

TRIBUNA ABIERTA

LA LIMITACIÓN IMPERATIVA DE RESPONSABILIDAD POR LAS DEUDAS HIPOTECARIAS A LA FINCA HIPOTECADA: UNA IDEA TAN SEDUCTORA COMO DESACONSEJABLE

FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ
Abogado (*)

La limitación imperativa de responsabilidad por las deudas hipotecarias a la finca hipotecada: una idea tan seductora como desaconsejable

En el actual contexto de crisis se ha suscitado en España un intenso debate sobre la limitación de la responsabilidad del deudor hipotecario a la finca hipotecada. El presente trabajo reflexiona acerca de si ésta ha de ser una opción atendida por el legislador: Un cambio legislativo en esta dirección tendría, entre otras, la consecuencia de encajarse muy notablemente el crédito hipotecario. Comparativamente con el actual régimen de responsabilidad patrimonial universal, con el mismo inmueble se podría obtener mucho menos capital, con un tipo de interés más elevado y con un plazo de amortización más corto. A ello se uniría un aumento de las insolvencias estratégicas y un incremento del riesgo de las entidades financieras que, en última instancia, podría repercutir en los contribuyentes dada la garantía de los depósitos. Razones como éstas desaconsejan una reforma en este sentido, sin perjuicio de que existan propuestas de lege ferenda que puedan servir para mejorar la ejecución hipotecaria. Éste sería el caso de una reforma fiscal que suprimiera los obstáculos tributarios de la dación en pago.

Compulsory non-recourse mortgages: an idea as seductive as it is inadvisable

The current crisis has given rise to intense debate on the introduction of non-recourse mortgages in Spain. This article considers whether this is a matter that should be dealt with by lawmakers. One of the consequences of an amendment in this vein would be a notable increase in the price of mortgages in Spain. Compared to the current unlimited personal liability model, much less capital could be obtained, at a higher interest rate, and with a shorter repayment period. Moreover, strategic insolvencies would increase, as well as the risk assumed by financial entities, which could in turn affect taxpayers due to bank deposit guarantees. These reasons make changing the law inadvisable. Nevertheless, certain amendments may improve the mortgage foreclosure system, such as a legislative amendment that eliminates the tax obstacles to dation in payment.

1 · PRESENTACIÓN

Como es bien sabido, España es uno de los países del mundo con mayor endeudamiento privado: empresas, familias e individuos se han endeudado fuertemente en el pasado reciente, especialmente desde nuestro ingreso en el club del euro, hasta hace poco, en que la tasa de endeudamiento privado ha comenzado a disminuir ligeramente, al tiem-

po que ha aumentado sustancialmente nuestra tasa de ahorro.

Una parte de esa deuda privada está directamente relacionada con la fuerte expansión experimentada por el sector de la construcción, especialmente de la residencial, durante ese periodo. Como consecuencia de la misma, dicho sector llegó a significar el 16% de nuestro P.I.B. En el momento actual representa tan sólo el 4%, casi tres puntos menos que la media de los países de nuestro entorno.

Dicha expansión se debió a diferentes factores, cuyo análisis queda al margen del objeto de este artículo, si bien creo necesario hacer referencia a uno de ellos, a mi juicio, decisivo, para explicar el fenómeno: la existencia continuada de tipos de interés muy bajos, incluso de tipos reales de interés

* Fernando P. Méndez González es Registrador de la Propiedad y Mercantil. Ex-Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Fundador y Primer Presidente de la *European Land Registry Association (ELRA)*. Actualmente es miembro del Consejo de Dirección del Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil (CIDRRIM) de la Universidad de Barcelona.

negativos, lo que incentivó una demanda de crédito acorde con el precio del dinero, precio que no se correspondía —ni se corresponde— con la situación real de nuestra economía.

Si observamos la situación actual, lo comprendemos fácilmente : con una inflación del 3,6%, es posible obtener préstamos hipotecarios al *euribor* —cuyo nivel es el 2,52% en el momento de escribir estas líneas— más 0,40%, lo que, a estas alturas, sigue arrojando tipos de interés hipotecarios reales negativos. Si, en vez de pertenecer al club del euro, tuviésemos una moneda nacional, los tipos de interés de los préstamos hipotecarios no podrían situarse por debajo del 5%, lo que induciría una demanda de crédito mucho menor y mucho más acorde con nuestra situación económica. Esto es exactamente lo que hubiera sucedido también en nuestro pasado reciente.

En una situación tal, los consumidores dedicaron el crédito, tan fácilmente obtenido, a la adquisición de bienes imposibles de adquirir sin el recurso al crédito, singularmente la vivienda, aunque no solamente la vivienda. Esta sobredemanda —es decir, este exceso de demanda de crédito debida al precio excesivamente bajo del dinero— tuvo como consecuencia un crecimiento paralelo de los precios de la vivienda, por encima de lo que hubieran crecido si el precio del dinero hubiera sido el que correspondía a nuestra economía.

A esta situación se la denominó —y aún se la continúa denominando— *burbuja inmobiliaria*. Ahora bien, esta expresión encierra unos sobreentendidos que están dificultando la instrumentación de una política adecuada en relación al sector inmobiliario, un sector fundamental en cualquier economía y no sólo en la nuestra, aunque lo haya sido de un modo especial en el pasado reciente.

En primer lugar, es preciso ser conscientes —cuando se utiliza esta expresión— de que tal fenómeno no se ha producido únicamente en el sector inmobiliario, sino en otros muchos sectores. Invito al lector a que observe cómo durante la «década prodigiosa» el valor de las acciones del Ibex subió lo mismo que el de la vivienda y, sin embargo, no se habla de *burbuja bursátil*, o a que reflexione sobre el hecho de que la deuda de algunas de las empresas del Ibex asciende aproximadamente a la misma cantidad a la que asciende el valor en Bolsa de algunos de nuestros principales bancos, o sobre el hecho de que la deuda de las empresas del Ibex iguala a nuestra deuda pública. Tal es el efecto devastador de un precio del dinero excesivamente

barato¹. La realidad ha sido que, debido a un exceso de liquidez, en buena parte relacionado con nuestro ingreso en el euro, la economía española ha vivido, toda ella, inmersa en una burbuja crediticia.

En segundo lugar, es preciso ser conscientes de que el comportamiento de los agentes económicos no ha sido irracional, sino completamente racional, de acuerdo con la estructura de incentivos configurada por el precio del dinero disponible, no solamente muy bajo, sino, incluso, negativo en términos reales, es decir, con relación a la tasa de inflación.

En tercer lugar, es preciso ser conscientes de que la existencia de una moneda única en un área económica que no reúne las condiciones para ser un área monetaria y que es gestionada de acuerdo con los intereses de las áreas económicas más fuertes, produce información errónea en las áreas económicas más débiles, con las consecuencias que estamos viviendo y aún peores².

De acuerdo con lo expuesto, muchos individuos y familias pagaron por su casa un precio excesivo y, además, se endeudaron excesivamente, dedicando una parte excesiva de su renta personal y/o familiar a la amortización del crédito hipotecario solicitado y obtenido para la compra de la vivienda. La demanda de crédito hipotecario crecía a tal ritmo —superior al 20% anual, llegando en marzo de 2006 al crecimiento récord del 27,3%— que, ya desde el año 2002, el ahorro nacional no bastaba para cubrirla, por lo que las entidades financieras —bancos, cajas y demás entidades de crédito— se vieron obligadas a recurrir a los mercados mayoristas de crédito para obtener recursos monetarios con los que poder satisfacer la demanda interna de crédito hipotecario. Así, ya en 2006, el 34% del total crédito hipotecario se había financiado con títulos hipotecarios, y, lo que es aún más significativo, el 64% de la nueva demanda de crédito hipotecario³.

1 Sobre este particular, resulta de especial interés el artículo publicado en *The Economist* el 18 de noviembre de 2010, «Taking Von Mises to pieces, Why is the Austrian Explanation for the crisis so little discussed?», Economist.com/blogs/buttonwood/, con referencias específicas a los casos de España e Irlanda.

2 De la Dehesa, G.: «Fallos de diseño y de gestión del área euro», *El País Negocios*, 8 de mayo de 2011, donde se hace un excelente resumen de los fallos de diseño y de sus consecuencias, unidos a los fallos de gestión que están contribuyendo a dificultar la salida de la crisis a los países periféricos del área euro.

3 Véase el Informe del Presidente de la Asociación Hipotecaria Española a la Asamblea de dicha asociación correspondiente al año 2007.

Tal situación, sin embargo, no se consideró excesivamente peligrosa en un entorno de crecimiento sostenido del precio de la vivienda.

Pero en el verano de 2007 estalló, en los Estados Unidos, la crisis de las denominadas hipotecas *subprime*, que, posteriormente, se ha ido extendiendo también a las *prime*, dando lugar a una crisis financiera de proporciones desconocidas desde 1929⁴. Como consecuencia, los mercados mayoristas de crédito entraron en el dique seco, nuestros bancos y cajas no podían seguir obteniendo dinero con el que financiar la demanda interna de crédito hipotecario, al tiempo que comenzaban a vencer las deudas que habían contraído para poder seguir prestando dinero, lo que restringió el crédito a promotores y compradores y produjo una contracción económica general y, especialmente, del sector inmobiliario, en la que aún estamos inmersos, que ha generado una crisis financiera interna de grandes proporciones, la reducción del sector inmobiliario residencial a una cuarta parte de su tamaño, un aumento del desempleo hasta niveles desconocidos —próximo en estos momentos a los cinco millones de parados—, una bajada de los precios de los inmuebles y un enorme aumento de las ejecuciones hipotecarias⁵, dada la imposibilidad de muchos compradores de atender los pagos de sus créditos.

Es en este contexto en el que se genera la demanda de que el deudor debe tener derecho a liberarse de la hipoteca entregando la finca hipotecada, derogando así, en materia de créditos hipotecarios, al menos de los destinados a la adquisición de la vivienda habitual, el principio de responsabilidad patrimonial universal recogido en el artículo 1911 Cc.

Este estudio tiene por objeto reflexionar sobre si tal demanda debe ser atendida por el legislador. La respuesta ha de ser, a mi juicio, negativa, por las razones que expondré seguidamente. Al propio tiempo, se sugieren otras medidas distintas que servirían para aliviar la situación de los deudores incumplidores, pero sin que produzcan externali-

dades negativas sobre el sistema financiero ni sobre los deudores cumplidores.

2 · LAS «REFINANCIACIONES» Y LAS «ACEPTACIONES EN PAGO». UNA ESTRATEGIA INICIAL DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS DIRIGIDA A EVITAR LA NECESIDAD DE HACER PROVISIONES

Uno de las características más significativas de la presente crisis económica ha consistido en que, en sus primeras manifestaciones, allá por el año 2007 y aún por el 2008, hubo un fuerte incremento de las denominadas *refinanciaciones*, instrumentadas mediante novaciones modificativas de los préstamos hipotecarios vigentes, realizadas al amparo de la Ley 2/1994 de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, reformada por la Ley 41/2007, que introdujo la figura de la «hipoteca *recargable*», así como la consagración de la posibilidad de ampliación del plazo de amortización del préstamo hipotecario sin pérdida de rango de la hipoteca, lo que facilitaba la obtención de acuerdos que permitiesen a los deudores cuotas de amortización menores y a los acreedores que los deudores no incurriesen en mora o, en el límite, incumpliesen, y, en consecuencia, los primeros tuviesen que realizar las provisiones pertinentes con el reflejo consiguiente en su cuenta de resultados.

Lo que llamaba más la atención, sin embargo, era la gran cantidad de *daciones en pago* que se presentaban en los registros de la propiedad, al tiempo que el incremento de ejecuciones hipotecarias era mucho menor del que, en principio, cabía esperar. La razón era que las entidades financieras preferían, en aquel momento, aceptar las fincas hipotecadas en pago de sus créditos que iniciar un procedimiento de ejecución hipotecaria. A su vez, la razón de ello hay que buscarla en que, con esta manera de proceder, evitaban la necesidad de realizar provisiones. Técnicamente, no había habido incumplimiento, sino extinción del crédito, mediante la aceptación en pago de la finca hipotecada. Por tanto, no había nada por lo que provisionar.

3 · EL INEVITABLE CRECIMIENTO DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS

Tales soluciones, sin embargo, sólo eran viables, desde una perspectiva bancaria, hasta cierto punto, más allá del cual, los incumplimientos tendrían que

⁴ Véase *The Financial Crisis Inquiry Report. Final Report of the National Commission on the Causes of the Financial and Economic Crisis in the United States*, de enero de 2011. También es imprescindible el Informe *Reforming America's Housing Market. A Report To Congress*, de febrero de 2011, realizado conjuntamente por el Departamento del Tesoro y el de Vivienda y Desarrollo Urbano de EEUU.

⁵ Pueden consultarse los datos en la página *web* del Consejo General del Poder Judicial, sección de Estadísticas.

acabar, inevitablemente, en ejecuciones judiciales⁶. Y, efectivamente, el número de ejecuciones hipotecarias se ha disparado en los últimos años, como acreditan los datos publicados por el Consejo General del Poder Judicial. Por otro lado, me parece importante resaltar que, según fuentes del sector financiero, aproximadamente la cuarta parte de los procedimientos judiciales de ejecución hipotecaria finalizan en una adjudicación en pago, posibilidad admitida por la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el caso de que la última subasta quede desierta.

Pero la Ley de Enjuiciamiento Civil da otra posibilidad al acreedor: que se adjudique la finca por el cincuenta por ciento del valor de tasación, subsistiendo la deuda en la parte no cubierta por dicho valor (art. 671 LEC).

En este caso, para el resto de la deuda, sigue actuando la regla de la responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 Cc), limitada por la existencia de un mínimo inembargable⁷ (arts. 605 a 607 LEC).

Como consecuencia de esta evolución, nos encontramos con que los deudores perciben que no todos ellos son tratados igualmente por bancos y cajas: mientras unos han podido extinguir su deuda mediante la entrega de la vivienda, otros se han quedado sin vivienda y, además, tienen que seguir pagando la deuda pendiente, quedando todos sus bienes y rentas, presentes y futuros, afectos a dicho pago, con el límite del mínimo inembargable, conforme a la regla de responsabilidad patrimonial universal consagrada por el art. 1911 Cc.

Ello ha dado lugar a un auténtico movimiento que tiene por finalidad reclamar el derecho de los deudores hipotecarios a liberarse de la deuda mediante la entrega de la finca hipotecada al acreedor, al menos cuando ésta es la vivienda habitual del deudor y el préstamo se obtuvo para adquirirla. En una línea parecida, se reivindica que, al menos en el

caso de que el acreedor se adjudique la finca hipotecada, por falta de postor, cuando ésta sea la vivienda habitual del deudor, deba hacerlo por el ochenta por ciento del valor de tasación, en lugar de por el cincuenta por ciento, como sucede ahora. Este movimiento reivindicativo de los ya autodenominados «*afectados por la hipoteca*» ha conseguido que diversos parlamentos autonómicos⁸ hayan solicitado que el Congreso de los Diputados regule esta materia, así como que importantes líderes políticos⁹ se hayan manifestado a favor de que se reforme la ley para que los deudores hipotecarios puedan liberarse de la deuda mediante la entrega al acreedor de la finca hipotecada. Suele argumentarse que así sucede en los Estados Unidos de América.

En este contexto, se produce el auto de la Audiencia de Navarra de 17 de diciembre de 2010, —primera de algunas resoluciones judiciales¹⁰— que

⁸ En el momento de redactar estas líneas, han aprobado resoluciones en el sentido indicado, al menos, los parlamentos autonómicos de Galicia, País Vasco y Cataluña, y, se ha constituido una Subcomisión, en el seno de la Comisión de Vivienda del Congreso de los Diputados, que tiene por finalidad estudiar este asunto. En el *Parlament* de Cataluña se han presentado varias proposiciones al respecto: de *Ciutadans*, dirigida a que la entrega de la finca hipotecada pueda saldar la deuda, en caso de deudor de buena fe; de *Solidaritat Catalana per la Independència*, que admite, sin más, este derecho del deudor. Existe también otra proposición de *Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa*, si bien mucho más matizada y técnicamente más depurada, que contiene a) Medidas contra el sobreendeudamiento hipotecario personal y familiar, b) Medidas de protección de las personas en procedimientos que lleven aparejado embargo de sueldos, salarios, pensiones, subsidios y similares, dirigidas a aumentar el mínimo inembargable, c) Medidas de protección del domicilio del deudor en caso de ejecución por deudas dinerarias que afecten a la vivienda habitual, dentro de las cuales se regula la dación en pago como derecho del deudor, cuando acredite no tener otra vivienda que la hipotecada.

⁹ Se han manifestado expresamente a favor de reconocer tal derecho al deudor, al menos líderes políticos como Esperanza Aguirre o Felipe González, en diversas declaraciones públicas, y organizaciones como Jueces para la Democracia, la Unión Progresista de Fiscales o la Federación Española de Municipios y Provincias, entre otras.

¹⁰ La Audiencia de Navarra ha mantenido posiciones diferentes posteriormente —véase el auto 4/2011 de la sección Tercera de la Audiencia de Navarra de 28 de enero de 2011—. Posteriormente el auto de 16 de marzo de 2011 de la misma Audiencia, desestimó el recurso interpuesto por el ejecutante contra el auto de 17 de diciembre de 2010. En una línea parecida, destaca el auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010, que aplica analógicamente a las personas físicas la solución prevista en el núm. 3 del artículo 178 de la Ley Concursal para las personas jurídicas, con lo que la conclusión del concurso liquidaría sus deudas concursales y los bienes futuros no responderían de las mismas. Por otra parte, el auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 44 de Barcelona, de 14 de febrero de 2011 considera una pretensión similar a la vista por

⁶ La situación llegó a tal punto que el Banco de España relajó en 2009 las exigencias de provisión para créditos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda del 100% al 30%, si bien prohibiendo que las cantidades provisionadas con anterioridad se llevaran a beneficios. Dicha norma no afectaba al suelo. En junio de 2010 dictó una circular que obliga a las entidades financieras a provisionar un 10% complementario por cada año que el inmueble adjudicado en pago permanezca en sus balances, con la finalidad de activar el mercado inmobiliario.

⁷ El salario mínimo inembargable en los procedimientos de ejecución hipotecaria ha sido elevado por el RD 6/2010 de medidas de fomento del empleo, cuyo artículo 15 modifica el artículo 607 de la LEC.

considera «moralmente rechazable» (sic) que no quede extinguida la deuda cuando el acreedor hipotecario se adjudica la finca hipotecada, figurando un valor de tasación superior al importe debido, alegando la pérdida de valor de la finca hipotecada. Esta resolución judicial ha actuado como catalizador de todas las tensiones existentes al respecto.

No es mi propósito dedicar las páginas sucesivas a realizar un análisis crítico del auto, pues, según creo, hay un acuerdo amplio entre los juristas en el sentido de que no es conforme a Derecho, opinión que comparto sin la menor reserva¹¹.

Me centraré, más bien, en analizar si, *de lege ferenda*, sería conveniente reconocer al deudor hipotecario el derecho a liberarse de la deuda entregando la finca hipotecada al acreedor.

4 · ANÁLISIS DE LA CONVENIENCIA DE RECONOCER AL DEUDOR HIPOTECARIO EL DERECHO A LIBERARSE DE LA DEUDA MEDIANTE LA ENTREGA DE LA FINCA HIPOTECADA AL ACREEDOR

4.1 · Consideraciones generales

Antes de formular esa propuesta —o, mejor, de decidir sobre su admisión— es preciso tener muy presentes ciertas consideraciones sobre las que no se insiste suficientemente, al menos en el debate político¹², debido, probablemente, a la fuerte carga

emocional con la que se presentan ciertas situaciones de desalojo, y a las urgencias electorales, siempre presentes.

En primer lugar, la responsabilidad patrimonial universal es la regla en los países desarrollados¹³. En los Estados Unidos es también la regla general, excepto en once estados, los cuales reconocen la posibilidad de que el acreedor deba conformarse con la garantía hipotecaria para saldar su deuda, lo cual suele estar relacionado con el hecho de haber elegido la ejecución extrajudicial —en los estados que la admiten— y de haber constituido una hipoteca en su modalidad de *Deed of Trust* en lugar de en su modalidad de *mortgage*¹⁴.

En segundo lugar, en nuestro país, como en todos los demás países desarrollados, rige la regla de la responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 Cc), y la garantía hipotecaria no altera esta regla (art. 105 LH), si bien cabe el pacto de limitación de responsabilidad a la finca hipotecada (art. 140LH). Aun cabiendo, por tanto, que las partes pacten tal limitación de responsabilidad, sin embargo, no lo hacen.

Nada es gratis, Fedea blog, visitado el 14 de abril de 2011; Méndez González, F. P.: «¿Sería deseable que respondiera sólo la finca hipotecada?», *El Economista*, 9 de febrero de 2011, así como en «La AP de Navarra se decanta por la moralidad antes que por la legalidad en la ejecución de hipotecas», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 815, 24 de febrero de 2011. En sentido contrario, puede verse Celentani M. y Gómez Pomar F.: «La belleza del impago», *Nada es gratis*, Fedea blog, contestado por Arruñada B., en la misma web —«Reforma fiscal antes que hipotecaria»—, alegando que su análisis carece de capacidad predictiva, lo que lo invalida.

¹³ Concretamente, Harris señala que es la regla en Europa, Japón, Canadá, Israel y Australia. Véase Harris, Ron: «Recourse and Non-Recourse Mortgages: Foreclosure, Bankruptcy, Policy», 2010: 6, <http://ssrn.com/abstract=1591524-10> de abril de 2010, visitado 7 de mayo de 2011.

¹⁴ Tanto en caso de *Deed of Trust* como de *Mortgage*, la deuda se garantiza transmitiendo la propiedad, bien al acreedor, en el primer caso, bien a un tercero —*trustee*—, en el segundo, que protege los intereses del acreedor, pero reteniendo la posesión, en ambos casos, el deudor. En caso de impago, el acreedor o el *trustee* toman el control —*foreclosure*— de la finca, y la pueden vender para satisfacer la deuda. La *mortgage* implica, por lo tanto, una relación bilateral, mientras que el *Deed of Trust* implica una relación trilateral. Algunos estados admiten la ejecución extrajudicial, la cual es menos costosa en tiempo y dinero, pero, si se elige esta vía, entonces la hipoteca suele ser «*sin recurso*», es decir, en el caso de que no baste el importe obtenido para cubrir la deuda, ésta queda extinguida, porque los jueces no admitirán el embargo de más bienes. Tratándose de *Deed of Trust*, normalmente la responsabilidad se limita a la finca hipotecada. Véase Méndez González, F.P.: «Mortgage Gate: Las incertidumbres sobre la ejecutabilidad de las hipotecas gestionadas por el Mortgage Electronic Registration System de Estados Unidos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm 724, marzo-abril 2011.

la Audiencia de Navarra constitutiva de «abuso de derecho». En ambos casos, sin embargo, los juzgadores reconocen que la pretensión del actor se ajusta a la literalidad de la norma. Todo ello sugiere la existencia de un cierto activismo judicial en torno a la problemática existente.

¹¹ Véase Méndez González, F. P.: «La AP de Navarra se decanta por la moralidad antes que por la legalidad en la ejecución de hipotecas», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 24 de febrero de 2011, núm.815.

¹² En el ámbito político, es de destacar que ha habido algunas escasas excepciones, como la de la Sra. Corredor, Secretaria de Estado de Vivienda y anterior Ministra de Vivienda, así como la de la Vicepresidenta Segunda y Ministra de Economía, Sra. Salgado. El resto de la clase política, hasta donde he podido constatar, o bien no se ha pronunciado, o bien lo ha hecho en términos total o parcialmente favorables. En el ámbito de los analistas, la situación, sin embargo, cambia radicalmente. Prácticamente la totalidad de los analistas que han tratado este asunto, desde el ámbito del Derecho o de la Economía, han desaconsejado esta vía. Así, Arruñada B.: «Limitar por Ley la responsabilidad hipotecaria: una mala idea», *Expansión*, 23 de febrero de 2011; García Montalvo, J.: «Devolver el piso y saldar la hipoteca», *El País*, 2 de enero de 2011; Fernández Villaverde, J.: «No cambiemos la legislación hipotecaria sin pensarlo bien»,

Considerando que el mercado hipotecario español es uno de los más competitivos del mundo, cabe concluir que, si no alumbra este tipo de hipotecas es, sencillamente, porque no ofrece ventajas para las partes contratantes. A los acreedores, la disminución de las garantías les fuerza a disminuir el capital prestado así como su plazo de amortización y a elevar los tipos de interés, y a los deudores les dificulta el acceso al crédito necesario para adquirir una vivienda. Ello impide que, bajo estas condiciones, oferta y demanda de crédito hipotecario puedan encontrarse.

En tercer lugar, si se introduce una regla imperativa que las partes no están pactando hoy porque no se acomoda a sus intereses¹⁵, el mercado crediticio se contraerá aún más, y, además, obligará a las partes a buscar fórmulas para eludirla o minimizarla, lo que producirá un encarecimiento complementario del crédito, que debería añadirse al que produciría, por sí sola, la introducción de esa regla.

Por último, es preciso ser muy conscientes de los graves riesgos que entraña el hecho de que el acreedor pueda extinguir la deuda quedándose con la finca hipotecada, aunque tal posibilidad se articule como un derecho del deudor.

Es preciso recordar que responsabilidad hipotecaria limitada no equivale a derecho a liberarse de la deuda hipotecaria mediante la entrega de la finca hipotecada al acreedor. Son dos cosas distintas. La primera significa que el acreedor únicamente puede hacer efectiva la responsabilidad contraída por la deuda hipotecaria sobre la finca hipotecada, mediante el correspondiente procedimiento, en el que, si finaliza en adjudicación al mejor postor y hay sobrante, éste debe ser entregado al deudor o a los acreedores posteriores. Esta es la modalidad prevista por el artículo 140 LH. La segunda significa que el deudor tiene derecho a liberarse de la deuda mediante la entrega de la finca hipotecada al acreedor, articulada como una forma de *datio in solutum*. Si la finca tiene un valor superior al importe de la deuda, el deudor no tiene derecho al sobrante —*superfluum*— ni tampoco los acreedores posteriores, los cuales se ven privados tanto del *ius offerendi* como del derecho sobre el *superfluum*. Este tipo de acuerdos —en sus diferentes modalidades— eran conocidos en el Derecho Romano como «pactos marcianos».

¹⁵ En este sentido, Arruñada, B.: «Limitar por Ley la responsabilidad hipotecaria: una mala idea», *Expansión*, 23 de febrero de 2011.

Es necesario recordar la desconfianza tradicional frente a este tipo de pactos porque pueden encubrir auténticos comisos. El hecho de que hoy, en un contexto bajista en el sector inmobiliario y de una crisis económica aguda y duradera, cierto número de deudores desee poder liberarse de la deuda contraída mediante la entrega de la finca al acreedor, bien porque es excesiva en relación a su renta, bien porque considere que es superior al valor del inmueble, no justifica la introducción de una regla semejante que, además de dificultar el acceso al crédito, especialmente a los más desfavorecidos, convertiría las fincas hipotecadas en presa fácil de comisos.

Partiendo de estas consideraciones, realizaré un breve análisis de las consecuencias que tendría la derogación imperativa de la regla de responsabilidad patrimonial universal vigente y el reconocimiento al deudor del derecho a liberarse de la deuda mediante la entrega de la finca hipotecada. Debido a que la introducción de dicha regla es reclamada por un número creciente de deudores hipotecarios, dada la situación en la que se encuentran muchas familias que compraron su vivienda en el pasado reciente, ante la disminución del valor de su vivienda y, sobre todo, de sus crecientes dificultades para pagarla, como consecuencia del deterioro del mercado de trabajo¹⁶, parece necesario hacer una breve referencia a algunos datos significativos de la situación del mercado hipotecario.

4.2 · Algunos datos relevantes de nuestro mercado hipotecario

En primer lugar, la denominada «*dudosidad hipotecaria*» afecta al 2.6% de los deudores hipotecarios que compraron una vivienda, lo que significa que el 97.4% está cumpliendo regularmente con su obligación de pago. Dicha *dudosidad*, sin embargo, es significativamente más elevada entre promotores y constructores¹⁷.

¹⁶ Entre los interesados en introducir la regla de la hipoteca de responsabilidad limitada hay que incluir también a los que, en su momento, compraron inmuebles en un contexto alcista pensando que podrían lucrarse vendiendo a un precio más alto, pero no han podido hacerlo porque la crisis frustró sus expectativas.

¹⁷ Según los datos de la Asociación Hipotecaria Española, la *dudosidad* del «crédito a las actividades inmobiliarias» es del 13,88%, y la del «crédito a la construcción» del 12,30%, referidas ambas cifras al tercer trimestre de 2010.

En segundo lugar, hoy la vivienda es más accesible que en 1996, antes de que se iniciara la escalada de precios que culminó en 2008, pues, para su adquisición, es preciso dedicar un porcentaje ligeramente inferior de renta, muy por debajo del que era preciso dedicar en la cumbre de la burbuja (52% de la renta en el último trimestre de 2008). En la actualidad, el porcentaje de renta que es necesario dedicar para pagar la amortización del préstamo hipotecario destinado a la adquisición de una vivienda es del 33,1% de la renta sin considerar las deducciones fiscales, ya derogadas para la mayor parte, frente al 39,1% —sin considerar las deducciones fiscales— y el 29,7% —considerándolas—, del último trimestre de 1996¹⁸.

En tercer lugar, sin embargo, España es el país que presenta mayores dificultades de acceso al crédito, incluso más que Irlanda, como consecuencia de la falta de liquidez de nuestro sistema financiero, lo que dificulta el acceso a la vivienda en propiedad. En otros términos, la vivienda sería hoy más accesible que en la situación previa a la escalada de precios si hubiera crédito disponible, pero no lo hay¹⁹.

En cuarto lugar, más de la mitad de la cantidad de dinero prestado ha sido obtenido por las entidades financieras mediante la venta de títulos hipotecarios y otros activos financieros²⁰.

4.3 · Análisis de los efectos que produciría la atribución al deudor del derecho de liberarse la responsabilidad por deudas garantizadas con hipoteca mediante la entrega al acreedor de la finca hipotecada

Considerando estos parámetros, ¿qué consecuencias tendría la introducción de la regla de la responsabilidad hipotecaria limitada imperativa? En mi opinión, tendría unas consecuencias muy negativas.

Dado que quienes reclaman esta regla lo hacen, según manifiestan, para aliviar su propia situación

y, en general, la de los deudores hipotecarios, y, especialmente, de los que se han endeudado para adquirir su vivienda habitual, es necesario suponer que, aunque no lo manifiesten expresamente, pretenden que dicha regla sea aplicable a los préstamos hipotecarios en vigor, los cuales se celebraron bajo la regla vigente de responsabilidad patrimonial universal.

En este caso, además de las demás consecuencias que expondré a continuación, habría que añadir la de convertirnos en un país percibido como de *grave riesgo de inestabilidad regulatoria*, que no respeta las reglas ni los contratos y que, por lo tanto, es incapaz de generar confianza entre los inversores.

Esta pérdida reputacional es una de las peores calamidades que le pueden suceder a un país, en un contexto altamente globalizado en el que el principal capital es la capacidad de suscitar confianza en que las reglas se respetan y los contratos se cumplen, es decir, la *calidad institucional*²¹. Por tanto, este hecho tendría como consecuencia la potenciación de los efectos negativos a los que me referiré a continuación, especialmente el fuerte encarecimiento de la financiación de las entidades financieras españolas y, por lo tanto, del crédito, tanto al sector privado, como al sector público²². Me permito recordar que, como he expuesto anteriormente, más del cincuenta por ciento del crédito hipotecario proviene de capital prestado a las entidades financieras españolas por los mercados mayoristas de crédito.

No obstante, en todo caso, se producirían los siguientes efectos:

En primer lugar, dicha regla, en la situación actual, induciría *insolvencias estratégicas*, es decir, en aquellos casos en los que, actualmente, la cuantía de la deuda sea superior al valor de mercado de la vivienda, los deudores se sentirían inducidos a liberarse de la deuda entregando la vivienda. De hecho, este es un fenómeno que se observa en los estados americanos en los que la hipoteca es de responsabilidad limitada, en los cuales las insolvencias estratégicas

¹⁸ Según daos que constan en la página web de la Asociación Hipotecaria Española.

¹⁹ Si consideramos la tasa de variación interanual del nuevo crédito concedido entre el segundo y el tercer trimestre de 2010 —últimos datos publicados por la Asociación Hipotecaria Española— se observa que España es el país en el que más ha caído el crédito, cerca del 50%.

²⁰ Según el resumen trimestral del mercado de títulos hipotecarios correspondiente al primer trimestre de 2011, conforme a los datos ofrecidos por la Asociación Hipotecaria Española.

²¹ Sobre la importancia capital de la calidad institucional para el progreso económico, véase Douglas, D.C.: *Understanding The Process of Economic Change*, Princeton University Press, 2005.

²² En relación al sector público, el encarecimiento del crédito se produciría no solamente como consecuencia del encarecimiento de la financiación de las entidades financieras, sino también como consecuencia del encarecimiento directo de la denominada *deuda soberana*.

han llegado a alcanzar, según los diferentes cálculos, entre el 18 y el 26% del total, si bien la cifra está disminuyendo²³. Por lo que respecta a nuestro país, la cifra podría ser similar²⁴. Ello conllevaría un incremento de las ejecuciones hipotecarias, judiciales o extrajudiciales, según como se instrumentara el derecho del deudor a extinguir la obligación mediante la entrega de la finca hipotecada²⁵.

Ahora bien, en un entorno de subidas mantenidas de precios, e incluso de estabilidad de los mismos, las presiones funcionarían en sentido opuesto. Las entidades financieras podrían presionar, en caso de impago, para quedarse con el inmueble, dado que en el mercado podrían obtener un precio mayor que el importe de la deuda pendiente²⁶.

Esta medida, por lo tanto, podría dar lugar a lo que el sistema jurídico ha intentado evitar con la construcción de todo el sistema de garantías reales: que el acreedor tenga derecho al comiso de la finca²⁷,

porque ello le permitiría quedarse con bienes de un importe superior al de la deuda, en perjuicio tanto del deudor como de los demás acreedores, impidiendo con ello, por lo tanto, la optimización de los inmuebles como instrumentos de garantías crediticias o, si se prefiere, propiciando el despilfarro del patrimonio inmobiliario como instrumento de tales garantías.

Para evitar este efecto inducido, sería preciso, no sólo limitar la responsabilidad a la finca hipotecada, sino que ésta se hiciera efectiva mediante un procedimiento judicial de subasta y/o que la dación en pago de la misma solamente fuese posible dentro del citado procedimiento judicial, o, en el límite, que el pacto de dación en pago sólo fuese posible en el momento del incumplimiento —*pacto marciano ex intervallo*—, pero no en el de la constitución —*pacto marciano* en sentido estricto²⁸—, al igual que sucede hoy.

En segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, se encarecería muy notablemente el crédito hipotecario. Con el mismo inmueble, con relación al actual régimen de responsabilidad patrimonial universal, se podría obtener mucho menos capital, probablemente con un tipo de interés mucho más elevado y con un plazo de amortización notablemente más corto²⁹.

23 Harris, R. —2010: 6, <http://ssrn.com/abstract=1591524>— se refiere a un Informe de la consultora Wyman que estimaba las insolvencias estratégicas en un 18% en 2008. Guiso, Luigi; Sapienza, Paola y Zingales, Luigi: *Moral and Social Constraints to Strategic Default on Mortgages*, European University Institute Economics Working Papers ECO2009/27, 2009 estiman que un 26% de las insolvencias de Estados Unidos son estratégicas, pero que, incluso con responsabilidad limitada, no compensa dejar de pagar hasta que la diferencia de precio entre inmueble y préstamo es, al menos, de un 10% debido a los costes de cambio de domicilio y al daño que la insolvencia ocasiona a la reputación y crédito del actor. En Las Vega, la Asociación de Agentes Inmobiliarios estima que la cuarta parte de las insolvencias tiene carácter estratégico. Es frecuente, incluso, que los deudores adquieran una nueva vivienda antes de dejar pagar la hipoteca de la antigua («America's Property Market: On a Losing Streak», *The Economist*, 26 de marzo de 2011, pág. 47).

24 Algunas estimaciones cifran en unas 320.000 las hipotecas que podrían hallarse en esta situación. Véase *Cinco Días* de 7 de mayo de 2011.

25 Hay que tener en cuenta que Ghent, A.C y Kudlyak, M. señalan que en los estados norteamericanos en los que las hipotecas son «sin recurso» se observa que hay un 32% más de ejecuciones hipotecarias. Ghent, A.C y Kudlyak, M.: *Recourse and Residential Mortgage Default: Evidence from US States*, Federal Reserve Bank of Richmond. Working Paper N.º 09-10R, February 25, 2011. Esta cifra es indicativa de lo que podría suceder en nuestro país en el caso de introducir la hipoteca de responsabilidad limitada.

26 De hecho, en la crisis americana de las hipotecas *subprime*, se ha puesto de manifiesto cómo importaba muy poco la insolvencia del deudor en un entorno de subida constante de precios de los inmuebles. Véase *Reforming America's Housing Market. A Report to Congress*, February 2011. Asimismo, véase Shiller, R.J.: *The Subprime Solution. How Today's Global Crisis Happened, and What to Do about it*, Princeton University Press, 2008.

27 Los códigos civiles modernos recogen la prohibición del pacto de la Ley Comisoria. El Cc español la recoge, esencialmente, en los artículos 1859 —prenda e hipoteca—, y 1884 —anticresis—. Con base en los citados preceptos, la doctrina tien-

de a deducir el carácter general de la prohibición, si bien tiende a interpretarla restrictivamente.

28 El pacto comisario *ex intervallo* es el pacto en virtud del cual el acreedor puede quedarse con la cosa dada en garantía en pago de la deuda, pero realizado con posterioridad a la constitución de la garantía. El *Digesto* admitió su validez y, bajo ciertas condiciones, el Derecho intermedio, así como la doctrina francesa posterior al *Code*, alegando que el deudor ya no se encuentra en situación desventajosa, no hay peligro de usura, y frente a ello, debe prevalecer el principio de autonomía de la voluntad. El artículo 2744 del Código Civil italiano de 1942 declara nulo el pacto comisario, aunque sea posterior a la constitución de la garantía, si bien la doctrina y la jurisprudencia más recientes admiten su validez en el momento del incumplimiento, como una forma de *datio in solutum*. En España, se manifiesta en idéntico sentido una parte de la doctrina, a pesar de la literalidad del artículo 1859 Cc. Véase Álvarez Caperochipi, J. A.: *Curso de Derechos Reales. Los derechos reales limitados*, Civitas, 1987, págs. 104-109.

29 Corredor, B., que, en su calidad de Secretaria de Estado de Vivienda, inauguró el Seminario sobre la materia celebrado el 16 de marzo de 2011 en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, manifestó lo siguiente: «1.- La primera mala consecuencia sería un encarecimiento del crédito hipotecario y no sólo desde el punto de vista del tipo de interés.

2. La segunda consecuencia sería la necesidad de tener un ahorro previo en las familias mucho más que el actual (ahora se está dando un 80% del valor de tasación como máximo aunque la media está en un 62%). Estaríamos hablando de un ahorro por encima del 40-50%

Este hecho tendría, entre otras, tres consecuencias: (1) En primer lugar, dificultaría el acceso al crédito, especialmente a las rentas más bajas, y si se aplicara a los contratos en vigor, dificultaría la refinanciación de los préstamos hipotecarios en curso, así como, muy probablemente, conllevaría el ejercicio por los bancos de su derecho de ampliación de las garantías que, en este momento, no están utilizando³⁰; (2) Implicaría una transferencia de renta de los deudores cumplidores a los incumplidores, sin que se deba caer en el error de identificar a estos últimos, en todo caso, con los deudores de rentas más bajas. Si tenemos en cuenta que, hasta el momento, los deudores moroso son el 2,6% del total y que, de ellos, sólo una parte son *incumplidores inocentes*³¹, la adopción de la responsabilidad hipotecaria limitada imperativa equivaldría a perjudicar a más del 97,4% de los deudores hipotecarios para beneficiar a menos del 2,6%, lo cual no parece estar justificado en términos de elección pública; (3) Un encarecimiento de la financiación de las entidades financieras, las cuales se verían en la obligación de elevar los tipos de interés de los títulos hipotecarios que se ven obligadas a emitir para captar los recursos necesarios para poder cumplir su función crediticia.

y esto dejaría fuera del acceso a la vivienda a todas las familias que no tuvieran esta capacidad de ahorro.

3. *La tercera consecuencia muy importante al efecto del pago de la hipoteca sería el acortamiento de los plazos. (que se acortarían en 10 o 15 años) lo que supondría dejar también fuera a muchas familias que no podrían pagar cuotas mensuales tan elevadas.*

4. *Otra consecuencia sería la petición de garantías adicionales para las familias que no pudieran tener este ahorro previo que tendrían que pedir o avales o seguros adicionales y otro crédito paralelo como ocurre en otros países».*

30 Me refiero al derecho reconocido por el artículo 5 de la Ley 2/1981 reguladora del mercado hipotecario, según el cual: «Si por razones de mercado o por cualquier otra circunstancia que haga desmerecer el precio del bien hipotecado el valor del mismo desciende por debajo de la tasación inicial en más de un 20%, la institución financiera podrá exigir la ampliación de la hipoteca a otros bienes, a menos que el deudor opte por la devolución de la totalidad del préstamo o de la parte de éste que exceda del importe resultante de aplicar a la tasación actual el porcentaje utilizado para determinar inicialmente la cuantía del mismo». O bien se deroga esta norma, o bien, si no se deroga, al excluirse la responsabilidad patrimonial universal, las entidades financieras se verían inducidas a exigir este derecho que, hasta el momento presente, no están utilizando.

31 Utilizo esta expresión en el mismo sentido en que suele utilizarse al tratar del sobreendeudamiento: deudor de buena fe que, posteriormente, se ha visto imposibilitado para pagar la deuda. No bastaría con que fuera de buena fe. Sería preciso, además, que el préstamo se hubiese solicitado y obtenido para adquirir la vivienda habitual, según la mayor parte de las propuestas, lo que aún reduciría más la cifra del 2,6%.

En tercer lugar, especialmente en el caso de que la reforma fuese aplicable a los contratos en vigor, se produciría un incremento del riesgo para las entidades financieras, lo que equivale a decir del riesgo de los depositantes y, dada la garantía de los depósitos³², en última instancia, de los contribuyentes.

Todas estas razones aconsejan, a mi juicio, desechar la idea de introducir la responsabilidad hipotecaria limitada en nuestro sistema jurídico, como norma imperativa.

Se ha sugerido, sin embargo, que podría introducirse como norma dispositiva, es decir, que, en materia de responsabilidad por deudas garantizadas con hipoteca, la norma no fuese la responsabilidad patrimonial universal sino la limitada a la hipoteca, si bien admitiendo que las partes puedan pactar lo contrario³³. No parece que ésta sea tampoco una buena idea: la norma dispositiva ha de ser eficiente, y la norma de responsabilidad patrimonial universal es más eficiente porque proporciona más garantías al acreedor y facilita el acceso al crédito al deudor, por lo que es la fórmula vigente en todo el mundo desarrollado, salvo en once estados de Estados Unidos, como expuse anteriormente. Aun cuando pudiera modificarse contractualmente, tal derogación contractual sería costosa y generaría litigios adicionales, por lo que, a mi juicio, tal idea también debe ser rechazada.

Queda, por último, analizar la propuesta consistente en que debe modificarse la norma de la LEC que permite al acreedor adjudicarse la finca hipotecada, cuando ésta sea la vivienda habitual, por un 50% de su valor de tasación, elevando dicha cuantía hasta un 80% del mismo. De entre ellas, me centraré en la formulada por el Consell de Collegis D'Advocats de Catalunya³⁴. Con relación al asunto del que estoy tratando, la parte más relevante de la propuesta es la que pretende añadir al final del

32 El límite de la garantía es de 100.000 euros por titular, tras la ampliación establecida por el R.D. 1642/2008 de 10 de octubre.

33 En este sentido, por ejemplo, Celentani, M. y Gómez Pomar, F., en el blog de FEDEA, y Pantaleón Prieto, F., en el Seminario celebrado en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles el 16 de marzo de 2011, al que he hecho referencia anteriormente.

34 Dicha propuesta lleva por título «Propuestas de enmienda que presenta el Consell de Collegis d'Advocats de Catalunya de modificación de los artículos 440, 579, 592, 647, 670 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la inclusión de una disposición adicional sexta para mejorar la ejecución hipotecaria a fin de que sean incorporados en el proyecto de ley de medidas de agilización procesal remitido por el Gobierno a las Cortes Generales».

artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el siguiente párrafo:

«En el caso de que la vivienda hipotecada fuera la vivienda habitual, en la ejecución sólo se podrá trabar embargo por el importe correspondiente a la cantidad que exceda del 80% del valor de tasación».

Esta norma equivale, de hecho, a introducir la responsabilidad hipotecaria limitada, con carácter imperativo y, además, con efecto retroactivo. El límite porcentual propuesto está tomado del fijado por la Ley 2/1981 reguladora del mercado hipotecario, referido al mercado secundario de hipotecas. Ahora bien, aplicar tal límite al mercado hipotecario primario contradice la razón por la cual se estableció, consistente en asegurar la calidad de los títulos hipotecarios, estimulando así la inversión en los mismos. Por el contrario, la aplicación de este límite del 80% a la responsabilidad de los deudores hipotecarios reduciría sustancialmente la calidad crediticia de los títulos hipotecarios, pues perderían la garantía de cobro que les proporciona la responsabilidad ilimitada y universal de los deudores.

Además, esta propuesta, por sus pretensiones de respetar los derechos adquiridos, difiere de otras presentadas en algunos parlamentos autonómicos —v.gr., Cataluña— por cuanto se aplicaría de forma generalizada y automática a todas las hipotecas sobre viviendas habituales, sin consideración a la buena o mala fe del deudor, su estado de necesidad o consideraciones semejantes³⁵.

Se propone, además, añadir un párrafo segundo al apartado primero del artículo 671 de la LEC, en los siguientes términos:

«No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en el caso de que la ejecución recaiga sobre la vivienda habitual, el ejecutante sólo podrá pedir la adjudicación por el 80% del tipo de subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos».

Ciertamente, en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, el límite era del 70%, el cual fue reba-

jado, mediante la correspondiente enmienda, al vigente 50%. La cuestión es si en un contexto bajista, la elevación del porcentaje favorecería o perjudicaría a los deudores. Probablemente, les perjudicaría, pues las entidades financieras tendrían menos incentivos para adjudicarse las fincas hipotecadas y, además, ello dificultaría el necesario ajuste del mercado.

Resulta, por último, sorprendente que, en la citada propuesta, se articule un procedimiento notarial de ejecución, que se estimula privilegiando su uso mediante la asignación a la entidad acreedora que se adjudique el bien de la posibilidad de ceder el remate, derecho que, sin embargo, sólo se reconoce al ejecutante judicial si, previamente, ha ofrecido al deudor el procedimiento de ejecución notarial y éste lo ha rechazado. Resulta verdaderamente insólito que se pretenda atribuir mejor condición al acreedor ejecutante que se adjudica el bien en un procedimiento notarial de ejecución hipotecaria que al acreedor que hace lo mismo en un procedimiento judicial, cuando es obvio que este último procedimiento ofrece mayores garantías desde todos los puntos de vista y, especialmente, con relación a la posibilidad de evitar comisos injustificados por parte de los acreedores.

Sorprende, igualmente, que el otorgamiento de la escritura de adjudicación sea documento bastante para la cancelación de cualquier carga posterior a la nota marginal de iniciación del procedimiento, incluidas las ordenadas por la autoridad judicial, algo que tampoco parece admisible, pues los asientos extendidos en virtud de mandamiento judicial sólo puede ser cancelados por una «providencia ejecutoria»³⁶, y no parece admisible la alteración que se pretende de esta regla.

5 · PROPUESTA PARA ESTIMULAR EL USO DE LA DACIÓN EN PAGO: ASIMILARLA FISCALMENTE A LA ADJUDICACIÓN

Si no parece deseable introducir la regla imperativa de la responsabilidad hipotecaria limitada, ni tampoco admitir las propuestas examinadas, ¿qué cabe

³⁵ Circula también un borrador —no presentado en ningún Parlamento— denominado «Propuesta conciliadora en materia de ejecución hipotecaria», que sólo aparentemente es conciliador, es decir, moderado. Por el contrario, es bastante radical. Obliga a las entidades financieras a ofrecer préstamos con y sin responsabilidad limitada, estableciendo un límite a la diferencia de tipos de interés entre ambos préstamos y correspondiendo la elección al deudor. Concede, además, a los deudores actuales un derecho de subrogación al abrigo de esos mismos requisitos, con modificación del plazo y del tipo de interés.

³⁶ Véanse los artículos 83 LH y 524.4 LEC. En el contexto de la Ley Hipotecaria, «providencia ejecutoria» significa «resolución firme» por no hallarse pendiente ningún recurso. En este sentido García García, J. M.: *Código de la Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Thomson Reuters, 2009, T. I, pág. 209, nota 17.

hacer? Creo que, en relación con la dación en pago, se podrían adoptar algunas medidas, esencialmente fiscales, a las que hago referencia a continuación, siquiera sea brevemente.

Se ha señalado³⁷ que lo que procede es una reforma fiscal más que hipotecaria, con lo que se quiere decir que deben desaparecer los obstáculos fiscales que dificultan que acreedores y deudores lleguen a acuerdos de adjudicación en pago.

En efecto, deberían desaparecer las diferencias fiscales existentes con la adjudicación por sentencia de remate, asimilando el tratamiento fiscal de la dación en pago a esta última, mucho más favorable en, al menos, tres dimensiones básicas: (a) en la adjudicación mediante subasta, la base imponible es el precio del remate, sin que pueda haber comprobación de valores, mientras que sí puede haberla en la dación en pago; (b) en la adjudicación mediante subasta, si ésta se ha hecho en calidad de ceder a tercero, y se efectúa la cesión, sólo se tributa una vez, mientras que si hay dación en pago y el acreedor transmite posteriormente, se tributan dos veces, una el acreedor, por la dación, y otra el adquirente, por la compra; (c), en caso de dación en pago, el deudor tributa, en su caso, por incremento patrimonial, lo que no sucede en la adjudicación mediante subasta.

En caso de adjudicación en pago y de adjudicación por sentencia de remate, hay una cierta diferencia de tratamiento fiscal. En ambos casos hay que tener en cuenta que, en su día, el comprador —actual deudor insolvente— pagó, o bien IVA, con Actos Jurídicos Documentados complementarios, o bien Transmisiones Patrimoniales, por la compra, más el tributo correspondiente por la constitución o subrogación en el crédito hipotecario —pues lo habitual es que se subrogara en el crédito del promotor—. En el momento de la dación en pago, el banco o caja acreedor tributa por ITP-AJD, concepto transmisión onerosa, aproximadamente al 8%, aunque varía según CCAA. En ese momento, el transmitente también tributa por el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU), en función de los años que haya sido propietario del inmueble —aproximadamente un 1% del valor catastral del suelo, por cada año de permanencia—. Cuando el banco o caja

consiga vender la vivienda, el adquirente volverá a tributar por ITP-AJD y el vendedor por IIVTNU. En cuanto a la diferencia de valor entre la compra y la venta, tributará: (1) el ejecutado, por la diferencia de valor entre la compra y la venta —si la hay— al tipo del 21%, excepto los primeros seis mil euros, que tributan al 19%. Estaría exento si reinvertiera ese beneficio en nueva vivienda, pero, por definición, estará arruinado y no podrá hacerlo. Si tuviera pérdidas en la venta, tendría derecho a compensarlas con los beneficios de otras operaciones en ese ejercicio y los cuatro siguientes, si bien es poco probable que consiga beneficios patrimoniales en la actual situación económica; (2) El banco tributaría, en el Impuesto sobre Sociedades, por la diferencia de valor, dentro del global de operaciones, al tipo que corresponda —usualmente, un 30%—.

En caso de adjudicación de remate a calidad de ceder a terceros, sin embargo, el artículo 20 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone: *«Si la enajenación tuviera lugar en subasta judicial, y el postor a quien se adjudique el remate hubiera hecho uso, en el acto de la subasta, del derecho a cederlo en las condiciones establecidas por la normativa reguladora de la subasta de que se trate, se liquidará una sola transmisión en favor del cesionario. Si la declaración de haber hecho la postura para ceder se formula después de celebrada la subasta, no tendrá aplicación lo dispuesto en este apartado y se liquidarán dos transmisiones distintas: una, al adjudicatario del remate, y otra, al cesionario de aquél»*. Por lo tanto, nos encontramos ante una única transmisión del deudor ejecutado al cesionario que tributará por TPO o IVA según las normas generales. Por el contrario, si la cesión de remate se produce después de celebrada la subasta o al margen de las normas reguladoras de la misma sí estaríamos ante dos transmisiones. En este sentido, la Consulta de la DGT de 22-12-1999 manifiesta:

«a) Si la declaración de haber hecho la postura para ceder se formula antes de celebrada la subasta, se entenderá que hay una sola transmisión, y por ello la escritura pública se otorga al cesionario directamente por el deudor o por el Juzgado, obviándose cualquier situación intermedia anterior que hubiera podido tener lugar, como la adjudicación provisional en favor del postor que intervino en calidad de ceder, la cual no tiene la consideración de una auténtica transmisión, sino de un mero trámite o fase previa a la auténtica y definitiva transmisión en que la subasta se traduce.

³⁷ Arruñada, B.: «Reforma fiscal más que hipotecaria», *Exposición*, 12 de abril de 2011.

b) Por el contrario, la subrogación en los derechos del adjudicatario después de celebrada la subasta supone la existencia de dos transmisiones independientes: una, consecuencia del procedimiento de subasta, a favor del adjudicatario del remate; y, otra, ajena al mecanismo procesal de la subasta, a favor del cesionario último. De ahí que en ese caso la escritura no se otorgue al cesionario directamente por el deudor o por el Juzgado, sino por el rematante en la subasta, adquirente en la transmisión anterior».

Por otro lado, en caso de subasta, la base imponible es el precio de remate, ya que el Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de Noviembre de 1997, anuló el artículo 39 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, que aprobó el Reglamento del ITP y AJD, que permitía a la Administración realizar comprobación de valores y liquidar por el valor complementario, en su caso.

Por último, para hacerse una idea de hasta qué punto el sector inmobiliario está gravado fiscalmente, hay que tener en cuenta que los promotores tributan: un 8%, al comprar un solar a un particular, un 4% sobre el valor de la obra al pedir la licencia —Impuesto Municipal sobre Construcciones, Instalaciones y Obras—, un 1,2% sobre el valor de la obra al declarar la obra nueva, otro 1,2% sobre el valor total de la finca, al realizar la división horizontal, otro 1,2% al constituir la hipoteca de promotor, y, si tardan en construir, deberán pagar, además, el IIVTNU y el IBI de las fincas durante el tiempo que son suyas.

Todo ello explica sobradamente por qué la *European Mortgage Federation* señala, en su informe de 2010, *Study on the Cost of Housing in Europe*, que España es el país europeo en el que existe mayor carga fiscal sobre los bienes inmuebles.