

# La depreciación del inmueble en la ejecución hipotecaria: tensiones entre acreedor y deudor y las últimas reformas legales

Celia Martínez Escribano

Facultad de Derecho  
Universidad de Valladolid

### *Abstract*

*Las circunstancias económicas de los últimos años han derivado en un sobreendeudamiento de los consumidores en el marco de la adquisición de su vivienda habitual que ha desembocado posteriormente en una avalancha de ejecuciones hipotecarias en términos especialmente penosos para el deudor. Este problema social trasciende de nuestras fronteras y así, no sólo se ha modificado recientemente la legislación española en materia hipotecaria, sino que existen también iniciativas en el marco de la Unión Europea que abordan este problema. Ante este panorama, el objetivo de este estudio es analizar los cambios recientes y futuros y sus principales implicaciones.*

*Economic circumstances of the last years have given rise to consumers' indebtedness in the acquisition of their houses. The consequence has been a huge number of foreclosures in very hard terms for the debtor. This social problem goes beyond Spanish borders, so not only national regulation of mortgages has been recently modified. There are also legal attempts in the European Union to face this problem. In this landscape, the purpose of this paper is to analyze recent and future legal changes and their main implications.*

*Title:* Property's depreciation in home foreclosure: tensions between creditor and debtor and the last legal reforms

*Keywords:* home foreclosure, property's value, dation in payment, creditor's total payment, debtor's protection, responsible credit

*Palabras clave:* ejecución hipotecaria de la vivienda, valor del inmueble, dación en pago, total satisfacción del crédito, protección del deudor hipotecario, crédito responsable

## *Sumario*

1. Introducción
2. Los problemas de la ejecución hipotecaria
3. La ejecución judicial
  - 3.1. Medidas para favorecer la concurrencia de postores
  - 3.2. Medidas relativas a la valoración del bien
  - 3.3. Adjudicación del bien al acreedor
  - 3.4. Improcedencia de la dación en pago forzosa
    - a) No es una dación en pago
    - b) La colisión de la dación en pago con otras normas del ordenamiento
    - c) Su admisión excepcional para personas sin recursos
  - 3.5. Medidas relativas a la deuda pendiente tras la ejecución. La quita parcial
  - 3.6. Otras medidas tuitivas para el deudor
4. La ejecución extrajudicial
5. Propuestas de mejora
  - 5.1. Reestructuración de la deuda
  - 5.2. La venta por entidad o persona especializada
  - 5.3. Las medidas preventivas en la contratación de préstamos hipotecarios
6. Bibliografía
7. Tabla de jurisprudencia citada

## 1. Introducción

A raíz de la actual crisis económica se ha comenzado a cuestionar desde ciertos sectores jurídicos y sociales las bases que tradicionalmente han sustentado la responsabilidad por deudas garantizadas con hipoteca y el procedimiento de ejecución hipotecaria. El detonante de esta situación se encuentra en la ejecución de la hipoteca que grava la vivienda habitual de aquellas personas que, como consecuencia de la crisis y la consiguiente pérdida de su empleo, ya no pueden hacer frente al pago de las cuotas de su préstamo. Tras la ejecución, que en los últimos años, y debido a la actual coyuntura económica, muchas veces concluye con la adjudicación del bien al deudor por un porcentaje del valor de tasación del inmueble, continúa pendiente una parte de la deuda, lo que legitima al acreedor para continuar persiguiendo bienes del deudor hasta la total satisfacción del crédito.

Ante esta situación, una de las principales reivindicaciones consiste en tratar de limitar la responsabilidad del deudor al bien hipotecado sin afectar al resto de su patrimonio, lo cual, en último término, se llevaría a cabo mediante una mal llamada dación en pago que permitiría al deudor liberarse de la deuda mediante la entrega del inmueble gravado al acreedor hipotecario. En definitiva, se trataría de que el acreedor no pueda reclamar más que con cargo al bien hipotecado, ya sea adjudicándose éste a un tercero por un precio de remate o adjudicándose al acreedor, a falta de postores en la subasta. Esta propuesta se ha visto parcialmente acogida a nivel judicial, y así puede citarse entre otros el AAP Navarra, Civil, Sec. 2ª, 17.12.2010 (AC 2011\1; MP: Francisco José Goyena Salgado); el AAP Gerona, Civil, Sec. 2ª, 16.9.2011 (AC 2172; MP: Jaime Masfarre Coll); el AAP Córdoba, Civil, Sec. 3º, 1.2.2012 (AC 315; MP: Felipe Moreno Gómez). Posteriormente se han elevado en alguna medida al plano legislativo a través del [Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos](#) (BOE núm. 60, 10.3.2012) (en adelante, RDL 6/2012), reformada por la [Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social](#) (BOE núm. 116, 15.5.2013) (en adelante, Ley 1/2013). Pero lo cierto es que esta normativa limita la responsabilidad del deudor exclusivamente para supuestos muy residuales de evidente imposibilidad de hacer frente a los pagos y en circunstancias particularmente dramáticas de exclusión social del deudor y su familia.

En última instancia, parece que uno de los principales motivos que sustentan estos planteamientos radica en la percepción de que se producen comportamientos abusivos por parte de los acreedores hipotecarios (entidades financieras). Tras contratar préstamos hipotecarios para la compra de vivienda con consumidores en unas condiciones claramente abusivas y, a veces, conociendo la escasa viabilidad financiera de la operación, se dirigen contra el deudor en caso de impago y, al amparo de la regulación positiva en materia de ejecución hipotecaria, se adjudican el bien por un valor irrisorio, muy inferior a la deuda pendiente, para posteriormente continuar persiguiendo otros bienes del deudor. No parece que este tipo de actuaciones se ajusten a la idea de justicia entendida de forma abstracta, particularmente cuando la hipoteca grava la vivienda habitual del deudor, que reúne en estos casos la condición de consumidor, pero encuentran pleno respaldo legal a través de las normas de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, 8.1.2000) (en adelante, LEC) [PÉREZ GURREA (2013, p. 465)]. Hasta la reforma de la ejecución hipotecaria acometida por la Ley 1/2013, el tratamiento legal era idéntico para

cualquier deudor, pero ahora, y como iremos viendo a lo largo de este trabajo, se toman en consideración las particulares circunstancias del consumidor que contrata un préstamo hipotecario para la compra de su vivienda habitual y se le otorga un trato más benévolo que a otros deudores.

El propósito de este trabajo consiste en profundizar en el modo en que el acreedor hipotecario ejercita su derecho de realización de valor sobre el bien hipotecado, los resultados injustos a los que en ocasiones se llega por esta vía —particularmente cuando se trata de la vivienda habitual del ejecutado—, las causas que conducen a esta situación, las reformas legales acometidas para tratar de mejorar el sistema y otras posibles medidas que quizá se podrían adoptar para alcanzar un modelo hipotecario más adaptado a las actuales demandas de nuestra sociedad, siempre desde el respeto a la seguridad jurídica y la tutela de los diferentes intereses en conflicto y teniendo en cuenta las orientaciones de la Unión Europea sobre esta materia.

## *2. Los problemas de la ejecución hipotecaria*

Es fundamental que la ejecución de la hipoteca permita obtener un precio óptimo con el que satisfacer la deuda pendiente y, si el valor de mercado del bien excediera del importe de la obligación, es deseable que haya un sobrante para entregar al deudor. Las reglas de la ejecución hipotecaria, por tanto, han de girar en torno a esta idea. Sin embargo, es una realidad constante que el dinero obtenido con el ejercicio del derecho de realización de valor suele distar del valor de mercado del bien hipotecado, y el problema se ha acentuado desde el inicio de la crisis económica. Obtener un precio irrisorio perjudica sin lugar a dudas al deudor, pero una generalización de estas situaciones comportaría también consecuencias negativas para los inversores en títulos hipotecarios [LEVITIN y TWOMEY (2011)].

La crisis que actualmente vivimos provoca que las ejecuciones hipotecarias no se desarrollen del modo habitual, y si ya antes no se conseguía obtener un precio de mercado con la ejecución, la situación se ha agravado actualmente y, así, se han generalizado hasta la reforma operada por la Ley 1/2013 los casos en que la subasta quedaba desierta y la ejecución concluía con la adjudicación al acreedor por el 60% del valor de tasación —50% en la redacción originaria de la LEC—, dando lugar a situaciones injustas.

Aunque la coyuntura económica actual es excepcional, y por tanto, las reformas en esta materia no deben perder de vista esta circunstancia, es cierto también que la crisis económica ha servido para acentuar las deficiencias de un procedimiento de ejecución hipotecaria que no se ajusta en muchos aspectos a las circunstancias de la realidad actual de los préstamos hipotecarios para la compra de la vivienda habitual. Y por ello, la reforma acometida por la Ley 1/2013 trata de incidir sobre estas cuestiones y solventar los problemas de la ejecución hipotecaria cuando el bien gravado sea la vivienda habitual del deudor. La cuestión es si esta norma ha detectado adecuadamente todos los problemas y si propone las soluciones necesarias.

Antes de examinar la regulación positiva, es importante tener en cuenta que cualquiera que sea el modo en que se desarrolle la subasta, es iluso pretender que pueda obtenerse fácilmente un precio de mercado o próximo a éste. Evidentemente, nunca se obtendrá un precio superior al

valor de mercado, pues cualquier postor preferirá adquirir entonces un bien similar en el mercado. Y tampoco se llegará a obtener el precio de mercado, porque las circunstancias en que se desenvuelve la subasta hacen más gravosa la adquisición y ello sólo se compensa para los postores si van a obtener el bien por un precio inferior.

En este sentido, la necesidad de enajenar el bien en un período breve de tiempo es posiblemente el principal motivo que impide encontrar un comprador dispuesto a pagar un precio de mercado. Si se quiere vender rápido, tiene que ser haciendo atractiva la adquisición por el precio reducido, de otro modo, cualquier comprador preferirá acudir al mercado y adquirir por precio de mercado un inmueble que pueda examinar con detenimiento y comparar con otros, adoptando una decisión pausada y reflexiva en relación con su adquisición. Y estas dilaciones no pueden admitirse en la ejecución hipotecaria porque es necesario satisfacer el crédito en un breve plazo para evitar el incremento de la deuda por los intereses que se vayan devengando. Por otra parte, los potenciales adquirentes quedan reducidos a un número limitado que ha de cumplir ciertos requisitos legales y disponer de liquidez suficiente, lo que también disminuye las posibilidades de enajenación a un precio aproximado al valor de mercado.

Por tanto, no parece defendible en mi opinión la idea de que es injusto y abusivo que la ejecución hipotecaria concluya con un precio del inmueble por debajo del valor de mercado [VALERO FERNÁNDEZ-REYES (2013, p. 486)], porque lo lógico y normal es que haya de ser así, se podría decir incluso que necesariamente ha de ser así. Y también parece lógico que en caso de adjudicación del bien al acreedor, ésta no se realice por el precio de mercado, y que se pueda continuar la ejecución por la parte del crédito no cubierta por el valor asignado al inmueble. Por tanto, una dación en pago forzosa que ponga fin siempre y en todo caso a la responsabilidad del deudor hipotecario no encontraría justificación, como veremos con más detalle, salvo en los supuestos excepcionales de deudores absolutamente carentes de recursos, pero aquí se permitiría por su situación de insolvencia de buena fe. Otra cosa es plantear si la regulación positiva debería procurar, y no siempre lo hace, obtener un precio con la ejecución lo más elevado posible para proteger los intereses del deudor. Y es en esta cuestión en la que nos vamos a centrar a partir de ahora.

### ***3. La ejecución judicial***

Aunque la subasta está abocada a obtener un precio de remate por debajo del valor de mercado del bien hipotecado, debe regularse de tal manera que permita obtener un precio de remate lo más elevado posible y una mejor satisfacción del acreedor, liberando al deudor de su obligación. Veamos a continuación las diferentes medidas adoptadas en este sentido en la reforma de 2013.

#### **3.1. Medidas para favorecer la concurrencia de postores**

En consonancia con algunas propuestas doctrinales [DÍAZ FRAILE (2013, p. 1889) y PÉREZ GURREA (2013, p. 473)], se adoptan medidas para que la subasta resulte más atractiva para el público en general, lo que en último término facilita que se formulen más pujas que permitirían que el precio de remate sea lo más elevado posible.

Se reduce el depósito o aval bancario exigido a los licitadores para concurrir a la subasta, desde el

20 por 100 del valor de tasación que se fijaba anteriormente, al 5 por 100 (art. 647.3º LEC). Al facilitarse el cumplimiento de este requisito, se favorece la ampliación del número de potenciales licitadores.

Se procura una mayor y mejor difusión del anuncio de la subasta a través del portal de subastas judiciales y electrónicas existentes, dependiente del Ministerio de Justicia (art. 668, último párrafo LEC), lo que también permite incrementar los posibles licitadores.

Cuando la mejor postura sea igual o superior al 70% del valor de tasación, se amplía de 20 a 40 días el plazo para que el rematante consigne en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones la diferencia entre lo depositado y el precio total del remate (art. 670.1 LEC). Este mayor plazo puede propiciar más posturas y que éstas sean más elevadas en la medida en que da margen a los licitadores para reunir la cantidad debida en el tiempo fijado y depositarla.

Se articulan medidas que permitan a cualquier interesado en la subasta la inspección del inmueble hipotecado, aunque para ello se requiere el consentimiento del poseedor —debido a las normas sobre la tutela de la posesión—, cuyo otorgamiento se trata de incentivar al prever que con él se podrá reducir la deuda hipotecaria en el 2 por 100 del valor por el que se adjudique el inmueble (art. 691.2 LEC)<sup>1</sup>.

### 3.2. Medidas relativas a la valoración del bien

En la reforma de 2013 se incide sobre el valor de tasación y los porcentajes de éste que se toman de referencia en diferentes aspectos de la subasta. Esta cuestión es importante en relación con el tema que nos ocupa y en especial con la protección de los intereses del deudor para evitar una venta forzosa por un valor irrisorio. El valor de tasación del inmueble tiene una importancia central en esta materia: sirve para fijar el precio de salida en la subasta, que a su vez se toma como referencia para valorar la viabilidad de la mejor postura, según supere o no el 70% del valor por el que el bien sale a subasta (art. 670 LEC), y en caso de que no hubiera postores, se parte de esta tasación para determinar el valor por el que el bien se adjudica al acreedor.

Por tanto, es importante que el valor de tasación del bien se fije adecuadamente y que se aproxime al valor actual de mercado. El [Libro Blanco de la Comisión, de 18 de diciembre de 2007, sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE](#) [COM (2007) 807 final] (en adelante, Libro Blanco) ya ponía el acento sobre la necesidad de utilizar criterios fiables de tasación, aunque la [Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo 2011/0062, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial](#) (DOUE-L-2014-80363) (en adelante, la Directiva) guarda silencio sobre este extremo. Hemos de tener en cuenta que sólo con una tasación ajustada al valor de mercado se consigue velar correctamente por los intereses de acreedor y deudor.

Si el valor de tasación fuera superior al valor real sería prácticamente imposible que la subasta prosperase, lo que perjudicaría al acreedor al no lograr hacer efectivo su derecho de realización de valor.

---

<sup>1</sup> Cuando el inmueble hipotecado esté arrendado —en cuyo caso, por otra parte, no será la vivienda habitual del deudor—, parece difícil que llegue a recabarse este consentimiento del acreedor.

Y si se encontrara muy por debajo del valor de mercado, existiría un notable riesgo de adjudicación del bien por un valor irrisorio, con claro perjuicio para el deudor, al ver cómo el bien sale de su patrimonio a cambio de un importe muy reducido. Desde este punto de vista, no me parece que lo más adecuado sea que esta cuestión se determine en la escritura de constitución de hipoteca, ya que el valor del inmueble en este momento inicial y al tiempo de la ejecución puede distar mucho y es imposible formular una predicción exacta sobre este punto. No obstante, esta determinación apriorística parece responder a la conveniencia de evitar dilaciones en la ejecución que no implican otra consecuencia que un incremento de la deuda por el devengo de intereses, lo que lleva a un sector de la doctrina a defender este modo de proceder [ARRUÑADA (2013, pp. 51 y ss)]. Aunque otros autores defienden que se realice una nueva tasación [HERNÁNDEZ ARRANZ (2011, pp. 262 y ss.), OROZCO PARDO y PÉREZ SERRABONA GONZÁLEZ (2011, p. 243) y NÁJERA PASCUAL (2011)]. Ciertamente es que una tasación realizada al tiempo de la ejecución no supone una dilación excesiva y permite unos resultados más justos en la subasta, por lo que a mi juicio sería preferible optar por esta otra alternativa. Actualmente, la única forma de lograr una tasación actualizada es acudir a la ejecución ordinaria [JUAN GÓMEZ (2012, p. 213)], lo que sin duda sí que supone una verdadera dilación y además es una decisión que queda en manos del acreedor, por lo que sólo cuando a él le beneficie la nueva tasación sería factible en la práctica esta posibilidad. El deudor queda así en clara situación de desventaja en relación con la ejecución hipotecaria.

Sin embargo, la redacción original de la LEC establecía que en la escritura de constitución de hipoteca se fijara el precio de tasación de la finca para que sirva de tipo para la subasta (art. 682), exigencia que se mantiene en la actualidad aunque la reforma de 2013 introduce un requisito: “no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75% del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario” (BOE núm. 90, 15.4.1981) (en adelante, LMH). Con ello se trata de evitar una adjudicación en la subasta por un precio irrisorio como consecuencia de que el valor de tasación de la escritura fuera excesivamente bajo en perjuicio de los intereses del deudor. Y por otra parte, al conectar la tasación de la subasta con la que se fija a efectos del mercado hipotecario, se trataría indirectamente de contener la tasación en este segundo contexto y evitar que se concedan préstamos hipotecarios por un importe muy superior al 80% del valor real del inmueble, pero que formalmente respeten el límite del 80% del valor de tasación que marca la LMH.

Finalmente, la reforma de 2013 realiza un nuevo esfuerzo por asegurar la independencia de las sociedades de tasación [ya lo intentó 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 (BOE núm. 294, 8.12.2007) al reformar también el art. 3 de la LMH]. No cabe duda de la importancia que tiene la tasación cuando la hipoteca se tituliza y accede al mercado hipotecario secundario, por la necesidad de proteger a los ahorradores. Pero también es importante de cara a la ejecución, para velar por los intereses del deudor, como acabamos de ver, y evitar que el inmueble salga de su patrimonio por un valor irrisorio, especialmente en los casos en que se adjudica al acreedor y éste continúa la ejecución contra otros bienes del deudor.

### **3.3. Adjudicación del bien al acreedor**

La reforma modifica el porcentaje respecto del valor de tasación que se asigna al bien en caso de adjudicación al acreedor. Inicialmente, el art. 671 LEC en su redacción de 2000 establecía que a falta de postores, podría el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por el 50% de su valor de

tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. A raíz de la crisis económica esta previsión dio lugar a resultados injustos como consecuencia de las prácticas financieras de la burbuja inmobiliaria.

Muchos préstamos hipotecarios se habían concedido por un importe que igualaba e incluso superaba el valor real de mercado del inmueble y con unos plazos de amortización excesivamente largos. Todo ello provocaba que las cuotas hipotecarias se integraran mayoritariamente por el pago de intereses remuneratorios con una mínima amortización del capital, de modo que aun habiendo pasado unos años, el capital pendiente de amortizar era muy similar al inicial. Si a ello sumamos la caída en el precio de la vivienda, es evidente que una adjudicación del inmueble al acreedor por el 50% del valor de tasación implicaba que aún una gran parte de la deuda quedaba pendiente de pago. Sin embargo, desde el punto de vista del deudor resultaba abusivo que tras haber satisfecho durante algunos años la devolución del préstamo más los intereses remuneratorios y haber perdido el inmueble hipotecado, todavía permaneciera subsistente una parte de la deuda. La situación resultaba particularmente grave tratándose de una hipoteca sobre la vivienda habitual del deudor, y algunas resoluciones judiciales llegaron a apreciar la existencia de abuso de derecho del acreedor y enriquecimiento injusto si la adjudicación se realizaba de acuerdo con los parámetros legales —reduciendo la deuda sólo por el valor correspondiente al 50% del valor de tasación— y posteriormente se pretendía continuar la ejecución contra otros bienes del deudor por la parte de deuda aún no satisfecha. En este sentido, podemos citar el AAP Navarra, Civil, Sec. 2ª, 17.12.2010 (AC 2011\1; MP: Francisco José Goyena Salgado); el AAP Gerona, Civil, Sec. 2ª, 16.9.2011 (AC 2172; MP: Jaime Masfarre Coll); el AAP Córdoba, Civil, Sec. 3º, 1.2.2012 (AC 315; MP: Felipe Moreno Gómez), entre otros. El problema y los intentos judiciales de paliar los resultados injustos han merecido el estudio de una buena parte de la doctrina [PÉREZ GURREA (2013, pp. 466 y ss.), VALERO FERNÁNDEZ-REYES (2013, pp. 500 y ss.), JIMÉNEZ PARÍS (2013, pp. 315 y ss.), NAVARRO COLOMÉ (2012, pp. 179 y ss.), DÍAZ FRAILE (2013, pp. 1860 y ss.), GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (2013, pp. 264 y ss.), GARCÍAS DE ESPAÑA (2013, pp. 7 y ss.), HERNÁNDEZ ARRANZ (2011, pp. 257 y ss.); DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO (2012, pp. 6 y ss.) y ROMERO CANDAU y ROMERO CANDAU (2011, pp. 1 y ss.)].

Esta problemática ha tenido repercusiones también en el plano legislativo, y así en 2012 se reformó el art. 671 LEC, de modo que la adjudicación al acreedor fuera por el 60% del valor de tasación. Pero aún se consideraba una previsión abusiva desde ciertos colectivos sociales que reclamaban que la adjudicación se hiciera por la totalidad de la deuda. Por ello, la reforma introducida por la Ley 1/2013 da un paso más en este punto, estableciendo que la adjudicación al acreedor se realice por el 50% del valor por el que el bien salió a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, excepto cuando se trate de la vivienda habitual. En este supuesto, la adjudicación será por el 70% del valor por el que el bien salió a subasta, y si la cantidad que se le deba al acreedor por todos los conceptos es inferior a este porcentaje, por el 60%.

### **3.4. Improcedencia de la dación en pago forzosa**

Una de las principales críticas al procedimiento de ejecución hipotecaria consiste en que tras concluir ésta, generalmente en el contexto de los últimos años con la adjudicación del bien al acreedor por el 60% de su valor de tasación, o incluso el 70%, a partir de la reforma de 2013, la entidad financiera acreedora continúa persiguiendo bienes del deudor por los trámites de la ejecución ordinaria hasta la completa satisfacción del crédito, y ello a pesar de que en muchos casos el valor real del inmueble adjudicado debería ser suficiente para cubrir la deuda. Por ello se pretende que el deudor hipotecario quede liberado de su obligación entregando el bien que sirvió de garantía. De este modo, si tras la ejecución, y en su caso la adjudicación del bien al acreedor al haber quedado desierta la subasta, este último considerase que el bien —o el precio de remate, en

caso de adjudicación a un postor de la subasta— no es bastante para cubrir el importe total de la deuda, nada más podría reclamar al deudor hipotecario, lo que constituiría una derogación para estos supuestos de la responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CC.

A pesar de las reivindicaciones en este sentido, lo cierto es que tal alternativa no tiene fácil encaje en nuestro ordenamiento pues alteraría las bases de nuestro sistema de responsabilidad por deudas y produciría numerosas distorsiones con otras normas. Además, la particular coyuntura económica actual condiciona en gran medida el modo en que se vienen desarrollando las ejecuciones hipotecarias y los problemas que éstas conllevan, y no parece que una situación de crisis excepcional deba servir de motivo para justificar un cambio en la legislación general. Así, las reformas legales sólo lo han permitido de forma excepcional, para casos muy residuales de deudores por debajo del umbral de exclusión, y una vez que hayan fracasado los intentos de reestructuración de la deuda y quita parcial, si la entidad financiera se ha adherido voluntariamente al Código de Buenas Prácticas. Y ello a pesar de algunos intentos en sede judicial. Diversas resoluciones judiciales, con un dudoso respeto de la legalidad vigente pero atendiendo a criterios de justicia, han tratado de impedir que se continúe con la ejecución tras la adjudicación del inmueble hipotecado al acreedor, con base en argumentos como el enriquecimiento injusto, el abuso de derecho, y la doctrina de los actos propios, entre otros, el AAP Navarra, Civil, Sec. 2<sup>a</sup>, 17.12.2010. En esta misma línea es de destacar la reivindicación de ciertos colectivos sociales y una parte minoritaria de la doctrina [DÍAZ FRAILE (2013, p. 1885), VIVES MARTÍNEZ (2012), FERRUZ AGUDO *et al.* (2012) y ROMERO CANDAU y ROMERO CANDAU (2011)]. Frente a ellos, numerosos autores se manifiestan en contra de la dación en pago [GÓMEZ GÁLIGO (2013, p. 22), GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (2013, pp. 247 y ss.), MARTÍN BRICEÑO (2013, pp. 366 y ss.), MÉNDEZ GONZÁLEZ (2011), PÉREZ GURREA (2013, p. 460), GARCÍA ABURUZA (2012, p. 117), BELINCHÓN ROMO (2012) y GARCÍAS DE ESPAÑA (2013., p. 3)].

Además de los desajustes en el plano jurídico, la limitación de la responsabilidad del deudor al bien hipotecado y la dación en pago forzosa comportarían consecuencias económicas que desaconsejan acoger esta alternativa de forma generalizada.

Sin ánimo de realizar un exhaustivo análisis económico de la cuestión, indicaremos al menos los principales argumentos de esta naturaleza esgrimidos para advertir sobre las consecuencias que conllevaría una modificación legal en el sentido propuesto [ARRUÑADA (2013, pp. 37 y ss.)]. Así, la consecuencia más inmediata sería una restricción y un encarecimiento del crédito hipotecario, pues una limitación de las garantías del acreedor al bien hipotecado, suprimiendo su garantía personal del art. 1911 CC, implica un mayor riesgo para el acreedor que se traduce en unas condiciones crediticias más restrictivas: tipos de interés más elevados, menor cobertura de la responsabilidad asegurada respecto del valor del bien hipotecado, plazos de amortización más reducidos. Esto, a su vez, comportaría una mayor dificultad para acceder a la vivienda en propiedad, por las limitaciones para obtener financiación. Pero además, y sirviendo de ejemplo la experiencia de aquellos estados de los Estados Unidos donde la responsabilidad se limita al bien hipotecado, se constata que este modelo propicia las insolvencias estratégicas, es decir, que ante determinadas coyunturas económicas como es la caída del precio de la vivienda, se multiplican los casos en que el deudor voluntariamente deja de pagar. Y una hipoteca menos segura se traduciría en último término en un mayor riesgo para los inversores en títulos hipotecarios.

Analizamos a continuación esta dación en pago y sus principales obstáculos para ser admitida en

nuestro ordenamiento.

#### **a) No es una dación en pago**

La dación en pago es una forma especial de extinción de la obligación mediante la entrega de una prestación distinta de la pactada, pero que satisfaga también al acreedor, y encuentra su base en la autonomía de la voluntad. Faltando el acuerdo, no cabría imponer la extinción de la obligación mediante la entrega de una prestación diferente a la convenida por las partes, porque vulneraría los principios de identidad e integridad de la prestación de los arts. 1166 y 1169 CC [GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (2013, p. 256)].

La pretendida dación en pago forzosa que se trata de imponer desde ciertos sectores y que se recogía en la iniciativa legislativa popular que finalmente no cuajó (iniciativa legislativa popular relativa a la proposición de Ley de regulación de la dación en pago, de paralización de los desahucios y de alquiler social, presentada el 13.12.2011, y subsumida posteriormente en la proposición de Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, cuyo texto definitivo fue aprobado con fecha 14.5.2013, aunque modificando el texto de la iniciativa legislativa popular en términos que suponían un abandono de la idea de dación en pago basada en la exclusiva voluntad del deudor sin necesidad de acuerdo con el acreedor hipotecario), trastocaría este planteamiento general de nuestro ordenamiento. Se trataría de que por la sola voluntad del deudor éste pudiera quedar liberado de su obligación entregando al acreedor una prestación distinta de la pactada. Existiendo una deuda pecuniaria, si quedara desierta la subasta del inmueble hipotecado, la única alternativa del acreedor impuesta imperativamente sería recibir una prestación distinta y cuyo valor económico puede no coincidir con el de la obligación, sin poder formular ninguna otra reclamación.

#### **b) La colisión de la dación en pago con otras normas del ordenamiento**

Un análisis más detallado de la cuestión permite constatar que la dación en pago forzosa no sólo choca con los planteamientos generales de nuestro modelo de cumplimiento de las obligaciones, sino que además contraviene otras normas del ordenamiento, precisamente por la unidad y coherencia de éste y la interconexión que existe entre los preceptos legales. Destacamos las vulneraciones más llamativas.

- i. La hipoteca es una garantía real que se añade a la garantía personal, no la desplaza.

Aunque pueda parecer una obviedad, conviene recordar que la hipoteca es un derecho real de garantía con el cual se trata de reforzar la posición del acreedor en relación con el cobro de su crédito, de manera que junto a la genérica responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CC se añade la especial sujeción de un bien al cumplimiento de la obligación, tal y como precisa el art. 105 de la Ley Hipotecaria (Decreto de 8 de febrero de 1946, BOE núm. 58, 27.2.1946) (en adelante, LH) [GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (2013, p. 259)]. El acreedor hipotecario adquiere así un derecho de realización de valor sobre un concreto bien con preferencia de cobro frente a los demás acreedores respecto de ese bien, pero sin que ello afecte a la garantía personal del deudor. En definitiva, la hipoteca es un refuerzo a la posición general del acreedor frente al cobro. Pero con la dación en pago forzosa se alteraría este modelo de

responsabilidad y se podría llegar a convertir a la hipoteca en una garantía de peor condición que la garantía patrimonial universal del deudor en los casos en que el patrimonio del deudor supere con creces el bien hipotecado. Ya no sería válido el planteamiento de que la hipoteca refuerza y se añade a la responsabilidad personal del deudor, puesto que más bien desplazaría a esta última [GONI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (2013, p. 249) y GÓMEZ GÁLLIGO (2013, p. 22)]. Es algo totalmente nuevo y diferente a todo lo que hasta ahora, y desde los orígenes de nuestro Derecho civil, se ha admitido en nuestro ordenamiento.

- ii. El art. 1256 CC prohíbe que el cumplimiento de los contratos quede al arbitrio de una de las partes contratantes.

Con la dación en pago forzosa, el deudor libremente podría sustituir su cumplimiento por la entrega de una prestación distinta, la vivienda. La cuestión se conecta con las denominadas insolvencias estratégicas, ya mencionadas al apuntar los inconvenientes que desde el punto de vista económico se esgrimen con relación a la limitación de la responsabilidad al bien hipotecado y una dación en pago forzosa.

En el Código de Buenas Prácticas sí que se contempla como solución última que la entrega del bien sirva para dar por cumplida la obligación. Pero en este caso, a diferencia de la iniciativa legislativa popular, ha precedido el consentimiento del acreedor, ya que el Código sólo es obligatorio para las entidades que voluntariamente se adhieran a él. Y como la dación en pago se hace depender en tales supuestos de la solicitud del deudor, será preciso que concurra también su voluntad. Lo que sucede es que la entidad acreedora presta un consentimiento previo y general, y el deudor decide caso por caso lo que más le conviene. Esto último implica que cuando cambie la situación económica e hipotecaria y el valor del bien supere con creces a la deuda, no parece previsible que la dación en pago tenga lugar en la práctica. La única justificación a esta normativa puede encontrarse en que el deudor sólo tiene a su disposición esta facultad cuando se encuentre por debajo del umbral de exclusión, pues una aplicación más amplia de la norma podría dar lugar fácilmente a actuaciones fraudulentas de los deudores.

- iii. La dación en pago no respetaría los derechos e intereses de otros acreedores y las reglas de prelación en el pago a los acreedores.

De acuerdo con el art. 692 LEC, cuando un bien hipotecado se vende en pública subasta, si hubiera sobrante una vez satisfechos el principal y los intereses de la deuda y las costas, éste se destinaría a satisfacer a los acreedores con cargas posteriores. Y a falta de éstos, el sobrante se entregará al deudor, que lo integra en su patrimonio y, por tanto, es susceptible de ser destinado al pago voluntario o forzoso a otros acreedores del mismo deudor. Sin embargo, una entrega del bien al acreedor impide a los demás acreedores tener expectativa alguna de cobro con el sobrante, viendo no obstante como se reduce el patrimonio de su deudor con la salida del bien.

Se ha apuntado en la doctrina [GÓMEZ GÁLLIGO (2013, p. 31) y JIMÉNEZ PARÍS (2013, p. 308)] que en la prenda sí se admite la liberación del deudor mediante la entrega del bien pignorado al acreedor, cuando el art. 1872 CC dispone que si tras la segunda subasta notarial no se hubiera enajenado la prenda, “podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda. En este caso estará obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito”, y en este sentido se plantea que siendo posible esto para la prenda, por qué no podría admitirse también para la hipoteca. Pues bien, existe una diferencia esencial entre ambas garantías reales que serviría a mi juicio para explicar por qué lo que es posible en un caso no es deseable en el otro, y que conecta directamente con la cuestión que ahora abordamos. Una de las características de la hipoteca, y que tradicionalmente se ha presentado como una de sus ventajas, consiste en que permite la coexistencia simultánea de varias garantías reales a favor de diferentes acreedores sobre un mismo bien, gracias al requisito de la inscripción constitutiva. Siendo esto así, la ejecución de una hipoteca debe dirigirse a su conversión en dinero para satisfacer en la medida de lo posible a todos los acreedores hipotecarios. Si la

ejecución se traduce en la entrega del bien al acreedor, se lesionarían los intereses de los acreedores posteriores, ya que se extingue su garantía sin tener la posibilidad de llegar a percibir al menos una parte del crédito, y esto es particularmente grave cuando el valor del bien sea muy superior al importe de la deuda que motiva la ejecución hipotecaria. Por tanto, admitir una dación en pago generalizada supondría en la práctica acabar con esta posibilidad de constituir varias hipotecas sobre un mismo inmueble, pues a nadie interesaría ser acreedor posterior.

- iv. En caso de aplicación retroactiva de la dación en pago, se atentaría gravemente contra la seguridad jurídica.

El art. 9.3 de la Constitución Española (BOE núm. 311, 29.12.1978) (en adelante, CE) consagra la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, y como hemos visto, esta dación en pago limitaría los derechos del acreedor. Por ello en ningún caso cabría admitir una dación en pago con carácter retroactivo [MÉNDEZ GONZÁLEZ (2011, p. 1), ARRUÑADA (2013, pp. 39 y ss.) y MARTÍN BRICEÑO (2013, p. 385)], que además constituiría un grave ataque para la seguridad jurídica. Y si no cabe la retroactividad, aun cuando se introdujera en nuestro ordenamiento la posibilidad de dar por cumplida la obligación con la entrega del bien hipotecado al acreedor, tal medida no serviría para resolver los problemas actuales, referidos a hipotecas ya constituidas.

### **c) Su admisión excepcional para personas sin recursos**

La dación en pago sólo puede tener cabida en los términos admitidos hasta ahora en nuestro ordenamiento, es decir, basada en un acuerdo entre acreedor y deudor al tiempo del incumplimiento. También puede admitirse que la responsabilidad del deudor hipotecario quede limitada al bien dado en garantía, en contra de la regla general del art. 1911 CC, pero sólo si se pacta en la escritura de constitución de hipoteca, tal y como prevé el art. 140 LH como excepción a la regla general del art. 105 LH. Y finalmente, se admite que el acreedor, en la ejecución hipotecaria y habiendo quedado desierta la subasta, se adjudique el bien en pago de su crédito, pero sólo si voluntariamente accede a ello. No se le puede imponer en estos casos que dé por extinguida la obligación mediante la entrega del bien hipotecado, quedando abierta en cualquier caso la ejecución ordinaria contra el patrimonio del deudor.

Sólo excepcionalmente puede alterarse en algún extremo este planteamiento. Sería en aquellos supuestos más graves de insolvencia del deudor en los que no quedara otra alternativa para proceder al pago o cumplimiento [CUENA CASAS (2011), GÓMEZ GÁLLIGO (2013, pp. 31 y ss.), PÉREZ GURREA (2013, pp. 460 y 461) y MARTÍN BRICEÑO (2013, p. 385)]. Se trataría de una dación en pago forzosa para supuestos límite. Careciendo de otros bienes, las especiales circunstancias podrían legitimar ciertas medidas que tengan en cuenta no sólo los intereses del acreedor hipotecario, sino también de los demás acreedores y del propio deudor. Lo que sucede es que en nuestro ordenamiento no se regula el concurso de la persona física, a pesar de que en los últimos tiempos se viene reclamando la necesidad de que se regule el sobreendeudamiento familiar para dar una respuesta satisfactoria a muchas personas físicas, básicamente consumidores, que actualmente, y por la coyuntura económica, no pueden hacer frente al pago de sus deudas.

Aunque aún no se ha dado respuesta a esta demanda, en algún sentido se puede entender que el RDL 6/2012 viene a dar una incipiente y parcial respuesta a estos problemas. La norma resulta de aplicación a los deudores hipotecarios que se encuentren en el umbral de exclusión,

entendiéndose por tales aquellos que cumplan con todos los requisitos del art. 3.1 RDL 6/2012. Se trataría de supuestos de sobreendeudamiento familiar especialmente penosos y graves, por tanto, su aplicación es más reducida que la que tendría una ley que regulara el concurso de la persona física y su familia. Respecto de tales deudores hipotecarios, lo primero que se acuerda es paralizar los lanzamientos. Esta medida puede ser problemática a medio o largo plazo. En este sentido, en Estados Unidos se ha constatado que la introducción de medidas protectoras del deudor en la ejecución hipotecaria que dilatan la realización de valor del bien para conceder al deudor nuevas oportunidades de pago, en un principio y aparentemente reducen los casos de ejecución, pero esto es sólo en un primer momento, porque quien no está en condiciones de hacer frente a los pagos no podrá cumplir, y lo único que se consigue es prolongar una ejecución que en todo caso tiene que llegar [GERARDI *et al.* (2013, pp. 1 y ss.)].

Además de la paralización del lanzamiento, se permite que las entidades financieras acreedoras puedan adherirse voluntariamente a un Código de Buenas Prácticas, quedando entonces obligadas a sujetarse a lo previsto en este Código, que prevé la adopción de las siguientes medidas de forma sucesiva: reestructuración de la deuda, quita y dación en pago voluntaria para el deudor y forzosa para el acreedor, que conllevaría la cancelación total de la deuda garantizada con la hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad financiera por razón de esta misma deuda. Pero nótese que en cualquier caso, y aunque la dación en pago resulte obligatoria o forzosa para el acreedor, ha precedido una adhesión voluntaria al Código de Buenas Prácticas, con lo cual concurre también su voluntad.

Junto a estos casos, y en esta misma línea de acotar la responsabilidad de las personas físicas, más recientemente, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE núm. 233, 28.9.2013), ha establecido en sus arts. 7 y ss., una limitación de responsabilidad, como excepción al art. 1911 CC, pero sólo cuando el sujeto reúna la condición de emprendedor. En los demás casos, la persona física continúa asumiendo una responsabilidad patrimonial universal, presente y futura.

En definitiva, y a la vista de todo lo anterior, no puede admitirse en nuestro ordenamiento como solución generalizada que el deudor hipotecario quede liberado frente a su acreedor con la entrega del inmueble. La solución a los problemas actuales debería buscarse más bien en fórmulas que permita obtener el mejor precio posible por el inmueble, a fin de evitar o limitar los casos en que haya que acudir a la ejecución ordinaria tras la realización de valor del bien hipotecado. A ello habría que sumar, como ya veremos, medidas preventivas en el momento de la contratación del préstamo hipotecario que reduzcan el riesgo de impago y sus consecuencias.

### **3.5. Medidas relativas a la deuda pendiente tras la ejecución. La quita parcial**

En los casos de adjudicación del inmueble al acreedor, cuanto mayor sea el valor por el que el bien sale a subasta y el porcentaje por el que se adjudique el bien, menor será la deuda que quede pendiente, lo que beneficiaría al deudor. Y cuanto más reducidos sean el valor de tasación y el referido porcentaje, mayores serán las probabilidades de realización de valor del bien de una forma rápida, lo que beneficia al acreedor, aunque ello comporta el riesgo de obtener un precio de remate reducido, en perjuicio de los intereses del deudor. En cierto modo, se produce así una colisión de intereses entre acreedor y deudor, pues el primero está interesado en un

procedimiento ágil para obtener antes el cobro, pero esta rapidez puede traducirse en un precio de remate inferior, en contra de los intereses del deudor. Las reformas de 2012 y 2013 tratan de tutelar los intereses de éste, particularmente en el caso de la vivienda habitual, pero ello se hace en términos que podrían dificultar tal vez, de cara al futuro, la concesión de préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda, o en opinión de ARRUÑADA (2013, p. 52), podría dar lugar a que el acreedor optara por no adjudicarse el bien, pero a cambio se evitan o palían los abusos frente al deudor en la ejecución hipotecaria.

Esta reforma trata de buscar así un punto intermedio en la tensión de intereses entre el acreedor, que quiere ver reforzada su posición en relación con la íntegra satisfacción de su crédito de una forma rápida, económica y eficaz, y preferiblemente en dinero, y el deudor, cuyo interés patrimonial se centra en obtener el mayor precio posible con la ejecución hipotecaria y liberarse de su deuda. La cuestión radica entonces en determinar dónde se encuentra el equilibrio entre estas dos posiciones. A pesar de lo que sostienen algunos autores [JIMÉNEZ PARÍS (2013, p. 310) y OROZCO PARDO y PÉREZ SERRABONA GONZÁLEZ (2011, pp. 226 y ss.)], considero que la adjudicación no debería realizarse por el valor de tasación en ningún caso ni por el valor real de mercado, sino por un porcentaje de éste. Aun cuando el bien ingrese en el patrimonio del acreedor libre de cargas, comporta una serie de consecuencias económicas negativas para éste que son las que, a mi juicio, justifican que la adjudicación se haga por un valor inferior a la tasación.

En este sentido, basta tener en cuenta los gastos fijos que conlleva cualquier inmueble, como el pago del IBI, los gastos de comunidad en inmuebles sujetos al régimen de propiedad horizontal. Por otra parte, mantener el inmueble vacío durante un período largo de tiempo puede comportar una depreciación del mismo por su deterioro; y aunque se alude a la posibilidad de arrendarlo, lo cierto es que los acreedores no suelen dedicarse al negocio inmobiliario y carecen de interés en este tipo de operaciones que le suponen más un lastre que una ventaja. Además, las entidades financieras deben realizar una provisión de fondos por sus activos inmobiliarios. La única ventaja real se produce cuando la entidad financiera posteriormente enajena el inmueble por un precio superior al de la adjudicación, pero esto también lo tiene en cuenta la reforma de 2013, como veremos seguidamente.

Efectivamente, la citada reforma modifica el art. 579.2 LEC introduciendo una serie de previsiones para los casos en que tras la subasta de la vivienda habitual hipotecada, aún quede parte de la deuda pendiente de pago. La norma se aplica tanto si la subasta ha concluido con la adjudicación a uno de los postores como con la adjudicación al acreedor: si en el plazo de cinco años desde la aprobación del remate o adjudicación, el ejecutado satisface el 65% de la cantidad total que quede pendiente, incrementada en el interés legal del dinero, quedará liberado del resto de la deuda, y lo mismo sucederá si en el plazo de diez años satisface el 80%. Se trata de una quita dirigida a evitar que el deudor sufra de por vida, y como consecuencia del art. 1911 CC, el lastre de una deuda contraída para la adquisición de su vivienda habitual cuando no puede hacer frente a este pago.

Y además, si la subasta hubiera concluido con la adjudicación del bien al acreedor ejecutante o a quien éste haya cedido su derecho y éste enajena la vivienda en el plazo de diez años desde la aprobación del remate, la deuda se verá reducida en un 50% de la plusvalía obtenida con la venta.

No cabe duda de que esta previsión trata de paliar los efectos perversos del anterior sistema en el que tras la adjudicación del inmueble al acreedor por el 50 ó 60% del valor de tasación, si quedaba deuda pendiente, éste continuaba persiguiendo bienes del deudor sin perjuicio de una posible enajenación posterior de la vivienda por un valor muy superior al de la adjudicación, lo que llevó a plantear, como hemos visto, si estos supuestos constituían un enriquecimiento injusto y un abuso de derecho. Parece adecuado que se tome como referencia el 50% de la plusvalía y no ésta en su integridad para compensar los gastos que ocasiona al acreedor la titularidad del inmueble y su enajenación posterior.

Pero además, concluye estableciendo el nuevo art. 579 LEC que si en estos plazos de cinco y diez años, el acreedor continúa persiguiendo bienes del deudor y se produce “una ejecución dineraria que exceda del importe por el que el deudor podría quedar liberado según las reglas anteriores, se pondrá a su disposición el remanente”.

En definitiva, la ley ahora legitima que cuando se trate de una hipoteca sobre la vivienda habitual y el acreedor no logre el cobro íntegro en la subasta, no llegue a recuperar nunca la totalidad de la cantidad debida, porque tanto si hay un pago voluntario del deudor como una ejecución posterior de otros bienes de éste, se produce una quita por mandato legal. Puede llamar la atención el hecho de que incluso si hubiera patrimonio suficiente por parte del deudor, llegue a aplicarse esta previsión legal. Aunque la finalidad de la norma parece ser la protección del adquirente de vivienda con préstamo hipotecario, posiblemente las consecuencias sean otras. El acreedor, conector de esta previsión legal, se mostrará muy restrictivo y cauteloso en la concesión del crédito garantizado con hipoteca para la adquisición de la vivienda habitual, porque si se produce el impago y no se satisface la deuda íntegramente con la ejecución del inmueble hipotecado, es prácticamente seguro que el acreedor ya nunca percibirá la totalidad de lo debido. Posiblemente los porcentajes de concesión de crédito respecto de la tasación de la vivienda se sitúen en la práctica por debajo del 80% que marca la LMH para evitar la aplicación del art. 579 LEC. Una lectura de esta consecuencia sería la dificultad en el acceso a la vivienda en propiedad, pero la otra cara de la moneda sería la concesión de crédito responsable.

### **3.6. Otras medidas tuitivas para el deudor**

Se añade un tercer apartado al art. 654 LEC especificando el orden de pago en la ejecución hipotecaria cuando el precio de remate es insuficiente para cubrir todas las cantidades debidas: se abonarán primero los intereses remuneratorios, a continuación el principal, los intereses moratorios y por último las costas.

Por otra parte, y como no cabe duda de que la ejecución de la hipoteca comporta siempre consecuencias negativas para el deudor, la ley trata de suavizar las circunstancias en que ésta tiene lugar. Se modifica el art. 693 LEC, de manera que ya no basta con el incumplimiento de uno de los plazos para ejecutar la hipoteca, sino que se requieren 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.

En realidad, toda la problemática reciente con relación a la ejecución hipotecaria parece responder al hecho de que la normativa legal partía siempre de una desconfianza hacia la actitud del deudor, que llega al proceso de ejecución hipotecaria por su voluntad reacia al pago de la

deuda. Por ello, posiblemente, la ley ha venido dando un trato mucho más beneficioso al acreedor que al deudor, hasta el punto de que, como afirma OLIVAS DÍAZ (2009, p. 9) la normativa anterior no era respetuosa “ni con el derecho a la vivienda ni con los sectores de la población más afectados por las agresiones del libre mercado, protegiendo de forma injustificada al acreedor hipotecario”.

En el contexto actual, y especialmente en los casos de hipoteca para la compra de vivienda, el acreedor (la entidad financiera) se encuentra en una posición preeminente frente al deudor (consumidor) desde el momento mismo de la contratación del préstamo hipotecario y también en el momento de la ejecución de la hipoteca. En caso de hipoteca sobre la vivienda habitual del deudor, los datos de morosidad del Banco de España parecen revelar que generalmente cuando el deudor no paga es porque no puede, y no porque no quiere, y esto se produce además en el marco de un contrato que, muchas veces, contiene cláusulas abusivas y se ha concertado sin la suficiente transparencia por parte de la entidad financiera. Por este motivo, y más aún por el hecho de que la vivienda habitual ha de merecer una especial protección de conformidad con el art. 47 CE, resultaba necesario revisar la legislación hipotecaria para estos supuestos, y es lo que ha tratado de hacer la reforma de 2013, no sólo con las medidas que acabamos de analizar, sino también con otras como la reducción de las costas y la limitación de los intereses de demora, que hasta la reforma han resultado especialmente perjudiciales para los deudores y cuya restricción venía siendo reclamada desde la doctrina [JIMÉNEZ PARÍS (2013, p. 283)].

#### *4. La ejecución extrajudicial*

La reforma de 14 de mayo de 2013 modifica también la regulación de la venta extrajudicial del bien hipotecado, cuestión controvertida durante tiempo [STEFEL MORENO (2013)], porque a juicio de algunos autores y del Tribunal Supremo, en su sentencia de 4 de mayo de 1998, era un procedimiento contrario a la Constitución, sin encaje en un Estado de Derecho. Se ha venido entendiendo que la venta extrajudicial es una ejecución privada de garantías reales en la que el deudor no se somete a un procedimiento contradictorio y bajo el control judicial, y no se respeta el principio de exclusividad de la jurisdicción, vulnerando el art. 117 CE y el art. 2 LOPJ. No obstante, esta postura no es unánime y así, la DGRN ha venido admitiendo este procedimiento, que ahora, con la reforma de 14 de mayo de 2013, se trata de reforzar estableciendo un régimen específico para la venta del bien hipotecado cuando se trate de la vivienda habitual del deudor, formulando algunas alteraciones gramaticales con las que se trata de salvar los obstáculos a su encaje en el ordenamiento jurídico, aunque a juicio de algunos tales cambios son insuficientes [MARTÍNEZ DE SANTOS (2013, p. 3)]. La cuestión sigue sin ser pacífica hoy en día, y así, se ha planteado un recurso de inconstitucionalidad contra la reforma del art. 129 RH operada por la Ley 1/2013. Igualmente, se plantea si la cláusula por la que se introduce la venta extrajudicial en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor puede entenderse nula por abusiva si no se negocia individualmente, ya que supone un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor porque implica una merma en sus derechos frente a la ejecución en vía judicial. En este sentido, recientemente la SJM Palma de Mallorca, 3.1.2014 (JUR 2014, 20768; MP: Leandro Blanco García-Lomas) ha declarado nula por abusiva la cláusula de sometimiento al procedimiento de ejecución extrajudicial en un contrato

celebrado con consumidores.

Otros países admiten formas de realización de valor del bien al margen de la vía judicial. Así por ejemplo, en Estados Unidos se habla de *judicial states* y *power of sale states*. Los primeros son aquellos estados que sólo admiten la venta judicial, mientras que en los segundos, junto a ésta se permite que el propio acreedor proceda a la enajenación, aunque la venta ha de ser revisada por el juez para asegurar su conformidad con la ley. Esta opción es mucho más extrema que la venta mediante notario por cuanto es el propio acreedor quien enajena el bien y los riesgos de abuso parece que se incrementan. No obstante, existen estudios que demuestran que esta alternativa resulta mucho más eficiente y rápida que la venta judicial [GERARDI *et al.* (2013, pp 1 y ss.)]: en los *judicial states*, transcurrido un año desde el incumplimiento grave del deudor, sólo se han subastado el 14% de los inmuebles, mientras que en los *power of sale states* la cifra asciende al 35%. Y se apunta además que la posterior revisión judicial de la venta realizada por el acreedor actúa como remedio frente a posibles abusos de éste.

El problema en relación con la validez de la venta extrajudicial en nuestro ordenamiento radica en si el ejercicio del derecho de realización de valor ha de reconducirse a una venta de carácter jurisdiccional o si cabe un ejercicio privado de este derecho. Sólo en el segundo supuesto podría admitirse la venta notarial. Analizando la regulación positiva podríamos tal vez dar una respuesta a esta cuestión.

Con la nueva redacción del art. 129 LH, el precepto ya no se limita a referirse a la venta extrajudicial como una posibilidad que puede pactarse y cuya regulación queda remitida a lo dispuesto en el Reglamento Hipotecario (Decreto de 14 de febrero de 1947, BOE núm. 106, 16.4.1947) (en adelante, RH). Además de ello, incluye una serie de disposiciones que en buena medida tratan de asemejar este tipo de subasta a la que se desarrolla en vía judicial, con la diferencia de que la extrajudicial se desarrolla ante Notario y, en caso de que se aprecie el carácter abusivo de una cláusula, la cuestión ha de remitirse al juez competente, suspendiendo la ejecución hasta que se resuelva sobre este punto, ya que el Notario no puede decidir sobre este extremo.

En realidad, puede considerarse que el art. 129 LH no atribuye al notario facultades cognitivas ni ejecutivas [STEFEL MORENO (2013, pp. 7 y ss.)]. No tiene facultades cognitivas porque el notario se limita a constatar el cumplimiento de unos requisitos, da fe de ello y se procede a la subasta. Y cualquier cuestión que se suscite, cualquier oposición que formule el deudor, ha de remitirse al proceso declarativo. Por otra parte, carece de facultades ejecutivas porque se trata de una venta paccionada, no forzosa, ya que el art. 234.1.3 RH prevé que en el título conste la persona que en su día ha de otorgar la escritura de venta de la finca en representación del hipotecante, y que puede ser el propio acreedor, lo que constituye un supuesto de apoderamiento irrevocable y de autocontratación. Por ello, debe admitirse en nuestro ordenamiento la posibilidad de venta extrajudicial del bien hipotecado, tal y como sucede con otras garantías reales como la prenda, superando la posición arcaica que limita la realización de valor de la hipoteca a la vía judicial.

Esta reforma trata de hacer más atractiva esta forma de ejecución frente a la vía judicial. Se busca convertir la subasta ante notario en un procedimiento ágil, de bajo coste y que permita obtener un precio de remate lo más elevado posible. La rapidez del procedimiento trata de conseguirse estableciendo una única subasta de carácter electrónico, lo que contribuye a incrementar el número de postores y obtener un precio de remate más elevado. En relación con las medidas que

afectan al precio de remate, se produce una aproximación entre la subasta notarial y la judicial en lo relativo al valor en que los interesados tasen la finca (ha de ser el mismo que para la ejecución judicial, y nunca inferior al 75% del valor señalado en la tasación realizada conforme a la LMH) y los tipos de la subasta y sus condiciones, que serán los mismos que en la subasta judicial. Además, se hace una remisión general a la LEC como norma supletoria de este tipo de subastas. Sin duda esta regulación constituye un empuje para fomentar el desarrollo de la subasta fuera de la vía judicial, pero su similar regulación hace que se planteen los mismos problemas que la subasta judicial, básicamente la dificultad de obtener un precio por el bien que se aproxime al de mercado, y provoca que la subasta notarial no ofrezca un mejor trato al deudor. Aunque también en este caso se hará constar el carácter habitual o no que se pretende atribuir a la vivienda que se hipoteque, lo que en su caso permitiría la aplicación de determinadas normas de la LEC especialmente tuitivas del deudor, se aprecian graves carencias en relación con la posibilidad de apreciar el carácter abusivo de una cláusula durante la ejecución, frente a la venta judicial, tal y como expone de manera argumentada la citada SJM Palma de Mallorca, 3.1.2014 (JUR 2014, 20768).

En realidad, esta reforma trata de contribuir a descargar el volumen de trabajo concentrado en Juzgados y Tribunales, aunque sólo puede tener lugar si se pactó al tiempo de constituirse la hipoteca. La cuestión es si el coste de la ejecución extrajudicial superará o no las costas judiciales, porque si resulta más caro no será una verdadera alternativa en la práctica.

## **5. Propuestas de mejora**

### **5.1. Reestructuración de la deuda**

Como hemos visto, la ejecución de la hipoteca rara vez permitirá obtener el valor de mercado del bien o un precio cercano a éste. Por ello parece que ésta debería ser la última alternativa a la que recurriera el acreedor ante el incumplimiento. La renegociación de la deuda en términos que hagan posible al deudor hacer frente a los pagos debería ser la primera opción, aunque no siempre será viable. Habría que ver si puede trazarse un plan de pagos realista al que el deudor pueda hacer frente y su coste, porque toda reducción de cuotas y aplazamiento o prolongación de los pagos derivará en un incremento de las cantidades a satisfacer en concepto de intereses [PÉREZ BELTRÁN (2009, p.22)]. Y puede ocurrir entonces que el coste de la reestructuración de la deuda resulte excesivo. Aunque habrá casos en que el mayor coste compensará en la medida en que permita al deudor permanecer en su vivienda.

La reestructuración de la deuda es una novación modificativa que queda siempre supeditada al acuerdo de voluntades, por lo que las normas positivas no podrían más que proponerla, incentivarla, o en todo caso imponer la obligación de intentar alcanzar un acuerdo, cuya consecución no se puede imponer imperativamente y de forma necesaria. Países como Estados Unidos, Francia, Alemania y Portugal obligan a seguir un proceso de negociación entre la entidad financiera y el deudor hipotecario en los casos de impago [VALIÑO (2009, p. 65)]. En nuestro país, la única referencia legal en este sentido se contiene en el Código de Buenas Prácticas aprobado por el RDL 6/2012 para los supuestos de deudores hipotecarios que se encuentren por debajo del

umbral de exclusión y siempre que la entidad acreedora haya suscrito voluntariamente el referido Código y que el plan pueda resultar viable, atendida la situación económica financiera del deudor. Quizás sería deseable que desde el derecho positivo se articulasen mecanismos dirigidos a posibilitar la negociación entre las partes o fórmulas de mediación dirigidas a lograr la reestructuración de la deuda [JIMÉNEZ PARÍS (2013, p. 347)].

Hay que tener en cuenta que los casos a los que nos referimos son aquellos en los que el deudor que no hace frente a los pagos es un consumidor cuyo préstamo está garantizado con una hipoteca sobre su vivienda habitual, que es un bien de primera necesidad. Por tanto, éste siempre trata de satisfacer las cuotas del préstamo y soporta cualquier privación antes de faltar al pago. El incumplimiento se produce cuando realmente ya no puede pagar, situación que es radicalmente distinta a la de otro deudor hipotecario que estratégicamente puede optar por no cumplir la obligación garantizada con hipoteca en lugar de otra —sería el caso, por ejemplo, de un promotor inmobiliario o un empresario que constituye una hipoteca en garantía dentro de su actividad empresarial—. Esta circunstancia justifica la conveniencia de proporcionar un trato más tuitivo al primero que a estos últimos en relación con las consecuencias del incumplimiento y que se intente evitar la ejecución hipotecaria.

Ello no quiere decir que necesariamente la reestructuración de la deuda sea la solución. Además de los obstáculos económicos, también puede haber inconvenientes jurídicos, entre los que destacan fundamentalmente los de naturaleza registral, por cuestiones vinculadas al rango. Como indica VALERO FERNÁNDEZ-REYES (2013, p. 490), las modificaciones del crédito hipotecario no producen una pérdida de rango de la hipoteca inscrita salvo en caso de ampliación del capital o del plazo, opción esta última que parece que es casi inevitable en los casos de reestructuración de la deuda, ya sea por ampliar el plazo de amortización reduciendo las cuotas, o por conceder un período de carencia que puede llevar también a revisar el plazo de vida de la hipoteca. En consecuencia, sólo en el caso de que únicamente grave el bien la hipoteca que garantiza el crédito incumplido sería viable esta opción. Parece, no obstante, que en la práctica lo normal será que en los supuestos de hipoteca sobre vivienda habitual del deudor ésta sea la única que grave el inmueble, lo que permite remover el obstáculo registral a la reestructuración de la deuda.

En cualquier caso, es esencial tener en cuenta la viabilidad real de esta alternativa, porque un análisis detallado caso por caso puede llevar a concluir que esta solución es muy limitada. Si el deudor no puede hacer frente al pago del principal y los intereses remuneratorios, más difícil será hacerlo en muchos casos si se aumenta el plazo de amortización o se pacta un período de carencia, lo que en último término aumenta la cantidad total a pagar por parte del deudor en concepto de principal e intereses. No se puede pensar sin más en que transcurridos unos años mejorará la situación económica del deudor y que podrá así afrontar el pago. Debe haber indicios razonables de que podrá pagar, porque si no, la reestructuración de la deuda, bajo la apariencia de una oportunidad al deudor para ponerse al corriente en sus deudas, agravaría su situación a medio o largo plazo.

En definitiva, siempre conviene valorar la posible renegociación de la deuda hipotecaria, pero no siempre será viable. Es más, quizá en un contexto de crisis económica generalizada y de duración incierta, como sucede en la actualidad, no sea la mejor solución. No obstante, en un momento de

crecimiento económico parece más razonable pensar que la situación económica del deudor puede mejorar en un breve lapso de tiempo y ponerse al corriente en el pago de su deuda, lo que propiciaría el recurso a esta fórmula frente al impago.

### 5.2. La venta por entidad o persona especializada

Si no fuera viable la reestructuración de la deuda, la alternativa para el acreedor sería ejercitar su derecho de realización de valor. Pero, como hemos visto, la subasta no permite un ejercicio eficiente de este derecho porque es muy difícil llegar a obtener un precio aproximado al valor de mercado del bien hipotecado. Por ello cabe plantear si sería más conveniente fomentar la posibilidad mencionada en la LEC de venta del bien por entidad o persona especializada, tal y como, además, se defiende desde un sector de la doctrina [CORDERO LOBATO (2013) y DÍAZ FRAILE (2013, p. 1889)]. En este caso se sustituiría la subasta por la intervención de un profesional del mercado inmobiliario. Es posible que también aquí el precio de venta fuera inferior al de mercado para procurar una rápida enajenación y evitar con ello el incremento de la deuda, pero tal vez en estos casos el precio podría ajustarse más al de mercado por no concurrir todos los requerimientos de la subasta, que en definitiva son un obstáculo para facilitar la venta del inmueble. Y las habilidades del personal especializado en este tipo de ventas podrían favorecer las mejores condiciones de venta.

No obstante, la redacción del art. 641 LEC contiene diversas previsiones que dificultan la utilización de esta alternativa. Tal es el hecho, por ejemplo, de que sólo puede seguirse esta vía si concurre la voluntad del ejecutante, ya que se procede a petición del ejecutante o del ejecutado con el consentimiento de éste, y además, la persona o entidad especializada debe prestar caución, salvo si se tratara de una entidad pública.

Y si la venta notarial genera, como hemos visto, cierta desconfianza frente a la ejecución judicial, quizá el recelo se acentuaría en los casos que aquí analizamos. No obstante, tal vez una mejor configuración de esta forma de realización de valor, con adecuadas garantías y la posibilidad de revisión judicial permitiría una ejecución rápida y obteniendo un precio cercano al de mercado. Tal vez, por tanto, habría que reconsiderar la posibilidad de fomentar esta alternativa, que por otra parte contribuiría a reducir la carga de trabajo de los juzgados.

### 5.3. Las medidas preventivas en la contratación de préstamos hipotecarios

Como ha quedado expuesto en las páginas precedentes, cualquier remedio ante el incumplimiento del deudor presenta inconvenientes para éste. Tal vez por este motivo, los poderes públicos, al tratar de atajar los problemas actuales, tratan de poner el acento también en evitar las situaciones en que el deudor pierde su vivienda habitual con la ejecución de la hipoteca, y para ello la única alternativa es evitar que se produzca el impago. Es decir, no sólo se trata de reformar la legislación en materia de ejecución hipotecaria, sino que el acento ha de ponerse también, en gran medida, en el momento de la contratación de los préstamos hipotecarios, para que se realice de forma responsable y evitar *a posteriori* situaciones no deseadas.

En realidad, la situación de los últimos años es excepcional, derivada de los excesos en la concesión de préstamos hipotecarios por parte de las entidades financieras durante la burbuja inmobiliaria y el

posterior estallido de la misma en un contexto de crisis económica generalizada. En lugar de concederse préstamos hipotecarios con el límite del 80% del valor de tasación, se ha rebasado este límite hasta llegar incluso a concederse préstamos por el total del valor del inmueble hipotecado o por encima de este valor, con unas tasaciones que además no eran realistas, y unos plazos de amortización excesivos. Muchas veces la garantía hipotecaria era objetivamente insuficiente para asegurar el total importe del crédito. Además, un capital tan elevado y unos plazos tan extensos hacen que la mayor parte de la cuota esté destinada al pago de los intereses, de manera que apenas se amortiza la deuda en los primeros años. Si además, con el estallido de la burbuja inmobiliaria cae el valor de los inmuebles, la garantía se hace aún más insuficiente. En un principio, el deudor trata de atender a los pagos para evitar la pérdida de su vivienda y la aplicación del art. 1911 CC. Pero la crisis económica provoca la pérdida del empleo de muchos deudores, lo que aboca al impago de las cuotas del préstamo hipotecario y se da lugar a la ejecución hipotecaria, pero respecto de una hipoteca que no basta para cubrir la deuda. Todo ello explica la situación a la que se ha llegado.

Éste es precisamente el punto de partida que toma la Unión Europea en relación con la problemática hipotecaria actual, desde el cual trata de evitar que en el futuro se produzcan situaciones como la acaecida en los últimos años. Muchos de los problemas que han aflorado en nuestro país en estos tiempos en relación con las hipotecas no son extraños a otros Estados miembros, y a fin de buscar soluciones, la Directiva 2014/17/UE, ya referida anteriormente, otorga especial importancia a la información en la contratación y la concesión de crédito responsable.

Con esta Directiva se persigue un doble objetivo: la protección de los consumidores y la concesión y contratación responsable del crédito hipotecario, todo lo cual se presenta como un instrumento para lograr el eficiente funcionamiento del mercado interior y que éste sea más competitivo en relación con los préstamos hipotecarios, incrementando con ello la confianza del consumidor, incluso hasta el punto de impulsar la contratación de estos productos en otros Estados de la Unión Europea, en lo que sería un verdadero mercado único. A través de la contratación responsable de préstamos hipotecarios se reduce el riesgo de incumplimiento y la consecuente ejecución de la garantía hipotecaria.

La Directiva contiene una serie de previsiones dirigidas a procurar que la decisión de otorgar un determinado crédito hipotecario y la decisión del prestatario de optar por un determinado producto hipotecario se adopten correctamente para evitar que en el futuro se produzca un impago que desemboque en la ejecución de la hipoteca.

Concretamente, para asegurar que los consumidores tengan un conocimiento adecuado de las obligaciones que contraen al suscribir un préstamo hipotecario y las consecuencias del incumplimiento, se incide en tres cuestiones: la publicidad, la información precontractual y el asesoramiento.

Los arts. 7 y 8 de la Directiva pretenden asegurar una publicidad clara y leal, no engañosa, y a tal fin se precisa la información básica que de forma clara, concisa y destacada debe contenerse mediante un ejemplo representativo, incluyendo los aspectos esenciales del préstamo hipotecario y la advertencia del riesgo de perder el inmueble en caso de incumplimiento. En el caso español, un estudio de ADICAE de 2008 demostraba el carácter engañoso y abusivo de la publicidad relacionada con los préstamos, pues el objetivo era captar clientes a cualquier precio y hacer sentir al consumidor la falsa necesidad de comprarse una casa [PÉREZ BELTRÁN (2013, p. 19)].

La información precontractual se detalla en el art. 9 de la Directiva. El deber de información precontractual a los consumidores con relación a los productos bancarios se reconoce ya en el Derecho español en el último párrafo del art. 29.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE núm. 55, 5.3.2011), y se desarrolla en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE núm. 261, 29.10.2011). En el art. 9 de la Directiva se incluye además la obligación de proporcionar información personalizada que permita comparar los créditos disponibles en el mercado, facilitando una ficha europea de información normalizada (FEIN) cuyo contenido concreto se detalla en el anexo II de la Directiva —y el art. 10 contiene una información adicional para el caso de intermediarios de crédito—. Pero más allá de proporcionar una información clara y detallada, es importante que ésta sea comprendida por parte del destinatario [ARRUÑADA (2013, p. 64) y JIMÉNEZ PARÍS (2013, pp. 331 y ss.)], para lo cual el art. 11 de la Directiva apunta a la necesidad de que el acreedor facilite una explicación adecuada, aunque sin formular ninguna recomendación, y de acuerdo con el nivel de conocimientos y experiencia del consumidor en materia de crédito.

Distinto de la información es el asesoramiento (ya el Libro Blanco distinguía entre estos dos conceptos), que conforme al art. 17 de la Directiva debe poder comercializarse como un servicio aparte de la concesión de crédito, pero siempre a cambio de una remuneración transparente para el consumidor, y con el deber del prestamista o intermediario de crédito de informar al consumidor de que se está prestando asesoramiento.

Con todo ello se pretende que los consumidores adopten decisiones responsables y opten por el producto hipotecario que mejor se adapte a sus circunstancias, o en su caso concluyan que no es conveniente suscribir el préstamo garantizado con hipoteca. En último término se persigue evitar el sobreendeudamiento y sus fatales consecuencias para que los supuestos de impago sean poco frecuentes y en caso de producirse, el bien hipotecado sea suficiente para satisfacer el crédito, sin necesidad de alterar la necesaria responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CC.

Pero además, la adecuada comprensión del contenido del contrato permitiría en muchos casos evitar la apreciación de cláusulas abusivas, cuyo principal problema en este ámbito suele ser su desconocimiento o falta de comprensión por parte del consumidor al suscribir el contrato. En este sentido, baste recordar, por ejemplo, cómo la STS, 1ª, 9.5.2013 (RJ 3088; MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos) condiciona el carácter abusivo de la cláusula suelo a la existencia o no de transparencia en la contratación.

Con relación a las cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios y los controles preventivos para evitar su inclusión en el contrato, ha existido cierta polémica en España con relación a la redacción del art. 12 LH y la obligación del Registrador de copiar literalmente en el asiento de inscripción las cláusulas financieras, aunque las considere abusivas, entendiéndose parte de la doctrina que un control preventivo del Registrador en este punto contribuiría a remover este tipo de cláusulas en contratos de préstamos hipotecarios [BALLUGERA GÓMEZ (2012, pp. 411 y ss.)]. El problema para admitir esta alternativa radica en que los órganos judiciales son los únicos competentes para declarar nula una cláusula abusiva [BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA (2012, p. 487)].

El control preventivo centrado en la información precontractual y el asesoramiento, a los que se refiere la Directiva, permite que el consumidor conozca el contenido y significado de su contrato y valore de forma meditada la conveniencia o no de suscribirlo, lo que contribuye a disminuir el riesgo de cláusulas abusivas en este terreno.

Quizás podría plantearse en el Derecho español, a la vista del modo en que se articula la formalización

del contrato de préstamo hipotecario, que el Notario, teniendo en cuenta su deber de asesoramiento reconocido en el art. 1 del Reglamento Notarial, podría contribuir en estas labores de información y asesoramiento. En este sentido, llama la atención que la Directiva sitúe el deber de asesoramiento en el propio prestamista o intermediario de crédito y no en un tercero independiente.

Desde el punto de vista de las entidades de crédito, se incide fundamentalmente en dos extremos: la actitud y competencia del personal y la evaluación de la solvencia.

El art. 5 de la Directiva exige a los prestamistas e intermediarios de crédito una actitud honesta, imparcial y profesional, actuando en el mejor interés de los consumidores en la concesión de créditos y al prestar servicios de intermediación o asesoramiento, y el art. 6 exige que el personal de los prestamistas e intermediarios tengan un nivel adecuado de conocimientos y competencia en la materia. Todo ello es un presupuesto para que la información y el asesoramiento se presten adecuadamente.

La evaluación de la solvencia se detalla en el art. 14 de la Directiva. El art. 29.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE núm. 55, 5.3.2011), ya establece para el caso español el deber de las entidades de crédito de evaluar la solvencia del potencial prestatario, y se desarrolla en el art. 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE núm. 261, 29.10.2011). Concretamente, en el art. 14 de la Directiva se detallan los aspectos a tener en cuenta por el prestamista o el intermediario de crédito para valorar si el consumidor podrá hacer frente a los pagos y, en caso negativo, deberá denegar el crédito. La información necesaria para evaluar la solvencia se recaba a través de dos vías. Por una parte, el art. 15 establece la obligación del consumidor de facilitar información completa y correcta sobre su situación financiera y personal, y el art. 16 se refiere al acceso a bases de datos para recabar la información. Esta segunda alternativa puede plantear problemas en relación con la protección de datos personales, tal y como apunta el Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos (DOUE C 377/02, 23.12.2011). Este Dictamen considera que la redacción del art. 14 de la Directiva permitiría tener acceso a una información potencialmente muy amplia, por lo que debería especificar de forma más detallada las fuentes de las que puede obtenerse la información. En sentido parecido, se pronuncia el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (DOUE C 318/22, 29.10.2011), en su punto 3.6.3.

Como indica el Comité Económico y Social Europeo en su Dictamen a la tramitación de esta Directiva (DOUE C 318/22, 29.10.2011), supone un gran avance en diversos aspectos relativos a la contratación de préstamos hipotecarios, y logra un elevado nivel de armonización, teniendo en cuenta las diferencias de regulación y mercados hipotecarios entre los Estados miembros, pero tal vez no sea suficiente para prevenir el endeudamiento excesivo. Entre otras cuestiones, indica el Comité Económico y Social Europeo que si bien la información debería hacer reflexionar al consumidor sobre su capacidad futura de reembolso, no siempre puede esperarse que sea así, y es necesario que el prestamista adopte una actitud responsable, por lo que sugiere reintroducir límites a la financiación, de modo que no se supere el 70% o el 80% del valor del inmueble, como ya reconocen algunas legislaciones nacionales (apartados 3.3.8 y 3.3.9 del Dictamen).

La Directiva se centra en la fase inicial de la contratación del préstamo hipotecario, pero guarda silencio sobre otras cuestiones de importancia como qué sucederá en caso de impago, y tampoco articula mecanismos dirigidos a favorecer la renegociación en estos supuestos [VALERO FERNÁNDEZ-REYES (2013, pp. 501 y ss.)]. En este sentido, es de destacar que el Libro Blanco sí que hacía alguna referencia a las consecuencias del incumplimiento, apuntando la necesidad de que los procedimientos de venta forzosa y los procedimientos registrales sean más eficientes, con una duración y coste razonables.

Los planteamientos de la Directiva relativos a reforzar la regulación que afecta al momento de la contratación de los préstamos hipotecarios merece en principio una valoración positiva, pero no parece que quede suficientemente garantizado el cumplimiento de sus disposiciones por parte de los sujetos que intervienen en el mercado hipotecario, a pesar de que se prevé que los Estados establezcan sanciones por el incumplimiento. Tal vez se lograría de manera más efectiva la concesión de crédito responsable por vía indirecta, con la regulación para los casos de impago. Así, por ejemplo, la reforma española de la ejecución hipotecaria acometida por la Ley 1/2013, al dar en ciertos aspectos un trato más favorable o tuitivo al deudor, particularmente con medidas como la quita parcial por las cantidades no cobradas tras la adjudicación del bien, provoca lo que algunos califican como restricción del crédito hipotecario, pero que en definitiva no es otra cosa que provocar que las entidades de crédito se muestren más cautas a la hora de conceder préstamos garantizados con hipoteca para la adquisición de la vivienda habitual del deudor. Siendo bajo el riesgo de impago —crédito responsable—, la entidad de crédito evitará en la medida de lo posible la aplicación de las normas de ejecución hipotecaria que no le favorecen.

## 6. Bibliografía

Benito ARRUÑADA (2013) “La reforma de la responsabilidad hipotecaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735, pp. 37-68.

Carlos BALLUGERA GÓMEZ (2013) “Tratamiento registral de las cláusulas abusivas de las hipotecas”, en Antonio SALAS CARCELLER (Coord.), *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflictos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 411-442.

María Raquel BELINCHÓN ROMO (2012), *La dación en pago en Derecho español y derecho comparado*, Dykinson, 2012.

María Raquel BELINCHÓN ROMO (2012) “Extinción de la deuda garantizada con hipoteca y la dación en pago”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, pp. 77-87.

Elena BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA (2012) “Cláusulas de vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario. Resolución de la DGRN de 2 de octubre de 2006”, en Antonio SALAS CARCELLER (Coord.), *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflictos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 477-498.

Encarna CORDERO LOBATO (2012) “Enriquecimientos injustos y adjudicaciones inmobiliarias en procedimientos de ejecución”, *Diario La Ley*, núm. 7972, pp. 12-14.

Matilde CUENA CASAS (2011) “Es necesario limitar el principio de responsabilidad patrimonial universal”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 36 ([www.elnotario.es](http://www.elnotario.es)).

Juan María DÍAZ FRAILE (2013) “Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica”, *Revista*

*Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735, pp. 111-172.

Luís FERRUZ AGUDO *et al.* (2012) “El doble filo de la dación en pago”, *Estrategia Financiera*, núm. 299, pp. 60-64.

María Soledad DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO (2012) “La dación en pago: ¿una solución eficaz a la situación socio-económica del deudor inmobiliario?”, *CESCO*, núm. 4, págs. 1-14.

María Paz GARCÍA ABURUZA (2012) “Ejecución hipotecaria y dación en pago y cláusula rebus sic stantibus”, en Antonio SALAS CARCELLER (Coord.), *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflictos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 105-122.

Eugenia GARCÍAS DE ESPAÑA (2013) “Ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual, dación en pago y reclamación posterior”, *Aranzadi civil-mercantil*, núm. 10, pp. 121-156.

Kristopher GERARDI *et al.* (2013) “Do Borrower Rights Improve Borrower Outcomes? Evidence from the Foreclosure Process”, *Journal of Urban Economics*, núm. 73, pp. 1 y ss.

Javier GÓMEZ GÁLLIGO (2013) “Presente y futuro de la garantía hipotecaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735, pp. 19-36.

María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (2013) “Los inconvenientes a la posibilidad de la adjudicación en pago de la finca hipotecada al creador ejecutante: una perspectiva desde el Derecho civil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735, pp. 245-272.

Mariano HERNÁNDEZ ARRANZ (2011) “Ejecución hipotecaria y dación en pago (A propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010)”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 124, pp. 247-272.

Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS (2013) “La defensa del deudor hipotecario y el ámbito de aplicación del Real Decreto ley 6/2012”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735, pp. 273-358.

Mateo JUAN GÓMEZ (2012) “Facultad del acreedor-ejecutante de adjudicarse el bien en pago total o parcial de la deuda”, en Antonio SALAS CARCELLER (Coord.), *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflictos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 197-224.

Adam J. LEVITIN & Tara TWOMEY (2011) “Mortgage servicing”, *Yale Journal on Regulation*, Vol. 28, núm. 1, pp. 1-46.

María de Rosario MARTÍN BRICEÑO (2013) “La dación en pago: sustitución del cumplimiento estricto en una relación obligatoria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735, pp. 359-388.

Alberto MARTÍNEZ DE SANTOS (2013) “La venta extrajudicial de los bienes hipotecados por Notario: una alternativa judicial”, *Diario La Ley*, núm. 8070, pp. 1-13.

Fernando MÉNDEZ GONZÁLEZ (2011) "La AP de Navarra se decanta por la moralidad antes que por la legalidad en la ejecución de hipotecas", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 815, pp. 193-196.

Abraham NÁJERA PASCUAL (2011) "El acuciante problema hipotecario y la dación en pago como solución", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 820, pp. 189-192.

César NAVARRO COLOMÉ (2012) "Las ejecuciones hipotecarias de los bienes hipotecados y su posterior prosecución a otros bienes del deudor no garantizados. Planteamiento de una solución a favor del deudor", en Antonio SALAS CARCELLER (Coord.), *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflictos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 169-188.

Guillermo OROZCO PARDO y José Luis PÉREZ SERRABONA GONZÁLEZ (2011) "Algunos problemas de la ejecución hipotecaria en el contexto de la crisis financiera en la actual situación española", *Revista Crítica de Derecho Privado*, núm. 8, pp. 211-247.

Santiago PÉREZ BELTRÁN (2009) "Medidas contra el sobreendeudamiento de las familias", en OBSERVATORI DESC, *Ejecuciones hipotecarias y derecho a la vivienda: estrategias jurídicas frente a la insolvencia familiar* ([www.descweb.org](http://www.descweb.org)).

Rosana PÉREZ GURREA (2013) "Ejecución hipotecaria y protección del deudor hipotecario en el contexto de la crisis económica", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735, pp. 455-480.

Pedro Antonio ROMERO CANDAU y Rosario ROMERO CANDAU (2011), "La continuación de la ejecución forzosa tras la subasta de los bienes hipotecados. Comentario a los autos nº 111/10 (AC 2011, 1) y 4/11 (AC 2011, 40) de las secciones segunda y tercera de la ILMA Audiencia Provincial de Navarra", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, pp. 193-204.

Antonio STEFEL MORENO (2013) "Consideraciones sustantivas y procesales sobre la naturaleza jurídica de la venta extrajudicial de bienes hipotecados", *Diario La Ley*, núm. 8075.

Ángel VALERO FERNÁNDEZ-REYES (2013) "Aspectos sociológicos, jurídicos y registrales del Real Decreto-ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735, pp. 481-507.

Vanesa VALIÑO (2009) "Ejecuciones hipotecarias y derecho a la vivienda: estrategias jurídicas frente a la insolvencia familiar", en OBSERVATORI DESC, *Ejecuciones hipotecarias y derecho a la vivienda: estrategias jurídicas frente a la insolvencia familiar* ([www.descweb.org](http://www.descweb.org)).

Gemma VIVES MARTÍNEZ (2012) "Ejecuciones hipotecarias y dación en pago. Revisión jurisprudencial y problemas prácticos: dación en pago", *Diario La Ley*, núm. 7908

**7. Tabla de jurisprudencia citada***Tribunal Supremo*

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
1ª, 9.5.2013	RJ 3088	Rafael Gimeno-Bayón Cobos

*Audiencia Provincial*

<i>Lugar, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
1ª, 9.5.2013	RJ 3088	Rafael Gimeno-Bayón Cobos
AP Navarra, Civil Sec. 2ª, 17.12.2010	AC 2011\1	Francisco José Goyena Salgado
AP Gerona, Civil, Sec. 2ª, 16.9.2011	AC 2172	Jaime Masfarre Coll
AP Córdoba, Civil, Sec. 3º, 1.2.2012	AC 315	Felipe Moreno Gómez

*Juzgado de lo Mercantil*

<i>Lugar, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
Palma de Mallorca, 3.1.2014	JUR 20786	Leandro Blanco García-Lomas