

PROTECCIÓN REGISTRAL
DEL DEUDOR HIPOTECARIO:
ÚLTIMA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA
Y PROYECTOS LEGISLATIVOS



M^a ROSARIO JIMÉNEZ RUBIO



REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Granada, 2017

PROTECCIÓN REGISTRAL
DEL DEUDOR HIPOTECARIO:
ÚLTIMA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA
Y PROYECTOS LEGISLATIVOS



M^a ROSARIO JIMÉNEZ RUBIO



REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Granada, 25 de mayo de 2017

Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia
y Legislación de Granada

Coordinación: José Soto Ruiz

Diseño y maqueta: Susana Martínez Ballesteros

«Publicación no venal»

INTRODUCCIÓN

Tengo en el día de hoy la oportunidad de intervenir en esta jornada organizada por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, lo cual implica concederme un privilegio que agradezco de corazón y un gran orgullo para mí, por tratarse de uno de los más prestigiosos foros de divulgación científico-jurídica, y además, una institución especialmente vinculada al Decanato Territorial de Registradores de Andalucía Oriental. Forman parte de la Academia, algunos de los compañeros del Decanato más valorados y reconocidos, y somos muchos los que asistimos a las actividades organizadas desde esta institución, comprobando siempre el exquisito cuidado con que se escogen los temas que se desarrollan y el elevado nivel científico de las exposiciones.

Como espectadora, desde el lugar que la Academia tiene la amabilidad de reservarme y que tengo el honor de ocupar en esta sala, en mi condición de Decana Territorial de los Registradores de Andalucía Oriental, he asistido en los últimos tiempos a distintas jornadas de debate jurídico que trataron, directa o indirectamente la problemática de la posición de la jurisprudencia comunitaria acerca de la protección ofrecida al deudor hipote-

cario en el sistema judicial/procesal español, del control de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, de la conveniencia de una reforma del procedimiento de ejecución hipotecaria, y he comprobado que, no solamente a lo largo de estos años no ha menguado el interés sobre estos temas, sino que se ha acentuado a la vista de los numerosos pronunciamientos que los tribunales nacionales y comunitarios siguen formulando acerca de los mismos. Igualmente, son muchos los profesionales que se interesan por la incidencia que estos pronunciamientos de los tribunales tienen en la evolución del mercado hipotecario, si es que la tienen, y me ha parecido interesante tratar este aspecto y ofrecer un debate abierto en la actualidad, analizando por un lado la situación del mercado hipotecario español, su estado actual en relación al escenario que se presentaba hace unos años y la incidencia que la jurisprudencia, comunitaria o nacional, ha tenido, tiene o podría tener en su progreso o regresión. Igualmente me gustaría destacar la importancia que en nuestro Derecho, tienen principios como la seguridad jurídica, no tanto como concepto abstracto sino como elemento esencial sobre el que ha girado no solamente nuestra tradición jurídica española, sino la actividad profesional de todos los operadores jurídicos (académicos, docentes, jueces, abogados, notarios, registradores...) y agentes económicos, de quienes dependen la creación de estados de opinión, el mantenimiento del equilibrio entre los distintos intereses en conflicto, la resolución de dichos conflictos y el progreso económico de nuestra sociedad en la medida en que sus aportaciones intelectuales son tenidas en cuenta en la elaboración de los textos

legales por nuestros representantes parlamentarios elegidos democráticamente.

Me gustaría situar mi intervención en un contexto de un panorama contemporáneo marcado a mi entender por varios factores:

- ***La convulsión en la política internacional***, con la convergencia de fuerzas de distinto signo que se entremezclan, el desplazamiento de la crisis económica hacia las llamadas «economías emergentes», el precio del petróleo, las revoluciones tecnológicas, la aparición en la escena política de Donald Trump, y en general, la radicalización de los discursos proteccionistas y de las llamadas «securocracias», y cómo no, el terrorismo islámico global y la inestabilidad en zonas como el Sinaí, en Libia, Siria, Irak, Yemen, Afganistán y Pakistán, espacios que generan un foco de inestabilidad global en tanto que suponen la base operativa de grupos terroristas crecientemente conectados entre sí y pulmón para todo tipo de redes criminales.
- Un segundo aspecto es la ***revisión del proceso de integración europeo***, puesto en tela de juicio a consecuencia de los perversos efectos de múltiples causas de todo orden, y que comenzaron a ser advertidos por los expertos con cada vez más fuerza desde los primeros años del siglo XXI. La llegada del euro, en un contexto en el que los tipos estaban muy por debajo de la inflación, el fracaso del proyecto de Constitución Europa, la crisis griega, y más recientemente el brexit son hechos que

han puesto en entredicho el proyecto europeo tal como fue concebido. Puede citarse, como ejemplo, el desarrollo de las llamadas estrategias de la permanencia, el «proyecto del Miedo» y el surgimiento de los programas políticos euroescépticos, que alcanzaron una notable presencia en el Parlamento Europeo tras las últimas elecciones. Cabe referirse al análisis realizado hace unos años por la Ilma. Sra. D^a Elisa Pérez Vera acerca del significado y alcance del derecho a la ciudadanía europea, en su trabajo titulado *Ciudadanía y nacionalidad de los Estados miembros*. La ciudadanía de la Unión, instaurada para aproximar a los «pueblos de Europa» al proceso de integración europeo, nació ligada a la nacionalidad de los Estados miembros, cuya regulación sigue siendo de la competencia exclusiva de éstos. Tal vinculación es, posiblemente, una de las razones por las que, veinte años más tarde, apenas se haya profundizado en el desarrollo de una institución concebida para evolucionar. Ahora bien, como un cambio en la situación requeriría de reformas en los Tratados originarios (que no son previsibles), la evolución del actual estado de cosas ha de confiarse a que la jurisprudencia del TJUE, en la interpretación de los derechos de ciudadanía, responda al espíritu integrador de las libertades europeas, además de tomar especialmente en cuenta el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

En España hemos experimentado todos los factores anteriormente apuntados, que, se han dejado notar con un

efecto cascada inmediato. Incrementados aún más en nuestro país por otros factores internos numerosos y complejos.

MERCADO HIPOTECARIO ESPAÑOL

El surgimiento de los Registros de la Propiedad y de los Registradores trajo su causa en una etapa de búsqueda de soluciones globales a problemas de grave inseguridad jurídica en las transacciones inmobiliarias. Los mecanismos tradicionales de seguridad se quedaron obsoletos durante el siglo XIX ya que el mercado no era eficaz si permitía la celebración de un juicio universal por cada transacción o compraventa, ni tampoco podía esperar el cumplimiento de los plazos de usucapión. Esa fue la razón por la que surgieron los Registros de la propiedad inspirados en el modelo germano, modelo en el que se integra el Registro español.

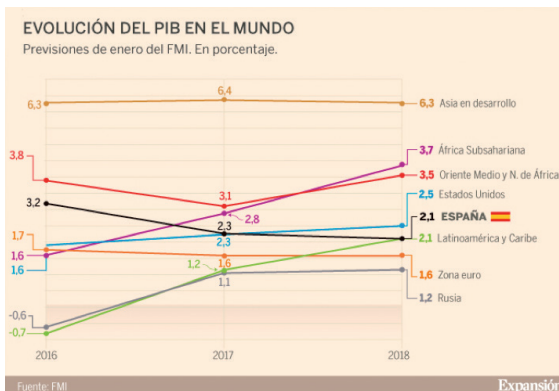
La implantación de los registros como nuevos mecanismos de seguridad se acompañó de la creación del Registrador de la propiedad. Los fuertes efectos de los asientos exigen un intenso control de entrada, tanto formal como material, que recibe el nombre de *calificación* y que constituye la función del registrador.

El registrador se convierte en pieza clave de un sistema que permitía a través de la hipoteca, la financiación de los inmuebles y al mismo tiempo su incorporación al mercado. El mercado hipotecario es un marco regulatorio estricto dentro del cual, y bajo su disciplina, se formalizan, sustentan y transmiten los préstamos y créditos garantizados con primera hipoteca sobre bienes inmuebles.

EVOLUCIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO ESPAÑOL

Previsiones de crecimiento económico en España

En los últimos meses se anuncian en los medios de comunicación previsiones favorables para la economía española. El FMI publicaba hace unos días sus previsiones para España en el año 2017 situándolas en un crecimiento del 2,3% y 2,1% en 2018.



Esta idea se apoya en los datos macroeconómicos publicados por los informes de la Federación Hipotecaria Europea, así como en los índices publicados por la Asociación Hipotecaria Española o el Instituto Nacional de Estadística.

Cambio de ciclo en el mercado hipotecario español

A finales de 2016 (en diciembre), el llamado *cambio de ciclo* se caracteriza por las siguientes notas:

- El Euribor encadena en diciembre 11 meses consecutivos registrando valores negativos, como consecuencia de la política monetaria expansiva que se viene manteniendo, cerrando 2016 con su mínimo histórico (-0,08%).
- El tipo efectivo de contratación de hipotecas se mantiene estable respecto al trimestre anterior, registrándose un tipo de 1,66%, un 19% más bajo que un año atrás.
- El importe medio de las hipotecas residenciales ascendió a 112.952 euros en el tercer trimestre de 2016, un 6,34% más en términos interanuales.
- Sigue la tendencia de incremento en la contratación de hipotecas respecto a años anteriores. En este sentido, el acumulado desde inicio de ejercicio hasta noviembre de 2016 muestra un *incremento interanual de un 15%* para viviendas (elemento de mayor representatividad en la naturaleza urbana) que alcanza las 260.581 hipotecas.

- Las hipotecas concedidas sobre tipo fijo han crecido de forma importante a lo largo del 2016. En noviembre de 2016, éstas situaron su tasa en 30,2%, lo que contrasta significativamente con el 5,7% de 2015 (7,23% noviembre 2015). La mayor contratación de tipo fijo hace disminuir la cuota de las variables, pero aún así esta última sigue siendo el tipo de hipoteca más contratado, contando con un 42,8% de cuota.

Salvo el periodo de verano, por razones de normativa, donde hubo una paralización de los registros de nuevas escrituras a raíz de una sentencia del Tribunal Supremo sobre intereses de demora, sigue la tendencia de incremento en la contratación de hipotecas respecto a años anteriores.

En este sentido, el acumulado desde inicio de 2016 hasta noviembre de 2016 muestra un incremento interanual de un 15% para viviendas (elemento de mayor representatividad en la naturaleza urbana) que alcanza las 260.581 hipotecas.

Siguiendo esta dinámica, el importe acumulado para el mismo ejercicio alcanzó los 28.540 millones de euros, un 20% más que en el mismo periodo del año anterior.

- A noviembre de 2016, el crédito hipotecario gestionado ha registrado una caída interanual de -3,93%, hasta situar su saldo en 666.348 millones de euros.
- El crédito inmobiliario destinado a los hogares que sigue siendo el segmento con mayor repre-

sentatividad (casi un 77% del total del crédito inmobiliario), experimentó una disminución interanual de -3,1%, hasta situarse en los 540.262 millones de euros.

- La dudosisidad sigue arrojando buenos resultados para el tercer trimestre de 2016. El saldo dudoso del sector privado residente que en valores absolutos alcanza los 116.284 millones de euros a septiembre de 2016, disminuyó un -17,69% en términos interanuales.

Hasta septiembre de 2016 se habían producido 329.246 transacciones, con una variación positiva de 14,85% respecto al mismo periodo del año anterior. El 90% corresponden a inmuebles de segunda mano.

- El índice de desempleo, una de las causas que principalmente ocasionaron la crisis económica ha caído hasta un 18%, desde un 30% en julio de 2013.

Todo ello aventura una buena evolución y permite concluir un escenario optimista, con una equilibrada recuperación económica y permanente incentivo de la economía en la Eurozona por el Banco Central Europeo.

Podría concluirse que existe un cambio de tendencia y que el crédito está circulando favoreciendo el consumo y la inversión.

¿Puede pensarse que en este escenario puede darse por superada la crisis económica? ¿Hasta qué punto la evolución del mercado hipotecario ha sido determinante para influir en los datos macroeconómicos?

***Importancia del mercado hipotecario
en la evolución económica española***

Hace unos años, en 2015, tuvo lugar en Granada un Congreso Nacional organizado por la Cátedra de Derecho Registral de la Facultad de Derecho de esta ciudad, y fruto del cual se editó una publicación, que tomó el título que dio nombre al Congreso. Con el nombre de *Presente y futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para consumidores y empresarios*, se analizaban pormenorizadamente algunas de las novedades legislativas de reciente aprobación, y llamo especialmente la atención sobre el análisis que el registrador de la propiedad Ángel Valero realizó en dicha obra colectiva sobre *Las últimas reformas legislativas en materia de préstamos hipotecarios y su repercusión en el futuro de la hipoteca en España*.

En dicho trabajo se insistía en la idea de que, en España, es incuestionable que la hipoteca ha constituido el principal instrumento de que ha posibilitado la efectividad del derecho constitucional de acceso a la vivienda de las clases medias y que ha facilitado su mejora socioeconómica al permitirles disfrutar anticipadamente de rentas futuras a cambio de una remuneración en forma de interés. Esta es la realidad, y sigue siendo avalada por las cifras anteriormente apuntadas, básicamente derivada de las pautas de comportamiento de las sociedades desarrolladas, en las que una vez satisfechas las necesidades básicas se concentran los esfuerzos económicos en salud, educación, ocio y finalmente, en inversiones inmobiliarias a largo plazo.

También se hacían, por parte de la doctrina más especializada y en las instituciones que estudiaron el escenario macroeconómico, sugerencias en el sentido de modificar legislativamente determinadas deficiencias detectadas tras el estallido de la burbuja inmobiliaria, los fallos de regulación y supervisión del sistema financiero y corregir las malas prácticas en los procesos de contratación de préstamos hipotecarios.

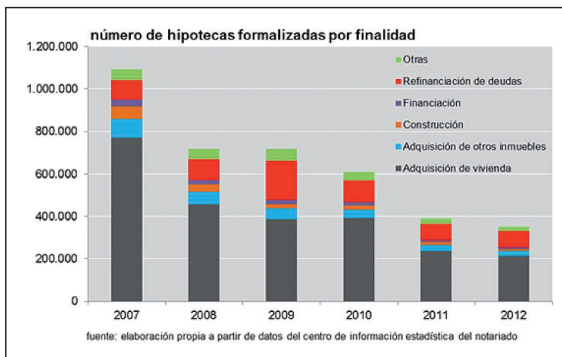
Durante este tiempo se han cuestionado desde ciertos sectores jurídicos y sociales las bases que tradicionalmente han sustentado la responsabilidad por deudas garantizadas con hipoteca y el procedimiento de contratación y ejecución hipotecaria. Pero esto no significa que la financiación hipotecaria fuese la causante de la crisis, como se afirmó injustamente desde ciertos sectores confundiendo problemas sociales, como las elevadas tasas de desempleo, con problemas financieros derivados de una situación ya expuesta. Es más, la refinanciación y la novación hipotecarias han sido un instrumento utilísimo que ha permitido a muchas familias una recuperación económica efectiva y una mejora sustancial de las condiciones del préstamo hipotecario, la adaptación flexible de los mismos a las exigencias del mercado, de las propias reformas normativas que han afectado a la hipoteca y por supuesto, a los pronunciamientos del TJUE y de los tribunales nacionales.

Para apoyar esta tesis voy a hacer referencia a dos publicaciones que interesan especialmente en la medida en que fijan su atención en los elementos del préstamo hipotecario que, en la medida en que resultan

flexibles, pueden ser utilizados para reequilibrar el mercado hipotecario:

Una, de enero de 2014, del Catedrático de Economía Aplicada don Manuel Martín Rodríguez, se refería a la importancia del mercado hipotecario y a los factores que se han ido reequilibrando a lo largo de estos años: el LTV, el plazo, el importe del crédito, el tipo de interés y la solvencia del deudor. La otra publicación, de Juan Villén analizaba lo anterior con gráficos. En este se examina el número de hipotecas concedidas por años desde el comienzo de la crisis económica en 2007 y se observan datos relevantes

A simple vista podemos ver que durante el boom inmobiliario se concedían muchas más hipotecas sobre viviendas que transacciones de compraventa, lo cual indicaba que muchas familias estaban utilizando las viviendas como garantías para otros fines, como podrían ser la refinanciación de deudas y aportación de garantías adicionales para la compra de vivienda de algún familiar.



¿Cuáles son los motivos por los que el mercado hipotecario es determinante en la resolución de la crisis económica? Se destacaba que el fuerte crecimiento del crédito hipotecario para adquisición de viviendas en la fase expansiva del ciclo económico, el actual anclaje del sistema financiero español con el sistema financiero internacional a través de las cédulas y bonos de titulación hipotecaria, el elevado peso de las hipotecas a viviendas en la deuda total de los hogares y los problemas sociales derivados de las ejecuciones hipotecarias por impago han hecho que el mercado hipotecario de viviendas adquiriera una gran importancia en la resolución de la presente crisis económica. Dos son los problemas relevantes: uno, la cantidad de crédito y sus efectos sobre el funcionamiento de la economía española; otro, la calidad de este crédito y sus efectos sobre las entidades financieras y sobre los prestatarios.

Respecto al primero, hay datos bien expresivos de lo que suponía en España entre 2007 y 2012 la cantidad de crédito financiado. Según el Banco de España, el importe total de crédito hipotecario a los hogares españoles para la adquisición y rehabilitación de viviendas no dejó de crecer hasta finales de 2010, en que alcanzó la cifra máxima de *620.433 millones de euros*, un 36% del balance de las entidades de crédito, bajando desde entonces levemente hasta los 612.074 millones del tercer trimestre de 2013, una deuda que representa todavía *el 65% del PIB*, muy por encima de Italia (22%); Francia (41%); o Alemania (46%), pero por debajo de Holanda (107%); Dinamarca (101%) o Reino Unido (85%). Junto a estos datos hay que añadir que el número total de hipotecas

a finales de 2012 era de 6.140.645, un 81% menos que en 2007; el importe medio de las que se concedieron en ese año fue de 100.000 euros, frente a los 150.000 de 2007; el plazo medio hipotecario, de 23 años, frente a los 30 años de 2007; el tipo de interés, tres puntos porcentuales sobre el Euríbor a un año, frente a un punto en 2007; y la relación préstamo/valor (LTV) de las operaciones nuevas, del 59%, frente al 64% en 2005, un dato crucial en los problemas de impago, que debe complementarse con el hecho de que si en 2006 un 18% de los préstamos hipotecarios tenía una LTV superior al 80%, a partir de entonces comenzó a bajar hasta el 11% de 2009 para subir de nuevo hasta el 16% de 2013, debido al creciente endurecimiento del crédito y a la reciente conducta de los bancos, dispuestos a ofrecer financiación hipotecaria en ventas de su propia cartera.

Todo ello ha configurado un mercado hipotecario de proporciones excesivas, que en los últimos años comienza a normalizarse lentamente en volúmenes, número de operaciones, plazos, precios y garantías.

De que este proceso continúe, y deseablemente a un ritmo mayor, depende en buena medida la evolución del fuerte apalancamiento financiero de los hogares españoles, que está frenando el consumo, y el aumento del crédito a otras actividades productivas, tan necesario para el repunte de la inversión privada.

Hoy, en cuanto al importe del crédito financiado recordemos lo anteriormente expuesto y el acumulado desde inicio de 2016 hasta noviembre de 2016 muestra un incremento interanual de un 15% para viviendas (ele-

mento de mayor representatividad en la naturaleza urbana) que alcanza las 260.581 hipotecas.

Siguiendo esta dinámica, el importe acumulado para el mismo ejercicio alcanzó los 28.540 millones de euros, un 20% más que en el mismo periodo del año anterior).

En cuanto a la calidad de este crédito, aunque en algún momento se ha pretendido comparar con las hipotecas subprime de Estados Unidos, la realidad es que su morosidad se está manteniendo a niveles relativamente bajos, pese a haber *aumentado desde el 0,4% de 2005 al 5% actual*. En un reciente documento de la Comisión Europea, *Second Review of the Programme and the Financial Assistance for the Recapitalization of Financial Institutions in Spain* (2013), se ha tratado de explicar esta baja morosidad mediante cuatro tipos de razones: a) una LTV relativamente baja, que el propio documento estima en un 62%; b) un nivel bajo de desempleo entre los deudores hipotecarios, ya que solo el 8% del total de esta deuda está suscrita por personas desempleadas, frente al 26% de paro existente; c) la evolución a la baja del tipo de interés de referencia, que ha llevado a que los españoles paguen hoy una cuota mensual hipotecaria un 40% más baja que en 2008; d) el hecho de que los bancos españoles hayan mantenido una política de renegociación activa de las hipotecas para facilitar el cumplimiento de las obligaciones de pago. Si pese a todos estos factores atenuantes los efectos de la crisis inmobiliaria sobre el sistema financiero han sido muy intensos se ha debido más bien a la elevada tasa de morosidad del crédito a promotor, al riesgo subyacente en los préstamos hipote-

carios a hogares en situaciones de estrés y al riesgo que supone la vinculación de los préstamos hipotecarios españoles a los mercados internacionales.

**PROTECCIÓN REGISTRAL DEL DEUDOR
HIPOTECARIO. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA
RELACIONADA. REFORMAS QUE HAN INCIDIDO
EN EL MERCADO HIPOTECARIO.
ANÁLISIS Y CRÍTICA.**

Una vez sentadas las bases de la gran importancia que la evolución del mercado hipotecario tiene sobre la economía española, y el extraordinario papel que ha desempeñado su reequilibrio para la recuperación económica, procedemos a analizar la función de los registradores como piezas clave del sistema y cuáles son las medidas que el legislador español ha adoptado para intervenir en él, cuáles han producido un efecto sensible, y cuáles, a nuestro criterio, no lo han producido ni son susceptibles de producirlo.

Realizaremos un estudio organizado en fases temporales distinguiendo las etapas que ya se han convertido en clásicas en los estudios que se han publicado sobre este materia.

FASE DE CRECIMIENTO ECONÓMICO (1994-2007)

Desde la aprobación de la Ley Hipotecaria, en 1944 (texto refundido de 8 febrero de 1946), se termina el gran desequilibrio en perjuicio del deudor que establecía el sistema de garantías. El deudor, hasta entonces estaba

sometido a intereses usurarios y leoninos, se le exigía dar en propiedad bienes en garantía de las deudas (venta a carta de gracia o entrega fiduciaria de bienes) y en caso de incumplimiento nada podía hacer para reclamar pese a que los bienes dados en garantía podían suponer un enriquecimiento injusto a favor del acreedor. Sin olvidar la figura de los censos, que se utilizó como forma de financiación pero claramente desequilibrada a favor del dueño directo y en perjuicio del censualista.

La Ley Hipotecaria, tal como está redactada, evita el surgimiento de cargas ocultas, la necesidad de investigar las titularidades y la necesidad de contratar seguros de títulos y encarecer el crédito con garantías adicionales. La ley acabó con los intereses usurarios, activó la circulación de bienes, creó nuevas fuentes de riqueza y prosperidad, rebajó los tipos de interés y convirtió a la hipoteca en instrumento de financiación perfecto que permitía al deudor (a diferencia del censo o al pacto de retro) conservar la propiedad de los bienes, beneficiarse de sus rendimientos y de su revalorización. Esta ley, junto a la prohibición del pacto comisorio, la ley 2/1994 (única en el mundo, que permite al deudor instar el cambio de entidad financiera acreedora sin consentimiento de esta en busca de mejores condiciones financieras) y la ley de enjuiciamiento civil configuran una protección suficientemente flexible, eficiente y garantista del deudor hipotecario, que al mismo tiempo beneficia al mercado y favorece la prosperidad económica global.

La protección del deudor en el ámbito registral se ha basado, principal y fundamentalmente, en un siste-

ma de calificación efectivo y económico, realizado por registradores cualificados e independientes y anclado en principios muy relacionados con la actual normativa de protección del consumidor (la especialidad, el principio de legalidad, la claridad de los asientos registrales, la protección del adquirente de buena fe, el tercero hipotecario y un eficiente sistema de seguridad jurídica preventiva...), antes incluso de que la CE recogiera la protección de los consumidores y usuarios como principio de la política social y económica en su art. 51.

Calificación registral de los préstamos hipotecarios

La calificación registral protegía al deudor de figuras y fórmulas ajenas al derecho real de hipoteca, indeterminadas o de contornos difusos, y no se admitía la inscripción de hipotecas flotantes, recargables, hipotecas de propietario...

Por todas, se cita la Res. de 26 de noviembre de 1990:

No es inscribible una escritura de constitución unilateral de hipoteca de máximo, en favor de varios Bancos, en que las obligaciones garantizadas pueden serlo «cualquiera que tenga su causa en negocios u operaciones propias del tráfico de Bancos de cualquier tipo, sin excepción alguna», llevándose todas ellas a una sola cuenta, con cargo a la cual no podrá el deudor disponer de cantidad alguna; siendo los Bancos quienes unilateralmente podrán determinar qué obligaciones (presente o futuras) son las contraídas, y cuáles son su cuantía y condiciones. Entiende la Dirección General que la operación descrita no es propiamente de las que la Ley o el tráfico tipifican de bancarias, y que las facultades atribuidas a los Bancos conculcan el principio contractual de igualdad entre las partes.

La Res. 17 de enero de 1994 destaca que en una Hipoteca de máximo. Hipoteca en garantía de avales concedidos por una Sociedad de Garantía Recíproca.

Rechaza la Dirección General la inscribibilidad de una hipoteca de máximo en la que una persona garantiza a una Sociedad de Garantía Recíproca la operación de aval que en la propia escritura se formaliza, así como los que en el futuro puedan convenirse entre ambos. Señala la Dirección General que con ello la hipoteca garantizaría deudas inexistentes, totalmente futuras, cuya admisión «equivaldría a permitir la inscripción de hipotecas que, en realidad, no son tales, porque no puede haber hipoteca mientras no exista la deuda a la que ha de servir de garantía», creándose una reserva de rango carente de un legítimo interés actual suficiente que lo justifique, menoscabándose con ello el crédito territorial del propietario y perturbándose el tráfico inmobiliario.

Calificación registral de cláusulas abusivas

La ley de Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/1998) en su disposición adicional 2.4 modifica la Ley hipotecaria, en sus artículos 222 (publicidad formal), 253 (nota pide de título) y 258, para tratar aspectos relacionados con la información al consumidor, atención al público y para añadir al 258 el segundo párrafo:

2. El Registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En este artículo se recoge la noción de cláusula abusiva y las consecuencias de dicha apreciación por el juez tal como fue introducido por la disposición adicional primera de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas abusivas. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato.

Por tanto, se requería la declaración judicial de nulidad de la cláusula, inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación y con la consecuencia de la nulidad de la misma y la integración del contrato y facultades moderadoras judiciales.

Cabe decir que, como curiosidad, en la tramitación parlamentaria, el art. 10.6 de la ley 26/84, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, iba a tener la siguiente redacción:

Los registradores de la propiedad y mercantiles calificarán bajo su responsabilidad el carácter abusivo de las cláusulas que afecten a la eficacia real de los derechos inscribibles, denegando su inscripción, sin perjuicio de los recursos judicial

o gubernativo, regulados por la legislación hipotecaria que pudieran interponerse.

Y en esa misma tramitación, el citado 258 LH, que acabamos de citar, iba a tener esta redacción:

El registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas que sean nulas de conformidad con la legislación sobre condiciones generales, y en aplicación del art. 10 bis de la LGDCyU.

El grupo parlamentario Izquierda Unida apoyó el proyecto con dicha redacción indicando que:

[...] es ridículo obligar a los consumidores al gasto que supone acudir a los tribunales y contribuir al colapso de estos cuando el trámite judicial puede evitarse denegando la inscripción [...]

Otros grupos, como Coalición Canaria, rechazaron el proyecto con la redacción original porque entendían que «defendía el interés de los registradores de la propiedad», y que darle al registrador estas funciones es «entrometerse en la función jurisdiccional». También surgió el argumento de que podría suponer una «invasión en libertad de los particulares y en la tutela de sus derechos». El grupo socialista habló de que se trataba de una privatización de funciones públicas en beneficio de los intereses corporativos de los registradores, llegando a proponer la siguiente redacción para dicho artículo:

Aun cuando el encargado del registro de condiciones general apreciase la existencia de condiciones que pudieran adolecer de nulidad, deberá proceder a su inscripción [...]

La redacción final que se aprobó para el art. 10.6 LGDCYU fue la siguiente:

6. Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales.

Los Notarios, los Corredores de Comercio y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores en los asuntos propios de su especialidad y competencia.

Y el art. 258 LH quedó como se ha enunciado.

En materia de calificación registral de cláusulas abusivas las Res. DGRN indicaban como en las de 8, 9, 10 y 11 de octubre de 1991. En el Registro de la Propiedad número 7 de Barcelona se suspende la inscripción de varias escrituras de compraventa con condición resolutoria por adolecer de varios defectos relacionados con las cláusulas de la resolución, en las cuales se imponen determinaciones que el Registrador considera no inscribibles por ser confusas o de naturaleza personal y además porque a su entender en algunas de dichas cláusulas se vulneran las prohibiciones del artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores de 19 de julio de 1984. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó la nota del Registrador. En cambio la Dirección General sólo la confirma en cuanto a la letra b) del tercer defecto diciendo que el título calificado no es suficientemente

claro en cuanto a la necesaria consignación tanto del precio abonado como de los intereses satisfechos, que integran la contraprestación del comprador. Respecto a la Ley de Defensa de los Consumidores, se entiende que los medios de los que dispone el registrador en su calificación son limitados y le impiden apreciar la abusividad de las cláusulas.

*Calificación registral de las cláusulas
de vencimiento anticipado*

Más interés tenía la calificación de las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios. Antes de la reforma de la LEC, la DGRN llevaba tiempo elaborando caso a caso una importante doctrina relativa a este tipo de cláusulas que llegaba al Registro y que analizaba las nuevas formulaciones ideadas por las entidades bancarias. A medida que los préstamos hipotecarios iban incorporando nuevas fórmulas de resolución basadas en causas diversas, la DGRN resolvía en forma de recurso gubernativo cada una de ellas impidiendo la inscripción de numerosas cláusulas:

- **Cláusulas financieras.** No resultan inscribibles las cláusulas de redondeo por encima del 1/8 de punto o sólo al alza (D.A. 12.^a Ley 44/2002 de reforma del sistema financiero).
- **Cláusulas de vencimiento anticipado** en caso de que la parte prestataria sea declarada en concurso (art. 61.3 Ley Concursal 22/2003), o en caso de enajenación, gravamen, arrendamiento o embargo de la finca hipotecada (arts. 27 y 107.3 LH), o

de iniciación de una ejecución contra otros bienes del patrimonio del deudor, o por insolvencia o fallecimiento del deudor, o por disminución del valor de la finca hipotecada por encima de ciertos valores «a juicio del prestamista», o por incumplimiento de cualquier obligación derivada del contrato, aún accesoria, etc.

- **Otras cláusulas** que imponen limitaciones o renunciaciones a los derechos de los consumidores como:
 - los pactos de sumisión expresa a tribunal distinto del que corresponda al lugar de situación del inmueble (art. 90.2 LGDCU y 684 LEC);
 - los pactos comisorios (art. 1859 C.c.);
 - los de renuncia del deudor a la cancelación parcial cuando el acreedor haya aceptado el pago fraccionado del crédito (art. 124 LH);
 - el de renuncia del deudor a la notificación de la cesión del préstamo hipotecario (art. 149 LH; tras su modificación por Ley 41/2007, es pacto personal);
 - o la cláusula que permite al acreedor descontar del precio del remate los gastos de formalización relacionados con la adjudicación del inmueble (art. 692 LEC), etc.

La STS de 27 de marzo de 1999 llegó más lejos y las llegó a declarar nulas. Quizá por ello, y por otros motivos, a fin de despejar las dudas que dicha sentencia introdujo en la operativa bancaria, la nueva Ley de Enjuiciamiento

Civil (Ley 1/2000, vigente desde el 8 de enero de 2001) recogió una previsión expresa de validez del supuesto más importante de resolución contractual al decir en el art. 693 LEC lo siguiente:

1. Lo dispuesto en el capítulo anterior será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si viciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación, y siempre que tal estipulación conste inscrita en el Registro.

Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha.

2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro.

La STS de 27 de marzo de 1999 valoraba una cláusula predispuesta por el Banco Hipotecario que decía así:

Aunque no haya concluido el periodo fijo del préstamo [...] El Banco podrá exigir la devolución del capital con los intereses y gastos [...] en los casos de incumplirse cualquiera de las obligaciones establecidas en las estipulaciones precedentes (por ejemplo el deber de abonar intereses al banco, vencimientos semestrales del capital y de los intereses, estar al corriente en el pago de los tributos, tener asegurada la obra [...] teniendo el Banco en estos casos el derecho a exigir por vía de indemnización el 3% del capital que se le adeude.

En la sentencia se llega a la conclusión de que la cláusula es contraria a la legislación vigente.

1. Pacto contrario al Código Civil

La principal obligación del mutuatario consiste en restituir al prestamista otro tanto de lo recibido en el tiempo y lugar designados en el contrato. Y según el artículo 1.125 del Código Civil las obligaciones a término sólo son exigibles cuando el día llegue. Las excepciones a esta regla contenidas en el artículo 1.129 del Código Civil establece en la pérdida del beneficio del plazo precisamente en que la deuda carezca de garantías, lo que no ocurre cuando los préstamos están asegurados con hipoteca. Siempre que las deudas estén suficientemente garantizadas no serán exigibles hasta que el plazo venza. Y cuando se debilitan las garantías es cuando debe precipitarse el cumplimiento de la obligación para evitar posibles insolvencias del deudor. En congruencia con esta doctrina, el artículo 1.915 el Código establece que en los casos de concurso o quiebra vencen todas las deudas a plazo.

Como el término se presume (artículo 1.127) establecido en beneficio del acreedor y del deudor, aquél no puede reclamar el pago antes del vencimiento al deudor, frente a las impaciencias de su prestamista, podrá rehusar el pago.

3.2. Contrario al artículo 127 Ley Hipotecaria

Cuando para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar la finca hipotecada y aún quedaran por vencer otros plazos de la obligación, se practicará lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo ciento treinta y cinco. Si el comprador no quisiere la finca con la carga de la hipoteca que queda por satisfacer, se depositará su importe con los intereses que le correspondan,

para que sea pagado el acreedor al vencimiento de los plazos pendientes.

Este artículo claramente prevé el mantenimiento del plazo aunque el depósito del importe se haga de inmediato cuando aparezca el tercero comprador que no quiera la finca con la carga.

El 135 en su redacción original anterior a la LEC de 2000 decía:

3.3. Contrario al artículo 135 Ley Hipotecaria

Lo dispuesto en los artículos precedentes será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si venciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación, y siempre que tal estipulación conste inscrita en el Registro.

Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar la finca hipotecada, y aun quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha.

Vista esta argumentación, queda claro que la nueva redacción dada por la LEC a la cuestión del vencimiento anticipado impedía nuevos pronunciamientos en ese sentido.

Es llamativa la STS de 12 de diciembre de 2008:

Texto de la cláusula de vencimiento anticipado estudiada (Cajamadrid):

El préstamo se considerará vencido y consiguientemente resuelto, y podrá procederse al reintegro de las cantidades entregadas, intereses, intereses de demora, por medio del procedimiento

del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, por el procedimiento ejecutivo extrajudicial o por el procedimiento ejecutivo general de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los casos siguientes: a) Incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas en la presente escritura, con respecto a la falta de pago, bastará la de una cuota cualquiera de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran, de un recibo de contribución o impuesto que grave la finca, aún cuando el recibo de contribución haya sido pagado por la Caja, adelantando las cantidades precisas, teniendo la entidad prestadora facultad para exigir el reembolso de las cantidades anticipadas y sus intereses, al tipo pactado en este contrato, más el correspondiente recargo por demora previsto en el mismo, igualmente se producirán los mismos efectos cuando se trate del impago de una prima de seguro de incendios o de todo riesgo a la construcción.

2. Doctrina

No procede estimar la acción de cesación de cláusula contenida en los contratos de préstamos hipotecarios concedidos por la entidad demandada por no vulnerar ni el Código Civil ni la legislación hipotecaria, sin que merezca la consideración de doctrina legal la sentada en la sentencia de 27 de marzo de 1999.

3. Desarrollo

3.1. No vulnera el Código Civil:

Es evidente que los artículos 1.125, 1.127 y 1.129 del Código Civil son preceptos dispositivos y no imperativos.

3.2. Tampoco vulnera lo dispuesto en el art. 127 LH ni el art. 135 Ley Hipotecaria (se entiende en su redacción previa a la introducida por la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil que es la reproducida más arriba) también sin excluir la posibilidad de la cláusula de vencimiento anticipado amparada en el artículo 1.255 del Código Civil que

permite a los contratantes establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

Por otra parte, el artículo 10 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles determina que, en caso de impago de dos plazos o del último, el financiador puede optar entre resolver el contrato o exigir la totalidad de los plazos pendientes.

3.3. No vulnera la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia:

La STS de 27 de marzo de 1999 ha considerado abusivas, y, por consiguiente, nulas las cláusulas de vencimiento anticipado cuando las deudas estén suficientemente garantizadas, no obstante la posición de esta resolución no ha tenido continuidad en la jurisprudencia; además, sus conclusiones se circunscriben al ámbito del caso enjuiciado, ya que existían prerrogativas abusivas para el Banco prestamista, a cuyo arbitrio quedaba el cumplimiento del contrato, pues se reservaba la decisión de entregar o no el dinero objeto del préstamo.

Como se ha señalado en el fundamento de derecho segundo de esta resolución, no cabe tener en cuenta la sentencia indicada como integrante de doctrina jurisprudencial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6.1 (debe leerse 1.6) del Código Civil, dado que manifiesta un criterio aislado y sin continuidad en esta Sala al haber sido contradicha por sentencias posteriores de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que vienen a corroborar la validez y eficacia de las cláusulas de vencimiento anticipado por incumplimiento de las obligaciones que incumben al deudor, entre las que cabe citar la STS de 7 de febrero de 2000, sobre un contrato de arrendamiento financiero. Además del art. 693 LEC (ya visto), la nueva ley construye un sistema de ejecución hipotecaria rápido, efectivo y dinámico.

co, cuyas principales novedades aceleraban y dinamizaban el antiguo procedimiento del art. 131 LH.

Es un ejemplo clarísimo de cómo la reforma de la LEC viene a salir al paso de una línea jurisprudencial muy crítica entonces con dichas cláusulas.

FASE DE CRISIS ECONÓMICA (2007-2015)

A partir de 2007 la legislación en materia hipotecaria se caracteriza por una clara tendencia a la flexibilización del derecho real de hipoteca, la regulación de nuevas figuras (no contempladas hasta ese momento) que se acoplaran a las nuevas necesidades del mercado y una relajación de los controles preventivos respecto de las cláusulas abusivas predispuestas por las entidades crediticias.

Este período destaca por su interés la reforma operada por la ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario, muy criticada por implantar un sistema de vulneración sistemático de garantías del deudor hipotecario y desnaturalizar la esencia del derecho real de hipoteca y todos los principios hipotecarios que, hasta entonces, habían servido para garantizar seguridad jurídica, sobre todo, pero también para proteger al deudor y al tercero que contrataba amparado en los pronunciamientos registrales, y que siempre conocía cuáles eran la situación y las cargas sobre las que se emitía la publicidad.

La aparición de este texto afectó a la redacción de artículos especialmente importantes:

***Régimen de la compensación
por amortización anticipada***

1. **Ámbito de aplicación:** contratos de crédito o préstamo hipotecario formalizados con posterioridad al 9 de diciembre de 2007 cuando concorra ALGUNA de las siguientes circunstancias: a) Que se trate de un préstamo o crédito hipotecario y la hipoteca recaiga sobre una vivienda y el prestatario sea persona física; b) que el prestatario sea persona jurídica y tribute por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el Impuesto de Sociedades.
2. **Compensación por desistimiento y compensación por riesgo de tipo de interés.**

Hay que distinguir:

- a) *Créditos o préstamos hipotecarios referidos a interés variable cuyo periodo de revisión sea igual o inferior a doce meses:*
 - No cabe comisión por amortización anticipada total o parcial.
 - No cabe compensación por riesgo de tipo de interés.
 - Sólo es posible pactar la compensación por desistimiento, con los siguientes límites: no podrá ser superior al 0,5% del capital amortizado anticipadamente, cuando la amortización se produzca dentro de los 5 primeros años de vida del crédito o préstamo; no podrá ser superior al 0,25% del capital amortizado anticipadamente cuando la

amortización anticipada se produzca después de transcurridos los 5 primeros años.

- b) *Restantes créditos o préstamos hipotecarios (créditos o préstamos hipotecarios a interés fijo o a interés variable cuyo periodo de revisión sea superior a doce meses):*

— No cabe comisión por amortización anticipada total o parcial.

— Cabe pactar la compensación por desistimiento, con los mismos límites antes indicados.

— Además, cabe pactar compensación por riesgo de tipo de interés: dependerá de si la cancelación genera una ganancia o una pérdida de capital a la Entidad. Sólo procederá la compensación cuando, como consecuencia de la cancelación, se genere una pérdida de capital. La ganancia o la pérdida se determinan por la diferencia entre el capital pendiente en el momento de la cancelación anticipada y el valor de mercado del préstamo o crédito cancelado. El valor de mercado se calcula como la suma del valor actual de las cuotas pendientes de pago hasta la siguiente revisión del tipo de interés y del valor actual del capital pendiente que quedaría en el momento de la revisión de no producirse la cancelación anticipada.

La compensación por riesgo de tipo de interés puede consistir en: a) un porcentaje fijo aplicable sobre el capital pendiente en el momento de la cancelación; o b) la pérdida, total o parcial, que la cancelación genere a la Entidad.

***Modificación de los requisitos de la subrogación
de préstamos hipotecarios
(artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo)***

Cabe destacar como aspectos más importantes de la modificación realizada:

5.3.1. Obligación de subrogar todos los préstamos o créditos hipotecarios inscritos a favor de una misma Entidad acreedora: Cuando sobre la finca exista más de un crédito o préstamo hipotecario inscrito a favor de la misma entidad acreedora, la nueva entidad deberá subrogarse respecto de todos ellos.

Esta medida supone revertir la posibilidad efectiva de que el deudor pueda hacer uso del derecho que le concedía la ley 2/1994, de subrogación de préstamos hipotecarios, ya que se obliga a la nueva entidad que pudiera ofrecer mejores condiciones al deudor a hacerse cargo de todos los préstamos inscritos a favor de la primera.

5.3.BIS. Rango de la hipoteca en el caso de novación modificativa:

A) La novación modificativa del préstamo hipotecario no supondrá alteración o pérdida del rango de la hipoteca, EXCEPTO cuando implique un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo.

B) Si la novación supone aumento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o ampliación del plazo sólo podrá mantenerse el rango hipotecario si dan su consentimiento los titulares de derechos inscritos con rango posterior.

Sin embargo, este consentimiento no podrá prestarse cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores.

C) Esta disposición sólo será aplicable a las hipotecas constituidas a partir del 9 de diciembre de 2007.

Las modificaciones del rango, y la imprecisión de este artículo y defectuosa redacción dieron lugar a dudas, multitud de interpretaciones de la doctrina y a mucha inseguridad jurídica.

Se permite, a partir de la entrada en vigor de la Ley 41/2007, la modificación por entidades financieras (sin que las entidades no financieras se beneficien de este régimen) de una serie de condiciones de un préstamo o crédito hipotecario sin que dicha modificación implique la necesidad de otorgar una nueva hipoteca, ni la pérdida del rango inicial de la hipoteca que se modifica, salvo que la modificación implique un incremento de la responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. Las condiciones de la hipoteca que la nueva norma permite modificar son:

- a) La ampliación o reducción de capital, dando así entrada en nuestra normativa a la llamada «*hipoteca recargable*» francesa, esto es, a la posibilidad de que se mantenga en vigor, sin perder su rango, una hipoteca constituida en garantía de un préstamo o crédito bancario tras la ampliación del capital financiado (por ejemplo, tras una amortización);
- b) la alteración del plazo;
- c) las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente;

- d) el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo; y,
- e) la prestación o modificación de las garantías personales.

Desde el punto de vista práctico, es preciso llamar la atención sobre la amplitud de las modificaciones que permite la norma sin perjudicar el rango de la hipoteca, lo cual significó un claro impacto en la valoración de las hipotecas de segundo rango que quedaban, en aquellas hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de la Ley 41/2007, al albur de modificaciones en las hipotecas de primer rango que pudieron endurecer enormemente las condiciones del préstamo (y, por lo tanto, hacer más posible la ejecución de la hipoteca de primer rango, disminuyendo el «valor» de la hipoteca de segundo rango). Debemos recordar que, con anterioridad, las modificaciones de la obligación asegurada con una hipoteca que fuesen perjudiciales para titulares registrales posteriores debían obtener el previo consentimiento de estos para mantener el rango. Sólo existía una excepción a dicho principio de consentimiento de los titulares registrales posteriores y eran aquellas modificaciones del tipo de interés o ampliaciones de plazo acordadas en el marco de una subrogación de una tercera entidad financiera al amparo de la Ley 2/1994.

A partir de ahora, las posibilidades de novación modificativa (no extintiva) en favor del acreedor hipotecario de primer rango se amplían. Por lo tanto, el titular de una hipoteca de segundo rango deberá tener en mente que la entidad financiera acreedora de la hipoteca de

primer rango y el deudor pueden acordar, por ejemplo, una ampliación del capital, una disminución del plazo, o cualquier otro endurecimiento de las condiciones financieras del préstamo garantizado con hipoteca de primer rango indicadas, manteniendo el rango de la primera hipoteca y sin necesidad de obtener el consentimiento del acreedor hipotecario de segundo rango, siempre y cuando no se aumente la responsabilidad hipotecaria ni el «plazo del préstamo por este incremento o ampliación».

Esta regulación afectó totalmente al rango hipotecario, esto es, la regla general según la cual si constan gravámenes registrales posteriores, la modificación o ampliación de la hipoteca anterior no puede mantener su rango inicial, sino que tendrá el último rango que le corresponda. Esta regla no admitía excepciones, salvo que de común acuerdo y con los requisitos legales, se otorguen e inscriban negocios sobre el rango registral (igualación, posposición o permuta de rango).

Modificaciones de la Ley Hipotecaria

La redacción del artículo 12 antes de la reforma operada en él por la ley 41/2007 era la siguiente:

Artículo 12

Las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los intereses si se hubiesen estipulado.

Su redacción era clarísima, y contenía un principio clave de nuestro Derecho Hipotecario, el de determinación.

Tras su reforma, el artículo 12 regula el contenido del derecho real de hipoteca (artículo 12, párrafo 1º LH) indicando que en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará:

1. *El importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados;*
2. *o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de estas y su duración.*

Esta redacción atentaba al principio de determinación, esto es, aquel que por seguridad jurídica de terceros, exige que consten suficientemente determinados los extremos esenciales de la obligación garantizada: Importe principal, importes accesorios, forma de pago, vencimiento final, acreedor y deudor.

Esta regla sí admitía, legalmente, una excepción importante que flexibilizaba la posible rigidez que implicaba: la hipoteca de máximo. Cuando el importe de la obligación pudiera ser inicialmente indeterminado, bastaba fijar una cifra máxima de responsabilidad hipotecaria por cada uno de los conceptos (principal, intereses, etc) y predeterminar los criterios y forma concreta de liquidación de la deuda.

También atacó el principio de unidad.

Según la exposición de motivos de la ley:

[...] nuestro actual ordenamiento jurídico [...] determina necesariamente que deban constituirse tantas hipotecas como obligaciones se pretenden garantizar lo que, además de encarecer la operación, no es competitivo en la práctica bancaria.

De esta forma, rechaza el principio de unicidad: una hipoteca sólo puede garantizar una obligación principal, (y sus obligaciones accesorias, como intereses, costas, etc). Y se hacía, y esto es muy significativo, justificando la reforma en la búsqueda de mayor competitividad en la práctica bancaria.

Ello implica, explicado en términos muy simples que antes de la reforma, si se quieren garantizar dos obligaciones principales distintas, han de hacerse dos hipotecas distintas. O bien, refundir las dos obligaciones en una sola, por ejemplo mediante el efecto novatorio del contrato de cuenta corriente, con lo cual sólo habría una obligación (el pago del saldo de la cuenta).

5.4.2. Constancia registral de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca en los términos que resulten de la escritura (artículo 12, párrafo 2º LH):

En caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real.

Este artículo afectó principalmente al principio de calificación registral ya que el registrador califica el título (rechazando la inscripción de los extremos que no superen tal calificación) y redacta el asiento (no transcribiendo, ni copiando literalmente, ni archivando documentos, sino redactando el contenido del asiento en términos claros y precisos).

Para la ejecución directa contra los bienes hipotecados se tendrán en cuenta los extremos contenidos en el título que, además, se hayan recogido en el asiento registral (artículo

130 LH): Desaparece la mención al carácter constitutivo de la inscripción registral para la existencia de la hipoteca, sin mayor trascendencia, pues el artículo 1875 del CC no se ha modificado. Se añade al contenido del asiento registral el contenido del título, pero siempre que dicho contenido haya tenido reflejo registral.

5.5.4. La cesión del crédito o préstamo hipotecario sólo surtirá efectos respecto de tercero desde su inscripción en el Registro, debiendo formalizarse en escritura pública (artículo 149 LH). Desaparece la exigencia de que se dé conocimiento al deudor.

5.5.5. Nuevo artículo 153 bis regulador de la hipoteca de máximo:

También pueden constituirse hipotecas de máximo: 1) a favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas; y 2) a favor de las administraciones públicas titulares de créditos tributarios de la Seguridad Social, sin necesidad de pacto novatorio de los mismos.

Será suficiente que se haga constar: —su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas (en este sentido habrá que interpretar el artículo 12, párrafo primero, LH, respecto de la necesidad de «identificar las obligaciones garantizadas», dada la mayor flexibilidad que se le quiere dar a este tipo de hipotecas); —la cantidad máxima de que responde la finca; —el plazo de duración de la hipoteca; y —la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado.

Es clara la finalidad de la ley de acabar con la tradicional fórmula de la hipoteca de máximos, anteriormen-

te citada, y pasar a admitir la hasta entonces rechazada hipoteca flotante.

La hipoteca flotante

La denominada por la exposición de motivos de la Ley 41/2007 hipoteca flotante puede definirse conceptualmente, tal como ha sido tradicionalmente considerada, como aquella dirigida fundamentalmente al mundo empresarial —también ha sido denominada hipoteca de empresa—, que permiten garantizar una pluralidad de obligaciones de distinta naturaleza normalmente futuras, aunque puede coexistir con algunas ya existentes en el momento de su constitución, ligadas normalmente a través de una cuenta corriente de carácter meramente contable, sin que entre ellas tenga que existir un nexo causal y ni siquiera se fundan o reúnan en una nueva obligación resultante de una novación, que conservan su exigibilidad aislada y en que la selección de las deudas que a la postre resulten garantizadas la efectúe el acreedor.

Pues bien, hasta la Ley 41/2007, a salvo remotos supuestos permisivos, en el derecho español no se admitía, siguiendo la doctrina de la DGRN sintetizada en la resolución de 23 de diciembre de 1987, las hipotecas globales sino únicamente lo que podríamos denominar la *hipoteca del saldo de una cuenta corriente novatoria* que es aquella que permite garantizar varias obligaciones distintas, siempre que se cumplan las siguientes premisas o requisitos: a) que las obligaciones estén inicialmente determinadas en sus líneas fundamentales, no genéricamente (relaciones comerciales, etc.); b) que todas ellas

tengan su fuente en una misma relación jurídica o algún nexo causal (que podrá ser el propio pacto novatorio de su inclusión en una cuenta corriente); c) que pierdan su individualidad —y la posibilidad de ejecución aislada— al ingresar en la cuenta corriente de crédito y ser sustituidas por el saldo resultante (efecto novatorio), que constituye la única obligación garantizada; d) que el ingreso en la cuenta corriente sea una facultad del deudor, no del acreedor, que queda ab initio vinculado; y e) que se establezca un máximo de cobertura hipotecaria.

El nacimiento de esta figura implicaba también una merma del principio hipotecario de accesoriedad. Tradicionalmente este principio suponía que la obligación asegurada es lo principal y la hipoteca que la garantiza es lo accesorio, y por ello sigue la suerte de lo principal. Si la obligación se transmite o cede, la hipoteca se transmite con ella. No se puede transmitir una hipoteca sin transmitir a la vez la obligación garantizada. Si la obligación se extingue, se puede exigir, y es obligado otorgar, la cancelación de la hipoteca.

5.5. Hipoteca inversa

5.5.1. Definición y requisitos:

Préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante y siempre que cumplan los siguientes requisitos:

- a) que el solicitante y los beneficiarios que este pueda designar sean personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia,*
- b) que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas,*

c) que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios, d) que la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

Cabe constituir una hipoteca inversa sobre un inmueble que no sea la vivienda habitual del solicitante (en tal caso, la escritura de constitución no gozará de las reducciones arancelarias ni de la exención del impuesto de actos jurídicos documentados).

5.5.2. Límite subjetivo: Sólo pueden ser concedida por las entidades de crédito y por las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España.

Se desprende la posibilidad de que el beneficiario sea persona distinta del constituyente de la hipoteca o solicitante; pudiendo ser una o varias personas, que deberán —eso sí— cumplir los requisitos de tener 65 o más años o, en su defecto, estar afectadas de dependencia severa o gran dependencia.

5.5.3. Régimen de funcionamiento:

5.5.3.1. En vida del prestatario o, en su caso —de haberse pactado así—, de los beneficiarios: pueden disponer del importe del préstamo de una sola vez, o de varias —en forma periódica—. No se amortiza capital ni se pagan intereses.

No obstante, si el deudor hipotecario transmite voluntariamente el bien hipotecado, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente.

5.5.3.2. Al fallecimiento del deudor hipotecario o, si así se estipuló, al fallecimiento del último de los beneficiarios, sus herederos podrán:

a) Cancelar el préstamo en el plazo estipulado, abonando la totalidad del capital y los intereses. No cabe aplicar compensación alguna por la cancelación.

No reembolsar el préstamo, en cuyo caso el acreedor podrá obtener el recobro «hasta donde alcancen los bienes de la herencia».

Análisis y valoración de la reforma

La reforma afectó severamente los principios hipotecarios y fue muy criticada por los expertos, pero muy bien acogida por las entidades de crédito, que expandieron su negocio considerablemente y pudieron disfrutar de la relajación en los controles impuesta legalmente.

En la tramitación parlamentaria quedaron claras las críticas de los grupos parlamentarios al proyecto. Son muy elocuentes, porque en ellas se denunciaba cómo el proyecto perjudicaba los intereses de los consumidores.

Izquierda Unida denunció que:

El proyecto de Ley justifica la introducción de la ampliación de la figura de la hipoteca de «máximo» en garantía de toda clase de obligaciones presentes o futuras sin necesidad de pacto novatorio, en la aparente necesidad de «flexibilizar» el mercado. En la práctica, la extensión de la hipoteca de máximo, también conocida como «hipoteca recargable» dedicada a garantizar todo tipo de deudas personales y familiares, supondrá un fomento del endeudamiento familiar con incremento del riesgo cierto de perder la vivienda habitual. No parece razonable que la garantía hipotecaria sobre la vivienda se desplace al crédito al consumo cuando existe la experiencia de otros países, como es el caso de Estados Unidos, donde dicha figura ha disparado los problemas de morosidad y provocado

quiebras de varias entidades de crédito. La posibilidad de que las entidades bancarias y de crédito puedan cubrir con garantía hipotecaria sus operaciones de crédito al consumo, incluso posteriores en el tiempo a otros acreedores, supondrá convertir a dichas entidades en unos privilegiados absolutos ante otros acreedores. De otra parte, esta figura provocará la imposibilidad de que los acreedores puedan acudir a otras entidades bancarias.

Izquierda Unida también proponía un artículo que limitara temporal y cuantitativamente el importe de los préstamos hipotecarios, con plazos de amortización entre 15 y 25 años justificado así:

En la actual coyuntura económica el crédito hipotecario para la financiación de la compra de vivienda sin límite legal alguno está cebando una espiral inflacionista de los precios de este bien. Dado que la vivienda es, además de un bien económico, el soporte físico del ejercicio de un derecho constitucional de evidentes implicaciones sociales, entendemos necesario tomar medidas para, a corto plazo, evitar el sobreendeudamiento hipotecario de las personas y familias, así como a medio plazo frenar el incremento de los precios de la vivienda libre o de mercado.

Denunciaba igualmente la figura de la hipoteca inversa, proponía la prohibición de la imposición al consumidor de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados.

Convergencia i Unió rechazó el texto, desde la Exposición de Motivos, proponiendo nueva redacción que acogiera la calificación registral en términos contundentes:

La sentida necesidad de avanzar y flexibilizar el régimen jurídico de las hipotecas, con requisitos y figuras jurídicas que acojan las nuevas demandas [...] queden bajo el amparo del régimen de la publicidad y seguridad jurídica preventiva y disfruten de sus beneficios, de conformidad, en todo caso, con las disposiciones legales y reglamentarias que determinan el contenido propio de la inscripción registral, los requisitos para su extensión, y sus efectos.

Porque la Exposición de Motivos del proyecto no puede contener un párrafo en el que se expresa la voluntad del legislador de que los registradores de la propiedad, ante la sentida necesidad de avanzar y flexibilizar el régimen jurídico de las hipotecas, entiendan su labor como dirigida a facilitar el acceso al Registro de las nuevas figuras jurídicas, sin recordar, al mismo tiempo, la necesidad primera y fundamental de que tales funcionarios desarrollen dicha labor con sujeción plena a las normas que determinan el contenido inscribible de los actos y contratos sobre la propiedad inmueble, los requisitos de cumplimiento necesario para práctica de inscripciones, y los efectos que estas hayan de producir.

Lo contrario supondría fijar un criterio cuya aplicación podría chocar con las decisiones suspensivas o denegatorias de la inscripción que los registradores, en ejercicio de su función calificadora de la validez de los actos inscribibles, de la capacidad de sus otorgantes, de las formas extrínsecas del documento, y de la relación de su contenido con los antecedentes registrales.

También este grupo denunció que el texto cuya modificación se pretende introducir, como una medida para impulsar el mercado hipotecario, una reforma del

sistema legal de constitución de la garantía hipotecaria de calado mucho mayor que el que haría pensar la consideración dada, toda vez que, de aprobarse el proyecto con tal redacción, una parte importante del derecho real de hipoteca quedaría fuera del Registro y, con ello, del régimen de publicidad y seguridad jurídica preventiva que el párrafo anterior de la Exposición de Motivos pretende promover.

Por tanto, de mantenerse la redacción actual, se produciría un paso atrás en la regulación del mercado hipotecario, dejando en la clandestinidad, y fuera de todo control preventivo de legalidad, aquellas cláusulas configuradoras de la relación garantizada que, dado su carácter accesorio, determinan el alcance y fuerza ejecutiva de la hipoteca.

Igualmente rechazó la redacción del art. 130 LH y destacaba que era contraproducente perder la consideración al *carácter constitutivo* de la inscripción registral y se refería a la aparición de dudas acerca del procedimiento de ejecución de la hipoteca, ya que si no se utiliza un título inscrito ni se ejecuta en virtud de cláusulas también inscritas, es posible que el deudor pueda oponer excepciones que vayan más allá de las tasadas por la ley, con lo que la gran eficacia del sistema se podría venir abajo precisamente en fase de ejecución.

El **Grupo Parlamentario Popular** repitió todas las anteriores argumentaciones para el rechazo del texto, haciendo alusión a que no se ajustaba a lo dispuesto en el *Libro Verde de la Comisión de la Unión Europea* sobre el «Crédito Hipotecario en la UE» las hipotecas y cargas ocultas,

por sus consecuencias negativas en el campo de la seguridad jurídica y en el mundo de la economía. Rechazó las *limitaciones en la calificación registral* de las cláusulas de los préstamos hipotecarios y muy duramente la figura de la *hipoteca recargable*, proponiendo que los aumentos de capital se hicieran constar por medio de asientos registrales, manteniendo el rango que les correspondiera de conformidad con la LH. Proponían que:

Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria, y se harán constar en el Registro mediante inscripción o nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa, siempre que al tiempo de la constitución se haya hecho constar en la inscripción la posibilidad de ampliación de capital.

Ezquierda Republicana de Cataluña denunció igualmente la limitación de las facultades de calificación registral. Indicaba que la necesidad de entender la labor calificadora de los registradores como el ejercicio de una función de control de legalidad, establecida fundamentalmente a favor de la parte más débil en el otorgamiento del título inscribible, generalmente consumidores, y sobre todo de terceros que son ajenos al contenido de aquel pero que pueden verse afectados por el mismo, obliga a evitar toda redacción que pudiera excusar una relajación en el ejercicio de tal control de legalidad, cuyas consecuencias serían, sin duda, y según la práctica ha enseñado, extraordinariamente perniciosas. (Piénsese que las normas protectoras del interés de los consumi-

dores que proscriben el redondeo, o la fijación de criterios de variación de interés sólo al alza o de acuerdo con criterios referenciales de la propia entidad, tienen su origen, en gran medida, en la calificación registral). Y se unía a las críticas de los demás grupos en cuanto a la nueva regulación de la ejecución hipotecaria:

Tal reforma es consecuencia de la voluntad del legislador, expresada en los párrafos de la Exposición de Motivos del proyecto, y en su artículo 12, de dejar fuera del Registro los elementos configuradores de la relación jurídica garantizada. Con ello, si no constan inscritos, la ejecución no podrá apoyarse en el asiento, sino que habrá de hacerlo del título del que resulten.

Tal idea resulta, de nuevo, extraordinariamente peligrosa, dada la posibilidad de que provoque la pérdida de eficacia de un procedimiento judicial, el de ejecución directa, en cuya rapidez tiene su apoyo el buen funcionamiento del mercado hipotecario.

En efecto, sólo sobre la base de las presunciones de exactitud que los principios hipotecarios conceden al contenido del registro, en cuanto determina la vigencia de la garantía hipotecaria, su extensión y posibilidades de ejecución, puede admitirse la existencia de un procedimiento de ejecución de garantías hipotecarias en el que prácticamente no se admita oposición alguna, fuera de la fundada en la falta de vigencia de la garantía o error en la determinación de la cantidad adeudada.

Otra cosa es que, teniendo el procedimiento de ejecución directa su justificación y apoyo esencial en el contenido del Registro, deban acompañarse a la de-

manda ejecutiva los documentos que la legislación procesal determina, o que el juez considere necesarios, para determinar con exactitud el importe de la deuda y los términos en que puede producirse la ejecución, documentos entre los que, sin duda, se encontrará el título.

En definitiva, la reforma, en la redacción actual de los preceptos cuya modificación se propone, y con la idea de flexibilizar el mercado hipotecario, en realidad lo que hace es poner en peligro uno de sus pilares fundamentales, a saber, el apoyo en la publicidad material del registro de la eficacia frente a terceros de la garantía y de las posibilidades de ejecución rápida y eficaz de la misma, virtudes sin las cuales, huelga decirlo, el mercado no puede funcionar.

Finalmente, igual que otros grupos parlamentarios también propusieron la imposición de límites a los intereses moratorios. En particular, una prohibición a la imposición al consumidor en concepto de intereses moratorios de una indemnización superior a la pactada en concepto de intereses remuneratorios.

Paradójicamente, los mismos medios de comunicación que se hacen eco hoy día de la falta de transparencia en el mercado hipotecario y de la falta de responsabilidad de las entidades de crédito publicitan (a día de hoy lo siguen haciendo) productos como la hipoteca inversa como «opción para conseguir un extra mensual que, en algunas ocasiones, puede llegar a ser de hasta tres veces la pensión de la Seguridad Social».

Así las cosas, en los años posteriores a la reforma de 2007, la banca comercial concibió el préstamo hipoteca-

rio como un instrumento importante, al margen de su finalidad de financiación, para captación y fidelización de las familias a través de la formación de paquetes de productos y servicios lo que generó una gran competencia por el control de las economías familiares. Con este fin de captación clientelar, se sobrepasó el límite del 80% fijado en la ley del Mercado Hipotecario respecto del valor del inmueble en la compra de vivienda, se ofrecieron agresivas modalidades de préstamos, se financiaron con hipoteca gastos de consumo de todo tipo, no se evaluó adecuadamente la solvencia de los prestatarios... y se llegó a un punto en que muchos de ellos experimentaron una situación precaria años más tarde.

*Calificación registral tras la reforma del art. 12 LH
operada tras la ley 41/2007*

A pesar del tenor literal del art. 12 LH, muchos registradores seguimos defendiendo la calificación registral de las figuras dudosas de hipoteca, las cláusulas de vencimiento anticipado y la transparencia en la contratación. Citaré, por ejemplo, la *Res. DGRN de 30 de diciembre de 2010*, en la que el registrador de Estepona nº 2 (don Javier de Angulo), puso de manifiesto una gran cantidad de defectos que impedían la inscripción de una hipoteca inversa. Entre ellos, la manifiesta vulneración de la transparencia bancaria al introducir una oferta vinculante redactada en inglés sin incorporar traducción al castellano, la superación del límite legal previsto para los intereses garantizados en el art. 114 LH, la prohibición del pacto de anatocismo, la imposición en el clausulado de un pacto de prohibición de enajenar, arrendar y gra-

var la finca que contravenía el art. 27 LH y la incorporación de numerosas cláusulas de vencimiento anticipado contrarias al ordenamiento jurídico. La Resolución citada insiste en el tenor literal del art. 12 LH, y recuerda que esas «cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras» a las que se refiere el párrafo segundo del citado artículo 12 LH han de inscribirse en el Registro de la Propiedad, siempre y cuando el Registrador haya calificado favorablemente aquellas otras que, por configurar el contenido del derecho de hipoteca, tienen trascendencia real. La segunda conclusión es que el reflejo registral de tales cláusulas necesariamente se efectuará en los términos que resulten de la escritura de formalización de la hipoteca, a menos que su nulidad hubiera sido declarada mediante sentencia o fueran contrarias a una norma imperativa o prohibitiva redactada en términos claros y concretos, sin que el Registrador pudiera realizar actividad valorativa de las circunstancias en las que se desenvuelva el supuesto de hecho.

Es más, se precisa que como expresa el Preámbulo de la citada Ley modificativa (Apartado VII, párrafo cuarto), la reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria constituye una medida que, dirigida a impulsar el mercado de préstamos hipotecarios, tiene

[...] por objeto precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa.

Pues bien, esta finalidad de la Ley, que se plasma en el tenor literal del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, no se alcanzaría si dicho precepto se interpretase en el sentido de que las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado debieran ser objeto de calificación registral conforme a las reglas generales. Y paradójicamente, la resolución aludía al Derecho Comunitario y a la «reiterada jurisprudencia comunitaria», que citaba, para justificar el rechazo de todas las apreciaciones del registrador. Llama la atención la conclusión a la que se llegaba en el sentido de que la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su entonces reciente *Sentencia de 16 de diciembre de 2009* reiteraba el papel activo del Registrador en presencia de una cláusula abusiva, al confirmar la entidad propia de la actividad registral respecto de la judicial, y diferenciar entre no inscribibilidad y nulidad de una cláusula (fundamento duodécimo). También citaba la *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009* (As. C-243/08). Mediante la mencionada resolución, la Corte de Luxemburgo da respuesta a una cuestión prejudicial cuyo objeto era dilucidar si podría interpretarse el artículo 6.1 de la ya mencionada Directiva 93/13, en el sentido de que la no vinculación del consumidor a una cláusula abusiva establecida por un profesional no operase *ipso iure*, sino únicamente en el supuesto de que el consumidor impugnase judicialmente con éxito dicha cláusula abusiva mediante demanda presentada al efecto. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha resuelto la citada cuestión declarando que:

[...] *el artículo 6, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva*

no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito tal cláusula.

Y finalmente, se pronunciaba sobre la inoponibilidad frente a terceros de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado abusivas y en consecuencia, la posibilidad de promover la ejecución hipotecaria con base en dichas cláusulas. Se amparaba en la dicción literal del art. 130 LH y sentenciaba que:

En consecuencia, al estar contenidas en el asiento de inscripción las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado pueden legitimar el ejercicio de la acción real hipotecaria.

Hoy sabemos que estos argumentos son mucho más que discutibles.

Díaz Fraile, en un trabajo recientemente publicado habla de los factores que dieron origen a la aparición de la STJUE de 14 de marzo de 2013:

1. La aplicación de condiciones generales de la contratación en los préstamos hipotecarios, sin negociación individualizada.
2. La intervención del notario para autorizar la escritura de formalización, bajo minuta, con limitación de controles formales a los meros de inclusión o incorporación de las respectivas cláusulas: información precontractual, claridad en la redacción y consentimiento informado (en la medida en que se cumpliesen los requisitos de la fase precontractual previstos en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios

—sustituida por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre—).

3. La intervención del registrador de la propiedad quien a su vista, ciencia y paciencia debía proceder a transcribir sin calificar las cláusulas financieras del préstamo hipotecario aunque fuesen nulas de pleno derecho por ser contrarias a normas imperativas o prohibitivas o abusivas, incluso si esta abusividad hubiese sido declarada expresamente por los tribunales.
4. La intervención de un juez en un procedimiento de ejecución hipotecaria que estaba obligado a despachar la ejecución sin posibilidad de admitir como causas de oposición la nulidad de las cláusulas abusivas que figuren en el título ejecutivo.
5. Y finalmente, la intervención de otro juez en un procedimiento declarativo ordinario ante el que se hubiese residenciado la demanda de nulidad de las eventuales cláusulas abusivas del contrato, que no sólo carece de toda posibilidad de acordar la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecario, sino que incluso la anotación preventiva de la demanda practicada después de haberse iniciado el procedimiento de ejecución resulta inútil a fin de preservar la eficacia de la eventual sentencia estimatoria.

STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Azid)

Esta Sentencia, como sabemos, abre una importante corriente jurisprudencial que aclara e interpreta el ver-

dadero sentido de la protección al consumidor hipotecario que subyace tras la Directiva 93/13.

- El Tribunal de Justicia considera que el *régimen procesal español* menoscaba la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva. Así sucede en todos los casos en que la ejecución de un inmueble se lleve a cabo antes de que el juez que conozca del proceso declarativo declare abusiva la cláusula contractual en la que se basa la hipoteca y, en consecuencia, la nulidad del procedimiento de ejecución. En efecto, dado que el juez que conozca del proceso declarativo *no tiene la posibilidad de suspender el procedimiento de ejecución, esa declaración de nulidad sólo permite garantizar al consumidor una protección a posteriori meramente indemnizatoria*. Dicha indemnización resulta incompleta e insuficiente, y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de esas cláusulas. Así ocurre con mayor razón cuando, como en este caso, el bien hipotecado es la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia, puesto que ese mecanismo de protección de los consumidores limitado al pago de una indemnización por daños y perjuicios no permite evitar la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda.
- **Cláusulas abusivas.** El desequilibrio creado por tales cláusulas debe apreciarse teniendo en cuenta las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos

examinar la situación jurídica en que se encuentra el consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de las cláusulas abusivas. Para determinar si el desequilibrio se causa «pese a las exigencias de la buena fe», es preciso comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

El órgano jurisdiccional nacional deberá comprobar, a la luz de estos criterios, si la cláusula de intereses de demora incluida en el contrato firmado por el Sr. Aziz es abusiva. La cláusula establece unos *intereses de demora* anuales del 18,75% automáticamente devengables respecto de las cantidades no satisfechas a su vencimiento, sin necesidad de reclamación. En particular, deberá valorar la realización de los objetivos que el interés de demora persigue en España y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

- Además, la cláusula relativa al ***vencimiento anticipado*** del contrato del que se trata permite al banco declarar exigible la totalidad del préstamo después de un solo incumplimiento de la obligación de pago del capital o de los intereses. El juez nacional deberá comprobar especialmente si esa facultad depende de que el consumidor haya incumplido una obligación esencial del contrato y si el incumplimiento tiene carácter suficientemente gra-

ve con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo.

- Por último, la cláusula relativa a la *liquidación unilateral* de la deuda impagada del contrato estipula que el banco puede presentar directamente la liquidación de su importe para iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria. El juez nacional deberá apreciar si —y en qué medida— esa cláusula dificulta el acceso del consumidor a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa, a la vista de los medios procesales de que dispone.

La sentencia marca un hito, a partir del cual el legislador español, bien por la alarma social creada, bien por la especial coyuntura económica entonces existente, toma efectiva conciencia de que la transposición de la directiva 93/13 efectuada realmente no es aceptable. La sentencia toca temas que ya antes se habían mostrado especialmente dudosos, y da la razón a los registradores y a las muchas críticas aquí expuestas a la legislación vigente en materia de protección de deudores hipotecarios.

REFORMAS LEGISLATIVAS

Durante la etapa de crisis económica se comenzó a cuestionar el proceso de ejecución hipotecaria, así como el de su contratación. Se llevaron a cabo entonces reformas que tendieron a paliar los efectos negativos que la excesiva sobreprotección del acreedor habían producido, entre ellos la merma de seguridad jurídica y la ausencia de tutela judicial efectiva del deudor hipotecario.

Suspensión de los lanzamientos

Así, una de las primeras medidas adoptadas en este terreno fue la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables establecida en el *Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre*, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. Esta medida, con carácter excepcional y temporal, afectaba a cualquier proceso judicial de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial por el cual se adjudicase al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos. En estos casos, el Real Decreto-ley, sin alterar el procedimiento de ejecución hipotecaria, impedía que se procediera al lanzamiento que culminaría, en su caso, con el desalojo de las familias.

Este Real Decreto-ley fue convalidado y tramitado como proyecto de ley, lo que dio lugar a la aprobación de la *Ley 1/2013, de 14 de mayo*, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que mantenía la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encontraran en una situación de especial riesgo de exclusión.

Como complemento a estas normas, el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que establecía un Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.

Próximo a finalizar el plazo de dos años fijado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y dado que muchas familias aún se encontraban en situación de vulnerabilidad, se consideró oportuno ampliar el plazo de suspensión de los lanzamientos tres años más. Con tal motivo, el artículo 3 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, modificó la Ley 1/2013, ampliando el plazo de suspensión de lanzamientos hasta el 15 de mayo de 2017.

Últimamente, por medio del Rd ley 5/2017, se modifican los anteriores. Se sigue considerando conveniente ampliar el ámbito de aplicación de las medidas de protección de los deudores hipotecarios en situación de especial vulnerabilidad, lo que supone tanto modificar el ámbito de aplicación del Código de Buenas Prácticas como el de aquellas personas que se pueden beneficiar de la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas. En segundo término, se amplía en tres años adicionales, desde la entrada en vigor de esta norma, la aplicación de la suspensión de lanzamientos. Finalmente, se establecen mecanismos de alquiler en favor de los deudores ejecutados sobre los inmuebles cuyo lanzamiento sea objeto de suspensión.

Estas medidas tienen un efecto desincentivador del crédito al implicar un retraso indefinido e inexplicable de lo que le es debido al acreedor. Para ilustrar esta afirmación puede acudir al ejemplo de Argentina. En la década de los noventa tenía un saldo vivo hipotecario respecto del PIB de 6,42% (pequeño incluso al resto

de países de su entorno) pero tras la crisis económica del Corralito en 2001 debido al proceso recesivo que culminó con el abandono de la paridad peso/dólar se produjo una imposibilidad de pago de los préstamos hipotecarios que culminó en la paralización de las ejecuciones hipotecarias y no solo de los lanzamientos de viviendas habituales y de inmuebles que constituyeran unidades productivas de pequeñas y medianas empresas por plazo de 180 días y la conversión en pesos de los préstamos dolarizados por ley. Un año después, en septiembre se prorrogó esta situación durante 90 días más y esta situación se fue prolongando el año 2006, año en que la ley extendió la suspensión de los desalojos en cualquiera de sus modalidades, volviéndose de nuevo a la paralización de las ejecuciones hipotecarias en 2007 en tanto se constituyera la llamada «Unidad de reestructuración» que tenía por objeto reestructurar todos los préstamos hipotecarios. Este conjunto de prórrogas e inseguridad ha provocado que el saldo vivo en créditos hipotecarios argentinos haya descendido hasta situarse en el 0,82% no obstante la recuperación de la economía argentina y el crecimiento de la construcción residencial.

*Medidas de incremento
de la información precontractual*

Otro sector de medidas adoptadas lo fueron, en sintonía con la *Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo 2014/17 UE sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores sobre bienes inmuebles de uso residencial*, norma básica a la que deben ajustarse todos los Estados miembros

y que, lógicamente busca establecer un nivel de protección adecuado y común.

La Directiva, que debía trasponerse antes del 31 de marzo de 2016, tiene el siguiente objeto recogido en su art. 1:

La presente Directiva establece un marco común en relación con ciertos aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros aplicables a aquellos contratos relativos a créditos al consumo que estén garantizados mediante hipoteca u otro tipo de garantía, en relación con bienes inmuebles de uso residencial, incluida la obligación de llevar a cabo una evaluación de la solvencia antes de conceder un crédito, como base para la elaboración de normas efectivas de suscripción con respecto a los bienes inmuebles de uso residencial en los Estados miembros, así como para determinados requisitos en materia prudencial y de supervisión, incluso para el establecimiento y la supervisión de los intermediarios de crédito, los representantes designados y las entidades no crediticias.

Muchas de sus premisas ya se encuentran contempladas en nuestro Derecho a través de la *Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios dictada en desarrollo de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible*, que trató de llevar a cabo un avance sustancial en materia de transparencia bancaria. Sus aportaciones y novedades se articulan en un doble sentido. Por un lado, se ha introducido en nuestro ordenamiento un nuevo enfoque de intervención regulatoria que, a pesar de su relevancia en el debate internacional, aún resultaba ajeno a nuestro Derecho. Se trata del fomento de la responsabilidad en

el préstamo. Para ello, la citada ley ha establecido no solo la obligatoriedad de llevar a cabo una adecuada evaluación de la solvencia de los clientes (práctica, por otro lado, completamente extendida entre las entidades de crédito españolas), sino también la necesidad de fomentar activamente todo un elenco de prácticas, dirigidas a garantizar la concesión responsable de los préstamos.

El préstamo responsable, que aparece como remedio a los excesos cometidos por las entidades financieras, se basa en:

- a) **Análisis de solvencia.** La entidad de crédito, antes de que se celebre cualquier contrato de crédito o préstamo, deberá evaluar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, sobre la base de la información suficiente obtenida por medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el propio cliente a solicitud de la entidad.
- b) **Información clara y suficiente a través de la Ficha de Información Precontractual.** Las entidades de crédito deberán proporcionar a los clientes que soliciten cualquiera de estos servicios, información clara y suficiente sobre los préstamos que ofertan. Esta información, que será gratuita y tendrá carácter orientativo, se facilitará mediante la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) y la información personalizada que resulte necesaria para dar respuesta a su demanda de crédito, de forma que le permita comparar los préstamos disponibles en el mercado, valorar sus implicaciones

y adoptar una decisión fundada sobre si debe o no suscribir el contrato. Esta información se facilitará mediante la Ficha de Información Personalizada (FIPER), una oferta vinculante y una guía de acceso al préstamo, además de la información adicional prevista para casos en que existan instrumentos de cobertura del riesgo de interés, o cláusulas suelo o techo.

Llama la atención en esta norma que, en materia por ejemplo de hipoteca inversa, crea la llamada «guía de acceso a la hipoteca inversa», lo cual es una sorprendente manera de paliar la falta de transparencia de un instrumento tan complejo, y tantas veces denunciado desde su creación por la reforma de la ley 41/2007.

También en este sentido la ley 1/2013 regula en su artículo 6 lo que recoge bajo la fórmula de Fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios:

En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.

Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza;
- b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien;
- c) que se concedan en una o varias divisas.

Reforma de la Ley Hipotecaria

Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social recogió algunas reformas de mayor calado:

- Artículo 3. Modificación de la Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946:

La Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946, queda modificada como sigue:

Uno. *Se añade un apartado 3 al artículo 21 que queda redactado del siguiente modo:*

1. Los documentos relativos a contratos o actos que deban inscribirse expresarán, por lo menos, todas las circunstancias que necesariamente debe contener la inscripción y sean relativas a las personas de los otorgantes, a las fincas y a los derechos inscritos.

2. Las escrituras públicas relativas a actos o contratos por los que se declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, cuando la contraprestación consistiera, en todo o en parte, en dinero o signo que

lo represente, deberán expresar, además de las circunstancias previstas en el apartado anterior, la identificación de los medios de pago empleados por las partes, en los términos previstos en el artículo 24 de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862.

3. En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución.

Dos. *Se añade un tercer párrafo al artículo 114 que queda redactado del siguiente modo:*

Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tres. *Se modifica el artículo 129, que queda redactado del siguiente modo:*

1. La acción hipotecaria podrá ejercitarse:

a) Directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V.

b) O mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca

sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada.

2. La venta extrajudicial se realizará ante Notario y se ajustará a los requisitos y formalidades siguientes [...]

Reformas de la ejecución hipotecaria

A lo largo de este período se habían demandado algunas reformas en el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, algunas de las cuales se vieron plasmadas en la ley 1/2013. en su art. 7.

- Artículo 7. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil:

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, queda modificada como sigue:

Uno. *Se añade un párrafo al apartado 1 del artículo 552 que queda redactado del siguiente modo:*

Cuando el tribunal apreciare que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas estas, acordará lo procedente en el plazo de los cinco días siguientes, conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3^ª.

Dos. *Se añade una causa 7.ª al apartado 1 del artículo 557 que queda redactado del siguiente modo:*

7.ª Que el título contenga cláusulas abusivas.

Tres. *Se añade un punto 3.ª al apartado 1 del artículo 561, que queda redactado del siguiente modo:*

3.^a Cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter; decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas.

Cuatro. *Se añade un apartado 1 bis al artículo 575 que queda redactado del siguiente modo:*

1 bis. En todo caso, en el supuesto de ejecución de vivienda habitual las costas exigibles al deudor ejecutado no podrán superar el 5 por cien de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva.»

Cinco. *El artículo 579 queda redactado del siguiente modo:*

Artículo 579. Ejecución dineraria en casos de bienes especialmente hipotecados o pignorados.

1. Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución.

2. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, en el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a las siguientes especialidades:

a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de

aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por cien de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por cien dentro de los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación.

b) En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquél a quien le hubiera cedido su derecho y estos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de 10 años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante.

Si en los plazos antes señalados 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. El Secretario judicial encargado de la ejecución hará constar estas circunstancias en el decreto de adjudicación y ordenará practicar el correspondiente asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad en relación con lo previsto en la letra b) anterior.

Artículo 654. Pago al ejecutante, destino del remanente, imputación de pagos y certificación de deuda pendiente en caso de insuficiencia de la ejecución.

1. El precio del remate se entregará al ejecutante a cuenta de la cantidad por la que se hubiere despachado ejecución y, si sobrepasare dicha cantidad, se retendrá el remanente a disposición del tribunal, hasta que se efectúe la liquidación de

lo que, finalmente, se deba al ejecutante y del importe de las costas de la ejecución.

2. Se entregará al ejecutado el remanente que pudiere existir una vez finalizada la realización forzosa de los bienes, satisfecho plenamente el ejecutante y pagadas las costas.

3. En el caso de que la ejecución resultase insuficiente para saldar toda la cantidad por la que se hubiera despachado ejecución más los intereses y costas devengados durante la ejecución, dicha cantidad se imputará por el siguiente orden: intereses remuneratorios, principal, intereses moratorios y costas. Además el tribunal expedirá certificación acreditativa del precio del remate, y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas.

Ocho. *El artículo 668 queda redactado del siguiente modo:*

Artículo 668. Contenido del anuncio de la subasta.

La subasta se anunciará con arreglo a lo previsto en el artículo 646, expresándose en los edictos la identificación de la finca, que se efectuará en forma concisa e incluyendo los datos registrales y la referencia catastral si la tuviera, la situación posesoria si le consta al juzgado, la valoración inicial para la subasta, determinada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 666 y los extremos siguientes:

1. Que la certificación registral y, en su caso, la titulación sobre el inmueble o inmuebles que se subastan está de manifiesto en la Oficina judicial sede del órgano de la ejecución.

2. Que se entenderá que todo licitador acepta como bastante la titulación existente o que no existan títulos.

3. Que las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, al crédito del actor continuarán subsistentes y que, por el sólo he-

cho de participar en la subasta, el licitador los admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquéllos, si el remate se adjudicare a su favor.

Asimismo la subasta se anunciará en el portal de subastas judiciales y electrónicas existentes y dependiente del Ministerio de Justicia. En la publicación del anuncio se hará expresa mención al portal y a la posibilidad de consulta más detallada de los datos.

Nueve. *El apartado 1 del artículo 670 queda redactado del siguiente modo:*

1. Si la mejor postura fuera igual o superior al 70 por ciento del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, el Secretario judicial responsable de la ejecución, mediante decreto, el mismo día o el día siguiente, aprobará el remate en favor del mejor postor. En el plazo de cuarenta días, el rematante habrá de consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones la diferencia entre lo depositado y el precio total del remate.

Diez. *El artículo 671 queda redactado del siguiente modo:*

Artículo 671. *Subasta sin ningún postor.*

Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor, en el plazo de veinte días, pedir la adjudicación del bien. Si no se tratare de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación por el 50 por cien del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 por cien. Se aplicará en todo caso la regla de imputación de pagos contenida en el artículo 654.3.

Cuando el acreedor, en el plazo de veinte días, no hiciere uso de esa facultad, el Secretario judicial procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado.

Once. *El artículo 682 queda redactado del siguiente modo:*

Artículo 682. Ámbito del presente capítulo.

1. Las normas del presente Capítulo sólo serán aplicables cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes pignora-dos o hipotecados en garantía de la deuda por la que se proceda.

2. Cuando se persigan bienes hipotecados, las disposiciones del presente Capítulo se aplicarán siempre que, además de lo dispuesto en el apartado anterior, se cumplan los requisitos siguientes:

1.º Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien 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.

2.º Que, en la misma escritura, conste un domicilio, que fijará el deudor, para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones.

En la hipoteca sobre establecimientos mercantiles se tendrá necesariamente por domicilio el local en que estuviere instalado el establecimiento que se hipoteca.

3. El Registrador hará constar en la inscripción de la hipoteca las circunstancias a que se refiere el apartado anterior.

Doce. *Se modifica el artículo 691.2, que pasa tener la siguiente redacción:*

2. La subasta se anunciará, al menos, con veinte días de antelación. El señalamiento del lugar, día y hora para el remate se notificará al deudor, con la misma antelación, en el domicilio que conste en el Registro o, en su caso, en la forma en que se haya practicado el requerimiento conforme a lo previsto en el artículo 686 de esta Ley. Durante dicho plazo cualquier interesado en la subasta podrá solicitar del tribunal inspeccionar el inmueble o inmuebles hipotecados, quien lo comunicará a quien estuviere en la posesión, solicitando su consentimiento. Cuando el poseedor consienta la inspección del inmueble y colabore adecuadamente ante los requerimientos del tribunal para facilitar el mejor desarrollo de la subasta del bien hipotecado, podrá solicitar al tribunal una reducción de la deuda hipotecaria de hasta un 2 por cien del valor por el que el bien hubiera sido adjudicado. El tribunal, atendidas las circunstancias, y previa audiencia del ejecutante por plazo no superior a cinco días, decidirá lo que proceda dentro del máximo deducible.

Trece. El artículo 693 queda redactado del siguiente modo:

Artículo 693. Reclamación limitada a parte del capital o de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes. Vencimiento anticipado de deudas a plazos.

1. Lo dispuesto en este Capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses. Así se hará constar por el Notario en la escritura de constitución. Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador

con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha.

2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución.

3. En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comuniqué al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.

Si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior.

Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor.

Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas en los apartados anteriores, se tasarán las costas, que se calcularán sobre la cuantía de las cuotas atrasadas abonadas, con el límite previsto en el artículo 575.1 bis y, una vez satisfechas

estas, el Secretario judicial dictará decreto liberando el bien y declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante.

Catorce. *El artículo 695 queda redactado del siguiente modo:*

Artículo 695. Oposición a la ejecución.

1. En los procedimientos a que se refiere este Capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:

1.ª Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía.

2.ª Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado. El ejecutado deberá acompañar su ejemplar de la libreta en la que consten los asientos de la cuenta y sólo se admitirá la oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante.

No será necesario acompañar libreta cuando el procedimiento se refiera al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación en los que se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora, pero el ejecutado deberá expresar con la debida precisión los puntos en que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad.

3.^a *En caso de ejecución de bienes muebles hipotecados o sobre los que se haya constituido prenda sin desplazamiento, la sujeción de dichos bienes a otra prenda, hipoteca mobiliaria o inmobiliaria o embargo inscritos con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento, lo que habrá de acreditarse mediante la correspondiente certificación registral.*

4.^a *El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.*

2. *Formulada la oposición a la que se refiere el apartado anterior, el Secretario judicial suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que hubiera dictado la orden general de ejecución, debiendo mediar cuatro días desde la citación, comparecencia en la que el Tribunal oír a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día.*

3. *El auto que estime la oposición basada en las causas 1.^a y 3.^a del apartado 1 de este artículo mandará sobreseer la ejecución; el que estime la oposición basada en la causa 2.^a fijará la cantidad por la que haya de seguirse la ejecución.*

De estimarse la causa 4.^a, se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva.

4. *Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de una cláusula abusiva podrá interponerse recurso de apelación.*

Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten.

Reestructuración de la deuda

1. Medidas previas a la ejecución hipotecaria: reestructuración de deudas hipotecarias.

a) Los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, podrán solicitar y obtener de la entidad acreedora la reestructuración de su deuda hipotecaria al objeto de alcanzar la viabilidad a medio y largo plazo de la misma. Junto a la solicitud de reestructuración, acompañarán la documentación prevista en el artículo 3.3 del citado Real Decreto-ley.

No podrán formular tal solicitud aquellos deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución, una vez se haya producido el anuncio de la subasta.

1. El Capítulo I prevé la suspensión inmediata y por un plazo de 2 años de los desahucios por ejecución hipotecaria de las familias en situación de riesgo de exclusión. Básicamente recoge la misma regulación ya contenida en el Decreto de noviembre de 2012, si bien la vigencia inicialmente prevista de esta norma de dos años ha sido ampliada a cuatro en virtud de una modificación introducida en la redacción originaria del art. 1.1 de la Ley 1/2013 por el art. 3 de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, y últimamente en la ley 5/2017.
2. En el Capítulo II se introducen modificaciones importantes en la LH:

— En materia de intereses de demora se impone el límite de 3 veces el interés legal del dinero (ahora el 3%) y se prohíbe su capitalización (para que no generen, a su vez, nuevos intereses: el llamado pacto de anatocismo, que la jurisprudencia venía admitiendo); sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016, aplicando la jurisprudencia del TJUE, ha dejado reducida dicha reforma a un ámbito marginal, pues entiende que en los contratos con consumidores es abusiva cualquier cláusula de intereses de demora que exceda en más de dos puntos porcentuales el interés ordinario o remuneratorio pactado en el contrato.

— Además, se establece que en caso de que el precio de la subasta no cubra toda la deuda, se pagará el capital antes que los intereses de demora, de forma que dejen de generarse nuevos intereses (evitando los llamados pactos de imputación que solía imponer el acreedor en su beneficio).

— Finalmente, se regula la venta extrajudicial ante notario, facultando al notario para que advierta a las partes de que alguna cláusula puede ser abusiva.

3. En el Capítulo III se recogen las modificaciones que venían impuestas por la Sentencia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013 en el procedimiento de ejecución y otras adicionales que tienden a mejorar la posición del deudor.

En concreto:

— Una novedad importante es que se acepta la dación en pago parcial mediante la condonación o extinción de una parte de la deuda remanente que quede tras la ejecución: de forma que si se paga en 5 años se reduce en un 35%, y si se paga en 10 años la quita es de un 20%; más recientemente la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, admite la condonación total de la deuda remanente que quede después de una ejecución hipotecaria en caso de que el deudor haya sido declarado en situación de concurso de acreedores y cumpla los requisitos para obtener el denominado beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho, por tratarse de un deudor de buena fe, y una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa. El beneficio se pierde, entre otros casos, cuando el deudor mejore sustancialmente su situación económica por causa de herencia, legado o donación, juego de suerte o azar de manera que pudiera pagar todas sus deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos (art. 178 bis LC).

— Además, se permite que el deudor participe en las plusvalías futuras de la vivienda, en concreto en un 50%, en caso de que se obtengan por el acreedor en el plazo de los 10 años siguientes a la ejecución.

— Es importante también, como medida para disminuir la deuda remanente, la elevación del valor

de adjudicación al acreedor de la vivienda en caso de que la subasta quede desierta por ausencia de postores, en concreto se eleva el valor del 60% al 70% de la tasación inicial.

— Se modifica la redacción del art. 682 para imponer que el tipo de subasta fijado en la escritura de constitución no pueda ser inferior al 75% del valor de tasación de la finca, conforme a la legislación del mercado hipotecario.

— Se introduce la posibilidad de que el juez de oficio aprecie el carácter abusivo de alguna cláusula, y se introduce una nueva causa de oposición por el deudor a la ejecución en caso de que alegue que alguna de las cláusulas que fundamenten la ejecución o que determine el importe de la deuda es abusiva. En este caso se abre un incidente que el juez resuelve previa audiencia a las partes. En caso de que estime la oposición, acordará el sobreseimiento de la ejecución o su continuación sin la cláusula abusiva; en este caso el ejecutante puede apelar la decisión del juez. Sin embargo, esta posibilidad de apelación no se reconocía a favor del deudor en caso de desestimación de su oposición. Esta diferencia de trato fue objeto de otra sentencia por parte del TJUE de 17 de julio de 2014 declarándola contraria a la Directiva de 1993. Esta nueva sentencia obligó al Gobierno español a aprobar otra reforma legal para atribuir también el derecho de apelación a favor del deudor, lo que se produjo mediante Real Decreto-Ley 11/2014,

de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, posteriormente confirmado por la Ley 9/2015, de 25 de mayo.

— Para los procedimientos iniciados tras la entrada en vigor de la ley, la oposición del ejecutado basada en el carácter abusivo de una cláusula contractual puede formularse en un plazo ordinario de diez días a partir de la fecha de notificación del auto en el que se despache la ejecución hipotecaria, el cual suspende el procedimiento de ejecución hasta que se resuelva la oposición. La disposición transitoria 4^a de esta Ley contempla los procedimientos de ejecución que se encontraban en curso cuando entró en vigor la ley, es decir, los procedimientos en los que el plazo de oposición de diez días ya había empezado a correr o ya había expirado. En esos casos, podía formularse la oposición en el plazo de un mes a partir del día siguiente al de la publicación de la ley en el BOE. Sin embargo, una nueva Sentencia del TJUE de 29 de octubre de 2015 declara contrario al Derecho europeo el inicio del cómputo del citado plazo de un mes desde la publicación en el BOE de la Ley, obligando a practicar una notificación personal, conforme al principio de efectividad del Derecho comunitario. Y la STJUE de 26 de enero de 2017 insiste en hace alusión al plazo preclusivo de un mes previsto en la reforma del art. 557.1 y 695 LEC Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las

cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de Derecho nacional, como la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que suspende el ejercicio por parte de los consumidores, frente a los cuales se ha iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria que no ha concluido antes de la entrada en vigor de la Ley de la que forma parte esa disposición, de su derecho a formular oposición a este procedimiento de ejecución basándose en el carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales, a la observancia de un plazo preclusivo de un mes, computado a partir del día siguiente al de la publicación de esa Ley.

— Finalmente, se exige que el deudor deje de pagar al menos 3 cuotas mensuales antes de iniciar la ejecución, y tratándose de la vivienda habitual el deudor podrá paralizar el procedimiento pagando en cualquier momento anterior a la subasta las cantidades adeudadas.

4. Finalmente, en el Capítulo IV se contiene una actualización del Código de Buenas Prácticas que se incluía en el Decreto de marzo de 2012, en general en el sentido de suavizar las condiciones impuestas para ser beneficiario, lo que parece un acierto.

Todas estas medidas se combinaron con dos elementos:

- **Rectificación** en la interpretación ofrecida por las Res. DGRN a la calificación registral de las cláusulas abusivas. Su posición en esta materia a partir de su Resolución de 1 de octubre de 2010, confirmada después por las de 4 de noviembre y 21 de diciembre de 2010, y 11 de enero y 8 de junio de 2011, en cuya argumentación resultó esencial la jurisprudencia que se desprendía de los fallos del TJUE recaídos en recursos prejudiciales en relación con la Directiva 13/1993, en el sentido de reafirmar la facultad de los registradores para calificar plenamente la legalidad de la cláusulas financieras de los contratos de préstamos hipotecarios, de forma que se deniega la inscripción en el Registro de la Propiedad de las que consideran ilegales o abusivas.

Como ejemplo paradigmático suele citarse la Res. de 13 de septiembre de 2013, en la que la DGRN señala a la jurisprudencia comunitaria e indica que esta excluye que la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas que señala el art. 83.1 requiera una previa declaración judicial porque opera ope legis, por ministerio de la ley, y por tanto, dichas cláusulas han de tenerse por no puestas, como dispone la ley, tanto en el ámbito judicial como en el extrajudicial. También en este sentido se manifiesta el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de mayo de 2013.

Más reciente la Res. de 17 de mayo de 2017 que se refiere a la distinción entre el control de contenido y lo distingue del de abusividad y la cuestión relativa a la transparencia de las cláusulas contractuales. Sobre tal extremo el registrador, como señala la Resolución de esta Dirección General de 13-9-2013, no sólo puede sino que debe comprobar si han sido cumplidos los requisitos de información establecidos en la normativa vigente, pues se trata de un criterio objetivo de valoración de dicha transparencia. Así, frente a la opinión del notario recurrente, que defiende una interpretación restrictiva del indicado artículo, debe prevalecer una interpretación extensiva proconsumidor en coherencia con la finalidad legal de favorecer respectivamente la información, comprensibilidad y la protección de los usuarios de servicios financieros (vid. r. 29-9-2014). La alegación por el notario recurrente de que la cláusula discutida, no constituye una cláusula suelo del cero por ciento sino una cláusula aclaratoria de la naturaleza del contrato de préstamo que se firma, ya que aunque no existiera, éste no podría generar intereses negativos porque en tal caso vería alterada su naturaleza jurídica y, por tanto, esta aclaración no puede provocar la exigencia de la constancia de la expresión manuscrita, tampoco puede admitirse.

- **Jurisprudencia comunitaria** cada vez más exigente en el control de la abusividad de cláusulas abusivas, forzando cambios en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y en el propio sis-

tema hipotecario legal español, que en algún caso podrían resultar incompatibles con la seguridad jurídica.

Varios temas han interesado especialmente a la jurisprudencia:

A. Cláusulas suelo

STJUE de 21 de diciembre de 2016. Mediante sentencia de 9 de mayo de 2013, el Tribunal Supremo consideró abusivas las cláusulas suelo, ya que los consumidores no habían sido adecuadamente informados acerca de la carga económica y jurídica que les imponían esas cláusulas. No obstante, el Tribunal Supremo decidió limitar los efectos en el tiempo de la declaración de nulidad de esas cláusulas, de modo que sólo produjera efectos de cara al futuro, a partir de la fecha en que se dictó la sentencia.

En la Sentencia de 9 de mayo de 2013, el TS además de declarar la nulidad de la cláusula por falta de transparencia, declara una especie de irretroactividad de las consecuencias de la nulidad, innecesaria declaración probablemente, en principio, al tratarse de una acción colectiva y no haberse acumulado la solicitud de devolución de cantidades e indemnización de daños.

Citando a la Catedrática de Derecho Civil Ana Cañizares y su trabajo *Los efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo*, a partir lo expuesto en la sentencia de 2013, se entiende que esta carece

de la importante conclusión de que la falta de transparencia conduce a que la cláusula en cuestión deba superar un control de contenido, precisamente en aplicación del art. 4.2 de la Directiva con la finalidad de que de no superarlo debería declararse abusiva y por consiguiente nula. Es decir, la consecuencia de la falta de transparencia no es automáticamente la nulidad por abusividad, sino que la consecuencia es el deber de superar el control de contenido, de tal manera que sólo en el caso de no superarlo se estaría en presencia de una cláusula abusiva y de ahí, ya sí, la consecuencia sería la nulidad. Aunque no se explique en la sentencia, subyace de algún modo la regulación existente en el Derecho alemán. En esa línea, en realidad, se considera que la consecuencia de la falta de transparencia es la declaración de nulidad por abusiva porque se entiende que en contra de la buena fe existe un desequilibrio entre derechos y obligaciones de las partes. Puede tratarse de una interrelación directa entre falta de transparencia y abusividad de la cláusula, de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contrarios a la buena fe, lo que lleva a esa conclusión de abusividad de la cláusula y por consiguiente a su nulidad y como es sabido. El Tribunal Supremo parte de «la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad»; sin embargo, advierte que esa retroactividad no opera con carácter absoluto y automático. Para fundamentar la irretroactividad

de los efectos de la declaración de nulidad se recurre a la seguridad jurídica, textualmente:

[...] no puede[n] ser impermeable[s] a los principios generales del Derecho —entre ellos, de forma destacada, la seguridad jurídica (artículo 9.3)— [...],

es necesario para limitar los efectos retroactivos:

[...] que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves.

A partir de la mencionada sentencia las resoluciones judiciales de los distintos Juzgados y Audiencias adoptaron distintas soluciones a casos esencialmente iguales. Nulidad de la cláusula y restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la misma o bien nulidad de la cláusula sin restitución de las cantidades, por tanto y en estos casos dotando de unas consecuencias distintas a las generales de la nulidad, cual es la restitución de las prestaciones.

En su sentencia de *25 de marzo de 2015*, también del Pleno, el Tribunal Supremo confirma el fallo de la de 9 de mayo de 2013 y sostiene que no se pueden recuperar los intereses cobrados por los bancos en virtud de cláusulas-suelo que se hubieran devengado y pagado antes de la Sentencia del Supremo de 9 de mayo de 2013.

En esta coyuntura la *STJUE de 21 de diciembre de 2016* dispone que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido

de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

Consumidores afectados por la aplicación de esas cláusulas reclaman las cantidades que alegan haber pagado indebidamente a las entidades financieras a partir de la fecha de celebración de sus contratos de crédito. El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante, ante quienes se han planteado pretensiones de esa índole, preguntan al Tribunal de Justicia si la limitación de los efectos de la declaración de nulidad a partir de la fecha en que se dictó la sentencia del Tribunal Supremo es compatible con la Directiva sobre cláusulas abusivas, ya que, según esta Directiva, tales cláusulas no vincularán a los consumidores.

En la sentencia que dicta el 21 de diciembre de 2016, el Tribunal de Justicia considera que el Derecho de la Unión se opone a una jurisprudencia nacional en virtud de la cual los efectos restituto-

rios vinculados a la nulidad de una cláusula abusiva se limitan a las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declare el carácter abusivo de la cláusula.

El TS en sentencia de 9 de marzo de 2017, sin embargo, se basa en las anteriores sentencias del propio Supremo para apreciar que una cláusula suelo no era abusiva porque la Audiencia tuvo en cuenta la citada doctrina jurisprudencial y llevó a cabo el control de transparencia a la vista de la prueba practicada. Las razones vertidas en la sentencia recurrida corroboran que el control de transparencia respetó la jurisprudencia. Los hechos acreditados en la instancia ponen en evidencia que la cláusula está introducida y ubicada dentro del contrato de tal forma que no aparece enmascarada ni se diluye la atención del contratante entre otras cláusulas:

[...] sino que se muestra como una cláusula principal del contrato que expresa con meridiana claridad el contenido de la misma que no es otro que los límites al tipo de interés, señalando como límite inferior el 3% nominal anual, que aparecía resaltado en negrilla.

B. La cláusula de vencimiento anticipado

Las Sentencias **TS de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016** que (en aplicación de los criterios del TJUE) declararon que las cláusulas de vencimiento anticipado de la totalidad de la deu-

da por impago de cualquier cuota periódica de amortización del préstamo hipotecario son nulas de pleno derecho. Esta afirmación ya la hizo con anterioridad la STJUE de 14 de marzo de 2013, y por ello se operó la reforma de la ley en este punto, exigiendo el incumplimiento al menos de tres cuotas mensuales. Lo grave es que este criterio (que se basa en la aplicación de una Directiva de 1993, es decir, transcurridos 20 años desde su aprobación) se contradice con otras en sentido opuesto del propio TS español, que durante años ha sostenido una jurisprudencia distinta. Ahora, se afirma lo contrario, dejando en cierta situación de incertidumbre a muchas miles de hipotecas contratadas con arreglo a los criterios jurisprudenciales entonces vigentes. Hoy, la STJUE de 26 de enero sobre esta materia afirma que en cuanto a la apreciación por parte de un tribunal nacional del eventual carácter abusivo de una cláusula relativa al vencimiento anticipado por incumplimientos de las obligaciones del deudor durante un período limitado, incumbe a ese tribunal nacional examinar, en particular, *si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad*

constituye una excepción con respecto a las *normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas* y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula *poner remedio* a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo. E igualmente dice que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la Ley 1/2000, modificada por el Real Decreto-ley 7/2013, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional.

La misma sentencia hace alusión al *plazo preclusivo de un mes* previsto en la reforma del art. 557.1 y 695 LEC. Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de Derecho nacional, como la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social,

que supedita el ejercicio por parte de los consumidores, frente a los cuales se ha iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria que no ha concluido antes de la entrada en vigor de la Ley de la que forma parte esa disposición, de su derecho a formular oposición a este procedimiento de ejecución basándose en el carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales, a la observancia de un plazo preclusivo de un mes, computado a partir del día siguiente al de la publicación de esa Ley.

Esto dificulta mucho la inscripción de los decretos de adjudicación en procedimientos en vigor a la entrada en vigor de la Ley. La DGRN sobre esta materia ya se ha pronunciado sobre cómo calificar el decreto de adjudicación tras la aparición del incidente extraordinario de oposición. Disposición transitoria 4^a.2 de la Ley 1/2013, de 14-5. Prevé esta norma la posibilidad de que el ejecutado pueda interponer incidente extraordinario de oposición (basado en las nuevas causas de oposición previstas en los arts. 557.1.7^a y 695.1.4^a LEC), durante el plazo de un mes posterior a la entrada en vigor de la Ley (es decir, hasta el 15 de junio de 2013), respecto de aquellos procedimientos que, a la entrada en vigor de la Ley, no hubiesen culminado con la puesta del inmueble a disposición del rematante conforme a lo dispuesto en el art. 675 LEC. Distingue la Dirección General según que el procedimiento de ejecución se haya iniciado tras la entrada en vigor de la Ley, o se hallase en curso

en ese momento. Para los iniciados con posterioridad, la propia firmeza del decreto de adjudicación será título habilitante para la inscripción (pues, dado que la eventual oposición del ejecutado por las nuevas causas introducidas por la Ley ha de plantearse tras la admisión de la demanda, al tiempo de la expedición del decreto de adjudicación ya se habrá resuelto el incidente que se hubiera podido plantear). Por el contrario, para los procedimientos que se hallasen en curso a la entrada en vigor de la Ley es plenamente aplicable la DT 4^ª, incluso aunque a tal fecha se hubiese ya dictado decreto firme de adjudicación, a menos que de este resulte que el inmueble se ha puesto a disposición del rematante, o que se acompañe escrito del secretario judicial en tal sentido. Si no ha habido tal puesta a disposición, el decreto de adjudicación, aunque sea firme, deberá ir acompañado de escrito del secretario judicial acreditando que se han cumplido las previsiones legales, es decir, que no se ha entablado incidente extraordinario de oposición, o que, interpuesto, ha sido desestimado por el juez; y si el incidente ha sido estimado, habrá que ver si el juez ha considerado nulo el procedimiento de ejecución, en cuyo caso no podrá inscribirse la adjudicación, o si ha estimado nula alguna cláusula, en cuyo caso habrá que apreciar si dicha nulidad afecta a la cantidad reclamable, para llevar en tal caso a cabo las diligencias y trámites previstos en el art. 692.1, en relación con el 695.1.4^ª, LEC. (En el caso debatido, el de-

creto de adjudicación se había dictado el 15 de junio de 2012, y en él no se decía nada acerca de que, a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se hubiese puesto la finca a disposición del acreedor). Concluye la Dirección General señalando que, ciertamente, esta doctrina puede hacer colisionar las expectativas de quien ha acudido a un procedimiento de ejecución judicial con la normativa comunitaria sobre protección de los consumidores, pero es esta una cuestión que no puede ventilarse en el estrecho ámbito del recurso gubernativo (que se limita a decidir sobre la aplicación de la legislación vigente, a los solos efectos de modificar o no el contenido del Registro de la Propiedad). Por ello, no admite el argumento del recurrente, que entendía que se atentaba contra la condición de tercero hipotecario del rematante, por ser esta una cuestión reservada a los tribunales de justicia (R. 18-12-2013, BOE 31-1-2014, BCNR-1). Doctrina reiterada en R. 22-7-2014 (BCNR-9, BOE 10-9). Doctrina reiterada en R. 25-1-2016 (BCNR-26, BOE 11-2). Doctrina reiterada en R. 16-6-2016, BCNR-31 (BOE 21-7), en un caso en que considera la Dirección General insuficiente que el secretario judicial declare que:

[...] en la tramitación de este procedimiento se han observado todas las formalidades legales, incluidas las contenidas como consecuencia de la Ley 1/2013 y sus respectivas disposiciones, así como la modificación sufrida por el RDL 11/2014,

exigiendo, como hizo el registrador, que en la resolución judicial se haga indicación expresa de que no se ha formulado oposición por el ejecutado por razón de la existencia de cláusulas abusivas o que, habiéndose formulado, sea desestimatorio el auto dictado al respecto.

Por otro lado, queda pendiente en este momento la respuesta que el propio TJUE dará a la cuestión prejudicial que ha formulado el TS en fecha 8 de febrero y donde cuestiona lo siguiente:

1. Si, en las cláusulas que permiten el vencimiento anticipado por cualquier impago de capital o intereses, resulta conforme al artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE apreciar la abusividad solo del inciso o pacto relativo al impago de una cuota (como acordó la sentencia recurrida) manteniéndose la validez del pacto en los casos restantes. Es decir, sobre la posibilidad de separabilidad de los distintos elementos autónomos de una cláusula con varios enunciados.

2. Si un tribunal nacional tiene facultades para determinar, una vez declarada la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, que la aplicación supletoria del derecho nacional, aunque determine el inicio o prosecución de un proceso de ejecución hipotecaria contra un consumidor, es más ventajoso para este que sobreeser dicho proceso y quedar expuesto a una ejecución ordinaria tras una sentencia firme en un juicio declarativo.

Sobre esta cuestión prejudicial coincido con Carmen Senés Motilla, en que:

- a) La STJUE de 26 de enero de 2017 ya ha declarado la nulidad total de la cláusula de vencimiento anticipado controvertida.

- b) Da por sentado que el artículo 693 LEC es una norma supletoria de derecho nacional. No parece que esa sea su naturaleza jurídica sino que dicha norma es el reflejo procesal del propio pacto (cláusula contractual, en su caso, abusiva). Sobre la naturaleza «imperativa» y «supletoria» del art. 693.2 se pronunció el Abogado General en el Asunto 421/14; el TJUE esquivó el planteamiento. Ahora ya no podrá.
- c) El art. 693.2 deja de ser útil (salvo como requisito procedimental). Si no es el canon para la abusividad (así lo reitera el TJUE) y tampoco es el reflejo de un incumplimiento grave (así se deduce de que el TS, tras constatar su observancia —falta de pago de 3 plazos— apueste por efectuar un control concreto solamente se convierte ahora en requisito procesal injustificado.
- d) Desconcertante la referencia a la dimensión económica del mercado hipotecario. Es evidente que la norma jurídica tiene implicaciones económicas, pero no lo es menos que son las categorías jurídicas, y no las implicaciones económicas las que deben presidir la solución de las controversias jurídicas.
- e) Inquietante, la supuesta notoriedad en la sociedad española de las consecuencias del vencimiento anticipado; no por lo que dice, sino por lo que subyace: el consumidor sabe sobradamente la consecuencia del impago.

- f) Sobre la mayor benevolencia de la ejecución sobre la vivienda hipotecada frente a la ejecución de «todos» los bienes en la ejecución de la sentencia, el TS olvida un «pequeño» detalle: que en la ejecución hipotecaria se empieza por realizar la vivienda, mientras que, en la ordinaria, se termina con el embargo de esta (los eventuales «otros bienes» se embargan antes; en su caso, los sueldos o las cuentas).
- g) Lo esencial que el TS silencia (es imposible que lo desconozca): que con la misma intensidad que la Directiva persigue que el consumidor no quede vinculado por la cláusula abusiva, persigue que cese su uso en el futuro. Y ese «efecto disuasorio» se va al traste con la interpretación del TS, pues por mucho que quiera justificar que no es integración ni sustitución de la cláusula nula, favorece, sin paliativos, que a los empresarios les interese seguir utilizándolas, en la confianza de que su eficacia quedará al criterio del tribunal en cuestión. En definitiva, es la antigua facultad de moderación judicial.

C. Cosa juzgada

Sobre este punto, se indica que **la Directiva 93/13** debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la que resulta del artículo 207 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, modificada por la Ley 1/2013 y posteriormente por el Real De-

creto-ley 7/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación, y por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada. Por el contrario, en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas.

D. Intereses

STS Sala Civil 9 de marzo de 2017. Se cuestiona la nulidad por abusiva de la cláusula de intereses remuneratorios. En esta sentencia se vuelve a incidir

en las argumentaciones de la STS de 9 de mayo de 2013. Muy sorprendentes son sus conclusiones:

- a) Ninguna de las partes, llega a afirmar la sentencia, ha puesto en entredicho que se trate de una cláusula predispuesta por el banco. Parece indicar el Supremo de que haberse alegado por las partes, ni siquiera habría considerado la cláusula como predispuesta por el banco.
- b) Una vez que deja claro el Supremo la vía para poder inaplicar la normativa y jurisprudencia sobre condiciones generales de la contratación vuelve sobre su doctrina de la cláusula suelo abusiva por falta de transparencia. Pero aclara, no se trata del mismo supuesto considerado en la STS de 9 de mayo de 2013, y eso debido a que:
 1. No puede revisarse la actividad probatoria llevada a cabo por los tribunales de instancia que ya han apreciado que el control de transparencia es conforme a la legalidad vigente. La valoración efectuada por la sentencia, inatacable a través de este recurso, condujo a concluir lo contrario, esto es, que el prestatario tuvo un conocimiento real del alcance y significación de esta cláusula en el conjunto del contrato, ya que se le explicó el funcionamiento de esta cláusula. De forma que la sentencia dictada, de respetar su base fáctica, no resulta contraria a la doctrina de esta Sala.
 2. Es una acción individual. Y en orden a esta conclusión, tampoco existe una situación de hecho idéntica a la enjuiciada en la Sentencia

de 9 de mayo de 2013, referida a una acción colectiva, que justifique vulneración del principio de igualdad.

PROYECTOS LEGISLATIVOS EN MARCHA

Actualmente, el informe sobre la actividad económica publicado hace unos días por el Banco de España con la información más reciente apunta a una continuación de la expansión de la actividad, a un ritmo que, en el primer trimestre, podría haber ascendido al 0,8% en tasa intertrimestral. La recuperación continúa apoyándose en la fortaleza del empleo, que sigue favoreciendo el dinamismo de la demanda interna. Esta, no obstante, podría desacelerarse ligeramente en el corto plazo por la compresión de las rentas de los hogares inducida por el repunte de la inflación. En este contexto, la contribución del saldo neto exterior al crecimiento del producto seguiría siendo positiva, en el marco descrito de fortalecimiento de la actividad global y de los mercados exteriores.

A medio plazo, las proyecciones recogidas en este Informe confirman la continuación de la etapa expansiva de la economía española, con el trasfondo de los progresos alcanzados en la corrección de los desequilibrios y, en particular, en la mejora de la competitividad. Los proyectos legislativos actualmente pendientes tratan de resolver las cuestiones que, más la jurisprudencia comunitaria anteriormente citada han dejado patentes.

El panorama legislativo tiene un punto de referencia que pueden llevar a una nueva modificación de la ley hipotecaria.

Pendiente de transposición se encuentra la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n^o 1093/2010.

Este texto, está basado en un Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión adoptado en diciembre de 2007. El Libro Blanco anunciaba la intención de la Comisión de evaluar la incidencia de, entre otras cosas, las distintas opciones de actuación en relación con la información precontractual, las bases de datos sobre créditos, la solvencia, la tasa anual equivalente (TAE) y el asesoramiento sobre contratos de crédito.

La directiva, que debió ser objeto de transposición antes del 31 de marzo del pasado año, establece un marco común en relación con ciertos aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros aplicables a aquellos contratos relativos a créditos al consumo que estén garantizados mediante hipoteca u otro tipo de garantía, en relación con bienes inmuebles de uso residencial, incluida la obligación de llevar a cabo una evaluación de la solvencia antes de conceder un crédito, como base para la elaboración de normas efectivas de suscripción con respecto a los bienes

inmuebles de uso residencial en los Estados miembros, así como para determinados requisitos en materia prudencial y de supervisión, incluso para el establecimiento y la supervisión de los intermediarios de crédito, los representantes designados y las entidades no crediticias.

Llamativa resulta la atención prestada a obligaciones naturales, dedicando un capítulo (el primero) a la educación del consumidor y el segundo al comportamiento honesto, transparente y responsable que deben tener las autoridades y las entidades financieras (prestamistas, intermediarios de crédito y responsables designados). Normas de conducta, requisitos de formación y conocimientos del personal. Se regulan la información previa que debe contener la publicidad precontractual, la prohibición de las ventas vinculadas, el cálculo de la TAE, la evaluación de la solvencia del deudor, la tasación imparcial y objetiva de los inmuebles, información personalizada a través de la ficha FEIN, control y supervisión de los intermediarios de crédito, sanciones y cooperación transnacional.

En materia de intereses de demora y ejecución hipotecaria, el art. 28 dice:

Artículo 28. Demoras y ejecución hipotecaria.

1. Los Estados miembros adoptarán medidas para alentar a los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución.

2. Los Estados miembros podrán exigir que, si se permite al prestamista definir e imponer recargos al consumidor en caso de un impago, esos recargos no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que le acarree el impago.

3. Los Estados miembros podrán autorizar a los prestamistas a imponer recargos adicionales al consumidor en caso de impago. Los Estados miembros que se acojan a esta posibilidad determinarán el valor máximo de tales recargos.

4. Los Estados miembros no impedirán que las partes en un contrato de crédito puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito.

5. Los Estados miembros se dotarán de procedimientos o medidas que permitan lograr que, en caso de que el precio obtenido por el bien afecte al importe adeudado por el consumidor, se obtenga el mejor precio por la propiedad objeto de ejecución hipotecaria.

Los Estados miembros velarán por que se adopten medidas que faciliten el reembolso en aquellos casos en que la deuda no quede saldada al término del procedimiento de ejecución, con el fin de proteger al consumidor.

La transposición de esta directiva se llevará a cabo a través de la ley reguladora de créditos inmobiliarios que se encuentra en fase de Anteproyecto. Basará la protección del consumidor en los elementos anteriormente citados.

El Consejo de Ministros ha recibido un informe del ministro de Economía, Industria y Competitividad sobre el Anteproyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, cuyo objetivo es reforzar la protección al consumidor y mejorar la transparencia en los préstamos inmobiliarios. El 17 de febrero se publicó en el boletín oficial del Consejo de Ministros.

A. Pautas de conducta

En un primer bloque, la norma analizada por el Consejo de Ministros fija las *pautas de conducta* que han de seguirse en el proceso de elaboración, promoción, comercialización y contratación de préstamos inmobiliarios. En concreto, se establece la obligación del prestamista de entregar al prestatario una ficha normalizada con todas las características del préstamo antes de contratarlo (Ficha Europea de Información Normalizada o FEIN), que tendrá carácter de oferta vinculante durante un plazo de siete días. El personal que evalúa la solvencia y comercializa préstamos inmobiliarios deberá tener un *nivel de capacitación* que asegure que el prestatario recibe una información adecuada y ajustada a sus necesidades por parte del prestamista.

Se prohíben, además, las ventas vinculadas, aunque se permiten las ventas combinadas, es decir, aquellas en las que se ofrece el préstamo por separado o en un paquete. Se establece, igualmente, el derecho del prestatario a reembolsar, con carácter general, todo o parte del préstamo sin más comisiones o compensaciones al prestamista que la pérdida financiera durante un período y unos porcentajes máximos previstos legalmente.

Por otra parte, se regula por vez primera en el ordenamiento jurídico español el derecho del consumidor a convertir el préstamo denominado en moneda extranjera a la moneda en la que el prestatario reciba sus ingresos o la del Estado miembro

en el que resida, como mecanismo de cobertura y protección frente al riesgo de cambio. Y se regula, por último, la figura de los intermediarios de préstamos inmobiliarios, que pueden actuar el régimen de libre prestación de servicios en la Unión Europea, o los prestamistas inmobiliarios distintos de entidades financieras.

B. Medidas de transparencia

En un segundo bloque el Anteproyecto de Ley introduce medidas de transparencia en la fase de contratación. Así, junto con la ficha normalizada de información precontractual (FEIN), se entregará al prestatario una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) en la que se informará de la existencia de las cláusulas o elementos relevantes (cláusulas suelo, posibilidad de vencimiento anticipado, distribución de gastos asociados a la concesión del préstamo y préstamos en divisas) y los riesgos asociados a las mismas. Además, en el caso de tratarse de un préstamo a tipo de interés variable, se establece por ley la obligación del prestamista de entregar al prestatario un documento separado con una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés.

En el proyecto de contrato el prestatario dispondrá de información desglosada de todos los gastos asociados a la firma del contrato y se dispondrá de un modelo de contrato de préstamo inmobiliario,

regulado en norma reglamentaria, que las entidades y los consumidores podrán utilizar de forma voluntaria.

C. Notarios y registradores

Un tercer bloque se refiere a la fase de contratación y al papel que juegan en ella notarios y registradores. Se refuerza el control de legalidad realizado por notarios y registradores sobre el contenido del contrato, de manera que no se autorizará la escritura si el prestamista no acredita, en particular, que se ha entregado la información precontractual siete días antes al prestatario. En estos siete días, el notario asesorará al prestatario sobre el proyecto de contrato de préstamo inmobiliario y, en particular, sobre las cláusulas contractuales en él contenidas. Dicho asesoramiento, junto con la expresión manuscrita del prestatario manifestando que se le ha remitido la documentación precontractual y que comprende y acepta su contenido, se documentará en un acta notarial que no tendrá coste para el prestatario.

CUESTIONES DESTACABLES

Se pueden señalar varias cuestiones muy destacables en el borrador, en su última versión (de finales de marzo de 2017) y a la luz de los informes que sobre el texto se han ido publicando recientemente, siendo el del Consejo General del Poder Judicial, de 5 de mayo, el más esperado de ellos.

*El texto indica
traspone «parcialmente» la Directiva*

Desde el principio se está anticipando que no se cumple con el mandato comunitario y que es posible aventurar nuevos aluviones de normas para la trasposición total. Por lo demás, el Gobierno y el Ministerio —alguna vez el Banco de España— ven reconocidas competencias plenísimas de desarrollo complementario del anteproyecto de ley (disps. finales 9^a y 14^a), lo que asegura que el presente texto no es el final del proceso de normalización de la transparencia material hipotecaria. Se anuncia con ello el retorno a la maquinaria reglamentaria incansable del Gobierno, la destrucción de la unidad de esta ley, así como de la hipotecaria y, sobre todo, la verdad es que se deja «para otro día» esta transposición.

En informe del CGPJ hace una extensa crítica de este aspecto, alude a la importante omisión de temas tan esenciales como la regulación de la tasación, la TAE, la concesión responsable del crédito, el contenido de la FEIN, o el derecho de desistimiento. También recuerda la existencia del Informe del Consejo de Estado de 2008 sobre «inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español», en el sentido de que la transposición del derecho comunitario no puede llevarse a cabo en forma de circulares, instrucciones o normas desconocidas para los interesados exigiendo disposiciones precisas y claras, al margen de algunas otras materias (como el objeto y contenido de la relación contractual) que deberían tener asegurado el rango legal.

***Habla de la competencia exclusiva sobre legislación mercantil,
bases de la ordenación de crédito, banca y seguro,
y bases y coordinación de la planificación general
de la actividad económica, respectivamente***

Por tres veces se establece la naturaleza de norma de competencia exclusiva, prohibiendo que las Comunidades Autónomas puedan modificar el régimen estatal ni exigir documentación complementaria (disp. adic. 5^a, disp. final 9^a.4, disp. final 12^a), lo que, y al margen de los recursos de constitucionalidad que puedan motivar, produce el «desplazamiento» (art. 149.3 CE) de la ya densa normativa autonómica producida o *in fieri* que al amparo del título competencial de consumidores hace regulaciones extensas del contrato de crédito hipotecario. Extraña que el anteproyecto no invoque la competencia estatal para regular las bases de las obligaciones contractuales y el derecho civil ni tampoco la competencia exclusiva sobre los registros públicos.

Desde luego, al margen de no ser respetuoso con las competencias autonómicas, tampoco tiene en cuenta que ya existen numerosos textos regulatorios de la contratación de préstamos hipotecarios y de la protección al consumidor de los mismos. Por ejemplo, el Código de Consumo de Cataluña (aprobado por ley 202/2010), la ley 20/2014 de Cataluña sobre protección de consumidores en el préstamo hipotecario, la Ley de Madrid 2/2009 de contratación con consumidores de préstamos hipotecarios (recurrida ante el Tribunal Constitucional), etc.

De hecho, en Andalucía, la Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda, crea documentos como el Documento de Información Precontractual Complementaria (DIPREC) como el Documento de Información Personalizada Complementaria (DIPERC), así como el «Índice de Documentos de Entrega Preceptiva (IDEP)», que pretende aportar claridad y transparencia. La ley, en su EM dice ser la aplicación. También incorpora un completo artículo para definir las llamadas «explicaciones adecuadas», el examen de la solvencia del deudor, etc.¹

Formación del documento

El texto mantiene en vigor normas como la Orden de transparencia bancaria de 2011, también con solapamiento de medidas. Esto supone añadir a los requisitos

-
1. En el proyecto de ley la Disposición adicional quinta *indica*:

Sin perjuicio del desarrollo de la legislación básica estatal que realicen las comunidades autónomas en el ejercicio de las competencias asumidas estatutariamente, la información precontractual a facilitar a los prestatarios debe ser homogénea, en aras de la unidad de mercado, de tal forma que puedan valorar adecuadamente las diferencias entre unas ofertas y otras en todo el territorio español, por lo que la normativa autonómica deberá respetar los modelos normalizados de información que se establezcan por la normativa básica, y no podrá exigir adicionar documentación complementaria que pueda producir confusión en el prestatario y distorsione el objeto de la normativa básica de transparencia.

de formalización del préstamo los que se prevén como novedad en el borrador en los artículos 5.1 y 6.

En el nuevo texto se sale al paso de las categorías jurídicas elaboradas por la jurisprudencia en los pronunciamientos y elabora un protocolo complejo al que añade presunción de transparencia material. El prestamista debe entregar al prestatario con una antelación mínima de siete días a la firma del contrato la siguiente información: ficha europea de información normalizada (FEIN), con carácter de oferta vinculante (anexo II de la Directiva 2014/17, que constituye norma de máximo); la ficha de advertencias estandarizadas (FIAE) en la que se informe al prestatario de cláusulas relevantes, en especial, de las limitaciones a la baja de la variación del tipo de interés, cláusulas de vencimiento anticipado, gastos de concesión del préstamo y advertencia de que se trata de un préstamo en moneda extranjera, si procede; en caso de tratarse de un préstamo a interés variable, un documento con referencia a las cuotas periódicas a satisfacer en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés; una copia del «proyecto del contrato», con el desglose de todos los gastos asociados a la firma; y la advertencia al prestatario de la posibilidad de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que se haya designado para la elevación a público del contrato, durante el mencionado plazo de siete días. Esta documentación se remitirá por medios telemáticos al notario elegido por el prestatario. Si el prestatario compareciese ante el notario para recibir el asesoramiento, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos legales en la documentación

y lo hará constar en un acta notarial previamente a la formalización del préstamo. El acta incluirá una referencia a las cuestiones planteadas por el prestatario y al asesoramiento prestado por el notario, recogándose también las «pruebas de entendimiento» por parte del prestatario de diversos ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas financieras en diversos escenarios y de las cláusulas de cobertura de riesgos financieros, en su caso. Si el prestatario no compareciese ante el notario antes de la elevación a público del contrato, el notario extenderá el acta el día de su elevación y con carácter previo a su autorización. El notario informará de las cláusulas específicas de la FEIN y de la FIAE de manera individualizada y no genérica. En todo caso, si no quedara acreditado documentalmente el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones de información, el notario no podrá otorgar acta y, a falta de dicho acto, no podrá autorizar la elevación a escritura pública. Se presumirá salvo prueba en contrario que el principio de *transparencia se ha cumplido en su vertiente material* cuando se levantara acta en los términos previstos en la ley, pero esta presunción no quiere decir que no pueda acudir a los tribunales en reclamación de los derechos del consumidor.

Indica el CGPJ que tal planteamiento supone una alteración de la carga de la prueba que, sin duda, en cuanto a los elementos fácticos determinantes de la transparencia material, debe ser integrado por el prestamista, y en ningún caso por el prestatario. De esta manera, con la redacción propuesta, deberá ser el prestatario el que acredite que, a pesar de haberse redactado el acta, no

puede considerarse integrado el principio de transparencia material. Esta presunción² es, pues, contraria tanto a

-
2. Un complejo art. 13 sustituye a la presunción de transparencia material, saliendo al paso de las advertencias contenidas en el informe CGPJ. Concretamente, el proyecto se refiere ahora a la *Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material*.

Sin perjuicio de las explicaciones adecuadas que el prestamista, el intermediario de crédito o su representante, en su caso, debe facilitar al prestatario, durante el plazo previsto en el artículo 12.1, el prestatario habrá de comparecer ante el notario por él elegido a efectos de obtener presencialmente el asesoramiento descrito en los siguientes apartados. El notario verificará la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 12.1. En caso de que quede acreditado su cumplimiento hará constar en un acta notarial previa a la formalización del préstamo hipotecario:

- a) *El cumplimiento de los plazos legalmente previstos de puesta a disposición del prestatario de los documentos descritos en el artículo 12.1.*
- b) *Las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario. A este respecto deberán recogerse las pruebas realizadas por el prestatario de entendimiento de diversos ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas financieras, en diversos escenarios de coyuntura económica, en especial de las relativas a tipos de interés y en su caso de los instrumentos de cobertura de riesgos financieros suscritos con ocasión del préstamo.*
- c) *En todo caso, el notario deberá informar individualizadamente haciéndolo constar en el acta, que ha prestado asesoramiento relativo a las cláusulas específicas recogidas en la FEIN y en la FIAE, de manera individualizada y con referencia expresa a cada una, sin que sea suficiente una afirmación genérica. Igualmente, y en presencia del notario, el prestatario responderá a un test que tendrá por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada.*
- d) *La manifestación manuscrita y firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido, con una antelación mínima de siete días, los documentos descritos en el artículo 12.1, así como que comprende y acepta su contenido y que entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación.*

la naturaleza de la función notarial, como a los intereses de los consumidores que sufren como consecuencia de la presunción una inversión de la carga de la prueba. En este sentido esta norma de «protección del consumidor» terminaría siendo contraproducente y puede suponer incluso la consagración normativa de la prohibición de alterar en perjuicio del usuario las normas sobre carga de la prueba (art. 82.4.c TRLSDCU).

Consiguientemente, parece más adecuado, y sistemáticamente mucho más coherente, remitirse en cuanto a

El prestatario deberá comparecer ante el notario, para que este pueda extender el acta, como tarde el día anterior al de la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo.

Si no quedara acreditado documentalmente el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones previstas en el artículo 12.1 o si no se compareciese para recibir el asesoramiento en el plazo señalado en el apartado 3, el notario expresará en el acta esta circunstancia. En este caso, no podrá autorizarse la escritura pública de préstamo.

Conforme al artículo 17 bis apartado 2.b) de la Ley del Notariado y el artículo 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el contenido del acta se presumirá veraz e íntegro, y hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material.

En la escritura pública de préstamo el notario autorizante insertará una reseña identificativa del acta a la que se refieren los apartados anteriores.

En dicha reseña se expresará el número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización, así como la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en este artículo.

El acta donde conste la entrega y asesoramiento imparcial al prestatario no generará coste arancelario alguno.

los efectos del Acta a la legislación notarial que los detalla y que básicamente contempla las presunciones de integridad y veracidad de lo allí recogido, cuyas presunciones, de ser negadas por el usuario, sí parece razonable que deban ser destruidas por este.

Cláusulas de vencimiento anticipado

(art. 15 AP)

En los contratos de préstamo o crédito cuyo prestatario sea persona física, garantizados con hipoteca o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial, el deudor perderá derecho al plazo y se producirá vencimiento anticipado si se producen conjuntamente los siguientes requisitos: que el prestatario se encuentre en mora de pago de cuotas; que las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos al 3% del valor del préstamo si el plazo de amortización del préstamo es inferior a diez años o que, en el caso de ser a diez años, el incumplimiento se produjera dentro del periodo de los diez primeros años de dicho plazo, o que equivalgan al 5% del valor del préstamo si el plazo de amortización del préstamo es superior a diez años y el incumplimiento se produce más allá del periodo de diez primeros años de dicho plazo; que el prestamista haya requerido el pago al prestatario, concediéndole un plazo de al menos quince días para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total del préstamo. En el requerimiento, el prestamista deberá ofrecer la posibilidad de renegociar las condiciones del préstamo durante ese plazo. No se admiten pactos en contrario en relación con estas reglas.

Sobre esta disposición, señala el informe del CGPJ lo siguiente:

Uno de los grandes problemas que tiene planteados actualmente la jurisdicción civil es el de cómo proceder ante la generalizada declaración de nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado que fundan la práctica totalidad de las ejecuciones hipotecarias en litigio. Y ello en función de la objetiva abusividad derivada de contemplar cualquier incumplimiento del prestatario como causa de vencimiento de la obligación de restituir el préstamo. No ha servido de lenitivo a tal conclusión la norma dispositiva contenida en el art. 693 LEC.

Ello ha determinado que se adoptaran diversas posturas jurisdiccionales (básicamente, la continuidad del procedimiento hipotecario o el sobreseimiento con reenvío al procedimiento ordinario, ahora fundado en el art. 1124 C.c.) que han culminado con el planteamiento de una cuestión prejudicial por la Sala 1ª del TS (Auto de Pleno de 8 de febrero de 2017, Asunto Prejudicial C-70-717) precedida de planteamientos similares instados desde otros Tribunales españoles (C- 92/16 y C-167/16).

Con tales precedentes, la mayoría de las Audiencias (Junta sectorial de Magistrados de Secciones Civiles de Madrid de 14 de febrero de 2017, y Acuerdos de Unificación de criterios de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de febrero de 2017, entre otros muchos), han suspendido la tramitación de los procedimientos hipotecarios a la espera de un pronunciamiento del TJUE que se intuye lejano, al haberse rechazado la tramitación acelerada de tal cuestión fundada en el art. 105 del Reglamento de Procedimiento.

Y, efectivamente, se observan dos defectos. La regla contiene una omisión absolutamente relevante pues, en

contra de los objetivos de la Ley, omite la protección del garante o titular de la garantía hipotecaria (tercero poseedor de los bienes hipotecados en terminología más adecuada), ya que, según el Anteproyecto, lo determinante para el ámbito de aplicación de la norma proyectada es que el prestatario sea una persona física (artículo 15.1), obviando los supuestos en que se trata de una persona jurídica entidad societaria garantizada hipotecariamente con la vivienda de una persona física o avalado el préstamo por persona física.

Por todo ello, en coherencia con los objetivos de la Ley (artículo 1), debe incluirse la protección no sólo de las personas físicas deudoras sino también de las fiadoras o garantes de préstamo, en nuestro caso al hipotecante no deudor, dado lo señalado en el ATJUE de 19 de noviembre de 2015, as. C-74/15, Tarcau, (ECLI:EU:2015:772), y el procedimiento sancionador 8841/16 que sobre esa materia tiene abierto España.

Y además, el artículo 15 no establece que la facultad de vencimiento anticipado esté condicionado a que se haya convenido tal facultad y a que dicho convenio conste en el contrato y en, su caso, en el asiento respectivo. Estos condicionantes se encuentran en el primer inciso del apartado segundo del artículo 693, en la redacción propuesta:

Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses en los términos en los que así se hubiese convenido en la escritura de constitución y consten en el asiento respectivo [...],

pero tal y como está redactado el precepto, que a continuación remite al artículo 15 de la ley proyectada en los casos contemplados por este, puede conducir a considerar que en estos casos no es preciso el convenio, sino que el vencimiento anticipado podrá tener lugar siempre que se den los supuestos que establece, lo que se refuerza por el expreso carácter imperativo de la norma y la prohibición de pacto en contrario. Y lleva a la interpretación de que, en los contratos de préstamos hipotecarios no concertados por persona física, o que la hipoteca no recaiga sobre vivienda, pueda darse por vencida anticipadamente la obligación sin sujeción a condición legal alguna, sino únicamente cuando se hubiese convenido, pero en los términos en que se hubiese convenido. La regulación proyectada, tal y como se ha propuesto, puede dar pie a beneficiar al acreedor, antes que al prestatario, y discrimina, por ende, a algunas categorías de ellos, de forma no coherente con el ámbito de protección de la ley proyectada³.

-
3. El vencimiento anticipado queda regulado en el art. 22 del proyecto finalmente aprobado por el Consejo de Ministros el 3 de noviembre, donde se regulaba de esta forma:

En los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

- a) *Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.*

Interés de demora (art. 16 AP)

En el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el triple del interés legal del dinero vigente a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. En este caso, el interés de demora sólo podrá devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora y no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario.

Viene a decirse prácticamente lo mismo que ya se contenía en el artículo 114 III de la Ley Hipotecaria

-
- b) *Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:*
- i. Al dos por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de nueve plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a nueve meses.*
 - ii. Al cuatro por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.*
- c) *Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos quince días para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.*
- Las reglas contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario.*

(LH), con el siguiente matiz. La Ley Hipotecaria hasta ahora vigente se expresaba así:

Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda,

mientras que el supuesto actual es más amplio porque el préstamo puede tener cualquier finalidad y la hipoteca debe recaer sobre inmueble residencial que no será necesariamente vivienda habitual. La norma se enfrenta con el mismo problema que en las cláusulas de vencimiento anticipado, a saber, la independencia del límite legal y el predicado de abusivo de una cláusula de interés de demora. Es extraño que no se asuma la doctrina del Tribunal Supremo que impone que el interés de demora no puede superar en dos puntos al interés remuneratorio —que tampoco se puede derogar salvo por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea— y que tampoco se asuma que en caso de nulidad del interés de demora (no moderable por el juez) seguirá valiendo el remuneratorio, aunque se haya declarado el vencimiento anticipado. Se trata de una prescripción superflua porque los problemas de los intereses de demora no estaban residenciados ya en el artículo 114 III de la Ley Hipotecaria, cuyo impacto fue desarticulado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, luego, por el Tribunal Supremo.

Indica el citado informe del CGPJ que el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca del carácter abusivo, a la luz de la normativa nacional y europea, de las cláusulas contractuales de tipos de interés

de demora. En la STS (Pleno) 364/2016, de 3 de junio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2401) se examina el control de contenido de la cláusula de intereses atendiendo a los criterios fijados por la jurisprudencia europea en orden a determinar en qué circunstancias se causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes —el prestamista y el prestatario consumidor— en contra de las exigencias de la buena fe, a efectos de verificar su carácter abusivo en aplicación de la Directiva 93/13 y la normativa protectora de los derechos de los consumidores y usuarios.

La referida sentencia tuvo a la vista la reforma introducida por la Ley 1/2013 en el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria (LH), por virtud de la cual se estableció un límite a los intereses de demora, que «no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago». En virtud de la disposición transitoria 2^a de la Ley 1/2013, la norma se aplica a los contratos anteriores a su vigencia, permitiendo un recalcule de los intereses moratorios establecidos en esos contratos anteriores, con la finalidad de ajustarlos al citado tope legal⁴.

4. La redacción finalmente aprobada en el proyecto es la consagrada en el art. 23:

En el caso de préstamo concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el triple del interés legal del dinero vigente a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. Los intereses de demora sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago

Interesa destacar que en dicha sentencia, con los precedentes que ofrecían la SSTS 265/2015, de 22 de abril de 2015, 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, y 79/2016, de 18 de febrero, así como la STJUE de 21 de enero de 2015, y los AATJUE de 11 de junio de 2015 y 17 de marzo de 2016, se concluye que el límite legal impuesto en el art. 114.3 LH no garantiza el control de abusividad, y no excluye el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas de intereses moratorios que, aunque no sean contrarios al precepto, puedan implicar la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta del consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones, en los términos del artículo 85.6 TRLGDCU. Dicho límite, por tanto, no puede ser la única referencia para determinar el límite del interés moratorio convencional y, por ende, su carácter abusivo, pues, conforme los criterios jurisprudenciales nacionales y europeos, han de ser muchos más los parámetros con arreglo a los cuales debe verificarse el control de abusividad; y, en fin, tal y como señala la misma jurisprudencia nacional y europea, el artículo 114.3 LH no puede servir como referente en dicho control, ni ser aplicado como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios, pues la cláusula declarada abusiva no puede ser integrada mediante la aplicación del derecho nacional. Tras lo cual, el Alto Tribunal aplica el criterio

y no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario.

establecido en la STS 265/2015, de 22 de abril, para los intereses moratorios en los contratos de préstamos personales destinados al consumo, y, atendiendo al tipo de interés procesal establecido en el artículo 576 de la LEC (dos puntos por encima del interés legal), concluye que procede extender el mismo criterio a los intereses de demora pactados en préstamos hipotecarios, de tal forma que el límite de abusividad queda fijado en dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado.

La reciente STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, Banco Primus (ECLI:EU:C:2017:60), por su parte, reitera el criterio establecido en anteriores sentencias y recuerda que para examinar si una cláusula relativa al cálculo de intereses ordinarios es abusiva el órgano jurisdiccional deberá comparar el modo de cálculo del tipo de interés ordinario previsto en la cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalente a los del contrato considerado.

Por eso la norma analizada carece de toda justificación de su alcance, que fija en el triple del interés legal, y sin argumento o explicación alguna para justificar la falta de adecuada trasposición del mandato contenido en los referidos apartados 2 y 3 del art. 28, sanciona con carácter imperativo un criterio que excede todas las pautas que actualmente pudieran servir como orientación sobre la materia.

Ha de recordarse que, conforme ya se analizó por el Tribunal Supremo en su Sentencia del Pleno 364/2016, de 3 de junio, la existencia del tope legal que estableció el art. 114.3 de la LH, similar al contenido en el Anteproyecto, no excluía el potencial carácter abusivo de aquellos intereses moratorios que respetaran tal limitación pues, en definitiva, podía resultar desproporcionadamente alto para el consumidor. El Anteproyecto veda tal posibilidad, pues sanciona con carácter imperativo, y por ende imposibilita su puesta en cuestión por el consumidor, lo que la citada jurisprudencia apoyada en la del TJUE consideraba podía resultar abusivo.

En este sentido, no se expone ni se alcanza a comprender cuál sea la razón en función de la cual el perjuicio económico causado a la entidad de crédito con la demora se sitúe en el límite que fija el Anteproyecto. Máxime teniendo en cuenta que en el actual precio del dinero ronda el 0% de forma que los costes de refinanciación de la deuda impagada —con los que a priori se pueden identificar los daños reales del prestamista— no excederán en mucho tal porcentaje.

Por otro lado una de las regulaciones de los intereses moratorios que toman por base el interés legal, y no el remuneratorio pactado, es el de la demora a favor de la Hacienda Pública, que está fijado en el 125% de dicho interés legal, es decir, en la actualidad el 3,75%. Interés muy lejano al del 300% que contiene la norma del Anteproyecto.

Ha de tenerse en cuenta, como se ha dicho, que en la actualidad resulta generalizadamente habitual que, si-

guiendo las pautas fijadas por la Sala 1^a, las escrituras de préstamo hipotecario contenga un pacto donde los intereses moratorios se fijan en un incremento de dos puntos respecto del remuneratorio, por lo que tal realidad choca frontalmente con una norma, de aparente protección del usuario, en la que consta la fijación de un interés imperativo que excede con mucho lo que los predisponentes están incluyendo en sus cláusulas no negociadas.

En definitiva debe reconducirse la norma apuntada bien a las pautas establecidas por el Tribunal Supremo en la jurisprudencia citada, bien a otros criterios que, en todo caso, deberán justificar razonadamente, tal y como exige la Directiva, el componente indemnizatorio y el componente punitivo que en ellas se contenga.

Contratos preexistentes

Esta ley no será de aplicación a los contratos de crédito o préstamo inmobiliario suscritos con anterioridad a su entrada en vigor. No obstante, las previsiones de esta ley resultarán de aplicación a aquellos contratos objeto de novación o de subrogación desde el momento en que ésta produce efectos.

Las previsiones del artículo 14 se aplicarán también a los contratos de préstamo o crédito inmobiliario suscritos después del (fecha de aprobación del proyecto de ley por el Consejo de Ministros).

Quedará regulado bajo los términos de esta ley el vencimiento anticipado de los contratos que tenga lugar a partir de la entrada en vigor de esta norma, aunque los contratos se hubieran celebrado con anterioridad e incluso aunque contuvieran alguna estipulación al respecto.

Régimen especial en los procesos de ejecución en curso a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo

En los procedimientos ejecutivos en curso a la entrada en vigor de esta Ley en los que al entrar en vigor la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, hubiera transcurrido el periodo de oposición de diez días previsto en el artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las partes ejecutadas dispondrán nuevamente del plazo señalado en dicho artículo para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el apartado 7.a del artículo 557.1 y 4.a del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁵.

Dicho plazo preclusivo se computará desde el día siguiente a la notificación del auto por el que se comuniquen a las partes

-
5. El régimen de los contratos preexistentes se regula en la DT Primera del proyecto en estos términos:

Esta ley no será de aplicación a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a su entrada en vigor.

No obstante, las previsiones de esta ley resultarán de aplicación a aquellos contratos celebrados con anterioridad si son objeto de novación o de subrogación con posterioridad a su entrada en vigor. En particular, el prestamista deberá informar al prestatario en los términos señalados en el artículo 12 de aquellos contenidos que hayan sido objeto de modificación respecto de lo contratado inicialmente.

Cualquiera que sea el momento en el que se hubiera celebrado el contrato, el prestatario siempre tendrá derecho de reembolso anticipado en el supuesto previsto en el apartado 6 del artículo 21.

Quedará regulado bajo los términos de esta ley el vencimiento anticipado de los contratos que tenga lugar a partir de la entrada en vigor de esta norma, aunque los contratos se hubieran celebrado con anterioridad e incluso aunque contuvieran alguna estipulación al respecto.

ejecutadas la posibilidad de formular incidente extraordinario en los términos indicados en el apartado anterior. Esta notificación deberá realizarse en el plazo de un mes a contar desde la entrada en vigor de esta Ley.

La formulación del incidente de oposición tendrá como efecto la suspensión del curso del proceso hasta la resolución del incidente, conforme a lo previsto en los artículos 558 y siguientes y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Este artículo se aplicará a todo procedimiento ejecutivo que no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que en su día no se hubiera notificado personalmente al ejecutado auto por el que se le informara de la posibilidad de formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el apartado 7.º del artículo 557.1 y 4.º del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni se hubiera formulado por el ejecutado incidente extraordinario de oposición, conforme a lo recogido en la Disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, ni se hubiere admitido la oposición del ejecutado con base en la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 29 de octubre de 2016 (se trata de un error, ya que la sentencia tiene fecha de 29 de octubre de 2015).

El 29 de octubre de 2015 el TJUE se pronunció sobre el asunto C.8/14 BBVA, en relación con la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 relativa a los procedimientos de ejecución hipotecaria que estaban en curso en el momento de la entrada en vigor de la citada Ley 1/2013, entendiéndose que el mecanismo previsto en

la referida disposición transitoria según el cual el plazo para la interposición del incidente extraordinario de oposición empezaba a contar a partir del día siguiente a la publicación de la ley en el BOE y no a partir de la fecha de notificación individual al consumidor de la existencia de dicha posibilidad de recurso, infringía el Derecho de la Unión. Para subsanar dicha infracción el anteproyecto de ley de transposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, prevé una disposición transitoria tercera que contempla la generación de un nuevo plazo de un mes para la interposición de tales incidentes extraordinarios de oposición en relación con los procedimientos de ejecución que estando en trámite a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 no hubieren concluido todavía a la entrada en vigor de la nueva Ley.

En una anterior versión, la solución arbitrada por la nueva disposición transitoria no resolvía completamente el problema suscitado por la referida Sentencia del TJUE de 29 de octubre de 2015 puesto que no tenía en cuenta la reforma operada por el Real Decreto-ley 11/2014 sobre medidas urgentes en materia concursal, en relación con el art. 695 LEC, incorporando el derecho de apelación del deudor ejecutado frente al auto desestimatorio de su oposición por causa de abusividad de una cláusula que fundamente la ejecución o determine la cantidad exigible, reforma que fue consecuencia del obligado cumplimiento de la previa sentencia

del TJUE de 17 de julio de 2014, recaída en el asunto C-169/14, Sánchez Morcillo⁶.

Ley Hipotecaria

La Ley Hipotecaria queda modificada como sigue:

Uno. *El artículo 12 queda redactado del siguiente modo:*

En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de estas y su duración.

Las cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca, cualquiera que sea la entidad acreedora, en caso de calificación registral favorable de las mismas y de las demás cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización⁷.

-
6. La Disposición Transitoria Tercera del proyecto referido acude a la misma redacción analizada en el anteproyecto para regular los supuestos de *régimen especial en los procesos de ejecución en curso a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo*.
 7. El artículo 12.2 sufre cierta variación respecto al analizado en el anteproyecto, quedando redactado de la siguiente forma:

Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por la hipoteca, cualquiera que sea la entidad acreedora, en caso de calificación registral favorable de las mismas y de las demás cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización.

Como se observa, se incluyen las cláusulas de vencimiento anticipado.

Como se observa, la diferencia es la supresión de las cláusulas de vencimiento anticipado. Entendemos que sin trascendencia porque en cualquier caso es imprescindible que todas las cláusulas sean objeto de calificación, para ser coherentes con la jurisprudencia nacional y comunitaria y con la finalidad de protección del deudor hipotecario que subyace en la directiva y en la norma que la desarrolla. Hay que destacar que existen otros muchos supuestos de vencimiento anticipado por causas distintas al impago que al no reflejarse en la inscripción no podrían dar lugar a la ejecución por el procedimiento especial de ejecución hipotecaria. Ello hace que la supresión sea incongruente con la protección del consumidor.

Dos. El artículo 19 bis queda redactado del siguiente modo:

Artículo 19 bis

Si la calificación es positiva, el Registrador inscribirá y expedirá certificación de la inscripción del derecho, con expresión de la titularidad, el estado de la descripción de la finca y su representación gráfica, en su caso, y el estado de cargas de la finca registral, expresando la fecha y la firma del registrador, así como los datos identificadores del asiento o asientos practicados y las afecciones o derechos cancelados con ocasión de su práctica. En caso de que la inscripción se refiera a un derecho de hipoteca la certificación incluya una inserción literal de la inscripción, así como la identificación de las cláusulas del contrato que, en su caso, no hubieran sido objeto de inscripción, con la motivación de su respectiva suspensión o denegación⁸. Si el título fuere calificado

8. El proyecto aprobado por el Consejo de Gobierno no se refiere ya a la modificación del art. 19 bis) LH, pero en su Disposición adi-

negativamente, el registrador⁹ expedirá nota de calificación en la que, tras identificar aquél, expresará los motivos que justifican su decisión, así como los medios de impugnación que procedan contra ésta, con expresa indicación de la prórroga legal del asiento de presentación. En caso de inscripción parcial de un título, se expedirá separadamente la certificación y la nota de calificación a que se hace referencia en los apartados anteriores. Esta certificación se pondrá a disposición del interesado y del presentante.

Se añade una nueva fórmula de información que servirá para dar a conocer al interesado el contenido exacto del asiento, algo realmente útil para darle transparencia al contenido del Registro.

Artículo 114.

En el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el triple del interés legal del dinero vigente a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. El interés de demora sólo podrá devengarse sobre el principal pendiente de pago y no podrá ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto

cional octava regula *Obligaciones de notarios y registradores con ocasión de la autorización e inscripción del préstamo hipotecario.*

9. El notario autorizante de una escritura de préstamo sujeto a la presente ley entregará o remitirá telemáticamente al prestatario sin coste copia simple de aquella, a la que, en su caso, acompañará la nota de despacho practicada por el registrador en la copia autorizada. Los registradores de la propiedad remitirán también gratuitamente y de forma telemática al interesado nota simple literal de la inscripción practicada.

previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este párrafo no admitirán pacto en contrario¹⁰.

Se trata simplemente de la adaptación correspondiente a la regulación del interés de demora.

Quinto. *El artículo 258 queda redactado del siguiente modo:*
Artículo 258.

1. El Registrador, sin perjuicio de los servicios prestados a los consumidores por los centros de información creados por su colegio profesional, garantizará a cualquier persona interesada la información que le sea requerida, durante el horario habilitado al efecto, en orden a la inscripción de derechos sobre bienes inmuebles, los requisitos registrales, los recursos contra la calificación y la minuta de inscripción.

2. El registrador de la propiedad denegará la inscripción de aquellas cláusulas de los contratos que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación¹¹.

10. El artículo 114 LH no sufre variación respecto al analizado en el proyecto aprobado.

11. El art. 258.2 LH no sufre variación respecto a esta redacción en el proyecto.

**Disposición final séptima. Modificación del Texto Refundido
de la Ley de Consumidores y Usuarios,
aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2007**

El art. 84 queda redactado en los siguientes términos: «Autorización e inscripción de cláusulas declaradas abusivas».

Los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles, en el ejercicio de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas en sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación¹².

12. La DF 1^a modifica el 129.bis) para adaptarlo al régimen del vencimiento anticipado y queda como sigue:

Tratándose de un préstamo o crédito concluido por una persona física y que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial, perderá el deudor el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato, pudiendo ejercitarse la acción hipotecaria, si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

- a) *Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.*
- b) *Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:*
 - i. *Al dos por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de nueve plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a nueve meses.*

Disposición final segunda. Modificación de la Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre «Condiciones Generales de la Contratación».

El artículo 11 de la Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre «Condiciones Generales de la Contratación», queda redactado del siguiente modo:

Artículo 11. Registro de Condiciones Generales.

1. Se crea el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, que estará a cargo de un Registrador de la Propiedad y Mercantil, conforme a las normas de provisión previstas en la Ley Hipotecaria.

[...]

4. Obligatoriamente se remitirán al Registro de Condiciones Generales las sentencias firmes dictadas en acciones colectivas o individuales por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas¹³.

ii. Al cuatro por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.

c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos quince días para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total del préstamo.

Las reglas contenidas en este apartado no admitirán pacto en contrario.

13. La DF 2^a rectifica un poco la redacción propuesta inicialmente en el art. 11.4:

Ley de Enjuiciamiento Civil

El artículo 693 queda redactado como sigue:

Artículo 693. Reclamación limitada a parte del capital o de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes. Vencimiento anticipado de deudas a plazos.

Lo dispuesto en este Capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses. Así se hará constar por el Notario en la escritura de constitución y por el Registrador en el asiento correspondiente. Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha.

Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses en los términos en los que así se hubiese convenido en la escritura de constitución y consten en el asiento respectivo. Siempre que se trate de un préstamo o crédito concluido por una persona física y que esté garantizado mediante hipoteca

Serán objeto de inscripción las ejecutorias en que se recojan sentencias firmes estimatorias de cualquiera de las acciones a que se refiere el apartado anterior. Obligatoria se remitirán al Registro de Condiciones Generales las sentencias firmes dictadas en acciones colectivas o individuales por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas.

Y también en este sentido la del art. 212.5 LEC.

sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial, se estará a lo que prescriben el artículo 15 de la Ley XX/17, de Crédito Inmobiliario y, en su caso, el artículo 129 de la Ley Hipotecaria.

Artículo 212 LEC:

4. Las sentencias firmes dictadas en acciones colectivas o individuales por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas, se remitirán de oficio por el órgano judicial al Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Ambas modificaciones tratan de resultar coherentes con el resto del articulado.

Modelo de hipoteca

CONTRATOS TIPO

Se anuncian igualmente como gran novedad entre las iniciativas del Ministerio este tipo de contratos tipo de hipoteca. Realmente no son ninguna novedad y ya han sido objeto de estudio en todos los ámbitos posibles destacando los modelos de la Eurohipoteca, e igualmente los modelos de la «hipoteca de confianza» previstos en la Disposición Adicional Primera de la Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda en Andalucía, proyectos que han comenzado en distintas ocasiones, con intervención de agentes implicados en la contratación y que nunca han llegado a concluir con ningún resultado completo.

CONCLUSIONES

A nuestro juicio, las reformas que se proponen no solventan los importantes problemas que aún tenemos y que perjudican al mercado hipotecario en su conjunto, y particularmente al deudor hipotecario. Algunos se han puesto de manifiesto a lo largo de esta exposición:

- A.** Un principio que ha de tenerse en cuenta es que, como se ha comprobado, el sistema registral español en cuanto se basa en una documentación pública formalizada por Notarios (funcionarios especialmente cualificados) y en una inscripción en el Registro con efectos frente a terceros y previo examen y calificación del registrador, ha funcionado correctamente y ha demostrado defender los intereses del deudor hipotecario y del acreedor también. Un sistema como el nuestro es equilibrado y considerado universalmente como modélico. Y ese sistema queda perjudicado mientras no se acometa la derogación del art. 12 LH en su actual redacción, a pesar de ser actualmente un residuo sin contenido como muchos otros artículos de nuestro ordenamiento vacíos tras los sucesivos ataques de la jurisprudencia comunitaria.
- B.** Otro principio es que la Ley Hipotecaria, tal como está redactada, evita el surgimiento de cargas ocultas, la necesidad de investigar las titularidades y la necesidad de contratar seguros de títulos y encarecer el crédito con garantías adicionales. La ley acabó con los intereses usurarios, activó la circulación de bienes, creó nuevas fuentes de riqueza

y prosperidad, rebajó los tipos de interés y convirtió a la hipoteca en instrumento de financiación perfecto que permitía al deudor (a diferencia del censo o al pacto de retro) conservar la propiedad de los bienes, beneficiarse de sus rendimientos y de su revalorización. Esta ley, junto a la prohibición del pacto comisorio, la ley 2/1994 (única en el mundo, que permite al deudor instar el cambio de entidad financiera acreedora sin consentimiento de esta en busca de mejores condiciones financieras) y la ley de enjuiciamiento civil configuran una protección suficientemente flexible, eficiente y garantista del deudor hipotecario, que al mismo tiempo beneficia al mercado y favorece la prosperidad económica global.

- C. En los últimos años se han acometido reformas en el sistema hipotecario y en el procedimiento de ejecución hipotecaria que han respetado los principios básicos y que pueden ser útiles y mejorar las deficiencias que han sido detectadas (por la jurisprudencia comunitaria, en su mayor parte). Citamos algunas:
- a) Art. 682 LEC (redacción dada por la ley 1/2013). En la hipoteca debe figurar el domicilio del deudor y precio de tasación de la vivienda, que no puede ser inferior al 75% de la tasación efectuada conforme a la ley del mercado hipotecario.
 - b) Limitación de los pactos de vencimiento anticipado conforme al art. 693 LEC (según la ley 1/2013).

- c) Limitación legal de los intereses de demora a tres veces el interés legal del dinero en préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda habitual garantizados con hipoteca sobre la propia vivienda sin que quepa el anatocismo (art. 114.3 LH, según la redacción dada por la ley 1/2013).
- d) Limitación del *loan to value* al 60% del valor de tasación del bien hipotecado, y en caso de que esté destinado a la adquisición de vivienda habitual al 80%. (art. 5.2 LMH según la redacción dada por la ley 1/2013).
- e) La introducción del cuarto motivo de oposición a la ejecución hipotecaria por alegación de «carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible».

D. Además de estas reformas que han limitado intereses de demora, han aligerado los importes de las hipotecas, reducido su plazo, mejorado el sistema de ejecución, y asegurado la objetividad de las tasaciones y la independencia de las entidades de tasación, encontramos muchísimas otras que, o bien han desenfocado los verdaderos problemas, o bien manifiestan una importante resistencia del legislador español a efectuar las reformas legislativas que Europa está requiriendo vía Directivas o jurisprudencia, y una resistencia aún mayor de los tribunales nacionales a aceptar criterios comunitarios. Otras reformas no se han acometido aún, y siguen existiendo importantes errores e injusticias

en el proceso de ejecución hipotecaria (como la adjudicación al acreedor en caso de falta de postores por todos los conceptos, o el error de salto del art. 670 y 671 LEC), o la corrección de la deficiente regulación del importante artículo 12 LH. Este es un factor que contribuye a generar respuestas cada vez más contundentes del propio TJUE, y a multiplicar las cuestiones prejudiciales en los tribunales nacionales, además de hacer crecer alarma social y desconfianza hacia las instituciones nacionales. Ese otro grupo reformas que se han efectuado hasta ahora, y las que se prevén en el futuro, muchas veces son redundantes o innecesarias y simplemente se plantean ante la reticencia a las reformas de calado que serían necesarias para evitar que se pongan en entredicho el mercado hipotecario, el sistema de seguridad jurídica preventiva o el sistema judicial español.

- E.** Los Registros de la Propiedad y los Mercantiles constituyen una pieza esencial de un modelo de protección del deudor hipotecario, y como ha quedado expuesto, la función de los registradores no ha hecho otra cosa que contribuir decisivamente a reequilibrar un mercado hipotecario fuertemente desestabilizado por circunstancias económicas y leyes aprobadas inoportunamente en el momento menos indicado y desconociendo la relevancia de modificar los elementos que forman el sistema de garantías inmobiliarias y su ejecución, así como el Derecho Comunitario y la jurisprudencia que lo interpreta.

- F. Concluyo citando el trabajo presentado por Joaquín Delgado Ramos en la obra colectiva *Presente y futuro del mercado hipotecario*:

No solo merecen ser censuradas las prácticas contractuales y procesales abusivas, sino el marco legal y jurisprudencial en el que se desenvuelven. La calificación registral puede y debe ser un freno de gran eficacia frente a los abusos, en un sistema de inscripción constitutiva del derecho real de hipoteca donde las estipulaciones cuya inscripción se deniegue por el registrador no puedan ser ejecutadas por la vía del procedimiento de ejecución hipotecario.

Superadas las resoluciones «vinculantes» de la DGRN que limitaban el alcance de esta calificación, y una vez que el TJUE ha dejado claro cuál es el concepto y efectos de las cláusulas abusivas, y las obligaciones que incumben a los registradores en cuanto a su calificación, únicamente es necesario que el legislador tome conciencia de cuáles son los verdaderos problemas que este sistema puede tener, cuáles son sus puntos débiles, sus deficiencias, y efectúe las necesarias mejoras del mismo, y al mismo tiempo reconozca que sus puntos fuertes son los principios básicos como la libertad de contratación, la economía de mercado, la flexibilidad en la creación y transmisibilidad de derechos reales, el principio de reciprocidad en los contratos sinalagmáticos, la prohibición del pacto comisorio, el principio de responsabilidad patrimonial universal (con sus excepciones legales admitidas), la legalidad, la protección del tercero de buena

fe, y el mantenimiento del sistema de documentación pública notarial y, por supuesto, la inscripción constitutiva del derecho real de hipoteca y calificación registral independiente que revaloriza las garantías y que permite que estas garantías puedan incorporarse al mercado de la financiación y servir de soporte a la inversión nacional y extranjera y la creación empresarial, incrementar la riqueza del Estado español y nuestro peso específico en el presente y futuro de un próspero proyecto europeo.

NOTA BENE

Un resumen de este trabajo, adaptado a conferencia, fue pronunciado por la autora en actividad organizada por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, celebrada el día 25 de mayo de 2017 en el salón de actos del Ilustre Colegio de Abogados de Granada.

BIBLIOGRAFÍA

- CAÑIZARES LASO, Ana. *Los efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo*.
- DELGADO RAMOS, Joaquín. «La calificación registral frente a las cláusulas abusivas. Tácticas para hundirla y argumentos para sostenerla». En la obra colectiva: *Presente y futuro del mercado hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para Consumidores y Empresarios*. Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- DÍAZ FRAILE, Juan María. *Nuevas tendencias en el Derecho registral español y desafíos de su integración con las normas y directivas europeas*. Boletín Oficial del Colegio de Registradores. Enero, 2017.
- INFORME DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CRÉDITO INMOBILIARIO. 5 de mayo de 2017.
- MARTÍN MARTÍN, Álvaro. *Supremo vs. Supremo (doctrina sobre las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios)*. Boletín Oficial del Colegio de Registradores, mayo 2009.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, Manuel. «El mercado hipotecario de viviendas en España: crisis y reforma». Artículo de Opinión, *El País*, 12 de enero de 2014.
- PÉREZ VERA, Elisa. «Ciudadanía y nacionalidad de los Estados miembros». *Revista de derecho de la Unión Europea* (Ejemplar dedicado a: *La crisis del sistema económico-financiero. La ciudadanía europea: un análisis crítico. Sección de territorios en la UE*).

SENÉS MOTILLA, María del Carmen. *Breves reflexiones acerca de la STJUE de 26 de enero de 2017 y Auto del TS de 8 de febrero de 2017.*

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Ángel. «Las últimas reformas legislativas en materia de préstamos hipotecarios y su repercusión en el futuro de la hipoteca en España». En la obra colectiva *Presente y futuro del mercado hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para Consumidores y Empresarios*. Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

Índice

INTRODUCCIÓN _____	5
MERCADO HIPOTECARIO ESPAÑOL _____	9
Evolución del mercado hipotecario español _____	10
<i>Previsiones de crecimiento económico en España</i>	10
<i>Cambio de ciclo en el mercado hipotecario español</i>	11
<i>Importancia del mercado hipotecario</i> <i>en la evolución económica española</i>	14
PROTECCIÓN REGISTRAL DEL DEUDOR HIPOTECARIO. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA RELACIONADA. REFORMAS QUE HAN INCIDIDO EN EL MERCADO HIPOTECARIO. ANÁLISIS Y CRÍTICA. _____	20
Fase de crecimiento económico (1994-2007) _____	20
<i>Calificación registral de los préstamos hipotecarios</i>	22
<i>Calificación registral de cláusulas abusivas</i>	23
<i>Calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado</i>	27
Fase de crisis económica (2007-2015) _____	34
<i>Régimen de la compensación por amortización anticipada</i>	35
<i>Modificación de los requisitos de la subrogación</i> <i>de préstamos hipotecarios (artículo 2 de la Ley 2/1994,</i> <i>de 30 de marzo)</i>	37

<i>Modificaciones de la Ley Hipotecaria</i>	40
<i>La hipoteca flotante</i>	44
<i>Análisis y valoración de la reforma</i>	47
<i>Calificación registral tras la reforma del art. 12 LH operada tras la ley 41/2007</i>	54
<i>STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Azid)</i>	58
Reformas legislativas	61
<i>Suspensión de los lanzamientos</i>	62
<i>Medidas de incremento de la información precontractual</i>	64
<i>Reforma de la Ley Hipotecaria</i>	68
<i>Reformas de la ejecución hipotecaria</i>	70
<i>Reestructuración de la deuda</i>	80
PROYECTOS LEGISLATIVOS EN MARCHA	103
Cuestiones destacables	109
<i>El texto indica traspone «parcialmente» la Directiva</i>	110
<i>Habla de la competencia exclusiva sobre legislación mercantil, bases de la ordenación de crédito, banca y seguro, y bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, respectivamente</i>	111
<i>Formación del documento</i>	112
<i>Cláusulas de vencimiento anticipado (art. 15 AP)</i>	117
<i>Interés de demora (art. 16 AP)</i>	121
<i>Contratos preexistentes</i>	127
<i>Régimen especial en los procesos de ejecución en curso a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo</i>	128
<i>Ley Hipotecaria</i>	131
<i>Disposición final séptima. Modificación del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2007</i>	135

<i>Disposición final segunda. Modificación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre «Condiciones Generales de la Contratación»</i>	136
<i>Ley de Enjuiciamiento Civil</i>	137
<i>Modelo de hipoteca</i>	138
CONTRATOS TIPO	138
CONCLUSIONES	139
BIBLIOGRAFÍA	145



CONSEJERÍA DE ECONOMÍA
Y CONOCIMIENTO