



**El deudor hipotecario en el marco  
de gobernanza financiero nacional y europeo:  
pasado, presente y futuro**

**Álvaro Alarcón Dávalos**

## **Álvaro Alarcón Dávalos**

Abogado. Especialista en Derecho Civil, Mercantil y Procesal Civil y Mercantil. Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Máster Universitario en Derecho Empresarial por el Centro de Estudios Garrigues. Estancia Investigadora en Harvard University.

Correo electrónico: [alvaroalarcondavalos@gmail.com](mailto:alvaroalarcondavalos@gmail.com)

*A mi familia y a ti, porque  
siempre tengo vuestro aliento detrás*

Ninguna parte ni la totalidad de este documento puede ser reproducida, grabada o transmitida en forma alguna ni por cualquier procedimiento, ya sea electrónico, mecánico, reprográfico, magnético o cualquier otro, sin autorización previa y por escrito de la Fundación Alternativas.

© Fundación Alternativas  
© Álvaro Alarcón Dávalos

Maquetación: Estrella Torrico  
ISBN: 978-84-15860-57-0  
Depósito Legal: M-27993-2016

## **Listado de siglas y acrónimos**

AEAT: Agencia Española de Administración Tributaria

BCE: Banco Central Europeo

BdE: Banco de España

BOC: Boletín Oficial de las Cortes

CBP: Código de Buenas Prácticas

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CEE: Comisión Europea

CGN: Consejo General del Notariado

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial

IIVTNU: Impuesto sobre el Incremento del Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana

INE: Instituto Nacional de Estadística

IPREM: Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples

IRPF: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

ITP: Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas

LAU: Ley de Arrendamientos Urbanos

LEC 1/2000: Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000

LH: Ley Hipotecaria

LMH: Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario

OM: Orden Ministerial

PAH: Plataforma de Afectados por la Hipoteca

RDL: Real Decreto-ley

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

# Índice

Resumen ejecutivo	5
Abstract	5
1. Introducción	7
2. El origen del problema: la crisis de las hipotecas subprime y la crisis financiera global	10
3. La crisis hipotecaria española: desde 2008 a hoy	11
3.1. Marco del problema: datos	11
3.2. Marco normativo español	19
3.3. La Directiva 2014/17/UE: la gran oportunidad	28
3.4. La dación en pago	33
Conclusión	42
Referencias bibliográficas	45

## **Resumen ejecutivo**

La crisis financiera ha demostrado que el comportamiento irresponsable de todos los participantes del mercado hipotecario puede socavar los cimientos del mismo. De ahí surge la necesidad del presente estudio. A lo largo del mismo, y a través de los datos y normas referidos, se analizará el sistema hipotecario español desde su origen hasta la actualidad.

Ante un escenario donde la situación de crisis económica ha agravado el tono de protesta frente a las entidades financieras, la finalidad del documento no es obviar dicha realidad, ni aportar tampoco una visión idílica del sistema actual, sino una visión crítica, constructiva y sobretodo objetiva acerca de la situación que acontece, para que constituya una herramienta más desde el punto de vista social.

Todo ello y como se concluirá, de cara a la futura transposición de la Directiva 2014/17/UE, una última oportunidad en la que los tres actores del juego: legislador, entidades financieras y consumidores tienen un último tren que no pueden perder.

En último término la estabilidad financiera, la transparencia y la confianza del cliente bancario en el sistema son las que están en juego.

**Palabras clave:** hipoteca, reforma, ley, directiva, crisis.

## **Abstract**

**The mortgagor under the national and European financial governance: past, present and future**

The financial crisis has proved that the reckless behavior of the participants the mortgage market undermine its foundations. Theses circumstances drive the need to this study, through the data and regulations referees, the Spanish mortgage system will be analyzed from its origins to the current situation.

Facing a scenario where the economic crisis situation worsen the claims against the financial entities, the aim of the document is not to avoid said reality, nor to add an idyllic vision of the

current system, but a critic constructive and most of all objective view of the situation, in order to raised and additional tool from the social point of view.

As it will be concluded, bearing in mind the transposition of the Directive 2014/17/UE, a last opportunity in which the three players involved: legislator, financial entities and consumers are called a last train that not be miss.

Finally, the financial stability, transparency and trust of the banking client in the system are at stake.

**Keywords:** Mortgage, reform, law, directive, crisis.

# 1. Introducción

Desde el año 2008, nuestro país y en mayor o menor medida el resto de sus socios de la UE, se han encontrado con un escenario social, económico y financiero sin precedentes y de una gravedad extrema.

Si bien en el plano social y político estamos siendo espectadores de una profunda crisis donde se encuentran de plena actualidad debates capitales como la viabilidad y el alcance del Estado del Bienestar, las crecientes desigualdades económicas o las políticas migratorias a adoptar, en el plano económico y financiero, no sin titánicos esfuerzos, la tendencia ha empezado a cambiar y los diferentes actores empiezan a encontrar puntos de unión.

Resulta indudable que la crisis económica ha supuesto un tremendo terremoto financiero que ha situado a los bancos en su mismo epicentro, provocando entre otras cuestiones de calado un profundo quebranto en la confianza de los consumidores.

Desde el punto de vista económico, por parte de la UE y apoyada por el BCE se ha procedido a sanear el sistema bancario – no sin cierta polémica – lo que parece que ha llevado a romper el círculo vicioso en el que se encontraba nuestra economía de: restricción de crédito, recesión, mayor morosidad y pérdidas del sistema bancario y por tanto mayor restricción de crédito.

Por el contrario, desde la óptica jurídica, en países como el nuestro se ha producido un aumento exponencial de los procedimientos civiles bancarios. Han continuado sucediéndose los relativos a reclamaciones de cantidad y al albur de la crisis económica han irrumpido con gran fuerza y provocando el colapso de nuestro sistema judicial, los relativos a permutas financieras de tipos de interés, participaciones preferentes, bonos y productos estructurados y aquellos relacionados con préstamos hipotecarios como los de nulidad de cláusulas abusivas, cláusula suelo, de redondeo, desahucios, etc.

En concreto, en lo relativo a la problemática jurídica con los préstamos hipotecarios la cuestión se torna alarmante si fijamos nuestra atención en el número de deudores

hipotecarios por vivienda, pues estos constituyen una masa ingente de potenciales demandantes. Según los datos ofrecidos por el INE, entre los años 2003 y 2014 se inscribieron en los Registros de la Propiedad de todo el territorio nacional un total de 8.001.959 de hipotecas únicamente sobre viviendas.

En el caso de los procedimientos de cláusulas suelo, se torna imperativo relacionar los anteriores datos con lo dispuesto en el Informe al Senado del BdE *“sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios”* publicado en el BOC con fecha de 7 de mayo de 2010, el mismo refiere que en España el 97 % de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable y, de ellos, un 29 % contiene una cláusula de acotación mínima.

Tal y como destaca nuestro propio TS en la archiconocida Sentencia nº 241/2013 sobre la nulidad de las cláusulas suelo, el TJUE ha declarado de forma reiterada que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional bancario sin poder influir en el contenido de éstas.

La situación no difiere en lo relativo a las ejecuciones hipotecarias, de hecho en lo que se refiere a esta cuestión debemos remitirnos a la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, en ella el referido Tribunal dictaminó que la normativa española vulneraba la legislación comunitaria, en concreto la ya referida Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993. La Corte de Luxemburgo dictaminó dicha incompatibilidad en base a que nuestra legislación nacional impedía interrumpir el proceso judicial de ejecución en caso de que existiera una demanda a la entidad financiera por una cláusula abusiva en el correspondiente préstamo hipotecario. La sentencia sin dejar lugar a la duda concluía que *“el régimen procesal español menoscaba la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva europea sobre cláusulas abusivas”*.

La gran afluencia de los procedimientos judiciales en materia hipotecaria, el número de afectados tanto actuales como futuros, las deficiencias jurídicas detectadas en el



procedimiento hipotecario y el decisivo cambio legislativo que supone la Directiva 2014/17/UE convierten el estudio de la figura del deudor hipotecario desde el prima de la legislación europea existente y próxima, en una materia obligada de investigación como una herramienta más de la futura transposición de la referida Directiva y como base doctrinal necesaria de cara a futuros pronunciamientos judiciales en la materia.

## **2. El origen del problema: la crisis de las hipotecas subprime y la crisis financiera global**

Sin duda alguna, resulta ciertamente presuntuoso – y no resulta además el objeto de la presente investigación – entrar a analizar la concatenación de causas que provocaron la crisis financiera que a día de hoy, y al menos en nuestro país, todavía sufrimos. De la misma manera, no resulta sencillo tampoco establecer una fecha de inicio de la misma, pese a ello la opinión mayoritaria de los economistas es que el inicio de la crisis financiera de los años 2008 – 2015, se inició con el estallido de las hipotecas subprime.

Si bien no es un hecho debatido el situar en el verano de 2007 y en el referido inicio de la crisis de las hipotecas basura en Estados Unidos el origen de la problemática posterior, un buen número de economistas han convenido que, a su vez, en ningún caso se puede perder de vista como antecedentes de dicha crisis algunos elementos como: la escalada de los precios del crudo – que marco mínimos en el año 1998, el ataque terrorista a Estados Unidos en el año 2001 y el estallido de la burbuja tecnológica y su impacto en las bolsas en el año 2000.

En todo, como bien señaló George Soros<sup>1</sup>, el estallido de la crisis económica de 2008 puede fijarse oficialmente en agosto de 2007 cuando los bancos centrales tuvieron que intervenir para proporcionar liquidez al sistema bancario. Desde aquel aciago verano se vino desarrollando un procesos paralelo de crisis financiera y crisis económica que tuvo un reflejo palmario en el deterioro del sistema bancario nacional, europeo y mundial así como una histórica contracción de la economía.

A mayor abundamiento, resulta conveniente destacar que la situación de los bancos – en especial los de Europa y Estados Unidos –, el parón del crédito al sector privado, la caída generalizada de las bolsas de valores y el desplome de la confianza de los consumidores han sido cuatro de las principales variables que han caracterizado el transcurso de la crisis económica hasta nuestro días.

---

<sup>1</sup> Soros, George. El nuevo paradigma de los mercados financieros. Para entender la crisis económica actual. Editorial: Taurus Pensamiento, 2008.

Sin perjuicio de lo expuesto, tampoco puede perderse de vista que con independencia del papel preponderante que se le quiera otorgar a los excesos que se cometieron en el seno de nuestro sistema financiero desde el año 2000 hasta el inicio de la crisis, muchos de ellos han marcado ya no el inicio de la misma sino el devenir de esta. Entre ellos destacan no sólo el crecimiento e indebido uso de las propias hipotecas subprime en Estados Unidos, sino también otros como la famosa burbuja inmobiliaria alimentada en los años 1996 a 2004, el excesivo endeudamiento o la proliferación de productos financieros excesivamente innovadores y de dudosa calidad crediticia.

Insistimos, si bien en ningún caso la presente investigación tiene por objeto el análisis de la crisis global que ha asolado Europa y en especial nuestro país en los últimos años, no debe perderse de vista ninguno de los elementos mencionados pues la naturaleza y configuración del deudor hipotecario español en el año 2016 está absolutamente marcada, condicionada y configurada como consecuencia de los históricos acontecimientos de carácter económico y financiero que se han producido en la última década.

### **3. La crisis hipotecaria española: desde 2008 a hoy**

#### **3.1. Marco del problema: datos**

La lógica nos lleva a aseverar que si en una investigación los datos recabados son defectuosos, los mismos no servirán para satisfacer los interrogantes iniciales, o bien las conclusiones obtenidas serán distorsionadas y, por tanto, inútiles. Resulta esencial que el instrumento escogido se adecue al estudio y sobretodo que se trate de un modo objetivo.

Dicha tesis se acentúa en una materia de debate como es la presente, donde desde el Ejecutivo se mostró una preocupante imagen de inactividad y desde la PAH un uso desproporcionado de los datos como tendremos oportunidad de constatar más adelante.

Para simplemente analizar el problema planteado – ya no digamos para intentar trazar una solución – resulta básico conocer las magnitudes de la cuestión objeto de análisis. Así, se hace necesario conocer al menos y entre otras cuestiones: el número de hipotecas que hay en España, cuantas se dejaron de pagar, cuantos lanzamientos se han practicado y

sobretudo la diferenciación de dichos datos, pues resulta determinante conocer si nos encontramos ante por ejemplo un lanzamiento de una familia con hijos menores de su vivienda habitual o ante un lanzamiento practicado en un local comercial como consecuencia de un procedimiento derivado de la LAU.

Pese a encontrarnos ante un problema de una magnitud formidable, desde las instituciones encargadas de su solución no se empezaron a recoger datos concretos hasta el año 2013. Ilustra a la perfección la situación planteada la pregunta que dirigió al Gobierno en la anterior legislatura el coordinador del grupo parlamentario La Izquierda Plural, D. Cayo Lara. El mismo solicitó conocer el número de ejecuciones y lanzamientos realizados en el periodo 2006 – 2013 con detalle de los que afectaban a viviendas habitadas. La respuesta del Gobierno fue remitirse a los datos del CGPJ aclarando que los mismos: i) no distinguían entre viviendas habituales y cualquier otro tipo de inmueble como podía ser una segunda vivienda, una plaza de garaje, un local comercial, una finca rústica, etc. ii) la resolución de una Ejecución Hipotecaria no tenía que conllevar un lanzamiento, podría darse también por una simple cuestión de incompetencia del Juzgado que tenía que conocer o una rehabilitación del crédito; y por último que iii) se estaba trabajando desde los Ministerios afectados y el Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE) en la creación de una estadística concreta.

En consecuencia, la información relativa a los procesos de ejecuciones hipotecarias sobre viviendas fue publicada por primera vez por el BdE en mayo de 2013, con el objetivo de proporcionar datos estadísticos sobre esta materia, que, como hemos podido comprobar, hasta entonces eran muy insuficientes. Para ello, el BdE realizó una encuesta dirigida a un conjunto representativo de entidades financieras. A partir de esa fecha, y con periodicidad semestral, el BdE ha requerido esta información a todas las entidades y la ha publicado a través de notas informativas.

Desde entonces, y en la línea de lo expuesto, se han producido avances notables en la disponibilidad de información pública sobre ejecuciones hipotecarias. En especial, el 30 de junio de 2014, el INE publicó los primeros resultados de su nueva estadística sobre ejecuciones hipotecarias. La información del INE, con frecuencia trimestral, desagrega la información en diferentes tipos de fincas, incluyendo la vivienda habitual de personas físicas, y ofrece igualmente datos desglosados por Comunidades Autónomas, es decir, se trata de

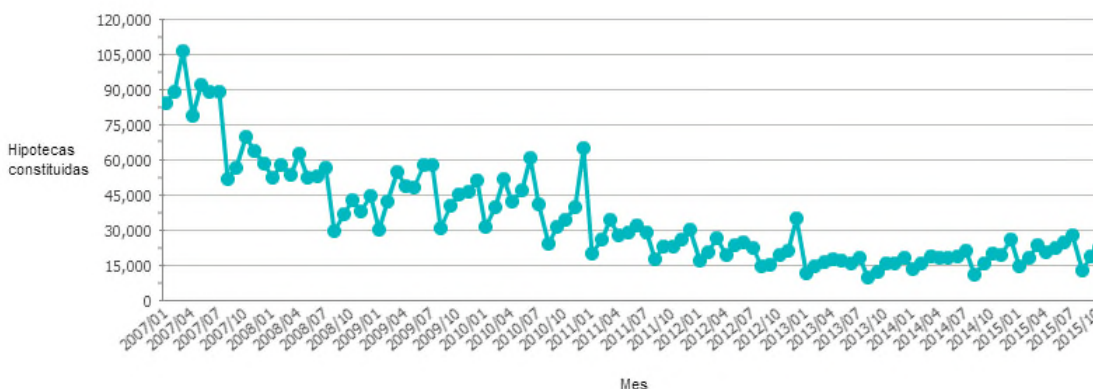
una estadística que tiene mayor detalle y más alta frecuencia que la que puede elaborar el BdE.

Teniendo en cuenta la publicación por el INE de esa nueva estadística relativa a ejecuciones hipotecarias, el BdE ha decidido completar su propia estadística con los datos correspondientes a 2015, que será, en principio, el último año de su publicación.

Dicho lo anterior, los únicos datos oficiales de los que disponemos actualmente son los que nos ofrece el INE, el CGPJ, el CGN y el BdE. Todos ellos nos han llevado a poder conformar el marco establecido a continuación.

En primer lugar, habremos de destacar que en España, según datos del CGN, se han pasado de suscribir 106.484 hipotecas en el mes de marzo de 2007 a 12.744 el pasado mes de agosto de 2015.

**Gráfica 1. Evolución temporal del número de hipotecas constituidas  
Enero 2007 – Octubre 2015**



**Fuente y elaboración:** Consejo General del Notariado.

Con un simple vistazo al gráfico expuesto, resulta indiscutible que en la actualidad nos encontramos muy alejados del número de hipotecas que se constituían justo ante del inicio de la crisis económica en España.

A mayor abundamiento, dichos datos se contrastan con los ofrecidos por el INE que sí diferencia entre la naturaleza de la finca. Según reflejan los datos ofrecidos por el referido

organismo, hoy se firman seis veces menos hipotecas sobre vivienda que en el año 2006. En dicho año se llegaron a constituir 1.342.171 hipotecas sobre viviendas frente a las 199.703 o las 204.302 del año 2014.

**Gráfica 2**



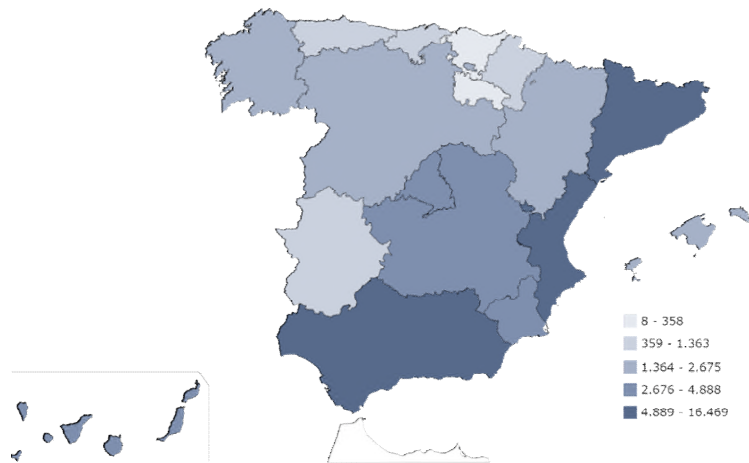
**Fuente:** Instituto Nacional de Estadística. Elaboración: propia.

Expuesto lo anterior y al objeto del presente estudio, resulta necesario contrastar los anteriores datos con las ejecuciones hipotecarias que se producen a día de hoy en nuestro país. Para ello dos son los organismos que ofrecen datos fiables al respecto, el propio INE, y el CGPJ.

Así las cosas, y tal como adelantábamos anteriormente, el INE sólo recoge datos en lo referente a las ejecuciones hipotecarias sobre vivienda desde el año 2014. En concreto para dicho ejercicio, los datos son los que se muestran a continuación. Junto a los mismos se detalla la distribución de dichas ejecuciones hipotecarias sobre las distintas autonomías españolas.

Gráfica 3

Ejecuciones hipotecarias sobre viviendas. Ejercicio 2014	
General	70.422
Vivienda nueva	11.312
Vivienda segunda mano	59.110



Fuente: Instituto Nacional de Estadística. Elaboración: propia e INE.

Dichos datos contrastan con los ofrecidos por el CGPJ en su informe estadístico *“Datos sobre el efecto de la crisis en los órganos judiciales”*. En el mismo se ofrecen una serie de cifras que, pese a que en opinión del autor resultan excesivamente generales, pueden ser útiles para hacernos una idea, al menos indiciaria, de los números que acotan la problemática analizada.

Así, del referido informe, se puede extraer como el número de las ejecuciones hipotecarias presentadas desde el año 2009 hasta la actualidad se ha venido prácticamente sosteniendo, quizá habría que destacar un descenso desde el año 2013 hasta la actualidad pero muy alejado de los niveles precrisis del año 2007. Resulta decisivo destacar la generalidad de los datos ofrecidos que no diferencian entre las ejecuciones presentadas relativas a vivienda habitual o a otra finca de distinta naturaleza. Insistimos, no resulta de la misma gravedad una ejecución hipotecaria sobre una vivienda habitual que sobre una segunda vivienda de vacaciones o un local comercial.

**Gráfica 4**



**Fuente:** Consejo General del Poder Judicial. Elaboración: propia.

Del mismo informe estadístico publicado por el CGPJ, sí que pueden extraerse datos más pormenorizados desde el año 2013 en lo relativo a los lanzamientos practicados. De los mismos, llama poderosamente la atención, que en la actualidad se practican más lanzamientos como consecuencia de procedimientos derivados de la Ley de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU) que de procedimientos en virtud de una ejecución hipotecaria. De nuevo insistimos, en los presentes datos siguen sin diferenciarse entre vivienda habitual y por ejemplo locales comerciales.



Gráfica 5

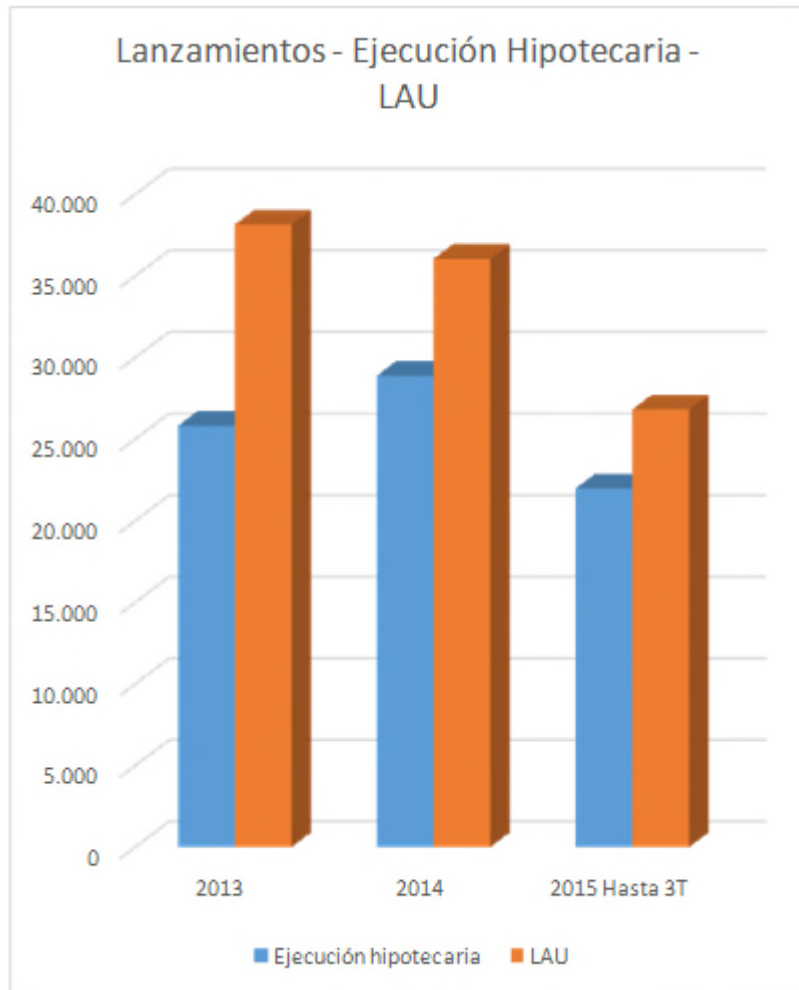
Tabla 1

LANZAMIENTOS POR EJECUCIÓN HIPOTECARIA	
2013	25.811
2014	28.877
2015 Hasta 3T	21.968

Tabla 2

LANZAMIENTOS DERIVADOS DE LA LAU	
2013	38.141
2014	36.044
2015 Hasta 3T	26.815

Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Elaboración: propia.



Para finalizar lo relativo a las cifras que enmarcan la problemática objeto del presente estudio, subrayamos a continuación los datos ofrecidos por el BdE. Desde el año 2013, y en virtud de la Circular del referido organismo 1/2014, de 24 de mayo, las entidades bancarias están obligadas a aportar una serie de datos relativos a los procedimientos judiciales hipotecarios que afectan a viviendas.

Las cifras expuestas a continuación ya no sólo corroboran lo anteriormente expuesto sino que precisan las cifras en lo relativo a la vivienda habitual. A través de ellas obtenemos datos tan útiles y necesarios como las intervenciones de las fuerzas del orden en los lanzamientos producidos.

**Tabla 3. Vivienda habitual en España – Viviendas recuperadas por la banca 2012 – 2014**

	2012	2013	2014
Nº hipotecas hogares para adquisición de vivienda	6.140.645	5.887.993	5.828.408
Entregas de viviendas	32.490	34.570	36.519
Voluntarias	18.325	17.823	19.406
Daciones en pago	14.110	14.970	16.489
Entregas judiciales	14.165	16.747	17.113
Viviendas vacías	11.760	14.857	15.312
Vivienda ocupada	2.405	1.890	1.801
Intervención fuerzas del orden	No se recogió	93	20

Fuente: Banco de España. Elaboración: propia.

La principal y primera conclusión que arrojan las presentes cifras resulta clara y evidente: faltan mucho más datos, los que hay son insuficientes y genéricos. Dice mucho de las soluciones propuestas por el legislador para solventar la problemática aquí expuesta, que el mismo no cuente ya no con datos fiables sino básicamente no dispone de datos pormenorizados acerca del perfil del deudor hipotecario nacional.

Para plantear cualquier tipo de política sería necesario tener una radiografía completa de la figura, naturaleza, importancia y peso específico del referido deudor hipotecario. No se pueden plantear las mismas políticas para una familia con hijos menores y en riesgo de exclusión que para el moroso profesional que juega dejando de abonar de forma consciente y deliberada las rentas de un local comercial.

La profesionalidad del legislador debería llevarle desde un primer momento a establecer desde órganos tan fiables como el INE o el BdE estadísticas más completas y más rigurosas

que las actuales, solo desde dicha base se pueden construir soluciones duraderas en el tiempo y acordes a la realidad social del país. Soluciones que den seguridad jurídica al deudor y a la entidad crediticia desde políticas alejadas del capitalismo desahogado pero también del populismo convencional.

En todo caso, y con los datos expuestos, podemos apreciar que el número de entregas de viviendas se mantiene constante, el problema no ha cesado, aunque se intuye que los acuerdos con las entidades financieras son cada vez mayores y por ende, cada vez menos necesarias las intervenciones de las fuerzas del orden.

Sin perjuicio de que la morosidad siga siendo baja en nuestro país, así lo aseveraba al menos la CE a través del *Second Review of the Programme and the Financial Assistance for the Recapitalization of Financial Institutions in Spain*, se han producido en los últimos tiempos numerosos impagos de las cuotas hipotecarias. Ello a su vez ha conducido a las tan problemáticas ejecuciones hipotecarias.

Las cifras, lejos de lo alarmantes que aparecen en informes como los de la PAH, que incluyen todo tipo de ejecuciones hipotecarias, tampoco es que generen ningún tipo de calma, al contrario. En mayor medida puesto que conforme pasa el tiempo, más inmunes nos hacemos a ellas.

## **3.2 Marco normativo español**

### **3.2.1 El marco jurídico nacional**

El contrato de hipoteca se encuentra configurado jurídicamente en nuestra normativa interna por el CC y la LH. De forma anecdótica resulta interesante destacar, pues pocos lo saben o recuerdan, que la referida LH data de 1861, y que debido a las conocidas circunstancias que la redacción de nuestro Código Civil sufrió, ésta se adelantó en la tarea de configurar el derecho real de hipoteca en nuestro ordenamiento jurídico por primera vez.

De la antedicha circunstancia se deriva que el Código Civil, dentro del Título XV, del Libro IV referente a los contratos de prenda, hipoteca y anticresis, únicamente dedique siete artículos (en concreto del artículo 1874 al 1880) a la configuración de la hipoteca. Así, el último de ellos hace una remisión general a la normativa específica aseverando que *“la forma, extensión y efectos de la hipoteca, así como lo relativo a su constitución, modificación y extinción y a lo demás que no haya sido comprendido en este capítulo, queda sometido a las prescripciones de la Ley Hipotecaria que continúa vigente”*.

El artículo 1876 del CC y el artículo 104 de la LH vienen a acotar el concepto de hipoteca, estableciendo ambos de forma idéntica las bases de la naturaleza de la figura, aseverando que *“la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida”*.

Dada la evolución de la contratación bancaria e hipotecaria desde el Siglo XIX hasta la actualidad, la seguridad del tráfico jurídico requería la intervención del legislador en materia de regulación del mercado hipotecario español. Sin perjuicio de las interpretaciones realizadas por nuestros tribunales que vienen a complementar nuestro sistema normativo, resulta necesario, como en cualquier otro ámbito, que el legislador actúe conforme al signo de los tiempos. De hecho, aunque no se canse de incumplirla, es ella una de las funciones connaturales a su labor.

De dicha imperiosa necesidad, surgió la LMH cuyo objetivo principal era la creación de un mercado hipotecario amplio, con entidades competitivas, ágiles en su gestión y posibilidades de refinanciación. La necesidad de adecuar el marco jurídico a la realidad social y económica del momento, llevó a reformar a su vez la citada ley a través de la posterior Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

A través de esta última se buscaba la institucionalización y regulación del mercado hipotecario, hasta entonces sin precedentes legislativos en nuestro país. La ley tenía un triple objetivo: i) la eliminación de los obstáculos a la oferta de nuevos productos, ii) la modernización del régimen de protección mediante la búsqueda de una transparencia más efectiva, que permitiera a los consumidores tomar su decisiones en función del riesgo real

de los productos y iii) la mejora de los instrumentos de financiación. Para ello no sólo se modificó la LMH sino hasta cinco leyes relativas a la LH y la LEC 1/2000.

Pocos pensaban que la referida transparencia se iba a convertir, unos años después, en concreto a principios de la presente década, en la base de las reclamaciones contra las entidades financieras que inundan nuestros Tribunales. Como consecuencia de dichos procedimientos judiciales la referida transparencia, que se establece en nuestro sistema normativo como un instrumento para el funcionamiento del sistema, se ha ido transformando (erróneamente) en una intervención dirigida únicamente a la protección del consumidor.

El mejor ejemplo en materia hipotecaria y transparencia de los últimos tiempos lo constituyen las llamadas cláusulas suelo (o de acotación mínima). Y en concreto la famosa Sentencia de 13 de mayo de 2013 de nuestro TS, en la misma se pone de relieve de una forma extraordinariamente clarificadora la idiosincrasia de nuestro sistema.

En términos generales, el TS en dicha resolución afirma conocer dos aspectos fundamentales: por un lado la licitud de la inclusión de dichas cláusulas (respaldadas por el Banco de España) en los préstamos hipotecarios, y por otro, que la normativa acerca de transparencia se compone entre otras normas por la OM de 5 de mayo de 1994, a través de la cual se regularon los requisitos previos, coetáneos y posteriores en la suscripción de préstamos hipotecarios. OM que por ejemplo en sus artículos 3 y 5 establecía la obligación por parte de las entidades financieras de proporcionar al cliente la, tantas veces referida, oferta vinculante o folleto informativo que contuviera las condiciones de su préstamo hipotecario.

Pues bien, el TS, ante la inacción de las Cortes que no adoptaban solución alguna, intervino erigiéndose en una suerte de legislador, estableciendo y creando una nueva norma. Es más como nueva norma que era, el Alto Tribunal declaró, de forma subsidiaria, que las cantidades cobradas de más en virtud de la cláusula suelo sólo se devolverían a raíz del dictado de la Sentencia. Es decir, desde que se dictó dicha nueva norma.

La conclusión de todo lo anterior resulta evidente: por un lado el descredito del legislador por su inacción (desconocemos si por falta de voluntad o lo que es peor, por falta de conocimientos) y por otro, el descredito del poder judicial que adopta un papel que la propia Constitución no le otorga.

Ante lo expuesto se podrá afirmar que resulta muy sencillo criticar una vez sucedidos los hechos. Pero no, no es el caso para la aplicación de tal axioma, pues han pasado alrededor de 6 años desde que surgió la problemática en torno a las cláusulas suelo y tres años desde que se pronunció el Tribunal Supremo y mientras el legislador ni ha creado una solución y ni siquiera la ha propuesto.

La conclusión es clara: ni la entidad financiera tiene un marco jurídico seguro para desarrollar su actividad, ni el consumidor las garantías para contratar con la transparencia necesaria en el mercado hipotecario. En opinión del autor, nos encontramos ante un modelo normativo que crea una enorme inseguridad jurídica a todos los actores que intervienen en el mismo y que, a mayor abundamiento, no se adapta a los nuevos tiempos y ni siquiera a lo dispuesto por la UE como veremos más adelante.

No podemos abandonar la cuestión sin referirnos a la ingente normativa legal aprobada en los últimos tiempos para hacer frente a la problemática creada en torno a las ejecuciones hipotecarias y dirigida a proteger a los deudores de créditos hipotecarios sobre vivienda habitual en casos de especial vulnerabilidad. En concreto: Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios; Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos; Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios; y Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Dicho conjunto de leyes, que llegaron tarde y mal (aunque es de reconocer que al menos llegaron) han paliado, en parte, la situación de familias en casos de especial vulnerabilidad. En opinión del autor dicha debe ser la línea a seguir por el legislador en futuros proyectos normativos. Para mitigar la situación de dichas personas se adoptaron medidas como la exención de hechos imponderables relacionados con la novación de los créditos o las ganancias de capital derivadas de daciones en pago, se creó y adoptó por las entidades financieras el Código de Buen Gobierno, se moderaron los intereses de demora y se suspendieron dos años los desahucios de familias en riesgos de exclusión.

En todo caso, y para futuros proyectos legislativos, como ya hemos venido defendiendo la clave del éxito estará en saber conjugar el interés del consumidor con el interés de la entidad financiera. Evitar el abuso de ambas partes para el progreso de nuestra sociedad civil es algo en lo que nos jugamos nuestro futuro.

### **3.2.2 Las modificaciones de la normativa hipotecaria a raíz de la crisis**

Como veníamos anunciando, el desarrollo de la crisis financiera internacional y sus consecuencias en España llevaron al Gobierno a adoptar diversas medidas para reforzar la capacidad de respuesta de la economía española, intensificar las previsiones de apoyo a quienes se encontraban en situaciones difíciles en razón de la crisis y dar el máximo impulso posible a las iniciativas vinculadas con el desarrollo de nuevas formas de actividad económica y de generación de empleo.

En concreto y en relación con el problema aquí analizado, advertía el Gobierno en 2011 que era absolutamente necesario acometer una serie de medidas con motivo de la situación específica del mercado inmobiliario en España, la cual planteaba situaciones de especial dificultad para quienes contrajeron préstamos hipotecarios en los momentos de mayor valoración de los inmuebles y se encontraban, en ese momento, con la imposibilidad de satisfacer sus obligaciones de pago. Así, frente a esta situación, el Gobierno comenzó a adoptar una serie de medidas adicionales de protección para las familias con menores ingresos, así como reformas necesarias para garantizar que las ejecuciones hipotecarias se realizaran sin dar lugar a situaciones abusivas o de malbaratamiento de los bienes afectados; manteniendo plenamente, sin embargo, los elementos fundamentales de garantía de los préstamos y, con ellos, de la seguridad y solvencia de nuestro sistema hipotecario.<sup>2</sup>

- **EI RDL 8/2011**

El RDL 8/2011 puede considerarse como la primera intervención del legislador en materia hipotecaria con motivo de la crisis acaecida. Si bien su alcance fue limitado por la urgencia y generalidad de los cambios que introducía, no puede ello restarle méritos al significado del mismo.

---

<sup>2</sup> Disposiciones generales del Real Decreto-ley 8/2011

El cambio sustancial en la materia aquí analizada fue que a través del referido RDL se modificó a su vez la LEC 1/2000, variando los tipos mínimos por los que el acreedor podía adjudicarse la finca hipotecada en los procesos de ejecución, además de elevar el mínimo no embargable.

Una solución que sin duda desahogaba a los ejecutados por un lado, que sin embargo no vieron satisfechas sus reivindicaciones pues venían exigiendo la introducción de la dación en pago, y estresó aún más a las entidades financieras que veladamente amenazaron con una restricción del crédito.

#### ▪ **El RDL 6/2012**

Medio año después, se aprobó y nuevamente con carácter de urgencia, el RDL 6/2012 a través del mismo se introdujeron diversos mecanismos conducentes a permitir la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecían extraordinarias dificultades para atender su pago, así como la flexibilización de la ejecución de la garantía real; todo ello con el objetivo de no menoscabar los elementos fundamentales de la garantía hipotecaria.<sup>3</sup>

La principal novedad de este RDL fue la introducción del Código de Buenas Prácticas, un código de adhesión voluntaria (la gran mayoría de las entidades financieras lo suscribieron) que como principal novedad estableció la reestructuración de la deuda hipotecaria en aquellos que se situaran en el umbral de exclusión y la dación en pago como último recurso.

El alcance real de esta norma lo marcó el referido umbral de exclusión, en el mismo se encontraban aquellos deudores hipotecarios de vivienda habitual en los que concurrieran todas las circunstancias siguientes:

- Que se tratara de la única vivienda propiedad del deudor.

---

<sup>3</sup> Disposiciones generales del Real Decreto-ley 8/2011



- Que el préstamo concedido para la adquisición no llevara aparejadas más garantías reales o personales o insuficientes.
- Que todos los miembros de la unidad familiar carecieran de rentas del trabajo o actividades económicas.
- Que la cuota hipotecaria fuera superior al 60% de los ingresos netos de la unidad familiar.
- Que los miembros de la unidad familiar carecieran de bienes patrimoniales para hacer frente a la deuda

Tan estrictos requisitos han llevado finalmente a que la aplicación del CBP haya sido ciertamente limitada y de ahí tan criticada. Ahora bien, como concluíamos en los primeros apartados de la presente investigación, los datos nunca engañan.

Así que acudiendo al último de los informes semestrales<sup>4</sup> emitido por el Ministerio de Economía en relación con el CBP, podemos referir que desde la aprobación del RDL 6/2012 se han registrado 63.752 solicitudes. De las cuales, la mitad han sido rechazadas, y del resto, 31.000 operaciones, aproximadamente 25.000 finalizaron con una reestructuración de la deuda pendiente, 6 con una quita y en más de 6.000 casos se acordó la dación en pago, con la consiguiente extinción de la deuda.

#### ▪ **EI RDL 27/2012**

Ocho meses después, nuevamente con carácter de urgencia, el Gobierno adoptó una serie de medidas tendentes a la protección del deudor hipotecario. Una serie de medidas que como el mismo Gobierno reconoció no eran más que un paso en la necesidad de abordar una reforma más profunda. Reforma, por cierto, que todavía sigue sin acometerse.

El objetivo de este RDL era la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encontraban en situación de especial riesgo de

---

<sup>4</sup> VII Informe de la Comisión de Control sobre el cumplimiento del Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, Ministerio de Economía, 2016.

exclusión. En ningún caso se modificó el procedimiento de ejecución hipotecaria, sino que únicamente se decretó una moratoria confiando en que la situación mejoraría.

Para poder acogerse a dicha suspensión se exigían tres tipos de requisitos:

- Personales: familias numerosas, monoparentales con dos hijos a cargo, con menores de tres años, con algún discapacitado o dependiente, víctima de la violencia de género o familias en las que el deudor hipotecario se encontrara en situación de desempleo y hubiera agotado las prestaciones sociales.
- Económicos: que las familias que se acogieran a este derecho no superaran el límite de tres veces el IPREM, siendo, además, necesario que la unidad familiar hubiera visto alterada su situación económica de forma significativa en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, una "*alteración significativa de circunstancias económicas*" que se medía en función de la variación de la carga hipotecaria sufrida sobre la renta en el periodo referido
- Cuota hipotecaria: por último que la cuota hipotecaria resultará superior al 50% de los ingresos netos que percibiera el conjunto de los miembros de la unidad familiar, o que se tratara de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recayera sobre la única vivienda en propiedad del actor y que se hubiera concedido para la adquisición de ésta.

Adicionalmente se anunció la constitución inmediata de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas desalojadas de su vivienda habitual y que estuvieran en la situación anteriormente exigida, a este colectivo se le facilitaría el acceso a contratos de arrendamientos con rentas asumibles en función de los ingresos percibidos.

#### ▪ **La Ley 1/2013**

Con motivo de la sucesión de RDL que se fueron aprobando de forma urgente y desconcertada, se hacía necesaria una nueva norma que viniera a recoger de forma

ordenada y con rango de Ley todas las novedades en materia hipotecaria. Todo ello, una vez más, en atención a mejorar el estatus jurídico de los suscriptores de préstamos hipotecarios de vivienda habitual.

Apuntar brevemente que dicha Ley vino a recoger lo ya dispuesto en los RDL analizados y que no aportó tampoco novedades destacables más allá de las modificaciones necesarias una vez puestos en marcha los RDL y analizadas las primeras consecuencias.

En concreto la Ley se divide en cuatro capítulos:

- Capítulo primero: en el mismo se prevé la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión. Los requisitos (personales, económicos y de cuota hipotecaria) eran prácticamente idénticos a los ya expuestos en el RDL 27/2012.
- Capítulo segundo: a través de este segundo capítulo se modificó la LH y la normativa relacionada con esta a través de la inclusión de ciertas medidas como la limitación de los intereses de demora (se prohibió que fueran superiores a tres veces el interés legal del dinero y se estableció que los mismos sólo pudieran devengarse sobre el principal pendiente de pago), su no capitalización, mejoras en el procedimiento extrajudicial (ej: subasta electrónica), o el fortalecimiento en la independencia de las sociedades de tasación, así como se reforzó la obligación de las entidades financieras de aceptar la tasación que pudiera aportar el cliente.
- Capítulo tercero: en lo relativo a este tercer capítulo, destacar que a raíz del mismo se incluyeron ciertas novedades en la LEC respecto a la ejecución en general y a la hipotecaria en particular, asimismo a posibles condonaciones posteriores, al derecho a parte de la revalorización, a la posibilidad de apreciar la abusividad de determinadas cláusulas o al valor de tasación en las escrituras.

- Capítulo cuarto: a través de este último capítulo se modificó el RDL 6/2012, tanto en lo relativo al ámbito de aplicación, como en lo que afectaba a las características de las medidas que podían ser adoptadas, es decir el CBP. No se realizan cambios sustanciales, sino pequeñas modificaciones que no alteran el fondo y la forma del referido CBP.
- Finalmente, la Ley incluye a través de las disposiciones adicionales y finales: el Fondo Social de Viviendas o la recuperación del Plan de Pensiones para el caso que se trate de evitar la pérdida de la vivienda habitual.

### **3.3. La Directiva 2014/17/UE: la gran oportunidad**

Sin perjuicio de que el Derecho de la Unión Europea siempre ha estado presente desde nuestra propia entrada en la Unión el 1 de enero de 1986, no ha sido hasta la actualidad y en lo que a materia hipotecaria se refiere, cuando se han evidenciado numerosas deficiencias jurídicas de nuestro sistema normativo.

Resulta por todos conocidos que el TJUE se encuentra en la actualidad resolviendo un buen número de cuestiones prejudiciales presentadas por jueces españoles y derivadas de la aplicación de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores u otros asuntos relativos a los préstamos hipotecarios.

Con carácter previo al análisis de la cuestión y de manera muy concisa, entendemos de obligatoria mención para alcanzar una perfecta comprensión de la influencia del Derecho Comunitario en la cuestión analizada, destacar los principios que rigen y modulan la eficacia vinculante del referido Derecho de la Unión en nuestro sistema:

- El principio de eficacia directa de las normas de la Unión Europea que implica que desde que una norma entra en vigor es aplicable a plenos efectos en todos los países de la UE.

- El principio de primacía del Derecho Comunitario, artículo 288 del TFUE, que implica que no puede dictarse normativa nacional que contravenga lo dispuesto por la normativa comunitaria.
- Los principios de equivalencia y efectividad a través de los cuales es competencia del juez del país miembro la protección de los derechos reconocidos por las normas comunitarias a través de cualquier vía jurisdiccional.

Señalado lo anterior y de vuelta a la cuestión analizada, consideramos oportuno destacar inicialmente que la incidencia del TJUE en el Derecho español y en la cuestión aquí analizada comienza con el hito jurisprudencial que supuso la Sentencia de 14 de marzo de 2013 a través de la que se declaró, sin ningún tipo de duda, que la regulación del procedimiento de ejecución hipotecaria no resultaba ajustado a la Directiva 93/13/CEE. Consecuencia de aquella situación fue la aprobación de la anteriormente mencionada Ley 1/2013 mediante la cual España adoptó los postulados de la resolución dictada e introdujo la posibilidad de que el Juez analizara de oficio la existencia de cláusula abusivas, vinculada a la de que el ejecutado las pudiera invocar como motivo de oposición a la ejecución; así como medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, alquiler social y reestructuración de la deuda.

Si bien el papel del Derecho Comunitario en la cuestión hipotecaria ha resultado clave, aún más lo es en este preciso momento con motivo de la Directiva 2014/17/UE. La misma se constituye, en opinión del autor, en la mejor de las oportunidades para empezar, a través de la transposición de la misma, a acometer soluciones de calado en lo relativo a la cuestión hipotecaria en nuestro país.

Ahora bien, una vez más, vamos tarde. La disposición ahora analizada establecía como plazo para su transposición el 21 de marzo de 2016 y por ahora, no hemos tenido el amago ni siquiera de transponerla. El Gobierno en la pasada legislatura y durante su mandato en funciones, no ha ido más allá de unas simples reuniones con la Comisión sin ni siquiera (al menos hasta donde tiene conocimiento el autor) haber redactado un borrador de la reforma de la Ley.

Es más, Europa ya ha llamado la atención a España por esta situación, en concreto el pasado 13 de junio de 2016, el comisario europeo de Servicios Financieros, Jonathan Hill, recordó a nuestro país la importancia de que el nuevo Ejecutivo que salga de las elecciones del 26 de junio deberá reformar la Ley Hipotecaria según lo dispuesto en la Directiva referida, con el riesgo de que en caso contrario la UE abra expediente a nuestro país.<sup>5</sup>

En todo caso, y volviendo a lo que nos compete, tal y como se recoge en la Introducción de la propia Directiva el objetivo principal de la misma es el desarrollo de un mercado interior más transparente, eficiente y competitivo a través de contratos de crédito coherentes, flexibles y equitativos en lo que a bienes inmuebles se refiere. Todo ello a la vez que se promueve la sostenibilidad de la concesión y contratación de préstamos. Así reza la propia Directiva en su inicio que *“es importante asegurarse de que existe transparencia suficiente para aclarar a los consumidores el carácter de los compromisos asumidos con miras a preservar la estabilidad financiera, y la existencia de flexibilidad, en su caso, durante el período de vigencia del contrato de crédito. También debe proporcionarse a los consumidores información sobre el tipo de deudores, tanto en la fase contractual como en la fase precontractual.”*

Si bien existen ciertas normas que debemos adaptar, en honor a la verdad, otras muchas que refiere la Directiva ya se encuentran incorporadas en nuestro ordenamiento jurídico.

En lo que se refiere a las que el Ejecutivo deberá transponer destacar las siguientes:

- Normas relativas a la educación y la formación financiera.

En este sentido se establece que los estados deberán fomentar una mayor educación financiera de los consumidores con carácter general y en concreto en la contratación de préstamos hipotecarios. Así, señala la propia Directiva, que resulta esencial que los consumidores tengan a su disposición información clara y general sobre el proceso de concesión del préstamo hipotecario. En este sentido, matiza muy acertadamente la norma añadiendo: *“especialmente a los que obtengan un crédito hipotecario por primera vez”*. Igualmente establece también

---

<sup>5</sup> Bruselas urge a reformar la ley hipotecaria en la nueva legislatura, Cinco Días, 13 de junio de 2016.

que las organizaciones de consumidores y usuarios deberán prestar su apoyo en dicho sentido.

Asimismo añade un control para los países: la Comisión hará pública una evaluación de la educación financiera de sus ciudadanos y lo que es más importante: señalará ejemplos de las prácticas más idóneas de cara a aumentar la concienciación financiera de los consumidores.

En consonancia con lo expuesto, establece igualmente la Directiva los requisitos de conocimiento y competencia que tienen que reunir los empleados de las entidades. Así les exige mantener un elevado nivel de conocimientos en lo relativo a la elaboración, la oferta y la concesión de los contratos de crédito y sus servicios accesorios. Algo parecido a lo que ya establece la normativa MiFID II para productos financieros o de inversión y que con motivo de la misma alrededor de 60.000 empleados de banca en nuestro país deberán examinarse y obtener una certificación próximamente.<sup>6</sup>

Por último destacar que se establecen también una serie de deberes generales exigibles a los profesionales del mundo bancario, siendo además que se introduce la idea de que la remuneración de los mismos tendrá que no interferir en su imparcialidad en lo referido a la concesión de préstamos hipotecarios.

- Normas de transparencia bancaria y protección del consumidor.  
En lo relativo a publicidad, una vez establece que la misma sea leal, clara y no engañosa, así como que esté redactada de forma clara, concisa y destacada, va un paso más allá la Directiva estableciendo de forma absolutamente novedosa la inclusión de recoger en dicha publicidad ejemplos representativos y hasta 10 características concretas del propio préstamo hipotecario.

En lo relativo a la información precontractual, destacar varios aspectos. Por una parte, en lo que se refiere al contenido de la oferta vinculante, que además de lo ya dispuesto en nuestra normativa, la misma deberá verse completada con

---

<sup>6</sup> Una reválida para 60.000 empleados de banca, Cinco Días, 23 de febrero de 2016.

aspectos tan importantes como: i) un apartado donde se recogen los derechos del prestatario y se informe del periodo de reflexión, del de desistimiento y la recomendación de informarse acerca de si, a pesar de ejercer su derecho de desistimiento, queda vinculado a servicios accesorios; ii) un apartado titulado “*otras obligaciones*” en el que se advertirá de los servicios vinculados al préstamo y la consecuencia de su cancelación; iii) nuevas advertencias en relación a los préstamos multidivisas.

Por otro lado, encontramos el aspecto relativo a las explicaciones adecuadas en la fase precontractual. El artículo 16 de la Directiva establece que los Estados deberán velar porque las entidades “*faciliten al consumidor explicaciones adecuadas sobre el contrato o los contratos de crédito que se ofrecen, y sobre todo posible servicio o servicios accesorios, al objeto de que el consumidor pueda calibrar si dichos contratos y servicios accesorios se adaptan a sus necesidades y a su situación financiera*”. Dicho precepto, sí que merece la mayor de nuestras críticas, pues si bien se faculta a los Estados miembros para que adapten el modo de dar estas explicaciones, no especifica que políticas concretas se deberán adoptar para alcanzar esas *explicaciones adecuadas*.

Con disposiciones tan genéricas como la expuesta, corremos el grave riesgo de que al final los jueces sean aquellos que terminen estableciendo que es una explicación adecuada. Y permítanos la licencia de decir el grave riesgo pero es que nuestros magistrados son expertos en derecho pero no en finanzas. Dicha labor, sin duda, corresponde al legislador.

- Normas relativas a la evaluación del consumidor.

Por último, se regula lo relativo a la evaluación de la solvencia del consumidor de forma muy parecida a lo ya dispuesto en nuestro ordenamiento a través de la Orden EHA/2899/2011. Eso sí, se incluyen algunas novedades como la obligación de denegar el crédito en caso que la evaluación de la solvencia sea negativa.

Sin duda alguna, nos encontramos ante la oportunidad perfecta de aprobar una Ley que recoja todos estos aspectos relativos a la transparencia y protección del consumidor de



servicios bancarios, actualizando y unificando a su vez la normativa ya existente y adaptándonos a lo exigido por Europa.

### **3.4. La dación en pago**

Para la gran mayoría referirse a la cuestión hipotecaria en nuestro país sin realizar una mención singular y pormenorizada a la cuestión de la dación en pago en nuestro ordenamiento, sería casi delictivo. Resulta incuestionable que en el contexto de la crisis, los términos dación en pago y prima de riesgo irrumpieron en nuestro día a día como elementos esenciales. Ahora bien, como analizaremos y concluiremos, a continuación, si bien para algunos casos era la solución más acertada, ni mucho menos era y es aplicable para el conjunto de afectados por problemas hipotecarios.

Si bien, como ahora tendremos oportunidad de referir, la regulación jurídica respecto a la dación es escasa, podemos afirmar que la misma se configura en nuestro ordenamiento como aquél negocio jurídico por el que el deudor tiene la capacidad de ceder sus bienes al acreedor en pago de su deuda.

El Código Civil no la regula expresamente, aunque sí hace referencias expresas a la misma en algunos de sus preceptos. Así, el artículo 1175 del CC afirma que *"El deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos"*.

Según lo que recoge el CC, resulta evidente que la dación que recoge nuestro ordenamiento, no tiene efectos plenamente liberatorios, para que así fuera tiene que contar con la aceptación del acreedor. Así, en el caso que aquí interesa, y el lector tendrá en mente, la entidad financiera tendrá que aceptar dicha dación en pago como forma de saldar la deuda con ella contraída.

La realidad es que dicha solución resultaba ruinosa para las entidades financieras, y en consecuencia, en muy pocos casos han aceptado la terminación de la relación contractual de dicha manera. Sólo en casos donde los deudores eran extracomunitarios y volvían a sus

países de origen, los bancos por miedo a un largo y costoso proceso legal, o incluso a leyes extranjeras como la ecuatoriana (más adelante analizada), sí que han aceptado en mayor medida la dación en pago entendida como mal menor.

En todo caso, tampoco entendemos la dación como una solución a la problemática social acaecida en torno al problema hipotecario, pues como bien señalaba D. Nicolas Sartorius<sup>7</sup> hace un año en las páginas de opinión del periódico El País, con la dación en pago puede finalizar un problema respecto a la relación contractual con la entidad, pero empieza otro aún mayor la ausencia de un lugar donde desarrollarte como ciudadano. Como señalaba acertadamente el Sr. Sartorius, a una familia obligada a vivir en la calle se le despojan de hasta diez derechos fundamentales. Resulta evidente que la desaparición de la deuda no provoca en sí la desaparición de la problemática social sino que enfrenta al ciudadano a una peor: la ausencia de un lugar donde desarrollar su vida así como el quebranto del derecho recogido en el artículo 47 de la CE y hasta diez de los derechos llamados fundamentales. Es por ello que antes que financiar con dinero público soluciones como la dación, entiende el autor, que debe darse prioridad a otras como el alquiler social.

### **3.4.1. La factura fiscal de la dación en pago**

Uno de los mejores ejemplos que nos demuestran que al hablar de dación en pago debemos mostrar todas las cautelas posibles, es la relacionada con las consecuencias fiscales relacionada con dicha operación. Así las cosas, en el caso del prestatario que consiguió acogerse a una dación en pago, sus problemas no acabaron con la entrega de la vivienda.

Con anterioridad a analizar las derivadas fiscales de la dación en pago, hemos de resaltar una cuestión clave: ¿Quién informa al consumidor de las nuevas obligaciones fiscales que asume con Hacienda como consecuencia de la dación?

Una vez más, el consumidor se encuentra huérfano de solución. Resulta evidente que conocer y asesorar acerca de dichas cuestiones no se encuentra en el listado de funciones y/o obligaciones del director de una sucursal de una entidad financiera, de la misma manera

---

<sup>7</sup> Desahucios, Nicolás Sartorius. El País, 26 de junio de 2015.

que el consumidor tampoco tiene por qué conocer nada acerca de ello. Nos encontramos, de nuevo, con un grave problema común a nuestro sistema: la desinformación del consumidor; cuestión a la que el Estado debe dar una solución, en este caso, a través de la AEAT.

Entrando en materia, hemos de remarcar que la dación en pago afectará principalmente a cuatro figuras impositivas que serán analizadas a continuación. Siendo además destacable que con motivo de los RDL anteriormente mencionados la factura fiscal en relación con la dación ha sido disminuida considerablemente, eso sí para ciertos colectivos y en ciertas situaciones.

- **Impuesto de la Renta de las Personas Físicas**

En lo que respecta al IRPF, debemos señalar que en el año 2014, y como consecuencia de la batería de medidas que se adoptaron en relación al problema hipotecario, se adoptó en relación con dicho impuesto una solución que merece todo nuestro respaldo y apoyo y que constituye un ejemplo de cómo se tuvo que afrontar la cuestión desde el primer momento.

A través del Real Decreto-ley 8/2014 se incluyó una exención en dicho impuesto a través de la letra d del apartado 4 del artículo 33 de la Ley 35/2006, que rezaba de la siguiente manera:

*“Artículo 33 apartado 4 letra d):*

***4. Estarán exentas del Impuesto las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto:***

*(...)*

***d) Con ocasión de la dación en pago de la vivienda habitual del deudor o garante del deudor, para la cancelación de deudas garantizadas con hipoteca que recaiga sobre la misma, contraídas con entidades de crédito o de cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios.***

***Asimismo estarán exentas las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de la vivienda en que concurren los requisitos anteriores, realizada en ejecuciones hipotecarias judiciales o notariales.***

***En todo caso será necesario que el propietario de la vivienda habitual no disponga de otros bienes o derechos en cuantía suficiente para satisfacer la totalidad de la deuda y evitar la enajenación de la vivienda.”***

Ahora bien, veamos con un ejemplo el alcance de dicha medida: el consumidor adquirió la vivienda por 150.000 Euros, la hipoteca se la concedieron por 130.000 Euros, han transcurrido unos años y ha amortizado 10.000 Euros, la entidad financiera está dispuesta a cerrar la dación en pago de la vivienda por 120.000 Euros. Por tanto, no hay ganancia patrimonial.

En conclusión, la medida que parecía fenomenalmente buena, tiene un alcance tan limitado que nos lleva a la cuestión de siempre: electoralismo Vs. soluciones reales.

Es más, y sin ánimo de alargarnos en exceso en la cuestión, hasta la Ley 1/2013 se deba la paradoja (perfectamente común) que el consumidor del ejemplo anteriormente referido hubiera introducido en su declaración del IRPF una serie de deducciones para la adquisición de vivienda habitual. Importe que dejó de ingresar y que posteriormente le tocó devolver y con intereses de demora.

#### ▪ **Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas**

En este supuesto la cuestión parece más beneficiosa para el consumidor, al menos a priori. Al tratarse de una segunda o ulterior transmisión de la vivienda, la misma está exenta de IVA y sujeta a ITP, por tanto pese a que la operación tributa por ITP, quién deberá pagarlo es la entidad financiera.

Así el artículo 7.2.A) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados establece que:

“Artículo 7.2.A) [Supuestos gravados]:

**2. Se considerarán transmisiones patrimoniales a efectos de liquidación y pago del impuesto:**

**A) Las adjudicaciones en pago y para pago de deudas, así como las adjudicaciones expresas en pago de asunción de deudas. Los adjudicatarios para pago de deudas que acrediten haber transmitido al acreedor en solvencia de su crédito, dentro del plazo de dos años, los mismos bienes o derechos que les fueron adjudicados y los que justifiquen haberlos transmitido a un tercero para este objeto, dentro del mismo plazo, podrán exigir la devolución del impuesto satisfecho por tales adjudicaciones. El sujeto pasivo obligado a liquidar el Impuesto de Transmisiones es, al ser una transmisión a título oneroso, el adquirente del inmueble, en este caso, la entidad financiera.”**

▪ **Impuesto sobre el Incremento del Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana**

Este impuesto de ámbito municipal, tal y como lo define el artículo 104.1. TRLRHL es un tributo directo que grava el incremento del valor que experimenten los terrenos sobre los que se sitúa el inmueble y que se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos.

Por su parte, el artículo 105 TRLRHL, modificado por el ya referido RD 8/2014, vino a establecer los requisitos que había alcanzar para la exención del gravamen, los cuales de una forma muy esquemática serían:

- Que la vivienda transmitida sea la habitual y de una persona física.
- Que la dación en pago se destine a la cancelación de la deuda garantizada con hipoteca sobre la misma.



En Europa, a la espera de una norma común que regule la cuestión, cada país mantiene una legislación propia, ahora bien, por ahora, puede decirse que nuestro país es de los más adelantados en materia de dación en pago. Por el contrario, la gran mayoría de países de la eurozona cuentan con medidas de ayuda a los ciudadanos afectados por la crisis hipotecaria que, sin duda, han suavizado las consecuencias de los impagos.

En países como Italia, donde la norma hipotecaria es bastante parecida a la española aunque eso sí el número de hipotecados es bastante menor, con motivo de la crisis hipotecaria y a través de un decreto-ley de 2008, se suspendieron los desahucios a las familias con ingresos iguales o menores a 27.000 Euros. En la misma línea el gobierno griego del socialdemócrata Yorgos Papandreu, aprobó una moratoria, vigente hasta el 2013, por la cual impedía a las entidades financieras desahuciar por impago si se trataba de primera residencia y menor de 200 metros cuadrados.

En la misma línea que los anteriores, Portugal implementó una serie de medidas que permitían congelar la hipoteca uno o dos años en caso de que los ingresos de la familia hubieran disminuido en un 35 % o alguno de los miembros de la familia hubiera perdido su empleo. Si estas medidas no causaban efecto, se podía optar por la dación en pago.

En países como Alemania, a través del programa Hartz IV, el estado paga al desahuciado un hogar de acogida y una prestación. Por su parte, en Reino Unido la legislación obliga a la entidad financiera a ofrecer una solución razonable y justa (ej: refinanciación de cuotas y plazo) antes de reclamar la posesión del inmueble.

Por último destacamos el caso de Francia, un país con una larga tradición de alquiler donde las condiciones para conseguir un préstamo hipotecario son muy estrictas. El prestatario paga un seguro al Estado para que este se haga cargo de las letras en ciertos casos extremos como la pérdida del empleo. Asimismo a través de la ley de segunda oportunidad de 2003, el hipotecado podrá acudir a una comisión independiente que estudia el caso de forma individual y pormenorizada. Este servicio





*“SEGUNDA.- Las sentencias extranjeras originadas en operaciones crediticias con garantía hipotecaria de vivienda situada fuera del país, que persigan el embargo y posterior remate de bienes muebles e inmuebles de ciudadanos y ciudadanas ecuatorianas no caucionados para dichos créditos, no serán ejecutadas en el territorio nacional por contravenir el ordenamiento jurídico ecuatoriano”.*

Así, el ejecutivo de Rafael Correa evitaba que una entidad bancaria española pudiera perseguir cualquier bien de un ciudadano ecuatoriano sito en aquel país.

Dicha medida se unió a la instauración – también en el año 2012, en concreto en el mes de enero – en la embajada de Ecuador en España y distintos consulados de nuestro territorio nacional de una asesoría jurídica gratuita – financiada por el referido país – para ciudadanos ecuatorianos.



En la humilde opinión del autor: empecemos a aplicar políticas y medidas que ya están funcionando en otros sistemas de nuestro entorno. Importemos medidas y soluciones que ya han sido testadas en otros sistemas y que han dado resultados. Establezcamos unas reglas del juego claras y concisas. Unas leyes adaptadas a los tiempos modernos con unos jueces formados en dicho ámbito y con conocimientos bancarios suficientes para enjuiciar.

En todo caso, y de forma preliminar existen medidas que parece que todos los participantes en el mercado están dispuestos a adoptar:

- Transposición de la Directiva 2014/17/UE.
- Fomento del alquiler social por medio del parque de viviendas sin venderse que disponen las distintas entidades financieras y que sea de aplicación a las familias más desfavorecidas. Todo ello a través de una entidad pública financiada por el Estado.
- Fomento de creación y contratación de seguros al estilo de Francia para que aquellos que corran un mayor riesgo de impago se protejan asimismo y además no contagien al sistema.
- Creación de una sociedad pública, y por tanto imparcial, donde tengan voz asociaciones de consumidores y entidades financieras y que gestione quitas e impagos.
- Fomento del uso de la mediación hipotecaria entre usuarios y entidades crediticias.
- Mayor flexibilidad en la dación en pago y en la fiscalidad en relación a la misma imponiendo a cambio al consumidor que se acoja a ella de una penalización ante el mercado y ante el Estado. Por ejemplo a quienes le sean devueltas las ayudas por vivienda joven que no pueda acceder nuevamente a las mismas, dejando además así la oportunidad a aquellos que nunca accedieron a esta.

En todo caso, todo ello, deberá acometerse siempre teniendo en cuenta el punto de vista de protección del consumidor y también el de la entidad financiera, no caigamos en populismos baratos, si a nuestro sistema no lo dotamos de entidades financieras fuertes y solventes, difícilmente podremos crear empresas y con ello empleo. Por el contrario tampoco podemos



## Referencias bibliográficas

- Álamo González, D.** (2012), *La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias. El control judicial del equilibrio contractual*. Editorial Tirant Lo Blanch.
- Alvarez Olalla, M.P.** (2012), *La nueva normativa en materia de transparencia de servicios bancarios. La regulación del préstamo*. Editorial Aranzadi, S.A.
- Belinchón Romo, M.R.** (2012), *La dación en pago en el Derecho español y en el Derecho comparado*. Editorial Dykinson.
- Castillo Martínez, C** (2016), *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca*. Editorial Tirant Lo Blanch.
- Colau, A.** (2012), *Vidas hipotecadas*. Editorial Angle.
- Ferruz Agudo, L.** (2012), *El doble filo de la dación en pago*. Estrategia Financiera, Nº 299, Sección Artículos / Mercados Financieros. Editorial Wolters Kluwer.
- Freixas, X.** (1991), *El mercado hipotecario español. Situación actual y proyecto de reforma*. Fedea.
- Lerena Cuenca, M. y Martínez Imízcos, S** (2007), *Hipoteca, prenda y anticresis*. Editorial Thomson Aranzadi.
- López Jiménez, J.M.** (2015), *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*. Editorial Bosch, S.A.
- Manzano Solano, A.** (2009), *Estudios sobre la hipoteca*. Fundación Registral.
- Moreno García, L.** (2015), *Clausulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal*. Editorial Marcial Pons
- Murtula Lafuente, V.** (2012), *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*. Editorial Reus, S.A.
- Nasarre Aznar, S.** (2011), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*. Editorial Edisofer, S.L.
- Ruiz de Lara, M** (2014), *Condiciones generales de la contratación, cláusulas abusivas y protección del consumidor a la luz de la jurisprudencia comunitaria y nacional*. Editorial Fe d' erratas.
- Vázquez Asenjo, O** (2010), *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*. Editorial Bosch, S.A.
- Zurita Martín, I.** (2014), *Préstamo hipotecario, ejecución y dación en pago*. Editorial Wolters Kluwer España, S.A.