

DACIÓN EN PAGO EN EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

Alicia M^a de la Rúa Navarro.
Registradora de la Propiedad.

INTRODUCCIÓN.

La situación económica actual ha provocado un incremento en la morosidad, y consecuentemente, un aumento de las ejecuciones hipotecarias ante el impago de los préstamos.

Esto tiene una especial incidencia social en aquellos casos en que lo gravado con la hipoteca constituida en garantía del préstamo impagado es la vivienda habitual del deudor o hipotecante, ya que su ejecución determina la pérdida de dicha vivienda, y en muchos supuestos, la subsistencia de la deuda en la parte que exceda del valor por el que se adjudica la finca en el procedimiento ejecutivo.

Para entender los problemas que se generan y tratar de apuntar posibles soluciones o medidas que al menos atenúen sus consecuencias, debemos comenzar por plantear el concepto del derecho de hipoteca y el funcionamiento del procedimiento de su ejecución en la normativa actual vigente.

DISTINCIÓN OBLIGACIÓN PRINCIPAL / ACCESORIA.

La **hipoteca se define** como: Derecho real de realización de valor en función de garantía de una obligación pecuniaria, de carácter accesorio e indivisible, de constitución registral, que recae directamente sobre bienes inmuebles ajenos y enajenables que permanecen en posesión del propietario.

Por tanto, en todo préstamo hipotecario coexisten **dos figuras**: la obligación principal o préstamo, y la hipoteca que se constituye para garantizar su cumplimiento o devolución.

No debe confundirse una y otra. La hipoteca es accesorio del préstamo al que garantiza, no al contrario, ni tampoco le sustituye.

Así lo vemos en la propia definición, fundamentalmente en dos de sus características:

- *en función de garantía de una obligación pecuniaria*: su finalidad está siempre vinculada con una obligación dineraria, ya que se constituye para garantizar su cumplimiento.

- *de carácter accesorio*: garantiza una obligación principal sin la cual no puede existir.

Como consecuencia de esta distinción, y atendiendo a que la obligación principal sigue siendo el préstamo, con independencia de que se garantice o no, total o parcialmente, con hipoteca, el deudor tiene la obligación de devolver todo lo que debe, y el acreedor tiene derecho a recibir todo lo que se le debe.

PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL.

Regla general. En nuestro ordenamiento jurídico rige, como regla general, el principio de responsabilidad patrimonial universal. Así lo consagra el artículo 1911 del Código Civil: “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.”

Y este principio no se desvirtúa por el hecho de constituirse hipoteca en garantía de la obligación, como demuestra el artículo 105 de la Ley Hipotecaria: “La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil.”

Excepción. Sin embargo, esta regla general tiene una excepción, ya reconocida desde antiguo en nuestra legislación hipotecaria, que permite que pueda pactarse la limitación de la responsabilidad únicamente a los bienes hipotecados, sin que los demás bienes del deudor respondan del cumplimiento de la obligación. Lo prevé el artículo 140 de la Ley Hipotecaria: “No obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados.

En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor.

Cuando la hipoteca así constituida afectase a dos o más fincas y el valor de alguna de ellas no cubriese la parte de crédito de que responda, podrá el acreedor repetir por la diferencia exclusivamente contra las demás fincas hipotecadas, en la forma y con las limitaciones establecidas en el artículo 121.”

Lo cierto es que esta posibilidad, prevista legalmente, no ha sido utilizada en la práctica, probablemente porque no ha interesado a ninguna de las partes, ni a los acreedores, que lógicamente prefieren la seguridad de la responsabilidad patrimonial universal, ni a los prestatarios, que en los tiempos de bonanza no se planteaban la posibilidad de impagos y preferían no limitar la responsabilidad patrimonial para obtener préstamos por mayor importe y menor tipo de interés.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

Ante el incumplimiento de la obligación principal o impago del préstamo, el acreedor puede acudir a diferentes procedimientos posibles: declarativo ordinario, ejecutivo ordinario, extrajudicial, o ejecutivo especial directo sobre bienes hipotecados.

Aquí nos centraremos en el procedimiento de ejecución especial directo sobre los bienes hipotecados, un procedimiento de tramitación más rápida y sencilla que el ordinario, que haciendo efectiva la realización de valor que en potencia supone la hipoteca, permite la satisfacción del acreedor.

El conocido anteriormente como procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, perdiendo hoy día tal denominación, está actualmente regulado como especialidades al procedimiento ejecutivo ordinario cuando la ejecución se dirija contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria en el Capítulo V del Título IV de la **Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 681 a 698**, regulación que se completa con los artículos 129 a 135 de la Ley Hipotecaria.

Este procedimiento especial se creó en su momento con una finalidad muy clara, que era el fomento de la concesión de crédito. Y ésta es una necesidad muy actual, pues muchos analistas económicos establecen como una de las causas de la subsistencia de la crisis, que está impidiendo que la situación empiece a mejorar, la falta de concesión de crédito. Cualquier medida que reste fuerza a este procedimiento de ejecución puede producir un efecto negativo, contrario al fomento del crédito.

Fomenta el crédito al ofrecer al acreedor un procedimiento más sencillo y rápido que el ordinario, que resulta costoso en tiempo y dinero, para cobrar la deuda de quien ha incumplido su pago. Ello se consigue a través de la simplificación de los trámites y la limitación de las causas de oposición y suspensión:

- Tasación de la finca: está previamente pactado el valor de tasación, con lo que se evita el trámite de la tasación pericial.
- Domicilio para efectuar notificaciones: ya prefijado por las partes, facilita la realización de tales notificaciones, eliminando la necesidad de efectuar trámites de averiguación de posibles domicilios.
- Únicas causas de suspensión del procedimiento: inexistencia de la obligación o de la hipoteca, falsedad del título, tercería de dominio y error en el saldo de la cuenta. Cualquier otra causa de oposición se tramitará en el procedimiento ordinario correspondiente y no paraliza la ejecución.

Fundamento que justifica que sea posible la existencia de un procedimiento así: lo que permite que en nuestro sistema jurídico pueda existir un procedimiento con estas limitaciones, sin que ello implique que se esté vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva o se esté creando una situación de indefensión al ejecutado es el principio de legitimación registral. Consiste en una presunción de exactitud del Registro de la Propiedad. Lo consagra el artículo 38 de la Ley Hipotecaria: “A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo.” En relación con la hipoteca, que es lo que aquí nos interesa, supone la presunción de que el derecho de hipoteca existe y pertenece a su titular en la forma que resulta del Registro, por lo que, mientras no se desvirtúe dicha presunción por los cauces adecuados para ello, no es necesario acreditar la existencia de la hipoteca conforme a lo que consta inscrito, puesto que ya se considera que es así. Esto está en íntima relación con la salvaguardia judicial de los asientos del Registro: mientras no se declare judicialmente su inexactitud, se parte de su validez y exactitud, lo que permite ser base de procedimientos rápidos y sencillos; y partiendo de dicha validez y exactitud, otorgan a su titular legitimación para realizar actos dispositivos de su derecho, así como legitimación para el ejercicio de las acciones reales derivadas de los asientos.

De ahí que la hipoteca sólo pueda ejecutarse a través de este procedimiento sobre la base de lo que consta inscrito. Así lo establece el artículo 130 de la Ley Hipotecaria: “El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y, dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo.”. Ello se encuentra perfectamente relacionado con el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca. La hipoteca no inscrita no existe. Lo que goza de la especial presunción que le permite ser base de un procedimiento especial que limita o reduce los trámites, sin que con ello quiebre el derecho de tutela judicial

efectiva, es lo que está inscrito, y por tanto, sólo esto es lo que puede servir de base y ser tenido en cuenta en el citado procedimiento.

¿Inconstitucionalidad por vulnerar el derecho de tutela judicial efectiva? A pesar de lo ya expuesto, en algún momento algunos autores han planteado la posible inconstitucionalidad de este procedimiento, considerando que en él se vulnera el derecho de tutela judicial efectiva. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este punto, rechazando tal inconstitucionalidad. Así, ha declarado que este procedimiento no es inconstitucional en Sentencia de 18 de diciembre de 1981, basándose para ello fundamentalmente en los siguientes argumentos:

- La limitación de las causas de suspensión no impide que cualquier reclamación se ventile en el juicio declarativo ordinario.
- La resolución que pone fin al procedimiento no produce efectos de cosa juzgada material.
- La ley prevé la adopción de una posible medida cautelar para asegurar la efectividad de la sentencia en el procedimiento declarativo ordinario, que es la facultad de pedir la retención del todo o parte de lo que se haya de entregar al acreedor en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

El procedimiento especial de ejecución hipotecaria presenta los siguientes **caracteres**:

- Es un proceso de ejecución especial de realización de valor de la finca hipotecada: carece de fase de cognición.
- No produce el efecto de cosa juzgada: queda a salvo el juicio declarativo correspondiente en todo caso; las causas de suspensión están tasadas.
- Es un procedimiento de base estrictamente registral: tiene como fundamento el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca y el principio de legitimación y presunción de exactitud del Registro de la Propiedad.

Así resulta del artículo 130 de la Ley Hipotecaria: “El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y, dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo.”

- En él se ejercita una acción real: no se trata de una simple reclamación de cantidad por el impago del préstamo o crédito, sino de una acción directa contra los bienes hipotecados para su realización de valor.
- Sus trámites no pueden ser alterados por pacto entre las partes: es materia de orden público.

- Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, el importe así obtenido no fuera suficiente para el pago íntegro al acreedor, podrá continuar la ejecución conforme a las normas del procedimiento ordinario solicitando el ejecutante el embargo por la cantidad que falte, sin que, por tanto, éste tenga que acudir a un nuevo juicio o interponer nueva demanda. Así lo señala el segundo inciso del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

- No se acumula a otros procesos de ejecución, y la declaración concursal del deudor no siempre impide la iniciación o continuación del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, si bien teniendo en cuenta los requisitos establecidos para ello en la Ley Concursal, a la cual se remiten actualmente los artículos 127 de la Ley Hipotecaria y 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, remisión que, aunque ubicada en materia de procedimiento ordinario, parece igualmente aplicable al de ejecución especial.

La Ley Concursal regula esta cuestión fundamentalmente en sus artículos 56 y 57. Respecto a ello, simplemente apuntaré que en dichos preceptos se prevé que cuando la garantía real recaiga sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, no podrá iniciarse la ejecución ni continuarse, si ya estuviere iniciada, hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación; si estuviere ya iniciada, se suspenderá desde que la declaración del concurso conste en el procedimiento de ejecución y podrá reanudarse en los términos señalados. No obstante, y como excepción, sí podrá continuar la ejecución cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso, que es a quien corresponde determinarlo, que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Este tratamiento se justifica por la voluntad del legislador de procurar dicha continuidad de la empresa o actividad profesional del concursado, por los beneficios que ello puede reportar tanto a éste mismo, como a los trabajadores (y la subsistencia de sus puestos de trabajo), a los acreedores (y sus posibilidades de cobro de sus créditos) y a la sociedad en general. En cuanto al procedimiento de ejecución que se inicie o se reanude cumpliendo lo dicho durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda.

Se establece además una limitación temporal, y es que una vez abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado las acciones de ejecución de garantías reales perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Y las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada.

Finalmente, se señala que la declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta. José Luis Arjona ha criticado esta medida, ya que no encuentra justificación en este diferente tratamiento del concursado cuando sea tercer poseedor de la finca, pues no altera la intención de proseguir la actividad profesional o empresarial

del mismo, y apunta la posibilidad de un lapsus del legislador en cuanto a que no esté haciendo referencia al tercer poseedor en sentido técnico-jurídico (adquirente de la finca hipotecada que no se subroga en la obligación garantizada con la hipoteca), sino a un poseedor no propietario de la finca, en cuyo caso la norma sería superflua e innecesaria. El fundamento de aquella disposición de la ley y de la diferencia establecida para con el tercer poseedor quizá radique en el hecho de que éste no es deudor de la obligación, existiendo otra persona con esta condición, y tampoco ha constituido él mismo la hipoteca, produciendo un posible perjuicio a sus acreedores, sino que simplemente se ha limitado a adquirir una finca que ya estaba hipotecada en garantía de una deuda que le es ajena.

LA LLAMADA DACIÓN EN PAGO.

Planteamiento del problema.

Con lo que se está llamando dación en pago lo que se pretende es que, ante la pérdida de la finca (normalmente vivienda) como consecuencia de la ejecución hipotecaria, se considere íntegramente satisfecha la deuda, aunque el acreedor no haya percibido su total importe al adjudicarse el inmueble por menor valor; es decir, entender íntegramente satisfecha la deuda reclamada, cualquiera que sea su importe y cualquiera que sea el valor por el que se adjudica la finca hipotecada ejecutada.

Dación en pago voluntaria.

La dación en pago en su sentido jurídico estricto no presenta ningún problema. Se trata de aquel negocio jurídico celebrado entre acreedor y deudor, en virtud del cual pactan voluntariamente la transmisión de un bien por éste en favor del primero en pago del todo o parte de la deuda, y tiene como base la posibilidad admitida en nuestro derecho de que pueda entenderse cumplida la obligación mediante la entrega de una cosa distinta de la debida, siempre que medie el consentimiento de ambas partes para ello. En el caso de los préstamos hipotecarios que nos ocupa, consiste en la cesión o transmisión por el deudor hipotecario al acreedor de la finca hipotecada; dicha finca puede valorarse por las partes en el mismo importe de la deuda pendiente, dando así carta de pago por la totalidad de la misma, y quedando totalmente liberado el deudor de su deuda, o bien darle un valor inferior al importe de ésta, dando carta de pago sólo hasta donde alcanza tal valor y quedando subsistente dicha deuda por el importe restante (dación en pago parcial). En cualquier caso, responde a la voluntad de ambas partes, que libremente celebran este negocio jurídico, por lo que no se plantean los problemas que ahora nos ocupan.

Desde hace ya algún tiempo, se está dando un uso frecuente a estas daciones en pago, sobre todo, aunque no exclusivamente, con los extranjeros inmigrantes que regresan a sus países de origen o abandonan nuestro país, que carecen de otros bienes con los que pagar su deuda y ya no los van a adquirir aquí al marcharse.

En el procedimiento de ejecución.

El supuesto en el que se está planteando socialmente el tema de la llamada dación en pago en realidad se refiere, como ya se ha expuesto, a los casos de ejecución hipotecaria en los que el acreedor se adjudica la finca hipotecada, reclamándose que se considere íntegramente satisfecha la deuda, de modo que el deudor ya no deba nada más a la entidad bancaria, aunque el importe de la deuda o préstamo pendiente de pago sea superior al valor por el que dicha entidad se ha adjudicado la finca.

La primera cuestión a plantear sería si se puede entender admisible de acuerdo con nuestra legislación actual. Atendiendo a lo expuesto hasta ahora, creo que nuestro ordenamiento jurídico actual no prevé esta posibilidad. Y ello por las siguientes razones, fundamentalmente:

- La distinción clara en nuestro sistema entre la obligación principal y la hipoteca, sin que ésta sustituya o supla a aquella, a que anteriormente se ha hecho referencia.
- El principio de responsabilidad patrimonial universal vigente en nuestro ordenamiento jurídico, si no se pacta lo contrario, sin que ello se vea alterado por la constitución de la hipoteca ni, lógicamente, por su ejecución, según también se ha señalado con anterioridad.
- La regulación expresa en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 579.2, del supuesto en que el importe obtenido con la subasta de los bienes hipotecados no sea suficiente para el pago íntegro al acreedor: no prevé que en tal caso el acreedor ya no pueda cobrar el resto, sino precisamente lo contrario, que podrá continuar la ejecución conforme a las normas del procedimiento ordinario solicitando el ejecutante el embargo por la cantidad que falte, facilitándolo, al no tener que acudir a un nuevo juicio o interponer nueva demanda.

Es también la propia Ley de Enjuiciamiento Civil la que permite expresamente que el acreedor pueda adjudicarse la finca, en caso de falta de postores en la subasta, por el 50% del valor de tasación, actualmente por el 60% si se trata de vivienda.

El principal argumento de quienes defienden la llamada dación en pago es el principio consagrado en el artículo 3 del Código Civil, de la

interpretación de las leyes atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Sin embargo, este principio hace referencia a la “interpretación”, y por tanto, sólo debe aplicarse dentro del estrecho ámbito en que las leyes permiten ser interpretadas; es decir, no cabe, bajo su cobertura, proceder al cambio de las normas o a la inaplicación de las mismas, ya que ello excede en mucho de lo que es la “interpretación”.

Sentado esto, se plantea entonces si resulta conveniente proceder a un **cambio legislativo para su admisión.**

En este punto, se debe partir de que hay que proceder con cuidado y sin precipitación en la adopción de medidas de este tipo, estudiando adecuadamente las consecuencias negativas que ello va a reportar a corto, medio y largo plazo, sopesando sus efectos positivos y valorando hasta que punto y/o en qué condiciones se pueden tolerar los efectos negativos que pueda provocar en los ciudadanos (los que han impagado sus préstamos y los que los están pagando debidamente), la economía y la sociedad en general.

Actualmente, la tasa de morosidad se sitúa en torno a un 7,5%. No todo responde a préstamos hipotecarios. De dicho porcentaje habría que deducir el correspondiente a pólizas y otros préstamos personales. Y ya dentro del porcentaje relativo a los préstamos hipotecarios, no todos son casos necesitados de protección por producir la pérdida de la vivienda familiar sin haber actuado de mala fe y debido a la situación social de crisis, que es en realidad el supuesto que socialmente “repugna” y para el que se reclaman medidas. No tiene sentido esta protección para quien pierde una vivienda por impago, siendo propietario de otros inmuebles y/o de otros bienes en cuantía más que suficiente, con una posición económica cómoda, o para quien adquirió la finca con la finalidad de especular y ahora le genera pérdidas ante las dificultades para su enajenación como consecuencia de la crisis inmobiliaria y financiera existente, o para el promotor a quien le va mal el lucrativo negocio que inició antes de producirse dicha crisis. Por tanto, debe estudiarse si se van a aceptar los perjuicios que se van a causar a un 92 o 93% de la población o en qué medida y condiciones se van a aceptar tales perjuicios, con las medidas a adoptar para favorecer a menos de un 6%.

En el caso de admitirse la llamada dación en pago sin más matizaciones, se producirían importantes consecuencias negativas a tener en cuenta, como son las siguientes:

- Mayor riesgo para el Banco de no recuperación del importe prestado, si en el momento de ejecución el valor de la finca fuera inferior a la cantidad debida.
- Para compensar el mayor riesgo de impago, se produciría una inmediata subida de los tipos de interés.

- Restricción en la concesión de crédito y exigencia de mayores garantías y avales para su concesión.
- Disminución del importe prestado en relación al valor de tasación del inmueble, para que lo debido quede siempre por debajo de su valor aunque éste se haya reducido (difícilmente llegará, no ya al 80%, sino al 50%).
- La menor concesión de crédito, el mayor tipo de interés y la menor cuantía prestada en relación con el valor de la finca obligan al ciudadano a tener ahorrado un importe considerable para poder comprar un inmueble, lo que determina un aumento en las dificultades en el acceso a la vivienda, en contra del derecho a una vivienda digna, derecho que también consideramos uno de los fundamentales para todos y de más difícil defensa, así como dificultades para emprender iniciativas empresariales, para las que igualmente se necesitan préstamos hipotecarios, con el consiguiente perjuicio para la economía, en un momento especialmente delicado para ésta.
- No resuelve el problema de la pérdida de la vivienda habitual, que en realidad es el verdadero problema, sobre todo en algunas situaciones especialmente delicadas, como familias con niños pequeños, mayores dependientes o carentes de otros familiares que les puedan ayudar, pues en la dación en pago la vivienda se pierde igual y no implica ninguna medida dirigida a su protección o al mantenimiento del deudor en su uso, sino únicamente al “triste consuelo” de no deber más.
- Finalmente, tiene consecuencias importantes restrictivas en el mercado secundario, de cédulas y bonos hipotecarios, cada vez con más trascendencia en los mercados europeos e internacionales y más repercusiones en la economía nacional.

En cualquier caso, si se modificase la ley para admitir esta dación en pago, ello no podría tener carácter retroactivo. Rompe con la regla general de nuestro derecho de la irretroactividad de las normas, sobre todo en aquellos supuestos en que la modificación perjudica claramente a una de las partes en beneficio de la otra. El Estado de Derecho exige que el marco normativo quede definido con carácter previo a su aplicación, y que no pueda ocasionarse a una de las partes un perjuicio mediante la modificación de las reglas que delimitan los efectos jurídicos una vez ya se ha establecido el negocio jurídico sobre la base de la normativa vigente al tiempo de su celebración. La aplicación de la modificación legislativa que admitiera la llamada dación en pago con carácter retroactivo supondría consagrar el impago por ley; beneficiaría a los especuladores y grandes promotores con excedentes de suelo, que se ven libres de deudas, sin

devolver todo lo debido, deshaciéndose de inmuebles que ya no les interesan ni les son rentables; no supone solución para las familias con pocos recursos, que pierden su vivienda, único bien que integra su patrimonio.

POSIBLES MEDIDAS A ADOPTAR.

Si se considerase que la solución adecuada no es la admisión de la llamada dación en pago, sí debería tenerse en cuenta que esta crisis ha puesto de relieve la existencia de ciertas deficiencias en nuestro sistema, que ante una situación económica y financiera adversa coloca al deudor de un préstamo hipotecario en una situación delicada y angustiosa, que en determinados supuestos en que concurren ciertas circunstancias resulta merecedor de una necesaria protección.

Y en consecuencia, debe estudiarse la adopción de medidas que traten de solventar estos problemas o al menos de paliar los efectos negativos que producen y que pueden considerarse injustos, con actuaciones en diversos ámbitos, entre ellos el normativo.

Así, se pueden apuntar algunas medidas que podrían tomarse en consideración para valorar sus posibles beneficios.

El problema que se produce en la adjudicación al acreedor deriva fundamentalmente de la falta de coincidencia entre **valor de tasación y valor real de la finca.**

No hay coincidencia ni siquiera en el momento inicial de constitución de la hipoteca, pues el valor de tasación para subasta es un valor pactado entre las partes; lo normal es que se ajuste al valor real, pero no necesariamente tiene por qué ser así. Y además difícilmente va a coincidir con el valor real de mercado en el momento de la ejecución, debido a las posibles alteraciones en la finca que afecten a su valor o al cambio de precios en el mercado inmobiliario, ya sea subida o bajada de precios.

Un valor de tasación alto no implica que haya un enriquecimiento injusto a favor del acreedor, pues en definitiva el deudor obtiene el dinero del préstamo en base a ese valor de tasación, y es el deudor el que se gasta ese dinero.

Dicha falta de coincidencia se corrige de algún modo en caso de existencia de postores en la subasta: las pujas subirán el remate, si el valor de tasación es inferior al de mercado; lo bajarán si el valor de tasación excede al de mercado.

Si no hay postores, no se corrige el valor de tasación y el acreedor se lo adjudica por el 50% de éste o el 60% actualmente tratándose de la

vivienda, completamente al margen de cuál sea su valor real de mercado en ese momento.

Por tanto, sería interesante establecer medidas que permitan un buen funcionamiento de las subastas judiciales y fomenten la participación en las mismas, obteniendo el mayor importe posible con la venta de la finca (esto favorece al acreedor, que cobra mayor importe y en dinero, que es lo que le interesa, más que la finca en sí; al deudor, que se ve liberado de un mayor importe de la deuda, puede que de la totalidad, e incluso puede quedar un sobrante a su favor; y a los acreedores posteriores, en su caso, quienes percibirán el sobrante): por ejemplo, podría promoverse el publicar los anuncios por Internet, aprovechar las nuevas tecnologías para conseguir una mayor publicidad de las subastas y las fincas a subastar, más cercana y con mayor difusión, o incluso, para la celebración de subastas electrónicas, facilitando la participación en ellas. Actualmente ya se ha iniciado esta vía de las subastas electrónicas en alguna Comunidad Autónoma, como es Murcia, todavía no con grandes resultados, pero la situación presente de crisis no es favorable y probablemente con el tiempo se vaya consolidando y gozando de mayor participación.

Si no hay postores, se ha planteado desde que surgió esta polémica la posibilidad de eleva el importe por el que el acreedor se adjudica la finca, del 50% al 70%. Aunque hay quien piensa que, a diferencia de lo que ocurre en un momento alcista en cuanto al valor de los inmuebles, sería contraproducente en un momento bajista, pues los acreedores optarían por no adjudicárselo, quedando el deudor debiendo la totalidad de la deuda y devengando más intereses. Se ha elevado ya dicho porcentaje al 60%, aunque posteriormente limitado al supuesto de vivienda, manteniéndose en los demás casos en el 50%; no parece que haya tenido grandes consecuencias.

Podría reforzarse la objetividad en la tasación de las fincas, para procurar que se ajuste más al valor de mercado, y que no se adapte a los intereses de una u otra parte, evitando tasadoras participadas por las entidades de crédito. Aunque en realidad, el transcurso del tiempo entre la constitución de la hipoteca y la ejecución y las vicisitudes del mercado durante dicho periodo no garantizan la acomodación al valor de mercado, y además la fijación de un valor de tasación más alto que el valor de mercado, aunque pueda beneficiar al banco, a quien más beneficia es al prestatario, que puede así obtener más dinero en el préstamo.

Otra posibilidad sería que, en caso de no existir postores en la subasta, y antes de que el acreedor se la adjudique, se hiciera una nueva tasación pericial, a fin de determinar el importe por el que se la adjudica.

Pero esta medida no está exenta de inconvenientes: dilata el proceso; encarece los costes del mismo, y si se carga en costas al deudor, incrementa aún más su deuda; el acreedor no quiere inmuebles, sino dinero líquido, por lo que no estará dispuesto a adjudicarse una finca por su valor de mercado exacto, ya que ni siquiera podrá sacarle un pequeño margen de beneficio al venderlo en compensación por aceptar el bien en lugar del dinero, y tal y como está el mercado inmobiliario, que sigue en una depreciación continua del valor de los inmuebles, probablemente implique pérdidas, pues cuando consiga venderlo ya habrá bajado su precio con respecto al valor por el que se le adjudicó.

Otro problema es el **enorme incremento de la deuda en caso de impago de algunos vencimientos**. Ante el impago de una o varias cuotas, vence anticipadamente la totalidad de la deuda, y desde ese momento se generan intereses de demora por la totalidad de la cuantía debida, esto es, por la totalidad del préstamo salvo lo ya pagado.

Podría establecerse que en tales casos sólo se devenguen intereses de demora por el importe del préstamo que se ha impagado realmente y no por la parte que ha vencido anticipadamente.

Así mismo, podrían establecerse límites máximos a los tipos de interés de demora.

Se ha apuntado también como medida en este sentido, establecer un plazo desde el momento en que se produce el impago para que el acreedor inicie el procedimiento de ejecución, y si se inicia con posterioridad no se devengarán intereses de demora desde la finalización de dicho plazo, con el fin de reducir el tiempo durante el cual se generan los mismos. También esta medida tiene algunos inconvenientes, y es que en la mayoría de los casos, es al propio deudor al que le interesa que se retrase la ejecución, pues durante ese tiempo puede mejorar su situación económica o conseguir las ayudas necesarias, o llegar a un acuerdo con la entidad acreedora que evite la ejecución, mediante una modificación del préstamo hipotecario, estableciendo un periodo de carencia o una reducción en el importe de las cuotas, por ejemplo.

Otras posibles medidas podrían ir encaminadas a procurar una **mayor igualdad en las posiciones negociadoras** de acreedor y deudor, para que los pactos del préstamo sean más “convenidos”, y se reduzcan al máximo las cláusulas impuestas por la parte contratante más fuerte, que en este caso es, de forma evidente, la entidad acreedora: para ello podría fomentarse la competencia entre entidades de crédito.

Es, así mismo, importante evitar las cláusulas abusivas. La mayoría de los préstamos tienen un clausulado enormemente farragoso y bastante

incomprensible para los ciudadanos legos en la materia, a veces incluso para los no tan legos, de modo que muchos deudores desconocen a lo que se obligan al tiempo de firmar el préstamo hipotecario.

Teniendo en cuenta que la hipoteca se ejecuta a través del procedimiento especial sobre la base de lo inscrito en el Registro, es importante que **no accedan cláusulas nulas o abusivas**, llevando a cabo un control preventivo del clausulado de los préstamos hipotecarios. Para ello, se debería impulsar el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, las declaraciones de nulidad de concretas cláusulas abusivas y facilitar su conocimiento, y reforzar la calificación del Registrador para la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Por otro lado, el supuesto que llama la atención desde un punto de vista social no es el del **deudor** que cuenta con bienes suficientes y aun así no paga el préstamo, sino aquel **que carece de más bienes que el inmueble hipotecado**, que es su vivienda habitual, y que la va a perder. Es el supuesto para el que normalmente se pide la dación en pago. No obstante, quizá el cauce adecuado no sea ese, sino el de valorar exactamente la situación en la que se encuentra dicho deudor. Si carece de más bienes y el valor de la finca hipotecada, único activo, no basta para cubrir el importe de la deuda, sería una situación de pasivo superior al activo, es decir, de concurso. La solución a estos casos, angustiosos desde un punto de vista social, podría pasar por dar una adecuada regulación al concurso de las personas físicas o las familias, modificando la Ley Concursal, y de la misma manera que ésta persigue conseguir la continuidad de la empresa en beneficio del propio concursado, de los trabajadores, de los acreedores y de la economía en general, que pretenda también el mantenimiento de las familias en sus viviendas y se llegue a la ejecución o a la pérdida de ésta sólo en los casos extremos en que no sea posible aquella continuidad. A través de la legislación concursal podría buscarse una solución que intente, a través de la quita y/o espera, que el deudor no pierda, al menos inicialmente, su vivienda, tratando de facilitarle el pago de la deuda, y valorando en todo caso que la situación en la que se encuentran no sea fruto de la mala fe del deudor, sino que su actuación esté siempre presidida por la buena fe. Actualmente, pocas familias acuden al concurso, que no da una solución adecuada a los problemas que estamos planteando.

Finalmente, deben estudiarse y en su caso adoptarse **medidas para evitar la pérdida de la vivienda**. Esta es la consecuencia más nefasta para quienes carecen de otro sitio en el que vivir y la que más angustia genera, y es la que precisa de una solución que satisfaga las necesidades básicas de vivienda del deudor, independientemente de la subsistencia o no de parte

de la deuda, y por tanto, ya al margen de que el acreedor haya percibido o no íntegramente el pago de la misma.

Así, sería deseable el fomento del arrendamiento con opción de compra sobre la propia vivienda adjudicada al acreedor. De esta manera, aunque éste haya adquirido la propiedad de la vivienda y con ello haya visto satisfecha el todo o parte de la obligación, el deudor continúa viviendo en su casa, pagando por el alquiler una cantidad al mes que pueda soportar, lógicamente inferior a la cuota del préstamo que pagaba (lo que también supone cierto beneficio para el acreedor, que no va a ocupar personalmente la vivienda y va a obtener periódicamente determinados rendimientos por ella), y con el tiempo ejercerá, en su caso, la opción de compra y podrá recuperar la propiedad de su vivienda.

Valencia, 26 de enero de 2012.