados Unidos, con las hipotecas *subprime*, y es posible también que el contagio se haya producido a través de los productos de titulización de su mercado secundario.

¹⁰ El Euribor (*Euro Interbank Offered Rate*), índice de referencia que se utiliza en los préstamos hipotecarios, ha llegado hasta el 5,219 por 100 en el año 2000, momento a partir del cual comienza a descender. En el año 2006, aproximadamente, comienza a incrementarse hasta alcanzar el 5,38 por 100. Su descenso más acusado comienza a mostrarse en el año 2009, cuya última referencia (de junio de 2012) es de 1,21 por 100.

y no al interés fijo en tales préstamos, sin ser conscientes de la repercusión que su posible subida tendría sobre la cuantía a pagar por el deudor. Por otro lado, el Estado ha incentivado la adquisición de la vivienda habitual mediante sus políticas de desgravación fiscal, medidas que ahora se ponen en jaque pero por otros motivos bien distintos: el endeudamiento del Estado. Con base en lo expuesto, los inmuebles se fueron convirtiendo en un valor refugio; un activo en el que invertir porque siempre se revaluaba, sin ser conscientes de su posible devaluación; una consecuencia derivada sobre todo de la existencia de una burbuja inmobiliaria.

En un marco de grave recesión económica los activos inmobiliarios se han depreciado y ello ha afectado a la evolución de los préstamos hipotecarios. Si hasta 2004 no había muchas ejecuciones hipotecarias, actualmente su número se ha disparado. En muchos casos, esta ejecución desemboca en una subasta desierta, razón por la que muchas entidades acreedoras se han adjudicado el bien por un 60 por 100 de su valor de tasación, situación que en muchos casos no ha extinguido el préstamo hipotecario en su totalidad.

Pero, ¿por qué me refiero a todos estos datos económicos cuando hablo de la dación en pago? Fundamentalmente porque la subida de los índices de referencia del mercado hipotecario repercutió negativamente sobre los deudores con préstamos hipotecarios a tipo de interés variable; que eran la mayoría. Y, aunque actualmente los tipos de interés han disminuido, la elevada tasa de desempleo se nos muestra también como una de las principales causas del incremento de los impagos. Ante este panorama, la *datio in solutum* se ha planteado como instrumento jurídico al que recurrir para paliar los efectos derivados de un proceso de ejecución hipotecaria; proceso que, por sí solo, no extingue la totalidad de la deuda pendiente.

Un sector de la sociedad reclama la dación en pago como una sustitución del pago estricto de la obligación, una sustitución que provocaría la total extinción del préstamo hipotecario. Apunta razones económicas al defender la dación en pago frente a la ejecución hipotecaria: aquella se presenta como una solución más barata que esta. Asimismo, se sostiene que no solo conlleva un ahorro con respecto a los gastos procesales, sino que además permite sortear la aplicación del artículo 1911 del Código Civil si actúa como medio para extinguir en su totalidad los préstamos hipotecarios pendientes con las entidades acreedoras. Esta postura tiene presente que resulta imposible la venta del inmueble en un mercado paralizado, o que, si la venta se produce, el producto obtenido es muy inferior al importe del capital pendiente de pago. Por ello cobra relevancia la dación en pago como solución, hasta tal punto que se incorpora como una medida a tener en cuenta en el Real Decreto-ley 9/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. No obstante lo dicho, a fin de valorar la idoneidad o no de esta medida en el marco de los préstamos hipotecarios, hay que proceder a realizar su análisis jurídico.

III. LA DACIÓN EN PAGO NO ES UNA ADJUDICACIÓN EN PAGO

Un examen riguroso de la dación en pago nos permite afirmar que la *datio in solutum* no se debe confundir con la adjudicación en pago, aunque en ambos casos se produzca una traslación del dominio del bien en favor del acreedor con el fin de extinguir una relación obligatoria¹¹. A veces se utiliza dación y adjudicación en pago como si de términos sinónimos se tratara, cuando resulta meridiano que describen realidades distintas. Precisemos, pues, los términos «dación en pago» y «adjudicación en pago».

El término adjudicación en pago se ha utilizado para calificar todos aquellos pagos realizados dentro de un proceso divisorio. No cabe hablar de dación en pago porque falta una obligación que cumplir, un requisito sustancial en la *datio in solutum*. Lo que existe en esta adjudicación en pago es un proceso de liquidación, donde se fijan unos haberes que hay que entregar. Si por cláusula contractual o última voluntad, se determinara que para el pago de cierta deuda hay que transmitir ciertos bienes, entonces hablaríamos de pago; pero nunca de dación en pago. Para que esta exista se requiere un intercambio previo de voluntades (entre deudor y acreedor) que permita sustituir esos bienes por otros distintos (arts. 399, 404, 406, 1061, 1062, 1065-1072, 1074, 1078, 1085, 1086 y 1708 CC).

Se emplea también el término adjudicación en pago cuando nos referimos a aquel acto judicial mediante el cual se considera extinguido un crédito, total o parcialmente, a través de la transmisión del dominio de un bien. Así cabría definir el acto al que se refiere el párrafo segundo de la Ley 493 del Fuero Nuevo de Navarra¹², en el marco del Capítulo II titulado «*Del cumplimiento y extinción de las obligaciones*», y que se expresa en los siguientes términos: «*Aunque la obligación sea divisible, el acreedor podrá rechazar una oferta de cumplimiento incompleto o de objeto distinto del debido. Sin embargo, ... el acreedor de cantidad de dinero tendrá que aceptar un objeto distinto si el Juez estima justa la sustitución por haberse hecho excesivamente gravosa la prestación debida*». En este caso el Derecho navarro, fiel a su tradición romanista, mantiene una figura que ha sido denominada como dación en pago necesaria. En

¹¹ Los términos empleados por la prensa inducen a esta confusión al analizar las consecuencias derivadas de una subasta desierta dentro de un proceso de ejecución hipotecaria (art. 671 LEC) en las SSAP de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010 y de 16 de marzo de 2011; o de Girona, Sección 2.ª, 16 de septiembre de 2011, entre otras. Véase GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «Sobre la limitación de la responsabilidad del hipotecante deudor a la finca hipotecada. A vueltas con el Auto 111/2010 de la Audiencia Provincial de Navarra», en *RCDI*, 2011, núm. 725, pág. 1678 y sigs.; y JIMÉNEZ PARÍS, M. T., «Adjudicación en pago y reclamación de la diferencia entre el crédito por el que se ejecutó y el valor de la adjudicación. Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010», en *RCDI*, 2011, núm. 727, pág. 2928 y sigs.

¹² A partir de ahora F. N. Nav.

el Derecho romano se recurrió a ella en momentos de graves crisis económicas: cuando la falta de liquidez de los deudores impedía pagar las deudas¹³. Ante este hecho, se admitía la entrega de bienes inmuebles con el fin de extinguir la deuda. La Ley 493 F. N. Nav. responde a esta circunstancia; que el deudor no puede hacer frente a una deuda pecuniaria, cuya extinción puede venir impuesta por el juez mediante la entrega de una prestación distinta¹⁴.

La adjudicación en pago está presente además cuando la autoridad judicial interviene en un proceso de subasta de bienes inmuebles sin ningún postor; es decir, cuando estamos ante una subasta desierta. Según el artículo 671 LEC, «*Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al sesenta por ciento de su valor de tasación*». Por supuesto, si acreedor no hace uso de esta facultad, «*en el plazo de veinte días*», el Secretario judicial «*procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado*». Ahora bien, esta adjudicación en pago del inmueble al acreedor no conlleva siempre la extinción de la deuda en su totalidad. La aplicación del artículo 1911 del Código Civil vincula al deudor por la parte de la deuda no extinguida¹⁵.

A la luz de lo expuesto anteriormente, cabe afirmar que la dación en pago se distingue de la adjudicación en pago como acto judicial o extrajudicial por varios motivos, aunque comparta con ella misma finalidad, que no es otra que transmitir la propiedad de un bien del deudor al acreedor con el fin de extinguir una relación obligatoria. No debemos olvidar que la *datio in solutum* se justifica en la presencia de un crédito pendiente de cumplimiento, ya que no se puede extinguir lo que no existe. Si la deuda se hubiera extinguido, la *datio* no tendría causa y sería nula¹⁶. Por consiguiente, las deudas que se pretenden extinguir son las que actúan como causa que justifica la traslación de la propiedad de los bienes en concepto de dación en pago. Sin embargo, a diferencia de la adjudicación en pago, la dación en pago se basa en la concurrencia de las voluntades del deudor y del acreedor, y es esta la que permite sustituir la

¹³ Sobre el tema, vid. EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., «La dación en pago en el párrafo 2.º de la Ley 493 del Fuero Nuevo de Navarra», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, enero-junio, 2012, núm. 28, pág. 25 y sigs.

¹⁴ En el ámbito del Código Civil no se reconoce la posibilidad de que el juez adjudique un bien del deudor al acreedor en pago de unas deudas pecuniarias. Tan solo cabría hablar de una revisión judicial de las condiciones del contrato en el caso de que fuera posible aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*.

¹⁵ Todo ello, por supuesto, sin olvidar que existe una cantidad inembargable, que con el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, se modificó.

¹⁶ Ver sobre el tema MARTÍN BRICEÑO, M. R., «Vicisitudes económicas y jurídicas de la dación en pago de activos inmobiliarios como modo de extinción de las deudas pendientes con las entidades financieras», en *RCDI*, 2011, núm. 726, pág. 2043-2044.

prestación primitiva por otra distinta con fines solutorios. Por el contrario, la adjudicación en pago no tiene esta naturaleza convencional, entendida esta como la presencia necesaria de las voluntades tanto del acreedor como del deudor para que el acto sea eficaz. La adjudicación en pago, como acto judicial, es un acto procesal que forma parte de aquellos procesos de ejecución hipotecaria en los que no interviene postor alguno en la subasta o de aquellos otros procedimientos declarativos que correspondan a los efectos de aplicar lo dispuesto por el párrafo segundo de la Ley 493 F. N. Nav.

Del mismo modo, mientras que con la dación en pago se pretende impedir la aplicación del artículo 1911 del Código Civil si aquella conlleva la extinción total de la deuda (y digo extinción total porque también es posible que la dación en pago provoque una extinción parcial de aquella), la adjudicación en pago prevista en el artículo 671 LEC por sí sola no tiene estos efectos¹⁷. Por ello el acreedor ejecutante puede continuar persiguiendo bienes del deudor hasta que se produzca la completa extinción de la deuda. En este sentido la dación en pago es considerada como una *datio pro soluto*, mientras que esta adjudicación en pago está más cerca de la *datio pro solvendo*, aunque el acreedor adquiera el dominio del bien y no la mera posesión del mismo en orden a su ejecución¹⁸.

IV. LA DACIÓN EN PAGO Y LA RESPONSABILIDAD LIMITADA DEL ARTÍCULO 140 DE LA LEY HIPOTECARIA

Los efectos del pacto de responsabilidad hipotecaria limitada prevista en el artículo 140 LH no deben ser confundidos con la dación en pago. El precepto citado alude a un pacto que pretende limitar los efectos de la responsabilidad; que esta se pueda exigir solo sobre el bien hipotecado, lo que permite excluir la aplicación del artículo 1911 del Código Civil¹⁹. Ahora bien, el pacto previsto en el artículo 140 LH no comparte la naturaleza jurídica de la dación en pago, aunque en ambos casos están presentes las voluntades del acreedor y del deudor. Veamos cuáles son sus diferencias.

Mientras la *datio pro soluto* transmite la propiedad del bien al acreedor con fines solutorios, el pacto de limitación de responsabilidad hipotecaria del artículo 140 LH no permite trasladar el dominio del bien hipotecado al acreedor. La

¹⁷ El artículo 671 LEC ofrece al acreedor la posibilidad de que el Tribunal le adjudique el bien hipotecado. Si este acepta, extenderá la correspondiente carta de pago de la parte de crédito que se extingue. Pero no es un acto obligado para el acreedor. Tiene carácter facultativo. Esto significa que la falta de ejercicio de la facultad que le atribuye el legislador conlleva el levantamiento del embargo en los términos previstos por el artículo 671, párrafo 2.º, LEC.

¹⁸ Cfr. artículo 1175 del Código Civil.

¹⁹ Cabría potenciar el pacto del artículo 140 LH con medidas fiscales en el impuesto de sociedades.

eficacia del derecho real de hipoteca se mantiene. Por ello, ante el impago de la deuda, se somete el bien hipotecado a su correspondiente ejecución con el fin de aplicar su resultado a la deuda pendiente de pago. La obligación se extinguirá con independencia del producto obtenido con la enajenación. El pacto de limitación de responsabilidad entre acreedor y deudor impide aplicar las consecuencias derivadas de la aplicación del artículo 1911 del Código Civil. En consecuencia, el acreedor deberá extender su correspondiente carta de pago con el fin de liberar al *solvens*.

Además de lo expuesto, hay que tener presente que la *datio in solutum* se valora solo en el momento de impago de una deuda. Es decir, se analiza su oportunidad cuando existe un incumplimiento previo de un crédito anterior, vencido y exigible. Sin embargo, el pacto del artículo 140 LH se establece con anterioridad; se acuerda antes del vencimiento de la obligación. Se pacta una limitación de responsabilidad para el caso de que se produzca un impago.

V. LA DACIÓN EN PAGO COMO MODO ESPECIAL DE PAGO

Nuestro Código Civil no regula la dación en pago. Ni siquiera reconoce esta figura jurídica como causa de extinción de las obligaciones en su artículo 1156, tal y como sí lo hace la Ley 495 del F. N. Nav., precepto que bajo el título «*La dación en pago*», se incluye en el Capítulo II dedicado al cumplimiento y extinción de las obligaciones²⁰. No obstante, el legislador no se ha olvidado por completo de la dación en pago en cuanto que la menciona en los artículos 1521, 1636 y 1849 del Código Civil²¹. Asimismo, cabe deducir su presencia de una interpretación *a contrario* del artículo 1166 del Código Civil, según el cual, «*El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente*,

²⁰ Sin embargo, la dación en pago es una figura que ya estaba presente en el Derecho romano a través del Digesto 44,4,4: «*In solutum accipere, in solutum, pro soluto dare*». Del mismo modo, aunque se exige como requisito de pago que exista una identidad entre la prestación que se entrega y la que se pretende extinguir, la Partida 5, Título XIV, Ley 3.^a, tenía presente la dación en pago. Es el Proyecto de García Goyena de 1851, bajo la influencia del Código Civil francés, el que se formula en los mismos términos que posteriormente se incluyen en el artículo 1166 del Código Civil. Sobre aspectos históricos relativos a la dación en pago, vid. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., «Consideraciones sobre la dación en pago», en *RCDI*, 1987, I, pág. 978 y sigs.

²¹ Algún autor (RODRÍGUEZ RAMOS, A. M., «Un nuevo ejemplo de dación en pago: el artículo 99 del Código Civil», en *AC*, núm. 8, 21-27 de febrero de 2000) plantea un supuesto de dación en pago en el artículo 99 del Código Civil. Del mismo modo se ha hablado de dación en pago en la llamada reinversión de dividendos en operaciones societarias (vid. PAZ-ARES, C., «La reinversión de dividendos», en *RD*, octubre-noviembre de 1992, págs. 10079-10109, y SÁNCHEZ ANDRÉS, M., «Acotaciones a una doctrina reciente en materia de pago y aplicación del dividendo», en *RGD*, mayo de 1993, págs. 4701-4760).

aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida»²². Esto es, el acreedor no puede ser obligado a recibir una prestación distinta de la acordada, en virtud de la aplicación del principio *aliud pro alio invito creditore solve non potest*. Pero el *accipiens* puede aceptarla con efectos solutorios. Por consiguiente, lo dispuesto por el artículo 1166 del Código Civil tendría una naturaleza dispositiva. Siendo esto así, nada obsta para que en virtud de la aplicación del principio de autonomía privada, se admita la *datio in solutum* con efectos extintivos de la relación obligatoria.

El párrafo primero del artículo 1197 del *Codice civile* italiano²³ y el §364 (1) del BGB²⁴ se pronuncian de modo expreso en el sentido expuesto anteriormente: solo es posible extinguir la deuda mediante la entrega de una prestación distinta de la primitivamente pactada, si el acreedor lo acepta. Por consiguiente, reviste especial interés la voluntad del acreedor como requisito *sine qua non*; sin ella la dación en pago no desprendería sus correspondientes efectos²⁵.

La presencia de las voluntades del deudor y del acreedor ha llevado a explicar la dación en pago como si de un contrato de compraventa se tratara, una postura que tiene su origen en el Derecho romano donde el acreedor actuaba como comprador, el deudor como vendedor, el importe de la deuda a extinguir con la *datio in solutum* como precio y el bien recibido por el *accipiens* como objeto del contrato de compraventa. Ahora bien, nuestra jurisprudencia más reciente no identifica la dación en pago con la compraventa²⁶; aunque recurra a los preceptos de este contrato para ser aplicados por analogía a causa de la falta de regulación de la *datio in solutum*. Considera que la dación en pago puede existir sin que sea necesario que conste un precio cierto, elemento ineludible en un contrato de compraventa²⁷. Por otra parte, el objeto de la dación en pago no siempre consiste en una prestación de dar, aunque sea la situación más común.

²² Cfr. artículo 1243 *Code* francés que señala lo siguiente: «*Le créancier ne peut contraindre de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande*».

²³ Según el artículo 1197 del *Codice civile*: «*Il debitore non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta, anche se di valore uguale o maggiore, salvo che il creditore consenta. In questo caso l'obbligazione si estingue quando la diversa prestazione è eseguita*».

²⁴ Señala el §364 del BGB: «*(1) Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllung statt annimmt*. Traducción: «(1) «La relación obligatoria se extingue si el acreedor acepta en lugar del cumplimiento una prestación distinta de la debida».

²⁵ Vid. MARTÍN BRICEÑO, M. R., *ob. cit.*, pág. 2045.

²⁶ SSTS de 5 de octubre de 2006, de 13 de julio de 2007, de 3 octubre de 2007 y de 1 de octubre de 2009.

²⁷ La STS de 1 de octubre de 2009 (F. J. 2.º) admite la dación en pago cuando se deben una serie de prestaciones que no están plenamente identificadas ni valoradas. El acuerdo entre deudor y acreedor para admitir una dación en pago, aunque no estén determinadas las prestaciones en los términos que exige el artículo 1445 del Código Civil.

No existe óbice alguno para que sea una prestación de hacer o de no hacer la que actúe como objeto de la *datio in solutum*.

La jurisprudencia se ha inclinado más bien por aquella otra postura que considera a la dación en pago como una forma especial de pago, entendido este en un sentido amplio del término y, por tanto, como un subrogado del cumplimiento²⁸. Es una posición que se tiene también en cuenta en el ámbito del *Codice civile* italiano donde la dación en pago es considerada como una modalidad de pago²⁹. Siendo esto así, no cabría atribuir una naturaleza contractual a la dación en pago, puesto que es una figura que actúa como una sustitución del pago en sentido estricto.

Que el acreedor admita el cumplimiento del deudor mediante la entrega de una prestación distinta de la previamente pactada, no implica que estemos ante una obligación facultativa. Razón: la obligación facultativa contiene una sola prestación, y la otra está únicamente *in facultate solutionis*. Se faculta al deudor a realizar otra prestación sin necesidad de nuevo convenio. Por tanto, desde el principio las partes conocen la existencia de esta facultad que podrá ser, o no, ejercitada. Sin embargo, la *datio in solutum* no se establece en el momento de constitución de la relación obligatoria. Cobra interés tan solo cuando el *solvens* incumple con lo acordado; surge como un medio de reparación ante un proceso de impago por parte del deudor.

¿Podríamos hablar de la dación en pago como una obligación alternativa? No. La obligación alternativa se define como la relación que permite al deudor (si recae sobre él esta facultad) elegir una prestación entre dos o varias de las pactadas. Lo característico de esta obligación se encuentra en que el cumplimiento de cualquiera de las prestaciones previstas la extingue. La diferencia con la dación en pago radica en que todas las prestaciones de una obligación alternativa son debidas, cosa que no sucede con la *datio in solutum*. El proceso de concentración en la obligación alternativa constituye el cumplimiento puntual de la obligación, cualquiera que sea la elegida. Sin embargo, la dación en pago surge cuando *ab initio* solo se ha previsto una determinada prestación, aceptando *a posteriori* —el acreedor— la entrega de otra distinta. Se podría decir que en la obligación alternativa, lo que hay es una indeterminación de las partes sobre el específico objeto de la prestación. Esto no sucede en la dación en pago porque en este caso se encuentra determinado el objeto; no existe una indeterminación, sino la conveniencia o necesidad de sustituir el objeto previamente estipulado. Finalmente, como señala DÍEZ PICAZO, la facultad de elección de la obligación alternativa se configura como un derecho potestativo,

²⁸ Entre otras, SSTS de 5 de octubre de 1987; de 7 de octubre de 1992, de 28 de junio de 1997, de 25 de mayo de 1999, de 30 de noviembre de 2000 de 27 de septiembre de 2002, de 21 de octubre de 2005, y de 19 de octubre de 2006.

²⁹ Bajo el nombre *prestazione in luogo dell'adempimento*.

mientras que, en la dación en pago, la determinación de la prestación se realiza siempre por mutuo acuerdo³⁰.

Tampoco cabe definir la dación en pago como un tipo de novación extintiva puesto que la finalidad de la primera no es extinguir una relación obligatoria y crear una nueva³¹. El propio § 364 del BGB distingue la dación en pago de la novación. Mientras su primer párrafo, al referirse a la *datio in solutum*, indica que la relación obligatoria se extingue si el acreedor acepta en lugar del cumplimiento una prestación distinta de la debida, su párrafo segundo precisa que si con la finalidad de satisfacer al acreedor, el deudor acepta una nueva obligación, en caso de duda no debe entenderse que asume la obligación en lugar del cumplimiento³².

Por otra parte, si fuera una novación, la *datio in solutum* no podría ser llevada a cabo por un tercero, en los términos que prevé el artículo 1158 del Código Civil, y, sin embargo, no existe óbice alguno para que esta situación pueda darse.

Del mismo modo no resulta oportuno hablar de la dación en pago como una novación modificativa de tipo objetivo. No tendría sentido hablar específicamente de la dación en pago si se la considerara una mera novación. Sin embargo, sí existen razones para tratar la dación en pago como una figura distinta de la novación en cuanto que no cabe atribuir a la *datio* un *animus novandi*. No existe de por sí un convenio novatorio del que se deriva una nueva prestación a ejecutar por el deudor. Por el contrario, la *datio in solutum* forma parte del proceso de cumplimiento de la relación obligatoria que se encuentra pendiente de ejecución³³. En consecuencia, la dación en pago se vincula a un *animus solvendi*. La prestación que se entrega en concepto de dación en pago no es el resultado de ejecutar un negocio novatorio. Por esta razón, si la dación en pago deviene ineficaz, la prestación inicial renacerá³⁴.

El propio legislador aborda la dación en pago y la novación desde perspectivas distintas. El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes

³⁰ Vid. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. II, Civitas, Madrid, 1993, pág. 555.

³¹ Sobre el tema, vid. FÍNEZ-RATÓN, J. M., «La dación en pago», en *ADC*, 1995, pág. 1486; SASTRE PAPIOL, S., *La dación en pago*, Barcelona, Bosch, 1990, pág. 38; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., «Naturaleza jurídica de la dación en pago», en *ADC*, 1957, pág. 753.

³² Señala el §364 del BGB: «(1) *Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllung statt annimmt.*

(2) *Übernimmt der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, dass er die Verbindlichkeit an Erfüllung statt übernimmt.*».

³³ Alguna autora (MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., *ob. cit.*, pág. 997) ha sostenido que el consentimiento en la dación en pago lo que pretende es crear un nuevo medio de extinción. No se pretende crear una relación obligatoria nueva.

³⁴ Vid. FÍNEZ-RATÓN, J. M., *ob. cit.*, pág. 1486. Ver en materia de evicción y vicios ocultos, MARTÍN BRICEÑO, M. R., *ob. cit.*, págs. 2049 y 2050.

de protección de deudores hipotecarios sin recursos, en el anexo dedicado al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, distingue claramente entre novación, condonación y dación en pago. Así la carencia en la amortización del capital, la reducción del tipo de interés durante cuatro años y la ampliación del plazo total de amortización, en cuanto medidas cuya finalidad es reestructurar la deuda con unos intereses más bajos y unos plazos más amplios (art. 1), es definida como una novación modificativa. Estamos ante un acuerdo entre la entidad acreedora y el deudor mediante el cual modifican las condiciones del contrato. Tras la novación, y como segunda medida a tener en cuenta, el Real Decreto-ley 6/2012 se refiere a una quita sobre el conjunto de la deuda; quita que hay que considerar como una condonación (art. 2). Finalmente, se admite la dación en pago de la vivienda habitual como medio liberatorio definitivo de la deuda. El apartado *b)* del artículo 3 señala que, «*La dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda*». Todo ello aunque posteriormente se garantice la permanencia del deudor en la vivienda mediante un contrato de arrendamiento durante un plazo de dos años (art. 3).

VI. NATURALEZA REAL DE LA DACIÓN EN PAGO

Considerar la dación como una modalidad de pago, y por tanto, como causa de extinción de las obligaciones, nos aleja de aquellas posturas que sostienen que la *datio in solutum* tiene naturaleza contractual, y que por ello hay que definirla como un negocio jurídico de carácter patrimonial³⁵. Si sostuviéramos el carácter consensual de la dación en pago, habría que distinguir la perfección del negocio, referido al acuerdo entre deudor y acreedor con carácter extintivo de la obligación, de la consumación, como momento en el que se ejecuta lo convenido, con independencia de que ambos momentos fueran simultáneos, o no, en el tiempo. Sin embargo, en la medida en que la dación en pago se explica como una sustitución del pago en sentido estricto en una relación obligatoria, resulta más adecuado sostener su carácter real. El deudor solo se libera cuando el interés del acreedor se ve satisfecho, y esto solo se produce cuando aquel realiza la prestación acordada.

³⁵ Ver sobre carácter consensual, entre otros, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *ob. cit.*, pág. 784; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., *ob. cit.*, pág. 997; FÍNEZ-RATÓN, J. M., *ob. cit.*, pág. 1518; ADÁN GARCÍA, «La dación en pago», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, pág. 509.

Para negar el carácter real de la dación en pago, se ha dicho que la categoría de los contratos reales tiene un carácter residual, y que confunde los momentos de perfección y ejecución. Que su formación y eficacia no pueden depender siempre de la entrega de la cosa. Que la *traditio* no debe ser requisito de perfeccionamiento. Pero la dación en pago no tiene carácter consensual porque es un mero instrumento de reparación que sirve para ejecutar una relación obligatoria que no se ha extinguido aún mediante la entrega de la prestación debida. Su carácter solutorio la vincula al momento del cumplimiento de la obligación, y no al del perfeccionamiento.

El carácter real de la *datio in solutum* se justifica en que su eficacia dependerá siempre de la entrega de una prestación distinta de la pactada en la relación obligatoria que se pretende extinguir. No desprenderá efectos hasta que no se produzca la entrega, razón por la cual hasta entonces se mantendrá viva la obligación primitiva³⁶. La propia Ley 495 F. N. Nav., al regular la dación en pago, se manifiesta en este sentido en cuanto que declara que «*la obligación se considerará extinguida tan solo desde el momento en que el acreedor adquiera la propiedad de la cosa subrogada*». No se refiere a un acuerdo previo con finalidad extintiva, y da a entender que sus efectos se producirán solo mediante la entrega del nuevo objeto pactado.

La naturaleza real de la dación en pago no viola la regla de consensualidad del artículo 1258 del Código Civil porque el objeto de este precepto son los contratos en general, y la dación en pago no tiene naturaleza contractual. El propio artículo 1166 del Código Civil, de donde se infiere el reconocimiento de esta figura jurídica, queda ubicado en la sección dedicada al pago, y a este se refiere cuando describe las condiciones objetivas que debe tener el pago para que cumpla con su finalidad, que no es otra que extinguir la relación obligatoria. Esto es, el artículo 1166 del Código Civil se refiere al momento del pago³⁷.

Considerar que la dación en pago tiene naturaleza real, evita los problemas derivados de una imposibilidad sobrevenida. Si negáramos este carácter real, habría que analizar las diversas cuestiones que se plantean durante el tiempo que transcurre entre el perfeccionamiento y la ejecución de lo acordado. Tendríamos que preguntarnos si desde que se presta el consentimiento hasta que el deudor cumple con la prestación, este debe una o dos prestaciones. En función de la respuesta dada a esta pregunta, habría que resolver, de una u otra forma, el problema derivado de un posible incumplimiento de lo acordado, bien porque el deudor no quiera cumplir, bien porque el acreedor se niegue a recibir

³⁶ La STS de 19 de octubre de 2006 (F. J. 1.º y 3.º) se pronuncia en este sentido.

³⁷ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, T. XVI, vol. 1.º, EDERSA, Madrid, 1987, págs. 134-135.

lo acordado. ¿Sería una opción aplicar lo dispuesto por el artículo 1124 del Código Civil? ¿Se permitiría la consignación de la prestación acordada? Si el acuerdo entre deudor y acreedor no extingue la prestación primitiva, ¿cabría hablar de obligaciones alternativas y, por tanto, aplicar lo dispuesto por el artículo 1132 en materia de elección? Ya hemos justificado la respuesta negativa a esta pregunta anteriormente. Si, por el contrario, desde el momento que se presta el consentimiento, se extingue la posibilidad de que el acreedor reclame la antigua prestación, estaríamos hablando más bien de una novación que de una dación en pago, cuando en realidad no existe *animus novandi*; tan solo una causa *solvendi*.

Queda claro, y así lo pretende el acreedor, que la dación en pago solo liberará al deudor cuando se ejecute la correspondiente prestación. Por ello, cabe definirla más bien como acto. El intercambio de voluntades entre deudor y acreedor no nos remite al ámbito contractual, y, por ello, no cabe plantear si la dación en pago tiene naturaleza gratuita u onerosa, porque estas características no son aplicables al pago —y la dación lo es aunque sea en un sentido amplio del término—, sino al negocio jurídico sobre el que se constituye la dación. La dación en pago se basa en una causa *solvendi*. El deudor lleva a cabo un ofrecimiento voluntario de un nuevo objeto al acreedor con el fin de cumplir con la deuda pendiente. Es el acreedor quien prestará su asentimiento para aceptar el bien ofrecido en concepto de *datio in solutum*. De ahí que al deudor se le exijan los mismos requisitos de capacidad y legitimación que se pide a cualquier otro sujeto para cualquier otro acto dispositivo (art. 1162 CC).

El propio Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, prevé la posibilidad de acordar un arrendamiento con el acreedor sobre la vivienda habitual entregada en concepto de dación en pago. ¿Qué sucede, pues, con los pactos de retroventa? Estos pactos u otras figuras jurídicas que vinculan la dación en pago a una naturaleza contractual, carecerían de sentido.

VII. EFECTOS DE LA DACIÓN EN PAGO

Que el deudor transmita el dominio de un bien al acreedor en concepto de pago de una deuda impagada es un presupuesto necesario para que la dación en pago surta efectos. No se trata de ceder la mera posesión de unos bienes al *accipiens* para que este proceda a su enajenación, a fin de aplicar el precio obtenido al pago de las deudas pendientes. La *datio in solutum* transmite el dominio de un objeto, que sustituye la prestación debida en una relación obligatoria (*aliud pro alio*). No obstante, la traslación del dominio está presente cuando estamos ante una prestación de dar, pero no cuando el objeto de la dación en pago tiene una naturaleza diversa. Y es que no existe óbice alguno

para que la prestación que sustituye la inicialmente pactada con el acreedor sea de hacer o de no hacer³⁸.

La dación en pago deroga la aplicación de uno de los principios básicos a tener en cuenta en el cumplimiento de una obligación: el requisito de identidad de la prestación. Conforme a lo dispuesto por el aforismo *aliud pro alio invito creditori solvi non potest*, el acreedor no puede ser obligado a recibir algo distinto de lo originariamente pactado, pero sí puede aceptar el ofrecimiento del deudor a fin de extinguir la deuda ya vencida con una prestación distinta de la pactada. Y, aunque no se exige valorar expresamente el bien que se pretende entregar al acreedor en concepto de dación en pago para que esta surta efectos, es cierto también que lo habitual es que esta valoración se lleve a cabo en cuanto que el objeto que se pretende entregar al acreedor va a representar el importe de la deuda impagada. Si pensamos en la dación en pago en el ámbito de los préstamos hipotecarios, nos encontramos con que la entidad acreedora sí procede a tasar el inmueble que se pretende entregar en concepto de *datio in solutum*. No obstante, la entrega de la vivienda hipoteca en concepto de dación en pago no significa que se deba tener en cuenta el valor de tasación pactado en el crédito hipotecario; un valor que se vincula al proceso de ejecución hipotecaria. Se habla de otro valor de tasación que fije el valor real; el valor actualizado de mercado del activo inmobiliario a entregar en pago de la deuda pendiente. Por supuesto, esto no implica que el acreedor no pueda admitir la dación en pago de un bien con un valor inferior al importe de la deuda pendiente. Todo ello con independencia de sus implicaciones fiscales en cuanto que pueda existir una ganancia o una pérdida patrimonial al respecto.

Por otra parte, queda claro que la dación en pago afecta a las garantías vinculadas al crédito que se pretende extinguir en los términos que prevé el artículo 1849 del Código Civil para la fianza³⁹. Esto es, la dación en pago es causa de extinción del crédito pendiente de pago y de todas las garantías (ya sean personales o reales) que aquel conlleve.

³⁸ Cfr. Ley 495 F. N. Nav.

³⁹ La STS, de 30 de septiembre de 2010, aborda el tema de la extinción de la fianza ante una dación en pago. El Banco Español de Crédito interpone demanda contra los fiadores solidarios de una entidad mercantil, Ingeniería y Montajes Insular, S. A., deudora del Banco sin tener en cuenta que la empresa había promovido un juicio universal de quiebra voluntaria ante el Juzgado, que terminó con la proposición de un convenio que se aprobó en Junta de Acreedores. La entidad Banco Español de Crédito, S. A., votó a favor del referido convenio, mediante el cual se consideraban saldados y finiquitados todos los créditos mediante la dación en pago. Ante este hecho, los fiadores demandan al Banco Español de Crédito para que este declare salgado también el crédito que ostentaba frente a ellos, como fiadores. El TS considera que, «a la luz de lo previsto en los artículos 1847 y 1849 del Código Civil, si la obligación principal (...) se ha extinguido por dación en pago (...), también lo está la del fiador», ya que la dación en pago es una forma de extinción de las obligaciones, y «supone pago del crédito con exoneración de responsabilidades accesorias, aunque sean solidarias, de los fiadores».

Hay que valorar también la dación en pago como instrumento de fraude dentro de un marco concursal. Al respecto debemos analizar lo dispuesto por el artículo 71 de la Ley Concursal⁴⁰ de 9 de julio de 2003, según el cual, «*Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta*». Con estos términos observamos cómo el legislador aborda con cierto recelo la extinción de ciertas obligaciones durante los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso. En este caso se halla la dación en pago en favor de una entidad crediticia acreedora, que además es también titular de un derecho real de garantía como es la hipoteca.

En cuanto a las acciones de reintegración con respecto a aquellos actos de naturaleza concursal, la Ley Concursal prescinde de si ha existido o no intención fraudulenta para rescindir un acto preconcursal⁴¹. Tan solo tiene en cuenta la voluntad de provocar un fraude cuando el concurso se declara culpable, por entenderse judicialmente que existe una situación fraudulenta, de mala fe del acreedor, en cuyo caso su crédito pasa a ser subordinado. Esto se traduce en la siguiente idea: basta con que el acto sea perjudicial para la masa activa y que se haya realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración concursal, para permitir el ejercicio de la acción de reintegración. Pero, ¿cómo definimos los actos perjudiciales? Son actos que lesionan, que producen un menoscabo patrimonial; aunque, tal y como afirma GARCÍA-CRUCES, este menoscabo debe referirse a algo o a alguien⁴².

A la luz de lo dispuesto por la Ley Concursal, texto que además ofrece un elenco de presunciones de perjuicio que facilitan la labor en cuanto a la posible impugnación de actos del ahora concursado, cabría afirmar que el perjuicio no debe ser el causante de la insolvencia del concursado. Por tanto, hay actos perjudiciales, no determinantes de la insolvencia, que pueden ser atacados. Asimismo, el perjuicio ha de ir referido a la masa activa, entendida esta como el sumatorio de bienes y derechos que, de acuerdo con las disposiciones de la Ley Concursal, va a quedar afecta al cumplimiento del convenio o constituirá el objeto de liquidación concursal (art. 76 LC)⁴³.

Por otra parte, junto a la interpretación literal, se puede recurrir a una interpretación sistemática para afirmar lo siguiente: dado que el sistema de

⁴⁰ A partir de este momento L. C.

⁴¹ Cabe señalar que, aunque la Entidad Financiera acepta la dación en pago para evitar verse inmersa en un posible proceso concursal, ello no es razón suficiente para presumir que aquella actúa con ánimo fraudulento, pese a que la Ley Concursal se refiere a los actos cercanos en el tiempo a la declaración de concurso de acreedores.

⁴² Vid. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. «Dación en pago y reintegración concursal», en *La Ley*, núm. 7492, 20 de octubre de 2010, ref. D-319, pág. 1415.

⁴³ *Ob. últ. cit.*, pág. 1415.

reintegración persigue mejorar la tutela de los acreedores concursales, esta solo tendrá sentido si se les tiene en cuenta. Por tanto, el acto será perjudicial cuando les afecte directamente porque suponga una ruptura del principio *par conditio creditorum*⁴⁴.

Cabría hablar de actos perjudiciales cuando afectan al funcionamiento de una empresa si provocan, por ejemplo, la desintegración de esta última. Aquí habría que tener en cuenta, a los efectos de evitar la rescisión, si el objeto de la dación puede recaer sobre bienes *afectos* a la actividad profesional o empresarial del deudor, considerados estos como aquellos que no tienen un mero carácter estático dentro del patrimonio empresarial, sino un valor dinámico que coadyuvan a que la empresa continúe realizando su labor. En este sentido, si la dación en pago recae sobre bienes *afectos*, y por ello dificulta la continuidad de la empresa o de la actividad profesional del deudor, debería ser rescindible pues multiplica los efectos negativos sobre la masa activa del deudor.

El perjuicio para la masa activa existe cuando se produce una reducción del activo, aunque esta venga acompañada de una minoración del pasivo, si el acto genera una disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, como consecuencia de la reducción del patrimonio del deudor.

El artículo 71.2 LC permite también la impugnación de pagos o actos de extinción de obligaciones, cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración de concurso. Razón: el acreedor que se beneficia de tales pagos, obtiene el importe íntegro del crédito en un momento anterior a su vencimiento. De este modo no se ve afectado por una declaración concursal que sí sujeta al resto de los acreedores. Por tanto, cabría impugnar estos pagos. Sin embargo, si el deudor y el acreedor recurren a la dación en pago para extinguir un crédito vencido y exigible, cabría negar la posibilidad de rescindir este pago. El artículo 71 LC no se manifiesta al respecto. Por consiguiente, no parece exigir ningún requisito especial al acreedor beneficiario de la dación en pago. No se vislumbra limitación alguna, aunque el artículo 71.3.1.º LC dispone una presunción de perjuicio cuando el acto que quiere impugnarse vino a realizarse «a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado». Esto es, si la *datio* actuó en favor de un acreedor perteneciente a tal categoría, la Ley Concursal presume *iuris tantum* el carácter perjudicial para la masa activa de ese subrogado de pago, lo que facilitaría su rescisión⁴⁵. Significa, pues, que la dación no será rescindible si el beneficiario de tal subrogado del pago prueba el carácter no perjudicial para la masa activa del acto impugnado. Fuera de este supuesto, la dación en pago no sería rescindible. Sin embargo, que la dación en pago realizada dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso no se puede rescindir, conduce a afirmar que la *datio* no supone un menoscabo

⁴⁴ *Ob. últ. cit.*, pág. 1415.

⁴⁵ *Ob. últ. cit.*, pág. 1183.

en la masa activa en el concurso. Y así es. No supone un perjuicio en cuanto que extingue un crédito ya vencido; siempre y cuando el valor de tasación del bien entregado en concepto de dación en pago coincida con el montante total de la deuda pendiente de pago o resulte inferior al mismo. Por supuesto, cabe hablar de perjuicio cuando el valor de tasación del bien es superior a la cuantía del crédito vencido, en cuyo caso cabría la rescisión de la dación en pago.

El valor de tasación a tener en cuenta será el establecido en el momento de la dación en pago, aunque al declararse el concurso de acreedores el bien se haya revalorizado o depreciado. Pensemos en los activos inmobiliarios: el beneficio por un incremento de su valor o el perjuicio derivado de una disminución del mismo, recaerá, en cualquier caso, sobre el acreedor que ha recibido el bien.

Junto a la repercusión en materia concursal de la dación en pago, debemos analizar también esta figura desde una perspectiva fiscal. Aunque la *datio in solutum* se nos muestra como una nueva oportunidad para el deudor, hay que tener presentes los gastos que esta conlleva. La traslación del dominio de un bien al acreedor en pago de una deuda pendiente es una transacción económica, y en cuanto tal, hay que determinar a qué tributos queda sujeta.

El deudor debe tener presente la tributación en el impuesto de la renta en función de si la dación en pago conlleva una pérdida o un incremento patrimonial. La razón la encontramos en la respuesta a la siguiente pregunta: ¿existe una plusvalía que se pueda gravar por la diferencia entre el precio de adquisición del inmueble y la deuda viva en el momento de llevar a cabo la dación en pago? Puede existir. No hay que olvidar que, en muchas ocasiones, la deuda se ve incrementada por los elevados intereses de demora.

Por otra parte, conforme a la legislación sobre IRPF, el deudor ha podido disfrutar de su correspondiente desgravación fiscal por la adquisición de vivienda habitual, inmueble que pretende entregar ahora en concepto de dación en pago con el fin de extinguir el préstamo hipotecario. Pero esta desgravación se consolida si el deudor reside en la vivienda un período mínimo de tres años. No siendo así, el inmueble dejaría de ser considerado residencia habitual, aspecto que obligaría al deudor a restituir todas las cantidades desgravadas hasta ese momento⁴⁶.

Desde la perspectiva de la entidad acreedora debemos tener en cuenta cómo se incorpora el activo inmobiliario a sus balances. Si el importe pendiente de la deuda es inferior al valor de tasación, el bien se entiende transmitido por el importe de la deuda, y así lo contabiliza la entidad en su balance. Pero si el valor de tasación es inferior a la deuda pendiente, el bien, deberá ingresar en el

⁴⁶ Vid. artículo 68 LIRPF: «Se entenderá por vivienda habitual aquella en la que el contribuyente resida durante un plazo continuado de tres años. No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo aquel carácter cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurren circunstancias que necesariamente exijan el cambio de vivienda, tales como separación matrimonial, traslado laboral, obtención de primer empleo o de empleo más ventajoso u otras análogas».

patrimonio del acreedor por su valor de tasación y la diferencia hasta el importe pendiente de la deuda se considera pérdida. En este caso, cabría entender que se produce una condonación de la deuda, anterior o simultánea a la entrega.

VIII. LA DACIÓN EN PAGO Y EL PACTO COMISORIO

Si la dación en pago se muestra como medio para solventar las consecuencias derivadas del incremento de los impagos producidos en el marco de los préstamos hipotecarios, la cuestión a tener en cuenta sería la siguiente: ¿la *datio in solutum* afecta a la prohibición del pacto comisorio prevista en los artículos 1859 y 1884 del Código Civil? Según el artículo 1859 del Código Civil, «*El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas*». Hablamos de una prohibición que ya, desde las Partidas (5, 13, 12), se incluye en nuestro Derecho. Por consiguiente, se impide al acreedor apropiarse del bien dado en garantía ante el impago de la deuda. En este sentido se ha discutido sobre la naturaleza jurídica de la propia hipoteca al cuestionarse si esta recae sobre la cosa o sobre su valor. Aunque lo que queda claro es que la hipoteca es un derecho real, cuya inherencia sobre el bien no se manifiesta disfrutando del mismo, sino a través de una facultad de conservación de su valor y de enajenación del bien para realizar su valor y satisfacer así el crédito pendiente.

La prohibición prevista en el artículo 1859 del Código Civil impide un pacto comisorio en los préstamos hipotecarios. Ahora bien, es cierto también que para eludir la prohibición del pacto comisorio se recurre al pacto en garantía o pacto de retroventa, mediante el cual el deudor vende la vivienda a la Entidad acreedora por el valor de la deuda pendiente. En tal caso, habría que valorar la nulidad del citado acuerdo si lo que esconde, bajo esa terminología, es un pacto comisorio encubierto.

Que la dación en pago no viola la prohibición de pacto comisorio se fundamenta en distintas razones. La primera de ellas a tener en cuenta se basa en el criterio temporal. Mientras el pacto comisorio se acuerda siempre antes de que se produzca el vencimiento de la obligación, la dación en pago es una figura a la que se recurre ante el incumplimiento de la prestación debida por el deudor.

Desde una perspectiva funcional, la dación en pago se basa en una causa *solvendi*. Es un medio que sirve para reparar un incumplimiento. En consecuencia, cumple una función solutoria. Sin embargo, el pacto comisorio actúa como una garantía ante un posible impago por parte del *solvens*. Es decir, de la dación en pago no se deduce la transmisión de la propiedad de unos bienes con fines de garantía. No garantiza nada y, por tanto, no se incluye en la órbita del pacto comisorio. Queda claro que la transmisión de la propiedad del bien entregado actúa como pago de una deuda pendiente. Por el contrario, lo que

se pretende con el pacto comisorio es asegurar el cobro del crédito y crear una apariencia frente a terceros.

Finalmente, la naturaleza contractual que se atribuye al pacto comisorio no se predica de la dación en pago. Si tenemos en cuenta que la *datio in solutum* se reconoce en el carácter dispositivo del artículo 1166 del Código Civil, la dación en pago no puede definirse como un pacto entre acreedor y deudor, sino más bien como un ofrecimiento de pago por parte del deudor, que el acreedor acepta; que debe aceptar para cumplir la función solutoria que se atribuye a toda *datio pro soluto*, en cuanto que se produce un cambio en la identidad de la prestación.

No obstante, que la dación en pago no viole la prohibición de pacto comisorio, no significa que las consecuencias de su aplicación sean, a veces, las que trata de prohibir el pacto comisorio. Me refiero a aquellos casos en los que el valor del bien entregado en concepto de dación en pago al acreedor es superior al montante de la deuda pendiente de pago. La dación en pago es válida en estos términos. Razón: confluyen las voluntades del deudor y del acreedor en este sentido. No obstante, sería oportuno tener en cuenta ese hecho para procurar una cierta equivalencia entre la cuantía de la deuda que se pretende extinguir y el valor del bien que se subroga en el pago. Ahora bien, es cierto que cuando se pretende extinguir un préstamo hipotecario, mediante la dación en pago del inmueble sobre el que recae el derecho real de garantía, hay que preguntarse: ¿qué valor hay que atribuir al inmueble? ¿El valor de tasación acordado para el proceso de ejecución hipotecaria? ¿El valor de tasación actualizado? No hay que olvidar que otros acreedores se pueden ver perjudicados en función del valor que se otorgue al bien entregado en concepto de dación en pago.

Considero que no se debe aplicar el valor de tasación pactado para el supuesto específico de ejecución hipotecaria, puesto que es este su estricto ámbito de aplicación. La tasación de mercado del bien que se pretende entregar al acreedor con el fin de extinguir la deuda pendiente de pago, aparece como la solución más idónea. Ello, pese a que, en un contexto de crisis inmobiliaria como el actual, la tasación actualizada del bien implica otorgar un valor inferior al inicialmente acordado por el deudor y acreedor para el proceso de ejecución hipotecaria. El acreedor, que en este caso sería una Entidad de Crédito, tendría que valorar si acepta, o no, este ofrecimiento con los datos que le ofrece la tasación, a la luz del montante de la deuda pendiente y de la situación de sus balances. Pero lo que descubre la tasación es la proporcionalidad entre el valor del bien que se ofrece y la cuantía de la deuda pendiente de pago. Significa que sea cual sea el resultado de la tasación, el acreedor puede aceptar la dación en pago, aunque la deuda pendiente de pago sea mayor que el valor del bien ofrecido por el deudor⁴⁷.

⁴⁷ Ya se deduce esta idea de la STS de 1 de octubre de 2009. La dación en pago no exige que las prestaciones estén identificadas y valoradas.

Si queremos buscar una proporcionalidad en las prestaciones y evitar un posible enriquecimiento injusto a través de la dación en pago, habría que recurrir al pacto marciano. Mediante este pacto sí se debe determinar de modo objetivo el valor del bien que se atribuye al acreedor. Se atiende a la equivalencia de prestaciones. De este modo, una vez determinado el valor del bien, el deudor tendrá derecho a percibir la diferencia entre ese valor y el importe de la deuda, cuando aquel sea superior a la cuantía de esta última. Aunque también es cierto que no se extinguirá la deuda en su totalidad en el caso de que el valor de tasación del bien sea inferior al montante de la deuda pendiente de pago.

IX. ESPECIAL REFERENCIA A LA REPERCUSIÓN ECONÓMICA DE LA DACIÓN EN PAGO DE ACTIVOS INMOBILIARIOS

La dación en pago no solo tiene una vertiente civil, hipotecaria y fiscal. También hay que observarla desde una perspectiva financiera. Al fin y al cabo estamos ante una realidad poliédrica. Por consiguiente, merece ser analizada desde distintos puntos de vista para valorar su oportunidad como solución al incremento de impagos en los préstamos hipotecarios.

Es un hecho que la acumulación de activos inmobiliarios en los balances de nuestras Entidades Financieras, aparece como uno de los problemas que han incidido en la falta de liquidez de estas últimas⁴⁸. ¿Cómo se ha producido este proceso de acumulación de activos inmobiliarios? Los créditos destinados al sector inmobiliario han ocupado un porcentaje muy alto de los créditos concedidos (aproximadamente un tercio) por las Entidades Financieras, y el impago de los mismos es lo que ha provocado finalmente esta situación. Los procesos de ejecución hipotecaria finalizados con la adjudicación en pago es uno de los modos más comunes de traslación del dominio de estos bienes inmuebles

⁴⁸ Se pretende fortalecer el procedimiento de intervención y disciplina de nuestras Entidades Financieras a través de la aprobación del Real Decreto-ley 9/2009, que da lugar a la creación del FROB (Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria). Posteriormente se reforman las Cajas de Ahorro mediante la aprobación del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio. Su fin: una mayor profesionalización. El Real Decreto-ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sector financiero, incrementa los requerimientos de capital mínimo, tanto en calidad como en cantidad, para reforzar la solvencia de las entidades crediticias. El Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, abunda en la reforma y busca un saneamiento de los balances, requiriendo nuevas provisiones y capital adicionales. Con ello se pretende que las cuentas estén saneadas en el año 2013. Este mismo Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, incrementa la dotación del FROB de 6.000 millones de euros con cargo a los presupuestos Generales del Estado. Se amplía su capacidad a 15.000 millones. Una vez aportadas esta cantidad por el Tesoro, procede a la emisión de deuda. Asimismo, modifica el Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se creó el Fondo de Garantía de Depósitos. Sobre el tema, ver CALVO VÉRGEZ, J., *A vueltas con el saneamiento del sector financiero: novedades del Real Decreto-Ley 2/2012, de 3 de febrero*, pág. 15.

a las Entidades acreedoras. En otros casos, se ha llegado a idéntica situación mediante la dación en pago.

El aumento de unos activos de carácter inmobiliario ha obligado a las Entidades Financieras a crear sociedades específicas dedicadas a la gestión y venta de los bienes inmuebles atribuidos tras una subasta desierta o mediante dación en pago. Necesitan desprenderse cuanto antes de unos activos en un claro proceso de depreciación.

Las Entidades Financieras se ven abocadas también a proceder a la venta de los inmuebles porque recae sobre ellas la obligación de realizar las correspondientes provisiones dinerarias de riesgo, provisiones con las que se trata de paliar la diferencia de valor de los activos inmobiliarios entre dos momentos: el de la concesión del préstamo hipotecario y el de la atribución del bien a la Entidad Financiera. Se tiene presente que el valor de mercado de los bienes inmuebles, de los que ahora son propietarias las Entidades Financieras, es inferior al que tenían cuando se concedió el préstamo al deudor con una garantía hipotecaria sobre los mismos. Las cantidades que tienen que provisionar estas Entidades de Crédito reflejan la disminución de valor de los activos inmobiliarios en el mercado.

Las provisiones de riesgos a realizar por las Entidades Financieras a causa de la acumulación de activos inmobiliarios se han visto incrementadas en los últimos años. El Banco de España exigía a los Bancos y Cajas una provisión del 10 por 100 del valor de tasación de los activos inmobiliarios que permanecieran en su balance más de un año. Pero a partir de 2009 se impone un aumento en la provisión, que llega hasta el 20 por 100. La entrada en vigor de la Circular 3/2010, de 29 de junio, del Banco de España, dirigida a entidades de crédito, que modifica la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros, nuevamente eleva la provisión a realizar hasta un 30 por 100 para los activos que permanecen en el balance de la Entidad más de veinticuatro meses, aunque mantiene el 20 por 100 para aquellos que sobrepasan los doce meses (apartado 35).

Con el Real Decreto-Ley de 3 de febrero de 2012, de saneamiento del sector financiero, el Ministerio acentúa el ascenso de las provisiones de riesgo a realizar por las Entidades Financieras. Su Exposición de Motivos justifica esta medida con los siguientes términos: «la crisis financiera internacional, los problemas de confianza en el sector financiero y de restricción de crédito persisten. A pesar de las distintas medidas que se han llevado a cabo tanto por parte de los Estados a nivel individual como de forma coordinada en el ámbito internacional, los continuados problemas de liquidez y financiación junto con el fuerte deterioro de los activos de las entidades de crédito han incrementado las dificultades de acceso a la financiación con severos efectos sobre la economía real. Los Bancos y Cajas no canalizan el crédito hacia la economía real, lo que supondría un apoyo para las familias, y las pequeñas y medianas empresas. Por

ello se incorporan medidas dedicadas a requerir nuevas provisiones orientadas a la cobertura del deterioro en los balances bancarios ocasionado por los activos vinculados a la actividad inmobiliaria». Con base en estos fundamentos, las provisiones exigidas alcanzan hasta el 40 por 100 en activos inmobiliarios con una antigüedad en el balance superior a 36 meses. De ello se deduce que cuanto más débil es el Banco, más interesado estará en desprenderse de unos activos que lastran sus cuentas de resultados.

Se incrementan las provisiones dinerarias para proteger a las Entidades Financieras de aquellos préstamos con riesgo de impago. Pero el citado Real Decreto-Ley de 3 de febrero de 2012 obliga también a estas Entidades a dotarse de una provisión genérica del 7 por 100 para el resto del crédito promotor, que hasta ahora estaba sin cobertura. La finalidad: conseguir que la valoración contable de los activos vaya ajustándose al valor real, facilitando su salida al mercado inmobiliario y reduciendo la presión por el incremento de la mora⁴⁹.

Los tibios efectos del Real Decreto-ley, de 3 de febrero de 2012, de saneamiento del sector financiero, empujan al Ministerio de Economía a adoptar el Real Decreto-ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero. Se trata de una norma jurídica que incorpora dos aspectos básicos: la creación de una sociedad donde incluir los activos inmobiliarios depreciados, antes de fin de año y el aumento de las provisiones de fondo dinerario de riesgo.

En cuanto a la sociedad, el artículo 3 del Real Decreto-ley 18/2012, de 11 de mayo, señala lo siguiente: «1. Los activos adjudicados o recibidos en pago de deudas a que se refiere el artículo 1.1 del Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, deberán ser aportados por las entidades de crédito a una sociedad anónima en los términos establecidos en el presente capítulo. Igualmente habrán de aportarse aquellos otros activos adjudicados o recibidos en pago de deudas con posterioridad al 31 de diciembre de 2011». Para valorar los bienes, el artículo 4.2 del citado Real Decreto-ley señala que: «Las aportaciones a la sociedad se valorarán por su valor razonable. En ausencia de valor razonable o cuando exista dificultad para obtenerlo, se valorarán por su valor en libros, que se determinará tomando en consideración las provisiones que los activos deban tener constituidas en aplicación del artículo 1.1 del Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, y del artículo 1.1 del presente Real Decreto-ley»⁵⁰.

Respecto al aumento de las provisiones dinerarias de riesgo, indicar que el Preámbulo del Real Decreto-ley 18/2012, de 11 de mayo, declara lo siguiente: «Estos nuevos requerimientos se establecen, de modo análogo a lo anterior, por una sola vez, de manera diferenciada en función de las diversas clases de

⁴⁹ Vid. CALVO VÉRGEZ, C., *ob. cit.*, pág. 21.

⁵⁰ Los Bancos no tienen que adoptar rebajas adicionales a las que imponía la primera reforma financiera, la prevista en el Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero.

financiaciones». Aunque «en coherencia con lo dispuesto en el Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, se ha establecido un mecanismo de flexibilización del plazo de cumplimiento de los nuevos requerimientos de provisiones para aquellas entidades que vayan a acometer procesos de integración, que dispondrán de un plazo de doce meses a partir de la autorización del respectivo proceso». De acuerdo con lo expresado anteriormente el artículo 1.1 del Real Decreto-ley 18/2012, se remite a un Anexo para fijar los nuevos baremos atendiendo al tipo de financiación de la construcción o promoción inmobiliaria, en los siguientes términos: «*Sobre el saldo vivo a 31 de diciembre de 2011 de las financiaciones relacionadas con el suelo para promoción inmobiliaria y con las construcciones o promociones inmobiliarias, correspondientes a la actividad en España de las entidades de crédito y grupos consolidables de entidades de crédito, a las que se refiere el artículo 1.2 del Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, se constituirán, por una sola vez, las coberturas que se indican en el anexo del presente Real Decreto-ley con carácter adicional a las establecidas en aquella norma...*».

Tipo de financiación de construcción o promoción inmobiliaria		Porcentaje de cobertura
Con garantía hipotecaria	Suelo	45%
	Promoción en curso	22%
	Promoción terminada	7%
Sin garantía real		45%

El Real Decreto-ley 18/2012, de 11 de mayo, obliga a provisionar por créditos morosos, por créditos sanos y por créditos subestándar, que son aquellos que se encuentran en riesgo de impago. Se pretende combatir la morosidad oculta y sobre todo vencer la desconfianza instalada en los mercados. Las provisiones se dirigen a todos los créditos vinculados a la adquisición de inmuebles. Ello, junto a las provisiones a realizar por la presencia de activos inmobiliarios en los balances de las Entidades Financieras, tiene como fin sanear estos últimos. Mediante este saneamiento se protege nuestro sistema financiero y se incita a estas Entidades a desprenderse de unos valores inmobiliarios depreciados, a fin de mejorar su cuenta de resultados y que, como consecuencia de ello, se potencie la circulación del dinero.

X. CONCLUSIONES

A la luz de lo expuesto anteriormente cabría deducir una serie de conclusiones que dan respuesta a la pregunta que al comienzo de la exposición hacía: ¿es la dación en pago el instrumento jurídico adecuado para resolver la problemática derivada del incremento de impagos producidos en el ámbito de los préstamos hipotecarios?

Tras el breve análisis realizado sobre la situación de nuestras Entidades Financieras, considero que la dación en pago de activos inmobiliarios, con el fin de extinguir préstamos hipotecarios, aporta ventajas, pero también muchos inconvenientes. Resulta beneficioso para la citada Entidad adquirir el inmueble porque, a partir de este momento deja de provisionar, por ejemplo, por tener un crédito moroso; es decir, no tiene que destinar unos recursos para cubrir el riesgo de insolvencia de sus deudores, y, por tanto, baja su *ratio* de morosidad. Ahora bien, el problema de la *datio in solutum* de los activos inmobiliarios se encuentra precisamente en su clara depreciación en el mercado. Es este hecho el que obliga a las Entidades Financieras a realizar provisiones dinerarias de riesgo en los términos establecidos por las últimas reformas financieras. Con ello se pretende compensar el descenso de valor de estos bienes inmuebles adjudicados o entregados en concepto de dación en pago; bienes que, en su momento, actuaban como garantía ante un posible impago del préstamo hipotecario por parte del deudor.

Compeler a las Entidades Financieras a realizar provisiones de fondo por tener en sus balances unos activos inmobiliarios depreciados, plantea cuestiones como su recapitalización con dinero público o, incluso, su desaparición. En consecuencia, el análisis económico de la dación en pago permite valorar los costes sociales que su aplicación generalizada puede conllevar; y cuando digo sociales, me refiero al deudor en particular y a la sociedad en general, en cuanto que, de un modo indirecto, se estaría socializando las deudas.

Por supuesto, en el panorama descrito, no hay que olvidar la figura del deudor; aquel *solvens* que se ve afectado por una grave crisis económica que le impide cumplir con la prestación debida. En esta situación, la dación en pago le ofrece una clara ventaja. Actúa como modo de extinción total de las deudas pendientes con las entidades financieras y orilla la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal previsto en el artículo 1991 del Código Civil. Sin embargo, se olvida que, a veces, aquella *datio* lleva aparejada unos costes fiscales. Como atribución patrimonial que es, no hay que dejar de valorar estos gastos.

Asimismo, el concepto de deudor no se identifica siempre con el de consumidor final, en cuanto sujeto que adquiere un inmueble para dedicarlo a residencia habitual. Dentro del conjunto de préstamos hipotecarios, los promotores inmobiliarios ocupan también esta posición y precisamente son ellos sobre quienes recae un mayor índice de morosidad.

Por otra parte, y desde una perspectiva jurídica, no cabe la aplicación obligada de una figura jurídica que se define, en principio, por su carácter voluntario. Cambiar su naturaleza jurídica y revestirla de un carácter imperativo con efecto retroactivo violaría el principio de seguridad jurídica. Incluso hablar de dación en pago necesaria en los términos utilizados por la Ley 493, párrafo 2.º, del Derecho navarro, nos aleja del concepto de *datio in solutum* y nos acerca a la llamada adjudicación en pago. Razón: con la denominada dación en pago necesaria se pretende que, bajo control judicial, pueda operar la medida prevista por el legislador navarro; que una resolución judicial obligue a la Entidad Financiera a aceptar el inmueble que actúa como garantía de cumplimiento del préstamo hipotecario. Fuera del ámbito propio del Derecho navarro, la aplicación de esta figura exigiría la reforma del artículo 105 LH, según el cual la hipoteca «*podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil*».

Por consiguiente, en mi opinión, la dación en pago no parece ser la solución más oportuna para solventar la problemática derivada del aumento de los impagos en los préstamos hipotecarios. Todo ello con independencia de que resulte ser la más idónea para aquellos casos particulares en los que el deudor esté dispuesto a ofrecer y el acreedor a aceptar la entrega del inmueble como subrogado del pago de un préstamo hipotecario. Antes de recurrir a esta figura, resultaría más acertado establecer unas reglas a aplicar cuando un deudor, que es de buena fe, se encuentra ante una clara situación de insolvencia⁵¹. Establecer una hoja de ruta que permita al *solvens* cumplir con la prestación exigida. Aunque es cierto también que la regulación de estos aspectos plantea otro tipo de cuestiones ligadas a la determinación de los requisitos que debe cumplir el deudor y el acreedor para acogerse a tales medidas.

Se reclama una reforma de la Ley Concursal, a fin de tener en cuenta las peculiaridades de la persona física. En el concurso de la persona física no hay *fresh start*, como sí existe en el concurso de una sociedad. Se admite la extinción de esta última con las consecuencias que ello conlleva. Sin embargo, el concurso no libera a la persona física del pago de las deudas, salvo que se acuerde en el convenio concursal con los acreedores, y así se cumpla. No obstante, si bien es cierto esto último, no debemos dejar de apuntar, como elemento a valorar, los elevados costes de la gestión del concurso a la luz de la masa que se debe gestionar.

No creo que las extralimitaciones financieras por parte de las entidades financieras desvirtúen la figura de la hipoteca que tanto ha favorecido nuestro

⁵¹ En la línea mostrada por el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, cuyo ámbito de aplicación es muy limitado.

desarrollo social y económico. Por ello, tampoco soy partidaria de aplicar lo dispuesto por el artículo 140 LH con carácter obligado. Pese a la escasa aplicación de este precepto debido a su carácter voluntario, pienso que una reforma del artículo 140 LH no debería eliminar esta naturaleza. Si lo dispuesto por este precepto se modificara a fin de dejar al margen la aplicación del artículo 1911 del Código Civil en el ámbito de los préstamos hipotecarios, probablemente se producirían las siguientes consecuencias: *a)* una restricción en la circulación del dinero a través del crédito; *b)* las condiciones que asumiría el consumidor para acceder a un préstamo hipotecario serían muy severas; y *c)* se vería afectada la fuente de financiación de las Entidades Financieras en el Mercado Hipotecario al disminuir las garantías. Por supuesto, lo manifestado no es óbice para reclamar incentivos fiscales que fomenten el pacto entre el acreedor y el deudor, pero este es otro tema a tratar.

En definitiva, con independencia de que las entidades acreedoras y los deudores recurran a la dación en pago para extinguir las obligaciones derivadas de un préstamo hipotecario, considero más apropiada la opción de la reestructuración de la deuda, e incluso, en casos extremos, la aplicación de una quita parcial de la misma. Por supuesto, esto debe ir unido a un mayor control del riesgo en cuanto a la concesión de préstamos hipotecarios por parte de las Entidades Financieras; un control a realizar no solo por la propia entidad, sino también por los organismos del Banco de España legitimados para ello. Asimismo, hay que elevar el nivel de cultura financiera del consumidor. No se trata tan solo de informar sino también de que el deudor conozca los términos de la información recibida. Este hecho, que se ha de deducir de la propia educación financiera de la sociedad, serviría para que el consumidor, que accediera a un préstamo hipotecario, lo hiciera con unos ahorros y unos ingresos que le permitieran hacer frente a sus obligaciones. Ello nos llevaría a hablar de un crédito responsable.

BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN GARCÍA: «La dación en pago», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009.
- BELINCHÓN ROMO, R.: «El contrato de compraventa y la dación en pago», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2010, núm. 1.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, T. XVI, vol. 1.º, EDERSA, Madrid, 1987.
- CALVO VÉRGEZ, J.: *A vueltas con el saneamiento del sector financiero: novedades del Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero*, 2012.
- CHICO ORTIZ, J.: «Aspectos financieros del Derecho real de hipoteca. Las garantías jurídicas del mantenimiento del valor económico del inmueble hipotecado. La mo-

- vilización de los créditos hipotecarios», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al V Congreso Internacional de Derecho Registral*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1983.
- DÍAZ FRAILE, J. M.: «Soluciones de Derecho Privado a la crisis financiero-inmobiliaria. Revisión del mercado secundario», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, 30 de marzo y 1 de abril de 2009.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. II, Civitas, Madrid, 1993.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A.: «La dación en pago en el párrafo 2.º de la Ley 493 del Fuero Nuevo de Navarra», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, enero-junio de 2012, núm. 28.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.: «Naturaleza jurídica de la dación en pago», en *ADC*, 1957.
- FÍNEZ-RATÓN, J. M.: «La dación en pago», en *ADC*, 1995.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: «Dación en pago y reintegración concursal», en *La Ley*, núm. 7492, 20 de octubre de 2010, ref. D-319.
- GARNICA GARNICA, M.ª C.: «Régimen jurídico y garantías de los instrumentos del mercado hipotecario español», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 1997, núm. 24 (diciembre).
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: «Principios generales de la reforma del mercado hipotecario por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre», en *La reforma del mercado hipotecario*, Edisofer, Madrid, 2009.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «Sobre la limitación de la responsabilidad del hipotecante deudor a la finca hipotecada. A vueltas con el Auto 111/2010 de la Audiencia Provincial de Navarra», en *RCDI*, 2011, núm. 725.
- JIMÉNEZ PARÍS, M. T.: «Adjudicación en pago y reclamación de la diferencia entre el crédito por el que se ejecutó y el valor de la adjudicación. Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010», en *RCDI*, 2011, núm. 727.
- MADRID PARRA, A.: «El mercado hipotecario y títulos hipotecarios», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1987.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Consideraciones sobre la dación en pago», en *RCDI*, 1987.
- MARTÍN BRICEÑO, M. R.: «Vicisitudes económicas y jurídicas de la dación en pago de activos inmobiliarios como modo de extinción de las deudas pendientes con las entidades financieras», en *RCDI*, 2011, núm. 726.
- ORTÍ VALLEJO, A.: *Garantía de los títulos del mercado hipotecario*, Civitas, Madrid, 1993.
- PAZ-ARES, C.: «La reinversión de dividendos», en *RD*, octubre-noviembre de 1992.
- RODRÍGUEZ RAMOS, A. M.: «Un nuevo ejemplo de dación en pago: el artículo 99 del Código civil», en *AC*, núm. 8, 21-27 de febrero de 2000.
- SASTRE PAPIOL, S.: *La dación en pago*, Barcelona, Bosch, 1990.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, M.: «Acotaciones a una doctrina reciente en materia de pago y aplicación del dividendo», en *RGD*, mayo de 1993.

RESUMEN

DACIÓN EN PAGO

La subida de los índices de referencia del mercado hipotecario repercutió negativamente sobre los deudores con préstamos hipotecarios a tipo de interés variable. Su pago supuso un mayor esfuerzo económico para el deudor. No obstante, aunque actualmente los tipos de interés han disminuido, la elevada tasa de desempleo se ha revelado como una de las principales causas del incremento de los impagos. Ante esta situación, la *datio in solutum* se ha planteado como instrumento jurídico al que recurrir para paliar los efectos derivados de un proceso de ejecución hipotecaria; proceso que, por sí solo, no extingue la totalidad de la deuda pendiente. En un marco de grave recesión económica, en el que el valor de los bienes inmuebles hipotecados se ha depreciado, el número de subastas se ha incrementado, y, dentro de estas, aquellas que calificamos como desiertas, se reclama la dación en pago como herramienta que permite orillar la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil. El propio Real Decreto-ley 9/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, la tiene presente. Ahora bien, a fin de valorar la idoneidad de esta medida, hay que proceder a su análisis desde distintas perspectivas, debido a la naturaleza poliédrica que tiene la dación en pago. Conviene examinarla no solo desde una perspectiva jurídica, sino también desde una vertiente económica y social. Su estudio desde un punto de vista financiero, junto con el análisis civil, fiscal e hipotecario, determinará su procedencia como respuesta a los impagos de los préstamos hipotecarios.

ABSTRACT

SURRENDER IN LIEU OF PAYMENT

The hike in the mortgage market's benchmark rates hit borrowers holding loans at variable interest rates hard. Meeting mortgage payments began to take more of an economic effort. Nevertheless, although interest rates have now come down, the high rate of employment has revealed itself as one of the main causes for the increase in defaults. This being the situation, *datio in solutum* has been proposed as a legal instrument to palliate the effects of foreclosure without in itself terminating the entire outstanding debt. In a setting of serious economic recession, where the value of mortgaged property has become depreciated, the number of foreclosure auctions has risen; and when no successful bidder is forthcoming, more and more frequently borrowers are asking to be allowed to surrender the property in lieu of payment as a means of skirting the application of the rule of unlimited personal liability under article 1911 of the Civil Code. Royal Decree-Law 9/2012 of 9 March on urgent measures for the protection of indigent mortgage loan holders itself takes such a possibility into account. Nevertheless, the measure must be looked at carefully from several perspectives before it is judged the best solution, due to the polyhedral nature of surrender in lieu of payment. It ought to be examined not only from the legal perspective, but also from an economic and social standpoint. Study from a financial point of view, combined with civil, fiscal and mortgage-based analysis, will determine whether surrender in lieu of payment is a good response to mortgage loan defaults.

Sobre la adjudicación del inmueble hipotecado en pago de la totalidad de la deuda (y II)*

por

JESÚS ALBERTO MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

1. LA MODIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN SOBRE RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR HIPOTECARIO EN EL ACTUAL CONTEXTO DE CRISIS.
 2. DACIÓN EN PAGO Y TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS.
 3. LA CONSIDERACIÓN DE LA ADJUDICACIÓN DEL BIEN COMO UN CASO DE DACIÓN EN PAGO.
 4. LA DACIÓN EN PAGO COMO BUENA PRÁCTICA DE PROTECCIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO.
 5. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL.
 6. LA DACIÓN EN PAGO Y LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*.
 7. CONCLUSIÓN.
- BIBLIOGRAFÍA.

* Este artículo es una actualización de otro publicado en esta Revista con anterioridad, ante las novedades introducidas en la materia.

1. LA MODIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN SOBRE RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR HIPOTECARIO EN EL ACTUAL CONTEXTO DE CRISIS

Los procesos de crisis económicas han provocado, en pura lógica, la atención del legislador, con el fin de satisfacer las demandas de la población, preocupada por su situación económica y la incertidumbre ante un futuro aparentemente oscuro. Así, las grandes reformas de instituciones jurídicas de índole económica, muchas de ellas traumáticas, se producen como consecuencia de graves problemas en las diversas estructuras económicas. Uno de los ámbitos donde esta circunstancia se aprecia de forma clara es en las instituciones y operaciones financieras, debido a la creciente interdependencia de los mercados financieros internacionales y a la interacción de estos con el sector público. En España, las últimas convulsiones en este sector han tenido un componente nacional que ha ocasionado mayores perjuicios e, incluso, la necesidad para muchos de replantearse la normativa al respecto. El estallido de la burbuja inmobiliaria ha dejado al descubierto una gran exposición de bancos y cajas, que asumieron la financiación de la adquisición de las viviendas con relajación de los requerimientos para la obtención de los créditos, ante la buena situación económica reinante.

La situación descrita no es diferente de otras vividas con anterioridad. Sin embargo, concurre ahora un factor que no se había producido en crisis anteriores, al menos no con la magnitud con que ahora se pone de manifiesto. Nos referimos al desplome de los precios de la vivienda desde niveles muy elevados. Tal efecto, lejos de tener exclusivamente trascendencia económica, también genera consecuencias en la esfera jurídica que hasta la fecha no habían preocupado en exceso. Como es sabido, la regulación hipotecaria española establece, a diferencia de las soluciones adoptadas en otros países, un doble esquema de responsabilidad en la relación de las entidades financieras con sus clientes por la firma de una hipoteca en garantía de un préstamo. Por una parte, la hipoteca, como garantía real que recae sobre el inmueble cuya compra se financia sobre el préstamo, deriva, en caso de impago de este, en la ejecución del inmueble adquirido. Por otra, la existencia de la deuda principal garantizada con la hipoteca —nacida del préstamo— implica necesariamente la concurrencia, a su vez, del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil, en virtud del cual el deudor responde del pago de la deuda con todos sus bienes, presentes y futuros. Es decir, concurren en el deudor hipotecario dos responsabilidades: la personal, derivada de la deuda principal, y la hipotecaria, derivada de la garantía en cuestión.

Este sistema constituye un mecanismo que proporciona grandes garantías a los acreedores hipotecarios, puesto que les aporta seguridad frente a posibles eventualidades que generen disminuciones en el valor del bien constitutivo de la garantía, frente a otras regulaciones que simplifican este esquema estableciendo

únicamente la responsabilidad hipotecaria. Ciertamente es que, hasta la fecha, la solución adoptada por nuestra regulación, por lo demás muy asentada en nuestro Derecho, no había planteado problema alguno en relación con las situaciones de impago y ejecución hipotecaria. Las anteriores crisis no habían revestido la virulencia de la actual en la producción de sus efectos, por dos razones: nunca las burbujas inmobiliarias habían sido de tal magnitud, por lo que tampoco el hundimiento de los precios de los inmuebles había llegado a los niveles actuales ni el grado de exposición de las entidades bancarias había alcanzado las cifras actuales. Así, una de las características de la crisis económica actual, que la hace más perniciosa que las anteriores, es que tanto consumidores y usuarios como entidades financieras constituyen hoy sujetos de riesgo elevado que merecen especial cuidado para evitar un agravamiento de la situación. En otras épocas, la crisis generaba graves problemas en la población, sin embargo el sector financiero podía soportar la coyuntura generada por su salud, derivada de la baja exposición al riesgo crediticio y de su mínimo nivel de «activos tóxicos», por emplear una terminología actual. Es más, desde el punto de vista macroeconómico, la importancia decisiva de este sector obliga, según los economistas, a adoptar medidas para su protección, incluso en detrimento de otros agentes económicos, como los consumidores.

Pues bien, el hundimiento del valor de los inmuebles no conlleva necesariamente un quebranto económico a la entidad prestamista, puesto que la parte no satisfecha del crédito por la ejecución del inmueble por un precio inferior al que se tasó en un primer momento, como consecuencia de la bajada de los precios, puede obtenerse mediante la persecución del patrimonio del deudor principal, en virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal antes citado. Como ya hemos dicho, esta solución no había planteado problemas anteriormente, puesto que el valor de los pisos no disminuía hasta cotas que hacían necesario hacer uso de la responsabilidad personal. Sin embargo, actualmente el elevado número de ejecuciones hipotecarias que se producen suelen ir acompañadas de una reclamación de esta naturaleza, lo que ha provocado la sorpresa e indignación de los consumidores, que entienden que las entidades bancarias adoptan una postura de abuso injustificado de su posición, al pretender que el deudor, que ya pierde su casa por razones ajenas a su voluntad, pierda además parte del resto de su masa patrimonial.

En esta situación, el Auto 111/2010, de 17 de diciembre de 2010, de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Navarra, ha estimado la pretensión de un deudor, que reclamaba que el banco se diese por satisfecho de la deuda mediante la exclusiva ejecución del inmueble, sin que pudiera atacar el resto de su patrimonio. Se trata de una resolución con gran repercusión pública, dada la situación de muchos ciudadanos que han firmado créditos y han empeorado en su situación laboral y económica. Lógicamente, la solución adoptada en este caso cuenta con el respaldo de la mayor parte de la opinión pública y de los

medios de comunicación, que entienden que lo contrario constituye un abuso injustificado de las entidades.

Aunque esta solución requiere un análisis detenido de su argumentación, desde ya podemos adelantar que resulta en extremo muy difícil sostener la eliminación de la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal a la vista de la actual regulación. Sin negar la potestad de Jueces y Tribunales de interpretar las normas para su posterior aplicación, es necesario determinar hasta dónde puede llegar tal labor y cuándo constituye un ejercicio de posible «ingeniería jurídica». En este sentido, es preciso analizar si es admisible prescindir de la aplicación del artículo 1911 del Código Civil en atención a las circunstancias del caso resuelto por el Auto.

En relación con estas circunstancias, el Juzgador presenta otros argumentos —actos propios respecto de la tasación del inmueble y supuesta responsabilidad moral y colectiva de las entidades financieras mundiales en el desencadenamiento de la actual crisis— que debemos estudiar para, de nuevo, ver si justifican una medida de tal repercusión jurídica como la que se propone. Además, aunque en el cuerpo del escrito no se lee expresamente en ningún momento —resulta de interés el silencio de la Audiencia a este respecto—, algunos comentaristas han aludido a la posibilidad de que concurra, en este caso, un supuesto de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. No vamos ahora a detenernos en su estudio, que dejamos para más adelante con el fin de comprobar si concurren las circunstancias fácticas que puedan justificar su aplicación, que debe ser restrictiva en todo caso. De igual forma, parece que sobre el Auto planea, siquiera de forma latente —de nuevo, un silencio que parece elocuente—, la idea de una adjudicación o dación en pago del inmueble a favor del banco. Es obvio que, de sostener dicha posibilidad, se entendería saldada la deuda principal, por la que ya no se podría reclamar nada ni, por tanto, se podría argumentar sobre la aplicación del artículo 1911 del Código Civil.

No cabe duda que la solución del problema aquí planteado constituye una labor que es objeto de grandes presiones y quien la lleva a cabo sufre grandes tentaciones. Por una parte, un análisis desde la vertiente económica puede empujar a adoptar una solución de protección del sistema financiero en su conjunto, suponga o no un sacrificio para los consumidores. Por otra, la mera observación de la realidad social del momento condiciona la decisión en el sentido de adoptar medidas de apoyo a los individuos con situaciones trágicas en lo personal y familiar, derivadas de su empobrecimiento. En este sentido, el Juzgador es objeto de grandes presiones a la hora de conocer y resolver estas cuestiones.

Sin embargo, aunque es obvio que el Derecho debe servir para solucionar los problemas reales que se plantean en la vida diaria, también es cierto que debe hacerlo a la luz de la regulación existente y mediante el análisis, lo más amplio posible, de todas las circunstancias concurrentes y lejano a una visión emocional de la realidad, que suele ser parcial y, por ello, irreal. Es decir, ¿qué

es más beneficioso para el conjunto de la población: un sistema de responsabilidad doble, como el de nuestro Derecho, o uno de exclusiva responsabilidad hipotecaria? Todo lo anterior, sin negar la posibilidad e, incluso, la conveniencia, en su caso, de realizar proposiciones *lege ferenda* que faciliten a los ciudadanos el pago de sus deudas a las entidades bancarias sin necesidad de colocarles en situaciones que puedan degenerar en una insolvencia más o menos definitiva e irreversible. Como se puede comprobar, existen argumentos de peso para sostener ambas posturas, lo que requiere un análisis de esta cuestión multidisciplinar y desde la más amplia panorámica posible, lo que excede, en parte, de las posibilidades y propósito de este trabajo.

En relación con lo anterior, la propia Audiencia de Navarra ha revocado el fallo aquí referido, alegando precisamente el principio de responsabilidad patrimonial universal. Sin embargo, son muchas las voces que, desde argumentaciones jurídicas, manifiestan su apoyo a tesis cercanas a las del Auto revocado. Por ello, aún la aparente simplicidad de la solución al problema planteado, entendemos que es necesario analizar y dar contestación a los argumentos propuestos a favor de aquella tesis. En particular, hay que discernir si resultan de aplicación algunas teorías e instituciones jurídicas en que el juzgador sustenta su decisión. En primer lugar, la teoría de los actos propios, como base para justificar el deber de la entidad bancaria de asumir la tasación inicial del inmueble en el momento posterior de la realización de su valor. También es necesario analizar si la adjudicación de dicho inmueble a la entidad prestamista constituye un supuesto de dación en pago, por cuanto dicha solución permitiría soslayar la aplicación del artículo 1911 del Código Civil, al entenderse saldada la totalidad de la deuda. Se ha observado por algunos la posible aplicación por el juzgador de la cláusula *rebus sic stantibus*, lo que también requiere una aclaración respecto de la corrección de dicha alegación como mecanismo de alteración de la solución que inicialmente correspondería en este caso.

No vamos a pronunciarnos sobre las alusiones a pretendidas —y posibles— responsabilidades morales, que entendemos no deben ser objeto de análisis jurídico ni tampoco ser instrumentos de fundamentación de un fallo. Sin embargo, sí consideramos que puede ser conveniente pronunciarse sobre la mayor o menor virtualidad práctica y sobre los beneficios que proporciona a la estabilidad de un sistema financiero y económico general, de las regulaciones que abogan por el establecimiento de un doble mecanismo de responsabilidad, personal e hipotecaria, frente a las soluciones monistas, que solamente establecen la segunda.

2. DACIÓN EN PAGO Y TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS

El Auto 111/2010 afirmaba que la tasación que se realiza del inmueble para determinar el montante de la cantidad finalmente prestada por la entidad

bancaria, implica que el valor establecido debe vincular al acreedor en fases posteriores de la vida del crédito. Por ello, no se puede aceptar que, en la fase de ejecución, se alegue por la entidad que el valor del inmueble no es ahora suficiente para cubrir el importe del principal de la deuda. Para justificar tal afirmación se argumenta que lo contrario iría en contra de la doctrina de los actos propios. De ahí la necesidad de detenernos en el análisis de esta figura y su posible aplicación al supuesto comentado.

La teoría de los actos es una construcción principalmente jurisprudencial, nacida del análisis e interpretación del principio de buena fe contenido en el artículo 7.1 del Código Civil. Como ha señalado Díez-PICAZO, se trata de una doctrina construida por el Tribunal Supremo mediante la limitación de su aplicación ante las amplias formulaciones que proponían las partes: la jurisprudencia ha ido afirmando razones de inaplicabilidad¹. Según diversas resoluciones judiciales², esta teoría implica que no es lícita la actuación que supone una convención o causa un estado, con lo que se define la situación jurídica de quien la lleva a cabo, y que tengan por objeto la creación, modificación o extinción de un derecho, lo cual genera una vinculación a aquellos efectos de quien actúa. De esta forma, como se afirma en la STS de 16 de febrero de 1998, debe existir incompatibilidad o contradicción entre la conducta anterior y el acto que se pretende realizar después, a la luz de un elemental criterio de buena fe.

Por lo tanto, la aplicación de esta doctrina conlleva necesariamente el carácter principal de los actos anteriores y posteriores cuya compatibilidad se exige, de tal forma que no puede alegarse dicha teoría cuando los actos de fecha anterior que se pretenden comparar con los posteriores sean de carácter preparatorio, por cuanto los mismos no poseen fuerza obligacional alguna ni suponen compromiso por las partes de su contenido³, dado que tales actos no constituyen convenio entre las partes, como se afirma, entre otras, en la STS de 30 de octubre de 1995. En definitiva, se trata de un instrumento que persigue el establecimiento de un clima de seguridad jurídica adecuado, para lo que es necesario establecer límites al ejercicio de los derechos subjetivos, conforme a un elemental criterio de aplicación del principio de buena fe del artículo 7.1 del Código Civil (STS de 22 de enero de 1997).

¹ Díez-PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1963, pág. 110.

² Por citar algunas, STS de 16 de febrero de 1998, 19 de mayo de 1988, 30 de marzo de 1999, 30 de septiembre de 1996, 18 de diciembre de 1996, entre otras.

³ Aunque el Tribunal Supremo ha sostenido esta posición en algunas sentencias, sin embargo parece más bien que la referencia se hace a aquellos actos que poseen trascendencia o relevancia jurídicas, por cuanto no son meras manifestaciones de intención o similares desprovistas de valor. Por tanto, se ha sostenido que no parece admisible su aplicación a actos constitutivos de declaraciones de voluntad, a los que debe aplicarse la doctrina sobre la eficacia general de dichas declaraciones. Para Díez-PICAZO, la relevancia jurídica de la conducta implica que dichos comportamientos deben tener alguna repercusión en la relación jurídica en la que el actor es parte. Vid. Díez-PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos...*, pág. 197.

Por supuesto, la aplicación de esta doctrina implica necesariamente el carácter indubitado y preciso de los actos cuya eficacia se pretende imponer. Pero tal exigencia no se refiere única y exclusivamente a la existencia y realización de tales actos, lo que conlleva, claro, una precisión formal de los mismos —solemnidad, delimitación y carácter expreso a que se refiere, entre otras, la STS de 31 de enero de 1995—. Además, tal precisión también viene referida, como se afirma en la STS de 17 de marzo de 1997, a los objetivos que persigue el actor y al contexto en el que se realizan los mismos, lo que condiciona de forma decisiva su eficacia. En concreto, manifiesta el Juzgador en la referida sentencia que «...El acto que así se reputa ha de estar revestido de ciertas formalidades, ser expreso, no ambiguo y perfectamente delimitado, definiendo de forma inequívoca la intención y situación del que lo realiza». Esta exigencia tiene gran importancia en el caso que nos ocupa, por cuanto es necesario determinar cuál es el grado de vinculación de la tasación. Dicho de otra manera, es necesario saber si el valor de la tasación inicial del inmueble alcanza a los valores posteriores atribuibles al mismo, soslayando así los posibles vaivenes del mercado.

Por lo demás, resulta obvio que la aplicación de la doctrina de los actos propios implica que los actos anteriores y posteriores han sido realizados por la misma persona o por distintas personas actuando en representación de las anteriores, dentro de los límites del poder en cuestión⁴. En el caso que nos ocupa, esta cuestión tiene cierta importancia, por cuanto la tasación de los inmuebles se lleva a cabo por una entidad distinta a la concedente del préstamo, por lo que cabe preguntarse por la aplicación de la doctrina de los actos propios a este supuesto.

Tampoco es alegable la doctrina de los actos propios, según ha afirmado el Tribunal Supremo —sentencia de 10 de febrero de 1993— cuando tales actos son contrarios a una norma imperativa. Es decir, no se puede alegar, para sostener una actuación anterior, esta doctrina cuando los actos que, en su caso, deban realizarse sean contrarios a normas de *ius cogens*. En este caso, no parece que tal exigencia sea un obstáculo para su aplicación, por cuanto la determinación del precio no deriva de ninguna determinación legal, sino de la aceptación por las partes de la tasación efectuada.

Pues bien, a la vista de los distintos requerimientos y caracteres que se observan en la doctrina de los actos propios, encontramos algunas dificultades para poder identificar el caso presente como un supuesto de aquella. En primer lugar, sería admisible la consideración de la tasación del inmueble como un acto preparatorio del contrato definitivo de préstamo con hipoteca sobre el inmueble adquirido. Es cierto que la valoración del inmueble puede considerarse un paso de importancia en el proceso total de obtención de financiación y de la adqui-

⁴ Entre otras, STS de 28 de noviembre de 1992, 11 de noviembre de 1989 o 3 de marzo de 1990.

sición final de aquel. En este sentido, podría sostenerse que la tasación posee la entidad suficiente para constituir un acto no preparatorio, sino principal que, junto con los contratos celebrados, posibilitan la adquisición del inmueble: la tasación permite delimitar el valor de inmueble a los efectos de la determinación de la cantidad finalmente prestada. Sin embargo, no parece que, en relación con las obligaciones nacidas del préstamo, la tasación constituya un acto dirigido a la creación de un derecho a favor del banco ni que, por tanto, posea el carácter de acto principal que requiere para aplicar la teoría de los actos propios.

Por otra parte, tampoco observamos que la intención y significación de la tasación posea un carácter preciso e indubitado. No parece que la intención de la entidad bancaria sea la de aceptar la tasación efectuada, hasta el punto de pasar por la misma como cifra de limitación de la responsabilidad asumida por el deudor hipotecante. Ello supondría la eliminación voluntaria del juego del artículo 1911 del Código Civil, lo que sería admisible como supuesto de limitación voluntaria de la responsabilidad personal del deudor. Sin embargo, no parece que dicha convención concorra ni en este ni en otro supuesto de concesión de préstamo garantizado con hipoteca. Además, no es ese el significado que se atribuye a la tasación. Como se afirma en el Auto 4/2011, de 4 de febrero de 2011, de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Navarra —este auto revoca precisamente el que da pie al análisis incluido en este trabajo—, es un error «identificar valor de tasación con valor real de mercado..., ya que el valor de tasación de un inmueble en un momento determinado puede o no coincidir con su valor real de mercado, que no es sino la cantidad de dinero que en un momento preciso se esté dispuesto por alguien a pagar por él».

La tasación tiene por objeto un bien con precio alterable, máxime en unas circunstancias de mercado, no solo alcista, sino caracterizado por la existencia de una burbuja inmobiliaria conocida por todos. De esta forma, se tasa sabiendo que la valoración recogida puede variar. En este sentido, los actos que no se pueden contradecir posteriormente, en aplicación de esta doctrina, son aquellos por los cuales el actor queda constreñido en su conducta posterior⁵, lo que no se puede sostener en este caso, dada la naturaleza variable del valor de un inmueble. Mientras se ha mantenido la situación de alza de los precios no se ha generado ninguna situación problemática y los compradores han visto en la compra una oportunidad para incrementar su patrimonio o, al menos, para mejorar la calidad de su vivienda. Es obvio que el banco debería asumir la tasación, como dice el Auto 111/2010, pero teniendo en cuenta que se trata de un precio alterable, no puede generar vinculación alguna durante toda la vida del préstamo respecto del montante de la posible reclamación posterior. Por lo tanto, el valor de tasación es una cifra de delimitación de un valor que sirve al banco para definir la cantidad

⁵ LÓPEZ MESA, M., y ROGEL VIDE, C., *La doctrina de los actos propios, doctrina y jurisprudencia*, Ed. Reus, 2005, pág. 231.

que pueda prestar, en su caso, sin que deba coincidir necesariamente —como de hecho ocurre en numerosas ocasiones— con el valor que, en cada momento, el mercado atribuya al inmueble. En relación con la significación jurídica de la tasación, es obvio que la entidad bancaria no pretende, con su comportamiento como parte del contrato, limitar la responsabilidad del deudor hasta el valor de tasación. En este sentido, la concurrencia de la doctrina de los actos propios al caso que nos ocupa requiere tener en cuenta, no sólo el acto tasador en sí, sino todo el proceder, comportamientos o actos que revelen la actitud del acreedor⁶.

Como hemos señalado anteriormente, la doctrina de los actos propios requiere que los actos iniciales y los posteriores sean imputables a la misma persona, ya sea porque los ha realizado ella misma o porque los ha llevado a cabo otra persona en representación de la primera. ¿Se observa esta situación en el caso que nos ocupa? En la mayoría de las concesiones de préstamos la tasación se realiza por entidad tasadora, que no se identifica con la entidad prestamista. En este sentido, resulta muy elocuente que el propio Juzgador, en la parte final del Fundamento Jurídico 4.º del Auto 111/2010, afirma lo siguiente: «...cabe añadir que la adjudicación de la finca materialmente al banco, habida cuenta de la tasación que en su día se aceptó por el banco...». Es decir, se reconoce en el propio Auto que el banco no fue quien tasó el inmueble.

Podría realizarse una interpretación extensiva del requisito de la igualdad de sujetos tasador y prestamista, en el sentido de entender que el mismo también se observa cuando, no obstante la ausencia del requisito de la identidad propuesta, sin embargo sí existe una confluencia de intereses entre la tasadora y la entidad bancaria. De esta forma, se admitiría que concurre la doctrina de los actos propios si se admite que la primera actúa en interés de la segunda. Sin embargo, eso no sería admisible en todo caso. Es más, podría afirmarse también, en contra de dicha afirmación, que en las tasaciones era ordinario que se satisficieran, de forma conjunta, los intereses de prestamista y prestatario. En concreto, era una práctica relativamente normal la sobretasación del inmueble, con el fin de poder conceder la totalidad de la cantidad necesaria para adquirir el inmueble y facilitar así la compra, puesto que el artículo 5 de la Ley del Mercado Hipotecario impone una limitación de concesión de crédito al 80 por 100 del valor de tasación⁷. De esta forma, la sobretasación conseguía satisfacer el interés de la entidad bancaria de conceder financiación y aumentar sus cifras de negocio, a la vez que también se satisfacía el interés del comprador, que conseguía adquirir la vivienda. Por lo tanto, cabe preguntarse a quién favorece la tasación, al pres-

⁶ Díez-PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos...*, pág. 195.

⁷ Artículo 5.2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario: «El préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60 por 100 del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 por 100 del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley».

tamista, al prestatario o a los dos conjuntamente. Sobre la base de lo anterior, resulta discutible la consideración de la identidad de sujetos sobre la base de la consideración de la tasación en interés exclusivo de la entidad financiera y así, la aplicación de la doctrina de los actos propios al caso en cuestión.

En definitiva, entendemos que existen múltiples razones que no permiten afirmar la concurrencia de la mencionada doctrina en la diferencia de valores del inmueble entre el momento de la tasación y el posterior de la ejecución para el cobro del crédito. Como se ha afirmado por la propia Audiencia en la resolución revocatoria del 111/2010, no pueden identificarse valor de tasación y valor de mercado: es obvio que el primero, dada su función y carácter inmóvil, no puede identificarse con el valor real que el inmueble pueda tener en un momento determinado, pues este último valor es móvil y viene marcado por las circunstancias del mercado inmobiliario.

3. LA CONSIDERACIÓN DE LA ADJUDICACIÓN DEL BIEN COMO UN CASO DE DACIÓN EN PAGO

El Auto 111/2010 hace referencia en diversas ocasiones a posible adjudicación de la vivienda a la entidad ejecutante, debido a que la subasta ha quedado desierta y no se ha adjudicado el bien. En el Auto se apoya la postura favorable a la eliminación de la totalidad de la deuda generada, dada su cobertura por el valor en que se tasó el inmueble. Así, se afirma que la adjudicación del inmueble, destinado al pago del principal de la deuda y admitiendo, por ello, la posibilidad de ejecución respecto de los intereses de la deuda y las costas procesales, satisface la parte de deuda correspondiente a dicho concepto, con lo que se ratifica la decisión de primera instancia, que consideraba satisfecha dicha deuda con el valor del inmueble, sin que hubiese lugar a continuar la ejecución por el principal. Debemos tener en cuenta que la vivienda se adjudica, tras declarar desierta la subasta, por un valor inferior al valor total del principal de la deuda. Por lo tanto, es claro para el Juzgador que debe rechazarse la alegación de la posterior disminución del valor del inmueble y admitirse que la adjudicación de este determina la extinción de la deuda por aquel concepto, dado que su valor de tasación supera el montante de la deuda pendiente.

¿Ante qué figura nos encontramos? La terminología empleada refiere una adjudicación de bienes, palabra empleada cuando en Derecho se pretende aludir a la decisión por un Juez de transmisión de la titularidad de bienes a una parte en un proceso⁸. Sin embargo, con ello no resolvemos la principal duda que genera

⁸ Vid. BAS Y RIVAS, F., «La dación, adjudicación y cesión de bienes, en función de pago de deudas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 208, septiembre de 1945, pág. 587 y sigs.

este tipo de decisiones. En concreto, desconocemos si, en el presente caso, dicha adjudicación se hace «en pago» de la deuda o «para el pago de deuda». Como resulta conocido, el empleo de una u otra preposición determina la aplicación de figuras jurídicas diversas con consecuencias también muy diferentes, cuyos efectos, a su vez, para este caso, son de gran trascendencia para su resolución y para la admisión de la tesis sostenida por Jueces y Tribunales. En este sentido, como ha reconocido la doctrina tradicional, la adjudicación de bienes efectuada por el juez puede ser constitutiva de la extinción de la totalidad del crédito o de parte del mismo⁹, por lo que tal figura no se asimila necesariamente en sus efectos a la dación en pago, sino que dependerá del valor atribuido por la norma a dicha decisión.

Si sostenemos que la adjudicación de bienes se realiza en pago de la deuda —*pro soluto*—, entonces admitimos la concurrencia de una dación de pago, que actúa como un supuesto sustitutivo del pago de una deuda —aunque la calificación de esta figura no ha sido pacífica, como vamos a ver a continuación—, por lo que su efecto, con independencia de la cantidad finalmente entregada al acreedor y de otras circunstancias concurrentes, es extintivo de la obligación en cuestión. Si, por el contrario, se sostiene que dicha adjudicación se realiza para pagar la deuda —*pro solvendi*—, entonces no se puede interpretar, necesariamente, que la entrega de la cantidad de que se trate extingue la deuda en su totalidad, sino que debe aplicarse al pago la misma en la cantidad que pueda quedar cubierta por el importe obtenido en la enajenación. Como se puede comprobar, las diferentes consecuencias que se generan en uno y otro caso obligan a un planteamiento detenido de la cuestión.

Tal análisis se requiere, no solo porque es necesario conocer cuál ha sido la intención del Juzgador, sino porque, además, es primordial determinar si el juez posee tal facultad calificadora sobre la base de lo que disponga la Ley. Formalmente, en ninguna de las resoluciones se lee expresamente que la adjudicación del inmueble se hace «en» pago de la deuda. Sin embargo, el hecho de considerar que el pago de una cantidad inferior a la totalidad de la deuda inicial produce su extinción, permitiría considerar tal solución como un supuesto de dación en pago. Ello genera importantes consecuencias en relación con la posibilidad de evitar la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal, por cuanto si se estima extinguida la deuda, ya no hay nada que reclamar por tal concepto ni el deudor continúa vinculado por responsabilidad alguna. Por ello, parece necesario detenerse en el análisis de la dación en pago.

Los términos dación en pago hacen referencia a la posibilidad que se atribuye al deudor de liberarse de la misma entregando al acreedor una cosa o

⁹ Vid. BAS Y RIVAS, F., *op. cit.*, pág. 588.

realizando un servicio diferente del que inicialmente se había pactado¹⁰. La dación en pago ha sido aceptada como medio de pago de las obligaciones que los promotores inmobiliarios tienen con las entidades bancarias para rebajar la presión financiera de las primeras y liberar dotaciones a las segundas¹¹. Esta figura ha sido calificada de diversas maneras, dado que sus diversas características son tributarias de diferentes figuras jurídicas: compraventa, novación por cambio de objeto, subrogado del pago, acto o contrato de naturaleza compleja¹². En cualquier caso, sea cual fuere su calificación, parece ser doctrina pacífica que la dación en pago debe reunir las siguientes notas: que se ceda el dominio pleno de la cosa en pago de la totalidad de la deuda contraída, que el acreedor haya consentido el efecto extintivo de dicha cesión y que se someta a la reglas de la compraventa¹³. Como se puede comprobar, la jurisprudencia ha mantenido cierta preferencia por la calificación de la figura como un asimilado a la compraventa¹⁴. Sea como fuere, podemos afirmar que la existencia de la dación en pago conlleva la extinción de una deuda y posee un origen convencional, pues requiere acuerdo de las partes o admisión del acreedor.

Sobre la base de lo anterior, no parece que sea admisible la consideración como dación en pago del supuesto resuelto en el Auto 111/2010. Como sostiene SANTOS REQUENA, no parece que pueda encontrarse relación alguna entre la dación en pago y las adjudicaciones de bienes a los acreedores en procedimientos de apremio ni por extensión en otros procesos de ejecución¹⁵. La necesidad de un acuerdo en tal sentido impide sostener su concurrencia y, por ende, el efecto extintivo de dicha adjudicación. Además, parece obvio que las

¹⁰ Podemos encontrar una definición sobre esta figura en multitud de autores. Por citar alguno, SERRANO ALONSO, E., «Consideraciones sobre la dación en pago», en *Revista de Derecho Privado*, mayo de 1978, pág. 416 y sigs.

¹¹ Claro está, ello requiere su configuración como dación en pago, no para pago. No obstante, plantea ciertos problemas respecto del principio *pars conditio creditorum* en los casos de concurso de acreedores. Vid. GÓMEZ GÁLIGO, F. J., «Reforma del mercado hipotecario llevada a cabo por la Ley 41/2007», en *Conferencias del Curso Académico 2008-2009*, Tomo XX, Academia Sevillana del Notariado, Sevilla, 2010, pág. 254.

¹² Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., «Naturaleza jurídica de la dación en pago», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 10, Madrid, 1957, págs. 751-797.

¹³ En este sentido se pronuncia, por citar alguna resolución, la sentencia de la Sala 1.ª del TS, de 2 de diciembre de 1994, en su Fundamento Jurídico 6.º

¹⁴ Se afirma en la sentencia de la Sala 1.ª del TS, de 28 de junio de 1993 —FD 1.º— lo siguiente: «...actuando este crédito con igual función que el precio en el contrato de compraventa, dado que, según tiene declarado esta Sala en sentencia de 7 de diciembre de 1983, bien se catalogue el negocio jurídico que implique como venta, ya se configure como novación o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa, al carecer de reglas específicas...».

¹⁵ SANTOS REQUENA, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio*, Ed. Comares, Granada, 1998, págs. 113-114. En similar sentido, BELINCHÓN ROMO, M. R., «El contrato de compraventa y la dación en pago», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, abril de 2010, pág. 114.

adjudicaciones en pago no conllevan, en general, la extinción total del crédito, sino hasta donde alcance la cantidad efectivamente satisfecha con el valor de los bienes adjudicados¹⁶.

Tampoco sería admisible la aplicación al caso de la figura de la cesión de bienes, a que se refiere el artículo 1175 del Código Civil. Aunque en efecto la cesión de bienes se instrumenta como un mecanismo inicialmente dirigido al cobro de las deudas en la que existen varios acreedores por vía judicial, propia de los procedimientos concursales, sin embargo no es equiparable a la figura de la adjudicación de bienes en un procedimiento ejecutivo. Por otra parte, sí se observa, como dato que permite sostener su similitud, que la cesión de bienes conlleva la extinción de la deuda, por cuanto la entrega de los bienes se hace para su posterior venta y, así, obtener finalmente el cobro con lo recibido —por lo que hablaríamos de una cesión para pago¹⁷ o *pro solvendi*—. En cualquier caso, aparte de las similitudes y diferencias anteriormente reseñadas, no es aceptable la identificación de ambas figuras, puesto que en el caso de los procedimientos de ejecución hipotecaria el ejecutante adquiere, en su caso, la propiedad del bien en cuestión en caso de subasta desierta. Por su parte, en la cesión de bienes se procede a la venta para satisfacer la deuda con el dinero obtenido.

No obstante lo anterior, la figura que mayor interés genera, por cuanto conlleva la extinción de la deuda mediante la adjudicación del inmueble hipotecado, es la dación en pago. A tal efecto, sobre la base de la actual normativa civil y registral, no parece que sea admisible la consideración de la adjudicación del bien en el procedimiento de ejecución hipotecaria como un caso de dación en pago. La naturaleza convencional, derivada de su aceptación por el acreedor, de dicha figura no es compatible con la posibilidad de su imposición por el juez. Es más, se ha sostenido que el acuerdo es necesario, sin que se pueda admitir su constitución mediante la actuación unilateral del deudor con posterior consentimiento del acreedor¹⁸: la dación en pago constituye una relación negocial, que requiere por tanto de la voluntad de ambas partes, de tal forma que la voluntad del acreedor es algo más que un requisito de eficacia, su consentimiento es requisito de formación¹⁹. Con independencia de que se otorgue carácter personal o real a la dación en pago, lo cierto es que siempre deberá concurrir la voluntad acorde de las partes, ya sea para generar efecto obligatorio o para producir el efecto extintivo *per se*. Con apoyo en la primera opción, se ha

¹⁶ ALONSO SÁNCHEZ, B., *Las adjudicaciones procesales de bienes en los procesos de ejecución*, EDERSA, Madrid, 2009, págs. 71-72.

¹⁷ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Ed. Civitas, págs. 558-559.

¹⁸ FÍNEZ, J. M., «La dación en pago», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVIII, Fascículo IV, octubre-diciembre de 1995, Ministerio de Justicia, págs. 1518-1519.

¹⁹ MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «La dación en pago», en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo de 1975, Colegio Notarial de Madrid, pág. 82.

sostenido que, en tanto no reciba la prestación nuevamente acordada, el acreedor no consiente ni el deudor se libera²⁰. Consentimiento que puede concurrir de forma expresa o tácita, cuando resulte de hechos concluyentes. A la luz de la argumentación vertida en el Auto 111/2010, según el cual el banco debe aceptar la entrega del inmueble como pago total de la deuda garantizada, dado su valor de tasación, ¿entiende el juzgador que la tasación conlleva un consentimiento tácito a la dación en pago? Dicho de otro modo, la aceptación como valor del inmueble del resultante de la tasación, que según el Auto impide la reclamación de cantidades mayores, ¿es una voluntad acorde a la dación en pago? Claro está, la aceptación de tal solución presupone la aceptación de la vinculación del acreedor a la tasación efectuada a los efectos de la posterior ejecución del bien, lo cual ya ha sido rechazado anteriormente.

Aún aceptando dicha vinculación, no sería aceptable la consideración de un supuesto de dación en pago tácita, por cuanto la valoración del bien no permite pensar que el prestamista satisface su interés por igual con la entrega del dinero prestado o del inmueble aportado en garantía. Aunque se estableciera la limitación derivada de la tasación, la entidad prestamista estaría más interesada en recibir el objeto inicialmente pactado. Por todo ello, el efecto solutorio de la adjudicación del inmueble no puede derivarse de esos hechos —la asunción del valor de tasación por el prestamista—, pues no son concluyentes.

Por otro lado, ni siquiera de la Ley procesal se puede deducir que la adjudicación produzca semejante efecto solutorio. En este sentido, el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a la ejecución dineraria de los bienes especialmente hipotecados o pignorados, dispone que: «*Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria, se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución*».

A la misma conclusión se puede llegar desde el Derecho sustantivo. Concretamente, podemos emplear la regla hermenéutica de la interpretación a contrario. El artículo 1872.1 del Código Civil, relativo al derecho de prenda, dispone: «*El acreedor a quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito, podrá proceder ante Notario a la enajenación de la prenda. Esta enajenación habrá de hacerse precisamente en subasta pública y con citación del deudor y del dueño*

²⁰ La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia han optado por afirmar el carácter real de la dación, con el fin de diferenciar la figura de la novación objetiva. No obstante, también se ha defendido la posición contraria. En este sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, pág. 793.

Sobre esta cuestión, SERRANO CHAMORRO, M. E., *Entrega de cosa distinta a la pactada*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2006, págs. 51-56.

de la prenda en su caso. Si en la primera subasta no hubiese sido enajenada la prenda, podrá celebrarse una segunda con iguales formalidades; y, si tampoco diere resultado, podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda. En este caso estará obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito». Es decir, si se adjudicase la cosa al acreedor pignoraticio por quedar las subastas desiertas, entonces debería entregar documento acreditativo del pago y consiguiente extinción de «toda la deuda». Sin embargo, no encontramos un precepto similar respecto del derecho de hipoteca. Antes al contrario, se admite la posibilidad de perseguir los restantes bienes del deudor por cuanto la adjudicación de los bienes se realiza por valores porcentuales del valor inicial de tasación, como veremos a continuación.

El artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no limita la ejecución al bien aportado en garantía, sino que el valor de la deuda que falte por cubrir habilita al acreedor a continuar la ejecución de otros bienes. Se trata de un precepto que posee plena sintonía con el principio de responsabilidad patrimonial, del artículo 1911 del Código Civil. Por otro lado, nada impide la posibilidad de poder adoptar, *lege ferenda*, una solución, como sería la dación en pago, que genere el efecto de la limitación de la responsabilidad a los bienes dados en garantía hipotecaria. En este sentido, ya se han realizado propuestas desde grupos organizados de la sociedad civil que proponen la consideración de la adjudicación de bienes hipotecados como un caso de dación en pago²¹. Es más, de dicha pretensión se ha hecho eco algún grupo parlamentario y ha realizado una proposición de ley en tal sentido²². Por otra parte, se trata de una solución

²¹ Nos referimos al informe que la Plataforma de Afectados por la Hipoteca ha publicado en su página de Internet sobre el impacto de las ejecuciones hipotecarias en el estado español, en él se aboga por la dación en pago. <http://afectadosporlahipoteca.wordpress.com>.

Por otra parte, algunos autores proponen otorgar valor liberatorio a la adjudicación de bienes en pago, con la obligación para el acreedor hipotecario de otorgar carta de pago de la totalidad de la deuda. Sobre esta cuestión, vid. PÉREZ GARCÍA, M., «La realización del valor de los bienes en los procesos y su problemática en el Derecho español (reflexiones a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010)», en *Diario La Ley*, núm. 7590, 16 de marzo de 2011, págs. 12-13.

²² Proposición de Ley por la que se reforma la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en materia de ejecución hipotecaria (122/000274), del Grupo Parlamentario Mixto, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm. B-306-1 de 11/03/2011, págs. 1-4. Se afirma en la Exposición de Motivos de esta Proposición, lo siguiente: «La presente proposición de ley avanza hacia una reforma de la normativa procesal, hipotecaria y civil que permita ponderar adecuadamente los intereses en conflicto en caso de una ejecución hipotecaria, cuando el deudor ha actuado de buena fe y el inmueble sobre el que se ha constituido la garantía hipotecaria constituye la vivienda habitual, de forma que existan causas legales de oposición que puedan ser valoradas por los Juzgados y Tribunales en función de la situación económica y social del deudor, no solo en relación a la posición de privilegio del acreedor, para evitar con ello que, a la profunda falta de ingresos de muchas economías domésticas que les impide llevar un nivel de vida digno, se una la pérdida de la vivienda habitual. Las alternativas legales que se ofrecen consisten en admitir, por un lado, la

que ya está incluida en algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno²³. Sin embargo, no creemos que sea admisible, *lege data*, dicha solución y, por supuesto, no parece que el juzgador tenga capacidad suficiente para poder adoptarla por sí²⁴.

Desde un punto de vista económico, quizá la dación en pago sea una medida excesiva, por los efectos colaterales que pueda ocasionar en la estabilidad del sistema financiero. A tal efecto, se han sostenido posiciones a favor de la dación en pago, al entender que el coste económico de la medida no comporta

dación en pago como cancelación de la totalidad de la deuda hipotecaria en el caso de deudores de buena fe, y por otro lado, introducir un proceso de negociación en los procesos ejecutivos hipotecarios que conduzca a una moratoria en el pago de los plazos pactados acomodándolos a la situación económica del deudor, la transformación en un contrato de arrendamiento con opción a compra o a la condonación parcial de la deuda». El artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la Proposición dispone lo siguiente: «Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria, se estará a lo dispuesto en el Capítulo V de este Título. El juez podrá ordenar proseguir la ejecución, a instancias del ejecutante, para cubrir las cantidades pendientes en caso de que hubiera obtenido un producto insuficiente de la subasta de los bienes hipotecados o pignorados, con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución, excepto en los casos en que sea admisible la dación del bien en pago de la deuda o exista resolución judicial derivada de la oposición del ejecutado conforme a lo dispuesto en la presente Ley». De gran interés es también la redacción que dicha proposición da al artículo 1911 del Código Civil: «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, mediante norma de rango legal o por acuerdo voluntario pactado válidamente entre las partes podrá estipularse que la obligación garantizada mediante bienes hipotecados o pignorados alcance exclusivamente a dichos bienes, de forma que la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor queden limitadas al importe de los bienes hipotecados o pignorados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor». Podemos deducir, por tanto, que el legislador es consciente de la necesidad de modificar, no solo la regulación de la adjudicación del inmueble, sino también del principio de responsabilidad patrimonial universal.

Por otra parte, el 11 de marzo de 2011 se presentó una iniciativa popular por representantes de UGT y de CCOO, así como por ADICAE (Asociación de usuarios de bancos, cajas y seguros) para que se apruebe la adjudicación de la vivienda en pago de la totalidad de la deuda. No obstante, se limita la aplicación de esta propuesta a los supuestos de hipoteca de la vivienda habitual y siempre que el deudor sea de buena fe. Vid. Proposición de Ley sobre establecimiento de la dación en pago por parte de los deudores en los préstamos hipotecarios. (120/000013), Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm. D-552 de 1-4-2011, pág. 14.

²³ Por ejemplo, esta es la solución del Derecho inglés, así como de otros ordenamientos del ámbito anglosajón. En el Derecho continental, la mayor parte de las legislaciones acogen soluciones intermedias, que abogan por forzar una renegociación de las condiciones pactadas inicialmente entre el banco y el cliente —así, en Alemania, Francia o Portugal—, sin que ello determine el resultado de dichas negociaciones. Es decir, en el Derecho continental no se aboga claramente por una figura como la dación en pago, con el efecto extintivo que posee.

²⁴ Quizá por esta razón, se ha elevado desde el Juzgado de 1.ª Instancia, núm. 2 de Sabadell, cuestión de inconstitucionalidad de la normativa de ejecución de hipotecas, al entender que la actual legislación no permite otra solución distinta que la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal.

graves perjuicios si se compara con la cifra total de pasivo que la actual crisis inmobiliaria y financiera ha generado en las entidades, por lo que se sostiene que su asunción por las entidades financieras no produciría mayores problemas. Sin embargo, se trata de estimaciones que parten de variables numéricas que no han sido contrastadas de forma adecuada, por lo que la cifra final puede no acercarse a la realidad²⁵. De ahí que, si bien es cierto que es necesario adoptar medidas que permitan paliar los efectos que la explosión de la burbuja inmobiliaria y financiera ha generado en multitud de ciudadanos, sin embargo no podemos perder de vista el interés, todavía superior al anterior, de preservación del sistema financiero en aras, a su vez, de la protección de la economía general del país. No se puede discutir, en modo alguno, la justicia intrínseca de dichas posiciones. Lo que se pone en entredicho es que las mismas constituyan, en efecto, la mejor solución para los afectados en particular y simultáneamente para toda la ciudadanía.

4. LA DACIÓN EN PAGO COMO BUENA PRÁCTICA DE PROTECCIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO

En los últimos meses, la agudización de la crisis económica ha generado un descenso excesivo en el nivel económico, lo que ha generado un aumento desproporcionado de los casos de insolvencia, impidiendo con ello el normal pago de las deudas, principalmente las contraídas por la adquisición de una vivienda y la obtención de un préstamo garantizado con hipoteca. Así, la pre-

²⁵ Por citar algún ejemplo de lo anterior, el informe titulado «Análisis sobre el impacto de las ejecuciones hipotecarias en el estado español», que se halla incluido en la página de la Plataforma de Afectados por la Hipoteca, <http://afectadosporlahipoteca.wordpress.com>.

En dicho informe se sostiene que el coste estimado derivado de asumir las viviendas por dación en pago por parte de las entidades financieras no supera la cifra de 15.000 millones de euros, lo que está muy por debajo de otros costes derivados de la actual crisis. Para llegar a esta conclusión, el autor maneja como variables: sobre la base de una depreciación media de 50.000 euros por vivienda —depreciación del 20 por 100 de valor como media de una media de deuda, a su vez, de las hipotecas ejecutadas de 250.000 euros— y la estimación de unos 300.000 juicios de ejecución desde 2007 a 2010, la cifra resultante son los 15.000 millones de euros mencionados. En primer lugar, no entendemos como es posible desdeñar la influencia de dicha cantidad respecto de la solvencia del sistema financiero. Pero además, no consideramos muy precisas y contrastadas las cifras relativas al valor medio de depreciación, sin tener en cuenta si se trata de vivienda de primera o segunda mano. Por otra parte, el autor no tiene en cuenta que el coste real para las entidades financieras supone la dación en pago, por cuanto computa como valor objetivo y realizable el de las viviendas adquiridas por vía de dación, sin tener en cuenta que se trata de un inmovilizado que se puede volver a colocar en el mercado con grandes dificultades en estos momentos. Es obvio que en tiempos futuros tales inmuebles podrán drenarse al mercado, sin embargo se deben tener en cuenta la exposición al riesgo y los daños efectivos que las entidades van a tener y sufrir hasta que ese momento llegue.

sión social hacia soluciones que evitasen el empobrecimiento definitivo de los deudores que no podían cumplir sus compromisos con los bancos ha alcanzado niveles desconocidos. Ello, unido a sucesos luctuosos que ponen de manifiesto la situación acuciante de numerosos ciudadanos, ha provocado la acción del legislador. En este sentido, el Gobierno promulgó el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos²⁶.

Esta normativa incorpora medidas que persiguen un doble objetivo: por una parte, la reestructuración de la deuda hipotecaria, con el fin de lograr que el deudor pueda hacer frente a la misma. Por otra, se pretende introducir soluciones que permitan flexibilizar la ejecución de la garantía real, e incluso sustituir el resultado final de la ejecución. Y todo ello, como afirma el legislador en la Exposición de Motivos de esta norma, «...sin deteriorar los elementos fundamentales de la garantía hipotecaria, sobre cuya seguridad y solvencia se viene asentando históricamente nuestro sistema hipotecario». Así, no se introducen alteraciones importantes en el régimen hipotecario español, por cuanto se mantiene el sistema de responsabilidad dual, personal y real, y el fundamento voluntario de su alteración. En este sentido, la aplicación de la dación en pago como mecanismo liberatorio de toda la deuda continúa requiriendo la voluntad favorable del acreedor. No obstante lo anterior, esta norma facilita la aplicación de esta solución por cuanto arbitra un sistema que parece «empujar» a las entidades financieras a su aceptación. En este sentido, se ha sostenido, que aquellas se han acogido al Código de Buenas Prácticas, ante la posibilidad de que el fracaso de la opción aprobada en esta normativa diese paso a la adopción por el Gobierno de medidas más extremas y perjudiciales para sus intereses²⁷.

El Real Decreto pretende solucionar la situación financiera de los deudores mediante la aplicación sucesiva de tres medidas, en el supuesto de que la aplicación de cada una de ellas no aporte la solución pretendida, lo que generará el paso a la siguiente fase. Así, esta norma establece las siguientes medidas: reestructuración de la deuda hipotecaria mediante el establecimiento de un período de carencia en la amortización del capital y la reducción del tipo de interés durante cuatro años, así como el aumento del plazo total inicialmente establecido para la amortización (apartado 1 del Código de Buenas Prácticas). En segundo lugar, la adopción de una quita del capital pendiente en el caso de

²⁶ BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2012. Esta normativa ha sido y es objeto de numerosos estudios y análisis. Así por ejemplo, BERROCAL LANZAROT, A. I., «Reflexiones sobre el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», en *El Consultor Inmobiliario*, núm. 134, mayo de 2012, Ed. La Ley, Madrid, 2012.

²⁷ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «De nuevo en apoyo del deudor hipotecario. El Real Decreto-ley 6/2012 y su Código de Buenas Prácticas», en *El Notario del Siglo XXI, Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 42, marzo-abril de 2012, pág. 43.

inviabilidad del plan de reestructuración (apartado 2). Finalmente, transcurridos doce meses desde la solicitud de reestructuración, los deudores a los que no se puedan aplicar, por falta de viabilidad, las dos medidas anteriores, podrán solicitar la dación en pago. El apartado 3 dispone lo siguiente: «A) En el plazo de doce meses desde la solicitud de reestructuración, los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, para los que la reestructuración y las medidas complementarias, en su caso, no resulten viables conforme a lo establecido en el apartado 2, podrán solicitar la dación en pago de su vivienda habitual en los términos establecidos en este apartado. En estos casos la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, a la propia entidad o tercero que esta designe, quedando definitivamente cancelada la deuda. B) La dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con la hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda. C) El deudor, si así lo solicitara en el momento de pedir la dación en pago, podrá permanecer durante el plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por 100 del importe total de la deuda en el momento de la dación. Durante dicho plazo el impago de la renta devengará un interés de demora del 20 por 100. D) Las entidades podrán pactar con los deudores la cesión de una parte de la plusvalía generada por la enajenación de la vivienda, en contraprestación por la colaboración que este pueda prestar en dicha transmisión. E) Esta medida no será aplicable en los supuestos que se encuentren en procedimiento de ejecución en los que ya se haya anunciado la subasta, o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores».

Como se puede comprobar, la activación de este sistema de medidas depende de que los deudores se encuentren incurso en las situaciones de hecho recogidas en los artículos 2 y 3 del Real Decreto-ley. En concreto, solamente se acepta su aplicación a contratos vigentes a su entrada en vigor, de préstamo o crédito garantizado con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se sitúe en el denominado umbral de exclusión, rechazando la aplicación analógica de este régimen (art. 5.7 del Real Decreto-ley). Se trata, por tanto, de una normativa con ciertos efectos retroactivos, aunque limitados por otros medios²⁸. La restricción principal se introduce a través de los requerimientos subjetivos que sitúan al deudor en el umbral de exclusión. Para la mayor parte de la doctrina,

²⁸ JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «Nuevas anotaciones de la jurisprudencia a la defensa del deudor hipotecario. La moderación del principio de responsabilidad patrimonial universal», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 733, año LXXXVIII, septiembre-octubre de 2012, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Inmuebles de España, Madrid, 2012, pág. 2953.

tales exigencias limitan en exceso la posibilidad de uso de la dación en pago, impidiendo que personas con graves problemas de solvencia se puedan acoger a la misma. Si bien es necesario limitar su aplicación con el fin de que sirva de modo efectivo a los objetivos propuestos y no se desnaturalice, sin embargo sí es cierto que tanta restricción genera agravios comparativos.

Por ejemplo, se ha criticado la necesidad de que todos los miembros de la unidad familiar deban carecer de recursos, pues ello pudiera suponer un incentivo a la inacción²⁹, sin olvidar que la percepción de rendimientos o tenencia de bienes por otros miembros de la familia no debe sacrificarse necesariamente a la satisfacción de deudas adquiridas por otros, cercenando las posibilidades de desarrollo personal de tales miembros en un futuro más o menos próximo. El objetivo del *fresh start* o segunda oportunidad que persigue la dación en pago no debería conseguirse a costa de las oportunidades de otras personas que, si bien se integran en el grupo familiar, sin embargo no asumieron deuda alguna ni se colocaron en posición de garantes. Los mismos razonamientos entendemos sirven para criticar el requisito de la ausencia de otros bienes o derechos patrimoniales en el resto de la familia. No entendemos porqué personas que no han firmado compromiso alguno de garantía deban colocarse, siquiera indirectamente, en posición de responder a tales deudas: si no les otorgan la dación, el deudor puede perder su patrimonio, con lo que tales miembros podrían verse en situación de aportar sus bienes al sostenimiento familiar. Igualmente, se ha criticado que no se incluyan en el concepto de unidad familiar situaciones de divorcio o separación, así como uniones de hecho puras, puesto que se trata de supuestos que se observan en gran número en la práctica.

En nuestra opinión, la aplicación de la dación exclusivamente a los supuestos en los que el deudor tiene una vivienda deja fuera numerosas familias de clase media que han adquirido una segunda residencia por motivos de ocio vacacional y, sin embargo, el descenso en su valor es tal que no permite considerar a aquel en una situación de solvencia. También es criticable la aplicación de la dación en pago a las viviendas que se encuentran en los límites de precios de adquisición que se recogen en el artículo 5 del Real Decreto-ley, puesto que con ello se perjudica a grupos familiares que, por su amplio número de miembros, debieron adquirir una vivienda de gran tamaño y cuyo precio superaba, por ende, tales límites³⁰. Finalmente, se podría objetar, al límite del 60 por 100 del valor de la cuota hipotecaria de la totalidad de los ingresos familiares, que si bien es cierto que esta medida trata de ayudar a aquellos que se encuentran en situación más acuciante, sin embargo también podría suponer un premio a aquellos otros que acudieron alegres y descuidados a pedir el préstamo, sin tener en cuenta sus posibilidades reales y, sobre todo, se castiga a los que optaron por lo con-

²⁹ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., *op. cit.*, pág. 42.

³⁰ JIMÉNEZ PARÍS, T. A., *op. cit.*, pág. 2955.

trario, adoptando una postura de contención. En definitiva, se han establecido unos requerimientos objetivos que prescinden de las particularidades del caso concreto, lo que genera graves efectos. Igualmente se excluye la aplicación de esta medida cuando hay subasta anunciada ni cuando la vivienda está gravada con cargas posteriores. La razón de ser de esta última exclusión es obvia: de permitir la dación, una vez cancelada la deuda los acreedores posteriores —segundas hipotecas, embargos ejecutivos— ganarían en rango y podrían reclamar contra el acreedor que acepta la dación. Se trata de una solución que ya no se aplicaba en la práctica, por lo que su consagración legal parece una medida lógica con el fin de evitar mayores perjuicios al acreedor³¹.

El efecto de la aceptación del Código de Buenas Prácticas³² por la entidad supone, caso de ser aplicable, la aceptación obligatoria de la dación, con el consiguiente efecto de cancelación total de la deuda. Se otorga, así, un derecho subjetivo a los deudores reclamable en juicio. De esta forma, se mantiene, como dijimos, el sistema de responsabilidad de deudas tal como estaba, por cuanto la no elusión del principio de responsabilidad patrimonial universal solamente se admite mediante pacto (art. 140 LH) o voluntad favorable de las partes (adhesión al Código).

Ahora bien, la dación genera un problema de pérdida de la vivienda para el grupo familiar, lo que constituye un factor que aboca a la exclusión social. De hecho, gran número de asociaciones que reclamaban la dación en pago representaban, en su mayoría, a deudores inmigrantes que pretendían volver a sus países de origen sin deuda alguna dejando la vivienda al banco. Posibilidad que, sin embargo, no satisfacía del todo a los deudores nacionales. Por esta razón, encontramos positivo el otorgamiento al deudor de la posibilidad de optar por permanecer en arrendamiento en la vivienda. El importe fijado parece haberse establecido en función de las necesidades contables de las entidades y no de los deudores, lo que puede agravar su situación ante el excesivo y desproporcionado interés de demora —20 por 100— establecido para estos casos, en comparación, por ejemplo, con la moderación de tales intereses en los supuestos del artículo 4 del Real Decreto-ley. También consideramos positiva la exención del IRPF la ganancia obtenida por el deudor con la dación en pago. De esta forma, se

³¹ DÍAZ FRAILE, J. M., «Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, año LXXXVIII, julio-agosto de 2012, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Inmuebles de España, Madrid, 2012, pág. 1887.

³² Según la Resolución de 10 de abril de 2012, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, las entidades adheridas superaban entonces las ochenta. Curiosamente, las entidades extranjeras son las que menos se adhirieron al Código, incluso entidades pertenecientes a países de donde provenían inmigrantes deudores, que han sido muy beligerantes frente a las exigencias de pago.

elimina el agravio comparativo con los procedimientos de ejecución, en los que la posibilidad de cesión de remate eliminaba el pago de dicho impuesto, puesto que el cesionario se colocaba en la posición del acreedor sin que se entendiese como una transmisión sujeta al pago del impuesto.

En definitiva, consideramos que esta medida podría suponer una mejora en la situación económica de los deudores hipotecarios que no pueden devolver el préstamo. No obstante, dudamos de la efectividad de la misma ante las numerosas y fuertes restricciones establecidas para su aplicación. En cualquier caso, no debemos perder de vista que la dación en pago, como hemos señalado anteriormente, solamente se admite por vía voluntaria, sin que, en modo alguno, ello suponga la modificación del régimen jurídico existente respecto de la responsabilidad dual. Como ya dijimos, la propia Exposición de Motivos proclama las bonanzas del actual sistema.

5. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL

El Derecho español acoge un sistema de responsabilidad para el pago de las deudas garantizadas con hipoteca que podríamos denominar dual. Así, el acreedor, en caso de impago de la deuda garantizada, puede ir contra los bienes aportados en garantía hipotecaria, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1876 y siguientes del Código Civil, así como en el artículo 105 de la Ley Hipotecaria. Por reproducir solamente uno de ellos, dispone este último que: «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». Además, en el caso de que el valor de los bienes resulte insuficiente para cubrir el pago total de la deuda, también podrá el acreedor acudir contra el resto del patrimonio del deudor en virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil, según el cual: «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros». Aumenta, por ello, el nivel de seguridad del acreedor en el cobro de la deuda, como consecuencia de la existencia de un esquema doble de responsabilidad: la real derivada de la hipoteca y la personal, propia de la obligación garantizada, que no desaparece ni se subsume en la anterior. Como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 2 de febrero de 2000, «...la constitución de hipoteca en absoluto implica que sea el bien hipotecado el único que responde del cumplimiento de la obligación contraída y garantizada hipotecariamente...». De esta forma, se consigue satisfacer el principio de integridad del pago del artículo 1157 del Código Civil³³.

³³ STS de 12 de febrero de 1993.

Se trata, por tanto, de un principio proclamado legalmente, cuya aplicación, por tanto, no requiere su incorporación expresa a la escritura en la que se plasme la garantía hipotecaria³⁴. En la hipoteca, las posiciones de deudor y dueño de la cosa hipotecada constituyen dos situaciones diversas, manifestaciones de la deuda y la responsabilidad, respectivamente. Cuando tales posiciones coinciden en una persona, como suele ocurrir, el acreedor se encuentra facultado para el ejercicio de las acciones derivadas de ambas, pero ello no permite la confusión de aquellas, como ocurre en aquellas situaciones en las que se separan —casos del hipotecante no deudor o el tercer poseedor de la finca hipotecada—. Por ello, la responsabilidad derivada del artículo 1911 del Código Civil y la nacida de la hipoteca no deben confundirse³⁵ e, incluso, resulta discutible la desaparición de la primera. La razón de ser de la hipoteca es la inexistencia de gravamen real alguno en el principio de responsabilidad patrimonial universal, pero ello no implica, en modo alguno, la inexistencia de responsabilidad personal por parte del deudor³⁶: es decir, el perjuicio derivado de la posibilidad de que el patrimonio del deudor pueda resultar insuficiente se evita mediante la garantía hipotecaria, pero tal efecto no se conseguiría, precisamente, si se admitiese la liberación del patrimonio por la constitución de la garantía, por cuanto en caso de insuficiencia del valor de la cosa hipotecada el peligro de insolvencia, que se pretendía evitar con la hipoteca, se produciría en mayor grado. Como se ha sostenido de modo general, el artículo 1911 consagra, no solo un principio de responsabilidad, sino también un principio de garantía patrimonial de los acreedores³⁷. El deudor responde como tal, de forma que la hipoteca constituye un mecanismo de aumento de la seguridad jurídica ante la posible insuficiencia del valor de los bienes de aquél, pero en modo alguno es un sustitutivo. Como se ha señalado, la garantía hipotecaria es una relación yuxtapuesta a la relación obligatoria, que otorga al acreedor un poder nuevo y distinto al que tiene como titular activo de dicha relación³⁸, por lo que no es conveniente confundirlos.

³⁴ Incluso se ha sostenido que no es recomendable dicha inclusión, por cuanto ello dilataría innecesariamente la escritura, en contra de los principios de la regulación de consumidores. Vid. SÁNCHEZ DE FRUTOS, R., «La hipoteca y la legislación de defensa de los consumidores», en *Hipotecas y seguridad jurídica*, Centros de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de España, Madrid, 1991, pág. 207.

³⁵ ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, Tomo VII, 8.ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, págs. 227-229.

³⁶ ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, Tomo IV, 8.ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 177 y sigs.

³⁷ Entre otros, GULLÓN BALLESTEROS, A., «Comentario al artículo 1911 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, dir.: Manuel ALBALADEJO GARCÍA, Tomo XXIV, EDERSA, Madrid, 1984, pág. 663. GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Ed. Tecnos, Madrid, 1965, pág. 71.

³⁸ CASTILLO MARTÍNEZ, C., *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Ed. Aran-zadi, Pamplona, 1999, págs. 40-41.

Es más, en el caso de ejecución, el acreedor puede optar por el ejercicio de la acción personal *ex* artículo 1911 del Código Civil en el juicio declarativo correspondiente o el ejecutivo derivado del otorgamiento de la escritura pública o la acción real hipotecaria, conforme al procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. La dualidad de acciones procesales constituye una manifestación de la existencia de las dos responsabilidades, personal y real³⁹.

En relación con esta cuestión, la exigencia de los acreedores a hacer efectivo el pago del resto de la deuda sobre los demás bienes del deudor ha sido objeto de controversia y se ha puesto en tela de juicio en el Auto 111/2010 de la Audiencia Provincial de Navarra. Llama la atención que el Juzgador se centre en la argumentación relativa al valor de tasación del inmueble, como cifra inamovible por la que debe pasar el acreedor y, por tanto, debe entenderse como satisfactoria de toda la deuda, y sin embargo guarde silencio respecto de la concurrencia del principio del artículo 1911 del Código Civil. Es más, dicho silencio no es del todo cierto, por cuanto en el Fundamento de Derecho 4.º del Auto se puede leer lo siguiente: «...dado que en definitiva la Ley procesal permite a la parte ejecutante solicitar lo que se solicita, esto es, que se continúe la ejecución respecto de otros bienes del ejecutado, dado que con los objeto de realización mediante subasta no han sido suficientes para pagar la deuda reclamada». Esta argumentación permite al Juzgador negar la concurrencia en el caso resuelto de abuso de derecho por parte del acreedor, derivado de la reclamación del pago de la parte de deuda no satisfecha con el valor de los bienes hipotecados.

Es obvio que en el Auto se está haciendo referencia al artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya analizado en este trabajo. Sin embargo, en nuestra opinión, tal mención es también una manifestación directa del principio de responsabilidad patrimonial universal. Pues bien, si el Juzgador no se atreve a poner de manifiesto de forma expresa la existencia de un supuesto de dación en pago, que daría lugar a la extinción de la deuda, no entendemos sobre qué base puede sustentar la inaplicación del artículo 1911 del Código Civil. Se trata de un principio legal que únicamente es evitable mediante la voluntad en contra de las partes a través de un acuerdo de limitación de la responsabilidad al importe de los bienes hipotecados. Establece el artículo 140 de la Ley Hipotecaria: «No obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados,

³⁹ LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil*, III, *Derechos Reales*, Vol. 2 (Derecho Reales Limitados, Situaciones de cotitularidad), Ed. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 277. También, DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II (Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral), 7.ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2005, pág. 471.

y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor. Cuando la hipoteca así constituida afectase a dos o más fincas y el valor de alguna de ellas no cubriese la parte de crédito de que responda, podrá el acreedor repetir por la diferencia exclusivamente contra las demás fincas hipotecadas, en la forma y con las limitaciones establecidas en el artículo 121». Así, se acepta la modificación convencional que elimine la aplicación del artículo 1911 del Código Civil, en consonancia con el artículo 1255 del mismo texto legal.

Ahora bien, lo que acepta la Ley es la limitación convencional, en virtud de pacto de las partes. Además, en modo alguno es admisible la eliminación absoluta de la responsabilidad patrimonial universal mediante pacto, cuando el mismo no se ha previsto legalmente: como sostiene GULLÓN BALLESTEROS, la admisión de dicha posibilidad equivaldría a dejar al arbitrio del deudor la satisfacción final de la deuda, lo que resulta contrario al artículo 1256 del Código Civil⁴⁰. Incluso acepta el mencionado autor las cláusulas de exclusión de bienes de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, aunque otros entienden que tal exclusión solamente es posible si queda cubierto el *id quod interest*⁴¹. En modo alguno, es admisible esta limitación de la responsabilidad del deudor a través de una decisión judicial, que resulta contraria a lo dispuesto por la Ley. En este sentido, se ha afirmado que, dada la posibilidad de poder limitar la responsabilidad mediante convenio, la voluntad de renuncia del acreedor de dirigirse contra todo el patrimonio del deudor requiere establecerse de forma expresa y precisa, máxime en aquellos supuestos en los que el bien hipotecado supera con creces el valor de la deuda garantizada y, por tanto, su valor resultaba suficiente para garantizar el total de la deuda⁴². En nuestra opinión, tal argumentación podría servir para aquellos supuestos en los que, desde un inicio, el valor de la cosa supera al de la deuda, pero no parece aplicable a aquellos otros, como el que nos ocupa, en los que la tasación, por mandato legal, no puede alcanzar el 100 por 100 del valor de la deuda garantizada. Por otra parte, tampoco parece factible que, en la inmensa mayoría de los casos de financiación de la vivienda adquirida, la entidad prestamista acepte un pacto de limitación de la responsabilidad. En todo caso, lo que sí pone de manifiesto el precepto referido es que, caso de no mediar pacto en tal sentido, no es admisible el establecimiento judicial de la limitación de responsabilidad en contra de lo dispuesto en el artículo 1911 del Código Civil.

Sobre la base de lo anterior, no es admisible la alegación de la obtención de un enriquecimiento injusto por la entidad, por cuanto la ganancia derivada de la adjudicación del bien por el precio establecido por la Ley, que parte del fijado en el momento de la constitución de la hipoteca, posee carácter aleatorio

⁴⁰ GULLÓN BALLESTEROS, A., *op. cit.*, págs. 663-664.

⁴¹ GARCÍA AMIGO, M., *op. cit.*, pág. 176.

⁴² Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 5.ª, de 18 de mayo de 2001.

y proviene, por tanto, de una atribución que aquella realiza al acreedor para satisfacer la deuda. Difícilmente, el ejercicio de un derecho puede servir de base para la obtención de un enriquecimiento injusto⁴³.

Por otro lado, la Ley de Enjuiciamiento Civil aporta mayores facilidades al acreedor para caber efectiva la responsabilidad personal del deudor, en el caso de que los bienes hipotecados no sean suficientes para cubrir el importe total de la deuda. En efecto, el artículo 579 que introdujo la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil otorga una posición de mayor comodidad al acreedor, puesto que se evita la necesidad de abrir un nuevo proceso⁴⁴. Es más, se ha sostenido que esta solución constituye un privilegio del acreedor hipotecario⁴⁵. Esta solución se justifica porque el acreedor hipotecario tiene, en virtud de la escritura de constitución de la hipoteca, dos títulos: el propio de la garantía y la escritura pública reconocida a la que se refiere el artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite reclamar, en el mismo proceso, el embargo de otros bienes del deudor por la cantidad de deuda que falte por pagar⁴⁶.

6. LA DACIÓN EN PAGO Y LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

En los últimos tiempos se ha sostenido la posible aplicación de esta cláusula a supuestos como los analizados en este trabajo. Así, la actual crisis económica constituye el presupuesto fáctico, pues supone una alteración sobrevenida en las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato que, a su vez, provocan la desaparición de la equivalencia de las prestaciones acordadas e impiden, en definitiva, que el deudor, en muchas ocasiones, pueda pagar su deuda. Además del efecto de la dificultad de cumplimiento del deudor, la crisis también ha producido una disminución de los valores de los inmuebles adquiridos y aportados en garantía. Tal circunstancia impide hablar de equilibrio de las posiciones de las partes, con lo que el deudor se ve sumido en una situación de gran perjuicio, ante la posibilidad de la entidad financiera de atacar el resto del patrimonio, una vez adjudicado el bien o realizado su valor. Por ello, es necesario analizar la posible aplicación de esta cláusula y los requerimientos que la jurisprudencia viene exigiendo.

⁴³ STS de 30 de junio de 1986.

⁴⁴ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11.ª, de 11 de julio de 2006.

⁴⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, de 16 de marzo de 2004. De esta forma, la Ley de Enjuiciamiento Civil incide en la conveniencia de utilizar el procedimiento hipotecario. FAJARDO, F. y otros, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 508.

⁴⁶ En este sentido, ADÁN DOMÈNECH, F., *La ejecución hipotecaria*, Ed. Bosch, Barcelona, 2009, págs. 372-373.

Según el Tribunal Supremo⁴⁷, tanto la jurisprudencia como la doctrina —pues no existe construcción legal en nuestro Derecho— han tratado de construir esta cláusula ante supuestos de dificultades extraordinarias sobrevenidas en el cumplimiento de las obligaciones, con el fin de lograr recomponer el equilibrio de las prestaciones. Así, se considera aplicable la mencionada cláusula, siempre de forma restrictiva, lo que permitiría alterar el contenido de la prestación inicial, cuando concurren los siguientes requisitos: alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento presente respecto de las iniciales, desproporción exorbitante de las prestaciones e imprevisibilidad de la alteración⁴⁸.

Sin embargo, no se observa en el caso presente la concurrencia de la imprevisibilidad de las alteraciones. Es más, se observa que existe una previsión de los posibles hechos que desemboquen en la consecuencia producida, en la norma que establece la posibilidad de perseguir los bienes, más allá del límite que, a tales efectos, podría suponer la responsabilidad hipotecaria. En efecto, los solicitantes de los préstamos hipotecarios, sobre todo los que solicitaron préstamos en los últimos años, eran conocedores de la situación económica y financiera y de su posible evolución. De hecho, en gran número de contratos se establecían cautelas frente a la posible crisis: un ejemplo, los seguros concertados para el supuesto de pérdida de empleo. La crisis era una situación anunciada o, al menos, comentada en muchos ámbitos, lo que aumentaba las dificultades de hacer frente al pago del préstamo⁴⁹, de tal forma que no parece sostenible la aplicación de una cláusula que nace con vocación de restricción.

A mayor abundamiento, en este caso estamos más bien ante un supuesto en que se cumple la previsión establecida y, por ende, debe aplicarse la medida para tal supuesto. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12.ª, de 13 de octubre de 2009, resuelve un supuesto en el que las condiciones del arrendamiento pactado se hacen más gravosas, como consecuencia de que se ha superado el tiempo del mismo inicialmente pactado por efecto de unas obras en su vivienda habitual que se habían prolongado más allá del tiempo previsto por causas imprevistas, lo cual ocasionaba una elevación de la renta. Pues bien, entendió el Tribunal que en este caso lo que ocurre es que concurren, precisamente, las circunstancias previstas por las partes, que dan lugar a la aplicación de las previsiones establecidas al efecto —elevación de renta si se supera el tiempo pactado como duración inicial del contrato—. En el caso que nos ocupa parece que ocurre lo mismo, con la diferencia de que no son las partes, sino la Ley, la que recoge una cautela frente a la posibilidad de insuficiencia del valor de los

⁴⁷ Sentencia de 23 de abril de 1991.

⁴⁸ Por citar algunas sentencias al respecto, STS de 14 de diciembre de 1940, de 17 de mayo de 1957, de 29 de mayo de 1996, de 15 de noviembre de 2000 o de 21 de marzo de 2003.

⁴⁹ La existencia y conocimiento de dificultades previas a la causación del hecho que altera las condiciones iniciales impide la concurrencia del requisito de la imprevisibilidad, según la STS, Sala 1.ª, de 1 de marzo de 2007.

bienes hipotecados para cubrir el total de la deuda. Es decir, dada la posibilidad real de que se produzca la disminución de valor, se permite la persecución de otros bienes del deudor. Por tanto, no concurre la imprevisibilidad de las circunstancias que alteran las condiciones iniciales, sino que el artículo 1911 del Código Civil es la constatación de la previsión en tal sentido. Aunque es obvio que la existencia de este precepto no puede prejuzgar en modo alguno la concurrencia o no de circunstancias especiales e imprevistas en cada caso, sin embargo tal previsión normativa, junto con las establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, no permite sostener que el deudor desconoce la posibilidad de que los bienes hipotecados sean insuficientes y la consiguiente ejecución.

En cualquier caso, la inaplicación del requisito de la previsibilidad a los supuestos de alteración del precio de los inmuebles es una constante en la jurisprudencia⁵⁰. La previsibilidad de los riesgos depende del tipo de contrato y la cantidad de información que las partes hayan podido tener al respecto. Por ejemplo, como afirma AMUNÁTEGUI, en un contrato de larga duración, la posibilidad de que concurren circunstancias imprevisibles es más amplia, lo que las convierte en previsibles o, al menos, requieran una mayor previsión⁵¹. En la actualidad, es mayor la previsibilidad de riesgos, pues en su mayoría son de origen artificial⁵². Así, el Tribunal Supremo ha sostenido que las devaluaciones de moneda deberían ser previstas por los contratantes, que poseen o pueden poseer información al respecto⁵³, lo cual resulta aplicable por analogía a los supuestos de depreciación de los bienes objeto de un contrato. Pues bien, en el caso presente, las circunstancias del mercado, de la situación laboral y económica, de los antecedentes de crisis y otras circunstancias, no parece que permitan sostener la imprevisibilidad de las dificultades generadas por la crisis económica y financiera para una persona con un grado medio de previsión, como es exigible, lo que no permite, a su vez, sostener la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Por otro lado, se ha discutido si la aplicación de la cláusula presupone la imposibilidad del cumplimiento de la prestación o su dificultad extraordinaria⁵⁴.

⁵⁰ Por citar algunas, STS de 21 de febrero de 1990, STS de abril de 1991, STS de abril de 1990. Es cierto que numerosos supuestos, la inaplicación de la cláusula se proclama respecto de la subida del precio por el transcurso del tiempo de tracto sucesivo o de ejecución diferida. Sin embargo, en las dos últimas resoluciones que se han citado, el Tribunal Supremo alude a los riesgos derivados de la variación de los precios, sin precisar que la misma pueda tener lugar al alza o a la baja.

⁵¹ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La cláusula rebus sic stantibus*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 259-260.

⁵² MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., *La alteración de las circunstancias contractuales. Una análisis jurisprudencial*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 93.

⁵³ STS de 31 de octubre de 1963.

⁵⁴ Entre otros, CASTILLA BAREA, M., *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 191; CRISTÓBAL MONTES, A., *El incumplimiento de las obligaciones*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, pág. 40 y sigs.

La mayoría de la doctrina entiende que una u otra opción requiere analizar cada caso para valorar su concurrencia y que la imposibilidad se debe valorar atendiendo al principio de buena fe y a la excesiva onerosidad que se ha producido. Se acepta, así, la equiparación de la dificultad extraordinaria con la excesiva onerosidad, pero sin que ello se traduzca necesariamente en la revisión del contrato, según ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo⁵⁵.

7. CONCLUSIÓN

En este artículo se analiza la figura de la dación en pago y sus posibles incidencias en su aplicación a la ejecución de la hipoteca. Nos hemos planteado también los posibles efectos de la modificación del sistema de responsabilidad dual, personal y real, para mantener únicamente la segunda. Analizamos principios e instituciones jurídicos para comprobar si encajan o no en la dación en pago y hemos estudiado algunos pronunciamientos judiciales y las últimas novedades legislativas sobre la materia.

En nuestra opinión, la aplicación de la doctrina de los actos propios —ello permite obligar a la entidad financiera a pasar por el valor establecido en la tasación del inmueble, a los efectos de la consideración de dicho valor como suficiente para pagar toda la deuda— no parece admisible en este caso, por cuanto la tasación no es un acto que tiene por objeto la constitución de un derecho de la entidad financiera ni tiene el carácter de acto principal, que la aplicación de esta teoría exige. Además, no parece que la tasación posea la precisión requerida. Para que el banco acepte la tasación como cifra de limitación de la responsabilidad asumida por el deudor hipotecante, es necesario el pacto de las partes en tal sentido. La misma exigencia —el pacto de las partes o la previsión legal— impide hablar, cuando no concurre como es el caso, de la concurrencia de un supuesto de dación en pago, sin que la decisión judicial pueda sobreponerse a tal ausencia. En tal sentido, no existe argumento para sostener el pago de la totalidad de la deuda por la adjudicación de la vivienda. Finalmente, tampoco es admisible la aplicación al supuesto de la cláusula *rebus sic stantibus*, por cuanto no concurre la imprevisibilidad de las circunstancias que alteran de forma sobrevenida las condiciones iniciales y eliminan la desproporción de las posiciones de las partes en el contrato.

Desde un punto de vista jurídico, la doble responsabilidad, personal y real, que presupone la deuda garantizada con hipoteca constituye un instrumento de pacificación del tráfico crediticio e inmobiliario. Así, la hipoteca otorga mayores beneficios, como garantía del crédito, que otras figuras. Por ejemplo, en el caso de la compraventa de bienes inmuebles por precio aplazado con condición reso-

⁵⁵ Sobre este punto, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, pág. 262 y sigs.

lutoria expresa, el acreedor solamente posee la facultad de resolver el contrato y recuperar la cosa, pero no de recuperar el precio, por lo que difícilmente se puede hablar en este caso de garantía de cumplimiento⁵⁶. La misma conclusión se puede sostener de otra figura que asegura la recuperación del bien, como es el contrato de *leasing* inmobiliario, por la cláusula de reserva de dominio que incluye. Pues bien, el efecto restitutorio, que no solutorio, no permite hablar de garantía del cumplimiento de la deuda, a diferencia de la hipoteca. De ahí su mayor virtualidad y el éxito como garantía de los préstamos bancarios. Así, si se limitase la responsabilidad al valor del bien hipotecado, entonces las entidades se replantearían, quizá, su empleo como tal garantía, ante la posibilidad de obtener pérdidas derivadas de la depreciación del bien.

Desde el punto de vista económico y financiero, es necesario plantearse si esa solución es la más correcta para el establecimiento de un sistema integral que otorgue seguridad a los diferentes operadores y evite estos perjuicios u otros mayores. En efecto, tales medidas eliminarían, o al menos reducirían en gran parte, los problemas de empobrecimiento causados a los deudores insolventes. Sin embargo, un planteamiento que tenga en cuenta una visión más amplia puede recomendar otras soluciones. La adopción de la adjudicación en pago o similar generaría, de forma inmediata, una retracción del crédito, por cuanto las entidades financieras deberían actuar con mayor cautela respecto de su política de préstamos y los destinatarios posibles de dichas operaciones. Además, ello supondría, en pura lógica, un aumento de las garantías exigidas por las entidades, dado que el valor de la cosa hipotecada no sería garantía suficiente del importe de la deuda⁵⁷. De esta forma, encontraríamos, por otra vía, una solución similar a la actual, por cuanto se aumentarían las garantías personales, propias o ajenas, ante la eliminación del principio de responsabilidad patrimonial universal.

Todo lo anterior, traería como consecuencia un encarecimiento general de los créditos, que repercutiría en el conjunto de los consumidores, no solo en aquellos que sufren una posible situación de insolvencia, como ocurre en la situación de crisis actual. Por tanto, se establecerían mayores obstáculos al acceso a la vivienda con carácter general, con los efectos que para la economía tendría tal situación. Aunque no se trata de resolver aquí una cuestión cuyo estudio corresponde a otras áreas, sin embargo sí es necesario hacer este planteamiento con el fin de poder adoptar decisiones jurídicas que posean carácter estratégico.

⁵⁶ AMORÓS GUARDIOLA, M., «La publicación registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipotecada», en *Hipotecas y seguridad jurídica*, Centros de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de España, Madrid, 1991, pág. 16.

⁵⁷ Estas conclusiones parecen obvias y se han sostenido de modo general por autores de las más diversas disciplinas. Vid. MARTÍN PASTOR, J., «Posibilidades del acreedor hipotecario cuando, subastado el bien hipotecado, su producto resulta insuficiente para cubrir el crédito (a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, 111/2010, de 17 de diciembre)», en *Diario La Ley*, núm. 7590, 16 de marzo de 2011, pág. 12.

Se ha sostenido, con acierto, que en la situación actual, en la que comienza a existir una masa de ciudadanos que, ante la depreciación de la vivienda y el paro, no puede hacer frente al pago de su hipoteca, es necesario hacer algo. Es cierto que en tales casos se deben arbitrar medidas audaces que eviten una ejecución, que en la mayoría de los casos va a resultar infructuosa. MADRIDEJOS propone, por ejemplo, las ampliaciones de plazo sin cuotas crecientes ni aumento de tipos, o diferir la amortización de parte del préstamo hasta su vencimiento, pero sobre todo aboga por la dación en pago. Entiende que tal medida aporta beneficios a las entidades financieras, que pueden hacer provisiones, a la vez que se evitan los gastos derivados de la ejecución del bien⁵⁸. Tales argumentos son incuestionables, pero debemos reparar en que el autor propone para ello una colaboración de todas las partes implicadas con el fin de facilitar esta solución: notarios, Administraciones Públicas, entre otros. Es decir, aboga por establecer beneficios que empujen a las partes al acuerdo de dación. Por lo tanto, se observa que, no obstante la necesidad de adoptar medidas de lucha contra los efectos perniciosos de la crisis, no parece que las mismas pasen por la implantación de decisiones legales que condicionen la libertad contractual de las partes, lo que a su vez generaría una retracción y encarecimiento del crédito para la mayoría de la población que, hasta la fecha, no se ha visto afectada por dicha situación. Es necesario valorar si la medida que se propone no ocasiona un mal mayor que el que se pretende evitar.

En definitiva, consideramos que la adopción de soluciones que permitan al deudor liberarse de la deuda con el valor del inmueble aportado en garantía requiere cierto detenimiento, con el fin de valorar todos los intereses en juego y evitar que las circunstancias de cada momento condicionen la decisión al respecto⁵⁹. En este sentido, la aprobación del Código de Buenas Prácticas parece, a priori, una solución adecuada, a juzgar por el número de entidades financieras que se han adherido al sistema. Sin embargo, dudamos de la efectividad de la medida y de que vaya a favorecer a un gran número de deudores, puesto que los requerimientos establecidos para acogerse a la dación en pago hacen imposible su aplicación. El denominado umbral de exclusión solamente toma en consideración situaciones de insolvencia excesivamente aguda. No negamos que la dación en pago debe ser una medida excepcional, de hecho no estamos convencidos de la bonanza de la medida, como hemos puesto de manifiesto en este trabajo. Sin embargo, si las entidades aceptan voluntariamente su empleo no es muy adecuado restringir en exceso su efectividad, sobre todo porque con ello se produce la exclusión de supuestos que

⁵⁸ MADRIDEJOS, A., «La dación en pago. Soluciones frente a la crisis inmobiliaria», en *El Notario del Siglo XXI*, julio-agosto de 2008, Colegio Notarial de Madrid, págs. 80-85.

⁵⁹ En este sentido, el Parlamento de Galicia ha aprobado —22 de marzo de 2001— una proposición no de ley para instar al Gobierno de la nación a reformar la norma y adoptar la solución propuesta, limitada a los casos en que la hipoteca recaiga sobre la vivienda habitual y el deudor sea de buena fe. Como se puede comprobar, se trata de presupuestos de aplicación idénticos a los propuestos en la iniciativa legislativa popular referida en páginas anteriores.

justifican, a todas luces, su aplicación. Eso sí, sin alteración, como manifiesta el propio legislador, de las líneas generales de nuestro sistema hipotecario, que se ha manifestado efectivo para garantizar la seguridad del tráfico inmobiliario.

BIBLIOGRAFÍA

- Análisis sobre el impacto de las ejecuciones hipotecarias en el estado español*, que se halla incluido en la página de la Plataforma de Afectados por la Hipoteca, <http://afectadosporlahipoteca.wordpress.com>
- ADÁN DOMÈNECH, F.: *La ejecución hipotecaria*, Ed. Bosch, Barcelona, 2009.
- ALONSO SÁNCHEZ, B.: *Las adjudicaciones procesales de bienes en los procesos de ejecución*, EDERSA, Madrid, 2009.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: «De nuevo en apoyo del deudor hipotecario. El Real Decreto-ley 6/2012 y su Código de Buenas Prácticas», en *El Notario del Siglo XXI, Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 42, marzo-abril de 2012.
- AMORÓS GUARDIOLA, M.: «La publicación registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipotecada», en *Hipotecas y seguridad jurídica*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de España, Madrid, 1991.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *La cláusula rebus sic stantibus*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- BAS Y RIVAS, F.: «La dación, adjudicación y cesión de bienes en función del pago de deudas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 208, septiembre de 1945.
- BELINCHÓN ROMO, M. R.: «El contrato de compraventa y la dación en pago», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, abril de 2010.
- BERROCAL LANZAROT, A. I.: «Reflexiones sobre el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», en *El Consultor Inmobiliario*, núm. 134, mayo de 2012, Ed. La Ley, Madrid, 2012.
- CASTILLA BAREA, M.: *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C.: *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.
- CRISTÓBAL MONTES, A.: *El incumplimiento de las obligaciones*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- DÍAZ FRAILE, J. M.: «Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, año LXXXVIII, julio-agosto de 2012, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Inmuebles de España, Madrid, 2012.
- DÍEZ PICAZO Y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II (Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral), 7.ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2005.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Ed. Civitas.
- *La doctrina de los propios actos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1963.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.: «Naturaleza jurídica de la dación en pago», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 10, Madrid, 1957.

- FÍNEZ, J. M.: «La dación en pago», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVIII, Fascículo IV, octubre-diciembre de 1995, Ministerio de Justicia.
- GARCÍA AMIGO, M.: *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Ed. Tecnos, Madrid, 1965.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: «Reforma del mercado hipotecario llevada a cabo por la Ley 41/2007», en *Conferencias del Curso Académico 2008-2009*, Tomo XX, Academia Sevillana del Notariado, Sevilla, 2010.
- GULLÓN BALLESTEROS, A.: «Comentario al artículo 1911 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, dir.: Manuel ALBALADEJO GARCÍA, Tomo XXIV, EDERSA, Madrid, 1984.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A.: «Nuevas anotaciones de la jurisprudencia a la defensa del deudor hipotecario. La moderación del principio de responsabilidad patrimonial universal», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 733, año LXXXVIII, septiembre-octubre de 2012, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Inmuebles de España, Madrid, 2012.
- LACRUZ BERDEJO y otros: *Elementos de Derecho Civil*, III, *Derechos Reales*, Vol. 2 (Derechos Reales Limitados, Situaciones de cotitularidad), Ed. Dykinson, Madrid, 2001.
- LÓPEZ MESA, M., y ROGEL VIDE, C.: *La doctrina de los actos propios, doctrina y jurisprudencia*, Ed. Reus, 2005.
- MADRIDEJOS, A.: «La dación en pago. Soluciones frente a la crisis inmobiliaria», en *El Notario del Siglo XXI*, julio-agosto de 2008, Colegio Notarial de Madrid.
- MARTÍN PASTOR, J.: «Posibilidades del acreedor hipotecario cuando, subastado el bien hipotecado, su producto resulta insuficiente para cubrir el crédito (a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, 111/2010, de 17 de diciembre)», en *Diario La Ley*, núm. 7590, 16 de marzo de 2011.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La alteración de las circunstancias contractuales. Un análisis jurisprudencial*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003.
- MERINO HERNÁNDEZ, J. L.: «La dación en pago», en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo de 1975, Colegio Notarial de Madrid.
- PÉREZ GARCÍA, M.: «La realización del valor de los bienes en los procesos y su problemática en el Derecho español (reflexiones a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010)», en *Diario La Ley*, núm. 7590, 16 de marzo de 2011.
- ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho Hipotecario*, Tomo IV, 8.ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1998.
- *Derecho Hipotecario*, Tomo VII, 8.ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1998.
- SÁNCHEZ DE FRUTOS, R.: «La hipoteca y la legislación de defensa de los consumidores», en *Hipotecas y seguridad jurídica*, Centros de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de España, Madrid, 1991.
- SANTOS REQUENA, A. A.: *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio*, Ed. Comares, Granada, 1998, págs. 113-114.
- SERRANO ALONSO, E.: «Consideraciones sobre la dación en pago», en *Revista de Derecho Privado*, mayo de 1978.
- SERRANO CHAMORRO, M. E.: *Entrega de cosa distinta a la pactada*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2006.

RESUMEN

DACIÓN EN PAGO

En España, los efectos de la crisis financiera se han propagado más allá del sector financiero y con mayor virulencia que en otros países de nuestro entorno, debido principalmente al exagerado volumen que el sector inmobiliario adquirió en nuestro país en la pasada década, que a su vez arrastró consigo al sector financiero y a amplias capas de la población, sumidas en la insolvencia presente y futura como consecuencia del desplome económico, del mercado de trabajo y, por ende, de su poder adquisitivo. Como efecto jurídico derivado de aquel panorama económico, se ha producido un aumento ingente de los procesos de ejecución de hipotecas por impago de los préstamos, lo que, unido al hundimiento del valor de los inmuebles por la gigantesca oferta de viviendas vacías y la imposibilidad de obtener financiación para su compra, conlleva la consiguiente realización del resto del patrimonio personal del deudor para obtener el cobro de toda la deuda. Así, en los últimos tiempos han proliferado las manifestaciones a favor de la minoración de los perjuicios derivados de la persecución del patrimonio personal, a través, por ejemplo, de medidas como la adjudicación del inmueble en pago de la totalidad de la deuda u otra medida de efecto similar. En este trabajo se analizan las implicaciones jurídicas que podría generar la adopción de una medida como la propuesta, así como algunas soluciones adoptadas por el legislador. En este sentido, también es necesario plantearse la adopción de posibles soluciones al problema existente, teniendo en cuenta los factores económicos que pueden condicionar la oportunidad de tales medidas.

ABSTRACT

SURRENDER IN LIEU OF PAYMENT

In Spain the effects of the financial crisis have raged beyond the financial sector and displayed greater virulence than in other European countries. This is due primarily to fact that the Spanish real estate sector swelled to absurd proportions in the last decade, dragging with it the financial sector and broad layers of the population. Now those people are facing a present and a future of insolvency, as a consequence of the nose-dive in the economy, the job market and thus individuals' purchasing power. As one effect of the economic panorama, there has been a sharp rise in mortgage foreclosures due to defaults on loans. This, combined with plummeting property values due to the monstrous oversupply of empty homes and the impossibility of getting homeowners' loans, leads to situations where borrowers are being forced to liquidate all their personal assets in order to pay off their loans in full. Thus, there has of late been a proliferation of feeling in favour of reducing the harmful effects of foreclosure on borrowers' personal assets through measures like, for example, enabling borrowers to surrender their mortgaged property in full payment of the loan, or other measures having a similar effect. This paper takes a close look at the legal implications that could ensue from measures like this and a number of solutions now put into legislation. In this sense, it is also necessary to consider possible solutions to the existing problem, taking account of the economic factors that could affect such measures' advisability.

El patrimonio de afectación profesional en el Derecho francés. ¿Evolución o revolución en la teoría del patrimonio?

por

MONTSERRAT PEREÑA VICENTE
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: LAS RAZONES DEL CAMBIO.
- II. EL CAMINO HACIA LA RUPTURA CON LA TEORÍA DEL PATRIMONIO ÚNICO.
- III. EL PATRIMONIO DE AFECTACIÓN: LA COMPLEJIDAD DE SU DISEÑO:
 1. CONCEPTO Y NATURALEZA.
 2. CONSTITUCIÓN:
 - 1) *Elementos subjetivos:*
 - A) Quién puede ser titular.
 - B) Capacidad:
 - 1.º Menor emancipado.
 - 2.º Menores.
 - 2) *Elementos objetivos:*
 - A) El acto de afectación.
 - B) Composición del patrimonio de afectación.
 - C) Transmisión de bienes y ganancias.
 - 3) *Elementos formales:*
 - A) Requisitos esenciales para la constitución.
 - B) Obligaciones impuestas durante el funcionamiento de la EIRL.

IV. LA ESENCIA DEL DISPOSITIVO: EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD:

1. LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD: LA IMPERMEABILIDAD DE LOS PATRIMONIOS.
2. LOS SUPUESTOS DE PERMEABILIDAD:
 - 1) *Derecho de oposición.*
 - 2) *La inoponibilidad derivada del fraude.*
 - 3) *Ganancias: la permeabilidad respecto de las del último año.*
 - 4) *Las garantías complementarias.*

I. INTRODUCCIÓN: LAS RAZONES DEL CAMBIO

La lógica por la cual los países del área del *common law* han permitido tradicionalmente la existencia de patrimonios separados, es decir, no han vinculado el patrimonio a la personalidad, mientras que los países del Derecho continental, con escasas excepciones como Alemania, han rechazado la multiplicación de los patrimonios atribuidos a una persona, está llegando a su fin.

Quizás por la influencia que AUBRY y RAU¹ han tenido en la doctrina, la jurisprudencia y el legislador, Francia ha sido durante décadas, referente de la defensa de la teoría subjetiva del patrimonio, concebido este como continuación o prolongación de la personalidad. Consecuencia de esta idea ha sido el tradicional rechazo de una parte importante de la doctrina a cualquier reforma que supusiera un ataque contra la teoría de la unidad del patrimonio, lo que ha elevado a la categoría de dogma el postulado «un solo patrimonio para cada persona». Dogma que, como señala CHÉNEDÉ², es más el resultado de actos de repetición pedagógica que de una actividad científica, ya que es su consagración en los manuales de enseñanza del Derecho a comienzos del siglo XX lo que,

¹ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 4.^a ed. 1873, p. 231: «Le patrimoine étant une émanation de la personnalité et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investi comme telle, il en résulte: Que les personnes physiques ou morales peuvent seules avoir un patrimoine; Que toute personne a nécessairement un patrimoine, alors même qu'elle ne posséderait actuellement aucun bien; Que la même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine dans le sens propre du mot».

² CHÉNEDÉ, F., *La mutation du patrimoine*, Gazette du Palais, 19 de mai 2011, n.º 139, P. 19, p. 7: «On se rend compte alors, comme le relève le rapport, que c'est en qualité de dogme que la théorie d'Aubry et Rau est reçue. Comment ce dogme s'est-il formé? Comme tous ses semblables, par tradition, c'est-à-dire par répétition. Et ce n'est pas le moindre des apports de cette étude sociologique que de montrer que la puissance de la doctrine est vraisemblablement plus forte à travers son activité pédagogique qu'à travers son activité scientifique.

Le sort de la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau en est la parfaite illustration. Que s'est-il passé? Les principaux manuels du début du XX^e siècle ont adopté la théorie de l'unité du patrimoine: Planiol, Capitant et Baudry-Lancantinerie, pour ne prendre que ces exemples, enseignaient à leurs étudiants le système présenté par Aubry et Rau. La majorité des auteurs de la seconde moitié du XX^e siècle ont repris cette habitude».

en cierto modo, lo ha cristalizado y así, pese a las críticas, se ha transmitido de generación en generación.

La situación ha cambiado en los últimos años. Si AUBRY y RAU levantasen la cabeza no reconocerían las transformaciones que se han producido en una legislación en la que se multiplican los dispositivos que, en mayor o menor medida, permiten establecer una ruptura con sus postulados de finales del siglo XIX.

Las razones que explican esta evolución son variadas y, quizás, como subraya KESSLER³, la razón última reside en las necesidades que impone un mundo globalizado en el que los estados están obligados a abrirse a los modelos extranjeros, «ya sea por una modificación de sus legislaciones o por el desarrollo de una lógica de reconocimiento de las instituciones extranjeras». Globalización económica que impone también una cierta globalización o mundialización jurídica y que provoca que instituciones tan marcadamente anglosajonas como el *trust*, encuentren acomodo en países de tradición del *civil law*. Y es que, como subraya CHAMPAUD⁴, el mundo actual nada tiene que ver con el de 1869, que es la época en la que AUBRY y RAU divulgan su famosa teoría, y las evoluciones han puesto de manifiesto que la teoría de la unidad del patrimonio es lo que quizás siempre fue: una ficción. Ficción que además, como subraya BARREAU⁵, es acusada de ser un freno a la libertad de empresa.

Es, precisamente, la admisión en 2007 de la fiducia en Francia, la que ha supuesto un paso decisivo en esta dirección aunque no ha sido ni el primero ni

³ KESSLER, G., *L'affectation du patrimoine en droit comparé*, Revue Lamy Droit des Affaires, 2010, 50, p. 2: «Sans forcément renier leur conception du patrimoine et de la propriété, les États sont obligés, dans un contexte de mondialisation, de s'ouvrir davantage aux modèles étrangers, que ce soit par une modification de leur législation ou par le développement d'une logique de reconnaissance des institutions étrangères. Le droit français s'inscrit parfaitement dans cette tendance. La consécration du patrimoine d'affectation a en effet suivi de peu la reconnaissance de la fiducia qui devrait elle-même conduire prochainement à la ratification de la Convention de La Haye du 1.º juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance. Les divergences passées s'estompent ainsi peu à peu et font place à une logique de convergence, qui s'impose notamment pour des raisons économiques. Pour ce faire, la France a su s'inspirer des législations de ses voisins, même si certains aspirent à ce qu'elle aille encore plus loin».

⁴ CHAMPAUD, C., *La genèse du projet*, Petites Affiches, 28 avril 2011, n.º 84, P. 3, p. 4: «Cette résistance des docteurs de la loi aux besoins d'une société est pour le moins anachronique. Le moins qu'on puisse dire, c'est que nos "sociétés développées" et le "monde global" où nous vivons en 2010 ont peu de choses à voir avec ceux de 1869 (date à laquelle Aubry et Rau vulgarisèrent leur théorie). Elle est d'autant plus intrigante que, comme nous l'avons vu liminairement, depuis le début du XXº siècle, sous la double poussée du phénomène sociétaire et de l'affadissement de la responsabilité commerciale, depuis la loi de 1966 et plus particulièrement celle de 1985, le principe de l'unité du patrimoine s'est révélé être ce qu'il a probablement toujours été: une fiction».

⁵ BARREAU, C., *Les dispositifs tendant à limiter le risque entrepreneurial*, Defrénois, 30 mars 2011, n.º 6, P. 529, p. 2: «L'inopportune rigidité du dogme de l'unicité du patrimoine est dénoncée comme un frein à la libre entreprise et un obstacle à l'attractivité du droit français en n'offrant pas à l'entrepreneur individuel une protection suffisante».

el último escalón de un camino hacia la ruptura con algunos postulados clásicos. Ya en 1953, ESMEIN⁶ puso de manifiesto que la doctrina clásica tenía en el Derecho francés muchas derogaciones. El último paso hacia esa ruptura ha sido la Ley⁷ sobre el empresario individual de responsabilidad limitada (EIRL) de 2010, que le permite crear un patrimonio afectado a la actividad profesional sin tener que crear una persona jurídica. Esta novedad y otras anteriores tienen como finalidad impulsar la actividad económica; no en vano, otro de los dispositivos adoptados, la declaración de inembargabilidad, se reguló en una Ley de 2003 titulada «para la iniciativa económica» y se reformó en otra sobre «modernización de la economía». Dispositivos variados que, como subraya THÉRY⁸, pretenden todos ellos proteger al empresario individual frente a los riesgos de la actividad profesional para, en último término, conseguir con ello otro objetivo: estimular la actividad económica y, con ello, disminuir la tasa de paro, fomentando el autoempleo⁹.

Con mayor urgencia que en Francia, en España también es necesario encontrar instrumentos para impulsar la actividad económica y para ello hay que utilizar medidas de muy diversa índole. Una de estas medidas debe tener por finalidad estimular al emprendedor, por lo que incorporar a nuestro ordenamiento jurídico figuras como el EIRL que le permiten limitar el riesgo y no comprometer todo su patrimonio a los resultados de la actividad profesional, podría contribuir a incentivar la actividad empresarial. Se trata, sin embargo, de un instrumento de una cierta complejidad técnica ya que tiene implicaciones en muchos ámbitos del ordenamiento jurídico. Por ello, analizar cómo se ha regulado en Francia y los problemas que la práctica y la doctrina han puesto de manifiesto contribuirá a perfeccionar la técnica legislativa si se incorpora un instrumento semejante al Derecho español y, lo que es más importante y realmente complicado, contribuirá a crear un instrumento eficaz.

⁶ ESMEIN, P., *Cours de droit civil français*, Aubry et Rau par Paul Esmein, T. 9, 1953, & 573: «Il en résulte enfin que la même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine. C'est sur ce point surtout que la doctrine d'Aubry et Rau, si elle reste celle du droit français, comporte d'importantes dérogations».

⁷ Loi n.º 2010-658 du 15 juin 2010, relative à l'entrepreneur individuel á responsabilité limitée (J. O. du 16 juin 2010).

⁸ THÉRY, P., *Le passif. Situation générale*, Droit et Patrimoine 2010, 191.

⁹ Así lo ha subrayado MONTÉLAN, T., en *EIEL: le miroir aux alouettes?*, Gazette du Palais, 08 janvier 2011, n.º 8, P. 3, p. 1: «Il n'est un secret pour personne que ces sont les petites et moyennes entreprises qui créent de l'emploi en France et, dans une époque où l'un des problèmes majeures est précisément celui d'un taux de chômage élevé, la tentation de faire diminuer le nombre de chômeurs en les incitant à créer des entreprises paraît être un très bon idée».

II. EL CAMINO HACIA LA RUPTURA CON LA TEORÍA DEL PATRIMONIO ÚNICO

A pesar de la aparente novedad del dispositivo de la IERL, la evolución del Derecho francés hacia la admisión del patrimonio de afectación ha sido progresiva y se ha desarrollado a lo largo de décadas y, por otra parte, como señala DUBARRY¹⁰, la idea de crear un patrimonio separado, afecto a la actividad empresarial, sin crear una persona jurídica tiene antecedentes seculares; en concreto, el proyecto elaborado por el austriaco PISCO en 1910, que propone un dispositivo en el que la limitación de la responsabilidad se basa en la afectación patrimonial que se realiza por un sistema de publicidad.

En el Derecho francés existen también antecedentes antiguos. Especial relevancia tiene la propuesta de CHAMPAUD que, en 1978, presentó un informe sobre la posibilidad de incorporar al ordenamiento jurídico francés una empresa personal de responsabilidad limitada que, como él mismo recuerda en su artículo¹¹ publicado en 2011, al que antes hemos hecho referencia, tenía el visto bueno del Ministerio de Justicia, de las organizaciones afectadas y del sector bancario, pero encontró la oposición del Ministerio de Finanzas y, sobre todo, de los que él denomina «integristas del Derecho Civil» que no aceptaban que se tocara «la vaca sagrada del Derecho Civil». Quizá, el proyecto era prematuro y las mentalidades tendrían que evolucionar para acabar aceptándolo treinta años más tarde.

Los pasos se han dado lentamente, con dispositivos que, poco a poco, han relativizado la teoría del patrimonio único y personal hasta llegar a admitir, sin ambages, la posibilidad de que una persona pueda ser titular de un patrimonio personal y, no solo de uno, sino de varios patrimonios de afectación.

Un primer paso hacia la consagración de la teoría de la separación de patrimonios se dio con la llamada «Ley Madelin», de 11 de febrero de 1994, que permite al empresario individual que, en la ejecución de un crédito profesional contra él, pueda solicitar que se embarguen preferentemente los bienes profesionales. Sin embargo, este dispositivo no impide que el patrimonio personal se vea afectado por la responsabilidad profesional ya que solo es una norma de preferencia pero no excluye totalmente de la responsabilidad los bienes personales.

Este objetivo pretende conseguirse con la Ley de 1 de agosto de 2003, que permite al empresario individual declarar inembargable su vivienda habitual. Posteriormente, la Ley de 4 de agosto de 2008 amplía esta declaración de inembargabilidad a otros bienes del empresario que no estén destinados al ejercicio profesional. Pero esta declaración, de carácter voluntario, que supone

¹⁰ DUBARRY, J., y FLUME, J. W., *Patrimoine + Publicité = Responsabilité limitée. Une démystification de l'IERL*, Revue Lamy Droit Civil 2011, 185.

¹¹ CHAMPAUD, C., *La genèse...*, *op. cit.*

una excepción importante a la regla de la responsabilidad patrimonial universal, no permite, ni siquiera en su versión extensa incluyendo varios bienes, hablar de patrimonio separado.

Es la Ley de 19 de noviembre de 2007, que introduce la fiducia en el Derecho francés, la que supone, conceptualmente, la consagración del patrimonio separado si bien, como señala GOURIO¹², el espíritu y la finalidad de la fiducia nada tienen que ver con la del patrimonio de afectación. En su versión de fiducia gestión, dado que el empresario no podrá ser titular del patrimonio fiduciario ya que no se puede constituir una fiducia sobre el propio patrimonio, difícilmente va a servir para conseguir el efecto perseguido. En su función de fiducia garantía, sí podría tener una utilidad para la financiación de la empresa, pero como indica el autor citado, la complejidad de su regulación no va a facilitar su utilización por las pequeñas y medianas empresas.

En fin, estos antecedentes han contribuido a hacer evolucionar las mentalidades en relación con la teoría clásica del patrimonio único e indivisible, que ha terminado por ceder ante la Ley del empresario individual de responsabilidad limitada que admite, expresamente, la creación de un patrimonio separado como medio de limitación de la responsabilidad.

III. EL PATRIMONIO DE AFECTACIÓN: LA COMPLEJIDAD DE SU DISEÑO

Al estudiar los trabajos de la doctrina francesa que se ha ocupado de la Ley relativa al EIRL, existe una referencia común: la alusión a AUBRY y RAU que resulta ser, en realidad, un homenaje *postmortem* ya que casi todos los autores¹³ certifican la defunción de sus teorías al consagrar la ley la existencia del patrimonio de afectación, si bien autores como LÉCUYER¹⁴, se han esforzado

¹² GOURIO, A., *Entreprise et crédit*, Gazette du Palais, 19 mai 2011, n.º 139, P. 29.

¹³ PRIEUR, J., *Les limites de l'EIRL*, Droit et Patrimoine, 2010, 191, «Observons simplement que la théorie de l'unicité du patrimoine appartient bien au passé»; SAUVAGE, F., *L'EIRL familiale*, Revue Juridique Personnes et Famille, 2010, 10, «Au regard du droit du patrimoine, le principe de l'unicité du patrimoine posé par Aubry et Rau (une personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine), dont on sait qu'ils considéraient le patrimoine comme une projection de la personne de son titulaire dans l'ordre de ses biens, se trouve très affaibli, puisqu'il est désormais possible de compartimenter son patrimoine entre celui qui est affecté à l'EIRL (patrimoine professionnel) et celui qui ne l'est pas (patrimoine privé)».

¹⁴ LÉCUYER, H., *Entreprise et famille*, Gazette du Palais, 19 mai 2011, n.º 139, p. 51: «Pour la famille, les distances prises avec la théorie classique du patrimoine ne sont pas liées à une question d'activité. On s'éloigne ici d'Aubry et Rau non parce que l'on fait, mais pour ce que l'on est. La théorie classique ne résiste pas à la complexité du schéma familial. Le mariage, et n'y voyons pas malice, se vit toujours à trois, au minimum: l'homme, la femme, le couple. Et au-delà de lui la famille. Des personnes, mais plus d'intérêts encore que de personnes. Et cette multiplicité d'intérêts ne s'accommode pas de la théorie classique du patrimoine. Voici

por subrayar que mucho antes, esta teoría estaba ya superada por las normas del régimen económico matrimonial, y otros como DUBARRY¹⁵ entienden, al contrario, que sería altivo considerar que la EIRL supone el fin de la teoría de AUBRY y RAU, ya que las características del patrimonio enunciadas por ellos, la indivisibilidad y la unidad, salen reforzadas.

Superados los obstáculos teóricos, surgen los problemas prácticos que el legislador en unas ocasiones ha anticipado y, en otras, ha generado, ya que gran parte del Derecho Patrimonial francés está construido sobre una base conceptual muy próxima a las teorías de AUBRY y RAU, por lo que encajar de modo coherente esta nueva construcción en el ordenamiento jurídico no es tarea fácil.

Es por ello que si la regulación de este patrimonio de afectación sin recurrir a la técnica de crear una nueva personalidad ha sido acogida en general de modo favorable por la doctrina¹⁶, todos los autores que han tratado la materia ponen de manifiesto las enormes dificultades técnicas que genera la puesta en marcha de un instrumento que no se corresponde con la tradición jurídica francesa, que toca los fundamentos del Derecho Civil y que tiene implicaciones en multitud de ámbitos, por lo que el legislador ha tenido que realizar un trabajo minucioso para tratar de no generar contradicciones o efectos colaterales al poner en relación esta emergente figura del EIRL con el Derecho de Propiedad, de contratos, los principios de responsabilidad patrimonial, el régimen económico del matrimonio, el régimen sucesorio o el Derecho Concursal. El problema es que esto ha dado como resultado una regulación muy compleja desde el punto

la première raison que justifie que le rapprochement entre entreprise n'est pas aisé: leur droit ont certes, tous deux, rompus les amarres avec la théorie classique du patrimoine; mais il ne l'ont pas fait pour les mêmes causes ni suivant les mêmes logiques».

¹⁵ DUBARRY, J., *Patrimoine...*, *op. cit.* p. 4: «Il serait hâtif de considérer que l'EIRL porte l'estocade à la théorie du patrimoine telle qu'elle avait été exposée par Aubry et Rau. Pourtant, les caractéristiques du patrimoine qu'ils font découler de son rattachement à la personnalité, à savoir son unicité, son indivisibilité et son inaliénabilité, semblent sorti ébranlées d'une confrontation avec la nouvelle institution. À y regarder de près cependant, cette présentation du patrimoine est, d'une part, davantage descriptive que normative et, d'autre part, plus ouverte, et donc plus accueillante, qu'il n'y paraît».

¹⁶ Aunque no han faltado autores que han criticado, por diferentes motivos, su incorporación al Derecho francés. Así, LEGAIS, D., *Le gage des créanciers dans l'EIRL*, Defrénois, 30 mars 2011, n.º 6, p. 560: «Un merveilleux outil de renouvellement du droit totalement décalé par rapport aux exigences de la pratique». En el mismo sentido, LUCAS, F. X., *Les nouveaux risques*, Gazette du Palais, 19 mai 2011, n.º 139, p. 57: «Pour conclure, on relèvera ce que peut avoir de sympathique l'action volontaire de nos pouvoirs publics en faveur des entrepreneurs. L'entreprise de simplification de notre droit des affaires et toutes les mesures prises pour faciliter la création d'entreprises apparaissent convaincantes. En revanche le volet patrimonial de cette démarche de promotion de l'entreprise individuelle, ayant constitué à introduire l'EIRL dans le code de commerce, est une sottise et une mauvaise action. Une sottise parce que ce dispositif est inutile... et dangereux tant il recèle d'incertitudes propres à menacer tant l'entrepreneur qui aura fait le choix de ce mode d'exploitation que ses créanciers, les uns et les autres pourront être recouvrés».

de vista técnico y, como ironiza LEGAIS¹⁷, la EURL se ha hecho para artesanos que tengan una profunda vocación de jurista y de experto contable.

La opción del legislador por el patrimonio de afectación se ha hecho tras descartar otras posibilidades como la teoría de la pro-personalidad propuesta por el notariado o la creación de un patrimonio sin titular, que es la opción del legislador de Quebec¹⁸. La existencia de varios patrimonios con un único titular provoca no pocos problemas ya que la ausencia de dos personas diferentes impedirá, como pone de manifiesto SERIAUX¹⁹, el recurso al dualismo propio del Derecho Privado, cuya técnica es la base del tráfico jurídico y económico. Este choque con postulados clásicos como la imposibilidad de contratar con uno mismo o de afianzarse a sí mismo, provocará grandes dificultades técnicas en la puesta en marcha del dispositivo y genera, como subraya LEGAIS ahondando en las críticas²⁰, una creación que es un laboratorio de ideas que interesa a la doctrina, pero que no se adapta a las exigencias de la práctica. Precisamente es la práctica la que mostrará si el dispositivo es eficaz y si estas críticas responden a un análisis acertado de la nueva regulación o son fruto de esa dependencia atávica de una parte de la doctrina francesa a la teoría del patrimonio único y personal.

1. CONCEPTO Y NATURALEZA

De acuerdo con el párrafo primero del artículo 526-6 del Código de Comercio, en la redacción dada al mismo por la Ley de 2010, todo empresario individual puede afectar a su actividad profesional un patrimonio separado de su patrimonio personal, sin crear una persona jurídica²¹.

Sin embargo, ni en este ni en otros preceptos se define este patrimonio de afectación y, como pone de manifiesto THOMAT-RAYNAUD²², no existe en la

¹⁷ LEGAIS, D., *Le gage des créanciers...*, *op. cit.*

¹⁸ CASSAGNABÈRE, C., *De la division du patrimoine au démembrement de la personnalité: étude du concept de patrimoine d'affectation à travers l'exemple québécois*, *Revue Lamy Droit Civil*, 2012, 92.

¹⁹ SERIAUX, A., *Rapport de synthèse*, *Droit et Patrimoine*, 2011, 202, p. 7: L'unité de titulaire empêche tout le dualisme traditionnel, typique de notre droit privé, où la plupart sinon toutes les opérations juridiques se font au minimum entre deux personnes juridiquement distinctes. Los d'instituer l'EURL en 1985, le législateur s'inscrivait encore, consciemment ou non, dans le cadre de ce dualisme: tel était justement l'intérêt de la personnalité morale reconnue à la société unipersonnelle».

²⁰ LEGAIS, D., *La gage...*, *op. cit.*

²¹ Párrafo primero del artículo 526 del Código de Comercio: «Tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale».

²² THOMAT-RAYNAUD, A. L., *Le patrimoine d'affectation: réflexions sur une notion incertaine*, *Revue Lamy Droit Civil*, 2010, 72, p. 1: «Le patrimoine d'affectation fait partie des

doctrina una concepción unitaria del mismo. El legislador se limita a permitir al empresario individual la creación de un patrimonio separado afectado a su actividad sin definirlo ni hacer alusión a su naturaleza. Es la doctrina la que deduce esta tras analizar la regulación de la ley.

Lo esencial de este patrimonio de afectación es la finalidad que le es propia, a la que está afectado, que no es otra que la actividad profesional del que lo constituye. Cabe la afectación de un patrimonio a diferentes actividades profesionales, pero la ley permite también, aunque esto solo a partir del 1 de enero de 2013, que se puedan crear diferentes patrimonios de afectación, cada uno para una actividad. Lo que no será posible es la subafectación, es decir, no se puede crear un patrimonio de afectación dentro de otro.

Esto significa que, consecuencia de la creación de este patrimonio, el personal no tiene la misma consideración que el separado, sino que continúa siendo ese patrimonio general del cual se pueden seguir desgajando partes para constituir otros separados. El personal es, por tanto, el único que permite que en su seno nazca un nuevo patrimonio.

Esto significa también que el patrimonio personal mantiene esa «vis atractiva», de modo que en él se integra lo que quede del de afectación cuando este se disuelva, aunque esta afirmación necesita algunas precisiones, ya que, en realidad, el régimen de responsabilidad que consagra el legislador va a provocar que la independencia entre el patrimonio personal y el de afectación sea total, no reproduciéndose la mecánica propia de los patrimonios de afectación conocidos hasta el momento. Posteriormente volveremos sobre la cuestión.

Respecto al separado, LEROYER²³ lo califica como una universalidad, ya que se dan en él sus tres características esenciales: se trata de una entidad jurídica autónoma constituida por un conjunto de bienes y obligaciones, existe una correlación entre el activo y el pasivo y el patrimonio separado está sometido a un régimen específico, diferente del que es propio de los elementos que lo componen, lo que queda probado por el hecho de que se permite la transmisión *inter vivos* de la universalidad.

notions qui ne laissent personne indifférent et cela depuis plus d'un siècle. Le patrimoine d'affectation est en effet une notion ancienne fréquemment employée pour qualifier tout ce qui, de près ou de loin, à tort ou à raison, s'éloigne de la fondamentale théorie du patrimoine d'Aubry et Rau».

²³ LEROYER, A. M., *L'EIRL...*, *op. cit.* p. 2: «On s'interroge cependant sur la nature juridique de ce patrimoine affecté dont on ne sait s'il constitue une universalité de droit. Or, pour que le système fonctionne dans la logique économique qui est la sienne et qu'il ait un avenir, il faudrait qu'une telle qualification soit retenue. En revenant sur la notion d'universalité de droit, on recherchera donc quel sont les caractères que revêt ou devrait revêtir le patrimoine affecté pour constituer une telle universalité, c'est-à-dire être considéré comme un ensemble de biens et obligations formant une entité juridique autonome, soumis à un régime spécifique, distinct de celui des éléments qui le composent et au sein duquel s'établit une corrélation entre l'actif et le passif».

La ley ha permitido, por tanto, limitar la responsabilidad sin necesidad de recurrir a la creación, más o menos artificial, de una nueva persona, a la que se atribuye el patrimonio. Es decir, que la limitación de responsabilidad se hace aislando esa universalidad jurídica de la que continua siendo titular la misma persona que antes lo era.

Debemos observar, sin embargo, que la norma lleva por título «Ley relativa al empresario individual de responsabilidad limitada» y no del patrimonio de afectación. Esto puede generar la apariencia de que el legislador va más allá y crea un estatuto del empresario individual, pero, como advierte DEBUISSON²⁴, nada más lejos de la realidad, ya que el legislador no ha optado por el modelo propuesto por el Congreso de Notarios de Francia, la pro-personalidad, que, para el autor, es un instrumento que protege más y mejor el patrimonio personal del empresario individual porque es el que realmente limita la responsabilidad ya que el patrimonio de afectación, a pesar de la denominación de la ley, no supone una verdadera limitación de responsabilidad sino simplemente de los bienes que pueden ser embargados.

En el mismo sentido, subraya THOMAT-RAYNAUD²⁵ que, aunque hubiera sido lo deseable, la ley no crea un estatuto del empresario individual que se le aplique por el hecho de serlo, sino un dispositivo voluntario al que puede adherirse o no el empresario que, paradójicamente, podrá acogerse a la regulación de la EIRL para el ejercicio de una determinada actividad profesional, mientras que podrá ejercer otra como un empresario ordinario, lo cual genera un problema gravísimo de seguridad jurídica.

Es decir, el legislador podía optar por desdoblar el patrimonio o desdoblar la personalidad y ha optado por lo primero, manteniendo todos los bienes como

²⁴ DUBUISSON, E., *La non-adoption de la «propersonnalité»*, Droit et Patrimoine, 2010, 191, p. 2: «L'effet juridique de l'EIRL est forcément fondé sur une démarche volontaire: le chef d'entreprise est seul juge des moyens qu'il faut employer à la réalisation de son entreprise. Le régime de l'EIRL est forcément optionnel. Une déclaration d'affectation personnelle est par conséquent nécessaire. Même si elle n'est sans doute pas bien contraignante, il faut s'y soumettre et en respecter les règles; à défaut, des sanctions d'irrecevabilité ou d'opposabilité sont prévues. Si, en revanche, on s'attachait à tirer des conséquences juridiques de la qualité professionnel, on fonderait la solution sur un critère d'état, objectivement repérable et indépendant de la volonté. C'est le cas de la propersonnalité: le régime juridique qu'on peut y attacher est défini comme droit commun, applicable à tous, et sans option. C'est toute la différence entre un "statut" et une "structure optionnelle"».

²⁵ THOMAT-RAYNAUD, A. L., *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée: naissance d'une nouvelle catégorie de personne physique?* Droit de la famille, n.º 5, mai 2011, étude 15, p. 3: «Une telle variété de choix, si elle préserve la liberté de l'entrepreneur, ne va pas dans le sens de la sécurité juridique car elle obligera les créanciers à vérifier régulièrement la situation personnelle de leur débiteur entrepreneur individuel. La création d'un véritable statut professionnel unitaire de l'entrepreneur individuel fondé sur la reconnaissance d'une personnalité juridique particulière, aurait conduit à une situation beaucoup plus claire et surtout beaucoup plus simple».

pertenecientes a una única persona que es la titular de todos los bienes, derechos y obligaciones que se integran en dos o más patrimonios diferentes. Ahora bien, del estudio que haremos a continuación del régimen jurídico de este patrimonio, especialmente de cómo se ha organizado la separación de responsabilidades, veremos que el legislador, quizás sin pretenderlo, ha ido más allá, creando lo que PORACCHIA²⁶ ha denominado el patrimonio de afectación de la empresa, considerada esta como entidad autónoma y, en cierto modo, dotada de una «personalidad propia», pero sin llegar a consagrar un patrimonio sin titular.

2. CONSTITUCIÓN

Siguiendo un esquema clásico, en la constitución del patrimonio vamos a distinguir los elementos subjetivos, objetivos y formales.

1) *Elementos subjetivos*

Varias son las cuestiones que debemos abordar para analizar quien puede constituir un patrimonio de afectación. Por una parte, hay que determinar qué tipo de actividad puede desarrollar el empresario individual que constituye el patrimonio y, en segundo lugar, qué capacidad se le exige.

A) Quién puede ser titular

La sección que se ha creado en el Código de Comercio para regular la figura lleva por título «el empresario individual de responsabilidad limitada», lo que deja claro que será, precisamente, el empresario individual y solo él quien podrá ser titular de este patrimonio de afectación. No podrán las personas jurídicas, que podrán crear filiales para conseguir el mismo objetivo. Las dudas surgen respecto de aquellos empresarios que forman parte de una estructura en la que sí responden de las deudas sociales y, en ocasiones, solidaria e ilimitadamente como ocurre, en el Derecho francés, con los socios comanditarios o los socios

²⁶ PORACCHIA, D., *La conception nouvelle de l'entrepreneuriat*, Gazette du Palais, 19 mai 2011, n.º 139, P. 10, p. 4: «Finalement, en instituant l'EIRL conçoit l'activité entrepreneuriale comme une activité autonome de celle de l'entrepreneur en allant jusqu'à la création d'un patrimoine dit d'affection rattaché à une entité, l'entreprise, qui pour exister et être protégée n'a pas être recouvert par le voile de la personnalité morale. Reste à savoir si cette personnalité ne finira pas par être judiciairement reconnue, no plus comme une fiction, mais comme une réalité, ou si la reconnaissance de l'entité entreprise ne conduira pas à affirmer l'existence d'une pluralité de qualité à l'entrepreneur individuel».

de una sociedad civil o en nombre colectivo, para los que algunos autores²⁷ han defendido la posibilidad de crear este patrimonio de afectación, a pesar de que no es esto lo que puede deducirse de la literalidad de la norma.

Para precisar con más detalle el círculo de los posibles beneficiarios de este dispositivo, están incluidos los comerciantes, los artesanos, los profesionales liberales y los autores²⁸ incluyen también a los agricultores. Es decir, tal y como anunciaba la exposición de motivos del proyecto de ley, el patrimonio de afectación es accesible a todo empresario, sin distinción de actividad profesional.

La ley suscita dudas respecto a la posibilidad de crear un patrimonio de afectación cuyo objetivo sea la gestión del propio patrimonio y autores como PRIEUR²⁹ excluyen totalmente esta posibilidad al entender que esta gestión no implica el ejercicio de una profesión ya que no existe clientela.

B) Capacidad

La Ley de 2010 ha incorporado importantes novedades en materia de capacidad, llegando a introducir una reforma en la cuestión relativa a la capacidad del menor.

Antes de esta ley, el Derecho francés no permitía a los menores, emancipados o no, ejercer una actividad comercial. La situación ha cambiado ya que,

²⁷ *Du patrimoine d'affectation et de la loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Droit et Patrimoine, 2010, 195, p. 4: «La société considérée en tant que personne morale sera exclue, mais qu'en sera-t-il de l'entrepreneur gérant ou associé ? Nous ne pensons pas au titulaire de parts ou d'actions, parce que celui-ci limite déjà sa responsabilité à hauteur de son apport, mais à tous les entrepreneurs qui voient leur responsabilité engagée indéfiniment pour les dettes sociales, parfois solidairement. Commandités, associés de sociétés civiles, associés de sociétés en nom collectif, associés de sociétés en participation, voire associés d'une société créée de fait: il faut souhaiter qu'en tant que personnes physiques, ils puissent bénéficier du dispositif et que l'exclusion des personnes morales, ajoutée à une notion trop restrictive de l'entrepreneur individuel, ne dresse pas d'obstacles dans les esprits».

²⁸ TANDEAU DE MARSAC, S., *Réflexions générales d'un praticien*, Droit et Patrimoine, 2010, 191, p. 1: «La question qui s'impose alors, même si la réponse peut paraître évident, est la suivante: est-ce que les agriculteurs sont considérés comme "toute entrepreneur" individuel alors même qu'ils ne font pas partie de la liste donnée à titre d'exemple dans le dossier de presse du gouvernement? De même, ce qui me gêne un petit peu, on l'a évoqué (et il est vrai que l'on ne peut pas parler que des avocats), on sait que la société civile professionnelle (SCP) est une forme d'exercice particulièrement répandue parmi les avocats et les professions libérales —et cela même si ce n'est pas la meilleure—. L'associé d'une SCP, modèle de société qui se retrouve également chez les notaires, les médecins et nombre de professions libérales, pourra-t-il bénéficier de ces nouvelles dispositions? Je ne le crois pas, du moins tel que le projet est envisagé».

²⁹ PRIEUR, J., *Les limites de l'EIRL*, Droit et Patrimoine 2010, 191.

como señala SAUVAGE³⁰, la «incapacidad comercial» ha sido sacrificada por el legislador para impulsar el desarrollo por los jóvenes de empresas de e-comercio. Las nuevas normas presentan, sin embargo, una cierta complejidad por lo que deben distinguirse varios supuestos.

1.º Menor emancipado

Para determinar la capacidad del menor emancipado, debemos diferenciar según el tipo de actividad que se pretende realizar. La ley modifica el artículo 413-8 del Código Civil y el 121-2 del Código de Comercio para permitir al menor emancipado ser comerciante aunque, eso sí, con autorización judicial. Obtenida esta autorización podrá crear o retomar una empresa individual y, por tanto, realizar todos los actos de administración o disposición necesarios para su creación o gestión.

Hay que señalar que el reconocimiento de esta capacidad al menor emancipado para ejercer una actividad comercial, no la ha circunscrito el legislador al supuesto en que vaya a crear una empresa individual de responsabilidad limitada, sino que, nada impide que, si tiene la autorización judicial, pueda convertirse en empresario individual sin crear el patrimonio de afectación. Por otra parte, tampoco la ley deja claro si la autorización del juez es genérica para ejercer el comercio o si, por el contrario, debe ser específica para una concreta actividad comercial o empresarial.

Tratándose de actividades diferentes de la comercial, no necesitará autorización judicial y puede crear o continuar la actividad de una EIRL que tenga una actividad agrícola, artesanal o liberal, pudiendo realizar tanto los actos de administración como los de disposición necesarios a la creación de la empresa y a la gestión de la misma.

2.º Menores

La novedad más importante introducida por la ley en esta materia es la que se refiere a los menores que, en el nuevo artículo 389-8 del Código Civil³¹, ven

³⁰ SAUVAGE, F., *L'EIRL familiale*, Revue Juridique Personnes et Famille, 2010, 10.

³¹ Párrafo primero del artículo 389-8 del *Code*: «Un mineur peut être autorisé, par ses deux parents qui exercent en commun l'autorité parentale ou par son administrateur légal sous contrôle judiciaire avec l'autorisation du juge des tutelles, à accomplir seul les actes d'administration nécessaires pour les besoins de la création et de la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d'une société unipersonnelle. Les actes de disposition ne peuvent être effectués que par ses deux parents ou, à défaut, par son administrateur légal sous contrôle judiciaire avec l'autorisation du juge des tutelles».

reconocida una capacidad de obrar muy superior a la que hasta ahora tenían. Si en la legislación anterior eran considerados como incapaces para el ejercicio de sus derechos, la nueva ley les permite, incluso, crear una EIRL, aunque, eso sí, previa autorización de sus padres administradores legales si ejercen en común la autoridad parental o bien de su administrador legal con autorización judicial o, en último término, por el tutor con autorización del consejo de familia.

Dicha autorización le permite realizar por sí mismo los actos de administración necesarios para crear y gestionar la EIRL. Sin embargo, tratándose de actos de disposición, no tendrá capacidad para realizarlos ni podrá ser autorizado para ello ya que la ley dispone que estos solo pueden ser realizados por sus padres, por su administrador legal con autorización judicial o por el tutor con autorización del consejo de familia.

Además de esta restricción debe tenerse en cuenta que la reforma del artículo 413-8 del Código Civil y del artículo 121-2 del Código de Comercio para permitir al menor emancipado realizar una actividad comercial no incluye al menor no emancipado por lo que la EIRL en este caso solo podrá tener una actividad agrícola, artesanal o liberal, y, respecto de esta última, precisa SAUVAGE³² que el representante legal no puede ejercer una profesión liberal por el menor, lo que le impide realizar en su nombre un acto de disposición que sea necesario para la creación y la gestión de la EIRL.

La cuestión que queda por determinar es qué se considera un acto de disposición, y, más concretamente, si la afectación de determinados bienes a la actividad empresarial se considera o no como acto de disposición. Si el legislador ha considerado oportuno aumentar la capacidad de los menores es porque en este caso la responsabilidad está limitada al patrimonio de afectación, pero si se puede afectar todo o una parte importante del patrimonio personal, en realidad, el dispositivo no protege al menor, ya que, como posteriormente veremos, la responsabilidad profesional queda limitada al patrimonio de afectación pero, dentro de este, la responsabilidad continúa siendo ilimitada.

2) Elementos objetivos

Para analizar los elementos objetivos, vamos a estudiar en primer lugar el acto de afectación, en segundo lugar, los bienes que integran el patrimonio de afectación profesional y, por último, las relaciones entre los diferentes patrimonios de que es titular el empresario.

³² SAUVAGE, F., *L'EIRL...*, *op. cit.*, p. 4: «Encore faut-il préciser que son représentant légal ne peut exercer une profession libérale pour le compte de mineur (C. civ., art. 509, étendu de la tutelle à l'administration légale), ce qui lui interdit d'accomplir au nom du mineur un acte de disposition nécessaire à la création et à la gestion d'une EIRL à activité libérale».

A) El acto de afectación

Al igual que en las sociedades los socios realizan una aportación al capital social, en el patrimonio de afectación, el constituyente realiza un acto de afectación que, a diferencia de la aportación, no constituye un acto traslativo ni una atribución patrimonial, ya que el bien continúa siendo propiedad exclusiva del empresario, pero integrado en el patrimonio separado.

La consecuencia fundamental del acto de afectación es que el bien afectado va a responder únicamente de las deudas del patrimonio profesional, como dispone el artículo 526-12 del Código de Comercio. Ahora bien, esta afirmación ha de ser matizada ya que la protección de los intereses de los acreedores personales impone un régimen en el que solo si se cumplen determinados requisitos estos no van a poder perseguir los bienes que integran el patrimonio separado.

El acto de afectación puede realizarse en el momento de constituirse el patrimonio separado o posteriormente, durante la vida del mismo. Esta posibilidad introduce un elemento más de complejidad respecto a los acreedores personales ya que, como antes indicamos y posteriormente veremos con más detalle, respecto de aquellos cuyo crédito sea anterior al acto de afectación, el bien sigue respondiendo frente a ellos en ciertos casos, por lo que será la fecha de afectación de un bien concreto y no la de creación del patrimonio separado la que determine si los acreedores personales pueden o no perseguir un determinado bien.

La ley permite crear varios patrimonios de afectación, pero no permite que un mismo bien pueda estar afecto a diferentes patrimonios, aunque esto no impide que una parte de un bien pueda estar afectado a un patrimonio y otra parte indivisa del mismo a otro diferente, de afectación o personal.

A pesar de que la ley ha acometido la regulación del EIRL de forma bastante completa, existen numerosas lagunas que no siempre pueden colmarse con una interpretación doctrinal. Una de ellas es la desafectación ya que la ley no regula la posibilidad de que un bien que previamente ha sido afectado al patrimonio separado pueda regresar al patrimonio personal. Pensemos, por ejemplo, en el local comercial en el que se ejerce la actividad. Si al cabo de unos años el empresario adquiere otro y traslada allí su actividad, lo que hace es desafectar el primero. ¿Puede «desafectarlo jurídicamente» para que se integre de nuevo en el patrimonio personal? ¿Puede crear otro patrimonio de afectación para otra actividad y afectar ese bien a la nueva actividad? Al tratar de responder a estas preguntas entramos de lleno en otra cuestión: los contratos entre los diferentes patrimonios, a la que nos referiremos en los epígrafes siguientes.

B) Composición del patrimonio de afectación

Como todo patrimonio, el de afectación está compuesto por un activo y un pasivo, como queda reflejado en el párrafo segundo del artículo 526-6 del Código de Comercio³³, que establece que estará «compuesto por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones o garantías de las que el empresario es titular que sean necesarios al ejercicio de su actividad profesional» a lo que añade que también «puede comprender los bienes, derechos, obligaciones y garantías de los que el empresario es titular, utilizados para el ejercicio de su actividad profesional y que decida afectar».

Respecto a los bienes, encontramos que, de acuerdo con este precepto, los bienes se pueden clasificar en «necesarios» para el ejercicio de su actividad, los cuales integran obligatoriamente el patrimonio de afectación y, por otra parte, aquellos que no son necesarios, en el sentido de esenciales, pero que el empresario afecta voluntariamente al patrimonio porque le son útiles. El precepto parece imponer una norma de Derecho imperativo al referirse a los bienes «necesarios» de modo que en el artículo 526-12, al que posteriormente nos referiremos, sanciona de forma severa no respetar esta, llamémosla así, «afectación obligatoria», con la ruptura de la limitación de responsabilidad, haciendo responder al empresario de las deudas profesionales con todos sus bienes, incluidos los personales.

Lo que el legislador no deja claro es qué es lo que ha de incorporarse al patrimonio de afectación. Pongamos un ejemplo. Si el empresario individual precisa un local en el que ejercer su actividad, ¿es esencial que afecte al patrimonio su propiedad o es suficiente con que aporte un derecho, personal o real, sobre el bien? Dar respuesta a esta cuestión nos reenvía a otra más compleja y a la que nos referiremos a continuación sobre la posibilidad de celebrar contratos consigo mismo porque, en realidad, las dificultades se plantean solo en el caso de que el empresario sea propietario del bien y decida constituir, por ejemplo, un usufructo a su favor o bien, alquilarse el bien a sí mismo, para afectar al patrimonio separado ese derecho de usufructo o el arrendamiento, y no la propiedad. Cuando el bien pertenece a un tercero y el empresario es usufructuario o arrendatario, es evidente que serán estos derechos los que afectarán al patrimonio profesional, ya que son los únicos de los que es titular.

La noción de bien necesario la aporta el artículo 3 del Decreto de 30 de enero de 2012 cuando establece que por «bienes, derechos, obligaciones y

³³ Párrafo segundo del artículo 526-6 del Código de Comercio: «Ce patrimoine est composé de l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle. Il peut comprendre également les biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, utilisés pour l'exercice de son activité professionnelle et qu'il décide d'y affecter. Un même bien, droit, obligation ou sûreté ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté».

garantías necesarias al ejercicio de la actividad profesional se entienden los que, por naturaleza, no pueden ser utilizados más que en el marco de esta actividad».

Lo que las normas que regulan la EIRL no contemplan es si es posible afectar bienes que no son necesarios ni útiles, es decir, que no se destinan al ejercicio de la profesión pero que el empresario decide afectar. Tampoco se hace referencia alguna a los bienes de uso mixto cuando, como señala TANDEAU DE MARSAC³⁴, entre los profesionales liberales es relativamente frecuente que el vehículo que sirve para el ejercicio profesional sea el mismo que se utiliza en su vida privada, o se establezca el local para el ejercicio de la actividad profesional en una parte del inmueble que se destina a vivienda habitual de la familia.

Respecto al pasivo, este está integrado por las deudas nacidas con ocasión del ejercicio de la actividad profesional a la que el patrimonio está afecto, aunque, como luego veremos, en determinadas circunstancias, este patrimonio puede también responder de deudas personales.

C) Transmisión de bienes y ganancias

Si una de las claves para el éxito del dispositivo creado consiste en conseguir un cierto equilibrio entre los diferentes patrimonios, el hecho de que el de afectación sea, precisamente, el que sirve de sustento para la vida personal y familiar del empresario supone una fuente importante de desequilibrio. Y es que el artículo 526-18 del Código de Comercio establece que es el empresario individual el que determinará las ganancias que se transfieren al patrimonio personal³⁵. Es decir, que la ley no consagra reglas especiales ni límites por lo que es posible que el empresario transfiera a su patrimonio personal todas las ganancias obtenidas, limitando así la garantía de los acreedores profesionales.

Es evidente que la cuestión de las relaciones entre los diferentes patrimonios es una de las que reviste mayor complejidad desde un punto de vista de técnica legislativa y a la que el legislador no ha prestado atención. ¿Podrá el empresario individual transmitir bienes de un patrimonio a otro mediante un contrato de compraventa o una donación? ¿Será posible celebrar un contrato de arrendamiento de un bien sobre un bien del patrimonio personal a favor del profesional o viceversa?

El fantasma del contrato consigo mismo aparece de inmediato y complica dar una respuesta afirmativa si bien, una evolución en la concepción de la

³⁴ TANDEAU DE MARSAC, S., *Réflexions...*, *op. cit.*, p. 3.

³⁵ Artículo 526-18 del Código de Comercio: «L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée détermine les revenus qu'il verse dans son patrimoine non affecté».

noción de crédito y deuda que se abre paso entre la doctrina³⁶ abre la puerta a esta posibilidad. La evolución consiste en entender que crédito y deuda son más una relación entre dos patrimonios que entre dos personas, lo que permitiría establecer todo tipo de contratos entre dos patrimonios separados aunque su titular sea una misma persona. Ahora bien, ante un contrato como la venta cuya finalidad es la transmisión de la propiedad, es difícil aceptar que se pueda celebrar entre dos patrimonios sin que exista cambio de titular ya que entonces, la esencia misma del contrato desaparece pues no ha existido transmisión.

3) *Elementos formales*

La constitución del patrimonio de afectación exige cumplir una serie de requisitos formales que la ley impone como esenciales, es decir, *ad solemnitatem*, ya que de su cumplimiento depende la constitución misma del patrimonio o la producción de su efecto esencial: la oponibilidad.

Pero, además de esos requisitos formales de constitución, la ley impone también unas obligaciones formales al empresario en su ejercicio profesional. Vamos a distinguir ambos aspectos.

A) Requisitos esenciales para la constitución

La ley ha exigido para la constitución del patrimonio de afectación, la inscripción en un registro que, de acuerdo con el artículo 526-7 del Código de Comercio, puede ser el registro de publicidad legal en el que el empresario está obligado a inscribirse, o bien, para aquellos que no están obligados a inscribirse, como los agricultores, en un registro llevado en el tribunal de comercio del lugar del establecimiento principal de la empresa.

Lo que se inscribe es una declaración formulada por el empresario en la que debe constar:

1. Un inventario de los bienes, derechos, obligaciones y garantías afectados a la actividad.

³⁶ *Le sort des contrats entre les différents patrimoines de l'EIRL*, Droit et Patrimoine 2012, 215, p. 4: «En ce sens, la créance et la dette modernes seraient davantage un rapport entre deux patrimoines, qu'entre deux personnes qui ne seraient plus que les représentants juridiques de leurs biens. Envisagée d'une telle façon, la théorie contractuelle imposerait d'analyser ces contrats avec soi-même comme des rapports juridiques entre masses de biens isolées, à condition toutefois de considérer pour le cas de l'EIRL que l'entrepreneur est écartelé entre ses intérêts personnels et les intérêts de son entreprise».

2. Una valoración de todos los elementos aportados. Tratándose de bienes y derechos, si estos superan determinado valor, la valoración deberá hacerse por un experto contable o por un notario si se trata de un inmueble.
3. La mención del objeto de la actividad profesional a la que el patrimonio está afectado.
4. Tratándose de bienes inmuebles, la afectación se realizará mediante acta notarial que se inscribe en el Registro de la Propiedad (*bureau des hypothèques*).
5. Cuando el bien pertenezca a la comunidad conyugal o bien a una comunidad ordinaria, el empresario debe aportar el consentimiento expreso del cónyuge o del copropietario, consentimiento que se prestará en el modelo aprobado por el Decreto de 29 de diciembre de 2010.

B) Obligaciones impuestas durante el funcionamiento de la EIRL

Las estrictas exigencias formales que la ley impone para la constitución de una sociedad limitada unipersonal, han provocado que muchos empresarios no adopten esta vía para lograr la limitación de responsabilidad y se acojan al estatuto del empresario individual, con el consiguiente riesgo que ello supone para su patrimonio personal. BARREAU³⁷ pone de manifiesto como en 2009, solo el 6 por 100 de las empresas creadas en Francia lo hicieron bajo la forma de la sociedad limitada unipersonal. Por ello, el legislador ha buscado esta alternativa del EIRL pero, con el objetivo de preservar la seguridad jurídica y no perjudicar a los acreedores, ha impuesto también ciertas obligaciones que, aunque menos complejas que en el caso de una sociedad, van a comprometer al empresario durante toda la vida de la empresa.

La primera de estas obligaciones es la que establece el párrafo 3.º del artículo 526-6 del Código de Comercio, que impone al empresario la obligación de utilizar una determinada denominación en su actividad profesional: su nombre precedido o seguido de las palabras empresario individual de responsabilidad limitada o sus iniciales, EIRL.

No es baladí la cuestión ya que, como posteriormente veremos, en caso de incumplimiento de esta obligación, el empresario responderá de las obligaciones contraídas con todo su patrimonio personal y profesional.

La segunda obligación consiste en llevar una contabilidad autónoma de la actividad profesional, que debe depositarse anualmente en el mismo registro en el que se ha inscrito la declaración de afectación.

³⁷ BARREAU, C., *Les dispositifs...*, *op. cit.*, p. 2.

La última obligación es la de tener cuentas corrientes separadas para el tráfico de la empresa.

IV. LA ESENCIA DEL DISPOSITIVO: EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD

1. LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD: LA IMPERMEABILIDAD DE LOS PATRIMONIOS

La esencia del dispositivo consiste en limitar la responsabilidad. Pero, ¿en qué consiste esta limitación? La finalidad perseguida por la ley es que el patrimonio personal del empresario individual no responde de las deudas profesionales y, para ello, se establece que el patrimonio de afectación responderá de las deudas profesionales y el personal de las personales, hechas las salvedades a que luego nos referiremos. Es decir, que la limitación de responsabilidad es bidireccional y esto sí que constituye una novedad importante ya que, como señala SÉRIAUX³⁸, ejemplos de patrimonios de afectación ya existían como la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, ahora denominada aceptación a la concurrencia del activo neto, pero en este caso la razón de ser es muy diferente y la consistencia también ya que uno está llamado a perdurar en el tiempo y otro está llamado a desaparecer y esto determina diferencias importantes en su régimen.

En la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, al igual que ocurre en el Derecho español, la limitación de responsabilidad es temporal y unidireccional, es decir, los acreedores de la herencia no pueden perseguir los bienes personales del heredero pero, una vez satisfechas las deudas del causante, los acreedores personales sí pueden perseguir los bienes de la herencia.

En el EIRL no pasan así las cosas. Los acreedores del patrimonio de afectación no pueden perseguir los bienes personales, pero los acreedores personales tampoco pueden perseguir los bienes que integran el patrimonio profesio-

³⁸ SÉRIAUX, A., *Rapport...*, *op. cit.*, p. 2: «Il reste que, si l'on trouve bien ça et là deux patrimoines appartenant à un seul titulaire, l'esprit qui anime les deux institutions diffère radicalement. Dans l'acceptation d'une succession à concurrence de l'actif net, l'affectation est doublement statique. D'un part, le patrimoine affecté n'est que la perpétuation d'un patrimoine antérieur, celui du *de cuius*, dès lors relativement facile à identifier. D'autre part et surtout, l'affectation est au seul service d'une liquidation. Une fois les créanciers successoraux désintéressés, la dualité des patrimoines est appelée à disparaître. Dans l'entreprise individuelle à responsabilité limitée, au contraire, la division des patrimoines est réalisée par l'entrepreneur individuel lui-même, sur ses propres biens; elle se trouve de plus au service d'une activité économique destinée, sinon à croître —puisque Jean Prieur nous a expliqué que le dispositif légal ne paraît intéresser que les «entreprises de subsistance» et non de «croissance»—, du moins à perdurer».

nal. Es decir, existen dos patrimonios separados, situados en compartimentos estancos, cada uno afecto a una finalidad y cada uno responsable de sus propias deudas, sin que exista permeabilidad entre ambos. Así lo deja claro el artículo 526-12 del Código de Comercio³⁹, que en su párrafo sexto dispone⁴⁰ que, por derogación de los artículos 2284 y 2285 del Código Civil⁴¹, «los acreedores a los que la declaración de afectación es oponible y cuyos derechos han nacido con ocasión del ejercicio de la actividad profesional a la que el patrimonio está afectado, tienen como única garantía general el patrimonio afectado» y «los otros acreedores a los que la declaración es oponible, tienen como única garantía general el patrimonio no afectado».

Ahora bien, la expresión «responsabilidad limitada» se refiere exclusivamente a esta delimitación de qué bienes responden de qué deudas porque, dentro de cada patrimonio, la responsabilidad continúa siendo ilimitada. Es decir, de las deudas profesionales responde el deudor con todo su patrimonio profesional y de las deudas personales con todo el patrimonio personal, pero únicamente con este. ¿Significa esto que en caso de insuficiencia del patrimonio personal los acreedores no podrán perseguir los bienes que integran el patrimonio profesional? Parece que esto es lo que se deduce de los términos literales de la ley, de su espíritu y de la intención del legislador y así lo ha interpretado la doctrina⁴², lo cual supone, desde luego, una enorme desventaja de los acreedores personales en relación con los supuestos en los que se ha creado una sociedad ya que, en este caso, los acreedores personales pueden embargar las acciones o participaciones que representen el capital social, mientras que, en el caso de la EIRL, nada se puede embargar del capital de la empresa ya que esta no está representada en el patrimonio personal; sencillamente ha salido del mismo.

³⁹ Párrafo sexto del artículo 526-12 del Código de Comercio: «Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code Civil:

- 1.º Les créanciers auxquels la déclaration d'affectation est opposable et dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté ont pour seul gage général le patrimoine affecté;
- 2.º Les autres créanciers auxquels la déclaration est opposable ont pour seul gage général le patrimoine non affecté».

⁴⁰ Traducción de la autora.

⁴¹ Estos artículos son los que consagran el principio de responsabilidad patrimonial universal y la *pars conditio creditorum*; artículo 2284 *Code*: «Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir». Artículo 2285 *Code*: «Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers: et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence».

⁴² SÉRIAUX, A., *Rapport...*, *op. cit.*, p. 5: «C'est dire assez, pensons-nous, que toute la vitalité de celui-ci dépendra du maintien juridique d'un tel cloisonnement. Chacun des groupes de créanciers devra trouver de quoi apaiser ses inquiétudes dans la seule masse qui lui sert de gage, sans quoi tout l'équilibre du dispositif sera compromis».

Este es precisamente el núcleo central del sistema, que, como indica SÉRIAUX⁴³, mantiene el equilibrio del dispositivo, y, a la vez, uno de los puntos que algunos autores⁴⁴ han criticado con mayor dureza, calificándolo incluso de herejía, al entender que este efecto rompe con ciertas reglas naturales de la teoría general del patrimonio. Es decir, que la impermeabilidad que la ley impone respecto del pasivo es incluso mayor que la que existe cuando se constituye una sociedad creando una nueva persona. Esta impermeabilidad podríamos decir que se consagra incluso *post mortem*, ya que el artículo 526-15 del Código de Comercio impone la misma tras la cesación de la actividad e, incluso, después de fallecido el empresario, en cuyo caso, los diferentes acreedores solo podrán perseguir los bienes que podían embargar antes de la cesación de la actividad o del fallecimiento. Además, en este último caso, si uno de los herederos quiere continuar la actividad, se le transmite el patrimonio afectado con la limitación de responsabilidad.

Ahora bien, la dureza de los efectos que impone esta impermeabilidad respecto de los acreedores personales hace que la propia ley haya previsto un mecanismo para evitar que los acreedores ya existentes en el momento de la creación del patrimonio o de la afectación de un bien concreto se puedan ver perjudicados. Para ello regula un derecho de oposición que implica una cierta permeabilidad de los patrimonios y que no es el único supuesto en que esto tiene lugar. Veamos.

2. LOS SUPUESTOS DE PERMEABILIDAD

1) *Derecho de oposición*

Si el punto de partida y central del dispositivo es la responsabilidad del patrimonio profesional frente a los acreedores profesionales y del personal frente a los personales, un respeto básico de los derechos adquiridos por acreedores anteriores a la afectación impone que la creación del patrimonio de afectación o la afectación de un bien concreto, no les puede ser oponible sin más por lo

⁴³ SÉRIAUX, A., *Rapport...*, *op. cit.*

⁴⁴ *Du patrimoine d'affectation...*, *op. cit.*, p. 9: «L'entrepreneur y est certes propriétaire du patrimoine affecté, et débiteur des créanciers professionnels auxquels ses biens sont affectés, mais de façon radicalement séparée. Là est, véritablement, la violation "du dogme". Car en vérité, l'affectation ne vise qu'à délimiter, au sein du patrimoine général, une masse de biens en quoi sera le seul gage de certains créanciers. Cela ne prive en rien les autres créanciers de leur gage naturel. Créanciers de l'entrepreneur individuel personnellement, ils ont vocation à être payés sur tout ce qu'il possède. Le patrimoine d'affectation entre naturellement dans leur gage: telle est la vérité qu'il faut marteler. Le droit romain n'a jamais interdit aux créanciers du maître d'être payés sur le pécule. Le droit français n'a pas plus privé les créanciers personnels de l'héritier de leur droit sur la succession».

que la ley les concede un derecho de oposición. Es decir, que más que hablar de acreedores personales y profesionales, deberíamos referirnos a acreedores a los que la afectación es oponible y otros a los que es inoponible.

Para determinar a qué acreedores es oponible, el criterio de distinción no es la naturaleza profesional o no del crédito de que sean titulares, sino la fecha del mismo, ya que, de acuerdo con los cinco primeros párrafos del artículo 526-12 del Código de Comercio, es oponible de pleno derecho a los acreedores cuyos derechos hayan nacido con posterioridad a la publicidad de la afectación.

Tratándose de acreedores anteriores a la declaración de afectación, tanto si son personales como profesionales, también les será oponible si el empresario lo hace constar en la declaración de afectación, siempre que les haya informado previamente y estos no hayan formulado oposición en el plazo de un mes.

Si se oponen, una decisión judicial deberá determinar si rechaza o admite la oposición. Si la rechaza, la declaración les es oponible, lo que significa que no podrán embargar los bienes que integren el patrimonio de afectación para el cobro de sus créditos. Si, por el contrario, se acepta la oposición, esta no produce como efecto impedir la constitución del patrimonio afectado, sino que los efectos se traducen en la inoponibilidad de la separación de patrimonios frente a ellos de modo que podrán perseguir tanto los bienes que permanezcan en el patrimonio personal como los que pasen a integrar el patrimonio de afectación.

Ahora bien, esta inoponibilidad tampoco es automática ya que, admitida la oposición se da la opción al empresario individual, deudor, de pagar los créditos o bien constituir garantías suficientes para asegurar el pago y solo si no hace ninguna de estas dos cosas la declaración de afectación no será oponible a los acreedores anteriores, personales o profesionales, es decir, podrán perseguir también los bienes integrados en el patrimonio de afectación.

La cuestión que surge y que la ley no regula es qué bienes puede perseguir. Como el patrimonio de afectación será un patrimonio en movimiento, es posible que los bienes que inicialmente lo integraron se transformen o salgan del patrimonio para ser sustituidos por otros. Como indica THÉRY⁴⁵, a pesar de renegar de la teoría clásica, aquí vuelve a surgir con fuerza ya que lo importante no es el bien concreto sino su valor y, por tanto, por aplicación de la subroga-

⁴⁵ THÉRY, P., *Le passif, situation générale*, Droit et Patrimoine, 2010, 191, p. 3: «On pourrait d'ailleurs se demander si cette inefficacité de la déclaration d'affectation à l'égard des créanciers antérieurs devrait avoir vocation à durer. La déclaration d'affectation fait sortir des biens de l'actif ordinaire. On peut comprendre que les créanciers antérieurs puissent toujours exercer leurs droits sur ces biens. Mais supposons qu'ils disparaissent progressivement, pour être remplacés par d'autres? La théorie du patrimoine fournit la réponse en faisant appel à la subrogation réelle —c'est de l'Aubry et Rau pur et simple: "*in iudiciis universalibus*"...—. Ce qui rentre remplace ce qui sort. Ce qui importe est la valeur des biens, et que s'ils sont remplacés par d'autres, il est normal que le créancier antérieur puisse exercer ses droits. Mais, ce créancier doit-il profiter de la plus-value qui résultera de l'accroissement du patrimoine affecté, à supposer qu'il y en ait un?».

ción real, estos acreedores podrán perseguir los bienes que hayan sustituido los anteriores. La duda que surge, aún, es si también podrán perseguir los bienes que hayan incrementado el patrimonio de afectación. La ley no deja claro si la inoponibilidad de la afectación se refiere solo a los bienes que se integran en el patrimonio separado al constituirlo o en los que sustituyan a estos, o si, por el contrario, se refiere a la totalidad del patrimonio, incluyendo también aquellos que se hayan adquirido con los beneficios de la actividad profesional y que se integren en el patrimonio de afectación, de modo que, por ejemplo, cinco años más tarde, el acreedor puede también perseguir los bienes nuevos que se han integrado en ese patrimonio ya que la responsabilidad patrimonial universal comprende los bienes presentes y futuros, es decir, aquellos que existan en el momento de exigirse el pago, aunque no existieran cuando nació el crédito.

2) La inoponibilidad derivada del fraude

Como hemos visto, la ley impone al empresario ciertas obligaciones formales relativas a la mención de su carácter de empresario de responsabilidad limitada, o bien relativas a la llevanza de una contabilidad o cuenta corriente separada. Estas dos últimas obligaciones tienen como objetivo preservar el equilibrio entre las masas que, como señala SÉRIAUX⁴⁶, aunque la ley no lo consagra expresamente, constituye la obligación principal del empresario. Por ello, el incumplimiento de estas obligaciones conlleva la sanción más grave que es la desaparición de la separación de patrimonios ya que el último párrafo del artículo 526-12 del Código de Comercio establece que en caso de fraude o no respeto de estas obligaciones, el empresario responderá de sus deudas con la totalidad de sus bienes y derechos.

Igualmente responderá con todo su patrimonio por la diferencia de valor entre el declarado y el real o el declarado y el estimado por experto contable, si bien esta permeabilidad está limitada a cinco años y se refiere solo a la diferencia entre ambas valoraciones.

⁴⁶ SÉRIAUX, A., *Rapport...*, *op. cit.*, p. 8: «Au-delà du respect scrupuleux des formes, l'entrepreneur doit être fiable. Sa plus grande "obligation", évidemment non consignée dans la loi, consistera à conserver l'équilibre entre les masses dont il est propriétaire, équilibre toujours à revisiter tant il dépend de la nature et du nombre des engagements personnel ou professionnels de l'entrepreneur».

3) Ganancias: la permeabilidad respecto de las del último año

Quizá para compensar los drásticos efectos que la constitución del patrimonio va a producir respecto de los acreedores personales, el último párrafo del artículo 526-12 del Código de Comercio determina que en caso de insuficiencia del patrimonio no afectado, los acreedores a los que la afectación les sea oponible, pueden pedir el embargo del beneficio realizado por el empresario individual el último año cerrado, lo que supone aceptar una cierta permeabilidad, aunque limitada, que no exige la concurrencia de otros requisitos como la existencia de fraude o el incumplimiento de una obligación.

4) Las garantías complementarias

La eficacia del patrimonio de afectación va a depender en gran medida del impacto que su puesta en marcha tenga sobre el acceso al crédito del empresario individual de responsabilidad limitada. Como subraya SCHILLER⁴⁷, la peor posición en que el dispositivo sitúa a los acreedores personales hará que estos reclamen garantías complementarias. Pero no solo estos, también los acreedores profesionales podrán exigirlos para conceder crédito.

Estas garantías complementarias, que pueden ser personales o reales, son las que verdaderamente ponen a prueba el sistema. El legislador podía haber impuesto una prohibición de garantizar las deudas profesionales con los bienes personales como sí propuso el proyecto Champaud en 1978. Sin embargo, no lo ha hecho y, como subraya AYNES⁴⁸, no existe ningún obstáculo técnico para

⁴⁷ SCHILLER, S., *Quelle perméabilité contractuelle entre le patrimoine affecté et le patrimoine non affecté?*, Droit et Patrimoine, 2010, 191, p. 1: «Les créanciers personnels seront alors dans une moins bonne situation qu'en cas de création de personne morale qui opère également un transfert des biens dans le patrimoine séparé, mais qui se traduit par ailleurs par l'entrée de droits sociaux dans le patrimoine personnel. Tous ces créanciers inquiets réclameront des garanties supplémentaires. Dès lors, deux questions se posent, la première portant sur les garanties susceptibles d'être réclamées et la seconde sur les garanties susceptibles d'être accordées».

⁴⁸ AYNES, A., *EIRL: la séparation des patrimoines à l'épreuve du droit des sûretés*, Revue Lamy Droit Civil, octobre 2011, n.º 86, p. 30: «Si rien dans les textes du Code commerce relatifs à l'EIRL ne semble absolument s'opposer techniquement à la constitution de sûretés en garantie de créances d'un autre patrimoine, reste à déterminer si cela est compatible avec le mécanisme même de l'EIRL: avec l'idée même de constitution de patrimoines affectés. Et c'est là, sans doute, que réside le véritable obstacle.

La finalité du mécanisme est de dissocier deux masses distinctes au sein du patrimoine de l'entrepreneur, précisément pour limiter le droit de poursuite des créanciers aux actifs de la masse dont ils dépendent. C'est un truisme de dire que la constitution volontaire de sûretés sur l'autre patrimoine contredit radicalement le procédé. Or, l'esprit de la loi est de donner une portée la plus large à ce fractionnement du patrimoine, puisqu'elle concerne aussi bien les créanciers postérieurs (comme dans le cas d'une déclaration d'insaisissabilité), que les

que se pueda constituir una garantía real sobre un bien perteneciente a un patrimonio para garantizar la deuda de otro patrimonio, a pesar de que ello es contrario al espíritu de la ley.

En palabras de LEGRAND⁴⁹, el legislador no ha llevado su revolución hasta el final y, a pesar de que en las discusiones parlamentarias salieron a relucir las dudas sobre la eficacia del dispositivo si no se limitaba la posibilidad de constituir esas garantías complementarias, la realidad es que nada establece la ley al respecto.

A falta de regulación legal, se ha abierto la vía del *soft law* y así, se ha firmado la Carta para el Acceso al crédito de la EIRL de 31 de mayo de 2011 entre el Estado y la Federación bancaria francesa en la que, su artículo 2 dispone que los establecimientos bancarios, para conceder crédito al empresario, se comprometen a no exigirle una garantía personal del mismo empresario o de un tercero, si se ponen en marcha soluciones de contragarantía por sociedades de garantía mutua con o sin apoyo del OSEO⁵⁰.

Además de la falta de eficacia de los mecanismos de *soft law*, autores como TANDEAU DE MARSAC⁵¹ ponen de manifiesto cómo el recurso a estas sociedades de garantía mutua produce el efecto de desnaturalizar totalmente el engranaje del patrimonio de afectación, ya que es práctica corriente que estas sociedades

créanciers dont les droits sont nés avant la déclaration de constitution (sous réserve de leur droit d'opposition).

Certes, le législateur a lui-même institué des cas de porosité entre les deux patrimoines. Mais, d'une part, il s'agit d'exceptions relativement limitées quant aux créanciers concernés (administration fiscale et organismes de Sécurité sociale) et aux situations dans lesquelles elles interviennent (fraude au manquement grave et répété de l'entrepreneur). On peut donc admettre qu'est alors en cause l'intérêt général, ce qui ne serait pas le cas de la constitution de sûretés au profit de créanciers particuliers».

⁴⁹ LEGRAND, V., *L'accès au crédit de l'EIRL: retour sur la constitution de sûretés par l'entrepreneur*, Petites Affiches, 20 avril 2012, n.º 80, P. 6.

⁵⁰ El OSEO es una empresa pública que ofrece financiación o presta garantías para la creación, desarrollo e internacionalización de la empresa.

⁵¹ TANDEAU DE MARSAC, S., *Réflexions générales...*, *op. cit.*, p. 3: «Le mécanisme de la société de caution mutuelle doit permettre à des professionnels, notamment des artisans, d'accéder au crédit auprès d'un banquier, grâce à la caution de la corporation, alors que précisément lesdits professionnels n'avaient pas de patrimoine suffisant à mettre en garantie auprès dudit banquier. Ces sociétés utilisent la technique du fonds de garantie, lequel fonds est alimenté par des cotisations versées par les bénéficiaires du cautionnement mutuel. Lorsque survient la défaillance d'un des associés de la société de caution mutuelle, la société puise dans le fonds de garantie pour rembourser le banquier. Certes. Mais que se passe-t-il ensuite? La société de caution mutuelle se retourne alors contre le débiteur défaillant et va opérer une demande en remboursement de ce qu'elle a payé grâce au fonds de garantie. Il est alors de pratique courante pour nombre de sociétés de caution mutuelle d'exiger des garanties, des contre-garanties prises sur le patrimoine de l'associé de la société de caution mutuelle. Il y a là un mécanisme très utile, car ces sociétés permettent de développer l'accès au crédit. Mais ce mécanisme ne met absolument pas, pour la plupart des cas, le patrimoine de l'entrepreneur associé à l'abri».

exijan garantías y contragarantías sobre el patrimonio del empresario. Por otra parte, la participación de organismos como el OSEO o SIAGI, como señala SCHILLER⁵², es insuficiente para hacer frente a todas las operaciones de crédito de los empresarios individuales.

Respecto de estas garantías, además de las cuestiones de oportunidad, surgen otras de índole técnico, en las que se pone de manifiesto la dificultad que existe para encajar la naturaleza de este patrimonio de afectación, que, como hemos visto, es un patrimonio separado pero cuyo titular sigue siendo la misma persona que lo es del patrimonio personal. ¿Podrá el empresario avalarse a sí mismo respecto de las deudas contraídas en el ejercicio de su actividad profesional y con ello comprometer también el patrimonio personal?

Si esta práctica es posible, e incluso frecuente, cuando el empresario ha constituido una sociedad a través de la que ejerce la actividad profesional, es porque, en este caso, existen dos personas por lo que, desde un punto de vista de técnica jurídica, no plantea problemas. Los problemas surgen cuando no existe este «desdoblamiento» de personalidad y autores como SCHILLER⁵³ ponen en duda que alguien pueda ser avalista de sí mismo, entre otras cosas, porque se trataría de un contrato consigo mismo.

Sin embargo, otros como AYNES⁵⁴, entienden, realizando una interpretación teleológica de la fianza, que sí es posible admitir, desde un punto de vista

⁵² SCHILLER, S., *Quelle...*, *op. cit.*, p. 3: «Tout d'abord, une difficulté pratique pour ces organismes de faire face à la tâche qui leur serait attribuée, sachant qu'il existe plus d'un million d'entrepreneurs individuels et que la Siagi n'a garanti, en 2009, que 5386 opérations».

⁵³ SCHILLER, S., *Quelle...*, *op. cit.*, p. 2: «Dans tous ces contrats l'entrepreneur serait à la fois débiteur et garant. Plusieurs obstacles semblent s'opposer à l'acceptation de telles conventions. En premier lieu, il s'agit de contrats avec soi-même, ce qui n'est pas forcément acceptable».

⁵⁴ AYNES, A., *EIRL: la séparation...*, *op. cit.*, p. 29: «Est-ce si certain? Ces figures de garantie personnelle pour soi-même étaient effectivement impossibles tant qu'existait le principe d'unicité du patrimoine. Elles étaient impossibles car, surtout, elles n'avaient aucun sens: cela ne voulait rien dire qu'un débiteur, tenu du paiement de la dette sur l'ensemble de ses biens, se rende caution, c'est-à-dire s'engage à payer la dette au paiement de laquelle il était déjà tenu en qualité de débiteur principal... Il en allait de même dans l'hypothèse d'une garantie autonome pour soi-même, encore qu'alors les deux engagements de débiteur et de garant n'ont pas le même objet. Mais l'ajout d'un second engagement de la part de la même personne n'accroissait en rien le droit de poursuite de créancier; cela ne produisait donc pas en pratique l'effet d'une garantie».

Désormais les choses sont différentes. À une personne ne correspond plus nécessairement un seul et unique patrimoine. Ne faut-il pas alors faire évoluer la définition ou l'analyse des sûretés personnelles? Davantage que l'adjonction d'un second débiteur, ne consistent-elles pas en l'adjonction d'un second patrimoine? Jusqu'alors, il n'y avait pas de différence entre ces deux définitions. Il y avait une concordance parfaite entre la personne et son patrimoine. Aujourd'hui, à deux patrimoines ne correspondent plus nécessairement deux personnes. Il est donc techniquement envisageable qu'une extension du droit de poursuite du créancier à un second patrimoine opère sans qu'un tiers ne s'engage. L'extension du droit de poursuite ne suppose plus l'engagement d'un tiers. En d'autres termes, on peut se demander si notre

técnico, que una persona se afiance a sí mismo si con ello consigue el mismo efecto que con el aval de un tercero: ampliar el elenco de bienes que responden de la deuda. Para admitir esta interpretación hay que entender que la esencia de la fianza no está en la persona sino en los patrimonios, y, por eso, considera que los nuevos instrumentos incorporados al ordenamiento jurídico francés, han de hacer evolucionar la concepción de las garantías personales que, en cierto modo, añadimos nosotros, pasarían a ser también patrimoniales o reales, porque lo importante es que se añade un nuevo patrimonio a la garantía ya existente. En palabras de BORGA⁵⁵, se trata de pasar de una visión personalista a otra más objetiva, y, añade, su admisión no incurriría en las dificultades técnicas que plantearía la existencia de un contrato consigo mismo, ya que no existe tal hipótesis. Lo que ocurre es que una misma persona tendrá a la vez la cualidad de deudor y de fiador o avalista, pero estas dos condiciones son fruto de dos contratos realizados con el acreedor y no consigo mismo.

Es decir, que desde un punto de vista técnico, nada impediría esta solución, calificada por algunos autores como «esquizofrénica» por lo que implica de desdoblamiento de la personalidad de quien, como titular de dos patrimonios separados, actuaría en una doble condición: como «persona privada» y como «persona profesional».

Desde un punto de vista práctico, aceptar una garantía personal del empresario individual, vinculando el patrimonio personal a la responsabilidad derivada de deudas profesionales, o bien constituyendo una garantía real sobre un bien personal para responder también de una deuda profesional, implica una renuncia total o parcial de la limitación de responsabilidad aunque, como indica AYNES⁵⁶, no puede identificarse totalmente con una renuncia, ya que los efectos que producen son diferentes y los requisitos y formalidades exigidos también.

No lo considera renuncia LEGRAND⁵⁷, quien, por otra parte, se muestra totalmente contrario a admitir estas garantías complementarias por vía conven-

conception des sûretés personnelles ne doit pas évoluer, comme, par exemple, celle des procédures collectives a dû s'adapter à l'institution de l'EIRL».

⁵⁵ BORGA, N., *L'EIRL et la constitution de sûretés personnelles*, Bulletin Joly Entreprises en Difficulté, 01 mars 2011, n.º 1, P. 76, p. 1: «Une vision moins «personnaliste» de l'opération, plus objective, est susceptible de vaincre les éventuelles réticences. La sûreté personnelle pourrait en effet fort bien être envisagée comme l'affectation d'un autre patrimoine que celui du débiteur à la garantie d'une dette, peu important qu'une seule personne soit titulaire des deux patrimoines en cause. Si la caution intéresse le créancier, c'est uniquement dans la perspective d'une appréhension patrimoniale. Signalons qu'il ne s'agit pas d'un contrat avec soi-même puisque le contrat de sûreté personnelle unira nécessairement le garant au créancier».

⁵⁶ AYNES, A., *EIRL: La séparation...*, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁷ LEGRAND, V., *L'accès au crédit...*, *op. cit.*, p. 2: «Pourtant, à la différence de la renonciation (qui ne peut être que totale en vertu de l'article L. 526-15), à l'issue de laquelle les créanciers retrouvent les mêmes droits sur chacun des patrimoines, l'octroi d'une garantie sur un autre patrimoine désorganise totalement les prévisions des créanciers de chacun des patrimoines».

cional pues entiende que ello supone, no solo desvirtuar toda la eficacia del dispositivo, sino también un atentado contra los intereses de los acreedores del otro patrimonio que se ven así claramente perjudicados.

Lo que resulta evidente es que, aunque podamos admitir desde un punto de vista de técnica jurídica la posibilidad de avalarse a sí mismo y tanto si lo consideramos como una renuncia de la limitación de responsabilidad o no, admitir esta posibilidad pone en entredicho la esencia misma de la institución creada por el legislador que, quizás para no provocar una restricción del crédito a la empresa no ha prohibido expresamente la constitución de estas garantías, pero que, consciente de la trampa que él mismo se tiende, utiliza instrumentos de *soft law* para no desactivar la esencia del patrimonio de afectación. Como afirma THÉRY⁵⁸, los deseos no hacen leyes y solo si interpretamos que la limitación de responsabilidad consagrada en la ley es una norma imperativa, que crea un «orden público de protección», el recién nacido, que es el EIRL, alcanzará toda su plenitud.

Sin embargo, como él mismo reconoce, el legislador no ha llegado tan lejos y el estudio de los debates parlamentarios pone de manifiesto que en la *mens legislatoris* estaba claro que la ley no puede prohibir a los acreedores, entre ellos las entidades bancarias, exigir garantías complementarias. La cuestión tiene su lógica ya que si es legítimo que el empresario quiera limitar el riesgo empresarial, no es menos legítimo que los bancos quieran limitar el suyo y esto lo consiguen exigiendo garantías complementarias para conceder crédito. Si no se pueden exigir estas, el crédito se restringirá y encarecerá y como señala GOURIO⁵⁹, la crisis financiera mundial agrava esta situación. Es entre este doble riesgo que el legislador tenía que encontrar un equilibrio que no ha querido o no ha podido conseguir.

Esta es la gran debilidad del dispositivo: se ha construido un patrimonio separado que es una construcción aislada respecto del patrimonio personal, de modo que no hay prácticamente comunicación de responsabilidades entre ellos, convirtiendo ambos, sobre el papel, en fortalezas inexpugnables. Fortalezas construidas con paredes de hormigón y puerta de cartón y, por ella, el enemigo la conquista sin dificultad y la somete a su propia ley, la vieja ley: la responsabilidad patrimonial universal, rompiéndose la separación de patrimonios y, con ella, la limitación de responsabilidad, al permitir la entrada de estas garantías complementarias.

⁵⁸ THÉRY, P., *L'accès...*, *op. cit.*, p. 2: «Les vœux ne font pas des lois».

⁵⁹ GOURIO, A., *Entreprise...*, *op. cit.*, p. 1: «Les contraintes réglementaires sont en train de se durcir considérablement de ce point de vue à la suite de la crise financière. Si les projets mondiaux et européens restent en l'état, on doit redouter à la fois une restriction dans la distribution du crédit et une hausse de son coût».

Solo la práctica mostrará si el EIRL se convierte en un actor esencial del tráfico jurídico y económico en Francia, a la altura de las expectativas que ha generado. Para que eso ocurra será esencial la interpretación que hará la jurisprudencia, pero también los comentarios de la doctrina que, como ya escribió con su lenguaje metafórico el Decano CARBONNIER⁶⁰, se debatirá entre dos tentaciones opuestas: hacer que las novedades vuelen hacia tierras de aventura o bien, cortarles las alas y arrancarles las plumas para darse al amargo placer de mostrar que nada cambiará.

RESUMEN

DACIÓN EN PAGO

El principio de responsabilidad patrimonial universal se ha convertido, en tiempos de crisis económicas, en un freno para los emprendedores que ven como los resultados adversos de su empresa pueden suponer la pérdida de todo su patrimonio, incluida la vivienda familiar. Por ello, en algunos países de nuestro entorno se han elaborado dispositivos que permiten al empresario individual limitar la responsabilidad profesional a los bienes que integran un patrimonio afectado, precisamente, a esa actividad profesional. Es el caso del Empresario Individual de Responsabilidad Limitada, creado en Francia por la Ley de 15 de junio de 2010, que supone una ruptura con los postulados clásicos de la teoría del patrimonio.

La evidente oportunidad de que se incorpore al ordenamiento jurídico español una institución similar, no puede ocultar la realidad de que se trata de un instrumento jurídico de una gran complejidad técnica que afecta a diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico, por lo que debe utilizarse

ABSTRACT

SURRENDER IN LIEU OF PAYMENT

In times of crisis the rule of unlimited personal liability curbs the plans of entrepreneurs, who see that if business goes badly they could lose all their assets, including the family home. For this reason some of Spain's neighbours have created devices enabling individuals in business to limit their business liability to only those assets devoted to the business. Such is the case of the "limited-liability individual entrepreneur" created in France by the Act of 15 June 2010, in a sharp departure from the classic postulates of liability theory.

It is obviously advisable for Spanish legislation to include some such institution, but the advisability of the result cannot conceal the fact that the legal instrument at issue is one of great technical complexity and affects different realms of legislation. Therefore, extremely nice legislation must be crafted to prevent the device from being doomed to failure from the start. The design of the assets in each liability group, the porosity between the two groups and the potential effect of supplementary per-

⁶⁰ CARBONNIER, J., en *Préface à La Réforme du droit des incapables majeurs (1968)*, editado en la obra de recopilación «Écrits», Puf, 2008, p. 70: «Le commentateur d'une loi nouvelle a besoin de qualités rares pour résister aux deux tentations opposées qui le guettent: l'une qui est, dans l'enthousiasme du moment, de faire prendre aux nouveautés un envol vers des régions aventureuses; l'autre, qui est de leur couper les ailes, de leur arracher des plumes, pour se donner plaisir d'Écclésiaste, le plaisir amer de montrer que tout restera comme avant».

una técnica legislativa muy depurada para evitar que el dispositivo nazca condenado al fracaso. El diseño de los bienes que integran cada patrimonio, la porosidad que existe entre ambos y la incidencia que pueden tener las garantías complementarias, personales o reales otorgadas por el empresario a sus acreedores, son cuestiones que determinarán el éxito o fracaso de la nueva figura. Por ello, analizar cómo se ha regulado en Francia y cuáles son las debilidades del dispositivo, puede ayudarnos a depurar la técnica legislativa, encontrando un equilibrio difícil, pero posible, de todos los intereses en juego: limitar la responsabilidad del empresario sin impedirle el acceso al crédito.

sonal guarantees or collateral furnished by the entrepreneur to creditors are issues that will determine whether the new arrangement is a success or a failure. Looking closely at how it has been regulated in France and what the device's weaknesses are can help us fine-tune legislative technique and strike the tricky but possible balance of all the interests involved: entrepreneurial liability that is limited without stifling access to credit.

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

por
ROSANA PÉREZ GURREA
Abogada

SUMARIO

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

I. PLANTEAMIENTO Y PERSPECTIVA JURÍDICA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Como señala CORREDOR, B.¹⁰:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. ABUSO DE DERECHO Y ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

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

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

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

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

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

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

3. LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁷ STS de 8 de julio de 2003.

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. LA PROTECCIÓN DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. MEDIDAS COMPLEMENTARIAS

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

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

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

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

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

En el artículo 12 del Real Decreto-ley 6/2012 se regula el procedimiento de ejecución extrajudicial, se trata de una reforma que es de aplicación general (y no solo a los deudores incluidos en el umbral de exclusión), pero solo afecta a los casos en que el procedimiento se siga contra la vivienda habitual del deudor. La realización del bien se llevará a cabo a través de una única subasta³³ para la que servirá de tipo el pactado en la escritura de constitución de hipoteca. No obstante, si se presentaran posturas por un importe igual o superior al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiera salido a subasta, se entenderá adjudicada la finca a quien presente la mejor postura.

Cuando la mejor postura presentada fuera inferior al 70 por 100 del tipo señalado para la subasta, podrá el deudor presentar en el plazo de diez días, tercero que mejore la postura, ofreciendo una cantidad superior al 70 por 100 del valor de tasación o que, aun siendo inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante.

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

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

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

valor de tasación. Si el acreedor no hiciese uso de la mencionada facultad, se entenderá adjudicada la finca a quien haya presentado la mejor postura, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50 por 100 del valor de tasación o, siendo inferior, cubra al menos la cantidad reclamada por todos los conceptos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. BIBLIOGRAFÍA

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

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

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

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

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

RESUMEN

DACIÓN EN PAGO

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

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

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

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

ABSTRACT

SURRENDER IN LIEU OF PAYMENT

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

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

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

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

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

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

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

por

ÁNGEL VALERO FERNÁNDEZ-REYES
Registrador de la Propiedad

SUMARIO

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

* Texto recibido el 26 de junio de 2012.

IV. LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA:

- 1.º PROCEDIMIENTO EJECUTIVO HIPOTECARIO JUDICIAL.
- 2.º PROCEDIMIENTO EJECUTIVO HIPOTECARIO EXTRAJUDICIAL.
- 3.º OTRAS CUESTIONES: DERECHO TRANSITORIO, DOMICILIO DE REQUERIMIENTO Y VALOR DE ADJUDICACIÓN.

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

VI. CONCLUSIONES.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³ Fuente: Consejo General del Poder Judicial.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. *El ámbito general de la calificación registral*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

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

1.º PROCEDIMIENTO EJECUTIVO HIPOTECARIO JUDICIAL

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

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

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

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

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

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

2.º PROCEDIMIENTO EJECUTIVO HIPOTECARIO EXTRAJUDICIAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CONCLUSIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA

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

RESUMEN

DACIÓN EN PAGO

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

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

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

ABSTRACT

SURRENDER IN LIEU OF PAYMENT

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

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

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

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

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

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

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

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

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

LEGISLACIÓN

JEFATURA DEL ESTADO

REAL DECRETO-LEY 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa (BOE 7-7-2011).

(Se incluye Corrección de Errores del BOE 13-7-2011).

I

El desarrollo de la crisis financiera internacional y sus consecuencias en España han llevado al Gobierno, en los últimos meses, a adoptar diversas medidas para reforzar la capacidad de respuesta de la economía española, intensificar las previsiones de apoyo a quienes se encuentran en situaciones más difíciles en razón de la crisis y dar el máximo impulso posible a las iniciativas vinculadas con el desarrollo de nuevas formas de actividad económica y de generación de empleo.

En este contexto, el comportamiento de los mercados de deuda pública, y en especial en los países de la zona del euro, hace necesario adoptar nuevas iniciativas que refuercen la confianza internacional en la economía española y expresen con claridad el compromiso de las instituciones españolas con las reformas acordadas en el seno de la Unión Europea en materia de control de la evolución del gasto público y con el impulso de la actividad económica en España. Ambos elementos son fundamentales para mantener la capacidad de financiación de las administraciones y las empresas españolas en el mercado internacional.

Por ello, el Gobierno considera necesario anticipar la adopción de alguna de las medidas discutidas en el marco del Pacto por el Euro Plus y aprobar con carácter urgente otras actuaciones vinculadas en todos los casos al impulso de la actividad económica, bien incrementando las posibilidades de acceso a la liquidez de las pequeñas y medianas empresas o de nuevos proyectos empresariales,

bien actuando específicamente sobre el sector de la construcción con reformas tendentes a garantizar la confianza y la seguridad en el mercado inmobiliario y con medidas que impulsan el desarrollo de la rehabilitación como nuevo ámbito de crecimiento sólido y sostenible, bien, finalmente, reduciendo aquellos obstáculos administrativos a la actividad empresarial y de los ciudadanos que no estén plenamente justificados.

Por otra parte, la situación específica del mercado inmobiliario en España plantea situaciones de especial dificultad para quienes contrajeron préstamos hipotecarios en los momentos de mayor valoración de los inmuebles y se encuentran ahora con la imposibilidad de satisfacer sus obligaciones de pago. Frente a esta situación, el Gobierno considera necesario adoptar medidas adicionales de protección para las familias con menores ingresos, así como las reformas necesarias para garantizar que las ejecuciones hipotecarias se realizan sin dar lugar a situaciones abusivas o de malbaratamiento de los bienes afectados; manteniendo plenamente, sin embargo, los elementos fundamentales de garantía de los préstamos y, con ellos, de la seguridad y solvencia de nuestro sistema hipotecario.

Se trata, en ambos casos, de actuaciones especialmente urgentes. Las medidas de control del gasto y de impulso de la reactivación económica deben surtir efecto en un contexto económico internacional especialmente difícil y turbulento, en el marco de las actuaciones de rescate adoptadas por la Unión Europea y dirigidas a los Estados con mayores dificultades en el mercado de deuda pública. Por su parte, la situación de determinados deudores hipotecarios requiere de acciones inmediatas para garantizar que se protegen adecuadamente sus derechos y, simultáneamente, evitar cualquier elemento de incerteza en la regulación de la ejecución hipotecaria.

En consecuencia, el Gobierno ha acordado incluir en el presente Real Decreto-ley un conjunto de medidas vinculadas a la protección de los deudores hipotecarios, el control del gasto público y la garantía de pago de las obligaciones contraídas por las Administraciones Públicas, el impulso de la actividad empresarial, el desarrollo de las actuaciones de rehabilitación, el incremento de la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario y la eliminación de obstáculos injustificados derivados de la actividad administrativa. Con ellas se da también cumplimiento a diversas resoluciones adoptadas por el Congreso de los Diputados con ocasión del debate sobre política general celebrado los pasados días 28 a 30.

II

La protección económica, social y jurídica de la familia constituye, especialmente en un momento de dificultades serias como el actual, uno de los principios constitucionales rectores de la política social y económica.

Concretamente, aquellas familias que han perdido su vivienda como consecuencia de sus difíciles circunstancias económicas, no deben verse privadas de un mínimo vital que les garantice tanto sus necesidades más esenciales, como la posibilidad de superar en el corto plazo su situación económica. Para ello, el presente Real Decreto-ley incluye dos grupos de medidas con importantes efectos económicos para los que se encuentran en tal situación desfavorecida.

En primer lugar, con el fin de moderar el impacto negativo de la crisis económica sobre los ciudadanos más vulnerables y, en particular, sobre aquellos con cargas familiares, se eleva el umbral de inembargabilidad cuando el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada en un procedimiento de ejecución hipotecaria sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado. Si bien, con carácter general, el mínimo inembargable de cualquier deudor coincide con el salario mínimo interprofesional (SMI) a partir de este Real Decreto-ley y, exclusivamente, para los deudores hipotecarios que han perdido su vivienda habitual, se eleva ese mínimo hasta el 150 por 100 del SMI y un 30 por 100 adicional por cada familiar de su núcleo que no perciba ingresos superiores a dicho SMI.

En segundo lugar, se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil para garantizar que en caso de producirse una ejecución hipotecaria por impago, los deudores recibirán una contraprestación adecuada por el inmueble, que les permita anular o reducir al máximo la deuda remanente.

Para ello, se prevé que la adjudicación al acreedor en subasta de un inmueble hipotecado como consecuencia de una ejecución, se realizará por un precio nunca inferior al 60 por 100 del valor de tasación. Se establece, por tanto, un límite equilibrado, impidiéndose cualquier adjudicación al acreedor inferior al 60 por 100 del valor de tasación, independientemente de la cuantía de la deuda total, y ello con el fin de evitar el despojo del deudor.

Finalmente, al objeto de mejorar la eficacia de las subastas, permitiendo una mayor concurrencia de pujas y, por ende, posibilitando la fijación de un precio más justo, se reduce hasta el 20 por 100 el depósito exigido a los postores para participar en una subasta. De este modo, se facilitaría la presencia de postores y la mejor adjudicación de los bienes hipotecados, se equipararía el importe de este depósito con el previsto por la propia ley para los bienes muebles y se recuperaría el porcentaje que sobre este punto ya establecía la Ley de Enjuiciamiento Civil desde 1881.

III

En el marco de la actual inestabilidad de los mercados de deuda pública, el Gobierno quiere dar un paso más en su compromiso con la disciplina fiscal mediante la introducción de una regla que limita el crecimiento del gasto de

las Administraciones Públicas, complementando de este modo los principios definidos en la Ley General de Estabilidad Presupuestaria. Con esta regla se refuerza la vertiente preventiva de la política fiscal de estabilidad, evitando especialmente los comportamientos procíclicos. La aplicación de ambas reglas fiscales —el equilibrio a lo largo del ciclo económico y el límite al crecimiento del gasto público— ayudará a moderar los posibles desequilibrios generados en los procesos de expansión excesiva de la actividad económica y creará los márgenes necesarios para amortiguar las fases de recesión, sin comprometer la sostenibilidad de las finanzas públicas. Con esta iniciativa, además, el Gobierno se anticipa a los requerimientos recogidos en el Pacto por el Euro Plus, acordado recientemente, y pone en marcha la adaptación de las leyes de estabilidad a los cambios que se van a aprobar sobre gobierno económico en la Unión Europea.

La regla de gasto se aplicará directamente a la Administración General del Estado y sus organismos, y a las Entidades Locales que participan en la cesión de impuestos estatales. A las restantes Entidades Locales les seguirá siendo de aplicación la regla de equilibrio o superávit prevista en la actual normativa de estabilidad presupuestaria.

Por otra parte, la reactivación de la actividad económica y, con ella, de la generación de empleo exige, en el momento actual, adoptar todas las medidas posibles para responder a las situaciones de falta de liquidez en las empresas y, muy especialmente, en las pequeñas y medianas, para las que resultan especialmente relevantes las dificultades de cobro de las obligaciones con ellas contraídas por parte de las Administraciones Públicas, y en especial de las Administraciones Locales.

En el año 2009 se aprobó el Real Decreto-ley 5/2009, de 24 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes para facilitar a las Entidades Locales el saneamiento de deudas pendientes de pago con empresas y autónomos. Esta norma contenía la posibilidad de que aquellas entidades concertaran una operación especial de endeudamiento para financiar remanentes de tesorería negativos o para financiar obligaciones vencidas y exigibles pendientes de aplicar al presupuesto.

Teniendo en cuenta el mantenimiento de la situación económica que motivó aquella norma y la consolidación de su impacto en los retrasos ocasionados en el pago de las obligaciones contraídas por las Entidades Locales, con el consiguiente efecto negativo sobre la liquidez de las empresas, en especial las pequeñas y medianas y los autónomos, así como la persistencia de las dificultades de acceso al crédito que están recayendo sobre todo en los citados agentes económicos, resulta necesario adoptar medidas urgentes, de carácter extraordinario, con el fin de que las Entidades Locales puedan cumplir sus obligaciones y las empresas y autónomos que contratan con aquellas puedan recuperar el equilibrio financiero.

La sección segunda del capítulo segundo del presente Real Decreto-ley regula en diez preceptos la posible concertación por las Entidades Locales de operaciones de crédito para dar cumplimiento a sus obligaciones comerciales,

en el marco de una línea financiera que instrumentará el Instituto de Crédito Oficial, previa instrucción que deberá acordar la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, y que permitirá que las entidades financieras colaboradoras satisfagan directamente a los proveedores las deudas pendientes de pago durante el año 2011. Este acuerdo desarrollará y concretará la ejecución de aquella línea. Se establece, en cualquier caso, la necesaria habilitación legal para que aquella línea financiera pueda contar con la garantía de la participación de las Entidades Locales en los tributos del Estado.

IV

El estímulo de la actividad económica, y en especial de los proyectos empresariales innovadores, requiere de estímulos a la inversión que, en el actual contexto restrictivo, deben ser especialmente intensos y garantizar su mantenimiento por un tiempo suficiente para la viabilidad de los proyectos citados.

Con esta finalidad, el Gobierno ha decidido adoptar una modificación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para declarar exentas las ganancias patrimoniales obtenidas en la transmisión de las acciones o participaciones derivadas de inversiones de particulares en proyectos impulsados por emprendedores, favoreciendo la creación de empresas que permitan avanzar en el cambio de modelo productivo y la generación de empleo.

Dicha exención se somete a un conjunto de requisitos: En concreto, la inversión deberá efectuarse directamente por la persona física mediante la suscripción de acciones o participaciones en entidades de nueva o reciente creación que desarrollen una actividad económica. Y la exención de la ganancia patrimonial resultará de aplicación respecto de las ganancias patrimoniales obtenidas por la transmisión de las acciones o participaciones cuyo valor de adquisición no exceda para el conjunto de entidades en las que invierta, de 25.000 euros anuales, ni de 75.000 euros por entidad durante los tres años posteriores a su constitución, y el tiempo de permanencia de los valores en el patrimonio del contribuyente sea superior a tres e inferior a diez años.

Junto con esta medida, el Real Decreto-ley proroga las facilidades existentes para la producción de largometrajes, cuya prevista derogación, el 31 de diciembre de 2011, ponía en peligro la planificación inmediata de las inversiones necesarias para el mantenimiento de la actividad de la industria cinematográfica en 2012.

Y, por último en este conjunto de medidas de impulso, completa la regulación prevista en este Real Decreto-ley una agilización adicional del procedimiento de creación de sociedades previsto en el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, mediante la clara determinación de las posibilidades de acceso por vía telemática, u otra, y por parte de cualquier interesado a la certificación negativa de denominación expedida por el Registro Mercantil Central.

V

El presente Real Decreto-ley introduce, asimismo, nuevas medidas dirigidas a seguir impulsando las actuaciones de rehabilitación, que refuerzan y profundizan los contenidos que sobre esta materia se recogieron en la Ley de Economía Sostenible, introduciendo mayor claridad en un mercado que se considera básico para la consecución de un modelo de desarrollo más sostenible.

A este fin, se delimitan claramente las actuaciones incluidas dentro del concepto global de rehabilitación, esto es, las actuaciones de conservación, mejora y de regeneración urbana, lo que permite conocer en qué concretas condiciones son exigibles.

Se aclaran, asimismo, qué sujetos están obligados a su realización y cuáles legitimados para participar en las actuaciones de rehabilitación, y se explicitan las facultades reconocidas a las comunidades de propietarios, agrupaciones de estas y cooperativas que pudieran constituirse al respecto, terminando así con las dudas que la actuación de estos sujetos en actuaciones rehabilitadoras generaba en la práctica.

Junto a ello, en el marco asimismo de las políticas dirigidas a la consecución de un medio urbano más sostenible, el Real Decreto-ley generaliza la inspección técnica de edificios, estableciendo su obligatoriedad y sus requisitos esenciales.

De esta manera, se dota a este instrumento, ya existente en la mayoría de las leyes urbanísticas en vigor, de la uniformidad necesaria para garantizar unos contenidos que ayuden a conseguir la adaptación del parque de viviendas existente a los criterios mínimos de calidad exigidos.

VI

El Capítulo VI da paso a las medidas específicas de seguridad jurídica en el sector inmobiliario, que se centran básicamente en dos tipos: las relacionadas con la imposibilidad de concesión de facultades de extraordinaria relevancia e impacto sobre el territorio por medio de la técnica del silencio positivo, y las relativas a medidas registrales cuyo objeto consiste en garantizar y fortalecer la seguridad jurídica en los actos y negocios inmobiliarios por medio del Registro de la Propiedad.

En relación con las primeras, se confirma la regla, ya contenida en la Ley Estatal de Suelo, de la imposible adquisición por silencio administrativo de facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística, y que culminan determinando la nulidad de pleno derecho de estos actos. La sentencia de 28 de enero de 2009, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ha fijado como doctrina legal que el artículo 8.1.b) de la citada Ley de Suelo constituye una norma con rango de ley básica estatal, con los mencionados

efectos. Para ello, nada mejor que explicitar el carácter negativo del silencio en los procedimientos más relevantes de declaración de conformidad, aprobación o autorización administrativa en dichos ámbitos, lo que sin duda contribuirá a una mayor seguridad jurídica, impidiendo que la mera pasividad o inexistencia de actuaciones tempestivas de los Ayuntamientos permita entender a cualquier privado que le han sido concedidas licencias urbanísticas del más variado tipo.

En relación con las segundas, se hace especial hincapié en las medidas de protección registral cuyo objetivo consiste en la protección preventiva y en la depuración a futuro de situaciones que se producen en la actualidad y que están afectando de manera muy negativa a la inversión en el sector inmobiliario, tanto a nivel interno como internacional. Entre ellas, la anulación de licencias previamente concedidas, con la consecuencia última de la demolición, que terminan afectando a terceros adquirentes de buena fe que se ven desprotegidos a causa de actuaciones en las que no han sido parte, y que no siempre han estado exentas en su origen de supuestos de corrupción. Entre estas medidas se encuentra la incorporación al Registro de la Propiedad de la información que permitirá a los adquirentes de inmuebles conocer por anticipado la posible situación litigiosa en la que estos se encuentran, incluyendo los expedientes que puedan suponer la imposición de multas o la futura demolición. En la actualidad, el acceso de dicha información absolutamente relevante para los potenciales inversores es solo potestativa de los Ayuntamientos, de tal manera que se establece la obligatoriedad de proporcionársela al registrador imponiendo a los Ayuntamientos que la incumplan y los perjuicios económicos que pudieran causarse a los adquirentes de buena fe.

Además, se precisan los requisitos de acceso al Registro de la Propiedad de las obras nuevas terminadas, impidiendo que puedan ser objeto de inscripción registral aquellas que, además de contar con la licencia de obras y la certificación técnica de que la obra se ajusta al proyecto, no posean la licencia de primera ocupación.

Se establece también una nueva autorización administrativa para inscribir el régimen de propiedad horizontal de los complejos inmobiliarios para evitar la entrada en el Registro de la Propiedad de adquisiciones que no se corresponden con la normativa urbanística o con las licencias preceptivas y que podrían por tanto venderse a terceros sin adecuarse a la legislación urbanística.

Se permite igualmente el acceso al Registro de la Propiedad de los edificios fuera de ordenación, esto es, aquellos respecto de los cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes. De esta manera, se consigue la protección de sus propietarios, en muchos casos, terceros adquirentes de buena fe, sin que ello signifique desconocer su carácter de fuera de ordenación y las limitaciones que ello implica.

VII

El artículo 40 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, prevé la modificación del silencio administrativo en los procedimientos que no se consideren cubiertos por razones imperiosas de interés general, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El mandato legal descansa sobre la previsión general de circunscribir el sentido negativo del silencio administrativo a aquellos procedimientos en que lo exijan imperiosas razones de interés general y así lo sancione una ley.

Igualmente, la Ley de Economía Sostenible ha introducido un nuevo artículo 84 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local que establece la regla general de que el ejercicio de actividades por los particulares no queda sujeto a la obtención de previa licencia municipal u otro medio de control preventivo. Con esta opción de política legislativa, la Ley de Economía Sostenible va un paso más allá de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, dado que no solo se suprimen los regímenes de autorización para el ejercicio de actividades de servicios incluidos en su ámbito de aplicación, sino que se extiende a cualquier tipo de actividad.

Sin perjuicio de lo anterior, el nuevo artículo 84 bis establece una serie de excepciones a la regla general señalada, pues podrá someterse a la obtención de previa licencia municipal el ejercicio de actividades que afecten a la protección del medio ambiente, a la protección del patrimonio histórico-artístico, a la seguridad, a la salud pública, o de aquellas actividades que impliquen el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público, siempre que esté justificada y resulte proporcionada. Requisitos estos últimos que hay que conectar con el nuevo artículo 39 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en el que se establecen los principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad.

Sobre la base de ambos preceptos, el Gobierno ha procedido a evaluar, en su ámbito competencial, la concurrencia de los motivos que justifican la opción por el sentido desestimatorio del silencio, así como la existencia de referencia a licencias locales de actividad en la legislación estatal.

Tras el proceso de evaluación llevado a cabo por parte de los diferentes Departamentos Ministeriales, con el presente Real Decreto-ley se cumple el mandato al proceder a modificar los preceptos de múltiples leyes, propiciando que en más de un centenar de procedimientos la Administración se vea ahora sometida al régimen del silencio positivo y que desaparezcan las menciones a las licencias locales en los siguientes textos normativos: Real Decreto-ley 4/2001, de 16 de febrero, de Régimen de intervención administrativa aplicable a la valorización energética de harinas de origen animal procedentes de la trans-

formación de despojos y cadáveres de animales; el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio; la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido; la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y control integrados de la contaminación; la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad medioambiental; la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del aire y protección de la atmósfera, y la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio natural y de la biodiversidad.

De este modo, la actividad de los ciudadanos podrá desarrollarse en los ámbitos afectados, sin que el eventual retraso en la actuación administrativa se configure como un obstáculo y, a la vez, garantizando que la tutela del interés público, en los aspectos fijados por la Ley de Economía Sostenible, se mantiene inalterada.

VIII

En el conjunto y en cada una de las medidas que se adoptan, concurren, por su naturaleza y finalidad, las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 86 de la Constitución como presupuestos para la aprobación de Reales Decretos-ley.

En virtud de todo ello, haciendo uso de la autorización contenida en el artículo 86 de la Constitución Española, a propuesta de la Vicepresidenta Segunda del Gobierno y Ministra de Economía y Hacienda, del Vicepresidente Tercero del Gobierno y Ministro de Política Territorial y Administración Pública, del Ministro de Justicia y del Ministro de Fomento, y previa deliberación del Consejo de Ministros, en su reunión del día 1 de julio de 2011,

DISPONGO:

CAPÍTULO I

Situación de los deudores hipotecarios

SECCIÓN PRIMERA. INEMBARGABILIDAD DE INGRESOS MÍNIMOS FAMILIARES

Artículo 1. *Inembargabilidad de ingresos mínimos familiares*

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

artículo 607.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se incrementará en un 50 por 100 y además en otro 30 por 100 del salario mínimo interprofesional por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al salario mínimo interprofesional. A estos efectos, se entiende por núcleo familiar, el cónyuge o pareja de hecho, los ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado.

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

SECCIÓN SEGUNDA. SUBASTAS DE BIENES INMUEBLES

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

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

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

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

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

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

Tres. El artículo 671 queda modificado como sigue:

«Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 60 por 100 de su valor de tasación.

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

CAPÍTULO II

Medidas Financieras

SECCIÓN PRIMERA. MODIFICACIÓN DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

Artículo 3. *Regla de gasto de las Administraciones Públicas*

Se modifica el Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, en los siguientes términos:

Uno. Se introduce en el artículo 7.1 un nuevo párrafo, con el siguiente tenor:

«Con carácter general, el gasto de los distintos sujetos comprendidos en el artículo 2.1.a) de esta Ley, así como de las Entidades Locales incluidas en el ámbito subjetivo definido en los artículos 111 y 135 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, no podrá superar la tasa de crecimiento de referencia de la economía española».

Dos. Se introduce un nuevo artículo 8 bis, con el siguiente tenor:

«Artículo 8 bis. Regla de gasto.

1. El objetivo de estabilidad presupuestaria de las entidades a las que se refieren los artículos 2.1.a) de esta ley, así como de las Entidades Locales incluidas en el ámbito subjetivo definido en los artículos 111 y 135 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, se fijará teniendo en cuenta que el crecimiento de su gasto computable no podrá superar la tasa de crecimiento a medio plazo de referencia de la economía española.

Se entenderá por gasto computable a los efectos previstos en el párrafo anterior, los empleos no financieros definidos en términos del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, excluidos los intereses de la deuda y el gasto no discrecional en prestaciones por desempleo.

La tasa de crecimiento a medio plazo de referencia de la economía española se define como el crecimiento medio del PIB, expresado en términos nominales, durante nueve años.

Dicho crecimiento se determinará como la media aritmética de las tasas de crecimiento real del PIB previstas en el Programa de Estabilidad para el ejercicio corriente y los tres ejercicios siguientes y las tasas de crecimiento real del PIB registradas en los cinco años anteriores.

A efectos de determinar el crecimiento del PIB en términos nominales, a la tasa resultante del párrafo anterior se le añadirá una referencia de inflación equivalente a una tasa anual del 1,75 por 100.

2. Cuando se aprueben cambios normativos que supongan aumentos permanentes de la recaudación, el nivel de gasto computable resultante de la aplicación de la regla en los años en que se obtengan los aumentos de recaudación podrá aumentar en la cuantía equivalente.

Cuando se aprueben cambios normativos que supongan disminuciones de la recaudación, el nivel de gasto computable resultante de la aplicación de la regla en los años en que se produzcan las disminuciones de recaudación deberá disminuirse en la cuantía equivalente.

3. Los ingresos que se obtengan por encima de lo proyectado se dedicarán íntegramente a reducir el nivel de deuda pública.

4. Cuando, excepcionalmente, se presente o se liquide un presupuesto con déficit que suponga la adopción de un plan económico financiero de reequilibrio, de acuerdo con la normativa presupuestaria o con el Procedimiento de Déficit Excesivo, la evolución del gasto deberá cumplir rigurosamente con la senda prevista en dicho plan».

Tres. Se modifica el apartado 1 del artículo 9, que queda redactado como sigue:

«Con anterioridad al 1 de octubre de cada año, el Ministro de Economía y Hacienda elevará al Gobierno un informe sobre el grado de cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la regla de gasto del ejercicio inmediato anterior, así como de la evolución cíclica real del ejercicio y las desviaciones respecto de la previsión inicial contenida en el informe al que se refiere el artículo 8.2 de esta ley».

Cuatro. Se introduce un nuevo artículo 10 bis, con el siguiente tenor:

«Artículo 10 bis. Consecuencias del incumplimiento de la regla de gasto:

En caso de incumplimiento de la tasa de incremento de gasto, a la que se refiere el artículo 8 bis, la Administración Pública responsable deberá

adoptar medidas extraordinarias de aplicación inmediata que garanticen el retorno a la senda de gasto acorde con la regla establecida».

SECCIÓN SEGUNDA. LÍNEA DE CRÉDITO PARA LA CANCELACIÓN DE DEUDAS DE LAS ENTIDADES LOCALES CON EMPRESAS Y AUTÓNOMOS

Artículo 4. *Objeto*

Con el fin de permitir la cancelación de sus obligaciones pendientes de pago con empresas y autónomos, derivadas de la adquisición de suministros, realización de obras y prestación de servicios, las Entidades Locales, con carácter excepcional, podrán concertar operaciones de crédito a largo plazo, con los límites, condiciones y requisitos que se establecen en los artículos siguientes y con arreglo al acuerdo que, con carácter de urgencia, deberá adoptar la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos por el que instruirá al Instituto de Crédito Oficial para la puesta en marcha de la correspondiente línea financiera.

Artículo 5. *Ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación*

1. Se podrán acoger a la citada línea financiera las Entidades Locales, sus organismos autónomos y entidades dependientes que pertenezcan íntegramente a aquellas integrantes del Inventario de Entes del Sector Público Local regulado por el Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, en su aplicación a las Entidades Locales que tengan obligaciones reconocidas, vencidas, líquidas y exigibles pendientes de pago u obligaciones vencidas, líquidas y exigibles pendientes de aplicar al presupuesto de 2010. En cualquier caso, las citadas obligaciones deben tener su soporte material en certificaciones o documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, correspondientes a suministros, obras o servicios entregados con anterioridad a 30 de abril de 2011, y reunir cuando se trate de contratos sujetos a la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público, los requisitos exigidos por aquella legislación.

2. A los efectos anteriores, la línea financiera se diseñará de forma que posibilite preferentemente la cancelación de las deudas con los autónomos y las pequeñas y medianas empresas, considerando asimismo la antigüedad de las certificaciones o documentos antes citados.

Artículo 6. *Importe máximo de endeudamiento*

1. Por cada entidad local, incluyendo, en su caso, sus organismos autónomos y entidades dependientes que pertenezcan íntegramente a aquellas, el importe susceptible de financiación estará constituido por el principal de las obligaciones reconocidas, vencidas, líquidas y exigibles pendientes de pago y por el de las vencidas, líquidas y exigibles que quedaron pendientes de aplicar al presupuesto del ejercicio de 2010, o por la suma de ambos. Este importe, junto con los intereses estimados que la operación de crédito generaría, no podrá exceder, en ningún caso, el 25 por 100 del importe anual de las entregas a cuenta de la participación de la entidad local en tributos del Estado del año 2011, una vez descontados los reintegros correspondientes a las liquidaciones definitivas de aquella participación del ejercicio 2008 y anteriores.

2. No se incluirán en esta operación los importes que correspondan a las obligaciones accesorias a la principal, establecidas en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y de las que deberán responder las Entidades Locales deudoras.

3. En el supuesto de que la operación de endeudamiento se destine, total o parcialmente, a la cobertura de obligaciones que quedaron pendientes de aplicar a presupuesto, estas deberán reconocerse en su totalidad en el presupuesto vigente para 2011, con cargo al importe que corresponda del total financiado.

Artículo 7. *Requisitos para concertar las operaciones de endeudamiento*

1. Con carácter previo a la concertación de las operaciones de endeudamiento en el marco de la línea financiera citada en el artículo 4 de este Real Decreto-ley, las Entidades Locales deberán aprobar la liquidación de sus presupuestos generales del año 2010.

2. Aprobada la citada liquidación de presupuestos, las Entidades Locales que se pretendan acoger a aquella línea financiera deberán solicitar, antes del 1 de diciembre de 2011, al Instituto de Crédito Oficial, la aceptación para concertar operaciones de endeudamiento. Obtenida esta aceptación, y de acuerdo con los términos de la misma, las Entidades Locales podrán formalizar con las entidades de crédito las operaciones financieras correspondientes, las cuales actuarán por cuenta del Instituto de Crédito Oficial en la materialización del pago a las empresas y autónomos.

Artículo 8. *Plazos de vigencia de la línea financiera*

El plazo de cancelación de las operaciones de endeudamiento no podrá ser superior a tres años ni estas podrán concertarse con periodos de carencia, debiendo quedar cerrada el 31 de diciembre de 2014 la línea financiera que se ponga en marcha por el Instituto de Crédito Oficial, de acuerdo con el artículo 4 de este Real Decreto-ley.

Las operaciones se amortizarán por el método de anualidad constante y se concertarán con la flexibilidad necesaria para poder efectuar cancelaciones anticipadas, cuando los resultados de los ejercicios económicos durante el periodo de vigencia de aquella línea financiera así lo permitan.

Artículo 9. *Aprobación de las operaciones de endeudamiento: competencia*

1. La concertación de las operaciones de endeudamiento requerirá la aceptación del Instituto de Crédito Oficial para su inclusión en la línea financiera citada en el artículo 4 de la presente norma, iniciándose el procedimiento mediante solicitud aprobada por el Pleno de la Corporación Local, con el informe favorable de la Intervención de la Entidad Local que deberá pronunciarse sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos por esta norma y con el informe de la Tesorería de la misma entidad en relación con el cumplimiento del orden de prelación establecido en el artículo 5.2 de la presente norma.

El anterior acuerdo de aprobación deberá contener la relación identificativa y detallada de las certificaciones y documentos acreditativos de las obligaciones pendientes de pago cuyo cumplimiento se pretende con esta línea financiera.

2. Aceptada por el Instituto de Crédito Oficial la futura concertación de la operación de crédito, la competencia para acordar su concertación estará determinada por lo dispuesto en el artículo 52 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

Artículo 10. *Obligación de comunicación de la operación de endeudamiento al Ministerio de Economía y Hacienda*

La operación de endeudamiento regulada en la presente norma no estará sujeta a autorización administrativa, si bien deberá ser incorporada, en el plazo máximo de un mes a contar desde la fecha de su formalización, en la Central de Información de Riesgos de las Entidades Locales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, y en

el artículo 24 del Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, y sus normas de desarrollo.

Artículo 11. *Desarrollo de la operación de endeudamiento*

La generación de remanente de tesorería negativo para gastos generales en el periodo de amortización de las operaciones de endeudamiento comportará la prohibición de realizar inversiones nuevas en el ejercicio siguiente financiadas con endeudamiento, sean estas materiales, inmateriales o financieras, directas, o indirectas a través de subvenciones concedidas a entidades dependientes.

Artículo 12. *Aplicación prevista en la Disposición Adicional cuarta del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo*

1. Si, como consecuencia de la línea de crédito instruida por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos al Instituto de Crédito Oficial para facilitar liquidez a las empresas y los autónomos que tengan créditos con las Entidades Locales, estas últimas contrajeran con el Instituto de Crédito Oficial deudas firmes, impagadas en el periodo voluntario fijado, el órgano competente del Ministerio de Economía y Hacienda efectuará a su favor las retenciones que procedan con cargo a las órdenes de pago que se emitan para satisfacer su participación en los tributos del Estado. Para ello se aplicará el régimen previsto para los acreedores públicos en la Disposición Adicional cuarta del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

2. Las citadas retenciones se practicarán previa solicitud del Instituto de Crédito Oficial en la que se ponga de manifiesto que concurren en las deudas que las motivan los requisitos recogidos en el apartado anterior.

3. Las garantías de las líneas de crédito que, en los términos previstos en el presente artículo, se habiliten para dotar de liquidez a las empresas y autónomos, no podrán superar el 25 por 100 del importe anual de las entregas a cuenta de la participación de la entidad local en tributos del Estado del año 2011, una vez descontados los reintegros correspondientes a las liquidaciones definitivas de aquella participación del ejercicio 2008 y anteriores.

Artículo 13. *Ámbito objetivo de aplicación de la retención a favor del Instituto de Crédito Oficial*

Lo previsto en el artículo anterior se aplicará a deudas firmes contraídas por las Entidades Locales con el Instituto de Crédito Oficial exclusivamente durante el periodo de vigencia de la línea financiera, si bien las retenciones a practicar por el órgano competente del Ministerio de Economía y Hacienda podrán extenderse, si fuera necesario, a los ejercicios siguientes.

CAPÍTULO III

Impulso de la actividad empresarial

Artículo 14. *Modificación de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio*

Se introducen las siguientes modificaciones en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio:

Uno. Se modifica el apartado 4 del artículo 33, que queda redactado de la siguiente forma:

- «4. Estarán exentas del Impuesto las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto:
- a) Con ocasión de las donaciones que se efectúen a las entidades citadas en el artículo 68.3 de esta Ley.
 - b) Con ocasión de la transmisión de su vivienda habitual por mayores de sesenta y cinco años o por personas en situación de dependencia severa o de gran dependencia de conformidad con la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.
 - c) Con ocasión del pago previsto en el artículo 97.3 de esta Ley y de las deudas tributarias a que se refiere el artículo 73 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.
 - d) Con ocasión de la transmisión de las acciones o participaciones en empresas de nueva o reciente creación, en los términos y condiciones previstos en la disposición adicional trigésima cuarta de esta Ley».

Dos. Se añade una disposición adicional trigésimo cuarta que queda redactada de la siguiente forma:

«Disposición Adicional trigésimo cuarta. *Medidas para favorecer la capitalización de empresas de nueva o reciente creación:*

1. Estarán exentas las ganancias patrimoniales derivadas de la transmisión de acciones o participaciones en empresas de nueva o reciente creación que cumplan los requisitos establecidos en el apartado 2 siguiente, cuyo valor total de adquisición no exceda, para el conjunto de entidades, de 25.000 euros anuales, ni de 75.000 euros por entidad durante todo el periodo de tres años a que se refiere la letra *a)* del apartado 3 siguiente, siempre que se cumplan las condiciones y requisitos establecidos en esta Disposición Adicional.

2. A los efectos de poder aplicar la exención prevista en el apartado anterior, la entidad deberá cumplir los siguientes requisitos:

- a)* Deberá revestir la forma de Sociedad Anónima, Sociedad de Responsabilidad Limitada, Sociedad Anónima Laboral o Sociedad de Responsabilidad Limitada Laboral, en los términos previstos en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y en la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales.
- b)* No estar admitida a cotización en alguno de los mercados regulados de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros y representativos de la participación en fondos propios de sociedades o entidades.
- c)* La entidad debe desarrollar una actividad económica. En particular, no podrá tener por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario a que se refiere el artículo 4.8.Dos.*a)* de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, en ninguno de los periodos impositivos de la entidad concluidos con anterioridad a la transmisión de la participación.
- d)* Que para la ordenación de la actividad económica se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa.
- e)* El importe de la cifra de los fondos propios de la entidad no podrá ser superior a 200.000 euros en los periodos impositivos de la misma en los que el contribuyente adquiera las acciones o participaciones.

Cuando la entidad forme parte de un grupo de sociedades en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, con indepen-

dencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, el importe de los fondos propios se referirá al conjunto de entidades pertenecientes a dicho grupo.

- f)* Que la entidad no tenga ninguna relación laboral ni mercantil, al margen de la condición de socio, con el contribuyente. Los requisitos establecidos en este apartado, excepto el previsto en la letra *e)* anterior, deberán cumplirse por la entidad durante todos los años de tenencia de la acción o participación.

3. A efectos de aplicar lo dispuesto en el apartado 1 anterior deberán cumplirse las siguientes condiciones:

- a)* Las acciones o participaciones en la entidad deberán adquirirse por el contribuyente a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, bien en el momento de la constitución de aquella o mediante ampliación de capital efectuada en los tres años siguientes a dicha constitución, contados de fecha a fecha, aun cuando se trate de entidades ya constituidas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2011.
- b)* La participación del contribuyente, junto con la que posean en la misma entidad su cónyuge o cualquier persona unida al contribuyente por parentesco, en línea recta o colateral, por consanguinidad o afinidad, hasta el tercer grado incluido, no puede ser, durante ningún día de los años naturales de tenencia de la participación, superior al 40 por 100 del capital social de la entidad o de sus derechos de voto.
- c)* Que el tiempo de permanencia de la acción o participación en el patrimonio del contribuyente sea superior a tres años e inferior a diez años, contados de fecha a fecha.

4. En ningún caso resultará de aplicación lo dispuesto en el apartado 1 anterior en los siguientes supuestos:

- a)* Cuando se trate de participaciones suscritas por el contribuyente con el saldo de la cuenta ahorro-empresa. Dichas participaciones no se tendrán en cuenta para el cálculo del porcentaje de participación a que se refiere la letra *b)* del apartado 3 anterior.
- b)* Cuando se trate de acciones o participaciones en una entidad a través de la cual se ejerza la misma actividad que se venía ejerciendo anteriormente mediante otra titularidad.
- c)* Cuando el contribuyente hubiera adquirido valores homogéneos en el año anterior o posterior a la transmisión de las acciones o participaciones. En este caso, la exención no procederá respecto

de los valores que como consecuencia de dicha adquisición permanezcan en el patrimonio del contribuyente.

- d) Cuando las acciones o participaciones se transmitan a una entidad vinculada con el contribuyente, su cónyuge, cualquier persona unida al contribuyente por parentesco, en línea recta o colateral, por consanguinidad o afinidad, hasta el tercer grado incluido, o un residente en país o territorio considerado como paraíso fiscal.

5. La entidad, a que se refiere el apartado 2 anterior, deberá presentar una declaración informativa con el contenido que reglamentariamente se establezca en relación con el cumplimiento de los requisitos exigidos a la entidad, la identificación de sus accionistas o partícipes, porcentaje y periodo de tenencia de la participación.

El Ministro de Economía y Hacienda establecerá el modelo, así como el plazo y forma de presentación de la declaración informativa a que se refiere este apartado».

Artículo 15. *Medidas de fomento a la producción de largometrajes*

1. El apartado 2 del artículo 38 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, mantendrá su vigencia hasta los periodos impositivos que se hayan iniciado antes de 1 de enero de 2013, y quedará derogado con efectos para los periodos impositivos que se inicien a partir de esa fecha.

2. Las deducciones establecidas en el citado apartado 2 del artículo 38, pendientes de aplicación al comienzo del primer periodo impositivo que se inicie a partir de 1 de enero de 2013, podrán aplicarse en el plazo y con los requisitos establecidos en el capítulo IV del Título VI de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, según redacción vigente a 31 de diciembre de 2012. Dichos requisitos son igualmente aplicables para consolidar las deducciones practicadas en periodos impositivos iniciados antes de aquella fecha.

Artículo 16. *Uso de medios telemáticos para la solicitud y obtención de la certificación negativa de denominación*

Lo previsto en el artículo 5 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, será de aplicación también en los casos en que, por vía telemática u otra, se solicite y obtenga del Registro Mercantil Central la certificación negativa de denominación por cualquier interesado o, su autorizado, además de por el notario, a instancia de aquel.

CAPÍTULO IV

Medidas para el fomento de las actuaciones de rehabilitación

Artículo 17. *Actuaciones de rehabilitación*

1. A los efectos de este Real Decreto-ley, el término rehabilitación engloba las siguientes actuaciones:

- a) Las de conservación, entendiéndose por tales las reparaciones y obras precisas para mantener un inmueble en las condiciones de habitabilidad, seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato, que serán exigibles en los términos establecidos en la legislación aplicable.
- b) Las de mejora, entendiéndose por tales, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 111 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, las que se realicen por motivos turísticos o culturales o, en general, por motivos de calidad y sostenibilidad del medio urbano, cuando los inmuebles formen parte de un plan, programa o instrumento legal de rehabilitación previamente aprobado, y cuyo fin sea garantizar la seguridad, salubridad, accesibilidad, reducción de emisiones e inmisiones contaminantes de todo tipo y de agua y energía, y, en particular, que se cumplan todos o algunos de los requisitos básicos relacionados en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación y en el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación.
- c) Las de regeneración urbana, entendiéndose por tales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 110 de la Ley de Economía Sostenible, las que se desarrollen en ámbitos urbanos vulnerables, obsoletos o degradados, alcanzando tanto a la urbanización y a las dotaciones, como a los edificios, y tengan como finalidad el cumplimiento de los principios de cohesión territorial y social, eficiencia energética y complejidad funcional al servicio de un medio urbano sostenible. Cuando se refieran exclusivamente a la rehabilitación de edificios, estas actuaciones consistirán en realizar las obras necesarias para lograr los fines propios de las actuaciones de mejora de la calidad y sostenibilidad del medio urbano a que se refiere la letra anterior.

Tendrán carácter integrado cuando articulen medidas sociales, ambientales y económicas enmarcadas en una estrategia municipal global y unitaria, formulada a través del planeamiento urbanístico o por medio de un instrumento específico.

2. Las actuaciones de rehabilitación que afecten solamente a edificios podrán incluir también los espacios comunes privativos vinculados a los mismos.

Artículo 18. *Realización de las actuaciones de conservación, mejora y regeneración*

1. Las actuaciones de conservación, mejora y regeneración podrán imponerse por la Administración competente cuando concurren las condiciones previstas para cada una de ellas en el presente Real Decreto-ley y en el resto de legislación aplicable, en cuyo caso les será de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 111 de la Ley de Economía Sostenible.

En particular, las actuaciones de regeneración urbana exigirán que la Administración competente delimite el correspondiente ámbito, que podrá ser continuo o discontinuo, así como de mera rehabilitación edificatoria, pudiendo incluirse en este ámbito intervenciones de demolición, renovación o sustitución de viviendas o edificios completos, siempre que no afecten a más del 50 por 100 de los edificios, de las viviendas o de la edificabilidad.

En estos casos, las actuaciones de regeneración urbana tendrán la consideración de actuaciones de transformación urbanística, de acuerdo con lo previsto en el artículo 14.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, siéndoles de aplicación el régimen de las actuaciones de urbanización o de dotación que les corresponda.

2. En aplicación de lo dispuesto en la Ley de Suelo y en el resto de la normativa aplicable, estarán obligados a la realización de las actuaciones a que se refiere este artículo y hasta dónde alcance el deber legal de conservación, los siguientes sujetos:

- a) Los propietarios y los titulares de derechos de uso otorgados por ellos, en la proporción acordada en el correspondiente contrato. En ausencia de este, o cuando no se contenga cláusula alguna relativa a la citada proporción, corresponderá a unos u otros, en función del carácter o no de reparaciones menores que tengan tales deberes, motivadas por el uso diario de instalaciones y servicios. La determinación se realizará de acuerdo con la normativa reguladora de la relación contractual y, en su caso, con las proporciones que figuren en el registro relativas al bien y a sus elementos anexos de uso privativo.
- b) Las comunidades de propietarios y, en su caso, las agrupaciones de comunidades de propietarios, así como las cooperativas de propietarios, con respecto a los elementos comunes de la construcción, el edificio o complejo inmobiliario en régimen de propiedad horizontal y de los

condominios, sin perjuicio del deber de los propietarios de las fincas o elementos separados de uso privativo de contribuir, en los términos de los estatutos de la comunidad o agrupación de comunidades o de la cooperativa, a los gastos en que incurran estas últimas.

3. Conforme a lo dispuesto en la normativa aplicable, en los casos de inejecución injustificada de las obras ordenadas, dentro del plazo conferido al efecto, se procederá a su realización subsidiaria por la Administración Pública competente o a la aplicación de cualesquiera otras fórmulas de reacción administrativa a elección de esta. En tales supuestos, el límite máximo del deber de conservación podrá elevarse, si así lo dispone la legislación autonómica, hasta el 75 por 100 del coste de reposición de la construcción o el edificio correspondiente.

Artículo 19. Sujetos legitimados para participar en las actuaciones de rehabilitación

1. Están legitimados para participar en las actuaciones de rehabilitación, en los términos dispuestos en este Real Decreto-ley, además de las Administraciones Públicas competentes, las comunidades y agrupaciones —forzosas o voluntarias— de propietarios, las cooperativas constituidas al efecto, los propietarios de terrenos, construcciones, edificaciones y fincas urbanas y los titulares de derechos reales o de aprovechamiento, las empresas, entidades o sociedades que intervengan a cualquier título en dichas operaciones, y las asociaciones administrativas que se constituyan por ellos.

2. Los sujetos a que se refiere este artículo podrán agruparse en asociaciones administrativas con los siguientes fines:

- a) Participar en el proceso de planificación o programación de la actuación.
- b) Elaborar, por propia iniciativa o por encargo del responsable de la gestión de la actuación de que se trate, los correspondientes proyectos, planes o programas.
- c) Asumir, por sí mismas o en asociación con otros sujetos intervinientes, públicos o privados, la gestión de las obras de mejora y regeneración urbana o, en su caso, participar en una u otra en la forma que se convenga con el responsable de la gestión.

3. La participación en la ejecución de actuaciones de rehabilitación se producirá, siempre que sea posible, en régimen de justa distribución de beneficios, incluidas las ayudas públicas y cargas.

Artículo 20. *Actuaciones a cargo de comunidades y agrupaciones de comunidades de propietarios y cooperativas de rehabilitación*

1. Las comunidades y las agrupaciones de comunidades de propietarios podrán, previo acuerdo válidamente adoptado conforme a la legislación de propiedad horizontal:

- a) Actuar en el mercado inmobiliario con plena capacidad jurídica para todas las operaciones, incluidas las crediticias, relacionadas con el cumplimiento de los deberes de conservación, mejora y regeneración, así como con la participación en la ejecución de actuaciones aisladas o conjuntas, continuas o discontinuas, que correspondan.
- b) Constituir un fondo de conservación, mejora y regeneración, que se nutrirá con aportaciones específicas de los propietarios a tal fin y con el que podrán cubrirse impagos de las cuotas de contribución a las obras correspondientes.
- c) Ser beneficiarias directas de cualesquiera medidas de fomento establecidas por los poderes públicos, así como receptoras y gestoras de las ayudas otorgadas a los propietarios de fincas.
- d) Otorgar, por sí solas, escrituras públicas de modificación del régimen de propiedad horizontal, tanto en lo relativo a los elementos comunes como a las fincas de uso privativo, a fin de acomodar este régimen a los resultados de las obras de rehabilitación edificatoria o de regeneración urbana en cuya gestión participen o que directamente lleven a cabo.
- e) Agruparse voluntariamente para formar entes asociativos de gestión de actuaciones de rehabilitación, los cuales pueden ser habilitados al efecto por las Administraciones Públicas actuantes.
- f) Actuar, en el seno de los procedimientos de gestión para la ejecución de las actuaciones de rehabilitación, como fiduciarias con pleno poder dispositivo sobre los elementos comunes del correspondiente edificio o complejo inmobiliario y las fincas pertenecientes a los propietarios miembros de aquellas, sin más limitaciones que las establecidas en los estatutos.

2. Será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior a las cooperativas que se constituyan con el objeto de ejecutar o participar en la ejecución de actuaciones de rehabilitación.

3. Los planes y programas de actuaciones de mejora y regeneración urbana podrán imponer, a efectos de su ejecución, la agrupación forzosa de las comunidades o agrupaciones de comunidades de propietarios existentes en su ámbito de aplicación.

Artículo 21. *Obligatoriedad de la inspección técnica de edificios*

1. Los edificios con una antigüedad superior a cincuenta años, salvo que las Comunidades Autónomas fijen distinta antigüedad en su normativa, destinados preferentemente a uso residencial situados en los municipios señalados en la Disposición Adicional tercera, deberán ser objeto, en función de su antigüedad, de una inspección técnica periódica que asegure su buen estado y debida conservación, y que cumpla, como mínimo, los siguientes requisitos:

- a) Evaluar la adecuación de estos inmuebles a las condiciones legalmente exigibles de seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato.
- b) Determinar las obras y trabajos de conservación que se requieran para mantener los inmuebles en el estado legalmente exigible, y el tiempo señalado al efecto.

2. Las actuaciones contenidas en este artículo se aplicarán en la forma, plazos y condiciones que regulen las Comunidades Autónomas. Los Municipios podrán establecer sus propias actuaciones en el marco de los mínimos estatales y autonómicos.

3. Las inspecciones realizadas por encargo de la comunidad o agrupación de comunidades de propietarios que se refieran a la totalidad de un edificio o complejo inmobiliario extenderán su eficacia a todos y cada uno de los locales y viviendas existentes.

Artículo 22. *Efectos de la inspección*

Cuando de la inspección realizada resulten deficiencias, la eficacia del documento acreditativo de la misma, a los efectos de justificar el cumplimiento del deber legal de conservación a que se refiere el artículo 9 de la Ley de Suelo, quedará condicionada a la certificación de la realización efectiva de las obras y los trabajos de conservación requeridos para mantener el inmueble en el estado legalmente exigible, y en el tiempo señalado al efecto.

CAPÍTULO V

Seguridad jurídica en materia inmobiliaria

Artículo 23. *Silencio negativo en procedimientos de conformidad, aprobación o autorización administrativa*

1. Los actos de transformación, construcción, edificación y uso del suelo y el subsuelo que se indican a continuación requerirán del acto expreso de

conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo según la legislación de ordenación territorial y urbanística:

- a) Movimientos de tierras, explanaciones, parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo, cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación.
- b) Las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta.
- c) La ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes.
- d) La tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva que, por sus características, puedan afectar al paisaje.
- e) La primera ocupación de las edificaciones de nueva planta y de las casas a que se refiere la letra c) anterior.

2. El vencimiento del plazo máximo, sin haberse notificado la resolución expresa, legitimará al interesado que hubiere deducido la solicitud para entenderla desestimada por silencio administrativo.

Artículo 24. *Declaración de obra nueva*

Se otorga una nueva redacción al artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que queda redactado del modo siguiente:

«1. Para autorizar escrituras de declaración de obra nueva en construcción, los notarios exigirán, para su testimonio, la aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística, así como certificación expedida por técnico competente y acreditativa del ajuste de la descripción de la obra al proyecto que haya sido objeto de dicho acto administrativo.

Tratándose de escrituras de declaración de obra nueva terminada, exigirán, además de la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de esta conforme a la descripción del proyecto, los documentos que acrediten los siguientes extremos:

- a) el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios y
- b) el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística

aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente.

2. Para practicar las correspondientes inscripciones de las escrituras de declaración de obra nueva, los registradores exigirán el cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado anterior.

3. En aquellos casos en los que la descripción de la obra terminada no coincida con la que conste en el Registro, por haberse producido modificaciones en el proyecto, la constancia registral de la terminación de la obra se producirá mediante un asiento de inscripción, cuya extensión quedará sujeta a lo previsto en el apartado primero en relación con los requisitos para la inscripción de las obras nuevas terminadas.

4. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el caso de construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes, la constancia registral de la terminación de la obra se registrará por el siguiente procedimiento:

- a) Se inscribirán en el Registro de la Propiedad las escrituras de declaración de obra nueva que se acompañen de certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título. A tales efectos, el Registrador comprobará la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación e instalación de que se trate y que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general.
- b) El asiento de inscripción dejará constancia de la situación de fuera de ordenación en la que queda todo o parte de la construcción, edificación e instalación, de conformidad con el ordenamiento urbanístico aplicable. A tales efectos, será preciso aportar el acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido.
- c) Los Registradores de la Propiedad darán cuenta al Ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas en los supuestos comprendidos en los números anteriores, y harán constar en la inscripción y en la nota de despacho la práctica de dicha notificación».

Artículo 25. *Protección registral ante títulos habilitantes de obras y actividades*

Uno. Se añade un nuevo apartado 6 en el artículo 17 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, con el siguiente tenor:

«6. La constitución y modificación del complejo inmobiliario deberá ser autorizada por la Administración competente donde se ubique la finca o fincas sobre las que se constituya tal régimen, siendo requisito indispensable para su inscripción que al título correspondiente se acompañe la autorización administrativa concedida, o el testimonio notarial de la misma».

Dos. Se otorga una nueva redacción al artículo 51 de la Ley de Suelo, que queda redactado del modo siguiente:

«1. Serán inscribibles en el Registro de la Propiedad:

- a) Los actos firmes de aprobación de los expedientes de ejecución de la ordenación urbanística en cuanto supongan la modificación de las fincas registrales afectadas por el instrumento de ordenación, la atribución del dominio o de otros derechos reales sobre las mismas o el establecimiento de garantías reales de la obligación de ejecución o de conservación de la urbanización.
- b) Las cesiones de terrenos con carácter obligatorio en los casos previstos por las leyes o como consecuencia de transferencias de aprovechamiento urbanístico.
- c) La incoación de expediente sobre disciplina urbanística o de aquellos que tengan por objeto el apremio administrativo para garantizar el cumplimiento de sanciones impuestas.
En todo caso, la incoación de expedientes de disciplina urbanística que afecten a actuaciones por virtud de las cuales se lleve a cabo la creación de nuevas fincas registrales por vía de parcelación, reparcelación en cualquiera de sus modalidades, declaración de obra nueva o constitución de régimen de propiedad horizontal, la Administración estará obligada a acordar la práctica en el Registro de la Propiedad de la anotación preventiva a que se refiere el artículo 53.2 de la Ley de Suelo.
- d) Las condiciones especiales a que se sujeten los actos de conformidad, aprobación o autorización administrativa, en los términos previstos por las leyes.
- e) Los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico.

- f) La interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de ordenación urbanística, de ejecución, o de actos administrativos de intervención.
- g) Los actos administrativos y las sentencias, en ambos casos firmes, en que se declare la anulación a que se refiere el número anterior, cuando se concreten en fincas determinadas y haya participado su titular en el procedimiento.
- h) Cualquier otro acto administrativo que, en desarrollo de los instrumentos de ordenación o ejecución urbanísticos modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de estas.

2. Inscrita la parcelación o reparcelación de fincas, la declaración de nuevas construcciones o la constitución de regímenes de propiedad horizontal, o inscritos, en su caso, los conjuntos inmobiliarios, el Registrador de la Propiedad notificará a la Comunidad Autónoma competente la realización de las inscripciones correspondientes, con los datos resultantes del Registro. A la comunicación, de la que se dejará constancia por nota al margen de las inscripciones correspondientes, se acompañará certificación de las operaciones realizadas y de la autorización administrativa que se incorpore o acompañe al título inscrito.

La omisión de la resolución por la que se acuerde la práctica de la anotación preventiva a que hace referencia el apartado 1, letra *c*), segundo párrafo, dará lugar a la responsabilidad de la Administración competente en el caso de que se produzcan perjuicios económicos al adquirente de buena fe de la finca afectada por el expediente. En tal caso, la citada Administración deberá indemnizar al adquirente de buena fe los daños y perjuicios causados».

Tres. Se da una nueva redacción a los apartados 1 y 2 del artículo 53 de la Ley de Suelo que queda redactado como sigue:

«1. Se harán constar mediante inscripción los actos y acuerdos a que se refieren las letras *a*), *b*), *g*) y *h*) del artículo 51, así como la superficie ocupada a favor de la Administración, por tratarse de terrenos destinados a dotaciones públicas por la ordenación territorial y urbanística.

2. Se harán constar mediante anotación preventiva los actos de las letras *c*) y *f*) del artículo 51, que se practicará sobre la finca en la que recaiga el correspondiente expediente. Tales anotaciones caducarán a los cuatro años y podrán ser prorrogadas a instancia del órgano urbanístico actuante o resolución del órgano jurisdiccional, respectivamente».

CAPÍTULO VI

Medidas de simplificación administrativa

SECCIÓN PRIMERA. MODIFICACIÓN DEL SENTIDO DEL SILENCIO EN DETERMINADOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Artículo 26. *Sentido positivo del silencio administrativo*

En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado que se citan en el Anexo I, el vencimiento del plazo máximo fijado, en su caso, en ese mismo anexo sin que se haya notificado resolución expresa, legitima a los interesados para entender estimada su solicitud por silencio administrativo, en los términos previstos en el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

SECCIÓN SEGUNDA. REGISTROS ADMINISTRATIVOS

Artículo 27. *Registros*

Uno. El apartado *b)* del artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común queda redactado como sigue:

«En los registros de cualquier órgano administrativo, que pertenezca a la Administración General del Estado, a la de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas, a la de cualquier Administración de las Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares, a los Ayuntamientos de los Municipios a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, o a la del resto de las entidades que integran la Administración Local si, en este último caso, se hubiese suscrito el oportuno convenio».

Dos. La Disposición Adicional segunda de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, queda redactada como sigue:

«Segunda. *Informatización de registros*

La incorporación a soporte informático de los registros a que se refiere el artículo 38.3 de esta Ley, será efectiva atendiendo al grado de desarrollo de los medios técnicos de que dispongan».

SECCIÓN TERCERA. MODIFICACIÓN DE DIVERSAS LEYES PARA SU ADAPTACIÓN A LA DISPOSICIÓN ADICIONAL OCTAVA DE LA LEY 2/2011, DE 4 DE MARZO, DE ECONOMÍA SOSTENIBLE, EN MATERIA DE LICENCIAS LOCALES DE ACTIVIDAD

Artículo 28. *Modificación del Real Decreto-ley 4/2001, de 16 de febrero, de régimen de intervención administrativa aplicable a la valorización energética de harinas de origen animal procedentes de la transformación de despojos y cadáveres de animales*

El artículo segundo del Real Decreto-ley 4/2001, de 16 de febrero, de régimen de intervención administrativa aplicable a la valorización energética de harinas de origen animal procedentes de la transformación de despojos y cadáveres de animales, queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo segundo. *Instalaciones existentes*

Para la realización de actividades de valorización energética de harinas de origen animal, reguladas en el artículo anterior, en una instalación que ya cumpla con lo que exige la normativa autonómica para la realización de actividades clasificadas como molestas insalubres, nocivas y peligrosas, será suficiente una comunicación del titular de la instalación a la autoridad competente, ya que no supondrá una modificación sustancial de la instalación».

Artículo 29. *Modificación del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio*

El apartado 3 del artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, queda redactado como sigue:

«3. Los expedientes que tramiten los organismos de cuenca en el ejercicio de sus competencias sustantivas sobre la utilización y aprovechamiento del dominio público hidráulico se someterán a informe previo de las Comunidades Autónomas para que manifiesten, en el plazo y supuestos que reglamentariamente se determinen, lo que estimen oportuno en materias de su competencia. Las autorizaciones y concesiones sometidas a dicho trámite de informe previo no estarán sujetas a ninguna otra intervención ni autorización administrativa respecto al derecho a usar el recurso, salvo que así lo establezca una Ley estatal, sin perjuicio de las que sean exigibles por otras Administraciones Públicas en relación a la actividad de que se trate o en materia de intervención o uso de suelo. Al mismo trámite de

informe se someterán los planes, programas y acciones a que se refiere el artículo 24, párrafo f)».

Artículo 30. *Modificación de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación*

La Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, queda modificada como sigue:

Uno. El apartado 2 del artículo 11 queda redactado del siguiente modo:

«2. El otorgamiento de la autorización ambiental integrada, así como la modificación a que se refiere el artículo 26 precederá, en su caso, a los demás medios de intervención administrativa en la actividad de los ciudadanos, entre otros:

- a) Autorizaciones sustantivas de las industrias señaladas en el párrafo b) del artículo 3.
- b) Actuaciones relativas a los medios de intervención administrativa en la actividad de los ciudadanos que establezcan las administraciones competentes sobre actividades clasificadas como molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, sin perjuicio de los mecanismos de coordinación establecidos en la normativa correspondiente».

Dos. El segundo párrafo de la letra a) del apartado 1 del artículo 12 queda redactada del siguiente modo:

«a) Proyecto básico que incluya, al menos, los siguientes aspectos:

Documentación del correspondiente medio de intervención administrativa en la actividad de los ciudadanos requerido por parte de las Administraciones Públicas competentes que habilite para la realización de actividades clasificadas como molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, así como la contenida en las disposiciones autonómicas que resulten de aplicación, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del artículo 29».

Tres. El apartado 1 del artículo 29 queda modificado como sigue:

«1. El procedimiento para el otorgamiento de la autorización ambiental integrada sustituirá a los medios de intervención administrativa en la actividad de los ciudadanos que puedan establecer las Administraciones competentes para el ejercicio de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas. A estos efectos, la autorización ambiental integrada será, en

su caso, vinculante para la autoridad local cuando implique la denegación del ejercicio de las actividades o la imposición de medidas correctoras, así como en lo referente a todos los aspectos medioambientales recogidos en el artículo 22».

Artículo 31. *Modificación de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido*

La Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, queda modificada como sigue:

Uno. La letra *c)* del apartado 1 del artículo 18 queda modificada como sigue:

«*c)* En las actuaciones relativas a la intervención administrativa en la actividad de los ciudadanos que establezcan las Administraciones competentes sobre actividades clasificadas como molestas insalubres, nocivas y peligrosas».

Dos. La letra *d)* del apartado 1 del artículo 18 queda modificada como sigue:

«*d)* En el resto de actuaciones que habiliten para el ejercicio de actividades o la instalación y funcionamiento de equipos y máquinas susceptibles de producir contaminación acústica».

Artículo 32. *Modificación de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental*

La Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental queda modificada como sigue:

Uno. Se añade un nuevo apartado *d)* al artículo 28, con la siguiente redacción:

«*d)* Los operadores de las actividades que cumplan con los criterios y condiciones de exclusión que se establezcan reglamentariamente, de acuerdo con la Disposición Final tercera, quedarán exentos de constituir garantía financiera obligatoria, y por tanto de elevar una propuesta a la autoridad competente para la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 24.3».

Dos. Los apartados *a)* y *b)* del artículo 29 quedan redactados como sigue:

- «a) Los derivados de las obligaciones del operador reguladas en el artículo 17.
- b) Los derivados de las obligaciones del operador reguladas en los artículos 19 y 20. En la medida que dichos daños afecten a las aguas, a las especies silvestres y a sus hábitats o a las riberas del mar y de las rías, los gastos garantizados se limitan a los encuadrados dentro del concepto de “reparación primaria” definido en el apartado 1.a) del anexo II».

Tres. El apartado 1 del artículo 30 tendrá la siguiente redacción:

«La cobertura de la garantía financiera obligatoria nunca será superior a 20.000.000 euros. En cualquier caso, la constitución de esta garantía por la cobertura máxima no exime a los operadores de elevar una propuesta a la autoridad competente para la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 24.3».

Artículo 33. Modificación de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera

La Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera, queda modificada como sigue:

Uno. El primer párrafo del apartado 2 del artículo 13 queda redactado en los siguientes términos:

«2. Sin perjuicio de los demás medios de intervención administrativa en la actividad de los ciudadanos exigibles por otras disposiciones, quedan sometidas a procedimiento de autorización administrativa de las comunidades autónomas y en los términos que estas determinen, la construcción, montaje, explotación, traslado o modificación sustancial de aquellas instalaciones en las que se desarrollen alguna de las actividades incluidas en el catálogo recogido en el Anexo IV de esta ley y que figuran en dicho anexo como pertenecientes a los grupos A y B. Las actividades incluidas en el grupo A estarán sujetas a unos requisitos de control de emisiones más exigentes que aquellas incluidas en el grupo B».

Dos. La letra d) del apartado 2 del artículo 30 queda redactada en los siguientes términos:

- «d) El incumplimiento de las condiciones establecidas en materia de contaminación atmosférica en la autorización o aprobación del proyecto sometido a evaluación de impacto ambiental o en

los medios de intervención administrativa en la actividad de los ciudadanos establecidos para las actividades clasificadas, siempre que ello haya generado o haya impedido evitar una contaminación atmosférica que haya puesto en peligro grave la seguridad o salud de las personas o haya producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente».

Tres. La letra *d)* del apartado 3 del artículo 30 queda redactada como sigue:

«*d)* El incumplimiento de las condiciones establecidas en materia de contaminación atmosférica en la autorización o aprobación del proyecto sometido a evaluación de impacto ambiental o en los medios de intervención administrativa en la actividad de los ciudadanos establecidos para las actividades clasificadas cuando no esté tipificado como infracción muy grave».

Artículo 34. *Modificación de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad*

El apartado 2 del artículo 22 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, queda redactado en los siguientes términos:

«2. Iniciado el procedimiento de aprobación de un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y hasta que esta se produzca, no podrá reconocerse a los interesados la facultad de realizar actos de transformación de la realidad física, geológica y biológica, sin informe favorable de la Administración actuante».

Disposición Adicional primera. *No asunción por el Estado de obligaciones contraídas por las Entidades Locales*

El Estado no asumirá ni responderá, en virtud de lo dispuesto en el presente Real Decreto-ley, de las obligaciones contraídas por las Entidades Locales y de los entes vinculados o dependientes de aquellas, de conformidad con lo establecido por la Disposición Adicional única del Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre.

Disposición Adicional segunda. *Régimen aplicable a los sistemas de Concierto y Convenio*

1. En virtud de su régimen foral, lo dispuesto en la sección segunda del Capítulo II de este Real Decreto-ley se aplicará a la Comunidad Foral de Navarra sin perjuicio de lo establecido en el artículo 64 de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, y de lo dispuesto en el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad.

2. En virtud de su régimen foral, lo dispuesto en la sección segunda del Capítulo II de este Real Decreto-ley, se aplicará a la Comunidad Autónoma del País Vasco sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley del Concierto Económico.

Disposición Adicional tercera. *Aplicación de la inspección técnica de edificios obligatoria*

Las determinaciones contenidas en este Real Decreto-ley, relativas a la inspección técnica de edificios, solo serán aplicables en los municipios con población superior a veinticinco mil habitantes, salvo que las Comunidades Autónomas fijen otros estándares poblacionales y en aquellos que las Administraciones incluyan en las áreas o los entornos metropolitanos que delimiten.

Las Comunidades Autónomas, cuando las circunstancias lo aconsejen, podrán disponer la aplicación de las determinaciones relativas a la inspección técnica de edificios a municipios no comprendidos en el apartado anterior, y en dicho caso, establecer excepciones del cumplimiento de la misma a determinados edificios según su tipología o su uso predominante.

Disposición Adicional cuarta. *Sentido negativo del silencio en determinados procedimientos administrativos*

1. Dentro de los procedimientos administrativos en los que, al amparo del artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, resulta negativo el sentido del silencio se encuentran los siguientes:

- a) Inclusión en la Oferta de productos dietéticos del Sistema Nacional de Salud de un alimento dietético para usos médicos especiales.
- b) No inclusión en la Oferta de productos dietéticos del Sistema Nacional de Salud de un alimento dietético para usos médicos especiales.
- c) Alteración de la Oferta de productos dietéticos del Sistema Nacional de Salud.

2. Los tres procedimientos se rigen por el Real Decreto 1205/2010, de 24 de septiembre, por el que se fijan las bases para la inclusión de los alimentos dietéticos para usos médicos especiales en la prestación con productos dietéticos del Sistema Nacional de Salud y para el establecimiento de sus importes máximos de financiación, así como por la Orden SPI/2958/2010, de 16 de noviembre, por la que se establece el procedimiento para la inclusión de los alimentos dietéticos para usos médicos especiales en la oferta de productos dietéticos del Sistema Nacional de Salud y para la aplicación de los importes máximos de financiación.

Disposición Adicional quinta. *Informatización de registros en las Comunidades Autónomas y en las Entidades Locales*

Las Comunidades Autónomas y las Entidades integradas en la Administración Local, en las que los registros no se encuentren plenamente incorporados a soporte informático en los términos del artículo 38.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, deberán aprobar y hacer públicos los programas y calendarios de trabajo precisos para ello, atendiendo a las respectivas previsiones presupuestarias, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley.

Disposición Adicional sexta. *Sistema de Información Administrativa*

1. La Administración General del Estado mantendrá permanentemente actualizado el Sistema de Información Administrativa, conteniendo la base de datos de procedimientos administrativos y facilitando la conectividad entre los distintos servicios administrativos a los oportunos efectos.

2. Corresponde al Ministerio de Política Territorial y Administración Pública gestionar dicho Sistema y coordinar con los Departamentos Ministeriales los cauces de comunicación y actualización.

3. El Ministerio de Política Territorial y Administración Pública ofrecerá a través de su página web información actualizada del sentido del silencio en los procedimientos administrativos de la Administración General del Estado.

4. Se habilita a dicho Ministerio para dictar las pertinentes disposiciones de ejecución.

Disposición Adicional séptima. *Referencias en la legislación estatal a las licencias locales de actividad*

A excepción de las autorizaciones que se impongan en cumplimiento de la legislación de patrimonio de las Administraciones Públicas y de armas y explosivos, las menciones contenidas en la legislación estatal a las licencias o autorizaciones municipales relativas a la actividad, funcionamiento o apertura se entenderán referidas a los distintos medios de intervención administrativa en la actividad de los ciudadanos, según los principios del artículo 39 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y contempladas en el artículo 84.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

Disposición Transitoria primera. *Eficacia de las inspecciones técnicas ya realizadas*

Las inspecciones técnicas de edificios realizadas conforme a la normativa vigente en el momento de entrada en vigor de este Real Decreto-ley, mantendrán su eficacia a todos los efectos dentro del plazo que dicha normativa hubiere establecido y, en ausencia de dicho plazo, hasta el 1 de enero de 2020.

Disposición Transitoria segunda. *Calendario para las inspecciones técnicas*

Antes de la entrada en vigor de lo dispuesto en este Real Decreto-ley sobre la obligatoriedad de la inspección técnica de edificios, las Administraciones Públicas competentes podrán establecer, en el ámbito de sus competencias, un calendario de fechas hasta el año 2015 para la progresiva realización ordenada de la inspección técnica de edificios en función de su antigüedad. En dicho año deberán haberse sometido a dicha inspección todos los edificios con una antigüedad superior a cincuenta años a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley en todos los Municipios a que se refiere la Disposición Adicional tercera y en los términos establecidos en la misma.

Disposición Transitoria tercera. *Régimen transitorio de los procedimientos administrativos*

Los procedimientos administrativos afectados por los preceptos contenidos en el Capítulo VI de este Real Decreto-ley e iniciados con anterioridad a su entrada en vigor, se regirán por la normativa anterior que les resulte de aplicación.

Disposición Derogatoria

A partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley queda derogado el artículo 15 del Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, así como cuantas disposiciones de igual o menor rango se opongan a lo establecido en el presente Real Decreto-ley.

Disposición Final primera. *Títulos competenciales*

1. Los artículos del presente Real Decreto-ley que no constituyen disposiciones modificativas de otras vigentes, se dictan al amparo de los siguientes preceptos de la Constitución:

- a) Los contenidos en el Capítulo I, en virtud de lo establecido en el artículo 149.1. 6.^a, 8.^a y 13.^a de la Constitución, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, procesal y civil y de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.
- b) Los contenidos en el Capítulo II, en virtud de lo establecido en el artículo 149.1.13.^a y 14.^a de la Constitución, que atribuyen al Estado competencia exclusiva en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y de hacienda general.
- c) Los contenidos en el Capítulo IV y la Disposición Adicional tercera, en virtud de lo establecido en el artículo 149.1.1.^a, 8.^a, 13.^a y 23.^a de la Constitución, que atribuyen al Estado competencia exclusiva en materia de regulación de las condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los correspondientes deberes constitucionales, legislación civil, bases y coordinación de la planificación de la actividad económica y legislación básica sobre protección del medio ambiente, respectivamente.
- d) El artículo 23, en virtud de los apartados 1.º y 18.º del artículo 149.1 de la Constitución, que atribuyen al Estado competencia exclusiva en materia de regulación de las condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los correspondientes deberes constitucionales y sobre las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común.
- e) Los contenidos en el Capítulo VI y las Disposiciones Adicionales cuarta a séptima, en virtud del artículo 149.1.18.^a de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo

común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas.

2. Las normas contenidas en el Capítulo IV de este Real Decreto-ley, con incidencia en el régimen de la propiedad horizontal, se aplicarán sin perjuicio de los regímenes civiles, forales o especiales, allí donde existen.

Disposición Final segunda. *Datos del catastro*

Lo dispuesto en el Capítulo V de este Real Decreto-ley se entiende sin perjuicio de lo previsto en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y en el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, en particular en lo que se refiere a la utilización de la referencia catastral, la incorporación de la certificación catastral descriptiva y gráfica y las obligaciones de comunicación, colaboración y suministro de información previstas por la normativa catastral.

Disposición Final tercera. *Entrada en vigor*

Este Real Decreto-ley entrará en vigor el día de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, a excepción de lo dispuesto en el artículo 21, en relación con la inspección técnica de edificios, que entrará en vigor al año de su publicación.

Dado en Madrid, el 1 de julio de 2011.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,
JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ZAPATERO.

(Se omite Anexo).

LEY 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (*BOE* 11-10-2011).

JUAN CARLOS I
REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley.

PREÁMBULO

I

La Constitución reconoce el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Tribunales dentro de un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías. Nuestra Constitución contempla la Justicia como poder y como servicio destinado a prestar tutela a los ciudadanos, una prestación que debe ser efectiva. Este mandato de efectividad se sitúa en la órbita de los postulados de la cláusula del Estado Social, y en particular, del mandato del artículo 9.2 de la Constitución, que impone a los poderes públicos, y señaladamente al Gobierno, la obligación de disponer los medios necesarios, tanto normativos como materiales y personales para que el derecho a la tutela judicial se garantice a todos los ciudadanos de manera tangible y cierta.

Distintos instrumentos han incidido sobre la conveniencia de dotar a nuestra justicia de medios modernos y eficientes. Así, la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 22 de abril de 2002 como Proposición no de Ley, pone de manifiesto el derecho de los ciudadanos a una tramitación ágil de los asuntos que les afectan.

II

Los datos estadísticos más recientes sobre la entrada de asuntos en nuestros tribunales acreditan que en los últimos tiempos se ha producido una subida exponencial de la litigiosidad. Así, el número de asuntos ingresados en todas las jurisdicciones durante el año 2009 ha tenido un crecimiento cercano al 33 por 100 con relación al número de asuntos ingresados diez años antes. En algunos órdenes jurisdiccionales el volumen de entrada ha sido especialmente intenso, como en el civil, que ha doblado la entrada de asuntos en esa misma década.

El sobrevenido aumento de la litigiosidad es indicativo de la confianza cada vez mayor que los ciudadanos depositan en nuestra Administración de Justicia como medio para resolver sus conflictos y pretensiones, pero al propio tiempo ha puesto de manifiesto la necesidad de introducir profundas reformas para asegurar la sostenibilidad del sistema y garantizar que los ciudadanos puedan disponer de un servicio público de calidad. Este fue también el objetivo último que determinó la promulgación de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley 13/2009, de la misma fecha, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial.

La Ley que ahora se presenta continúa la línea de reformas procesales iniciada con las reformas que se acaban de mencionar, tratando ahora de introducir en la legislación procesal mejoras que permitan agilizar los distintos procedimientos, sin merma de las garantías para el justiciable.

III

El objeto de la Ley es incorporar determinadas medidas de agilización procesal en los órdenes civil, penal y contencioso-administrativo, que obedecen al propósito común de suministrar a nuestros tribunales instrumentos procesales óptimos para la gestión procesal. Tales medidas son de distinto signo. Unas están encaminadas a garantizar derechos fundamentales de los ciudadanos, como ocurre en el caso del orden penal, otras a optimizar los procedimientos, a suprimir trámites procesales innecesarios o a sustituirlos por otros más breves, y otras, en cambio, están orientadas a limitar el uso abusivo de instancias judiciales.

En el orden penal se introducen ciertas modificaciones inexcusables, exigidas por la nueva situación derivada de la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y relativas a las implicaciones procesales del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En particular, se regulan cuestiones relativas al régimen de la competencia de los tribunales, derecho de defensa de las personas jurídicas, intervención en el juicio oral y conformidad, así como su rebeldía.

En el orden contencioso-administrativo se modifican determinados preceptos relativos a la prueba para reducir trámites y dotar de mayor agilidad a esta fase del proceso. Por otra parte, se introduce en el procedimiento abreviado la posibilidad de evitar la celebración de vista en aquellos recursos en los que no se va a pedir el recibimiento a prueba y la Administración demandada no solicita la celebración de la misma. De esta forma se evita que aquellos recursos que quedarían conclusos en el acto de la vista después de la contestación a la demanda, tengan que esperar en algunos casos más de dos años hasta que se celebre la misma, a los solos efectos de que la Administración demandada conteste.

Se eleva a 30.000 euros la cuantía de los asuntos que se resolverán por los trámites del procedimiento abreviado.

Se introducen modificaciones importantes en materia de recursos, en cuanto a la elevación del límite cuantitativo para acceder al recurso de apelación y al recurso de casación.

Se modifica la regulación de las denominadas medidas cautelarísimas, recogiendo las verdaderas posibilidades que en la actualidad se están llevando a cabo por los órganos judiciales: apreciar la especial urgencia y citar a la comparecencia, apreciar la especial urgencia y denegar la medida cautelar inaudita parte o bien no apreciar la urgencia y decidir tramitar conforme a las reglas generales, añadiendo la posibilidad de alegaciones por escrito en vez de comparecencia. Por otra parte, se prevé con carácter expreso la necesaria intervención del Ministerio Fiscal en determinados supuestos que afecten a menores de edad.

En relación a las costas procesales se establece para los procesos de única o primera instancia el criterio del vencimiento pero con la posibilidad de que el tribunal pueda exonerar de las mismas cuando concurren circunstancias que justifiquen su no imposición; regulándose asimismo los supuestos de estimación o desestimación parcial.

En el orden civil, se incluye expresamente, dentro del concepto de costas del proceso, el importe de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, al tratarse de un gasto necesario para demandar.

Se extiende el sistema del juicio monitorio a los juicios de desahucio por falta de pago, de modo que, en el caso de que el arrendatario no desaloje el inmueble, pague o formule oposición tras el requerimiento, se pase directamente al lanzamiento, cuya fecha se le comunica en el mismo requerimiento, única comunicación procesal necesaria para el buen fin del proceso, aun cuando el demandado tratase de dilatar la ejecución, evitándose asimismo la celebración de vistas innecesarias.

Se excluye el recurso de apelación en los juicios verbales por razón de la cuantía, cuando esta no supere los 3.000 euros, tratando con ello de limitar el uso, a veces abusivo, y muchas veces innecesario, de instancias judiciales.

En el ámbito de los recursos, se suprime el trámite de preparación de los recursos devolutivos y, en cuanto a la casación, se procede a una modificación en cuanto a las resoluciones recurribles por la cuantía para que el Tribunal Supremo pueda cumplir de forma más eficaz los fines legalmente establecidos.

En cuanto a la ejecución de sentencias, se aclaran aspectos relativos a la relación entre la ejecución especial hipotecaria y la ordinaria, precisando la forma en que la ejecución especial, dirigida contra determinados bienes, pasa a convertirse en general, dirigida contra todo el patrimonio de los responsables.

Se reducen trámites en la sustanciación de las tercerías de dominio y de mejor derecho, que ahora se ventilarán por los trámites del juicio verbal, si bien esta última con contestación escrita, dada la peculiaridad de su objeto. La remisión al juicio declarativo ordinario resulta desproporcionada, y la nueva remisión al juicio verbal evitará dilaciones indebidas en la ejecución.

En cuanto a los procesos especiales para la tutela del crédito, se acoge expresamente al arrendamiento de bienes muebles, en el proceso verbal ya previsto para el contrato de arrendamiento financiero y de venta a plazos de bienes muebles, atendiendo con ello a una reclamación del sector económico correspondiente, cuyo crecimiento en los últimos años no se ha visto acompañado de la correspondiente modernización legislativa, que ahora proporcionará una importante reducción de costes y tiempo, en cuanto a la reclamación de sus deudas y especialmente, en cuanto a la recuperación de los bienes entregados en arrendamiento. Ello implica además la modificación de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, para equiparar la condición de estos contratos hoy atípicos, a los que ya regula este cuerpo legal.

Se aclara la regulación de las medidas cautelares en el caso de sentencias absolutorias recurridas.

Se introduce la preferencia en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, en los casos en que alguno de los interesados sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.

También se suprime el límite cuantitativo del procedimiento monitorio, equiparándolo de este modo al proceso monitorio europeo, con el fin de evitar limitaciones de acceso a este procedimiento, que se ha convertido con mucho en la forma más frecuente de iniciar las reclamaciones judiciales de cantidad.

Artículo primero. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882, en los siguientes términos:

Uno. Se introduce un nuevo artículo 14 bis, que queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 14 bis:

Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior, el conocimiento y fallo de una causa por delito dependa de la gravedad de la pena señalada a este por la ley, se atenderá, en todo caso, a la pena legalmente prevista para la persona física, aun cuando el procedimiento se dirija exclusivamente contra una persona jurídica».

Dos. Se introduce un nuevo artículo 119, que queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 119:

1. Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 118 de esta Ley, haya de procederse a la imputación de una persona jurídica, se practicará con esta la comparecencia prevista en el artículo 775, con las siguientes particularidades:

- a) La citación se hará en el domicilio social de la persona jurídica, requiriendo a la entidad que proceda a la designación de un representante, así como abogado y procurador para ese procedimiento, con la advertencia de que, en caso de no hacerlo, se procederá a la designación de oficio de estos dos últimos. La falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el abogado y procurador designado.
- b) La comparecencia se practicará con el representante especialmente designado de la persona jurídica imputada acompañada del abogado de la misma. La inasistencia al acto de dicho representante determinará la práctica del mismo con el abogado de la entidad.
- c) El juez informará al representante de la persona jurídica imputada o, en su caso, al abogado, de los hechos que se imputan a esta. Esta información se facilitará por escrito o mediante entrega de una copia de la denuncia o querrela presentada.
- d) La designación del procurador sustituirá a la indicación del domicilio a efectos de notificaciones, practicándose con el procurador designado todos los actos de comunicación posteriores, incluidos aquellos a los que esta Ley asigna carácter personal. Si el procurador ha sido nombrado de oficio se comunicará su identidad a la persona jurídica imputada».

Tres. Se introduce un nuevo artículo 120, que queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 120:

1. Las disposiciones de esta Ley, que requieren o autorizan la presencia del imputado en la práctica de diligencias de investigación o de prueba anticipada, se entenderán siempre referidas al representante especialmente designado por la entidad, que podrá asistir acompañado del letrado encargado de la defensa de esta.

2. La incomparecencia de la persona especialmente designada no impedirá la celebración del acto de investigación o de prueba anticipada que se sustanciará con el abogado defensor».

Cuatro. Se añade un nuevo artículo 409 bis, que queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 409 bis:

Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, se tomará declaración al representante especialmente designado por ella, asistido de su abogado. La declaración irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización. A dicha declaración le será de aplicación lo dispuesto en los preceptos del presente capítulo en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, incluidos los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable.

No obstante, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación determinará que se tenga por celebrado este acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar».

Cinco. Se añade un nuevo artículo 544 quáter, que queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 544 quáter:

1. Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, las medidas cautelares que podrán imponérsele son las expresamente previstas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

2. La medida se acordará previa petición de parte y celebración de vista, a la que se citará a todas las partes personadas. El auto que decida sobre la medida cautelar será recurrible en apelación, cuya tramitación tendrá carácter preferente».

Seis. Se añade un nuevo apartado 4.º al artículo 554, que queda redactado en los siguientes términos:

«4.º Tratándose de personas jurídicas imputadas, el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros».

Siete. Se añade un nuevo párrafo final al artículo 746, que queda redactado en los siguientes términos:

«Cuando el procesado sea una persona jurídica, se estará a lo dispuesto en el artículo 786 bis de esta Ley».

Ocho. Se introduce un nuevo artículo 786 bis, que queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 786 bis:

1. Cuando el acusado sea una persona jurídica, esta podrá estar representada para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente designe, debiendo ocupar en la Sala el lugar reservado a los acusados. Dicha persona podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba, sin perjuicio del derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio.

No se podrá designar a estos efectos a quien haya de declarar en el juicio como testigo.

2. No obstante lo anterior, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación no impedirá en ningún caso la celebración de la vista, que se llevará a cabo con la presencia del Abogado y el Procurador de esta».

Nueve. Se introduce un nuevo apartado 8 en el artículo 787, que queda redactado en los siguientes términos:

«8. Cuando el acusado sea una persona jurídica, la conformidad deberá prestarla su representante especialmente designado, siempre que cuente con poder especial. Dicha conformidad, que se sujetará a los requisitos enunciados en los apartados anteriores, podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con estos».

Diez. Se introduce un nuevo artículo 839 bis, que queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 839 bis:

1. La persona jurídica imputada únicamente será llamada mediante requisitoria cuando no haya sido posible su citación para el acto de primera comparecencia por falta de un domicilio social conocido.

2. En la requisitoria de la persona jurídica se harán constar los datos identificativos de la entidad, el delito que se le imputa y su obligación de comparecer en el plazo que se haya fijado, con abogado y procurador, ante el juez que conoce de la causa.

3. La requisitoria de la persona jurídica se publicará en el *Boletín Oficial del Estado* y, en su caso, en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* o en cualquier otro periódico o diario oficial relacionado con la naturaleza, el objeto social o las actividades del ente imputado.

4. Transcurrido el plazo fijado sin haber comparecido la persona jurídica, se la declarará rebelde, continuando los trámites procesales hasta su conclusión».

Artículo segundo. *Modificación de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles*

Se adiciona a la Disposición Adicional primera un nuevo apartado 7, del siguiente tenor:

«7. Lo previsto en los apartados 2, 3, 4 y 5 será de aplicación a los contratos de arrendamiento de bienes muebles».

Artículo tercero. *Modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*

Se modifica la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en los siguientes términos:

Uno. El apartado 4 del artículo 8 queda redactado en los siguientes términos:

«4. Conocerán, igualmente, de todas las resoluciones que se dicten en materia de extranjería por la Administración periférica del Estado o por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas».

Dos. El apartado 1, regla segunda, del artículo 14, queda redactado en los siguientes términos:

«Segunda. Cuando el recurso tenga por objeto actos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, personal, propiedades especiales y sanciones, será competente, a elección del demandante, el juzgado o el tribunal en cuya circunscripción tenga aquel su domicilio o se halle la sede del órgano autor del acto originario impugnado.

Cuando el recurso tenga por objeto actos de las Administraciones de las Comunidades Autónomas o de las entidades de la Administración Local, la elección a que se refiere esta regla segunda se entenderá limitada a la circunscripción del Tribunal Superior de Justicia en que tenga su sede el órgano que hubiere dictado el acto originario impugnado».

Tres. Los apartados 1, 2 y 4 del artículo 60 quedan redactados en los siguientes términos:

«1. Solamente se podrá pedir el recibimiento del proceso a prueba por medio de otrosí, en los escritos de demanda y contestación y en los de alegaciones complementarias. En dichos escritos deberán expresarse en forma ordenada los puntos de hecho sobre los que haya de versar la prueba y los medios de prueba que se propongan.

2. Si de la contestación a la demanda resultaran nuevos hechos de trascendencia para la resolución del pleito, el recurrente podrá pedir el recibimiento a prueba y expresar los medios de prueba que se propongan dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se haya dado traslado de la misma, sin perjuicio de que pueda hacer uso de su derecho a aportar documentos conforme a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 56».

«4. La prueba se desarrollará con arreglo a las normas generales establecidas para el proceso civil, siendo el plazo para practicarla de treinta días. No obstante, se podrán aportar al proceso las pruebas practicadas fuera de este plazo por causas no imputables a la parte que las propuso».

Cuatro. Se da una nueva redacción al apartado 1 y se añade un tercer párrafo al apartado 3, del artículo 78, que quedan redactados como sigue:

«1. Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y, en su caso, los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo de este Orden Jurisdiccional conocen, por el procedimiento abreviado, de los asuntos de su competencia que se susciten sobre cuestiones de personal al servicio de las Administraciones Públicas sobre extranjería y sobre inadmisión de peticiones

de asilo político, asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaje, así como todas aquellas cuya cuantía no supere los 30.000 euros».

«3. (...)»

No obstante, si el actor pide por otrosí en su demanda que el recurso se falle sin necesidad de recibimiento a prueba ni tampoco de vista, el secretario judicial dará traslado de la misma a las partes demandadas para que la contesten en el plazo de veinte días, con el apercibimiento a que se refiere el apartado primero del artículo 54. Las partes demandadas podrán, dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda, solicitar la celebración de la vista. En dicho caso, el secretario judicial citará a las partes al acto conforme a lo previsto en el párrafo anterior. En caso contrario, el secretario judicial procederá de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57, declarando concluso el pleito sin más trámite una vez contestada la demanda, salvo que el juez haga uso de la facultad que le atribuye el artículo 61».

Cinco. El apartado 1.a) del artículo 81 queda redactado en los siguientes términos:

«a) Aquellos cuya cuantía no exceda de 30.000 euros».

Seis. El apartado 2.b) del artículo 86 queda redactado en los siguientes términos:

«b) Las recaídas, cualquiera que fuere la materia, en asuntos cuya cuantía no exceda de 600.000 euros, excepto cuando se trate del procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, en cuyo caso procederá el recurso cualquiera que sea la cuantía del asunto litigioso».

Siete. El apartado 3 del artículo 96 queda redactado en los siguientes términos:

«3. Solo serán susceptibles de recurso de casación para la unificación de doctrina aquellas sentencias que no sean recurribles en casación con arreglo a lo establecido en la letra b) del artículo 86.2, siempre que la cuantía litigiosa sea superior a 30.000 euros».

Ocho. El apartado 2 del artículo 99 queda redactado en los siguientes términos:

«2. Este recurso únicamente procederá contra sentencias que no sean susceptibles de recurso de casación o de recurso de casación para la uni-

ficación de doctrina por aplicación exclusiva de lo previsto en el artículo 86.4 y cuando la cuantía litigiosa supere los 30.000 euros».

Nueve. El artículo 104 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 104:

1. Luego que sea firme una sentencia, el secretario judicial lo comunicará, en el plazo de diez días, al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que, recibida la comunicación, la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo, y en el mismo plazo indique el órgano responsable del cumplimiento de aquel.

2. Transcurridos dos meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en esta para el cumplimiento del fallo conforme al artículo 71.1.c), cualquiera de las partes y personas afectadas podrá instar su ejecución forzosa.

3. Atendiendo a la naturaleza de lo reclamado y a la efectividad de la sentencia, esta podrá fijar un plazo inferior para el cumplimiento, cuando lo dispuesto en el apartado anterior lo haga ineficaz o cause grave perjuicio».

Diez. El artículo 135 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 135:

1. Cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal, sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto:

a) Apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, conforme al artículo 130. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución, el órgano judicial dará audiencia a la parte contraria para que, en el plazo de tres días, alegue lo que estime procedente o bien convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo, en su caso, o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales.

En cuanto se refiere a la grabación de la comparecencia y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 63.

b) No apreciar las circunstancias de especial urgencia y ordenar la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131, durante la cual los interesados no podrán solicitar nuevamente medida alguna al amparo del presente artículo.

2. En los supuestos que tengan relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen retorno y el afectado sea un menor de edad, el órgano jurisdiccional oirá al Ministerio Fiscal con carácter previo a dictar el auto al que hace referencia el apartado primero de este artículo».

Once. Se da una nueva redacción al apartado 1 del artículo 139, que queda redactado en los siguientes términos:

«1. En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad».

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

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, queda modificada en los siguientes términos:

Uno. El apartado 4 del artículo 22 queda redactado en los siguientes términos:

«4. Los procesos de desahucio de finca urbana o rústica por falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario terminarán mediante decreto dictado al efecto por el secretario judicial si, requerido aquel previamente a la celebración de la vista en los términos previstos en el artículo 440.3 de esta Ley, paga al actor o pone a su disposición en el tribunal o notarialmente el importe de las cantidades reclamadas en la demanda, y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio. Si el demandante se opusiera a la enervación por no cumplirse los anteriores requisitos, se citará a las partes a la vista prevenida

en el artículo 443 de esta Ley, tras la cual el juez dictará sentencia por la que declarará enervada la acción o, en otro caso, estimará la demanda habiendo lugar al desahucio.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando el arrendatario hubiera enervado el desahucio en una ocasión anterior, excepto que el cobro no hubiera tenido lugar por causas imputables al arrendador ni cuando el arrendador hubiese requerido de pago al arrendatario por cualquier medio fehaciente con, al menos, un mes de antelación a la presentación de la demanda y el pago no se hubiese efectuado al tiempo de dicha presentación».

Dos. Se da una nueva redacción a los ordinales 1.º y 8.º y se añade un ordinal 9.º al apartado 2 del artículo 26, que quedan redactados en los siguientes términos:

«1.º A seguir el asunto mientras no cese en su representación por alguna de las causas expresadas en el artículo 30. Le corresponde la obligación de colaborar con los órganos jurisdiccionales para la subsanación de los defectos procesales, así como la realización de todas aquellas actuaciones que resulten necesarias para el impulso y la buena marcha del proceso».

«8.º A la realización de los actos de comunicación y otros actos de cooperación con la Administración de Justicia que su representado le solicite, o en interés de este cuando así se acuerde en el transcurso del procedimiento judicial por el secretario judicial, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales.

9.º A acudir a los juzgados y tribunales ante los que ejerza la profesión, a las salas de notificaciones y servicios comunes, durante el periodo hábil de actuaciones».

Tres. Se añade un nuevo ordinal 7.º al párrafo segundo del apartado 1 del artículo 241, con la siguiente redacción:

«7.º La tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, cuando esta sea preceptiva».

Cuatro. El ordinal 11.º del apartado 1 del artículo 250 queda redactado en los siguientes términos:

«11.º Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, sobre el incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero, de arrendamiento de bienes muebles, o de un contrato de venta a plazos

con reserva de dominio, siempre que estén inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles y formalizados en el modelo oficial establecido al efecto, mediante el ejercicio de una acción exclusivamente encaminada a obtener la inmediata entrega del bien al arrendador financiero, al arrendador o al vendedor o financiador en el lugar indicado en el contrato, previa declaración de resolución de este, en su caso».

Cinco. El apartado 4 del artículo 439 queda redactado en los siguientes términos:

«4. En los casos de los números 10.º y 11.º del apartado 1 del artículo 250, cuando la acción ejercitada se base en el incumplimiento de un contrato de venta de bienes muebles a plazos, no se admitirán las demandas a las que no se acompañe la acreditación del requerimiento de pago al deudor, con diligencia expresiva del impago y de la no entrega del bien, en los términos previstos en el apartado segundo del artículo 16 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, así como certificación de la inscripción de los bienes en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, si se tratase de bienes susceptibles de inscripción en el mismo. Cuando se ejerciten acciones basadas en el incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero o de bienes muebles, no se admitirán las demandas a las que no se acompañe la acreditación del requerimiento de pago al deudor, con diligencia expresiva del impago y de la no entrega del bien, en los términos previstos en el apartado tercero de la disposición adicional primera de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles».

Seis. Se da una nueva redacción al apartado 3 y se añade un nuevo apartado 4 al artículo 440, que queda redactado en los siguientes términos:

«3. En los casos de demandas en las que se ejercite la pretensión de desahucio por falta de pago de rentas o cantidades debidas, acumulando o no la pretensión de condena al pago de las mismas, el secretario judicial, tras la admisión y previamente a la vista que se señale, requerirá al demandado para que, en el plazo de diez días, desaloje el inmueble, pague al actor o, en caso de pretender la enervación, pague la totalidad de lo que deba o ponga a disposición de aquel en el tribunal o notarialmente el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio; o en otro caso comparezca ante este y alegue sucintamente, formulando oposición, las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación.

Si el demandante ha expresado en su demanda que asume el compromiso a que se refiere el apartado 3 del artículo 437, se le pondrá de

manifiesto en el requerimiento, y la aceptación de este compromiso equivaldrá a un allanamiento con los efectos del artículo 21.

Además, el requerimiento expresará el día y la hora que se hubieran señalado para que tengan lugar la eventual vista, para la que servirá de citación, y la práctica del lanzamiento. Asimismo se expresará que en caso de solicitar asistencia jurídica gratuita el demandado, deberá hacerlo en los tres días siguientes a la práctica del requerimiento.

El requerimiento se practicará en la forma prevista en el artículo 161 de esta Ley, apercibiendo al demandado de que, de no realizar ninguna de las actuaciones citadas, se procederá a su inmediato lanzamiento, sin necesidad de notificación posterior, así como de los demás extremos comprendidos en el apartado siguiente de este mismo artículo.

Si el demandado no atendiere el requerimiento de pago o no compareciere para oponerse o allanarse, el secretario judicial dictará decreto dando por terminado el juicio de desahucio y dará traslado al demandante para que inste el despacho de ejecución, bastando para ello con la mera solicitud.

Si el demandado atendiere el requerimiento en cuanto al desalojo del inmueble sin formular oposición ni pagar la cantidad que se reclamase, el secretario judicial lo hará constar, y dictará decreto dando por terminado el procedimiento respecto del desahucio, dando traslado al demandante para que inste el despacho de ejecución, bastando para ello con la mera solicitud.

4. En todos los casos de desahucio, también se apercibirá al demandado en el requerimiento que se le realice que, de no comparecer a la vista, se declarará el desahucio sin más trámites y que queda citado para recibir la notificación de la sentencia que se dicte el sexto día siguiente al señalado para la vista. Igualmente, en la resolución de admisión se fijará día y hora para que tenga lugar, en su caso, el lanzamiento, que deberá verificarse antes de un mes desde la fecha señalada para la vista, advirtiendo al demandado que, si la sentencia fuese condenatoria y no se recurriera, se procederá al lanzamiento en la fecha fijada, sin necesidad de notificación posterior».

Siete. El párrafo primero del apartado 4 del artículo 441 queda redactado en los siguientes términos:

«4. En el caso del número 10.º del apartado 1 del artículo 250, admitida la demanda, el tribunal ordenará la exhibición de los bienes a su poseedor, bajo apercibimiento de incurrir en desobediencia a la autoridad judicial, y su inmediato embargo preventivo, que se asegurará mediante depósito, con arreglo a lo previsto en esta ley. Cuando, al amparo de lo

dispuesto en el número 11.º del apartado 1 del artículo 250, se ejerciten acciones basadas en el incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero, arrendamiento de bienes muebles o contrato de venta a plazos con reserva de dominio, admitida la demanda el tribunal ordenará el depósito del bien cuya entrega se reclame. No se exigirá caución al demandante para la adopción de estas medidas cautelares, ni se admitirá oposición del demandado a las mismas. Tampoco se admitirán solicitudes de modificación o de sustitución de las medidas por caución».

Ocho. El artículo 449 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 449. *Derecho a recurrir en casos especiales:*

1. En los procesos que lleven aparejado el lanzamiento, no se admitirán al demandado los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación si, al interponerlos, no manifiesta, acreditándolo por escrito, tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas.

2. Los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, a que se refiere el apartado anterior, se declararán desiertos, cualquiera que sea el estado en que se hallen, si durante la sustanciación de los mismos el demandado recurrente dejare de pagar los plazos que venzan o los que deba adelantar. El arrendatario podrá adelantar o consignar el pago de varios periodos no vencidos, los cuales se sujetarán a liquidación una vez firme la sentencia. En todo caso, el abono de dichos importes no se considerará novación del contrato.

3. En los procesos en que se pretenda la condena a indemnizar los daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor no se admitirán al condenado a pagar la indemnización los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, si, al interponerlos, no acredita haber constituido depósito del importe de la condena más los intereses y recargos exigibles en el establecimiento destinado al efecto. Dicho depósito no impedirá, en su caso, la ejecución provisional de la resolución dictada.

4. En los procesos en que se pretenda la condena al pago de las cantidades debidas por un propietario a la comunidad de vecinos, no se admitirá al condenado el recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación si, al interponerlos, no acredita tener satisfecha o consignada la cantidad líquida a que se contrae la sentencia condenatoria. La consignación de la cantidad no impedirá, en su caso, la ejecución provisional de la resolución dictada.

5. El depósito o consignación exigidos en los apartados anteriores podrá hacerse también mediante aval solidario de duración indefinida y

pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad consignada o depositada.

6. En los casos de los apartados anteriores, antes de que se rechacen o declaren desiertos los recursos, se estará a lo dispuesto en el artículo 231 de esta Ley en cuanto a la acreditación documental del cumplimiento de los requisitos exigidos».

Nueve. El apartado 1 del artículo 454 bis queda redactado en los siguientes términos:

«1. Contra el decreto resolutivo de la reposición no se dará recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión, necesariamente, en la primera audiencia ante el tribunal tras la toma de la decisión y, si no fuera posible por el estado de los autos, se podrá solicitar mediante escrito antes de que se dicte la resolución definitiva para que se solvete en ella.

Cabrá recurso directo de revisión contra los decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación. Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos sin que, en ningún caso, proceda actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto.

Cabrá interponer igualmente recurso directo de revisión contra los decretos en aquellos casos en que expresamente se prevea».

Diez. El apartado 1 del artículo 455 queda redactado en los siguientes términos:

«1. Las sentencias dictadas en toda clase de juicio, los autos definitivos y aquellos otros que la ley expresamente señale, serán apelables, con excepción de las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando esta no supere los 3.000 euros».

Once. El artículo 457 queda sin contenido.

Doce. El artículo 458 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 458. *Interposición del recurso:*

1. El recurso de apelación se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquella.

2. En la interposición del recurso, el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

3. Si la resolución impugnada fuera apelable y el recurso se hubiere formulado dentro de plazo, en el plazo de tres días, el secretario judicial tendrá por interpuesto el recurso. En caso contrario lo pondrá en conocimiento del tribunal para que se pronuncie sobre la admisión del recurso.

Si el tribunal entendiera que se cumplen los requisitos de admisión, dictará providencia teniendo por interpuesto el recurso; en caso contrario, dictará auto declarando la inadmisión. Contra este auto solo podrá interponerse recurso de queja.

Contra la resolución por la que se tenga por interpuesto el recurso de apelación, no cabrá recurso alguno, pero la parte recurrida podrá alegar la inadmisibilidad de la apelación en el trámite de oposición al recurso a que se refiere el artículo 461 de esta ley».

Trece. El apartado 1 del artículo 463 queda redactado en los siguientes términos:

«1. Interpuestos los recursos de apelación y presentados, en su caso, los escritos de oposición o impugnación, el secretario judicial ordenará la remisión de los autos al tribunal competente para resolver la apelación, con emplazamiento de las partes por término de diez días.

Si el apelante no compareciere dentro de plazo señalado, el secretario judicial declarará desierto el recurso de apelación y quedará firme la resolución recurrida».

Catorce. El artículo 470 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 470. *Interposición del recurso:*

1. El recurso extraordinario por infracción procesal se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquella.

2. Presentado el escrito de interposición del recurso y transcurridos los plazos de que dispongan todas las partes para interponer el recurso, el Secretario judicial, en el plazo de tres días, lo tendrá por interpuesto siempre que la resolución sea recurrible, se alegue alguno de los motivos previstos en el artículo 469 y, en su caso, se hubiese procedido con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 de dicho artículo. En caso contrario lo pondrá en conocimiento del tribunal para que se pronuncie sobre la admisión del recurso.

Si el tribunal entendiera que se cumplen los requisitos de admisión, dictará providencia teniendo por interpuesto el recurso; en caso contrario, dictará auto declarando la inadmisión. Contra este auto solo podrá interponerse recurso de queja.

Contra la resolución por la que se tenga por interpuesto el recurso no cabrá recurso alguno, pero la parte recurrida podrá alegar la inadmisibilidad en el trámite de oposición».

Quince. El artículo 471 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 471. *Contenido del escrito de interposición del recurso:*

En el escrito de interposición se expondrá razonadamente la infracción o vulneración cometida, expresando, en su caso, de qué manera influyeron en el proceso. También se podrá solicitar la práctica de alguna prueba que se considere imprescindible para acreditar la infracción o vulneración producida, así como la celebración de vista».

Dieciséis. El artículo 473 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 473. *Admisión:*

1. Recibidos los autos en el tribunal, se pasarán las actuaciones al Magistrado ponente para que se instruya y someta a la deliberación de la Sala lo que haya de resolverse sobre la admisión o inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal.

2. El recurso extraordinario por infracción procesal se inadmitirá en los siguientes casos:

- 1.º Si se apreciare en este trámite la falta de los requisitos establecidos en los artículos 467, 468 y 469.
- 2.º Si el recurso careciere manifiestamente de fundamento.

La Sala, antes de resolver, pondrá de manifiesto la posible causa de inadmisión del recurso a las partes personadas para que, en el plazo de diez días, formulen las alegaciones que estimen procedentes.

Si la Sala entendiere que concurre alguna de las causas de inadmisión, dictará auto declarando la inadmisión del recurso y la firmeza de la resolución recurrida. Si la causa de inadmisión no afectara más que a alguna de las infracciones alegadas, resolverá también mediante auto la admisión del recurso respecto de las demás que el recurso denuncie.

3. No se dará recurso alguno contra el auto que resuelva sobre la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal».

Diecisiete. El apartado 2 del artículo 477 queda redactado en los siguientes términos:

«2. Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos:

- 1.º Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución.
- 2.º Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros.
- 3.º Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional».

Dieciocho. El artículo 478 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 478. *Competencia. Simultaneidad de recursos:*

1. El conocimiento del recurso de casación, en materia civil, corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

No obstante, corresponderá a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución.

2. Cuando la misma parte interponga recursos de casación contra una misma sentencia ante el Tribunal Supremo y ante el Tribunal Superior de Justicia, se tendrá, mediante providencia, por no presentado el primero de ellos, en cuanto se acredite esta circunstancia».

Diecinueve. El artículo 479 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 479. *Interposición del recurso:*

1. El recurso de casación se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquella.

2. Si la resolución impugnada fuera susceptible de recurso y este se hubiere formulado dentro de plazo, en el plazo de tres días el secretario judicial tendrá por interpuesto el recurso. En caso contrario lo pondrá en conocimiento del tribunal para que se pronuncie sobre la admisión del recurso.

Si el tribunal entendiera que se cumplen los requisitos de admisión, dictará providencia teniendo por interpuesto el recurso; en caso contrario, dictará auto declarando la inadmisión. Contra este auto solo podrá interponerse recurso de queja.

Contra la resolución por la que se tenga por interpuesto el recurso no cabrá recurso alguno, pero la parte recurrida podrá oponerse a la admisión al comparecer ante el tribunal de casación».

Veinte. El artículo 480 queda sin contenido.

Veintiuno. Se da una nueva redacción a la rúbrica y al apartado 1 del artículo 481 y se deja sin contenido el apartado 4:

«Artículo 481. *Contenido del escrito de interposición del recurso:*

1. En el escrito de interposición se expresará el supuesto, de los previstos por el artículo 477.2, conforme al que se pretende recurrir la sentencia. Igualmente se expondrán, con la necesaria extensión, los fundamentos y se podrá pedir la celebración de vista».

Veintidós. El supuesto 1.º del apartado 2 del artículo 483 queda redactado en los siguientes términos:

«1.º Si el recurso fuera improcedente, por no ser recurrible la sentencia o por cualquier otro defecto de forma no subsanable».

Veintitrés. El artículo 495 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 495. *Sustanciación y decisión:*

1. El recurso de queja se interpondrá ante el órgano al que corresponda resolver el recurso no tramitado, en el plazo de diez días desde la notificación de la resolución que deniega la tramitación de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación. Con el recurso deberá acompañarse copia de la resolución recurrida.

2. Presentado en tiempo el recurso con dicha copia, el tribunal resolverá sobre él en el plazo de cinco días. Si considerase bien denegada la tramitación del recurso, mandará ponerlo en conocimiento del tribunal correspondiente, para que conste en los autos. Si la estimase mal denegada, ordenará a dicho tribunal que continúe con la tramitación.

3. Contra el auto que resuelva el recurso de queja no se dará recurso alguno».

Veinticuatro. El ordinal 9.º del apartado 2 del artículo 517 queda redactado en los siguientes términos:

«9.º Las demás resoluciones procesales y documentos que, por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución».

Veinticinco. El apartado 1 del artículo 527 queda redactado en los siguientes términos:

«1. La ejecución provisional podrá pedirse en cualquier momento desde la notificación de la resolución en que se tenga por interpuesto el

recurso de apelación, o en su caso, desde el traslado a la parte apelante del escrito del apelado adhiriéndose al recurso, y siempre antes de que haya recaído sentencia en este».

Veintiséis. El apartado 2 del artículo 535 queda redactado en los siguientes términos:

«2. En los casos a los que se refiere el apartado anterior la ejecución provisional podrá solicitarse en cualquier momento desde la notificación de la resolución que tenga por interpuesto el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación y siempre antes de que haya recaído sentencia en estos recursos.

La solicitud se presentará ante el tribunal que haya conocido del proceso en primera instancia, acompañando certificación de la sentencia cuya ejecución provisional se pretenda, así como testimonio de cuantos particulares se estimen necesarios, certificación y testimonio que deberán obtenerse del tribunal que haya dictado la sentencia de apelación o, en su caso, del órgano competente para conocer del recurso que se haya interpuesto contra esta».

Veintisiete. El artículo 548 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 548. *Plazo de espera de la ejecución de resoluciones procesales o arbitrales:*

No se despachará ejecución de resoluciones procesales o arbitrales dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena sea firme, o la resolución de aprobación del convenio haya sido notificada al ejecutado».

Veintiocho. El apartado 1 del artículo 556 queda redactado en los siguientes términos:

«1. Si el título ejecutivo fuera una resolución procesal o arbitral de condena, el ejecutado, dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despache ejecución, podrá oponerse a ella por escrito alegando el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, que habrá de justificar documentalmente.

También se podrá oponer la caducidad de la acción ejecutiva, y los pactos y transacciones que se hubiesen convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos y transacciones consten en documento público».

Veintinueve. El apartado 1 del artículo 563 queda redactado en los siguientes términos:

«1. Cuando, habiéndose despachado ejecución en virtud de sentencias o resoluciones judiciales, el tribunal competente para la ejecución provea en contradicción con el título ejecutivo, la parte perjudicada podrá interponer recurso de reposición y, si se desestimare, de apelación.

Si la resolución contraria al título ejecutivo fuere dictada por el secretario judicial, previa reposición, cabrá contra ella recurso de revisión ante el tribunal y, si fuera desestimado, recurso de apelación».

Treinta. El artículo 579 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 579. *Ejecución dineraria en casos de bienes especialmente hipotecados o pignorados:*

Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria, se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución».

Treinta y uno. El artículo 599 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 599. *Competencia y sustanciación:*

La tercería de dominio, que habrá de interponerse ante el secretario judicial responsable de la ejecución, se resolverá por el tribunal que dictó la orden general y despacho de la misma y se sustanciará por los trámites previstos para el juicio verbal».

Treinta y dos. El apartado 1 del artículo 617 queda redactado en los siguientes términos:

«1. La tercería de mejor derecho se dirigirá siempre frente al acreedor ejecutante, y se sustanciará por los cauces del juicio verbal. Presentada la demanda, el secretario judicial dará traslado a los demandados para que la contesten por escrito en el plazo de veinte días, conforme a lo establecido en el artículo 405 de la presente ley».

Treinta y tres. El artículo 651 y su rúbrica quedan redactados en los siguientes términos:

«Artículo 651. *Adjudicación de bienes al ejecutante:*

Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por el 30 por 100 del valor de tasación, o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.

En ningún caso, ni aun cuando actúe como postor rematante, podrá el acreedor ejecutante adjudicarse los bienes, ni ceder el remate o adjudicación a tercero, por cantidad inferior al 30 por 100 del valor de tasación.

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

Treinta y cuatro. El apartado 1 del artículo 744 queda redactado en los siguientes términos:

«1. Absuelto el demandado en primera o segunda instancia, el Secretario judicial ordenará el alzamiento de las medidas cautelares adoptadas, si el recurrente no solicitase su mantenimiento o la adopción de alguna medida cautelar distinta en el momento de interponer recurso contra la sentencia. En este caso se dará cuenta al tribunal, que oída la parte contraria y con anterioridad a remitir los autos al órgano competente para resolver el recurso contra la sentencia, resolverá lo procedente sobre la solicitud, atendiendo a la subsistencia de los presupuestos y circunstancias que justificasen el mantenimiento o la adopción de dichas medidas».

Treinta y cinco. Se añade un apartado 3 al artículo 753, que queda redactado en los siguientes términos:

«3. Los procesos a los que se refiere este título serán de tramitación preferente siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal».

Treinta y seis. El apartado 1 del artículo 812 queda redactado en los siguientes términos:

«1. Podrá acudir al proceso monitorio quien pretenda de otro el pago de deuda dineraria de cualquier importe, líquida, determinada, vencida y exigible, cuando la deuda se acredite de alguna de las formas siguientes:

- 1.^a Mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica.
- 2.^a Mediante facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, telefax o cualesquiera otros documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean de los que habitualmente documentan los créditos y deudas en relaciones de la clase que aparezca existente entre acreedor y deudor».

Treinta y siete. Se añade una nueva Disposición Adicional sexta, con la siguiente redacción:

«Disposición Adicional sexta. *Adjudicación de bienes inmuebles:*

En el caso de las adjudicaciones solicitadas por el acreedor ejecutante en los términos previstos en la sección VI del capítulo IV del título IV del libro III y siempre que las subastas en las que no hubiere ningún postor se realicen sobre bienes inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.

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

Treinta y ocho. La Disposición Final decimosexta queda redactada en los siguientes términos:

«Disposición Final decimosexta. *Régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios:*

1. En tanto no se confiera a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, dicho recurso procederá, por los motivos previstos en el artículo 469, respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 477.

Para la interposición y resolución del recurso extraordinario por infracción procesal se seguirán las siguientes reglas:

- 1.^a Será competente para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, pero en los casos en que la competencia para el recurso de casación corresponde a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, las resoluciones recurridas podrán también impugnarse por los motivos previstos en el artículo 469 de la presente Ley.
- 2.^a Solamente podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación frente a las resoluciones

recurribles en casación a que se refieren los números 1.º y 2.º del apartado segundo del artículo 477 de esta Ley.

- 3.^a Cuando un litigante pretenda recurrir una resolución por infracción procesal y en casación, habrá de interponer ambos recursos en un mismo escrito. A la interposición de dichos recursos y a la remisión de los autos, les serán de aplicación los plazos establecidos en los artículos 479 y 482, respectivamente.
- 4.^a Siempre que se interpongan contra una misma resolución recurso por infracción procesal y recurso de casación, se tramitarán ambos en un único procedimiento. Cuando se trate de recursos presentados por distintos litigantes, se procederá a su acumulación.
- 5.^a Si se tramitaren conjuntamente recurso por infracción procesal y recurso de casación, la Sala examinará, en primer lugar, si la resolución recurrida es susceptible de recurso de casación, y si no fuere así, acordará la inadmisión del recurso por infracción procesal.

Cuando el recurso por infracción procesal se hubiese formulado fundando exclusivamente su procedencia en el número 3.º del apartado segundo del artículo 477, la Sala resolverá si procede la admisión o inadmisión del recurso de casación, y si acordare la inadmisión, se inadmitirá, sin más trámites, el recurso por infracción procesal. Solo en el caso de que el recurso de casación resultare admisible, se procederá a resolver sobre la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal.

- 6.^a Admitidos los recursos a que se refiere la regla anterior, se resolverá, siempre en primer lugar, el recurso extraordinario por infracción procesal y, solo cuando este se desestime, se examinará y resolverá el recurso de casación. En tal caso, la desestimación del recurso por infracción procesal y la decisión sobre el recurso de casación se contendrán en una misma sentencia.
- 7.^a Cuando se hubiese recurrido la sentencia por infracción procesal al amparo del motivo 2.º del apartado primero del artículo 469, la Sala, de estimar el recurso por ese motivo, dictará nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación. Del mismo modo resolverá la Sala si se alegare y estimare producida una vulneración del artículo 24 de la Constitución que solo afectase a la sentencia.
- 8.^a Contra las sentencias dictadas, resolviendo recursos extraordinarios por infracción procesal y recursos de casación, no cabrá recurso alguno.

2. En tanto las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia carezcan de competencia para conocer, con carácter general, de los recursos extraordinarios por infracción procesal, no serán de aplicación los artículos 466, 468 y 472, así como los artículos 488 a 493 y el apartado cuarto del artículo 476. Lo dispuesto en el último párrafo del apartado segundo del artículo 476 no será de aplicación en los casos en que se estime el recurso extraordinario por infracción procesal fundado en el motivo 2.º del apartado primero del artículo 469 o en vulneraciones del artículo 24 de la Constitución que únicamente afectaran a la sentencia recurrida.

Las referencias a los Tribunales Superiores de Justicia, contenidas en el artículo 472, se entenderán hechas a la Sala que sea competente para conocer del recurso de casación».

Disposición Transitoria única. *Procesos en trámite*

Los procesos que estuvieren en trámite en cualquiera de sus instancias a la entrada en vigor de la presente Ley, continuarán sustanciándose hasta que recaiga sentencia en dicha instancia conforme a la legislación procesal anterior.

Disposición Final primera. *Título competencial*

La presente Ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.6.ª de la Constitución Española.

Disposición Final segunda. *Reforma del artículo 35 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*

Se modifica el número primero del apartado seis, «Determinación de la cuota tributaria» del artículo 35 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que queda redactado en los siguientes términos:

«Seis. *Determinación de la cuota tributaria:*

1. Será exigible la cantidad fija que, en función de cada clase de proceso, se determina en la siguiente tabla:

En el orden Jurisdiccional Civil							
Verbal	Ordinario	Monitorio en cuantía que exceda de 3.000 euros	Cambiario	Ejecución extra-judicial	Concursal	Apelación	Casación y de infracc. procesal
90 €	150 €	50 €	90 €	150 €	150 €	300 €	600 €
En el orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo							
Abreviado		Ordinario		Apelación		Casación	
120 €		210 €		300 €		600 €	

Disposición Final tercera. *Entrada en vigor*

La presente Ley entrará en vigor a los veinte días de su publicación oficial en el *Boletín Oficial del Estado*.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley.

Madrid, 10 de octubre de 2011.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,
 JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ZAPATERO.

REAL DECRETO-LEY 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (*BOE* 10-3-2012).

España atraviesa una profunda crisis económica desde hace cuatro años, durante los cuales se han adoptado medidas encaminadas a la protección del deudor hipotecario que, no obstante, se han mostrado en ocasiones insuficientes para paliar los efectos más duros que sobre los deudores sin recursos continúan recayendo. Resulta dramática la realidad en la que se encuentran inmersas muchas familias que, como consecuencia de su situación de desempleo o de ausencia de actividad económica, prolongada en el tiempo, han dejado de poder atender el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de los préstamos o créditos hipotecarios concertados para la adquisición de su vivienda.

Tal circunstancia y la consiguiente puesta en marcha de los procesos de ejecución hipotecaria están determinando que un segmento de la población quede privado de su vivienda, y se enfrente a muy serios problemas para su sustento en condiciones dignas. El Gobierno considera, por ello, que no puede demorarse más tiempo la adopción de medidas que permitan aportar soluciones a esta situación socioeconómica en consonancia con el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, consagrado en el artículo 47 de la Constitución Española, que ha de guiar la actuación de los poderes públicos de conformidad con el artículo 53.3 de la misma. Así lo exige, igualmente, el mandato incluido en el artículo 9.2 de la Norma Fundamental.

A tal fin, se establecen en este Real Decreto-ley diversos mecanismos conducentes a permitir la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como la flexibilización de la ejecución de la garantía real. Estas medidas se implementan, no obstante, sin deteriorar los elementos fundamentales de la garantía hipotecaria, sobre cuya seguridad y solvencia se viene asentando históricamente nuestro sistema hipotecario. La mayoría de las medidas serán de aplicación a quienes se encuentren situados en el denominado umbral de exclusión. En este sentido, se ha determinado que los beneficiarios sean personas que se encuentren en situación profesional y patrimonial que les impida hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones hipotecarias y a las elementales necesidades de subsistencia. Este umbral es sensible igualmente a la situación económica de los demás miembros

de la unidad familiar, así como de los titulares de las garantías personales o reales que, en su caso, existiesen. Se adoptan también cautelas para impedir que pueda producirse un acogimiento fraudulento o abusivo a las medidas propuestas.

El modelo de protección diseñado gira en torno a la elaboración de un código de buenas prácticas al que, voluntariamente, podrán adherirse las entidades de crédito y demás entidades que, de manera profesional, realizan la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios, y cuyo seguimiento por aquellas será supervisado por una comisión de control integrada por representantes del Ministerio de Economía y Competitividad, Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores y Asociación Hipotecaria Española.

Con la aplicación de las medidas contenidas en el citado Código, que figura como Anexo a este Real Decreto-ley, se facilita y promueve la implicación del sector financiero español en el esfuerzo requerido para aliviar la difícil situación económica y social de muchas familias.

El citado Código incluye tres fases de actuación. La primera, dirigida a procurar la reestructuración viable de la deuda hipotecaria, a través de la aplicación a los préstamos o créditos de una carencia en la amortización de capital y una reducción del tipo de interés durante cuatro años y la ampliación del plazo total de amortización. En segundo lugar, de no resultar suficiente la reestructuración anterior, las entidades podrán, en su caso, y con carácter potestativo, ofrecer a los deudores una quita sobre el conjunto de su deuda. Y, finalmente, si ninguna de las dos medidas anteriores logra reducir el esfuerzo hipotecario de los deudores a límites asumibles para su viabilidad financiera, estos podrán solicitar, y las entidades deberán aceptar, la dación en pago como medio liberatorio definitivo de la deuda. En este último supuesto, las familias podrán permanecer en su vivienda durante un plazo de dos años satisfaciendo una renta asumible.

Asimismo, se moderan los tipos de interés moratorios aplicables a los contratos de crédito o préstamo hipotecario. Esta reducción pretende disminuir la carga financiera generada en casos de incumplimiento por impago de los deudores protegidos.

De otra parte, se incorporan al colectivo de beneficiarios de las ayudas a inquilinos previstas en el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan de Vivienda y Rehabilitación 2009-2011, las personas que hubieran sido objeto de una resolución judicial de lanzamiento como consecuencia de procesos de ejecución hipotecaria, así como las que suscriban contratos de arrendamiento como consecuencia de la aplicación de las medidas contenidas en el citado Código de Buenas Prácticas.

Las medidas anteriores se complementan con otras modificaciones legales de índole procesal y fiscal. En materia procesal se procede a simplificar y aclarar el procedimiento de ejecución extrajudicial previendo una subasta única y un importe mínimo de adjudicación y remitiendo a un posterior desarrollo reglamen-

tario la regulación de la venta extrajudicial, posibilitando, entre otras medidas, la subasta *on line*. En materia fiscal, las escrituras públicas de formalización de las novaciones contractuales que se produzcan al amparo del Código de Buenas Prácticas quedarán exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de Actos Jurídicos Documentados.

La adopción de las medidas contempladas en este Real Decreto-ley resulta imprescindible al objeto de proteger a un colectivo social en situación de extraordinaria vulnerabilidad en el contexto económico generado por la crisis. Los efectos del desempleo sobre las familias españolas y su situación social han producido un deterioro, sobre el que la intervención pública no puede demorarse más. Es por ello por lo que la adopción de tales medidas exige acudir al procedimiento del Real Decreto-ley, cumpliéndose los requisitos del artículo 86 de la Constitución Española en cuanto a su extraordinaria y urgente necesidad.

En su virtud, haciendo uso de la autorización contenida en el artículo 86 de la Constitución Española, a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 9 de marzo de 2012,

DISPONGO:

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. *Objeto*

Este Real Decreto-ley tiene por objeto establecer medidas conducentes a procurar la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria.

Artículo 2. *Ámbito de aplicación*

Las medidas previstas en este Real Decreto-ley se aplicarán a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión y que estén vigentes a la fecha de su entrada en vigor, con excepción de las contenidas en los artículos 12 y 13, que serán de aplicación general.

CAPÍTULO II

Medidas para la reestructuración de la deuda hipotecaria inmobiliaria

Artículo 3. *Definición del umbral de exclusión*

1. Se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurren en ellos todas las circunstancias siguientes:

- a) Que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas. A estos efectos se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos con independencia de su edad que residan en la vivienda.
- b) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 60 por 100 de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.
- c) Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.
- d) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.
- e) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que en todos los garantes concurren las circunstancias expresadas en las letras b) y c).
- f) En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores.

2. La concurrencia de las circunstancias a que se refiere el apartado anterior se acreditará por el deudor ante la entidad acreedora mediante la presentación de los siguientes documentos:

- a) Certificados expedidos por el Servicio Público de Empleo competente acreditativos de la situación de desempleo de los miembros de la unidad familiar residentes en la vivienda. En caso de trabajador por cuenta propia sin rentas, se aportará el certificado expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria.
- b) Certificado de rentas expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria con relación al último ejercicio tributario.
- c) Certificados de titularidades expedidos por el Registro de la Propiedad en relación con cada uno de los miembros de la unidad familiar.

- d) Libro de familia o documento acreditativo de la inscripción como pareja de hecho.
- e) Certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda, con referencia al momento de la presentación de los documentos acreditativos y a los seis meses anteriores.
- f) Escrituras de compraventa de la vivienda y de constitución de la garantía hipotecaria y otros documentos justificativos, en su caso, del resto de las garantías reales o personales constituidas, si las hubiere.
- g) Declaración responsable del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situados en el umbral de exclusión según el modelo aprobado por la comisión constituida para el seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas.

Artículo 4. *Moderación de los intereses moratorios*

1. En todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2,5 por 100 sobre el capital pendiente del préstamo.

2. Esta moderación de intereses no será aplicable a deudores o contratos distintos de los regulados en el presente Real Decreto-ley.

Artículo 5. *Sujeción al Código de Buenas Prácticas*

1. El Código de Buenas Prácticas incluido en el Anexo será de adhesión voluntaria por parte de las entidades de crédito o de cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios.

2. La aplicación del Código de Buenas Prácticas se extenderá a las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos para la compraventa de viviendas cuyo precio de adquisición no hubiese excedido de los siguientes valores:

- a) para municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 200.000 euros;
- b) para municipios de entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 180.000 euros;
- c) para municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes: 150.000 euros;
- d) para municipios de hasta 100.000 habitantes: 120.000 euros.

A efectos de lo anterior se tendrán en cuenta las últimas cifras de población resultantes de la revisión del Padrón Municipal.

3. Estas entidades comunicarán su adhesión a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera. En los primeros diez días de los meses de enero, abril, julio y octubre, el Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, mediante resolución, ordenará la publicación del listado de entidades adheridas en la sede electrónica de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera y en el *Boletín Oficial del Estado*.

4. Desde la adhesión de la entidad de crédito, y una vez que se produzca la acreditación por parte del deudor de que se encuentra situado dentro del umbral de exclusión, serán de obligada aplicación las previsiones del Código de Buenas Prácticas. Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera de las partes podrá compeler a la otra a la formalización en escritura pública de la novación del contrato resultante de la aplicación de las previsiones contenidas en el Código de Buenas Prácticas. Los costes de dicha formalización correrán a cargo de la parte que la solicite.

5. La novación del contrato tendrá los efectos previstos en el artículo 4.3 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, con respecto a los préstamos y créditos novados.

6. La adhesión de la entidad se entenderá producida por un plazo de dos años, prorrogable automáticamente por periodos anuales, salvo denuncia expresa de la entidad adherida, notificada a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera con una antelación mínima de tres meses.

7. El contenido del Código de Buenas Prácticas resultará de aplicación exclusiva a las entidades adheridas, deudores y contratos a los que se refiere este Real Decreto-ley. No procederá, por tanto, la extensión de su aplicación, con carácter normativo o interpretativo, a ningún otro ámbito.

8. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las entidades adheridas podrán, con carácter puramente potestativo, aplicar las previsiones del Código de Buenas Prácticas a deudores distintos de los comprendidos en el artículo 3 y podrán, en todo caso, en la aplicación del Código, mejorar las previsiones contenidas en el mismo.

Artículo 6. *Seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas*

1. El cumplimiento del Código de Buenas Prácticas, por parte de las entidades adheridas, será supervisado por una comisión de control constituida al efecto.

2. La comisión de control estará integrada por cuatro miembros, uno en representación de la Asociación Hipotecaria Española, otro nombrado por el Banco de España, que actuará como Secretario, otro nombrado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y otro nombrado por el Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa que presidirá la comisión y tendrá voto de calidad.

La comisión de control determinará sus normas de funcionamiento y se reunirá cada vez que sea convocada por su Presidente, por propia iniciativa o a instancia de dos de sus miembros. Estará, asimismo, facultada para establecer su propio régimen de convocatorias.

3. Para la válida constitución de la comisión a efectos de la celebración de sesiones, deliberaciones y adopción de decisiones, será necesaria la asistencia de, al menos, tres de sus miembros, siempre que entre ellos figure el Presidente. Sus acuerdos se adoptarán por mayoría de sus miembros.

4. La comisión de control recibirá y evaluará la información que, en relación con los apartados 5 y 6, le traslade el Banco de España y publicará semestralmente un informe en el que evalúe el grado de cumplimiento del Código de Buenas Prácticas. Asimismo, corresponderá a esta comisión la elaboración del modelo normalizado de declaración responsable a que se refiere la letra g) del artículo 3.2.

5. Las entidades adheridas remitirán al Banco de España, con carácter trimestral, la información que les requiera la comisión de control. Esta información incluirá, en todo caso, el número, volumen y características de las operaciones solicitadas, ejecutadas y denegadas en aplicación del Código de Buenas Prácticas y las reclamaciones tramitadas conforme a lo previsto en el apartado siguiente.

6. Podrán formularse ante el Banco de España las reclamaciones derivadas del presunto incumplimiento por las entidades de crédito del Código de Buenas Prácticas, las cuales recibirán el mismo tratamiento que las demás reclamaciones cuya tramitación y resolución corresponde al citado Banco de España.

Artículo 7. Consecuencias de la aplicación indebida por el deudor de las medidas para la reestructuración de la deuda hipotecaria inmobiliaria

1. El deudor de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que se hubiese beneficiado tanto de las medidas de reestructuración establecidas en este capítulo como de las previsiones del Código de Buenas Prácticas sin reunir los requisitos previstos en el artículo 3, será responsable de los daños y perjuicios que se hayan podido producir, así como de todos los gastos generados por la aplicación de estas medidas de flexibilización, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden a que la conducta del deudor pudiera dar lugar.

2. El importe de los daños, perjuicios y gastos no puede resultar inferior al beneficio indebidamente obtenido por el deudor por la aplicación de la norma.

3. También incurrirá en responsabilidad el deudor que, voluntaria y deliberadamente, busque situarse o mantenerse en el umbral de exclusión con la finalidad de obtener la aplicación de estas medidas, correspondiendo la acreditación de esta circunstancia a la entidad con la que tuviere concertado el préstamo o crédito.

CAPÍTULO III

Medidas fiscales

Artículo 8. *Modificación del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre*

Se añade un nuevo número 23 al artículo 45.I.B) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que tendrá la siguiente redacción:

«23. Las escrituras de formalización de las novaciones contractuales de préstamos y créditos hipotecarios que se produzcan al amparo del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, quedarán exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de actos jurídicos documentados de este impuesto».

Artículo 9. *Modificación del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo*

Se añade un nuevo apartado 3 al artículo 106 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que tendrá la siguiente redacción:

«3. En las transmisiones realizadas por los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, con ocasión de la dación en pago de su vivienda prevista en el apartado 3 del Anexo de dicha norma, tendrá la consideración de sujeto pasivo sustituto del contribuyente la entidad que adquiera el inmueble, sin que el sustituto pueda exigir del contribuyente el importe de las obligaciones tributarias satisfechas».

Artículo 10. *Modificación de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio*

Se añade una Disposición Adicional trigésimo sexta a la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modifi-

cación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, que queda redactada de la siguiente forma:

«Disposición Adicional trigésimo sexta. *Dación en pago de la vivienda:*

Estará exenta de este Impuesto la ganancia patrimonial que se pudiera generar en los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, con ocasión de la dación en pago de su vivienda prevista en el apartado 3 del Anexo de dicha norma».

Artículo 11. *Bonificación de derechos arancelarios*

Los derechos arancelarios notariales y registrales derivados de la cancelación del derecho real de hipoteca en los casos de dación en pago de deudor hipotecado situado en el umbral de exclusión de este Real Decreto-ley, se bonificarán en un 50 por 100.

El deudor no soportará ningún coste adicional de la entidad financiera que adquiere libre de carga hipotecaria, la titularidad del bien antes hipotecado.

CAPÍTULO IV

Procedimiento de ejecución

Artículo 12. *Procedimiento de ejecución extrajudicial*

La ejecución extrajudicial de bienes hipotecados, regulada en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria y sujeta al procedimiento previsto en los artículos 234 a 236 o del Reglamento Hipotecario, se someterá a lo previsto en los apartados siguientes en aquellos casos en que el procedimiento se siga contra la vivienda habitual del deudor:

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

2. Cuando la mejor postura presentada fuera inferior al 70 por 100 del tipo señalado para la subasta, podrá el deudor presentar, en el plazo de diez días, tercero que mejore la postura, ofreciendo cantidad superior al 70 por 100

del valor de tasación o que, aun inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante.

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

4. Si el acreedor no hiciese uso de la mencionada facultad, se entenderá adjudicada la finca a quien haya presentado la mejor postura, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50 por 100 del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad reclamada por todos los conceptos.

5. Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor, en el plazo de veinte días, pedir la adjudicación por importe igual o superior al 60 por 100 del valor de tasación.

6. Si el acreedor no hiciere uso de la facultad a que se refiere el párrafo anterior, se estará a lo previsto en el artículo 236.n) del Reglamento Hipotecario.

CAPÍTULO V

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

Artículo 13. *Preferencia para el acceso a las ayudas a los inquilinos*

Las personas que hubieran sido objeto de una resolución judicial de lanzamiento de su vivienda habitual como consecuencia de procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria, con posterioridad al 1 de enero de 2012, podrán ser beneficiarias de las ayudas a los inquilinos, en los términos establecidos en los artículos 38 y 39 del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012. A estos efectos, la solicitud de la ayuda deberá presentarse en un plazo no superior a seis meses desde que se produjo el lanzamiento.

Asimismo, las personas mencionadas en el párrafo anterior tendrán la consideración de colectivo con derecho a protección preferente para el acceso a las ayudas a los inquilinos, en los términos establecidos en el apartado 2 del artículo 1 del citado Real Decreto.

Artículo 14. *Personas sujetas a medidas de flexibilización hipotecaria*

Podrán obtener también las ayudas a los inquilinos citadas en el artículo anterior los solicitantes que suscriban contratos de arrendamiento como conse-

cuencia de la aplicación de la dación en pago prevista en el Código de Buenas Prácticas, cuando sus ingresos familiares no excedan de 2,5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples, determinados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.1 del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre.

Disposición Adicional única. *Régimen especial de aplicación de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos*

1. Los contratos de arrendamiento que se suscriban como consecuencia de la aplicación del Código de Buenas Prácticas se considerarán contratos de arrendamientos de vivienda y estarán sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, excepto a lo previsto en sus artículos 9 y 18, con las especialidades que se regulan a continuación.

2. La duración de estos contratos de arrendamiento será de dos años, sin derecho a prórroga, salvo acuerdo escrito de las partes.

3. La renta durante el periodo de dos años quedará establecida de conformidad con los parámetros del Código de Buenas Prácticas. Transcurrido dicho plazo y durante las prórrogas que pudieran haberse pactado, la renta habrá de quedar determinada conforme a criterios de mercado.

4. A los seis meses de producido el impago de la renta sin que este se haya regularizado en su integridad, el arrendador podrá iniciar el desahucio del arrendatario.

5. Transcurrido el plazo de dos años de duración del contrato, si el arrendatario no desalojara la vivienda, el arrendador podrá iniciar el procedimiento de desahucio. En el mismo, se reclamará como renta impagada la renta de mercado correspondiente a los meses en los que la vivienda hubiera estado ocupada indebidamente.

Disposición Final primera. *Modificación del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorro*

El primer párrafo del artículo 6.3 del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorro que queda redactado en los siguientes términos:

«3. Corresponde al Estado la supervisión y control de las fundaciones de carácter especial a las que se refiere el presente Real Decreto-ley, cuyo ámbito de actuación principal exceda el de una Comunidad Autónoma, a través del Protectorado que será ejercido por el Ministerio de Economía y Competitividad».

Disposición Final segunda. *Títulos competenciales*

Este Real Decreto-ley se dicta al amparo de lo dispuesto en las reglas 6.^a, 8.^a, 11.^a, 13.^a y 14.^a del artículo 149.1 de la Constitución Española, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva sobre legislación mercantil y procesal, legislación civil, bases de la ordenación del crédito, banca y seguros, bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y hacienda general y Deuda del Estado, respectivamente.

Disposición Final tercera. *Desarrollo reglamentario de la ejecución extrajudicial*

El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, aprobará las normas reglamentarias precisas con el fin de simplificar el procedimiento de venta extrajudicial, las cuales incorporarán, entre otras medidas, la posibilidad de subasta electrónica.

Disposición Final cuarta. *Entrada en vigor*

Este Real Decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

Dado en Madrid, el 9 de marzo de 2012.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,
MARIANO RAJOY BREY.

ANEXO

CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS PARA LA REESTRUCTURACIÓN VIABLE
DE LAS DEUDAS CON GARANTÍA HIPOTECARIA SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL

1. Medidas previas a la ejecución hipotecaria: reestructuración de deudas hipotecarias:

- a) Los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de

protección de deudores hipotecarios sin recursos, podrán solicitar y obtener de la entidad acreedora la reestructuración de su deuda hipotecaria al objeto de alcanzar la viabilidad a medio y largo plazo de la misma. Junto a la solicitud de reestructuración, acompañarán la documentación prevista en el artículo 3.2 del citado Real Decreto-ley.

No podrán formular tal solicitud aquellos deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución, una vez se haya producido el anuncio de la subasta.

- b) En el plazo de un mes desde la presentación de la solicitud anterior junto con la documentación a que se refiere la letra anterior, la entidad deberá notificar y ofrecer al deudor un plan de reestructuración en el que se concreten la ejecución y las consecuencias financieras para el deudor de la aplicación conjunta de las siguientes medidas:
- i. Carencia en la amortización de capital de cuatro años.
 - ii. Ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo.
 - iii. Reducción del tipo de interés aplicable a Euribor + 0,25 por 100 durante el plazo de carencia.

Adicionalmente, las entidades podrán reunificar el conjunto de las deudas contraídas por el deudor.

No conllevará costes por compensación la amortización anticipada del crédito o préstamo hipotecario solicitada durante los diez años posteriores a la aprobación del plan de reestructuración.

- c) En el plan de reestructuración la entidad advertirá, en su caso, del carácter inviable del plan conforme al criterio previsto en el apartado siguiente o que, de resultar dicho plan inviable, se podrán solicitar las medidas complementarias previstas en el siguiente apartado.

2. Medidas complementarias:

- a) Los deudores para los que el plan de reestructuración previsto en el apartado anterior resulte inviable dada su situación económico-financiera, podrán solicitar una quita en el capital pendiente de amortización en los términos previstos en este apartado, que la entidad tendrá facultad para aceptar o rechazar en el plazo de un mes a contar desde la acreditación de la inviabilidad del plan de reestructuración.

A estos efectos, se entenderá por plan de reestructuración inviable aquel que establezca una cuota hipotecaria mensual superior al 60 por 100 de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar.

- b) Al objeto de determinar la quita, la entidad empleará alguno de los siguientes métodos de cálculo y notificará, en todo caso, los resultados obtenidos al deudor, con independencia de que la primera decida o no conceder dicha quita:
 - i. Reducción en un 25 por 100.
 - ii. Reducción equivalente a la diferencia entre capital amortizado y el que guarde con el total del capital prestado la misma proporción que el número de cuotas satisfechas por el deudor sobre el total de las debidas.
 - iii. Reducción equivalente a la mitad de la diferencia existente entre el valor actual de la vivienda y el valor que resulte de sustraer al valor inicial de tasación dos veces la diferencia con el préstamo concedido.
- c) Esta medida también podrá ser solicitada por aquellos deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que ya se haya producido el anuncio de la subasta. Asimismo podrá serlo por aquellos deudores que, estando incluidos en el umbral de exclusión al que se refiere el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, no han podido optar a la dación en pago por presentar la vivienda cargada posteriormente a la hipoteca.

3. Medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual:

- a) En el plazo de doce meses desde la solicitud de la reestructuración, los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, para los que la reestructuración y las medidas complementarias, en su caso, no resulten viables conforme a lo establecido en el apartado 2, podrán solicitar la dación en pago de su vivienda habitual en los términos previstos en este apartado. En estos casos la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, a la propia entidad o tercero que esta designe, quedando definitivamente cancelada la deuda.
- b) La dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda.
- c) El deudor, si así lo solicitara en el momento de pedir la dación en pago, podrá permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por

100 del importe total de la deuda en el momento de la dación. Durante dicho plazo el impago de la renta devengará un interés de demora del 20 por 100.

- d) Las entidades podrán pactar con los deudores la cesión de una parte de la plusvalía generada por la enajenación de la vivienda, en contraprestación por la colaboración que este pueda prestar en dicha transmisión.
- e) Esta medida no será aplicable en los supuestos que se encuentren en procedimiento de ejecución en los que ya se haya anunciado la subasta, o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores.

4. Publicidad del Código de Buenas Prácticas:

Las entidades garantizarán la máxima difusión del contenido del Código de Buenas Prácticas, en particular, entre sus clientes.

JEFATURA DEL ESTADO

REAL DECRETO-LEY 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero (*BOE* 12-5-2012).

Advertido el impacto que el deterioro de los activos vinculados al sector inmobiliario tiene sobre la solidez de nuestro sistema financiero, el Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, se dictó con el fin de adoptar medidas urgentes conducentes a lograr el saneamiento de los balances de las entidades de crédito, afectados negativamente por dicho deterioro.

Los requerimientos establecidos por el Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, orientados a la cobertura del deterioro en los balances bancarios ocasionado por los activos problemáticos vinculados a la actividad inmobiliaria, han representado para las entidades de crédito un esfuerzo considerable en el presente ejercicio 2012, extensible a 2013 para aquellas que acometan modificaciones organizativas de carácter estructural.

Las medidas de reforzamiento de provisiones y de capital establecidas en el citado Real Decreto-ley, tuvieron una acogida favorable tanto por los participantes en los mercados como por las instituciones financieras internacionales.

Por ello, en la misma línea marcada por el Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de tratar de disipar las incertidumbres que vienen dificultando la normalización del sector financiero español y la recuperación de su función canalizadora del ahorro a la economía real, el presente Real Decreto-ley establece, en el Capítulo I, requerimientos de cobertura adicionales a los establecidos en aquel, por el deterioro de las financiaciones vinculadas a la actividad inmobiliaria clasificadas como en situación normal. Estos nuevos requerimientos se establecen, de modo análogo a lo anterior, por una sola vez, de manera diferenciada en función de las diversas clases de financiaciones.

La metodología empleada respeta el criterio recogido en las normas internacionales de contabilidad en la medida en que, en relación con los activos a los que va dirigida, trata de aproximar las menores expectativas de mercado respecto de las reflejadas en los estados financieros de las entidades, evidenciadas mediante unas capitalizaciones de mercado sensiblemente inferiores a sus valores teórico contables, por lo que se contempla reconocer una pérdida

incurrida si el importe recuperable de un activo es inferior a su valor en libros, introduciendo una mera presunción de pérdida mínima a considerar.

Por otro lado, se establecen las disposiciones precisas para asegurar el cumplimiento de los nuevos requerimientos en coherencia con los plazos establecidos en el Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, para lo cual las entidades de crédito habrán de presentar al Banco de España, no más tarde del próximo 11 de junio, un plan en el que detallen las medidas que tienen previsto adoptar para dicho cumplimiento.

Asimismo, en coherencia con lo dispuesto en el Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, se ha establecido un mecanismo de flexibilización del plazo de cumplimiento de los nuevos requerimientos de provisiones para aquellas entidades que vayan a acometer procesos de integración, que dispondrán de un plazo de doce meses a partir de la autorización del respectivo proceso. Con el fin de evitar ineficiencias en la presentación de los proyectos de procesos de integración, en virtud de los que pudieran surgir por los nuevos requerimientos establecidos en el presente Real Decreto-ley, se prorroga hasta el próximo 30 de junio el plazo de presentación de dichos proyectos previsto en el Real Decreto-ley antes citado.

En el supuesto de que las entidades de crédito, para cumplir con los nuevos requerimientos de cobertura del riesgo inmobiliario, deterioren su solvencia de modo tal que su capital principal o sus recursos propios resulten deficitarios, habrán de prever en su plan de cumplimiento las medidas alternativas que garanticen lo previsto en este Real Decreto-ley. En particular, si así lo considera el Banco de España a la vista de la situación económica-financiera de las entidades, estas vendrán obligadas a solicitar apoyo financiero público a través de la intervención del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, institución que podrá inyectar recursos en las entidades a través de la adquisición bien de capital ordinario, o bien de otros instrumentos convertibles en capital.

Con el fin de aislar y dar salida en el mercado a los activos inmobiliarios, cuya integración en el balance de las entidades está lastrando la recuperación del crédito, en el capítulo II se prevé la constitución de sociedades de capital a las que las entidades de crédito deberán aportar todos los inmuebles adjudicados o recibidos en pago de deudas relacionadas con el suelo para la promoción inmobiliaria y con las construcciones o promociones inmobiliarias. Para ello es preciso garantizar que su valoración resulte ajustada a la realidad del mercado así como la profesionalización de la gestión de las sociedades citadas.

Asimismo, el Real Decreto-ley establece las reglas necesarias para garantizar la neutralidad fiscal de las operaciones que se realicen en la constitución de las sociedades para la gestión de activos. Con el objeto de estimular la venta de los activos inmobiliarios, en relación con el Impuesto sobre Sociedades, Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas e Impuesto sobre la Renta de no Residentes, se introduce una exención parcial de las rentas derivadas de la

transmisión de bienes inmuebles urbanos que se adquieran a partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley y hasta el 31 de diciembre de 2012 cuando se cumplan determinados requisitos.

Finalmente, se moderan los aranceles notariales y registrales que serán de aplicación en los supuestos de traspasos de activos financieros o inmobiliarios como consecuencia de operaciones de saneamiento y reestructuración de entidades financieras. En definitiva, las medidas previstas en este Real Decreto-ley y, en concreto, las exigencias adicionales de provisiones, vienen a reforzar la solvencia del sector financiero y a sanear sus balances. Esto fortalecerá la credibilidad en nuestro sistema financiero en el actual contexto, lo que a su vez contribuirá a la estabilidad financiera no solo en el sector, sino del conjunto de la economía nacional. Es por ello que la adopción de tales medidas exige acudir al procedimiento del Real Decreto-ley, cumpliéndose los requisitos del artículo 86 de la Constitución Española en cuanto a su extraordinaria y urgente necesidad.

En su virtud, haciendo uso de la autorización contenida en el artículo 86 de la Constitución española, a propuesta de los Ministros de Economía y Competitividad y de Hacienda y Administraciones Públicas y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 11 de mayo de 2012,

DISPONGO:

CAPÍTULO I

Saneamiento de las entidades de crédito

Artículo 1. Medidas para el saneamiento de los balances de las entidades de crédito

1. Sobre el saldo vivo a 31 de diciembre de 2011 de las financiaciones relacionadas con el suelo para promoción inmobiliaria y con las construcciones o promociones inmobiliarias, correspondientes a la actividad en España de las entidades de crédito y grupos consolidables de entidades de crédito, a las que se refiere el artículo 1.2 del Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, se constituirán, por una sola vez, las coberturas que se indican en el anexo del presente Real Decreto-ley con carácter adicional a las establecidas en aquella norma. El importe de dichas coberturas podrá ser utilizado en la forma prevista en el artículo 1.2 del Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero.

2. Si a 31 de diciembre de 2013 el importe de las citadas coberturas no hubiese sido aplicado en su integridad a la finalidad antes indicada, el saldo remanente de las mismas será, en su caso, asignado a las coberturas de aquellos activos que se determinen por el Banco de España.

Artículo 2. *Plan de cumplimiento*

1. Las entidades de crédito y los grupos consolidables de entidades de crédito deberán cumplir lo previsto en el artículo 1 de este Real Decreto-ley antes del 31 de diciembre de 2012.

Las entidades de crédito que, durante el ejercicio 2012, lleven a cabo procesos de integración que supongan una transformación significativa de entidades que no pertenezcan a un mismo grupo dispondrán de doce meses desde que obtengan la preceptiva autorización para cumplir lo previsto en el artículo 1 de este Real Decreto-ley, siempre que la integración se lleve a cabo a través de operaciones que supongan modificaciones estructurales o adquisición de entidades participadas mayoritariamente por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria o en las que este haya sido designado administrador provisional, incluya medidas tendentes a la mejora de su gobierno corporativo, incorpore un plan de desinversión de activos relacionados con riesgos inmobiliarios, así como compromisos de incrementar el crédito a familias y pequeñas y medianas empresas.

2. Para ello, las entidades de crédito y los grupos consolidables de entidades de crédito presentarán al Banco de España, hasta el 11 de junio de 2012, un plan en el que detallarán las medidas que tienen previsto adoptar para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 1 de este Real Decreto-ley, incluyendo un programa de desinversión de activos relacionados con riesgos inmobiliarios y un calendario de ejecución del mismo.

Cuando del plan resulte que la entidad o el grupo consolidable de entidades de crédito, una vez constituidas las provisiones exigidas en el artículo 1 de este Real Decreto-ley, puedan incurrir en déficit de capital principal o de recursos propios computables, deberán incluir en el citado plan las medidas que tienen previsto acometer para no incurrir en dicho déficit y cuyo plazo de ejecución no podrá ser superior a cinco meses.

3. El plan presentado deberá ser aprobado por el Banco de España en el plazo de quince días hábiles, pudiendo exigir este las modificaciones o las medidas adicionales que considere necesarias para garantizar el cumplimiento de lo previsto en este Real Decreto-ley.

En particular, el Banco de España valorará la probabilidad de que las medidas previstas por la entidad o el grupo consolidable de entidades de crédito puedan llevarse a efecto en los plazos previstos y, si así lo considera necesario, a la vista de las circunstancias concurrentes, podrá imponer medidas adicionales, incluida, en particular, la solicitud de apoyo financiero del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, cuyo otorgamiento se ajustará a lo dispuesto en los artículos 9.3 y 10.3 del Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito.

4. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa en que puedan incurrir la entidad y quienes ostenten cargos de administración y dirección en la misma, el incumplimiento grave de alguna de las medidas incluidas en el plan aprobado por el Banco de España, que ponga en peligro la consecución de los objetivos del plan, podrá determinar la aplicación de lo previsto en el artículo 7 del Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, cuando la entidad en cuestión se encuentre en la situación prevista en el artículo 6 de la citada norma.

CAPÍTULO II

Sociedades para la gestión de activos

Artículo 3. *Constitución y régimen jurídico*

1. Los activos adjudicados o recibidos en pago de deudas a que se refiere el artículo 1.1 del Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, deberán ser aportados por las entidades de crédito a una sociedad anónima en los términos establecidos en el presente capítulo. Igualmente habrán de aportarse aquellos otros activos adjudicados o recibidos en pago de deudas con posterioridad a 31 de diciembre de 2011.

2. Estas sociedades se regirán por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto-legislativo 1/2010, de 2 de julio, sin perjuicio de lo previsto en el presente Real Decreto-ley.

3. El objeto social exclusivo de las sociedades a las que aporten sus activos las entidades que hubiesen recibido apoyo financiero del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria será la administración y enajenación, ya sea de forma directa o indirecta, de los activos aportados a la misma.

4. En el caso de entidades participadas mayoritariamente por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria así como en el de entidades en las que el Fondo haya sido designado administrador provisional, el Fondo decidirá si la entidad de crédito debe o no constituir una sociedad de las previstas en este capítulo.

Con carácter previo a la decisión de creación de dichas sociedades el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria elevará al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas una memoria económica en la que se detalle la programación económico-financiera para el periodo de duración previsto. Sobre la base de dicha memoria, la Intervención General de la Administración del Estado informará de los posibles efectos de esta operación en las cuentas públicas al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, el cual podrá oponerse motivadamente en el plazo de diez días a contar desde que le sea elevada la citada memoria.

5. Reglamentariamente podrán establecerse instrumentos de apoyo financiero a las adquisiciones de capital en dichas sociedades.

Artículo 4. *Aportación de los activos*

1. Las aportaciones a la sociedad deberán efectuarse antes de que termine el plazo de dotación de provisiones que resulte de aplicación a la entidad, según lo previsto en los artículos 1 y 2 del Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, y el artículo 2 del presente Real Decreto-ley.

2. Las aportaciones a la sociedad se valorarán por su valor razonable. En ausencia de valor razonable o cuando exista dificultad para obtenerlo, se valorarán por su valor en libros, que se determinará tomando en consideración las provisiones que los activos deban tener constituidas en aplicación del artículo 1.1 del Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, y del artículo 1.1 del presente Real Decreto-ley.

En el caso de que, en el momento de la aportación a la sociedad, los activos no tuviesen constituidas las provisiones mencionadas en el párrafo anterior, dichas provisiones deberán ser completadas por la sociedad beneficiaria de la aportación en las fechas en que resulten exigibles de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, y en el presente Real Decreto-ley.

A los efectos de lo previsto en el artículo 67 de la Ley de Sociedades de Capital, la valoración establecida conforme a los párrafos anteriores sustituirá la valoración de experto independiente prevista en dicho precepto, siempre que la aportación se realice dentro del calendario de provisionamiento al que viniera obligada la entidad aportante.

3. Las entidades que hayan recibido apoyo financiero del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria en virtud de lo previsto en el artículo 2 de este Real Decreto-ley dispondrán de un plazo de tres años a contar desde su entrada en vigor, para adoptar y ejecutar las medidas precisas para que la vinculación de la sociedad para la gestión de activos con la entidad sea como máximo la de empresa asociada.

Artículo 5. *Enajenación de activos*

Las sociedades participadas por las entidades de crédito que reciban apoyo financiero al amparo de lo previsto en este Real Decreto-ley estarán obligadas a enajenar anualmente, al menos, un 5 por 100 de sus activos a un tercero distinto de la entidad de crédito aportante o de cualquier sociedad de su grupo. Los administradores de dichas sociedades deberán tener experiencia acreditada en la gestión de activos inmobiliarios.

Artículo 6. *Bases de datos*

Las entidades de crédito deberán contar con bases de datos con la información necesaria para la gestión de los activos que deben aportar a la sociedad de acuerdo con lo previsto en el artículo 3 de este Real Decreto-ley. El Banco de España, en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley determinará los requisitos que deben cumplir estas bases de datos. Dichas bases deberán ser transferidas a la sociedad antes de que termine el plazo de dotación de provisiones que resulte de aplicación a la entidad, según lo previsto en los artículos 1 y 2 del Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, y el artículo 2 del presente Real Decreto-ley.

CAPÍTULO III

Régimen sancionador

Artículo 7. *Infracciones y sanciones*

1. Las obligaciones previstas en este Real Decreto-ley se considerarán normas de ordenación y disciplina, incurriendo las entidades de crédito y quienes ostenten cargos de administración y dirección en las mismas que las incumplan en responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en el título I de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

2. En particular, el incumplimiento de lo previsto en este Real Decreto-ley se considerará infracción grave o muy grave de acuerdo con lo previsto en la letra *h*) del artículo 5 y en la letra *c*) del artículo 4 de la Ley 26/1988, de 29 de julio.

CAPÍTULO IV

Régimen fiscal de las operaciones de aportación de activos a sociedades para la gestión de activos

Artículo 8. *Régimen fiscal*

1. El régimen fiscal establecido en el capítulo VIII del título VII del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, para las operaciones mencionadas

en el artículo 83 de dicha Ley, incluidos sus efectos en los demás tributos, se aplicará a las transmisiones de activos y pasivos que se realicen en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3 del Real Decreto-ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero, aun cuando no se correspondan con las operaciones mencionadas en el artículo 83 y 94 de dicha Ley.

2. No será de aplicación la excepción a la exención prevista en el apartado 2 del artículo 108 de la Ley 24/1988, de 27 de julio, del Mercado de Valores, a las transmisiones posteriores de las participaciones recibidas como consecuencia de la constitución de las sociedades para la gestión de activos inmobiliarios previstas en el artículo 3 de este Real Decreto-ley y de las participaciones de entidades de crédito afectadas por planes de integración reguladas en el Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito.

3. Las entidades de crédito que realicen las operaciones mencionadas anteriormente, podrán instar al Banco de España que solicite informe a la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre las consecuencias tributarias que se deriven de las operaciones a que se refiere el apartado 1 de este artículo.

El informe se emitirá en el plazo máximo de un mes, y tendrá efectos vinculantes para los órganos y entidades de la Administración tributaria encargados de la aplicación de los tributos.

Disposición Adicional primera. Tratamiento excepcional de las participaciones preferentes y otros instrumentos en circulación

Las entidades de crédito que tengan en circulación participaciones preferentes o instrumentos de deuda obligatoriamente convertibles en acciones emitidos antes de la entrada en vigor de este Real Decreto-ley o canjeados por los anteriores podrán incluir, en el plan al que se refiere el artículo 2 de este Real Decreto-ley, la solicitud de diferir por un plazo no superior a doce meses el pago de la remuneración prevista, a pesar de que, como consecuencia del saneamiento que hayan tenido que llevar a cabo según lo previsto en este Real Decreto-ley, no dispongan de beneficios o reservas distribuibles suficientes o exista un déficit de recursos propios en la entidad de crédito emisora o dominante.

El pago de la remuneración así diferido solamente podrá efectuarse transcurrido el plazo de diferimiento si se dispone de beneficios o reservas distribuibles suficientes y no existe un déficit de recursos propios en la entidad de crédito emisora o dominante.

Disposición Adicional segunda. *Arancel de los notarios y registradores de la propiedad*

En los supuestos que requieran la previa inscripción de traspasos de activos financieros o inmobiliarios como consecuencia de operaciones de saneamiento y reestructuración de entidades financieras, todas las transmisiones realizadas se practicarán necesariamente en un solo asiento, y solo se devengarán los honorarios correspondientes a la última operación inscrita, conforme al número 2.1 del arancel de los registradores, o en su caso, el número 2.2, si se trata de préstamos o créditos hipotecarios, sobre la base del capital inscrito en el Registro.

En los supuestos de novación, subrogación o cancelación de hipoteca, incluso cuando previamente deba hacerse constar el traspaso de activos financieros o inmobiliarios como consecuencia de operaciones de saneamiento y reestructuración de entidades financieras, las inscripciones que se practiquen solo devengarán los honorarios establecidos en el número 2.2 del arancel de los registradores, correspondientes a la novación, subrogación o cancelación, tomando como base el capital inscrito, reducido al 60 por 100, con un mínimo de 24 euros.

Para determinar los honorarios notariales de las escrituras de novación, subrogación o cancelación de préstamos y créditos hipotecarios se aplicará, por todos los conceptos, el número 2.2.f) del arancel de los notarios, tomando como base el capital inscrito o garantizado, reducido en todo caso al 70 por 100 y con un mínimo de 90 euros. No obstante lo anterior, se aplicará el número 7 del arancel a partir del folio quincuagésimo primero inclusive.

Esta disposición se aplicará respecto de todas las inscripciones practicadas y escrituras autorizadas a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-ley.

Disposición Transitoria única. *Régimen aplicable a los títulos convertibles adquiridos por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria antes de la entrada en vigor de este Real Decreto-ley*

Lo dispuesto en los párrafos quinto y sexto del artículo 10.2 del Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito, según la nueva redacción introducida por este Real Decreto-ley, será asimismo aplicable a los títulos convertibles adquiridos por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria con anterioridad a la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley.

Disposición Derogatoria única. *Derogación normativa*

Quedan derogadas cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a lo previsto en el presente Real Decreto-ley.

Disposición Final primera. *Modificación del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo*

Con efectos desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, se añade una nueva Disposición Adicional decimosexta al Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, que queda redactada de la siguiente forma:

«Disposición Adicional decimosexta. *Exención de rentas derivadas de la transmisión de determinados inmuebles*

Estarán exentas en un 50 por 100 las rentas positivas derivadas de la transmisión de bienes inmuebles de naturaleza urbana que tengan la condición de activo no corriente o que hayan sido clasificados como activos no corrientes mantenidos para la venta y que hubieran sido adquiridos a título oneroso a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 18/2012 y hasta el 31 de diciembre de 2012.

No formarán parte de la renta con derecho a la exención el importe de las pérdidas por deterioro relativas a los inmuebles, ni las cantidades correspondientes a la reversión del exceso de amortización que haya sido fiscalmente deducible en relación con la amortización contabilizada.

La exención prevista en esta disposición será compatible, en su caso, con la aplicación de la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios prevista en el artículo 42 de esta Ley.

No resultará de aplicación la presente disposición cuando el inmueble se hubiera adquirido o transmitido a una persona o entidad respecto de la que se produzca alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, o al cónyuge de la persona anteriormente indicada o a cualquier persona unida a esta por parentesco, en línea recta o colateral, por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado incluido».

Disposición Final segunda. *Modificación del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo*

Con efectos desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, se añade una Disposición Adicional tercera al Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, que queda redactada de la siguiente forma:

«Disposición Adicional tercera. *Exención parcial en ganancias patrimoniales derivadas de la transmisión de determinados bienes inmuebles*

Estarán exentas en un 50 por 100 las ganancias patrimoniales obtenidas sin mediación de establecimiento permanente en España, derivadas de la enajenación de bienes inmuebles urbanos situados en territorio español, que hubiesen sido adquiridos a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 18/2012 y hasta el 31 de diciembre de 2012.

No resultará de aplicación lo dispuesto en el párrafo anterior cuando concurren las circunstancias previstas en el segundo párrafo de la Disposición Adicional trigésimo séptima de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, o tratándose de entidades, las circunstancias previstas en el último párrafo de la Disposición Adicional decimosexta del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo».

Disposición Final tercera. *Modificación de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio*

Con efectos desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, se añade una nueva Disposición Adicional trigésimo séptima a la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, que queda redactada de la siguiente forma:

«Disposición Adicional trigésimo séptima. *Ganancias patrimoniales procedentes de la transmisión de determinados inmuebles*

Estarán exentas en un 50 por 100 las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de inmuebles urba-

nos adquiridos a título oneroso a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 18/2012 y hasta el 31 de diciembre de 2012.

No resultará de aplicación lo dispuesto en el párrafo anterior cuando el inmueble se hubiera adquirido o transmitido a su cónyuge, a cualquier persona unida al contribuyente por parentesco, en línea recta o colateral, por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado incluido, a una entidad respecto de la que se produzca, con el contribuyente o con cualquiera de las personas anteriormente citadas, alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas.

Cuando el inmueble transmitido fuera la vivienda habitual del contribuyente y resultara de aplicación lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 38 de esta Ley, se excluirá de tributación la parte proporcional de la ganancia patrimonial obtenida, una vez aplicada la exención prevista en esta disposición adicional, que corresponda a la cantidad reinvertida en los términos y condiciones previstos en dicho artículo».

Disposición Final cuarta. Modificación del Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito

El Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito, queda modificado como sigue:

Uno. El apartado 1 del artículo 10 queda redactado del siguiente modo:

«1. El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria podrá adquirir títulos emitidos por entidades de crédito que, sin incurrir en las circunstancias establecidas en el artículo 6 del presente Real Decreto-ley, vayan a acometer un proceso de integración y necesiten reforzar sus recursos propios. Igualmente podrá adquirir títulos emitidos por entidades de crédito que requieran apoyo financiero conforme a lo previsto en el artículo 2 del Real Decreto-ley xx/2012, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero, en cuyo caso tendrán que presentar un plan de recapitalización conforme a lo previsto en el capítulo II.

Las entidades que, de acuerdo con lo previsto en el párrafo anterior, vayan a acometer un proceso de integración, elaborarán un plan de integración que deberá contener compromisos específicos de mejora de su eficiencia, de racionalización de su administración y gerencia, así como de redimensionamiento de su capacidad productiva y todo ello con la finalidad de mejorar sus perspectivas futuras.

El plan de integración deberá contar con la aprobación del Banco de España.

Al decidir sobre la adopción de las medidas propuestas, el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria deberá tener en cuenta el plazo y riesgo de la operación, la necesidad de evitar distorsiones competitivas así como que con ello se facilite la ejecución y cumplimiento del plan de integración aprobado por el Banco de España. En todo caso, la decisión estará presidida por el principio de utilización más eficiente de los recursos públicos.

El pago del precio de adquisición o suscripción de los títulos a los que se refiere este artículo podrá realizarse en efectivo o mediante la entrega de valores representativos de deuda pública o valores emitidos por el propio Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria. Asimismo, el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria podrá satisfacer dicho precio mediante compensación de los créditos que ostente frente a la correspondiente entidad».

Dos. El apartado 2 del artículo 10 queda redactado como sigue:

«2. Los títulos a los que se refiere el apartado 1 anterior serán instrumentos convertibles en acciones o en aportaciones al capital social.

Las entidades emisoras deberán aprobar, en el momento de la adopción del acuerdo de emisión de los títulos previstos en este artículo, los acuerdos necesarios para la ampliación de capital o la suscripción de aportaciones al capital en la cuantía necesaria. Los términos y condiciones de la retribución de los títulos se establecerán teniendo en cuenta la normativa de ayudas de Estado.

La adquisición de títulos convertibles por parte del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria requerirá que se acuerde la supresión del derecho de suscripción preferente de los accionistas existentes en el momento de la adopción del acuerdo de emisión, o la renuncia por todos ellos a ese derecho.

Las entidades emisoras deberán comprometerse a recomprar o amortizar los títulos suscritos por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria tan pronto como estén en condiciones de hacerlo en los términos comprometidos en el plan de integración o de recapitalización. Transcurridos cinco años desde el desembolso sin que los títulos hayan sido recomprados por la entidad, el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria podrá solicitar su conversión en acciones o en aportaciones sociales del emisor. El ejercicio de esta facultad deberá realizarse, en su caso, en el plazo máximo de seis meses contados a partir de la finalización del quinto año desde que se produjo el desembolso. No obstante lo anterior, el acuerdo de emisión deberá contemplar asimismo la convertibilidad de los títulos a instancia del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria si, antes del

transcurso del plazo de cinco años, el Banco de España considera improbable, a la vista de la situación de la entidad o su grupo, que su recompra o amortización pueda llevarse a cabo en ese plazo.

La conversión se realizará en condiciones de mercado y de acuerdo con el valor económico de la entidad emisora de los títulos en ese momento, que se determinará con arreglo a lo previsto en el artículo 9.5 del presente Real Decreto-ley. La entidad emisora y sus accionistas adoptarán los acuerdos y realizarán las actuaciones necesarias para asegurar que la conversión se realiza de acuerdo con dicho valor económico, debiendo instrumentar, en la medida necesaria para alcanzar dicho objetivo, las operaciones de transmisión de acciones o aportaciones o de reducción de capital, ya sea por compensación de pérdidas, constitución o incremento de reservas o devolución del valor de aportaciones, que resulten oportunas.

Sin perjuicio de cualesquiera otras acciones y responsabilidades y, en particular, de lo previsto en los artículos 6 y 7 de este Real Decreto-ley, en caso de incumplimiento por parte de la entidad emisora o de aquellos de sus accionistas que tengan la condición de entidad de crédito de la obligación establecida en el párrafo anterior en el plazo establecido al efecto por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, el Banco de España podrá acordar, además de cualesquiera otras medidas cautelares que estime oportuno, la sustitución provisional de los órganos de administración o dirección de la entidad emisora y de aquellos de sus accionistas que tengan la condición de entidad de crédito hasta que se complete la operación de conversión, designando como administrador provisional al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, que, a su vez, nombrará a la persona o personas físicas que, en su nombre y en ejercicio de las funciones y facultades propias de esa condición, adoptarán los acuerdos y realizarán las actuaciones necesarias para dar efecto a la conversión. Desde el momento de su designación como administrador provisional, el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria estará facultado para adoptar los acuerdos y realizar las actuaciones necesarias para completar la conversión en nombre y representación de la entidad emisora y de aquellos de sus accionistas que tengan la condición de entidad de crédito y de los que hubiera sido designado administrador provisional.

Los títulos emitidos al amparo de lo dispuesto en este precepto serán computables como recursos propios básicos y como capital principal, sin que para ello sea obligatorio que coticen en un mercado secundario organizado. A estos efectos, no les serán de aplicación las limitaciones legalmente establecidas para la computabilidad de los recursos propios y del capital principal.

El acuerdo de emisión de estos títulos deberá ajustarse a las restantes condiciones comprometidas en el plan de integración o de recapitalización».

Disposición Final quinta. *Modificación del Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero*

El segundo párrafo del apartado 4 del artículo 2 queda redactado como sigue:

«Dicha solicitud deberá presentarse ante la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera antes del 30 de junio de 2012. El cumplimiento de dicho plazo no será exigible en el caso de operaciones de adquisición de entidades que, a la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto-ley, se encuentren participadas mayoritariamente por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria o de las que el fondo haya sido designado administrador provisional. A la misma se acompañará el proyecto que acredite el cumplimiento de los requisitos previstos en las letras a) y f) del apartado 2».

Disposición Final sexta. *Títulos competenciales*

El presente Real Decreto-ley se dicta al amparo de lo dispuesto en las reglas 6.^a, 8.^a, 11.^a, 13.^a y 14.^a del artículo 149.1 de la Constitución Española, que atribuyen al Estado la competencia sobre legislación mercantil, legislación civil, bases de la ordenación del crédito, banca y seguros, bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y hacienda general y Deuda del Estado, respectivamente.

Disposición Final séptima. *Facultad de desarrollo*

El Gobierno podrá dictar las normas reglamentarias necesarias para el desarrollo de lo dispuesto en este Real Decreto-ley. En particular, mediante Real Decreto se establecerán los supuestos en los cuales las entidades emisoras de participaciones preferentes u obligaciones subordinadas deberán ofrecer su canje por acciones o por obligaciones subordinadas de la entidad emisora o de cualquiera otra de su grupo; así como los criterios para determinar el porcentaje del valor nominal de dichos instrumentos que deberán ser objeto de canje.

Se habilita al Ministro de Economía y Competitividad para modificar lo previsto en el anexo y los plazos de cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 1 de este Real Decreto-ley.

El Banco de España aprobará las modificaciones que resulten pertinentes para acomodar lo dispuesto en la Circular 4/2004 al presente Real Decreto-ley, quedando facultado para introducir las precisiones que puedan ser necesarias para asegurar la efectividad de su cumplimiento. A partir del 31 de diciembre de

2012 el Banco de España podrá modificar las coberturas previstas en el anexo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.1 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

Disposición final octava. Entrada en vigor.

El presente Real Decreto-ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Madrid, el 11 de mayo de 2012.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,
MARIANO RAJOY BREY

ANEXO

Tipo de financiación de construcción o promoción inmobiliaria		Porcentaje de cobertura
Con garantía real	Suelo	45%
	Promoción en curso	22%
	Promoción terminada	7%
Sin garantía real		45%

REAL DECRETO-LEY 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (*BOE* 16-11-2012).

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones, exige la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios.

Si bien la tasa de morosidad en nuestro país es baja, hay que tener muy presente el drama social que supone, para cada una de las personas o familias que se encuentran en dificultades para atender sus pagos, la posibilidad de que, debido a esta situación, puedan ver incrementarse sus deudas o llegar a perder su vivienda habitual.

El esfuerzo colectivo que están llevando a cabo los ciudadanos de nuestro país con el fin de superar de manera conjunta la situación de dificultad que atravesamos, requiere que, del mismo modo, y desde todos los sectores, se continúen adoptando medidas para garantizar que ningún ciudadano es conducido a una situación de exclusión social.

Con este fin, es necesario profundizar en las líneas que se han ido desarrollando en los últimos tiempos, para perfeccionar y reforzar el marco de protección a los deudores que, a causa de tales circunstancias excepcionales, han visto alterada su situación económica o patrimonial y se han encontrado en una situación merecedora de protección.

Sin perjuicio de la necesidad de abordar una reforma más en profundidad del marco jurídico de tratamiento a las personas físicas en situación de sobreendeudamiento y, en particular, de analizar mejoras sobre los mecanismos de ejecución hipotecaria, en este momento se requiere una intervención pública inmediata que palfé las circunstancias de mayor gravedad social que se viene produciendo.

A estos efectos se aprueba este Real Decreto-ley, cuyo objeto fundamental consiste en la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahu-

cios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión. Esta medida, con carácter excepcional y temporal, afectará a cualquier proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria por el cual se adjudique al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos. En estos casos, el Real Decreto-ley, sin alterar el procedimiento de ejecución hipotecaria, impide que se proceda al lanzamiento que culminaría con el desalojo de las personas.

La suspensión de los lanzamientos afectará a las personas que se encuentren dentro de una situación de especial vulnerabilidad. En efecto, para que un deudor hipotecario se encuentre en este ámbito de aplicación será necesario el cumplimiento de dos tipos de requisitos. De un lado, los colectivos sociales que van a poder acogerse son las familias numerosas, las familias monoparentales con dos hijos a cargo, las que tienen un menor de tres años o algún miembro discapacitado o dependiente, o en las que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones sociales o, finalmente, las víctimas de violencia de género.

Asimismo, en las familias que se acojan a esta suspensión los ingresos no podrán superar el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples. Además, es necesario que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda.

La alteración significativa de sus circunstancias económicas se mide en función de la variación de la carga hipotecaria sobre la renta sufrida en los últimos cuatro años. Finalmente, la inclusión en el ámbito de aplicación pasa por el cumplimiento de otros requisitos, entre los que se pueden destacar que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por 100 de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar, o que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.

La trascendencia de esta previsión normativa es indudable, pues garantiza que durante este periodo de tiempo, los deudores hipotecarios especialmente vulnerables no puedan ser desalojados de sus viviendas, con la confianza de que, a la finalización de este periodo, habrán superado la situación de dificultad en que se puedan encontrar en el momento actual.

Adicionalmente, este Real Decreto-ley incluye un mandato al Gobierno para que emprenda inmediatamente las medidas necesarias para impulsar, con el sector financiero, la constitución de un fondo social de viviendas destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario. Este fondo debiera movilizar un amplio parque de viviendas, propiedad de las entidades de crédito, en beneficio de aquellas familias que solo pueden acceder a una vivienda en caso de que las rentas se ajusten a la escasez de sus ingresos.

La adopción de las medidas contempladas en este Real Decreto-ley cumplen las notas de extraordinaria y urgente necesidad que se exigen en el empleo de la figura del Real Decreto-ley, cumpliéndose los requisitos que prevé el artículo 86 de la Constitución Española, pues tiene como objetivo hacer frente, sin más demora, a la situación de enorme dificultad que están viviendo las familias que sufren diariamente el desalojo de sus hogares y trata, en definitiva, de evitar que esta adversidad económica se convierta finalmente en exclusión social.

En su virtud, haciendo uso de la autorización contenida en el artículo 86 de la Constitución Española, a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 15 de noviembre de 2012,

DISPONGO:

Artículo 1. *Suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables*

1. Hasta transcurridos dos años desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo.

2. Los supuestos de especial vulnerabilidad a los que se refiere el apartado anterior son:

- a) Familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente.
- b) Unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo.
- c) Unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años.
- d) Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por 100, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.
- e) Unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones por desempleo.
- f) Unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral.

- g) Unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género, conforme a lo establecido en la legislación vigente, en el caso de que la vivienda objeto de lanzamiento constituyan su domicilio habitual.

3. Para que sea de aplicación lo previsto en el apartado 1 deberán concurrir, además de los supuestos de especial vulnerabilidad previstos en el apartado anterior, las circunstancias económicas siguientes:

- a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples.
- b) Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda.
- c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por 100 de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.
- d) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.

4. A los efectos de lo previsto en este artículo se entenderá:

- a) Que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5.
- b) Por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar.

Artículo 2. *Acreditación*

La concurrencia de las circunstancias a que se refiere este Real Decreto-ley se acreditará por el deudor en cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria y antes de la ejecución del lanzamiento, ante el juez o el notario encargado del procedimiento, mediante la presentación de los siguientes documentos:

- a) Percepción de ingresos por los miembros de la unidad familiar:
 - 1.º Certificado de rentas, y en su caso, certificado relativo a la presentación del Impuesto de Patrimonio, expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria con relación a los últimos cuatro ejercicios tributarios.

- 2.º Últimas tres nóminas percibidas.
 - 3.º Certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones, en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios por desempleo.
 - 4.º Certificado acreditativo de los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las Comunidades Autónomas y las entidades locales.
 - 5.º En caso de trabajador por cuenta propia, se aportará el certificado expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, si estuviera percibiendo la prestación por cese de actividad, el certificado expedido por el órgano gestor en el que figure la cuantía mensual percibida.
- b) Número de personas que habitan la vivienda:
- 1.º Libro de familia o documento acreditativo de la inscripción como pareja de hecho.
 - 2.º Certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda, con referencia al momento de la presentación de los documentos acreditativos y a los seis meses anteriores.
- c) Titularidad de los bienes:
- 1.º Certificados de titularidades expedidos por el Registro de la Propiedad en relación con cada uno de los miembros de la unidad familiar.
 - 2.º Escrituras de compraventa de la vivienda y de constitución de la garantía hipotecaria y otros documentos justificativos, en su caso, del resto de las garantías reales o personales constituidas, si las hubiere.
- d) Declaración responsable del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situado en el ámbito de aplicación de este real decreto.

Disposición Adicional única. *Fondo social de viviendas*

Se encomienda al Gobierno que promueva con el sector financiero la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario, cuando concurren en ellas las circunstancias previstas en el artículo 1 del presente

Real Decreto-ley. Este fondo social de viviendas tendrá por objetivo facilitar el acceso a estas personas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que perciban.

Disposición Transitoria única. *Procedimientos en curso*

Esta norma será de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento.

Disposición Final primera. *Títulos competenciales*

Este Real Decreto-ley se dicta al amparo de lo dispuesto en las reglas 6.^a, 8.^a, 11.^a, 13.^a y 14.^a del artículo 149.1 de la Constitución Española, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva sobre legislación mercantil y procesal, legislación civil, bases de la ordenación del crédito, banca y seguros, bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y hacienda general y Deuda del Estado, respectivamente.

Disposición Final segunda. *Entrada en vigor*

Este Real Decreto-ley entrará en vigor el día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Madrid, el 15 de noviembre de 2012.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,
MARIANO RAJOY BREY.

RESOLUCIÓN DE 29 DE NOVIEMBRE de 2012, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios.

De conformidad con lo dispuesto en el 86.2 de la Constitución, el Congreso de los Diputados, en la sesión del día de hoy, acordó convalidar el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, número 276, de 16 de noviembre de 2012.

Se ordena la publicación para general conocimiento.

Palacio del Congreso de los Diputados, 29 de noviembre de 2012.

El Presidente del Congreso de los Diputados,
JESÚS POSADAS MORENO.

RECENSIONES
BIBLIOGRÁFICAS

ÁLAMO GONZÁLEZ, Daniel P., *La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias. El control judicial del equilibrio contractual*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, 116 págs.

por

ROSANA PÉREZ GURREA
Abogada

La monografía escrita por Daniel P. ÁLAMO GONZÁLEZ bajo el título «La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias», aborda uno de los problemas de mayor actualidad. El deterioro económico que estamos sufriendo desde el inicio de la crisis ha provocado un aumento del número de ciudadanos que ha perdido sus viviendas por impago de hipotecas. La aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal tipificado en el artículo 1911 del Código Civil implica que, producido el impago y no cubierta la deuda garantizada, con la ejecución hipotecaria realizada, el acreedor puede perseguir todos los demás bienes del deudor hasta cubrir el pago íntegro de la deuda. A partir de este momento, se cuestiona la ausencia de equidad de las ejecuciones hipotecarias y se abre un intenso debate económico, social y jurídico sobre la admisibilidad de la dación en pago en este tipo de ejecuciones y la posible extinción de la deuda con la entrega del bien hipotecado.

Para el estudio de esta materia, el autor parte de las premisas de la defensa del consumidor y del equilibrio contractual y centra su investigación en la regulación de las ejecuciones hipotecarias en nuestro ordenamiento positivo, seguidamente se refiere al derecho comunitario y su capital influencia en esta materia relacionada con los derechos de los consumidores. Como señala el prologuista, la originalidad del estudio realizado por Daniel P. ÁLAMO ha sido enmarcar la cuestión suscitada en torno a las ejecuciones hipotecarias de la vivienda y su posibilidad de saldar la deuda mediante la dación en pago, con la protección de los consumidores a nivel comunitario.

En dicha coyuntura se dicta el Auto 111/2010, de 17 de diciembre, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, seguido por el Auto 119/2011, de 16 de septiembre, de la Audiencia de Gerona, en los cuales se afirma que, adjudicada la finca hipotecada al acreedor ejecutante, debe considerarse extinguida la deuda por dicha adjudicación, aunque el importe de la finca sea inferior al de la deuda y se le impide al acreedor seguir adelante con la ejecución¹.

¹ Esta línea jurisprudencial ha sido seguida por el Auto de 10 de enero de 2012 del Juzgado número 3 de Torrejón de Ardoz, el Auto de 1 de febrero de 2012 de la Audiencia Provincial de Córdoba y el Auto de 27 de febrero de 2012 del Juzgado número 8 de Valla-

Sin embargo, frente a esta sorprendente línea doctrinal se alza la corriente tradicional, constante en nuestra jurisprudencia, que mantiene la estricta aplicación de nuestros preceptos procesales vigentes, en la que se admite la continuación de la ejecución contra el resto del patrimonio del deudor cuando no se ha cobrado la totalidad de la deuda en base a los artículos 1911 del Código Civil, 105 de la LH y 579 de la LEC.

La crisis económica ha puesto de manifiesto los problemas de solvencia de los deudores hipotecarios, por lo que es necesario establecer propuestas para su protección, planteando alternativas a la ejecución ante las dificultades de pago o una vez producido el incumplimiento. Desde distintos sectores se aboga por regular la dación en pago, de manera que la entrega de la vivienda permita saldar la deuda hipotecaria, alegando que la crisis económica ha puesto en evidencia que la legislación en materia hipotecaria limita las posibilidades de defensa de los ciudadanos con la consiguiente vulneración de los derechos fundamentales y, además da «ventaja procesal» a las entidades bancarias, por lo que se considera necesaria una regulación más detallada que permita subsanar dichos inconvenientes, teniendo en cuenta los diferentes intereses en juego.

Como señala su autor, la finalidad de este trabajo es analizar con cierto detenimiento nuestro ordenamiento jurídico y, en especial el ordenamiento comunitario o europeo, para determinar la posibilidad o no de aplicar la dación en pago en las ejecuciones hipotecarias con fundamentos en la legalidad vigente.

En este contexto y para dar respuesta a los problemas concretos que la crisis económica va planteando, se ha dictado el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, que incluye dos grupos de medidas: por un lado, eleva el umbral de inembargabilidad que establece el artículo 607 de la LEC cuando el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada en un procedimiento de ejecución hipotecaria sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado y, por otro, se modifican los artículos 669, 670 y 671 de la LEC para garantizar que, en caso de producirse una ejecución hipotecaria por impago, los deudores recibirán una contraprestación adecuada por el inmueble que les permita anular o reducir al máximo la deuda remanente. Para ello, se prevé que la adjudicación al acreedor en subasta de un inmueble hipotecado como consecuencia de una ejecución, se realizará por un precio nunca inferior al 60 por 100 del valor de tasación.

Para buscar soluciones al problema del sobreendeudamiento hipotecario, se dicta el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos, que se completa con un Código de Buenas Prácticas que es de cumplimiento voluntario para las entidades financieras. En él se establecen diversas medidas conducentes a permitir la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender a su pago, así como mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria, haciéndolos más transparentes y baratos a través de un nuevo sistema de subastas *on line*, sin deteriorar los elementos fundamentales de la garantía hipotecaria. El tiempo ha demostrado que no ha alcanzado el

dolid, el cual deniega la posibilidad de continuar la ejecución y da por saldada la deuda con el deudor a través de la adjudicación del bien al acreedor, alegando el abuso de derecho, la vulneración de la doctrina de los actos propios, el enriquecimiento injusto y añadiendo que se puede aplicar la normativa sobre cláusulas abusivas de la LDCU a la cláusula de la responsabilidad ilimitada del deudor, teniéndola por nula.

resultado perseguido principalmente por las estrictas condiciones exigidas para beneficiarse del protocolo establecido.

Daniel P. ÁLAMO trata con gran acierto el interesante tema de la protección de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias y su regulación en el Derecho comunitario. Uno de los objetivos básicos de la Unión Europea es la protección de los intereses de los consumidores, el denominado principio *pro-consumatore* comunitario; actualmente el Tratado de la Unión establece la necesidad de que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores y este principio ha recibido un importante impulso a través de la Directiva del Consejo 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre eliminación de las cláusulas abusivas que causen un desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor, en atención a la diferente posición contractual de los profesionales y consumidores y a la infracción de la buena fe contractual.

En este conjunto de relaciones jurídicas entre acreedor y deudor hipotecario (consumidor) se pone de manifiesto en la obra la necesaria actuación *de oficio* del juez, en la protección del consumidor; que afecta no solo a determinados casos concretos, sino que aspira a la defensa del interés general y alcanza a todos los consumidores como colectivo, así como a la salvaguardia del orden económico-comunitario pues, en ocasiones, se traduce en prácticas irregulares que distorsionan el libre mercado y la propia competencia entre operadores jurídicos.

Llegados a este punto, el autor señala que el control judicial *ex officio*, que ha de realizar el juez, no puede detenerse en un examen meramente formal o externo del título, sino que debe velar de forma efectiva por los intereses del consumidor para evitar desequilibrios contractuales y cláusulas abusivas.

En un primer estadio propone, como consecuencia de la reafirmación de una equitativa posición procesal entre las partes, la paralización temporal de la ejecución ordinaria posterior a la subasta del inmueble, mientras se sustancia el proceso declarativo deducido por el deudor; así como una aplicación adecuada de la regla de la anotación preventiva de la demanda en los casos en que se encuentran en juego los derechos del consumidor en ese proceso declarativo posterior.

Seguidamente, un nivel más concreto de protección del consumidor reside en la aplicación del principio de *equilibrio contractual* a todas las fases del procedimiento de ejecución y avanza su tesis más novedosa: la regla del artículo 671 de la LEC no pasaría, según el autor, para el Derecho Comunitario, el filtro del principio del equilibrio contractual, por lo que el juez nacional, actuando de conformidad con el mismo, debería desplazar e inaplicar la norma nacional que impone una valoración fija y determinada en todo caso del bien inmueble y que posibilita al acreedor pedir la adjudicación del bien ejecutado por cantidad igual o superior al 60 por 100 de su valor de tasación, pues no resulta lógico que solo una de las partes sea la perjudicada por la depreciación del bien inmueble.

Y como remedio subsidiario pone de relieve la posibilidad del planteamiento de la cuestión prejudicial, con paralización de la ejecución hipotecaria que constituye una excepción más a la regla básica de la no suspensión de dicha ejecución hipotecaria.

La conclusión de esta obra es que la limitación de la responsabilidad del deudor hipotecario al bien inmueble, sin que con posterioridad a su adjudicación a favor de la entidad bancaria pueda reclamarse contra el resto del patrimonio del deudor; no es solo una posibilidad que admite nuestro ordenamiento sino que,

de conformidad con el Derecho Comunitario, o europeo, el autor entiende que es una solución obligada, ya que la cuestión de la dación en pago debe mirarse especialmente bajo el prisma de los principios comunitarios de salvaguarda del equilibrio contractual y la defensa a ultranza del consumidor.

BELINCHÓN ROMO, M.^a Raquel, *La dación en pago en Derecho español y en Derecho Comparado*, editorial Dykinson, Madrid, 2012, 256 págs.

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Abogada

El libro objeto de nuestra recensión es el resultado de la Tesis Doctoral realizada por la profesora Raquel BELINCHÓN ROMO en la que analiza la figura jurídica de *la dación en pago*. Como dice el prologuista de esta obra, el profesor RAMS ALBESA, la dación en pago es un «supuesto más del triunfo de la autonomía de la voluntad sobre el incumplimiento puro y simple y el empleo de procedimientos destinados al cumplimiento forzoso». Con ella, «un acreedor razonable conviene y acuerda con su deudor (que quiere preservar tanto su crédito como su calificación de solvente) que el pago liberatorio de una obligación (normalmente pecuniaria) se efectúe con la entrega de otro objeto útil al acreedor de manera que al hacer efectiva esa recepción se reconozca para esta valor de pago liberatorio; es decir, con el mismo efecto extintivo que si se hubiere pagado con la cosa inicialmente debida».

En los últimos tiempos la dación en pago ha adquirido una importancia hasta hace poco impensable, el aumento actual de la morosidad y de las ejecuciones hipotecarias ha suscitado un vivo debate en torno a una posible revisión del principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor y la posible imposición legal de la dación en pago con efectos liberatorios del importe total de la deuda. Por ello, es conveniente una previa revisión general del instituto, de su naturaleza jurídica y ámbito de aplicación, distinción de figuras afines, sus elementos configuradores y las consecuencias del incumplimiento de la dación, aspectos todos ellos que son analizados con precisión por la profesora BELINCHÓN ROMO.

El libro se estructura en cinco capítulos: en el capítulo I se estudia la naturaleza jurídica de la *datio*, primero alude a la dación en pago en Derecho español, para después analizar esta figura jurídica en la doctrina extranjera y el tratamiento que recibe en Derecho comparado y terminar la autora exponiendo su postura acerca de la naturaleza jurídica de la dación en pago.

En cuanto a la dación en pago en Derecho español, se analizan las distintas opiniones que la doctrina ha vertido respecto de esta institución. Así hay autores que le atribuyen la naturaleza propia del contrato de compraventa, otros entienden que participa de las características propias de la novación, existen otras posiciones que consideran la dación en pago como un contrato, ya que lo que se produce es un acto de naturaleza negocial en sí mismo en base a que el cambio de prestación en función del cumplimiento exige la concurrencia de voluntades de acreedor y deudor y la eficacia del acuerdo precisa la capacidad de ambas partes y la ausencia de vicios del consentimiento. Precizando la autora que la necesidad de que exista un acuerdo entre acreedor y deudor para atribuir a la

nueva prestación pactada eficacia solutoria no constituye una base sólida para poder considerar la dación en pago como un contrato, ya que desde la perspectiva de los elementos esenciales de validez de los negocios jurídicos, se da el elemento subjetivo y el objetivo, pero falta el elemento causal, puesto que la dación en pago no tiene causa propia, sino que la que se le puede atribuir es la causa de la obligación que se trata de extinguir al realizar esa operación.

En el seno de nuestra doctrina hay también quien piensa que la naturaleza jurídica que se ha de atribuir a la dación en pago es la de ser una simple modalidad de pago, considerando que no es más que un modo de extinción de las obligaciones por sustitución en el cumplimiento. Las críticas que ha merecido esta posición doctrinal consisten básicamente en afirmar que no resuelve el problema de base, argumentando que si la dación en pago se reconoce en nuestra legislación en el artículo 1166 del Código Civil, es para venir a romper el principio de identidad de prestación, principio básico del cumplimiento de las obligaciones, si ello es así, la conclusión es que la dación no puede ser una modalidad de pago precisamente porque no cumple el principio básico recogido en el artículo 1166 del Código Civil.

Seguidamente la autora analiza la naturaleza jurídica de la dación en pago desde la perspectiva de nuestra jurisprudencia, sentando varias líneas de exposición básicas:

1. La equiparación tradicional de la dación en pago al contrato de compraventa regulado en el Código Civil, con la exclusiva finalidad de aplicarle las normas, que en sede de compraventa se recogen, referentes al saneamiento, ya sea por evicción, por vicios ocultos o por gravámenes ocultos. Es el criterio que sigue la sentencia 53/2009, de 31 de marzo, de la Audiencia Provincial de Ávila.
2. La indefinición de la doctrina jurisprudencial en cuanto a la naturaleza jurídica de la dación en pago, así en la STS de 13 de mayo de 1983, le atribuye el carácter propio de la compraventa, aunque señalando al mismo tiempo, la necesidad de que la operación jurídica efectuada tenga carácter o eficacia novatoria, reconociendo al mismo tiempo que este Tribunal todavía no se ha pronunciado acerca de la naturaleza jurídica de la dación «de un modo definitivo y dogmático».
3. La confusión terminológica que existe tanto en el ámbito jurisprudencial como en el doctrinal, ya que en muchas sentencias el TS habla indistintamente de dación o adjudicación en pago de deudas, cuando verdaderamente son figuras jurídicas que producen efectos y consecuencias jurídicas diversas.

A diferencia del Derecho Civil Común, la dación en pago está expresamente regulada en la Ley 495 de la Compilación de Navarra, que establece el régimen jurídico aplicable a esta institución, y la Ley 493.2 de este texto legal hace referencia a la denominada dación en pago necesaria.

En cuanto a la dación en pago en Derecho Comparado, se analiza el desarrollo que esta figura jurídica ha tenido en la doctrina extranjera: en la doctrina francesa, la dación en pago ha sido configurada, mayoritariamente, como si se tratase de una novación objetiva por cambio de objeto en la que la segunda obligación ha sido ejecutada inmediatamente después de la convención entre las partes, de forma que esa segunda obligación ha existido, al menos en el momento entre la convención de la dación en pago y la ejecución de dicha convención. Sin embar-

go, la mayor parte de los autores que atribuyen a la *datio pro soluto* la misma configuración que a la novación, reconocen que dentro de ella aparecen también rasgos característicos de otras figuras como son el pago e incluso la compraventa.

En la doctrina portuguesa autores como RIBEIRO SIMOES considera que la dación en pago es simplemente un modo particular de extinción de las obligaciones en el que tiene importancia tanto el consentimiento de las partes implicadas en esa operación jurídica como lo que denomina el elemento real de la dación, es decir, la entrega al acreedor de la nueva prestación realizada con la única intención de extinguir una obligación preexistente.

En la doctrina italiana no se ha planteado la posibilidad de asimilar la dación en pago al pago de las obligaciones o al contrato de compraventa, sino que se ha configurado la *datio in solutum* como un negocio jurídico, o más concretamente, como un contrato extintivo de carácter oneroso.

La autora finaliza este capítulo exponiendo su postura, considera que la institución conocida tradicionalmente como «dación en pago» es un modo de extinción de las obligaciones con carácter autónomo, sin que sea posible su asimilación a otras instituciones como el contrato de compraventa o la novación, ya que ello implicaría la pérdida de la significación de la dación en pago, ello no obsta a que ante la ausencia de regulación jurídica de esta institución haya que aplicar analógicamente las normas jurídicas de otras instituciones semejantes. Por lo tanto, ha de ser configurada como un modo de extinción de las obligaciones, el cual tiene naturaleza negocial, ya que se necesita el consentimiento de las partes afectadas con la única y exclusiva finalidad de atribuir eficacia extintiva a *aliud*.

El capítulo segundo bajo la rúbrica «La noción atribuible a la *datio*» se refiere a la admisión de la *datio* en nuestro ordenamiento y analiza el ámbito de aplicación de la misma. Como categoría jurídica de carácter general, puede ser conceptualizada como modo de extinción de las obligaciones, en virtud del cual el deudor en el momento de cumplimiento de una obligación preexistente y válidamente constituida, realizará a título de pago una prestación distinta de la debida *ab initio*, la cual previa aceptación de la misma por su acreedor, producirá la extinción de ese vínculo obligatorio. Partiendo de este concepto genérico, la autora distingue dos efectos de la *datio*, la denominada tradicionalmente *datio pro soluto*, en virtud de la cual la prestación deberá realizarse de manera inmediata por el deudor con el fin de dar por extinguida la obligación que le vincula con el acreedor, y la *datio pro solvendo*, en la que si bien el deudor ha de realizar una prestación diferente de la inicialmente debida, no lo hará de manera inmediata al acuerdo de las partes, sino que su realización se producirá en un momento temporal posterior, sin que ello suponga atribuir a la dación eficacia novatoria.

En cuanto a su ámbito de aplicación, la doctrina entiende que la dación es un subrogado del cumplimiento válido y, por lo tanto aplicable en todo tipo de obligaciones, ya sean de dar, de hacer o de no hacer alguna cosa. Como regla general, tal y como es configurada en el ámbito del Derecho Privado, no tiene cabida en el Derecho Público, ya que en este las partes implicadas no tienen libertad para celebrar los pactos que deseen en base al artículo 1255 del Código Civil porque una de las partes tiene una posición de prevalencia sobre el particular, por lo que para que sea admisible esta figura es necesario que una norma jurídica de forma expresa establezca su funcionalidad.

Donde mayor aplicación tiene esta institución es en el ámbito del Derecho Privado, y en base al artículo 1089 del Código Civil en el ámbito de aquellas obligaciones que nacen de los contratos, cuasicontratos, así como también en aquellas obligaciones que nacen de delitos o de cuasidelitos.

En el capítulo tercero se estudia la diferencia de la dación con otras figuras jurídicas próximas a ella. En cuanto a la *datio* y la cesión de bienes, sus diferencias radican tanto en su concepto como en sus efectos, así la dación en pago tiene como efecto característico la transmisión efectiva e inmediata de la propiedad del bien, mientras que en la cesión de bienes el deudor solo transmite a sus acreedores el poder de gestionar y liquidar los bienes que son objeto de cesión para que con el importe obtenido de su venta, estos vean satisfechos sus créditos. La dación extingue totalmente la obligación, mientras que la cesión solo libera de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos. La dación en pago no requiere, como la cesión, una situación de insolvencia del deudor, ni se extiende a todos los bienes de este.

Tampoco podemos confundir la *datio* con las obligaciones facultativas, que son aquellas en las que alguien se obliga a una determinada prestación, pero reservándose la facultad de sustituir aquella prestación por otra en el momento del pago. En esta figura la posibilidad de sustituir la prestación originaria por otra diversa, extinguiendo el crédito se atribuye a la voluntad unilateral del deudor sin que el cumplimiento quede subordinado al asentimiento del acreedor. Es muy gráfica la explicación que da FÍNEZ: «En la obligación facultativa, usualmente convenida a favor del deudor, queda a voluntad de este liberarse ejecutando la prestación *in obligatione* o realizando aquella *in facultate solutionis*. El acreedor solo podrá accionar por la primera. En la dación en pago, ni el acreedor puede exigir una prestación distinta de la convenida en pago, ni el deudor puede cumplir con la originaria, una vez que se haya llegado al acuerdo de dación en pago. (...) La *datio in solutum* obliga por igual a ambas partes: al acreedor le impone la obligación de aceptar con efectos extintivos *el aliud* y al deudor la obligación de ejecutar la prestación convenida en pago».

En el capítulo cuarto la autora analiza los elementos esenciales de la dación en pago, tratando cuestiones controvertidas en la doctrina como la realización de la nueva prestación pactada por parte del *solvens*, así como la denominada perfección de la dación en pago, siempre teniendo en cuenta que la dación en pago no es, en sí misma, un contrato, sino un modo de extinción de las obligaciones en el que el acuerdo de las partes tendrá necesariamente eficacia negocial. A continuación estudia la eficacia que el cumplimiento de la dación en pago despliega tanto respecto a las partes directamente implicadas como respecto de terceros, entendiendo por tales aquellos sujetos que nada han tenido que ver en la configuración de la dación en pago que se ha arbitrado para extinguir ese vínculo obligatorio, pero que sin embargo tienen interés legítimo en que el vínculo se cumpla. También se analiza otras cuestiones de interés como la solidaridad en el ámbito de la dación en pago, el hecho de si un representante voluntario puede aceptar, en nombre del representado, una dación en pago o si un tercero puede realizar una dación en pago de una obligación que pesa sobre el deudor.

En el capítulo quinto bajo la rúbrica «El incumplimiento de la *datio*», la autora analiza esta cuestión distinguiendo entre el incumplimiento en el lado activo de la relación obligatoria y en el pasivo. En el lado activo, en los casos de imposibilidad sobrevinida de la prestación, es decir, cuando sin culpa del deudor, la prestación nueva se pierde por caso fortuito o por fuerza mayor, lo más lógico es pensar en el efecto propio de este tipo de situaciones, es decir, la exoneración de responsabilidad del deudor y la consiguiente extinción de la obligación *ex* artículo 1182 del Código Civil, sin embargo la doctrina no se pone de acuerdo en determinar quién soporta los riesgos en caso de que el *aliud* consista en una cosa material.

En el lado pasivo, si el acreedor se niega a recibir, a título de pago, la nueva prestación pactada por entender que esta ya no satisface sus intereses, el deudor que está dispuesto a cumplir y por tanto a desvincularse de la obligación, puede acudir a la vía de la consignación, a la vía de la resolución o, en último término, a efectuar un verdadero cumplimiento de la prestación inicialmente debida.

Otro supuesto de incumplimiento, por realización defectuosa de la prestación, tiene lugar cuando la dación en pago deviene ineficaz, ya que la propiedad del bien que el deudor entregó no le pertenecía, sino que existía otro sujeto con mejor derecho que el acreedor, se trata del supuesto de evicción del bien que constituye el objeto de la dación, que es analizado con precisión por la profesora BELINCHÓN ROMO, determinando los mecanismos de defensa que tiene el acreedor que aceptó la dación, con la finalidad de dar por extinguido un vínculo obligatorio que le unía a su deudor y que se ha visto despojado del bien que le fue entregado a título de pago, por una tercera persona que resulta tener mejor derecho al mismo. Finalmente se estudia la influencia que el incumplimiento de la dación en pago tiene respecto de las garantías de la prestación inicial, comenzando con el análisis de la fianza *ex* artículo 1849 del Código Civil, para proseguir con el de las garantías reales.

En definitiva, se trata de una monografía elaborada con gran rigor intelectual, en la que la estructura y consistencia funcional de *la dación en pago* es analizada con precisión y cuidado, por lo que solo nos queda felicitar a su autora por su aportación doctrinal, que será objeto de múltiples consultas cada vez que tengamos inquietudes que satisfacer.

RIVAS TORRALBA, Rafael A., *Aspectos registrales del proceso de ejecución*, Editorial Bosch, S. A., Barcelona, 2.^a edición abril de 2012, 752 págs.

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Abogada

El libro objeto de nuestra recensión es de gran utilidad para que podamos enfocar en la práctica diaria, las cuestiones que con frecuencia plantea la necesaria coordinación de las actuaciones ejecutivas judiciales con los requisitos que impone la legislación hipotecaria para su reflejo registral.

En esta segunda edición se incorporan las novedades derivadas de las últimas reformas registrales o de procedimiento (que inciden sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Concursal, la Ley Hipotecaria, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, etc.), así como las abundantes aportaciones de la doctrina y la jurisprudencia más reciente, con especial atención a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

El libro se estructura en tres capítulos a lo largo de los cuales se analiza el proceso ordinario de ejecución, la ejecución directa sobre inmuebles hipotecados y las garantías inscritas o anotadas en el Registro de Bienes Muebles.

En el capítulo primero bajo la rúbrica «Proceso ordinario de ejecución», se estudia el embargo de bienes inmuebles, indicando que la orden general de ejecución y el despacho de la misma se decide y formaliza mediante un auto dictado por el juez competente, mientras que el embargo de bienes concretos tiene lugar en virtud de un decreto del secretario judicial. No estamos en puridad ante una

actividad que pueda encuadrarse dentro de la potestad jurisdiccional atribuida en exclusiva a jueces y tribunales *ex* artículo 117.3 CE, sino ante una «resolución procesal», que es la expresión que utiliza la Ley 13/2009, de 3 de noviembre (con el objeto de unificar la terminología y adaptarla a las nuevas competencias del secretario judicial), para englobar tanto las resoluciones dictadas por jueces y magistrados como las que emanan del secretario judicial (decretos, diligencias de ordenación y diligencias de constancia, comunicación o ejecución a los efectos de reflejar en autos, hechos o actos con trascendencia procesal).

La atribución de esta función a los secretarios judiciales es consecuencia exigida por la implantación de la nueva Oficina judicial, que conlleva una necesaria distribución de competencias entre jueces y secretarios judiciales, de manera que a estos últimos les sean atribuidas no solo las funciones de impulso formal del procedimiento, sino también otras que les permitan adoptar decisiones en materias colaterales a la función jurisdiccional, pero indispensables para la misma.

Se analiza la eficacia del embargo señalando que el embargo concede al ejecutante el derecho a percibir el producto de lo que se obtenga en la realización de los bienes embargados para satisfacer el importe de la deuda, los intereses y las costas de la ejecución, sin que puedan aplicarse las sumas realizadas a ningún otro objeto que no haya sido declarado preferente por sentencia dictada en tercera de mejor derecho, de donde se infiere que el embargo produce una vinculación o afectación de los bienes trabados al proceso de ejecución, pero no al crédito del actor, ya que el tercerista de mejor derecho se antepone en el cobro al ejecutante, a pesar de que el embargo ha sido decretado en el proceso promovido por este.

El embargo atribuye al órgano jurisdiccional la potestad de llevar a cabo válidamente actos dispositivos sobre los bienes embargados, no implica prohibición de enajenar, pero restringe las facultades dispositivas del ejecutado. El embargo como acto procesal y la anotación que es su proyección registral, nada prejuzga sobre la verdadera situación, identidad y eficacia de los créditos, ni altera la naturaleza jurídica de las obligaciones, ni convierte en real la acción que anteriormente no tenía tal carácter. Como han señalado tanto el TS como la DGRN, el embargo no altera la naturaleza del crédito del actor, que sigue siendo un derecho personal (afirmación que ha sido matizada por diferentes opiniones doctrinales).

A continuación se analiza la posibilidad de embargar bienes no pertenecientes al ejecutado, embargo que es en principio eficaz, tal y como resulta de los artículos 593 y 594 de la LEC, ya que la exigencia implícitamente contenida en el artículo 1911 del Código Civil, de pertenencia al deudor de los bienes embargados, no siempre se cumple en la práctica, toda vez que el secretario judicial, sin necesidad de investigaciones ni otras actuaciones, se basará en indicios y signos externos de los que razonablemente pueda deducir aquella. En estos casos, puede evitarse el embargo si el verdadero dueño acredita que es titular registral mediante la correspondiente certificación *ex* artículo 593.3 de la LEC.

Se hace referencia al embargo preventivo judicial y su regulación en los diferentes textos legales y se estudia el embargo de bienes gananciales atendiendo al carácter privativo o ganancial de los bienes embargados, la calificación de la deuda (común o propia de uno de los cónyuges) que se trata de asegurar con la anotación y la situación en que se encuentre la sociedad de gananciales (vigente, disuelta y no liquidada, liquidada con adjudicación de bienes).

El embargo se entenderá hecho desde que se decrete por el secretario judicial o se reseñe la descripción de un bien en el acta de la diligencia de embargo, aunque no se hayan adoptado aun medidas de garantía o publicidad de la traba.

La publicidad adecuada al embargo de bienes inmuebles y bienes muebles registrables consiste en la anotación preventiva en el Registro correspondiente, para cuya práctica es imprescindible la presentación del correspondiente mandamiento expedido por el secretario judicial, se estudia su función, los requisitos meramente formales y su contenido para posteriormente analizar las características y efectos de la anotación preventiva de embargo, entre los que destacamos: no tiene carácter constitutivo, no crea ni constituye un verdadero derecho subjetivo privado de naturaleza real, los principios de inoponibilidad y fe pública no juegan a favor del acreedor que haya obtenido anotación de embargo y la anotación preventiva de embargo no produce cierre registral.

Para estudiar la anotación de embargo de bienes o derechos del concursado se parte de la regla general prohibitiva tipificada en los artículos 55.1 de la LC y en el artículo 24.4 de la misma Ley, que impiden la anotación o inscripción en los Registros públicos de actuaciones ejecutivas dimanantes de juzgados distintos del encargado del concurso que hayan tenido lugar con posterioridad a la fecha de la declaración del concurso, siempre que la situación concursal conste en el Registro, ya que mientras esta no sea inscrita será desconocida por el registrador, que no podrá rechazar por esta causa el acceso al Registro de dichas actuaciones, no obstante la propia LC admite la posibilidad de que la ejecución continúe en ciertos casos.

Las anotaciones preventivas tienen una duración temporalmente limitada, caducan a los cuatro años de la fecha de la anotación misma, salvo aquellas que tengan señalado en la Ley un plazo de caducidad más breve. No obstante, a instancia de los interesados o por mandato de las autoridades que las decretaron, podrán prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que el mandamiento, ordenando la prórroga, sea presentado antes de que caduque el asiento. La anotación prorrogada caducará a los cuatro años de la fecha de la anotación misma de prórroga. Se analiza con rigor y precisión la vigencia y la prórroga de la anotación.

Se perfila la posición del tercer poseedor dentro del proceso, se estudian las tercerías de dominio y de mejor derecho y el reflejo registral de la administración judicial *ex* artículo 631.3 de la LEC.

A continuación se aborda el convenio de realización que consiste en un mecanismo liquidatorio de los bienes objeto de embargo, prenda o hipoteca, implantado por la vigente LEC en su artículo 640 (nuevamente redactado por la Ley 13/2009), que abre a las partes e interesados la posibilidad de decidir la forma de realización de aquellos bienes, con carácter preferente a la subasta judicial. Como forma de realización de los bienes (subordinada al convenio, pero preferente a la subasta) regula la LEC la enajenación por persona o entidad especializada en el artículo 641 de la LEC.

La expedición de certificación de dominio y cargas constituye una importante manifestación del tradicional propósito legislativo de coordinar el Registro con la ejecución, hasta el punto de convertirse en un documento del que difícilmente se podría prescindir, dadas sus múltiples funciones. En primer lugar, ha de servir de base para determinar el valor por el que los bienes han de ser subastados, puesto que ofrecerá información sobre las cargas anteriores o posteriores preferentes, cuyo importe deba ser descontado del avalúo. Por otro lado, proporciona información acerca de la existencia de terceros poseedores o titulares de cargas, limitaciones o condicionamientos que han de tenerse en cuenta a lo largo del proceso.

El registrador hará constar por nota marginal la expedición de la certificación a la que se refiere el apartado anterior, expresando la fecha y el procedimiento al

que se refiera, como se infiere del artículo 656.2 de la LEC. Esta nota marginal no produce cierre registral, sino que tiene virtualidad notificadora de la existencia del procedimiento a todos los que, con posterioridad reciban información registral o se conviertan en titulares de asientos. La ausencia de las comunicaciones del Registro o los defectos de forma de que estas pudieran adolecer no es obstáculo para la inscripción del derecho de quien adquiera el inmueble en la ejecución. Señala el autor que causa extrañeza que la propia LEC, tras dedicar dos artículos a regular de manera bastante detallada la práctica de estas comunicaciones, concluya con una regla que viene a privarles de trascendencia procesal y registral. Parece que ha querido incorporar a la LEC el criterio sostenido por la RDGRN, de 1 de julio de 1997, dictada con motivo de la reforma procesal de 1992 que ha dado lugar a muy diferentes valoraciones por parte de la doctrina.

El autor analiza cuestiones de gran interés como las comunicaciones registrales al órgano judicial *ex* artículo 135 de la LH, la información sobre cargas extinguidas o aminoradas (art. 657 LEC), la subrogación de los titulares de cargas posteriores en los derechos del ejecutante (art. 659.3 LEC), la valoración de inmuebles para la subasta (arts. 637 y 666 LEC), la cesión del remate y la inscripción del remate o adjudicación, especificando el título inscribible, sus requisitos, así como el ámbito de la calificación registral y la cancelación de asientos posteriores al gravamen ejecutado, especificando los asientos que deben subsistir o ser cancelados, los requisitos del mandamiento cancelatorio y las repercusiones registrales que se derivan de la regla del artículo 654 de la LEC.

En el capítulo segundo, RIVAS TORRALBA estudia con rigor y precisión el procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados. El primer punto de contacto con el Registro surge en el momento inicial del proceso, el Tribunal debe comprobar que la escritura de constitución de la hipoteca figura inscrita en el Registro de la Propiedad, ya que el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados solo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo como resulta del artículo 130 de la LH.

Se citan las circunstancias que han de constar en la escritura de hipoteca: precio de tasación para la subasta y domicilio para la práctica de requerimientos y notificaciones, si tales datos no constan, el registrador tendría que optar entre denegar la inscripción o practicarla sin hacer mención alguna de extremos que no figuran en el título inscribible y con la obligada exclusión de los pactos relativos al procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados y sobre ejecución extrajudicial. El autor señala que esta última solución es la que prevalece, ya que la DGRN viene sosteniendo que la omisión de estas circunstancias, en cuanto no afecta a la validez y eficacia de la hipoteca, no puede ser obstáculo para la inscripción de esta en el Registro de la Propiedad.

La certificación de dominio y cargas se solicita de oficio (el art. 688 de la LEC no recoge la frase «a instancia del actor», incluida en la regla 4.ª del art. 131 de la LH). La actuación registral en este momento se concreta en librar la certificación y extender la nota marginal, sin que pueda constituir motivo suficiente para revisar la calificación de un pacto anteriormente inscrito. Tiene el mismo contenido que la certificación que se expide para la ejecución ordinaria, con la exigencia añadida de expresar que la hipoteca a favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar o, en su caso, la cancelación o modificaciones que aparecieran en el Registro *ex* artículo 688.1 de la LEC.

La expedición de la certificación se hace constar al margen de la inscripción de la hipoteca mediante nota expresiva de tal hecho, su fecha y el procedimiento

a que se refiere. Tiene duración indefinida y se cancelará cuando lo ordene el tribunal que reclamó la certificación o cuando se cancele la inscripción de hipoteca a cuyo margen se extiende.

La LEC distingue entre causas de oposición reguladas en el artículo 695 de la LEC (extinción de la obligación o de la garantía y error en el saldo por el que se ha despachado la ejecución) y causas de suspensión tipificadas en los artículos 696 y 697 de la LEC, que recogen dos supuestos: tercería de dominio y perjudicialidad penal, a los que hay que añadir el que se produce en la situación de concurso del deudor y el que puede derivar de las previsiones del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre.

Las repercusiones registrales de la concurrencia de causas de suspensión parece que quedan reducidas a la posibilidad de practicar anotaciones preventivas de demanda recogidas con gran amplitud en el artículo 727.5 de la LEC.

A continuación se aborda la inscripción de la adjudicación y la cancelación de asientos posteriores, la cancelación final del proceso consiste en la «cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución, así como la de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ella, sin excepción, incluso las que se hubieran verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas en el correspondiente procedimiento» *ex* artículo 134 de la LH. Si bien esta previsión cancelatoria tiene excepciones como son las declaraciones de obra nueva, los asientos posteriores que gocen de rango registral preferente, las anotaciones de demanda de nulidad de hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución, siempre que sean anteriores a la nota marginal de expedición de la certificación de cargas.

Para determinar los extremos que deben ser objeto de calificación a la hora de despachar el decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas, se distinguen tres apartados: los que según el artículo 132 de la LH han de ser objeto de control registral, los que deben serlo aunque no estén incluidos en dicho artículo y, aquellos sobre los que existen dudas o controversias doctrinales. Finalmente, se analiza la posibilidad de ejecutar el crédito hipotecario por la vía de la ejecución ordinaria.

En el capítulo tercero se estudian las garantías inscritas o anotadas en el Registro de Bienes Muebles, que es un Registro jurídico, dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por objeto la publicidad de las titularidades y gravámenes derivados de actos y contratos sobre determinados bienes muebles, así como de condiciones generales de contratación. Se estudia la hipoteca mobiliaria, la prenda sin desplazamiento de posesión, la hipoteca naval, determinados bienes muebles sujetos a prohibición de disponer y reserva de dominio y el arrendamiento financiero.

En definitiva, estamos ante una obra muy interesante y que resulta de gran utilidad en la práctica diaria, para coordinar las actuaciones derivadas de los diferentes procedimientos ejecutivos con los requisitos que para su constatación registral exige nuestra legislación hipotecaria.

REVISTA DE REVISTAS

DIARIO EXPANSIÓN

Viernes, 18 de enero de 2013

«Desahucios y mercado hipotecario», por JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO.

La innegable trascendencia personal y familiar que tienen los desahucios de vivienda ha provocado una reacción social a veces desenfocada.

Se mezclan sin rigor los datos de ejecuciones derivadas de avales, impago de alquileres, y deudas en general —causantes fundamentales de los desahucios— con las ejecuciones hipotecarias, que han sido mucho menores. El mercado hipotecario ha sido el más resistente a la crisis porque las entidades financieras han acudido generosamente a instrumentos de refinanciación, como la ampliación de plazo, que se han demostrado muy útiles en la actual coyuntura económica.

Se dice que nuestro sistema hipotecario es claramente perjudicial para el consumidor en beneficio de la Banca, cuando tenemos uno de los sistemas más equilibrados del mundo.

En España rige la prohibición de pacto comisorio y —a diferencia del sistema anglosajón— el acreedor no puede quedarse automáticamente con la finca dada en garantía. El deudor tiene la posibilidad de cancelación anticipada del préstamo hipotecario, que en otros países no se admite. Tenemos la única ley en el mundo que permite al deudor instar el cambio de entidad financiera sin necesidad de contar con el consentimiento del acreedor hipotecario anterior. Cabe paralizar la ejecución pese al impago inicial, si se trata de vivienda habitual y se paga antes de la subasta. Gozamos de una normativa de protección al consumidor y una lista rigurosa de cláusulas abusivas introducidas en nuestro Derecho como transposición de Directivas comunitarias, de la que carecen otros ordenamientos.

El grave problema de los desahucios se desenfoca, y lo que es una cuestión social que exige respuestas inmediatas de protección social, se trata como un problema del mercado hipotecario con relación al deudor, que no existe.

Si analizamos el pasado de las garantías, comprobamos que es la Ley Hipotecaria la que acaba con el secular desequilibrio en perjuicio del deudor. Durante toda la Edad Media, e incluso en la Moderna, el deudor estuvo sometido a intereses usurarios y leoninos. Se le exigía dar en propiedad bienes en garantía de las deudas —a través de figuras como la venta a carta de gracia o entrega fiduciaria de bienes— y en caso de incumplimiento poco o nada podía hacer para reclamar pese a que los bienes dados en garantía podrían suponer un enriquecimiento injusto en favor del acreedor. No olvidemos la figura de los censos, que se utilizó como forma de financiación pero claramente desequilibrada en favor del dueño directo y en perjuicio del censalista.

Es precisamente la Ley Hipotecaria la que acabó con los intereses usurarios. Superó el caos institucional que impedía saber quién era el propietario de las fincas y qué cargas tenía, e introdujo la hipoteca como instrumento de financiación que permitía —a diferencia de los censos y de la venta con pacto de retro— que el deudor conservara la propiedad de la finca dada en garantía. Con la Ley Hipotecaria se activó la circulación de los bienes, bajó el interés en los préstamos y nacieron nuevas fuentes de riqueza y prosperidad.

Basta con comprobar que España es uno de los países del mundo con más porcentaje de viviendas en propiedad. El sistema bancario e hipotecario español ha permitido que millones de españoles hayan podido financiar la compra en propiedad de su vivienda.

La hipoteca permite al deudor conservar la propiedad, beneficiarse de los rendimientos del inmueble y de su revalorización. Es cierto que en caso de crisis económica, como la actual, también el deudor sufre la desvalorización del bien dado en garantía, pero eso es un mal menor, siempre mejor que atribuir la propiedad del bien al acreedor hasta el pago de la deuda, que es lo que ocurre en otros países, ahora puestos de referencia.

Tampoco es cierto que seamos una excepción al no imponer obligatoriamente la dación en pago, esto es, que la entrega del inmueble por el deudor al acreedor extinga automáticamente la deuda. Ni al permitir la coexistencia de una acción personal y una acción real, en caso de impago de la deuda garantizada. En casi todos los países del mundo, la dación en pago no extingue la deuda, salvo que expresamente se hubiera pactado así al constituirla. Tampoco en la mayor parte de los Estados Unidos, donde solo algunos estados arbitran la dación en pago obligatoria, y que son los que precisamente sufrieron la crisis inmobiliaria de forma más fuerte, como consecuencia del efecto en cadena de caída de precios derivado del abandono de los inmuebles.

Macroeconómicamente está demostrado que la dación en pago obligatoria conlleva un desincentivo al pago de la deuda, produce efecto llamada a la desvalorización, fomenta el abandono del inmueble y provoca la subida de tipos de interés como compensación a esos mayores riesgos.

Es necesario acometer reformas, especialmente en la regulación de las subastas y la valoración de los inmuebles, permitiendo la actualización en sus precios de tasación. Deben arbitrarse medidas fiscales que incentiven la dación voluntaria en pago, y los productos hipotecarios que convencionalmente limitan la responsabilidad al bien dado en garantía, que a veces los Bancos comercializan poco. Pero no deben imponerse *manu militari* medidas en el mercado que no harían sino agravar la situación y perjudicar al resto de los españoles, no afectados por los desahucios, que quieren que el valor de sus propiedades no termine de volatizarse.

Nuestro Tribunal Constitucional reiteradamente se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la hipoteca y su ejecución. El Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sin discutir su validez, se ha manifestado recientemente en favor de que se introduzcan mejoras, como la posibilidad de suspender la ejecución y evitar el lanzamiento si el deudor impugnara la validez de la hipoteca. En realidad ya existe la posibilidad de anotar preventivamente en el Registro la demanda de nulidad, lo que *de facto* produce esa paralización. Pero si es necesario establecer la suspensión de una manera más efectiva para evitar el lanzamiento injusto del deudor, deberá hacerse. Insisto, mejorar el sistema sí, pero no perjudicar lo sustantivo de un sistema creador de riqueza y de seguridad jurídica.

Nuestro sistema hipotecario debe ser actualizado y mejorado, pero no discutido o negado. Pese a la depreciación del valor de los inmuebles en torno al 23 por 100 desde el comienzo de la crisis en 2007 y la reducción del crédito hipotecario gestionado, aún se puede afirmar la potencialidad de nuestro mercado hipotecario, como lo demuestra la creciente inversión extranjera en el mercado inmobiliario no residencial y la facilidad con la que el recientemente creado «Banco Malo» con activos inmobiliarios ha completado la suscripción de su capital social entre inversores privados.

Está demostrado, desde el análisis económico del Derecho Civil, que los pueblos no son más ricos por el nivel de sus recursos naturales, sino por la capacidad que tienen de ponerlos en circulación. La Economía es, más que intercambio de bienes y servicios, intercambio de derechos —*property rights*— sobre los mismos. Cualquier figura jurídica que contribuya a ese intercambio tiene que ser preservada. Y entre esas figuras creadas por el Derecho que han supuesto el despegue económico y actividad industrial de las sociedades civilizadas está, sin duda, la hipoteca.