

¿QUÉ HAY DE MALO EN NUESTRA HIPOTECA?

José Luis Valle Muñoz

Registrador de la Propiedad

Sumario: 1. Introducción. 2. El deudor hipotecario como consumidor. 3. Las cláusulas abusivas en la hipoteca. La calificación registral de las mismas. 4. El procedimiento de ejecución hipotecaria. 5. La vivienda habitual como eje de la protección. 6. El mercado secundario de refinanciación hipotecaria. 7. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

El 9 de noviembre de 2007 el “Ibex 35” llegó a alcanzar los 16.040 puntos. El 24 de junio de 2012 cerró en 5.956,3. Si un inversor hubiese adquirido acciones el día del máximo y las hubiese vendido el del mínimo habría tenido unas pérdidas del 62,8 por cien. Si este inversor hubiese pedido un préstamo para comprar dichas acciones y hubiera constituido una prenda sobre las mismas en favor del acreedor, lo normal sería que este acreedor no admitiese la dación de las acciones como pago extintivo de la deuda.

Siguiendo con este ejemplo, la decisión de comprar las acciones no tuvo que ser necesariamente descabellada. La rentabilidad media del Ibex 35 entre los años 1989 y 2007 fue superior al 20 por ciento anual, y ello pese a pinchazos puntuales como el derivado de las “punto.com”. Nuestro inversor habría concluido que puede haber baches pero la inversión siempre acaba siendo rentable. En el año 2012 nuestro inversor se ha quedado en paro, no puede seguir pagando el préstamo y tiene que vender las acciones impulsado, incluso, por la perspectiva de nuevos desplomes. Cualquier observador imparcial pensaría que la entidad crediticia hace bien en no aceptar la dación en pago: “las ganancias no se compartirían y todos somos responsables de nuestros actos”.

Si nuestro inversor hubiese invertido en solares, locales, aparcamientos, apartamentos de playa, etc., y hubiese constituido una garantía hipotecaria la situación sería idéntica a la anterior. El acreedor no tendría porqué aceptar una dación en pago.

Si sustituimos los términos anteriores por el de “vivienda habitual” nuestra percepción cambia, pues la similitud financiera no puede ocultar el problema social: la vivienda es un bien constitucionalmente protegido (si bien en ningún sitio está escrito que deba serlo a través del derecho de propiedad). Por lo tanto, si en unos casos la ejecución de la garantía no va a plantear problema alguno y en otros sí, habrá que pensar que el problema no está tanto en “la hipoteca” como en “lo que se hipoteca”, llegando a ser indiferente que el préstamo haya sido solicitado para adquirir la vivienda o que con la vivienda se haya pedido un préstamo para otros fines: el dato fundamental es la privación de la vivienda habitual. En este sentido señala Redondo Andreu¹ como al socaire de la percepción social negativa “se ha desatado un ataque institucional, tanto a nivel legislativo, judicial, ejecutivo e incluso registral, cercenando parcialmente la hipoteca especialmente por el lado de su ejecutividad”.

La preocupación por los efectos de la hipoteca según la naturaleza del bien ya había

tenido eco legal cuando nos encontramos ante bienes productivos. Con anterioridad a la crisis inmobiliaria, la LC estableció en su artículo 56 que “los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado *que resultan necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial* no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio del derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se haya producido la apertura de la liquidación”². Por lo tanto, la consideración de la hipoteca, como derecho real sobre cosa ajena, que sustrae desde ya (fase latente) el valor del bien para el caso de incumplimiento de la obligación (fase ejecutiva), anteponiéndose a cualquier otro derecho, queda en entredicho para el caso de que el deudor sea declarado en concurso de acreedores. Si se produce una especialización en la hipoteca por la posible insolvencia del deudor en concurso, no debería haber tampoco preocupación jurídica porque los efectos sociales conduzcan a una especialización del negocio de hipoteca en razón del bien. Simplemente estaremos sumando una especialidad más a las ya existentes con anterioridad. En este sentido, ni siquiera todos los acreedores están sujetos a la misma regulación, y así la LMH se aplica sólo a las entidades enumeradas en su artículo 2 (bancos, cajas, cooperativas de crédito y establecimientos de crédito), lo cual conlleva un especial régimen aplicable a las hipotecas que sirvan de cobertura a los valores hipotecarios que estas entidades pueden poner en circulación. Asimismo, la Ley 2/2009 de 31 de marzo, regula los créditos y préstamos con personas físicas o jurídicas que no sean entidades de crédito³. Incluso la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, “de reforma del mercado hipotecario” prevé determinados tipos negociales con carácter exclusivo a favor de entidades financieras o personas de derecho público⁴.

En nuestros ejemplos anteriores también existió una sustancial diferencia en los comportamientos de deudor y acreedor, lo cual ha tenido consecuencias en el resultado de la

actuación legislativa. En los dos primeros ejemplos ha habido un comportamiento especulativo por parte del deudor (lo cual no es algo necesariamente malo) y, probablemente, uno más pasivo por parte del acreedor. Por el contrario en el último, el acreedor habrá adoptado una postura mucho más comprometida a la hora de conceder el crédito al tiempo que el deudor habrá buscado un fin menos especulativo.

Debemos de partir de la idea de que la hipoteca no es un producto financiero creado en despachos de especialistas bursátiles que buscan una rentabilidad especulativa, sino una figura que proviene del Derecho romano, con más de dos mil años de antigüedad. Sólo por eso ya es una figura que merece respeto. Otra cuestión es que la hipoteca haya servido de soporte para la creación de sofisticados productos financieros, imposibles de comprender para los inversores y difícilmente calificables por las “agencias de riesgos”. Estos productos, cuya confianza se basaba en un historial de solvencia muy breve y, sobre todo, en una buena consideración crediticia por parte de las agencias de calificación, han invertido el movimiento normal del mercado hipotecario. Si generalmente la hipoteca era un producto que el cliente tenía que implorar, con la explosión de la titulación en el mercado secundario, van ser las entidades de crédito quienes van a salir a la calle buscando nuevos clientes con un producto que les representa grandes ventajas, pues es de inmediata colocación en dicho mercado secundario, lo que permite una rápida recuperación de la inversión, fideliza las carteras de clientes durante largo tiempo, permite colocar productos asociados (seguros, tarjetas, planes de jubilación, etc.) y se convierte en el mejor instrumento financiero de penetración en nuevos mercados, lo cual tuvo una especial relevancia en un momento de expansión por todo el territorio de las entidades crediticias, especialmente las cajas de ahorro. En esta competencia entre entidades fallaron tanto el control de la solvencia de los clientes, como la valoración de los activos o la calidad de la información.

Quizá las reflexiones anteriores nos lleven a concluir que *no hay problema con nuestra hipoteca pero sí con las prácticas que se han asociado a la misma*. En este punto, las entidades crediticias se llevan gran parte de la culpa, pues son las que han alentado las prácticas viciosas, comenzando incluso por la búsqueda de una regulación laxa y expansiva, como fue la Ley 41/2007, de 7 de diciembre⁵, pero sin que ello suponga eximir de culpa a los consumidores. Tampoco están exentas de las autoridades económicas, no sólo en nuestro país, sino en todo el mundo occidental, donde el acceso a la vivienda en propiedad se consideró como un gran logro del “Estado del Bienestar” y, por lo tanto, relajaron sus controles.

Ahora es el momento de olvidarnos de la estructura hipotecaria anterior y sentar nuevas bases tendientes a evitar que la hipoteca sea atacada desde todos los sectores de la sociedad llevando sus carencias a las primeras planas periodísticas, justa o injustamente. En todo caso, cualquier medida que se proponga no debe desvirtuar su esencia: *“la hipoteca es un derecho de garantía que se establece para asegurar el cumplimiento de una obligación principal y, en consecuencia, en caso de que se produzca el incumplimiento el acreedor debe tener el pleno derecho a realizar el valor del bien para la satisfacción de aquella obligación”*. Cualquier duda que se plantee sobre esta máxima significará que la hipoteca ya no tiene sentido.

A la hora de entrar en este análisis cobra especial relevancia la posición de consumidor que suele poseer el deudor hipotecario, el cual se encuentra ante un contrato redactado por una de las partes al cual no tiene más remedio que adherirse.

En segundo lugar, debemos examinar el control de las cláusulas abusivas, especialmente con carácter previo al nacimiento de la garantía. Dado que la hipoteca es un derecho de inscripción constitutiva, es decir, no existe hasta su inscripción en el Registro de la propiedad, debe analizarse la intervención de notarios y registradores de la propiedad en la formación del título ejecutivo.

En tercer lugar cobra relevancia la ejecutividad del procedimiento regulado en los artículos 129 y siguientes de la LH y 681 y siguientes de la LEC, y su limitación de las causas de oposición, puesto en tela de juicio por la STJUE de 14 de marzo de 2013.

Asimismo, en cuarto lugar, cobra relevancia el objeto de la garantía, especialmente cuando se trata de la vivienda habitual del deudor, lo cual impone que deben buscarse alternativas al lanzamiento que suele acompañar a la ejecución.

Finalmente, debe tenerse presente el carácter de “activo” que posee el crédito hipotecario a los efectos de su colocación en mercados secundarios, donde se buscan inversores con aversión al riesgo y, en consecuencia, donde se deben ofrecer productos cuya solvencia trascienda a la propia del emisor del título o de la del deudor del crédito.

2. EL DEUDOR HIPOTECARIO COMO CONSUMIDOR

La Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre “Cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores”, señala en su artículo 2, apartados b y c, que se entiende por “consumidor” toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, mientras que “profesional”, es toda persona física o jurídica que, en estos contratos, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada.

El deudor hipotecario, en cuanto la contratación de préstamos constituya una acción aislada, está protegido por la Directiva y por la legislación de “Defensa de consumidores y usuarios”, y su primer derecho es el de una información de calidad, lo cual, quizá, ha sido la primera carencia del sistema. Un ejemplo de esta mala calidad lo pone de relieve la STS de 9 mayo de 2013 (aclarada por el Auto de 12

de junio), la cual no considera las “cláusulas suelo” contrarias a la Ley pero pone el acento en la falta real de conocimiento de las mismas por el deudor⁶.

Gran parte de las últimas modificaciones legales se refieren a la mejora de la calidad informativa. En la época de la “burbuja” la norma de referencia era la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre “Transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios”, que partía de la idea de una actitud activa por parte del consumidor (se basaba más en “el deudor tendrá derecho a” que en “la entidad estará obligada a”).

Esta Orden ha sido sustituida por la de Orden EHA/2899/2011, de 28 de Octubre, la cual mejora la calidad de la información distinguiendo las distintas fases de la contratación (separando la información precontractual de la contractual) y encomendando al Notario la función de control de la calidad de dicha información hasta el punto de que su artículo 30,3 establece que denegará su actuación cuando el contrato no cumpla lo previsto en la Orden y en la legalidad vigente.

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, sigue avanzando en este camino y así el artículo 6 (titulado como “fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización”) exige que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita cuya expresiva de que ha sido advertido adecuadamente de los riesgos del contrato cuando el deudor sea una persona física, la hipoteca recaiga sobre una vivienda, terrenos o edificios construidos o por construir, y se estipulen cláusulas suelo y techo con límites no equivalentes, o cuando se pacte la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo o cuando se concedan en una o varias divisas.

En Cataluña se haya en trámite parlamentario una modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña, “para la mejora de la protección de los consumidores en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios”, cuyas líneas maestras son regular el contenido de la publicidad, la in-

formación precontractual, el deber de análisis de la solvencia del consumidor y el deber tanto de las entidades de crédito como del notario autorizante de hacer comprensible al consumidor las consecuencias jurídicas y económicos del contrato, especialmente en caso de impago.

Podríamos concluir que el legislador reconoce que la mala información ha acentuado los efectos de la crisis. Por ello opta, frente a la postura pasiva anterior (deber de informar), por una postura activa (deber de que el consumidor entienda).

En cuanto al examen de la solvencia del deudor es algo remarcado en el seno de la Comisión Europea y así, el 11 de septiembre de 2013, el Parlamento aprobó las líneas maestras de la futura Directiva sobre “préstamos hipotecarios”, señalando que las leyes que deben dictar los Estados en el plazo de dos años desde la aprobación, deben recoger que las entidades vendedoras de hipotecas tendrán que ser autorizadas y supervisadas por las autoridades nacionales y, asimismo, deben realizarse los correspondientes exámenes de solvencia, negando la concesión de hipotecas a personas que no puedan pagarlas. Además, el consumidor dispondrá de un periodo de reflexión de siete días antes de firmar un contrato o bien para retractarse de la firma. La información al consumidor se presentará en un formato homogéneo en todo el continente. La futura Directiva exigirá a las diversas leyes una tolerancia razonable antes de proceder a la ejecución, impedirá a los Estados oponerse a la dación en pago acordada entre las partes, e impondrá el deber de buscar el mejor precio en las ejecuciones.

3. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA HIPOTECA. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS MISMAS

El artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE considera abusiva aquella cláusula no negocia-

da individualmente que, pese a las exigencias de la buena fe, cause al consumidor un desequilibrio entre los derechos y obligaciones del contrato. Se considera que una cláusula no se ha negociado individualmente si ha sido redactada previamente y el consumidor no ha podido influir en ella, en particular en el caso de los contratos de adhesión. Si ciertos elementos de una cláusula o una cláusula aislada han sido negociados individualmente se aplica la normativa al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

Durante los años ochenta la calificación registral expulsó del Registro, y por ende de las escrituras, numerosas cláusulas por abusivas. La calificación se basaba en un cúmulo de normas, **como el artículo 1.256 del Cc (el cumplimiento del contrato no puede quedar al arbitrio de una de las partes) o el 10 de la LDCU de 19 de julio de 1.984, que exige a estas** cláusulas claridad y sencillez, ajustándose a los principios de la buena fe y justo equilibrio entre las partes, prevaleciendo en caso de duda la interpretación más favorable al consumidor. Un ejemplo (entre muchos) es la RDGRN de 7 de septiembre de 1.988, que descartó el tipo variable referenciado al preferencial del propio acreedor, pues podría éste aumentar a capricho los intereses en perjuicio del deudor.

Sin embargo, la postura de la DGRN fue cambiando paulatinamente, considerando que la calificación no podía aplicar la legislación sobre consumidores, pues el control de las abusividad compete a la autoridad judicial⁷, y así hasta llegar a la Ley 41/2007, la cual dio una nueva redacción al artículo 12 de la LH que, unida a la interpretación que en un primer momento se hizo sobre su alcance por la DGRN, relegó a un segundo plano la calificación registral. La Exposición de Motivos de esta Ley señala que “otras medidas de impulso del mercado hipotecario tienen por objeto precisar el contenido que debe tener la inscripción del derecho de hipoteca, evitando calificaciones discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del de-

recho que impone su contratación en masa. A tal fin, en la inscripción se expresará el importe del principal y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas y su duración. Las demás cláusulas financieras, tales como las relativas al vencimiento anticipado, garantizadas por la hipoteca, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura, pero ello siempre que se haya obtenido la calificación favorable de las cláusulas reales”. En los mismos términos se pronuncia el artículo 12 de la LH.

La RDGRN de 8 de febrero 2.008, en base a la nueva redacción del artículo 12, sienta la doctrina de que “el registrador sólo puede calificar las cláusulas de trascendencia jurídico real inmobiliaria, debiendo limitarse a transcribir en los asientos, pero sin calificarlas, las de contenido obligacional”⁸. Como pone de manifiesto Díaz-Fraile⁹, de esta interpretación resultaba un esquema de superprotección del acreedor que ha acabado siendo contraproducente pues ha provocado la ejecutividad de un contrato de adhesión, redactado por el notario con relación a una minuta facilitada por la entidad de crédito, con ausencia de calificación por parte del registrador e imposibilidad de revisión de su contenido por el juez que conoce de la ejecución. Además, el juez que sí puede valorar la abusividad (en el declarativo ordinario correspondiente) no puede paralizar aquel, pues incluso la anotación preventiva de la demanda planteada ante este último cede, por imperativo del artículo 131 de la LH, ante la ejecución hipotecaria si la misma ha sido practicada después del inicio del procedimiento de ejecución.

La posición de la DGRN da un giro a partir de la Resolución de 1 de octubre de 2010 (doctrina que se mantiene hasta la actualidad), con arreglo a la cual, el artículo 12 no debe ser interpretado aisladamente sino en relación con otras normas que operan en el mercado hipotecario. Así, el precepto debe ser ponderado los principios que inspiran la normativa de protección de los consumidores, los cuales

aparecen identificados en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que, dentro de su ámbito material de aplicación, desarrolla un conjunto de normas cuya ratio es garantizar la transparencia del mercado hipotecario, reafirmando su artículo 18,1 que notarios y registradores denegarán la autorización o la inscripción del préstamo con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley. La STS de 16 de diciembre de 2009 reitera el papel activo del Registrador en presencia de una cláusula abusiva, al confirmar la entidad propia de la actividad registral respecto de la judicial, y diferenciar entre no inscribibilidad y nulidad de una cláusula.

En segundo lugar, no es posible ignorar el origen comunitario de gran parte de la normativa española en materia de protección de consumidores y así, la STJUE de 4 de junio de 2009, declara que “el artículo 6, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una cláusula abusiva no vincula al consumidor sin que sea necesario que la haya impugnado previamente con éxito”.

Por último, resulta necesario tener en cuenta la oponibilidad frente a terceros de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado y, en consecuencia, la posibilidad de promover la ejecución hipotecaria con base en las mismas. La interpretación que defiende su inoponibilidad resulta contraria a lo establecido en el artículo 130 de la LH, a cuyo tenor “el procedimiento de ejecución directa contra los bienes sólo 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”. En consecuencia, su inscripción legitima el ejercicio de la acción hipotecaria.

Por lo tanto, las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado deben ser calificadas por el registrador. No obstante, para que sean rechazadas es preciso, o que su nulidad haya sido declarada mediante resolución judicial firme o que su carácter abusivo sea apreciado

sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, a través del la subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición determinada en términos claros y concretos y sin que pueda entrar el registrador en el análisis de circunstancias que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o inciertos, sólo pueden ser valoradas por la autoridad judicial.

Sin embargo, pese a que la calificación impide el acceso al Registro (y por tanto a la ejecución) de numerosas cláusulas, lo cierto es que la práctica totalidad de las ejecuciones lo son por falta de pago, y por ello el juicio sobre la abusividad se limitará a aquellas que tengan que ver con el impago y con el cálculo de la deuda. En este sentido la STJUE de 14 de marzo de 2013 se refiere a tres supuestos:

- a) Los intereses de demora: considera el TJUE que hay que atender a las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo. El concepto de “desequilibrio importante” en detrimento del consumidor debe apreciarse si el contrato le deja en peor situación que la legislación nacional. En todos estos casos será fundamental enjuiciar la buena fe de la entidad bancaria y si podría estimarse razonablemente que aquel aceptaría la cláusula en el marco de una negociación individual. En este sentido, Fernández de Senespleda¹⁰ señala que a nadie se le ejecuta una hipoteca por no haber satisfecho los intereses de demora: se le ejecuta por no haber satisfecho el principal. A la hora de la reclamación de estos intereses considera que es muy arriesgado poner un porcentaje fijo, porque podría ser excesivo o quedarse corto. Por ello se inclina por fórmulas que añadan un porcentaje al remuneratorio e invita a que sea la Ley la que fije un máximo, pero sin olvidarse de la doble función de estos intereses: disuasoria del incumplimiento y resarcitoria de los gastos que genera dicho incumplimiento.

b) Las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de una cuota: la ponderación, nos dice el Tribunal, debe hacerse de acuerdo con la normativa nacional. Sin perjuicio de que, como luego veremos, la modificación llevada a cabo en la LEC por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, establece un impago mínimo de tres cuotas, lo cierto es que la STS 729/2009, de 16 de diciembre, considero el impago de una cuota como algo suficientemente relevante para dar por vencido el préstamo sin que ello pueda considerarse abusivo a la luz del texto de la ley de consumidores y usuarios. Además, nuestra legislación cuenta con el artículo 693,3 párrafo 2º de la LEC (introducido por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre) que ya permitía atemperar las consecuencias del impago, tratándose de vivienda habitual, mediante la consignación de lo debido más los intereses de demora y con los vencimientos que se vayan causando durante el procedimiento.

c) Finalmente, en cuanto al cálculo por el acreedor de la cantidad debida (pacto de liquidación), el mismo está amparado por el artículo 572,2 de la LEC¹¹, luego sería lo que regiría en defecto de pacto.

Sánchez García¹² apunta como la sentencia pone de relieve, al referirse a los conceptos de buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, que el artículo 3 de la Directiva delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren el carácter abusivo a una cláusula que no se haya negociado individualmente.

4. EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Este procedimiento ha estado históricamente regulado en la LH (artículos 129 y si-

guientes), distinguiendo la ejecución judicial y el procedimiento extrajudicial ante notario. La legalidad del procedimiento ha sido controvertida desde hace ya muchos años, especialmente después de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, pues se ponía en tela de juicio su conformidad con el artículo 24, que sanciona el derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, la STC de 18 de diciembre de 1981, declaró su constitucionalidad pues “el hecho de que se caracterice el procedimiento por la ausencia de contradicción procesal, no significa que produzca indefensión y que, en consecuencia, resulte anticonstitucional por ser contrario al artículo 24”¹³.

Más recientemente el Auto 113/11, de 19 de julio, inadmite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sabadell, basándose, en resumen, en que el particular puede defender su posición en un juicio declarativo.

Seguí Puntas¹⁴ considera que aquel primer espaldarazo a la legitimidad constitucional del proceso de ejecución hipotecaria era solo parcial, ya que no abordaba cuestiones tales como la posición del tercer adquirente de la finca, del mero poseedor con o sin título, o la operatividad del mismo proceso cuando recae sobre una vivienda o cuando el título que lo sustenta contiene condiciones generales y lo conciertan un consumidor y un empresario. Así, la STC 148/88 anuló la ejecución hipotecaria desarrollada entre únicamente el acreedor y el hipotecante deudor debido a la indefensión originada al tercer adquirente en documento privado de la vivienda hipotecada cuya existencia era conocida por el ejecutante. En contra de lo prevenido en la regla 3ª,3º del artículo 131 LH a dicho adquirente de la finca hipotecada no le fue comunicado el procedimiento hasta la entrega de la posesión al adjudicatario de la finca.

Nuestra LEC regula el procedimiento de ejecución en el Libro III, artículos 517 y siguientes. A continuación, en los artículos 681 y siguientes, recoge una serie de particularidades, dentro del mismo, si se persiguen bienes

hipotecados o dados en prenda, las cuales son sólo aplicables si se cumplen tres requisitos: que se ejecuten exclusivamente bienes hipotecados, que los mismos hayan sido previamente tasados y que se haya fijado por el deudor un domicilio a efectos de notificaciones.

Una vez que el procedimiento ha sido puesto en marcha, las causas de oposición a la ejecución son tasadas, pues, antes de la última reforma llevada a cabo por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, el artículo 695 solo admitía la extinción de la garantía o de la obligación garantizada, acreditada mediante certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o escritura de carta de pago o cancelación de garantía, y el 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.

La posible existencia de cláusulas abusivas no figuraba, pues, entre las causas de oposición, por lo que la STJUE de 14 de marzo de 2014 pone el acento en el carácter irreversible del procedimiento aunque el carácter abusivo de una cláusula impugnada en el posterior proceso declarativo entrañe la nulidad del ejecutivo¹⁵. Si el juez que conoce del proceso declarativo no puede suspender el de ejecución hipotecaria, y sólo puede garantizar al consumidor una protección a posteriori de carácter indemnizatorio, entonces la normativa española no se ajusta al principio de efectividad, pues la indemnización no evita la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda habitual.

Pone de relieve Garnica Martín¹⁶ cómo el tribunal no está cuestionando directamente la regulación que hace la LEC del proceso especial de ejecución hipotecaria, sino que lo que está cuestionando es que las restricciones al derecho a la defensa no resulten compensadas adecuadamente con otros instrumentos de tutela a disposición de las partes en el declarativo ulterior.

La Ley 1/2014 pretende adaptar el procedimiento a la normativa de consumidores¹⁷, pero hay una cuestión que creo que deben plantear-

se con carácter previo: ¿siempre que en un procedimiento judicial intervenga un consumidor debe jugar el principio de efectividad y su negación de la compensación indemnizatoria? En este caso, ¿qué ocurrirá con la aplicación en sede judicial de los preceptos de nuestra legislación que optan por la reparación meramente económica? Apunto tres supuestos: la doble venta de un bien inmueble, el artículo 34 de la LH y su protección del tercero hipotecario, y la prescripción de derecho a favor del adquirente de una cosa mueble cuando lo ha hecho en un establecimiento abierto al público¹⁸.

Siguiendo con la modificación del procedimiento de ejecución, se añade una causa 4ª al número 1 del artículo 695 y así, será también causa de oposición “el carácter abusivo de una cláusula que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible”. Esta modificación se produce dos meses después de la STJUE y, en consecuencia, tiene por objeto impedir el resultado final de que una cláusula abusiva no discutida produzca el efecto de la privación definitiva de la propiedad. Por ello, el precepto debe complementarse con lo que dispone el párrafo 2º del número 3 del precepto y así “de estimarse la causa 4ª, se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva”.

5. LA VIVIENDA HABITUAL COMO EJE DE LA PROTECCIÓN

A la hora de afrontar la cuestión relativa a la “bondad” de la hipoteca cobra una relevancia especial la materia relativa al objeto. La STJUE, pese a ser aplicable a cualquier contrato de consumo, no puede evitar la referencia a la vivienda del consumidor como paradigma de la desprotección que sufre. En igual sentido se manifiesta la Directiva en proyecto. Los

movimientos sociales en contra de los lanzamientos se circunscriben a las viviendas de familias en situación desesperada y, con contadas salvedades, las reformas legislativas hasta ahora promulgadas giran en torno al concepto de la protección de la vivienda habitual.

Hay que reconocer que la reacción de los poderes públicos ha sido tardía y sin duda forzada por las circunstancias. En su descargo hay que señalar que “nada sale gratis” y, en consecuencia, las medidas tienen su correspondencia inmediata en las cuentas de resultados de las entidades de crédito, entidades que han necesitado ser rescatadas y, por tanto, las consecuencias recaen sobre el bolsillo de todos los ciudadanos. Ello amén de que cuanto mayores sean las incertidumbres sobre los créditos, más caro y escaso será el crédito futuro y, por lo tanto, más tardía será la recuperación económica.

Desde el punto de vista de los deudores en dificultades su decisión se vio retardada por el hecho de que la caída de los precios no ha sido gradual por lo que la percepción de que el valor de su activo era inferior a su deuda no fue inmediata. En este momento, la dación en pago se presenta como la solución al problema, pero hasta que esa percepción fue alcanzada pocos deudores estaban dispuestos a abandonar la nave a su rumbo.

La primera reforma importante se ha producido con el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, “de medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos”, normativa que gira en torno al concepto de vivienda habitual. El resto de los bienes quedan excluidos de su aplicación. Así, tras señalar el artículo 1 que el objeto del Real Decreto-Ley es el establecimiento de medidas conducentes a procurar 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, el artículo 3 limita la aplicación a los deudores y fiadores o avalistas de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual.

La norma carece de la característica principal de cualquier norma: la obligatoriedad. Se articula esencialmente a través de un “código de buenas prácticas” 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.

La primera medida consiste en la reestructuración de la deuda y consiguiente novación del crédito o préstamo, con los efectos previstos en el artículo 4,3 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, es decir sin pérdida de rango. Sin embargo, esto supone ya una incertidumbre para el acreedor dada la falta de claridad de este último precepto, que considera que no hay conservación del rango cuando se produzca una ampliación de responsabilidad, o una ampliación del plazo por este incremento o ampliación¹⁹.

La segunda medida consiste en la solicitud de una quita en el capital pendiente de amortización si el plan de reestructuración resulta inviable cuya cuantía resulta de los parámetros establecidos en el propio Real Decreto-ley.

El “código de buenas prácticas” también contempla la dación en pago como última posibilidad, provocando la cancelación total de la deuda y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros (avalistas y fiadores). En este caso el deudor puede pasar a ser arrendatario de la vivienda durante un plazo de dos años, satisfaciendo una renta anual del 3 por cien del importe total de la deuda en el momento de la dación. La dación no procede si la finca se haya en procedimiento de ejecución con subasta anunciada o si está gravada con cargas posteriores.

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, anteriormente citada, se promulga después de haberse aprobado la propuesta de Directiva Europea y después de la STJUE de 14 de marzo por lo que trata ya de dar cumplimiento a los requerimientos de ambas, conteniendo, de entrada, una serie de preceptos que sólo son aplicables cuando el objeto hipotecado es la vivienda ha-

bitual, tomando prevenciones para el caso de que este carácter cambie a lo largo de la vida del préstamo o crédito. Así:

- Se modifica el artículo 21 de la LH, añadiendo un párrafo 3º, a cuyo tenor, “en las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución”²⁰.
- Los intereses de demora, con arreglo al nuevo párrafo 3º del artículo 114 de la LH, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la LEC²¹.
- En materia de costas procesales, se añade un número (1, bis), al artículo 575 de la LEC en base al cual “en el caso de vivienda habitual, las costas que se reclamen al deudor no podrán exceder el 5 por cien de la cantidad reclamada en la demanda ejecutiva”.
- En caso de ejecución que suponga la privación de la vivienda habitual se establece en el artículo 579 de la LEC una reducción en la deuda y una participación en futuras plusvalías derivadas de la enajenación de la misma.

Otras modificaciones legales afectan a bienes concretos, aunque no se trate de la vivienda habitual y así la obligación de acompañar a la escritura una expresión manuscrita del deudor será en aquellos casos en que la operación sea con una persona física, la hipoteca recaiga sobre una vivienda o la finalidad del préstamo sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir. El contrato debe contener cláusulas

suelo, estar referenciado a divisas, o contener seguros de tipo de cambio.

Finalmente, una serie de medidas afectan a toda clase de hipotecas con independencia de la naturaleza del objeto y así:

- La tasación de los bienes: En toda clase de hipotecas, con independencia de quien sea el acreedor y aunque la hipoteca no vaya a ser objeto de titulación en el mercado secundario, es necesario, conforme a la nueva redacción del artículo 682,2,1 de la LEC, que la tasación de los bienes se haga con arreglo a la normativa contenida en la LMH, debiendo ser el valor del tipo para subasta al menos el 75 por cien del valor de dicha tasación.
- El vencimiento de la obligación no se produce por cualquier incumplimiento, sino que es necesario que venzan al menos tres plazos mensuales sin cumplir o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses. Así se hará constar por el Notario en la escritura de constitución (artículo 693,1 de la LEC)²².

Las medidas de choque de esta Ley vuelven a centrarse en la vivienda habitual y así el Capítulo I, incide de nuevo en la suspensión de los lanzamientos de la vivienda habitual de colectivos especialmente vulnerables. Quizá es aquí donde haya mayor campo de trabajo para la rehabilitar la hipoteca. Podríamos considerar que la institución no ha sufrido, o lo ha hecho de manera tenue, cuando el objeto hipotecado no es una vivienda habitual. Sin embargo, entorpecer la ejecución cuando nos encontremos ante bienes que sí tienen esta condición tampoco es práctico, pues la consecuencia inevitable será la no aceptación de estos bienes como garantía o el encarecimiento del crédito. Por ello, en estos casos debe acentuarse la diferencia entre ejecución, como mecanismo de resarcimiento de los derechos del acreedor, y lanzamiento, situación que tradi-

cionalmente ha sido la consecuencia de aquella pero sin que sea algo necesario. En este punto es donde pueden jugar un papel esencial de futuro las llamadas tenencias intermedias y los arrendamientos, con o sin opción de compra, los cuales pueden jugar también como medidas de “segunda oportunidad” para situaciones pasadas.

Hay tres figuras que podrían jugar un papel destacado: la propiedad compartida, la propiedad temporal y el arrendamiento con opción de compra. Nasarre Aznar considera que la situación inmobiliaria e hipotecaria en España debe relacionarse con la tasa de paro y con factores sociológicos, como la edad de emancipación y la relación de vivienda en alquiler y de alquiler social. La coyuntura actual parte de un ideal de vivienda en propiedad, “un sueño americano”, cuya generalización ha provocado la titulación de hipotecas americanas hacia Europa. Ante esta situación las tenencias intermedias consiguen fraccionar el mercado inmobiliario, haciéndolo más asequible, estable y flexible²³. Fornt i Paradell apunta como la propiedad compartida permite a las entidades de crédito graduar la cuantía de la hipoteca en función de la capacidad económica del adquirente, facilitándose enormemente las subrogaciones e impidiendo el sobreendeudamiento. Además, el riesgo se divide entre el propietario ocupante y el propietario del resto, lo cual es especialmente importante cuando se trata de promotores: éstos, respecto del porcentaje transmitido, se liberan totalmente de la deuda y respecto de lo no transmitido consiguen una ocupación más estable que en un alquiler convencional, minimizándose los riesgos de daño a la vivienda y de impago²⁴.

La propiedad temporal y la compartida están siendo objeto de regulación en Cataluña y así, a través de las mismas los ciudadanos pueden adquirir una vivienda con menor necesidad de ingresos, ya que los importes con estas nuevas fórmulas son “sensiblemente más asumibles”. La propiedad temporal podrá tener una duración mínima de seis años y máxima de 99, y cuando finalice el plazo estipulado,

el inmueble volverá a manos del propietario inicial o sus herederos, mientras que durante el periodo de vigencia, la propiedad es del titular temporal. En la propiedad compartida, el comprador abona una cuota inicial, de un mínimo del diez por ciento, y va adquiriendo progresivamente las cuotas restantes al propietario vendedor. La cuota inicial se estipula entre ambas partes, y el comprador tiene casi todas las facultades de dominio sobre el inmueble a cambio de la cantidad económica pactada con el propietario vendedor. En el arrendamiento con opción de compra (que no es un leasing, sino la suma de dos contratos), se concede al arrendatario un plazo para que haga efectiva la adquisición que no podrá exceder del plazo de duración del contrato. Todas estas figuras podrán ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad y, en consecuencia, servir de soporte para la correspondiente financiación con garantía hipotecaria.

6. EL MERCADO SECUNDARIO DE REFINANCIACIÓN HIPOTECARIA

Se suele hablar de la burbuja inmobiliaria olvidando que la misma tiene su origen en una burbuja que creció de manera todavía de forma más exponencial, la crediticia. Durante los primeros años del siglo XXI creció de forma extraordinaria la refinanciación de las entidades de crédito a través de los llamados títulos hipotecarios, los cuales les permitían recuperar de manera casi inmediata los capitales prestados, gozando de una liquidez que históricamente no había tenido parangón lo que llevó a una peligrosa relajación de los criterios de selección de los deudores hipotecarios. Así, si tradicionalmente las entidades operaban en base al criterio LTI (es decir, teniendo en cuenta los ingresos del deudor), el mismo fue sustituido por el de LTV (teniendo en cuenta la tasación del bien dado en garantía)²⁵. Si unimos este cambio con la voracidad de las entidades por

captar nuevos clientes, la solución fue, evidentemente, la más sencilla: relajar los criterios de valoración de los inmuebles, lo cual contribuyó a la escalada de precios del mercado.

Esta hoguera comenzó a apagarse a medida que empezó a escasear la leña, lo cual condujo a que los precios se desmoronasen por lo que los deudores que se habían incorporado a esta cadena diabólica más tardíamente fueron los que sufrieron las consecuencias más acusadas del desplome y los que comenzaron a reclamar la dación en pago como mecanismo de liberación de las responsabilidades previamente asumidas.

Sin embargo, un mercado secundario ponderado es bueno para el sistema, pues es la única manera de que las entidades dispongan de fondos regulares para atender operaciones de larga duración, como son los préstamos hipotecarios. Por ello, lo que procede no es demonizar el mercado secundario, sino darle unos parámetros que impidan su desbordamiento.

Por otra parte, los títulos que se colocan en el mercado secundario son tipos de renta fija, con un interés moderado y por ello dirigidos a un mercado que busca una rentabilidad segura. La titulación de las hipotecas “subprime” en el mercado americano resultó ser justo lo contrario de lo que el mercado exigía y sus efectos nocivos han contagiado a todos los mercados de refinanciación, con independencia de que sus garantías fuesen mayores, como por cierto ocurría con el mercado de nuestro país.

La LMH de 25 de marzo de 1981 creó tres tipos de títulos, con características diferenciadas, pero respaldados en todo caso por la solvencia de los créditos de cobertura, a los cuales se exigía unos requisitos cualificados de seguridad, y así tenían que estar garantizados con primeras hipotecas sobre el pleno dominio, no podían exceder del 60 por ciento del valor de tasación del bien (80 en el caso de viviendas) debiendo realizarse dicha valoración de manera objetiva por entidades especializadas²⁶. La solvencia del crédito iba más allá de la propia del deudor hipotecario pues de lo que se tra-

taba es que incluso un préstamo insatisfecho continuase siendo un activo fiable. Por otra parte, en el mercado hipotecario secundario no podía participar cualquier entidad sino exclusivamente aquellas recogidas en el artículo 2 de la propia Ley. Con el trascurso de los años se ha ampliado el elenco de títulos, no todos de la misma calidad, pues frente a la alta garantía de los bonos de titulación hipotecaria, que se incorporaron en 1992, en el año 2002 aparecen los certificados de transmisión de hipoteca, modo de titularizar nuestras hipotecas “subprime”, ya que tienen como cobertura préstamos que no necesitan cumplir los exigentes requisitos de nuestra legislación del mercado hipotecario²⁷.

Nuestro mercado secundario ha tenido otro “talón de Aquiles”, las tasaciones hipotecarias pues, frente a su pretendida objetividad, ha estado en manos de las entidades de crédito la fijación del valor de los bienes, las cuales eran las primeras interesadas en aumentar el volumen del capital en circulación. Dado que la LMH limitaba el capital concedido a un porcentaje del valor de tasación, fue frecuente inflar el valor de tasación para aumentar el importe del préstamo y de este modo superar el 80 por cien del valor de tasación que impone la LMH (con las consecuencias negativas que ello comportó en el mercado secundario). Si a esto añadimos el aumento de los plazos de los préstamos y créditos en el mercado hipotecario primario y la concesión de cuotas iniciales muy beneficiosas para el deudor (bien fuese en base a la aplicación de periodos de carencia o bien de tipos estimulantes pasajeros), se creó un efecto riqueza en el consumidor, pues se aumentó considerablemente su capacidad adquisitiva, lo cual constituyó un efecto propulsor del incremento del precio de la vivienda.

Este efecto negativo de las “tasaciones a la carta” se ha intentado mitigar tanto en la reforma efectuada en la Ley de 1981 por la Ley 41/2007, como en la que recientemente ha llevado a cabo la Ley 1/2013, con la intención de fomentar la independencia de las entidades de tasación y evitar los conflictos de intereses

derivados de la pertenencia al mismo grupo económico que la entidad financiera acreedora. Respecto a esta última norma no deja de ser paradójico (y en el fondo el reconocimiento de un fracaso) el que se haya dejado sin efecto el párrafo 3º del artículo 5 de la LMH de 1981, el cual permitía a las entidades de crédito exigir un comportamiento adicional del deudor en caso de desvalorización de los bienes, acreditado mediante una nueva tasación objetiva. Dicho comportamiento podía consistir en la cancelación parcial del préstamo o en el complemento de las garantías. En caso de que no se produjese ninguno de estos comportamientos la entidad de crédito podía dar por vencido el préstamo o crédito hipotecario.

Por último, el éxito del mercado secundario depende de la confianza de los inversores y para ello no es suficiente ni la solvencia de los emisores ni la garantía de los títulos. Se hace preciso un control independiente de los activos de cobertura, a través de entidades especializadas. En nuestro país la función de control de la idoneidad del patrimonio de cobertura es algo que se encomienda a los propios emisores a través de la llevanza de un registro de las emisiones efectuadas quedando, eso sí, la supervisión encomendada a las autoridades económicas, a través de las correspondientes inspecciones.

7. CONCLUSIONES

Todo lo expuesto me lleva a considerar que no existe un problema estructural en nuestra hipoteca, aunque sí malas prácticas que deben corregirse. Ante todo, ha habido un problema social desatado por la crisis que ha traído desempleo y dificultad de atender los compromisos adquiridos. Esta crisis, que ha generado numerosas situaciones trágicas, se ha cebado con la vivienda habitual y, en este sentido, también han aumentado los desahucios como consecuencia del impago de rentas del alquiler. El problema social se debería haber corregido ante todo con medidas sociales.

Desde el punto de vista del derecho de consumidores me parece un paso atrás la ST-SUE de 14 de marzo de 2013 y su condena de la compensación puramente económica, pues sin duda encarecerá el precio de estos productos financieros. Es un ataque a la seguridad y agilidad del tráfico jurídico-económico, máxime cuando la ejecución de la hipoteca se produce en la casi totalidad de los casos no por la existencia de cláusulas abusivas, sino por el incumplimiento de la obligación principal. La simple posibilidad de alegar en el procedimiento ejecutivo la existencia de estas cláusulas supondrá un aumento considerable en su duración, lo cual va contra la esencia de la figura e incrementará los costes de la financiación.

Sí que es cierto que es necesario mejorar la calidad de la información de suerte que los productos sean comprensibles para la parte contractual que no ha intervenido en su creación. Las medidas que se adopten antes de que la hipoteca nazca, indudablemente contribuirán a aumentar su fortaleza.

Deben fomentarse las actuaciones responsables por parte de las entidades de tasación, para lo cual se debe dar un paso más que la búsqueda de la independencia. Hasta que no se haga a estas sociedades responsables de las consecuencias de sus actos será difícil desterrar las “tasaciones interesadas”. Esta es una medida que no sólo será de gran trascendencia en el mercado primario, aproximando el valor de subasta al real de mercado, descontando posibles fluctuaciones a la baja, sino también en el secundario, especialmente ahora que ha desaparecido la posibilidad de dar por vencido el préstamo por desvalorización de la garantía.

Asimismo tendría gran importancia la disminución de la relación entre el importe concedido al prestatario y el valor de tasación para evitar en el futuro situaciones en que el precio del activo se sitúe por debajo de la deuda. Por ello, con carácter general el capital prestado no debería superar el 60 por ciento del valor de tasación, salvo casos excepcionales de probada solvencia del deudor. Esta medida no sólo des-

incentivará la dación en pago sino que tendrá también una buena repercusión en el mercado secundario, en cuanto mejorará la consideración de los activos de cobertura. Asimismo, en este mercado secundario sería conveniente bajar los porcentajes de capitales en circulación en relación con el valor de los activos de

cobertura, que actualmente se sitúan en torno al 90 por ciento. Finalmente, en este mercado secundario sería muy conveniente acentuar los controles sobre la integridad del patrimonio de cobertura, de suerte que siempre pudiese comprobarse fácilmente que está por encima de las emisiones circulantes.

NOTAS

1. Ignacio Redondo Andreu: Jornada celebrada en el Decanato de los Registradores de Cataluña el 28 de mayo de 2014 y publicadas en el “*Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*”, número 171, mayo-junio 2014. Ignacio Redondo es Abogado del Estado excedente y Director Ejecutivo de la asesoría jurídica de CaixaBank.

2. Redondo Andreu, considera negativa la reforma llevada a cabo por el reciente Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, en la disposición adicional cuarta de la LC, que permite que los acreedores con garantía real puedan sufrir, contra su voluntad, quitas, esperas o conversiones de sus créditos en préstamos participativos, acciones o participaciones si una mayoría suficiente de los acreedores con garantía real (65% u 80% en función de las medidas) así lo acuerdan. Esta es una medida generadora de riesgo para el titular de una hipoteca lo que implica que a la hora de valorar la garantía haya que incluir el factor de que este evento ocurra, lo cual es una nueva preocupación en lo que hasta ahora era un “puerto seguro”.

3. Rafael Arnáiz Ramos (“La protección del consumidor en los préstamos y créditos concedidos por prestamistas que no son entidades de crédito”, jornada celebrada en el Decanato de los Registradores de Cataluña el 28 de mayo de 2014 y publicadas en el “*Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*”, número 171, mayo-junio 2014) pone de relieve las dificultades para la determinación de lo que se ha de entender por “personas físicas o jurídicas que, de manera profesional, se dediquen a la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios”, palabras que definen el ámbito subjetivo de la Ley. Parece evidente que tal condición concurre en todas aquellas entidades que se ofrecen como tales en el mercado, a través de técnicas de publicidad. Sin embargo, la profesionalidad es atribuible también a personas físicas o jurídicas que ocultan esta condición para eludir la aplicación de las exigencias legales. Por ello notarios y registradores deben poner una especial atención a la hora de delimitar la extensión de la Ley y no conformarse con la manifestación del acreedor sino que, especialmente, el registrador debe comprobar, con las correspondientes consultas, que no actúe con habitualidad.

4. Así, esta Ley añade un nuevo artículo 153, bis a la LH, señalando que “también podrá constituirse hipoteca de máximo a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la LMH, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas.” La Exposición de Motivos de esta norma justifica la limitación por razón del sujeto en la especial normativa de supervisión a la que están sometidas estas entidades.

5. Esta Ley implantó nuevas figuras hipotecarias, como la hipoteca inversa, la recargable o la hipoteca flotante del artículo 151, bis de la LH, las cuales eran difícilmente admisibles con la regulación anterior.

6. La sentencia declaró la nulidad de las cláusulas enjuiciadas, entre otras causas, por su ubicación entre una cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas, aclarando el Auto de 12 de junio, que el conocimiento de la cláusula, y su incidencia en la ejecución del contrato no puede sustituirse por el cumplimiento de formalismos carentes de eficacia en tal sentido, como la lectura por el Notario.

7. A principios de los años noventa, diversas resoluciones (por todas, la de 8 de octubre de 1991) señalaron que “los medios de calificación que resultan del artículo 18 de la LH no permiten apreciar la abusividad de una cláusula, pues la aplicación del artículo 10 de la LDCU compete a los jueces”.

8. Según esta resolución el registrador debe determinar qué cláusulas tienen carácter real y cuáles no, quedando éstas vedadas a su calificación. Respecto de la hipoteca el registrador sólo puede calificar las cláusulas de trascendencia real que son el importe del principal, el de los intereses, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identifi-

cando las obligaciones garantizadas y su duración. Como excepción y, resultando aconsejable para el tráfico jurídico, respecto de las cláusulas que carecen de contenido real, la Ley 41/2007 ha incluido un párrafo segundo en el artículo 12 que permite que, respecto de las hipotecas constituidas a favor de las entidades financieras sujetas a la Ley 2/1981, de 25 de marzo, puedan hacerse constar en el Registro las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, aun cuando carezcan de trascendencia real inmobiliaria y queden extramuros de la calificación, limitándose el registrador a hacerlas constar en el asiento siempre que las de trascendencia jurídico real inmobiliaria (enumeradas en el párrafo primero del artículo 12) hubieran sido calificadas favorablemente.

9. Juan María Díaz-Fraile en “Jornada sobre la ejecución de la hipoteca tras la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013”, celebrada en el Decanato de los Registradores de Cataluña el día 4 de abril de 2013 y publicado un resumen en el “*Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*”, número 164, marzo-abril de 2013”. Díaz-Fraile es letrado adscrito de la DGRN y, en consecuencia, buen conocedor del proceso de creación de su doctrina.

10. Ignacio Fernández de Senespleda en “Jornada sobre la ejecución de la hipoteca tras la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013”, celebrada en el Decanato de los Registradores de Cataluña el día 4 de abril de 2013 y publicado un resumen en el “*Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*”, número 164, marzo-abril de 2013. Fernández de Senespleda es abogado y defendió a la Caixa de Catalunya en el procedimiento que dio lugar a la citada STJUE.

11. Señala el precepto que “también podrá despacharse ejecución por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida 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. En este caso, sólo se despachará la ejecución si el acreedor acredita haber notificado previamente al ejecutado y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible resultante de la liquidación”.

12. Jesús María Sánchez García: jornada sobre la ejecución de la hipoteca tras la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013”, celebrada en el Decanato de los Registradores de Cataluña el día 4 de abril de 2013 y publicado un resumen en el “*Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*”, número 164, marzo-abril de 2013. Jesús María Sánchez es abogado.

13. Añade el Tribunal que “la ausencia de fase de cognición conlleva que no se produzca el efecto de cosa juzgada. Las cuestiones de fondo pueden discutirse después con toda amplitud. Además, el constituyente de la hipoteca ha consentido la posición en que el título ejecutivo le sitúa y la hipoteca se constituye en escritura pública, con la especial garantía que ello supone, y se inscribe en el Registro con carácter constitutivo. Por tanto, la contradicción no solamente está garantizada por el declarativo ordinario, sino también por el procedimiento registral, que permite al deudor oponerse, durante la vida de la hipoteca, a la inscripción o instar la cancelación si concurren los requisitos para ello”.

14. Jordi Seguí Puntas: “La problemática de la hipoteca: la perspectiva judicial”, jornada celebrada en el Decanato de los Registradores de Cataluña el 28 de mayo de 2014 y publicadas en el “*Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*”, número 171, mayo-junio 2014. Jordi Seguí es magistrado de la Audiencia de Barcelona.

15. Con arreglo al artículo 698, “cualquier otra reclamación, 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 esta Ley”. Por otra parte, con arreglo al artículo 131 de la LH, 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 al que se refiere el artículo 133 de la LH, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de expedición de cargas”.

16. Juan Garnica Martín: “jornada sobre la ejecución de la hipoteca tras la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013”, celebrada en el Decanato de los Registradores de Cataluña el día 4 de abril de 2013 y publicado un resumen en el “*Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*”, número 164, marzo-abril de 2013. Juan Garnica es magistrado de la Audiencia de Barcelona.

17. En el momento de cerrar este trabajo se ha publicado la STJUE de 17 de julio de 2014 la cual señala (número 40) que “procede declarar que el sistema procesal controvertido (es decir, la nueva regulación de la LEC tras la reforma de 2013) pone en peligro la realización del objetivo perseguido por la Directiva 93/13... el desequilibrio entre los

medios procesales de que disponen, por un lado el consumidor y, por otro, el profesional, no hace sino acentuar el desequilibrio que existe entre las partes contratantes”. Este desequilibrio resulta (número 17) del hecho que el acreedor pueda interponer recurso de apelación contra la resolución judicial que estime la oposición del deudor basada en la existencia de una cláusula abusiva y, por el contrario, si la pretensión del deudor es desestimada, a éste no se le permite la interposición del indicado recurso de apelación.

18. En cuanto a la doble venta, el artículo 1.473 del Cc señala que “en caso de bienes inmuebles la propiedad se transmite al que, con buena fe, primero inscriba en el Registro de la Propiedad”. Así, si una sociedad inmobiliaria, por tanto un profesional, vende una vivienda a un consumidor y a continuación la misma vivienda la vende a un no consumidor que llega primero al Registro, ¿la aplicación del precepto sería contraria al principio de efectividad?; ¿Qué ocurriría con la aplicación del artículo 34 de la LH y su protección del tercero hipotecario, eje fundamental de nuestro sistema registral? Si el título adquisitivo del transmitente es declarado nulo en favor de un consumidor, ¿también cedería el artículo 34 ante la Directiva? Si así fuera, nos encontraríamos con el cambio más radical de nuestro sistema hipotecario en sus más de ciento cincuenta años de existencia. ¿Y que decir del artículo 85 del Código de Comercio y sus prescripción automática? Pensemos en el siguiente ejemplo: un establecimiento de reparación y venta de motocicletas al que un cliente, consumidor a los efectos de la Directiva, lleva su motocicleta a reparar. El establecimiento vende esta motocicleta a un tercero, consumidor o no ¿Se declarará el artículo 85 contrario al principio de efectividad?

19. La falta de claridad del artículo 4,3 de la Ley de Novaciones y Subrogaciones de Créditos y Préstamos Hipotecarios ha llevado a diversas interpretaciones y así, la RDGRN de 7 de febrero de 2013 señala que la distinción entre la regla general (mantenimiento del rango sin necesidad de consentimiento de acreedores intermedios) y la especial (necesidad de su consentimiento para el mantenimiento), debe entenderse en el sentido mas adecuado para su aplicación coherente en el contexto del ordenamiento jurídico. En los supuestos de modificación por ampliación de la responsabilidad es posible practicar la inscripción, aun cuando no conste el consentimiento del titular intermedio, porque frente a él la ampliación no es oponible resultando una situación similar a la de dos hipotecas distintas. A la misma conclusión se llega para el supuesto de modificación de hipoteca por ampliación del plazo cuando la carga intermedia es una anotación preventiva de embargo, pues, en tal caso, la modificación ni le perjudica ni le afecta en modo alguno. Por el contrario, la modificación por ampliación del plazo no puede llevarse a cabo, si existen inscripciones intermedias, sin consentimiento de su titular pues la inscripción de la modificación altera el contenido de la obligación garantizada en términos tales que inevitablemente afecta a su titularidad. Los derechos reales inscritos con posterioridad a la hipoteca cuyo plazo de préstamo se amplía son derechos de constitución voluntaria que se contraen partiendo de los datos que constan en el Registro, entre los cuales está el plazo de vencimiento del préstamo de la hipoteca anterior, que como elemento esencial afecta a la propia constitución de la hipoteca (artículo 12.1 de la LH). El titular de la segunda hipoteca puede tener interés en que la hipoteca primera se cumpla dentro del plazo pactado y así, una vez pagada dentro de plazo, la segunda hipoteca pasaría a ocupar el rango de primera. Por lo tanto, la alteración del plazo de la primera le priva de una expectativa de mejorar el rango.

20. No prevé el precepto que el carácter habitual de la vivienda hipotecada se pueda hacer constar en el Registro de la Propiedad en un momento posterior a la escritura pública de constitución. Sin embargo, esta posibilidad debe admitirse pero con el consentimiento de ambas partes, siendo necesaria la rectificación de la primera escritura, dado que la ejecución se basará, en base al artículo 130 de la LH en una escritura inscrita en el Registro, sobre la base de los extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo. El consentimiento del acreedor se hace preciso, además, porque sus derechos disminuyen en caso de que el objeto sea una vivienda habitual.

21. Los intereses de demora se han convertido en el gran “talón de Aquiles” de nuestro sistema de ejecución hipotecaria, debido a diversas razones, la fundamental, el vencimiento anticipado de la obligación que conlleva consigo el incumplimiento. Ello supone que a partir de ese momento los intereses de demora se comienzan a computar sobre la totalidad del capital prestado y no sólo sobre las cuotas impagadas, por lo que la deuda comienza a crecer exponencialmente. Para atemperar este efecto, la Ley señala que “en el caso de que el resultado de la ejecución fuera insuficiente para cubrir toda la deuda garantizada, dicho resultado se aplicará en último lugar a los intereses de demora, de tal forma que se permita en la mayor medida posible que el principal deje de devengar interés”. La referencia que contiene el precepto al artículo 579.2.a) de la LEC supone que sí se producirá la capitalización una vez enajenada la finca en el procedimiento ejecutivo si todavía queda deuda pendiente a cargo del deudor caso en el cual todo el pendiente (con independencia que su origen sea capital, intereses ordinarios, de demora o costas) sí devenga interés, si bien limitado al legal del dinero.

22. Esta fue una de las cuestiones planteadas en el caso “Aziz contra Caixa de Catalunya”, que dio lugar a la STJUE de 14 de marzo de 2013, la cual señala que “corresponde al juez comprobar si la facultad del profesional de dar por vencida la obligación anticipadamente supone el incumplimiento por el deudor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, debiendo valorarse tanto la duración como la cuantía del préstamo”.

23. Sergio Nasarre Aznar: “Nuevas formas de acceso a la vivienda en un escenario de crisis: las tenencias intermedias”. Jornada celebrada en el Decanato de los Registradores de Cataluña el día 17 de mayo de 2012. Sergio Nasarre es catedrático de Derecho civil de la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona.

24. Jaume Fornt i Paradell: “Nuevas formas de acceso a la vivienda en un escenario de crisis: las tenencias intermedias”. Jornada celebrada en el Decanato de los Registradores de Cataluña el día 17 de mayo de 2012. Jaume Fornt es Director de la Agencia Catalana de la Vivienda.

25. LTI y LTV son acrónimos de las expresiones en inglés “loan to incomes” (relación del préstamo con los ingresos del deudor) y “loan to value” (relación con el valor de la finca).

26. El artículo 11 de la LMH recoge dos tipos de valores hipotecarios, las cédulas y los bonos, los cuales, pese al apellido “hipotecario” incorporan solo derechos de crédito frente al emisor, y no derechos reales, si bien incorporan un privilegio de cobro que en el caso de las cédulas lo es sobre la totalidad de los créditos que en cada momento se hallen constituidos a favor del emisor y en el de los bonos sobre aquellos créditos especialmente afectados en la escritura pública de emisión. Las participaciones hipotecarias sí incorporan un derecho real pues, con arreglo al artículo 15, son cesiones totales o parciales de concretos préstamos o créditos hipotecarios. Consecuencia de la distinta naturaleza de unos y otra es las diferentes consecuencias en caso de concurso del emisor, pues el titular de la participación goza de un derecho absoluto de separación, mientras que los titulares de cédulas y bonos no tienen esta posibilidad. Los bienes dados en garantía de los préstamos y créditos de cobertura han de ser tasados, según dispone el artículo 7, por los servicios de tasación del acreedor o bien por otros servicios de tasación que cumplan los requisitos que reglamentariamente se establezcan.

27. En el año 1992, por Ley de 7 de julio, se crean los Fondos de Titulación Hipotecaria, que son patrimonios separados y cerrados, carentes de personalidad jurídica, que agrupan participaciones hipotecarias en su activo y emiten, con cargo al pasivo, “bonos de titulación hipotecaria”. La solvencia final se encuentra en préstamos y créditos que reúnan los requisitos de solvencia establecidos en la LMH. Sin embargo, en el año 2002, la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, permitió en su artículo 18 que todos aquellos créditos y préstamos hipotecarios que no reúnan los exigentes requisitos de calidad establecidos en la Sección 2ª de la LMH pudiesen ser titulizados a través de los certificados de transmisión de hipoteca, cuyo régimen jurídico es el mismo del de las participaciones hipotecarias, y agrupados en “fondos de titulación de activos”. La falta de calidad de estos préstamos acercó mucho estos fondos a los Funds de hipotecas subprime.

Fecha de recepción: 14 de julio de 2014

Fecha de aceptación: 10 de noviembre de 2014