



UNIVERSIDAD DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO

**La Dación en Pago en las Ejecuciones
Hipotecarias**

**Dña. Carolina Blanca Molina Claramonte
2018**



LA DACIÓN EN PAGO EN LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS

Tesis doctoral presentada por

D^a. Carolina Blanca Molina Claramonte

Dirigida por

Dr. D. Javier Carrascosa González

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Dr. D. Francisco Martínez Rivas

Profesor Asociado de Derecho Penal

UNIVERSIDAD DE MURCIA

FACULTAD DE DERECHO

Murcia 2018

A mi gran maestro, Dr. D. Francisco Martínez Rivas, que fue el primero que creyó en mí.

A Dr. D. Javier Carrascosa González por el apoyo ofrecido.

A mi marido por aguantar los sacrificios de una investigadora universitaria.

ÍNDICE

I. OBJETO DE LA TESIS	6
II. REGULACIÓN DE LA DACIÓN EN PAGO EN LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS	17
1. RÉGIMEN JURÍDICO. REAL DECRETO-LEY 6/2012, DE 9 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS.....	17
2. EL ARTÍCULO 140 DE LA LEY HIPOTECARIA.....	26
3. ASPECTOS REGLADOS POR EL DERECHO.	32
A. Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.	32
B. Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social	37
C. Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.	45
D. Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. ..	50
E. Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y la Ley 1/2013, de	

	14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.....	54
4.	ESPECIAL REFERENCIA AL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS PARA LA REESTRUCTURACIÓN VIABLE DE LAS DEUDAS CON GARANTIA HIPOTECARIA SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL.....	57
5.	ASPECTOS NO REGLADOS POR EL DERECHO.....	77
6.	RÉGIMEN JURISPRUDENCIAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA Y A LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA.	77
III.	CUESTIONES CONTROVERTIDAS DE LA DACIÓN EN PAGO	87
1.	NATURALEZA JURÍDICA DE LA DACIÓN EN PAGO.....	87
2.	¿EN UN CONTRATO DE COMPRAVENTA EL PRECIO HA DE ESTAR FIJADO DESDE EL INICIO?	90
	A. Jurisprudencia del Tribunal Supremo:	90
	B. Jurisprudencia de tribunales inferiores.....	108
	C. Conclusión.....	113
3.	¿ES POSIBLE QUE EL PLAN DE LIQUIDACIÓN CONTenga LA POPULAR DACIÓN EN PAGO A LOS ACREEDORES DEL CONCURSADO?	114
	A. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.	114
	B. Jurisprudencia de tribunales inferiores:	122
	C. Conclusión:	133
4.	¿QUIÉN DEBE ASUMIR LOS GASTOS DE COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA VIVIENDA QUE SE ADQUIERE EN VIRTUD DE UNA EJECUCIÓN HIPOTECARIA?	135

A.	Jurisprudencia	135
B.	Conclusión:	149
5.	¿ES POSIBLE QUE SE HAGA UNA LIQUIDACIÓN DEL PATRIMONIO GANANCIAL EN LA QUE UNO DE LOS CONSORTES SE QUEDE CON LA VIVIENDA Y EL OTRO RESULTE DEUDOR?.....	150
A.	Jurisprudencia:	150
B.	Conclusión:	168
IV.	EXAMEN ESPECIAL DE LA HIPOTECA, ELEMENTOS PERSONALES, REALES Y FORMALES.	170
1.	CARACTERES DE LA HIPOTECA:.....	170
2.	CLASIFICACIÓN DE LAS HIPOTECAS	171
3.	ELEMENTOS PERSONALES DE LA HIPOTECA.....	175
4.	ELEMENTOS REALES DE LA HIPOTECA:.....	180
5.	ELEMENTOS FORMALES DE LA HIPOTECA:.....	183
V.	ANÁLISIS DE LA FIANZA Y DEL AVAL.....	184
VI.	CUESTIONES CONTROVERTIDAS DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.....	188
1.	¿CÚALES SON LOS REQUISITOS FORMALES Y FISCALES DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO PARA LA ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL NUEVA?.....	188
2.	EN CASO DE AMPLIACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO, ¿ESTAMOS ANTE UNA NOVACIÓN O UN NUEVO PRÉSTAMO? 192	
A.	Postura de la Dirección General de Registros y del Notariado:.....	192
B.	Conclusión:	208

3.	¿CÚALES SON LAS ACCIONES DEL HIPOTECANTE NO DEUDOR?.....	210
	A. Sentencias del Tribunal Supremo:	210
	B. Conclusión:	218
VII.	TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA:.....	219
1.	LEGITIMACIÓN PASIVA DE LOS FIADORES EN UN PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA.....	296
VIII.	MALAS PRÁCTICAS BANCARIAS EN RELACIÓN A LOS CONSUMIDORES/EXAMEN ESPECIAL DE LA TRASPARENCIA....	299
1.	ESPECIAL REFERENCIA AL DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA: CONTROL DE INCLUSIÓN O “TRANSPARENCIA DOCUMENTAL” Y CONTROL DE COMPENSIBILIDAD O “TRANSPARENCIA REAL”.....	314
IX.	DERECHO COMPARADO, ALTERNATIVAS EN OTROS PAISES, SISTEMAS DE ORGANIZACIÓN JURÍDICA DE LA PROPIEDAD INMUEBLE:.....	347
1.	ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO INGLÉS	350
2.	BREVE ALUSIÓN A OTROS DERECHOS, COMO EL ALEMÁN Y EL SUIZO.....	376
	A. Derecho alemán.....	376
	B. Derecho suizo.....	379
3.	CONCLUSIÓN:	381
X.	CONCLUSIONES.....	382
XI.	PROPUESTAS DE LEGE FERENDA	387
XII.	ANEXO: LISTA DE RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE TRIBUNALES INFERIORES Y CONSULTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO:.....	392

XIII. NORMATIVA INDICADA EN LA TESIS:	410
A. NORMAS JURÍDICAS ESPAÑOLAS:	410
B. NORMAS JURÍDICAS EUROPEAS.....	420
C. NORMAS JURÍDICAS EXTRANJERAS:	421
XIV. BIBLIOGRAFÍA.....	423
A. DOCTRINA ESPAÑOLA.	423
B. DOCTRINA EXTRANJERA:	442

I. OBJETO DE LA TESIS

La presente tesis tiene por objeto tratar uno de los grandes problemas jurídicos y sociales existentes en el seno de la actualidad española. Todo ello trae su origen del boom inmobiliario años atrás al 2007, y con ello la ilusión inversionista con el consiguiente endeudamiento de muchos españoles para adquirir sus viviendas.

En el citado boom se construyeron muchas viviendas por la demanda de compradores que ansiaban tener una vivienda propia, y cuyo objetivo estaba al alcance de casi todos, gracias a la facilidad para conseguir un préstamo hipotecario que la entidad bancaria ofrecía sin restricciones, de forma absolutamente temeraria. Para su obtención, no era necesario disponer de ingresos elevados, ni siquiera adecuados para la satisfacción de la cuota mensual del préstamo hipotecario, ni tampoco unos ahorros para hacer frente al pago de una parte del precio, ya que las tasaciones de los citados inmuebles eran tan elevadas, que se llegaba a conceder el dinero no sólo para el coste de la vivienda sino también para reformas de la misma, y las entidades bancarias tenían la seguridad de que en caso de que el impago se produjera, una vez tuviera lugar la ejecución hipotecaria y subasta pública, el valor del inmueble siempre sería superior a la deuda pendiente de pago y su crédito quedaría garantizado.

Sin embargo, la situación cambia con la crisis drásticamente, a partir del año 2007 con el estallido de la *“burbuja inmobiliaria”*, siendo muchos los ciudadanos los que en ese momento compraron su vivienda a precios elevados y que se ven imposibilitados para el pago de la deuda hipotecaria con posterioridad, dado que con la disminución de los precios y tras la ejecución hipotecaria, la entidad bancaria suele adjudicarse el bien hipotecado por un precio muy inferior al de tasación, no llegando a cubrir la totalidad

de la deuda, y dejando al comprador sin vivienda y con una exorbitante pendiente deuda de dinero.

Son muchas las noticias que se hacen eco de este problema desembocando en muchas ocasiones en un final trágico.

La hipoteca inmobiliaria no deja de ser un derecho real que recae sobre un bien inmueble y en garantía del estricto cumplimiento de una obligación permitiendo a la parte acreedora que promueva la venta del citado bien, en el supuesto de incumplir la obligación principal.

Y es que lo cierto y verdad los procedimientos de ejecución hipotecaria, hasta hace bien poco, otorgaban un trato favorable a la parte acreedora, en perjuicio del deudor hipotecario, que veía en un espacio de tiempo corto cómo llegaba a perder su vivienda en beneficio del banco y continuaba siendo deudor de la misma.

Procedimientos de ejecución hipotecaria que acaban en la subasta del bien (que fue dado en garantía), con la particularidad de que si no existen postores, lo cual es más que frecuente, el acreedor (entidad bancaria) puede adjudicarse el bien por una parte de su valor, el cual está ya especificado en la propia escritura hipotecaria, quedando pendiente la posibilidad de reclamar al deudor el resto de la deuda con los intereses de demora, con la correspondiente sujeción a la responsabilidad patrimonial universal e ilimitada, de acuerdo con el artículo 105 de la Ley Hipotecaria. Situación ésta prácticamente imposible de hacer frente por los deudores en la actualidad.

A fin de solventar esta situación se ha elaborado numerosa normativa que trataremos en la presente tesis. Medidas legislativas que vienen a establecer una protección dirigida a los deudores que se encuentren en lo que se ha venido a denominar “*umbral de*

exclusión”. Para ello deberán concurrir un conjunto de requisitos, contemplándose la posibilidad de LA DACIÓN EN PAGO.

Así, interesa citar el Real Decreto 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 a los deudores hipotecarios, Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, entre otras.

La DACIÓN EN PAGO (*datio pro soluto*) no es más que un modo de extinción de la obligación contraída en la que el deudor hace entrega del inmueble objeto de hipoteca al acreedor, en virtud de la cual queda saldada la deuda.

ALBALADEJO también define la dación en pago como un acto del deudor por el cual realiza, a título de pago, una prestación distinta de la debida, al acreedor, quien consiente en recibirla en sustitución de ésta¹.

¹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: “Extinción de las obligaciones”, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela judicial - Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 423.

Con igual criterio, se pronuncia O'CALLAGHAN al considerar la dación en pago como aquel negocio jurídico bilateral por el que el acreedor y deudor acuerdan que el pago se realice con una prestación distinta de la que era objeto de la obligación².

En nuestro ordenamiento jurídico esta figura sólo se contempla en la legislación hipotecaria, concretamente en el artículo 140, en el que cabe que las partes (acreedor y deudor) lo pacten previamente. Fuera de los supuestos previamente pactados en la hipoteca, no se altera el régimen de responsabilidad personal ilimitada del artículo 1.911 del Código Civil.

Aunque en la actualidad, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, regula la dación en pago en el Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, dicha medida es subsidiaria a otras medidas de reestructuración como la quita o el incremento del plazo de devolución y sólo aplicable cuando el deudor esté sito en el umbral de exclusión.

La dación en pago, como se ha indicado con anterioridad, también puede tener lugar, además del pacto con la entidad bancaria para la cancelación del crédito, porque se haya pactado de una manera expresa en la escritura de hipoteca, en caso de incumplimiento en el pago.

Fuera de estos casos, los Tribunales han acordado lo que podría denominarse “dación en pago judicial”, entre otros, Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2ª, de 17 de diciembre de 2010, Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real,

² O'CALLAGHAN: “Compendio de Derecho Civil”, Tomo II, Derecho de obligaciones, Dijusa, 2008, pág. 137.

Sección 2ª, de 17 de enero de 2011, Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3ª, de 1 de febrero de 2012, etc.

Dichas resoluciones judiciales argumentan su fallo en la doctrina del abuso del derecho y de los actos propios. También se atiende a la cláusula “*rebus sic stantibus*”, cláusula que se entiende implícita en todos los contratos, permitiendo que el Juzgador, en función de las circunstancias que particularmente rodean cada caso en concreto, proceda a modificar el vínculo de la obligación, ya sea por defecto o alteración del negocio ya sea por la pérdida del equilibrio de las prestaciones. No obstante, el Tribunal Supremo es sumamente prudente y cauteloso a la hora de aplicar esta posibilidad, dada la alteración de los principios “*pacta sunt servanda*” y seguridad jurídica, exigiendo la concurrencia de los siguientes extremos:

a) Alteración extraordinaria de los escenarios existentes en el preciso instante del cumplimiento en comparativa con los que tuvieron lugar en la celebración del contrato.

b) Desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de las partes del contrato, rompiendo el equilibrio en las prestaciones.

c) Carácter sobrevenido de las circunstancias imprevisibles.

d) Modificación de las prestaciones.

Así, cabe citar Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil número 129/2001, de fecha 20 de febrero de 2001, de 16 de octubre de 1989 y 6 de octubre de 1987, entre tantas.

Como consecuencia de todo lo expuesto, los problemas sociales no han dejado de surgir y las entidades bancarias han sido y son, en muchas ocasiones, conscientes de la situación creada.

Son varias las publicaciones que reflejan esta actitud y que vienen a reiterar los grandes logros conseguidos con la nueva normativa, en concreto, con la aplicación del Código de Buenas Prácticas.

Ejemplos de tales publicaciones son las siguientes:

“En el último trimestre de 2013 la banca aceptó 397 daciones en pago con extinción completa de la deuda hipotecaria³

22/04/2014

En dicha noticia se viene a reconocer la labor que está llevando a cabo la banca concediendo daciones en pago con la consiguiente extinción absoluta de la deuda, impidiendo episodios dramáticos con los desahucios. Se viene a resaltar que los motivos por los cuales principalmente se deniega la solicitud son la ausencia de presentación necesaria y la renuncia del cliente.

En concreto, en el año 2014 una familia sita en Andalucía con un hijo que sufría epilepsia de tan sólo seis años y amenazada de desahucio logró la dación en pago⁴, como así consta en la siguiente publicación:

“Una familia con niño epiléptico y amenazada de desahucio logra la dación en pago.

³ Publicación aranzadi insignis,
https://insignis.aranzadigital.es/maf/app/delivery/offload/get?_=1455096992309

⁴ Publicación de aranzadi insignis,
https://insignis.aranzadigital.es/maf/app/delivery/offload/get?_=1455096964032

28/10/2014

Una familia de Sevilla con un niño epiléptico de sólo seis años de edad habría eludido el procedimiento de desahucio que pendía sobre ella, después de que la entidad financiera con la que había concertado el préstamo hipotecario de su vivienda accediese a solucionar el impago de las cuotas a través de la dación en pago de la vivienda y la negociación de un “alquiler social”.

Así, con el Decreto Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad y Reducción de Carga Financiera y otras medidas de orden social, de fecha 27 de febrero de 2015, se incluye la medida de la dación en pago como último recurso siempre que el deudor se someta a un plan de pagos⁵. En concreto, así se reconoce en la siguiente publicación:

“El Gobierno aprueba la dación en pago como último recurso siempre que el deudor se someta a un plan de pagos.

2/3/2015

El Consejo de Ministros aprobó este viernes la dación en pago como último recurso siempre que los deudores se comprometan a seguir un plan de pagos durante cinco años para el abono de las deudas de las que no han sido exonerados, una condición de la que se excluyen los créditos públicos y por alimentos (pensiones alimenticias)”

Otra noticia también relevante acerca del Código de Buenas Prácticas es la siguiente:

⁵ Publicación de aranzadi insignis,
https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/delivery/offload/get?_=1455096937539

“El Código de Buenas Prácticas ha permitido a 23.640 familias reestructurar su deuda hipotecaria o la dación en pago”⁶

27/10/2015

En esta noticia se viene a indicar muchas de las familias incursas en riesgo de exclusión social han podido reestructurar su deuda, la dación en pago e incluso una quita. Además, el Fondo Social de Viviendas ha logrado adjudicar hasta 4.000 viviendas y se ha procedido a la suspensión de muchos desahucios, en concreto, 17.551.

También ha sido muy llamativo la ausencia de información de la cláusula suelo por las entidades bancarias cuando se suscribía un préstamo hipotecario, pues como dice el portal inmobiliario idealista.com, en noticia publicada el 5 de octubre de 2011, en el 87% de los casos las entidades bancarias no informaban a sus clientes de las cláusulas suelo. Así la citada noticia⁷ viene a reconocer que el 40% de los que han suscrito una hipoteca no fueron informados íntegramente y con detalle sobre el tipo de interés que se iba a aplicar en el préstamo hipotecario y la forma de revisión previa a la suscripción del mismo. Tanto es así, que el 27% de los que realizaron la encuesta dicen no saber si su préstamo constituido con hipoteca cuenta con una cláusula suelo o no.

Esta cláusula ha sido el mecanismo empleado por las entidades bancarias para eludir el descenso de sus beneficios ante una previsible bajada de los tipos de interés, permitiéndole separarse de las directrices fijadas por el mercado y repercutir el riesgo empresarial al consumidor, desnaturalizando un préstamo hipotecario “vendido” a la

⁶ Publicación de aranzadi insignis, http://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/delivery/offload/get?_=1455096908481

⁷ Puede consultarse el mencionado artículo en la siguiente dirección: <http://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2011/10/05/353654-la-banca-oculto-la-clausula-suelo-al-87-de-los-hipotecados-segun-facua>.

parte actora como de tipo de interés variable cuando realmente se ha comportado como de tipo fijo se tratase.

Otro tema también muy en boga es el asunto relativo a los gastos hipotecarios⁸ que los prestatarios se vieron forzados a asumir para poder conseguir un préstamo hipotecario.

En realidad, es la entidad bancaria la interesada en la constitución de la hipoteca a su favor, para lo cual se exige necesariamente que el contrato conste en escritura pública y que se inscriba en el Registro de la Propiedad tras liquidar el impuesto correspondiente como requisito previo a la inscripción; con ello la entidad financiera dispone de título ejecutivo suficiente. Así, por imposición e interés exclusivo de la entidad bancaria que se obliga el prestatario hipotecante a incurrir en una serie de gastos cuya satisfacción le venían atribuidos a la entidad financiera.

En este sentido, Agüero Ortiz⁹ matiza que *“lo que ocasiona la intervención notarial y registral no es la concesión de un préstamo (que no exige constitución en escritura pública, ni tiene acceso al registro de la propiedad), sino la constitución de la garantía real hipotecaria. De este modo comprendemos que, ni siquiera una distribución*

⁸ Tal como se pronunció el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 respecto a la cláusula suelo y en su Sentencia número 705/2015, de 23 de diciembre de 2015 respecto a la cláusula de gastos, vulnerándose lo dispuesto en Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Consecuentemente, las referidas cláusulas son nulas, al amparo de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. Por consiguiente, deberá restituirse al consumidor las cantidades abonadas de más por aplicación de la cláusula suelo y las facturas correspondientes a los gastos hipotecarios, con los intereses legales correspondientes computados desde la fecha de cada cobro. Para el caso de la cláusula suelo, el Banco deberá recalcular y rehacer, con exclusión de dicha cláusula, los cuadros de amortización del préstamo hipotecario suscrito, contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado. Igualmente en el caso de gastos hipotecarios, el Banco deberá abonar al prestatario las cantidades devengadas y sufragadas en concepto de honorarios notariales y de registro, impuesto de actos jurídicos documentados y cualesquiera otros que corresponda abonar y que fueron soportados por el deudor hipotecario, más los intereses legales correspondientes desde la fecha de cada cobro.

⁹ AGÜERO ORTIZ: “Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios. No son solo abusivos los gastos comprendidos en la sentencia de 23 de diciembre de 2015 (gastos, efectos y plazos)”, Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla la Mancha 13 de enero de 2017, pág. 7.

equitativa de estos gastos eludirían la sanción de nulidad (...), pues la titulación es solicitada por el acreedor garantizado, interesa a éste y, a la postre, es quien recibe la primera copia de la escritura; y, por lo que respecta a los gastos de registro, es precisamente aquél en cuyo favor se inscribe el derecho y quien se encarga de inscribir el derecho en el Registro de la Propiedad”.

Actualmente existe un órgano neutral efectivo previo al procedimiento de ejecución hipotecaria que favorece las relaciones inter partes (Banco/cliente), al que los consumidores pueden acudir, aunque es prácticamente desconocido por los particulares. Dicho órgano deberá velar porque se cumpla la ley y que la información precontractual y contractual sea suministrada¹⁰.

¹⁰ En la actualidad, existe el llamado “mediador hipotecario” puesto a disposición por las Administraciones Públicas, que tiene como finalidad evitar la ejecución hipotecaria, reducir el sobreendeudamiento y que el ciudadano no pierda su vivienda habitual.

Así las cosas, la negociación debe tener lugar en un ambiente de igualdad debiendo el mediador comprobar que la reestructuración de la deuda es de interés para la economía del deudor hipotecario y la inexistencia de cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario.

Dicho servicio de mediación hipotecaria aparece anunciado en la página de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en concreto inserto en la Consejería de Fomento e Infraestructuras, Dirección General de Ordenación del Territorio, Arquitectura y Vivienda.

Los destinatarios son la ciudadanía y las personas físicas propietarias y avalistas de viviendas hipotecadas que se encuentren en riesgo de desahucio y cumplir con una serie de requisitos.

Los beneficiarios deberán probar estos requisitos, debiendo completar una solicitud con sus datos personales, económicos y el estado de la hipoteca.

Todos estos datos han sido recogidos de: [https://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=397&IDTIPO=240&RASTRO=c672\\$m2469](https://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=397&IDTIPO=240&RASTRO=c672$m2469)

En definitiva, ya sea la mediación hipotecaria en la Región de Murcia como la que se constituya en cualquier otra comunidad autónoma, los principios que deben consagrarse son los siguientes:

- Independencia.
- Transparencia.
- Eficacia.
- Equidad.
- Legalidad.
- Libertad.

Las soluciones que se pueden alcanzar con la mediación hipotecaria son varias, entre las que podemos resaltar las siguientes: (i) subrogación del préstamo hipotecario mediante la venta de la vivienda a un tercero; (ii) pagar el deudor las cantidades pendientes de pago a fin de evitar un procedimiento judicial de ejecución hipotecaria; (iii) concesión de una quita por el Banco al consumidor; (iv) modificar las condiciones/requisitos del préstamo logrando la reestructuración del mismo; (v) dación en pago, cancelando absolutamente la deuda; (vi) venta del inmueble por el prestatario y no el prestamista; (vii) suspensión del lanzamiento mientras el deudor hipotecante consigue encontrar otra vivienda; (viii) otras decisiones en las que se pueda reducir el sobreendeudamiento hipotecario.

Aunque esta figura goza de numerosas ventajas tales como facilitar al deudor hipotecario una protección y un control de cláusulas abusivas en su contrato, no debemos olvidar que los requisitos para acceder a

No, sin más preámbulo, pasamos a examinar la normativa relacionada con la dación en pago en los procedimientos de ejecución hipotecaria, así como las cláusulas abusivas en las escrituras de préstamo hipotecario (tales como las relativas a las cláusulas suelo, de gastos hipotecarios y de vencimiento anticipado, entre otras), y las malas prácticas bancarias utilizadas.

ella están tasados y son más de uno, por lo que deja fuera muchos deudores hipotecarios que si bien no cumplen tales condiciones tienen iguales derechos para resultar protegidos.

II. REGULACIÓN DE LA DACIÓN EN PAGO EN LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS

1. RÉGIMEN JURÍDICO. REAL DECRETO-LEY 6/2012, DE 9 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS.

El Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, *“ha introducido de forma tímida la aplicación de la dación en pago en las ejecuciones hipotecarias, pero recogida dentro de un Código de Buenas Prácticas que es de adhesión voluntaria para las entidades bancarias¹¹”*.

El citado Real Decreto-Ley de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos¹², tenía por objetivo fijar medidas de reestructuración de la deuda hipotecaria para todos aquellos que se encontraran con dificultades extraordinarias para hacer frente al pago de la misma, y mecanismos de flexibilización para las ejecuciones hipotecarias.

Dicho Real Decreto ha sufrido últimamente modificaciones por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en lo relativo a su ámbito de aplicación y las condiciones de las medidas que podrían tener lugar, así como por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, y últimamente el Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, entre otras.

¹¹ ÁLAMO GONZALEZ, Daniel P: “La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias. El control judicial del equilibrio contractual”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 18.

¹² Tener en cuenta Resolución de 29 de noviembre de 2012, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (BOE 8 de diciembre de 2012).

En primer lugar, de acuerdo con el artículo 2 del Real Decreto-Ley, las medidas previstas en el mismo serán aplicadas a aquellos contratos de préstamo o también de crédito que estén garantizados con hipoteca inmobiliaria y la parte deudora este sita en el citado umbral de exclusión y que, además, se encuentren vigentes a su entrada en vigor, y a los que suscribieron contrato de fianza o aval hipotecario respecto de la vivienda habitual y con idénticas condiciones que las fijadas para el deudor de la hipoteca. La norma propone la adhesión de las entidades financieras al Código de Buenas Prácticas¹³.

Se encuentran situados en el umbral de exclusión aquellos deudores hipotecarios sobre su vivienda habitual, cuando tengan lugar cada una de las siguientes circunstancias¹⁴:

“a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas. A estos efectos se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar.

El límite previsto será de cuatro veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas en caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, o de cinco veces dicho indicador, en el caso de que

¹³ COUSO: “La protección a los deudores hipotecarios y las posibilidades de los acreedores financieros. Las entidades financieras son las más interesadas en lograr un acuerdo novatorio”, Revista El Notario del siglo XXI, nº 44, julio-agosto 2012, págs. 28 a 31.

¹⁴ Artículo 3 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

un deudor hipotecario sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral.

b) Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, o hayan sobrevenido en dicho período circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

A estos efectos se entenderá que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5; salvo que la entidad acredite que la carga hipotecaria en el momento de la concesión del préstamo era igual o superior a la carga hipotecaria en el momento de la solicitud de la aplicación del Código de Buenas Prácticas.

Asimismo, se entiende que se encuentran en una circunstancia familiar de especial vulnerabilidad:

1º La familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente.

2º La unidad familiar monoparental con hijos a cargo¹⁵.

¹⁵ Anteriormente era con dos hijos a cargo, a partir del Real Decreto-ley 5/2017 se elimina el número mínimo de hijos.

3º La unidad familiar de la que forme parte un menor de edad¹⁶.

4º La unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente, para realizar una actividad laboral.

5º La unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral¹⁷.

6º La unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género¹⁸.

7º El deudor mayor de 60 años, aunque no reúna los requisitos para ser considerado unidad familiar según lo previsto anteriormente (letra a))

c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. Dicho porcentaje será del 40 por cien cuando alguno de dichos miembros sea una persona en la que concurren las circunstancias previstas en el segundo párrafo del apartado a).

A efectos de las letras a) y b) anteriores, se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida

¹⁶ Anteriormente se requería que fuera menor de tres años, ahora con el Real Decreto Ley 5/2017 se elimina el número de años.

¹⁷ Nuevo apartado incluido por el Real Decreto Ley 5/2017.

¹⁸ Nuevo apartado incluido por el Real Decreto Ley 5/2017.

una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

A fin de que resulten aplicables las medidas complementarias y sustitutivas del procedimiento de ejecución hipotecaria que regula el Código de Buenas Prácticas, se contienen una serie de exigencias a cumplir tales como:

- a. Que la totalidad de los que constituyen la unidad familiar no dispongan de otros bienes o derechos patrimoniales necesarios para asumir la deuda hipotecaria.
- b. Debe tratarse de un crédito o préstamo que se encuentre garantizado con hipoteca, la cual debe recaer sobre la vivienda (única) que sea propiedad del deudor/es y que fue otorgado para adquirir la misma.
- c. Que dicho crédito o préstamo no disponga de cualesquiera otras garantías, ya sean reales ya sean personales. Y si hubiera garantías personales, no existan más bienes o derechos del patrimonio que sean bastantes para cubrir la deuda objeto de hipoteca.
- d. Si hubiere codeudores que no estén dentro de la unidad familiar, deberán cumplir los requisitos citados con inmediata anterioridad.

Todos estos requisitos deberán ser acreditados por la parte deudora ante el acreedor a través de prueba documental, concretamente los siguientes:

- Percepción de ingresos por los que constituyen la unidad familiar:
- Número de personas que habitan la vivienda.
- Titularidad de los bienes:
- Declaración responsable del deudor/es relativa al cumplimiento de las condiciones exigidas para considerarse situados en el umbral de exclusión.

(Cada uno de estos apartados se analizará con más detalle en el epígrafe correspondiente).

Interesa destacar la novedad incluida en el artículo 3 bis, según el cual, los hipotecantes no deudores, avalistas o parte fiadora que estén sujetos en el umbral de exclusión podrán pedir que previamente el banco reclame al deudor, a pesar de que en la relación contractual hubieran renunciado de una manera expresa al beneficio de excusión.

La sujeción al Código de Buenas Prácticas por las entidades bancarias o cualquiera otra entidad de crédito u otra entidad que profesionalmente conceda préstamos o créditos hipotecarios otorgados para la compraventa de viviendas cuyo precio de adquisición no fuese superior de unos determinados valores tendrá lugar mediante adhesión voluntaria¹⁹.

La Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, así como la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social modifican el Anexo del Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.

A continuación, hacemos una breve referencia al Código ya que es objeto de estudio aparte en la presente tesis, debiendo diferenciar entre medidas previas, complementarias y sustitutivas de un procedimiento de ejecución hipotecaria:

¹⁹ Número 2 del artículo 5 redactado por el apartado dos del artículo 2 de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

- Medidas previas: reestructuración de deudas hipotecarias.

La parte deudora estará legitimada para reclamar y conseguir de la parte acreedora la reestructuración de la deuda objeto de hipoteca a fin de recuperar la viabilidad a medio y largo plazo.

- Medidas complementarias.

En el caso de que resulte inviable la medida anterior por la situación económica financiera del deudor, éste podrá pedir una quita en el capital pendiente de amortización. En ese caso, la entidad bancaria podrá admitir o repudiar esa quita en un plazo de un mes, cuyo cómputo inicial tendrá lugar a partir de que se haya acreditado la inviabilidad del plan de reestructuración.

- Medidas sustitutivas: dación en pago de la vivienda habitual.

Si no fuera viable el plan de reestructuración o las medidas complementarias mencionadas se regula en el Real Decreto-Ley la DACIÓN EN PAGO DE LA VIVIENDA HABITUAL, como medida sustitutiva de la ejecución hipotecaria.

Esta medida no resultará de aplicación en los supuestos en los que concurra un procedimiento de ejecución en los que haya tenido lugar el anuncio de la subasta o cuando el bien (en este caso la vivienda) fuera objeto de gravámenes con cargas posteriores²⁰, y así se viene a reiterar en el propio Anexo del Código de Buenas Prácticas.

Una vez transcurrido un año desde que tuvo lugar la solicitud de reestructuración, la parte deudora podrá solicitar la dación en pago de su vivienda habitual. Con la misma

²⁰ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I.; OLMEDO CARDENETE, M: “Desahucios y ejecuciones hipotecarias: un drama social y un problema legal”, Editorial: Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pág. 700.

se cancelará la deuda hipotecaria, y las responsabilidades personales de la parte deudora y terceros contra la entidad.

El deudor puede solicitar, en el instante que pide la dación en pago, permanecer en la vivienda como arrendatario durante 2 años, a cambio de satisfacer una renta anual del 3 por cien del importe total que tenga la deuda en el momento de la dación. Interesa advertir, no obstante, que el impago de la renta durante el plazo de los dos años devengará un interés de demora (10%).

Por otro lado, la dación en pago de la vivienda habitual está exenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas la ganancia patrimonial que se pueda generar en el deudor²¹.

La adhesión de la entidad de crédito al Código de Buenas Prácticas es de 2 años, siendo éstos prorrogables de forma automática anualmente, con la excepción de que hubiera una denuncia formulada expresamente por la entidad adherida, notificada a la Secretaria General del Tesoro y Política Financiera con un plazo mínimo de antelación de tres meses.

Por otro lado, también cabe indicar la prelación para acceder a las ayudas a los inquilinos que hubieran sido lanzados de su vivienda habitual como consecuencia de procedimientos de ejecución hipotecaria de ámbito judicial o extrajudicial posteriores al 1 de enero de 2012 o que hubieran formalizado contratos de arrendamiento a consecuencia de la dación en pago²².

²¹ Artículo 10. Modificación de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

²² Artículos 13 y 14. Preferencia para el acceso a las ayudas a los inquilinos y Personas sujetas a medidas de flexibilización hipotecaria.

También se regula en dicho Real Decreto el procedimiento de la ejecución extrajudicial²³ de la vivienda habitual del deudor, que tendrá lugar en una única subasta, en la cual servirá de tipo el que haya tenido lugar por pacto en la propia escritura hipotecaria, cuya adjudicación se hará a quién presente mejor postura, en el caso de que se hubieran presentado por un valor igual o superior al 70% del valor por el que el bien salió a subasta.

Si dicha postura llegase a resultar inferior a dicho 70%, el deudor estará habilitado para presentar, en un plazo de 10 días, un tercero que venga a mejorar la postura.

En el caso de que no tuviera lugar la anterior situación, una vez transcurrido el plazo, la parte acreedora tendrá la facultad de solicitar, en un plazo de 5 días, que se le adjudique la finca por importe igual o superior al 60% del valor tasado.

Si la parte acreedora no lo solicitara, la finca será adjudicada a aquél que presentó la mejor postura, siempre y cuando que lo ofrecido sea superior al 50% del valor de tasación o, cuando sea inferior, se cubra, como mínimo, la cuantía objeto de reclamación íntegramente.

En el caso de que en el momento de la subasta no apareciera ningún postor, la parte acreedora tendrá la facultad, en un plazo de 20 días, de solicitar la adjudicación por cuantía igual o superior al 60% del valor tasado.

Por último, hacer constar que la modificación del contrato de préstamo supone la novación del mismo, cuya escritura pública quedará exenta de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de actos jurídicos documentados del Impuesto

²³ Artículo 12. Procedimiento de ejecución extrajudicial.

sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados²⁴. Los derechos arancelarios notariales y registrales derivados de la cancelación de hipoteca en pago del deudor hipotecario se bonificarán en un 50 %, sin que el deudor tenga que abonar coste adicional a la entidad financiera que adquiere libre de carga hipotecaria, la titularidad del bien hipotecado²⁵.

Con la Ley 1/2013, de 14 de mayo se estableció la suspensión inmediata por dos años de los desahucios de aquellas familias en riesgo de exclusión social. Dicha suspensión se aplicaba a los procesos judiciales de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial en la que el acreedor se adjudicaba la vivienda habitual de aquellas personas.

Con el Real Decreto-Ley 5/2017, de 17 de marzo, se amplía el plazo adicional por tres años, hasta mayo de 2020.

Por último, indicar que el Real Decreto-Ley 5/2017, de 17 de marzo ha incluido en el Real Decreto Ley 6/2012 la posibilidad de alquiler en el supuesto de ejecución del inmueble (vivienda habitual), que es objeto de estudio en epígrafe aparte, concretamente en el apartado titulado *“Especial referencia al código de buenas prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual”*.

2. EL ARTÍCULO 140 DE LA LEY HIPOTECARIA.

Si bien el artículo 105 de la Ley Hipotecaria señala que la hipoteca puede constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y que *“no alterará la responsabilidad personal*

²⁴ Artículo 8 Modificación del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

²⁵ Artículo 11 Bonificación de derechos arancelarios

ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil”, dicha regla tiene una excepción en el artículo 140 de la Ley Hipotecaria, como veremos a continuación.

El acreedor conserva la acción personal contra el deudor pudiendo hacerla efectiva sobre cualquiera de los bienes integrantes del patrimonio de éste, y la acción real sobre los bienes especialmente hipotecados, aunque éstos pertenezcan a un tercero (hipotecante no deudor o tercer poseedor).

De acuerdo con el régimen dispositivo para las garantías hipotecarias establecido en el artículo 140 de la Ley Hipotecaria, cuando las mismas se pacten en préstamos no se alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor, que señala el artículo 1911 del Código Civil. Es decir, con la perfección del negocio del préstamo, el prestatario hipotecado otorga al prestamista la facultad de cobrarse ya sea con el valor de realización del bien inmueble ya sea con el del resto de bienes de su patrimonio. No obstante, dicha atribución de facultades tiene un carácter dispositivo, en concreto así se señala en el artículo en los siguientes términos:

“No obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados.

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

Cuando la hipoteca así constituida afectase a dos o más fincas y el valor de alguna de ellas no cubriese la parte de crédito de que responda, podrá el acreedor repetir por la

diferencia exclusivamente contra las demás fincas hipotecadas, en la forma y con las limitaciones establecidas en el artículo 121”, esto es, sin prelación.

En el examen del artículo 140 de la Ley Hipotecaria podemos distinguir su naturaleza, requisitos y efectos:

- Naturaleza

Dicho artículo, introducido por la reforma de 1944, acoge la figura llamada HIPOTECA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA²⁶ que ha sido configurada diversamente por la doctrina:

1. LA RICA ve en ella una verdadera deuda real o de cosa, es decir, una figura semejante a la HIPOTECA INDEPENDIENTE del Derecho alemán, en la que la responsabilidad personal ha desaparecido, quedando sólo la afección real: el inmueble responde, y no la persona.
2. En cambio, ROCA, al que sigue la mayoría de la doctrina, entiende que la responsabilidad personal subsiste, si bien no es ya universal, sino limitada o concretada al valor de los bienes hipotecados, de tal manera que, aunque pueda producir los mismos resultados prácticos de la hipoteca independiente, no se confunde con ella: en ésta hay una total abstracción del crédito, mientras que en la figura del artículo 140 de la Ley Hipotecaria el crédito está íntimamente unido a la hipoteca.

²⁶ CALLEJO CARRIÓN, Soraya: “Ejecución hipotecaria: cuestiones prácticas”, La Ley, Madrid, 2015, pág. 564.

- Requisitos

Para ROCA SASTRE, el artículo 140 de la Ley Hipotecaria, en cuanto excepcional, debe interpretarse restrictivamente, y en consecuencia, el pacto de limitación para su validez, habrá de reunir estos requisitos:

- a. Que se estipule al tiempo de constitución de la hipoteca, no después²⁷.
- b. Que se trate de hipotecas voluntarias, excluyendo las legales.
- c. Y que la hipoteca se constituya en garantía de préstamos hipotecarios.

- Efectos

Señala ROCA que la consecuencia fundamental que produce el referido pacto es la producción de un vínculo o unión del débito y la hipoteca, pues tanto la responsabilidad personal como la real recaen sobre la misma cosa.

El débito se concentra en la propia finca y la sigue funcionalmente a la manera de una obligación *propter rem*, de suerte que el posterior adquirente de la finca gravada se convierte automáticamente en deudor personal del crédito objeto de garantía, con una responsabilidad personal concretada al importe del bien hipotecado. Se produce, pues, una asunción de deuda sin necesidad del consentimiento del acreedor en cada caso, pues este consentimiento ya se prestó, tácitamente al menos al otorgar el pacto de concreción de responsabilidad personal.

Sigue diciendo ROCA que si no se diera ese juego de asunción automática de deuda en cada adquirente de la cosa gravada, la enajenación de ésta, salvo que en cada caso se pactase cláusula especial de asunción de deuda, provocaría la ineficacia de la obligación garantizada y, por consecuencia, la inoperancia de la hipoteca, ya que la misma no

²⁷ ROCA SASTRE MUNCUNICH, Luis; ROCA SASTRE, Ramón María; BERNÁ I XIRGO, Joan: “Derecho Hipotecario. Tomo IX”, Editorial Bosch, diciembre 2008, pág. 65.

podría hacerse efectiva por acción personal ni contra el tercer poseedor ni tampoco contra los demás bienes del deudor originario, por impedirlo el artículo 140 de la Ley Hipotecaria.

Y como consecuencias de la tesis expuesta, señala ROCA²⁸ las siguientes:

1. Queda excluida toda posibilidad de que exista un hipotecante no deudor, ya que, en rigor, cuando el que ostenta la propiedad de una vivienda constituye la hipoteca sobre ella, en realidad la deuda se convierte en propia.
2. Tampoco puede darse la figura del tercer poseedor de la finca hipotecada, pues todo adquirente asume automáticamente la deuda garantizada.
3. La ampliación de la hipoteca (artículo 115 de la Ley Hipotecaria) se podrá exigir por la parte acreedora sobre los bienes constituidos en hipoteca, y no otros que la parte deudora tuviere.
4. El crédito personal se encuentra íntimamente relacionado con la cosa misma, de modo que la pérdida de ésta extingue la obligación asegurada.
5. La extinción de la hipoteca por realización del valor de la cosa gravada debe provocar también la extinción del crédito, aunque no se haya cubierto el importe de la obligación garantizada (si bien, en este punto hay que tener en cuenta el último párrafo del artículo 140 antes expuesto).

Interesa destacar que la redacción de dicho artículo tuvo lugar en la reforma del texto de la Ley Hipotecaria en 1944 tal como se ha indicado, período de nuestra historia alejado de crisis económicas y de experimentos financieros, en el que se concedieron beneficios para todas aquellas personas que sólo querían ver afectados determinados

²⁸ ROCA SASTRE, R.M./ROCA SASTRE MUNCUNILL, L.: “Derecho hipotecario”, T. IV, 2º, Barcelona, 1979, pág.279.

bienes al cumplimiento de sus propias obligaciones, de tal modo que quedaba beneficiada la posición del deudor, sin perjuicio alguno a sus acreedores.

Sin embargo, la realidad ha sido bien distinta puesto que son inexistentes o muy pocos los préstamos hipotecarios concedidos con responsabilidad limitada a particulares para la adquisición de su vivienda ya que los prestatarios no vislumbraban una bajada en el valor de los inmuebles.

Por tanto, cuando tenga lugar la contratación de un préstamo hipotecario debe tenerse en cuenta la información suministrada así como la posibilidad de pactar un límite de responsabilidad sujeto únicamente al bien inmueble objeto de garantía²⁹.

Y es que lo cierto y verdad cuando los deudores ahora actuales suscribieron la deuda a través de un préstamo hipotecario en una situación económica, social y familiar muy diferentes a las de ahora, nada les hacía presagiar que el incumplimiento iba a tener lugar por circunstancias, en muchos casos, ajenas a su propio control. Por lo que conviene analizar qué responsabilidad incumbe a tales personas. Así el artículo 1.105 del Código Civil señala que *“fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieren podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”*.

En consecuencia, para que dicho artículo sea aplicable será necesario que el incumplimiento haya tenido lugar por un impedimento que resulte ajeno a la persona deudora, ha de tratarse de un hecho, en este caso la crisis, que al contratar, no fuera

²⁹ ZURITA MARTÍN, Isabel: “Préstamo hipotecario, ejecución y dación en pago”, La Ley, 2014, pág. 37.

previsible y debe ser motivado por un impedimento que no hubiera podido ser evitado, si hubiera actuado con la diligencia de un buen padre de familia.

Por ello, si bien los profesionales financieros si tenían conocimiento de la crisis que tendría lugar en España, con la quiebra producida por Lehman Brothers, poco podía imaginar un ciudadano de a pie lo que llegaría a suceder y en la situación de pobreza que podría padecer privándole de un bien fundamental como es la propia vivienda, por tanto, tales deudores deberían quedar liberados de su responsabilidad conforme a dicho artículo.

De ahí que dicha responsabilidad patrimonial universal e ilimitada del deudor debería contener alguna excepción atendiendo a las circunstancias de índole económico en el que está inserta la sociedad y gran parte de los ciudadanos, limitando por tanto la misma a determinados bienes y no al patrimonio entero de una persona evitándole la prosperidad y con ello la de los demás miembros de la familia, en concreto la de su capacidad productiva

3. ASPECTOS REGLADOS POR EL DERECHO.

A. Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

El objeto fundamental de este Real Decreto era la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables, en procesos judiciales o

extrajudiciales de ejecución hipotecaria, durante un plazo de dos años a contar desde su entrada en vigor³⁰.

En este sentido, se manifiesta el profesor Nuñez Iglesias indicando que *“la obligación garantizada con la vivienda objeto de la ejecución tiene que ser un préstamo o crédito concedido para la adquisición de la misma. Con esta limitación se dejan fuera de la medida las viviendas que, sufriendo ejecución, fueran garantía de una deuda de naturaleza empresarial o de una deuda ajena, normalmente la deuda de un hijo o un familiar. Esta limitación no se compadece con el espíritu y finalidad de la norma, que es evitar que determinadas personas en situación de necesidad o, como se dice ahora, de vulnerabilidad, hayan de desalojar su hogar, debiendo ser indiferente el origen de la deuda. También quedan fuera las obligaciones garantizadas con fianza o aval, aunque, por incumplimiento del fiador o avalista se haya podido embargar y subastar, en el correspondiente procedimiento, su vivienda³¹”*.

Serán supuestos de especial vulnerabilidad los siguientes³²:

1. Familia numerosa.
2. Unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo.
3. Unidad familiar en la que uno de los miembros sea un menor de 3 años.
4. Unidad familiar en la que uno de sus miembros tenga discapacidad declarada superior al 33%, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite de forma acreditada y permanente para el ejercicio de una actividad laboral.

³⁰ CASADO ROMÁN: “Análisis procesal del Real Decreto-Ley de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios”, Diario La Ley, núm. 7991, 27 de diciembre de 2012.

³¹ NUÑEZ IGLESIAS, Álvaro, ESCARTIN IPIÉNS, Antonio; MARTOS CALABRÚS, María Angustias: “La protección del deudor hipotecario: aproximación a la Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social”. Editorial: Granada, Comares, 2014, pág. 197.

³² Artículo 1.2 del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

5. Unidad familiar en la que la parte deudora hipotecaria está en situación de desempleo y además haya agotado las prestaciones por el mismo.
6. Unidad familiar con la que, en la misma vivienda, convivan una o más personas que se encuentren unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y esté en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente, ya sea temporal ya sea permanente, para la realización de un ejercicio laboral.
7. Unidad familiar en la que exista una víctima de violencia de género, si la vivienda objeto de lanzamiento constituye su domicilio habitual.

Pero además de lo anterior, será necesaria una serie de circunstancias económicas para que pueda tener lugar la suspensión de los lanzamientos. En concreto, las siguientes:

- Que los ingresos de la totalidad de la unidad familiar no sea superior al límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples.
- Que, durante los cuatro años anteriores a la solicitud, la unidad familiar haya padecido una alteración relevante de sus circunstancias a nivel económico, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda.
- Que la cuota resultante de la hipoteca sea superior al 50% de los ingresos netos que reciba la totalidad de los miembros de la familia.
- Y, por último, que la hipoteca recaiga sobre la única vivienda que sea propiedad del deudor y que haya sido concedida para adquirir la misma.

La trascendencia de esta previsión normativa es indudable, pues garantiza que durante este período de tiempo, los deudores hipotecarios especialmente vulnerables no puedan ser desalojados de sus viviendas, con la confianza de que, a la finalización de este

período, habrán superado la situación de dificultad en que se puedan encontrar en el momento actual³³.

Conviene indicar lo que el Real Decreto Ley entiende por “*alteración significativa de las circunstancias*” y por “*unidad familiar*”.

Alteración significativa de las circunstancias económicas: Se produce cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5³⁴.

Unidad familiar: Está constituida por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar³⁵.

Interesa indicar que las circunstancias citadas deberán ser acreditadas mediante la presentación de los documentos relativos a la percepción de ingresos por los miembros de la unidad familiar³⁶, número de personas que habitan la vivienda³⁷, titularidad de los

³³ Extractos de la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

³⁴ Artículo 1.4. a. del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

³⁵ Artículo 1.4. b. del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

³⁶ Los documentos para acreditar la percepción de ingresos por los miembros de la unidad familiar son (artículo 2. a. del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios): “1. *Certificado de rentas, y en su caso, certificado relativo a la presentación del Impuesto de Patrimonio, expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria con relación a los cuatro últimos ejercicios tributarios.*

2. *Últimas tres nóminas percibidas.*

3. *Certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones, en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios por desempleo.*

4. *Certificado acreditativo de los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las Comunidades Autónomas y las entidades locales*

5. *En caso de trabajador por cuenta propia, se aportará el certificado expedido por la Agencia Estatal de Administración tributaria o, si estuviera percibiendo la prestación por cese de actividad, el certificado expedido por el órgano gestor en el que figure la cuantía mensual percibida”*

³⁷ Los documentos para acreditar el número de personas que habitan la vivienda son (artículo 2.b. del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios): “a. *Libro de familia o documento acreditativo de la inscripción como pareja de*

bienes³⁸ y declaración responsable del deudor/es relativa al cumplimiento de los requisitos necesarios para estar considerado sito en situación de especial vulnerabilidad.

Interesa llamar la atención el Protocolo general (Región de Murcia) entre la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y el Tribunal Superior de Justicia, a través del Servicio Común Procesal General de Murcia, para la detección de supuestos de vulnerabilidad durante el procedimiento de ejecución hipotecaria (BORM, 30 de octubre).

Dicho Protocolo se estableció con la finalidad de establecer las bases de colaboración entre todos los organismos firmantes, para lograr que, en el transcurso de un procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, los funcionarios encargados del Servicio Común Procesal General de Murcia, logren identificar aquellas personas incursas en situación de especial vulnerabilidad³⁹.

En dicho Protocolo también se regulan los compromisos conjuntos de ambas partes y las obligaciones del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, así como la constitución de la Comisión de Seguimiento.

También se contiene en dicho Real Decreto una disposición adicional única relativa al Fondo Social de Viviendas propiedad de las entidades de crédito, en concreto se encomienda al Gobierno la promoción de dicho Fondo, a fin de ofrecer cobertura a todos aquellos que hubieran sido desalojados de sus viviendas habituales por consecuencia del

hecho; b. Certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda, con referencia al momento de la presentación de los documentos acreditativos y a los seis meses anteriores”

³⁸ Los documentos para acreditar la titularidad de los bienes son (artículo 2.c. del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios): “a. *Certificados de titularidades expedidos por el Registro de la Propiedad en relación con cada uno de los miembros de la unidad familiar; b. Escrituras de compraventa de la vivienda y de constitución de la garantía hipotecaria y otros documentos justificativos, en su caso, del resto de las garantías reales o personales constituidas, si las hubiere”.*

³⁹ BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2012.

impago de las cuotas de su préstamo hipotecario, y siempre que en ellos concurren las circunstancias para estar incurso en un supuesto de vulnerabilidad.

Además, interesa destacar la disposición transitoria única del Real Decreto Ley 27/2012, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Esta norma será de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de este real decreto-ley, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento”.

B. Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social

El día 15 de mayo de 2013 entró en vigor la citada Ley y fue publicada en el Boletín Oficial del Estado el mismo día. Dicha Ley ha quedado modificada por la Ley 25/2015, de 28 de julio, relativa al mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, así como por el Real Decreto-Ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social.

Se llega a indicar de esta Ley que es *“...un parche que no aborda ni las causas ni las consecuencias de las crisis en los patrimonios de miles de consumidores”*⁴⁰.

Vamos a examinar las modificaciones introducidas por la referida Ley:

⁴⁰ FERNÁNDEZ SEIJO, José María: “Un año después de la Sentencia del caso Aziz”, Revista Món Jurídico, nº 286, abril 2014.

1. Suspensión de los lanzamientos sobre inmuebles que sean viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables, con carácter excepcional y temporal, durante un plazo de siete años desde la entrada en vigor de esta norma. Esta disposición afecta a cualquier proceso de ejecución hipotecaria judicial o extrajudicial en el cual se hubiera adjudicado al acreedor o a una persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de aquellos que estén incurso en supuestos de especial vulnerabilidad y con las condiciones económicas exigidas en la norma.

Durante el transcurso de ese plazo, la parte ejecutada sita en el umbral de exclusión social puede pedir y conseguir de la parte acreedora ejecutante de la vivienda (que esté adherido al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual o el tercero que actúa por su cuenta) el alquiler de la vivienda en las circunstancias fijadas en el Anexo⁴¹.

La ley mantiene los supuestos de especial vulnerabilidad⁴² de conformidad con la redacción dada por la Ley 25/2015 y el citado Real Decreto Ley 5/2017, de 17 de marzo.

2. Se efectúa una importante **reforma del mercado hipotecario** a través de la modificación de las normas siguientes: Texto Refundido de la Ley Hipotecaria, según Decreto de 8 de febrero de 1946; Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado

⁴¹ Artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

⁴² Los supuestos de especial vulnerabilidad son:

1. Familia numerosa, de acuerdo con la legislación vigente.
2. Unidad familiar monoparental con hijos a cargo.
3. Unidad familiar de la que forme parte un menor de edad.
4. Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.
5. Unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo.
6. Unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral.
7. Unidad familiar en la que exista una víctima de violencia de género.
8. El deudor mayor de 60 años”.

hipotecario; Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la anteriormente citada Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

3. Se llevan a cabo diferentes **reformas en la Ley 1/2000, de 7 de enero**, de Enjuiciamiento Civil, con objeto de garantizar que la ejecución hipotecaria se realice de forma que tanto los derechos como los intereses de la parte deudora de la hipoteca resulten protegidos de forma adecuada, logrando la agilidad y flexibilidad del procedimiento de ejecución hipotecaria; entre dichas modificaciones, cabe destacar el establecimiento de permitir, en el hipotético caso de que tras un procedimiento de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual todavía existiera pendiente deuda, la condonación de una parte del pago de la deuda remanente, en el procedimiento de ejecución dineraria posterior, siempre que tenga lugar el cumplimiento de determinadas condiciones de pago; la inclusión de mejoras en el procedimiento de subasta y, finalmente, y como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto por la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo mercantil n.º 3 de Barcelona, mediante Auto de 19 de julio de 2011, proc. 13/2011 relativo a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, la introducción de una serie de modificaciones en el proceso de ejecución permitiendo al Tribunal que aprecie que alguna de las cláusulas sea considerada abusiva, proceda a dar audiencia a las partes por cinco días, acordando lo que estime pertinente en el plazo de los 5 días siguientes⁴³.

⁴³ ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles: “La protección del deudor hipotecario: Ley 1-2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social” Editorial Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pág. 177.

4. Otra modificación se realiza en el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios, así como el Código de

Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria

sobre vivienda habitual, como las siguientes:

– Se incrementa el ámbito de aplicación del citado Real Decreto, ampliando la aplicación de las medidas que en él se establecen a los avalistas hipotecarios respecto de su vivienda habitual, con los mismos requisitos que las establecidas para el deudor hipotecario.

– Se modifican los requisitos que han de cumplirse para entender deudor de un crédito o préstamo en garantía de hipoteca⁴⁴ situado en el «umbral de exclusión», siendo entre otros, los siguientes:

- Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no sea superior del límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), pudiendo ampliarse este límite hasta cuatro o cinco veces el IPREM, cuando se den los supuestos que señala la ley, como hemos indicado con anterioridad.
- Que, en los cuatro años anteriores a la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda⁴⁵.
- Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50% de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.

⁴⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar: “La dación en pago necesaria y la protección de los deudores hipotecarios tras las últimas modificaciones legislativas”, Revista Aranzadi de derecho patrimonial, número 39, 2016, págs. 27-64.

⁴⁵ Artículo 8. Dos de la Ley 1/2013, que modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

Además de las circunstancias antes expuestas para considerar al deudor hipotecario incurso en el «umbral de exclusión», la ley introduce cuatro requisitos adicionales que han de cumplirse a fin de que resulten aplicables tanto las medidas complementarias como sustitutivas que se contienen en el Código de Buenas Prácticas —quita en el capital pendiente de amortización y dación en pago de la vivienda habitual—, siendo éstos los siguientes:

- Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar no disponga de cualesquiera otros bienes o derechos de su patrimonio que sean bastantes para cubrir la deuda.
- Que sea un préstamo o crédito constituido en garantía de hipoteca recayente sobre la única vivienda de la que sea propiedad el deudor/es y este hubiese sido concedido para la adquisición de ésta.
- Que sea un préstamo o crédito ausente de cualesquiera otras garantías, reales o personales, o, en el caso de que tengan lugar éstas últimas, que no disponga de otros bienes o derechos del patrimonio, con los que se pueda asumir la deuda.
- Que, en caso de haber codeudores que no formen parte de la unidad familiar, éstos se encuentren incluidos en las tres circunstancias enumeradas con anterioridad.

Como otra novedad a tener en cuenta es la posibilidad otorgada a los fiadores e hipotecantes no deudores que estén incursos en el umbral de exclusión de reclamar a la entidad el agotamiento del patrimonio del deudor principal antes de pedirles la deuda objeto de garantía, a pesar de que en el contrato se hubiera establecido la renuncia de éstos de forma expresa al beneficio de excusión.

Se reduce el interés moratorio que se ha de aplicar a aquellos contratos de préstamo hipotecario (sobre un inmueble) en los que la parte deudora esté incurso en el «umbral de exclusión», desde el momento en el que éste solicite a la entidad la aplicación de alguna de las medidas contempladas en el Código de Buenas Prácticas y acredite su situación. Así, se dispone que *“el interés moratorio será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2 % sobre el capital pendiente del préstamo”*.

En cuanto a la sujeción al Código de Buenas Prácticas, se incrementan los valores establecidos para el precio de adquisición de la vivienda en base al número de habitantes de los diversos municipios en los que se encuentren sitios las viviendas y, además, del número de habitantes en el inmueble.

Únicamente podrán acogerse a la aplicación de las medidas sustitutivas a la ejecución hipotecaria, esto es, dación en pago de la vivienda habitual, aquellas hipotecas que se hubieran constituido en garantía de préstamos o créditos otorgados para la compraventa de inmuebles en los que el precio de adquisición no hubiera sido superior de los valores establecidos en la norma.

Las entidades adheridas al Código de Buenas Prácticas han de informar adecuadamente a sus clientes por escrito de su existencia, así como de la posibilidad que tienen los que no hayan cumplido el pago de alguna cuota de la hipoteca o hayan manifestado dificultades para su pago de acogerse al Código, con una descripción específica de su contenido.

Se recoge un régimen sancionador en el que se dispone que se aplique obligatoriamente el Código de Buenas Prácticas, así como la obligación de información adecuada al cliente sobre el mismo y la posibilidad de acogerse a él y las obligaciones de las

entidades de enviar al Banco de España, mensualmente, toda aquella información que sea solicitada por la Comisión con su contenido mínimo. Todo ello tendrá la consideración de normativa de ordenación y disciplina. Y el incumplimiento de estas obligaciones dará lugar a una sanción.

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, lleva a cabo la modificación de algunos aspectos contemplados en el Código de Buenas Prácticas, siendo, entre otros, los siguientes:

Se incrementa el período de carencia en la amortización de capital en un año más, pasando de cuatro a cinco años.

El deudor podrá realizar a la entidad una propuesta del plan de reestructuración que será objeto de análisis por aquella y, en caso de ser rechazada, la entidad debe informar a la parte deudora cuáles son los motivos en los que se basa.

A efectos de determinar si el plan de reestructuración resulta o no viable, se reduce el porcentaje que ha de representar la cuota hipotecaria respecto a los ingresos que perciben conjuntamente la totalidad de la unidad familiar.

Así, se entiende que *“el plan de reestructuración es inviable cuando establezca una cuota hipotecaria mensual superior al 50% de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar”*⁴⁶.

Se reduce al 10 % el interés de demora por impago de la renta que se devengue durante el plazo (de dos años) en el que la parte deudora, si lo pidiera al solicitar la dación en pago, permaneciera durante dos años en la vivienda en la condición de arrendatario,

⁴⁶ Artículo 8 de la Ley 1/2013.

satisfaciendo una renta de forma anual del 3% de totalidad de la deuda en el instante de la dación en pago.

Por otro lado, merece indicar que de nuevo se encomienda al Gobierno la promoción con el sector financiero de un fondo social de viviendas que sean propiedad de los bancos.

Por último, en dicha Ley se recoge un régimen transitorio en los procesos de ejecución.

Asimismo, dispone que las modificaciones introducidas en el Código en ningún caso pueden implicar un empeoramiento de la situación para el deudor, respecto a la protección que hubiera recibido éste de acuerdo con la antigua redacción del Código.

Las entidades que se adhieran a las modificaciones introducidas por la Ley 1/2013 en el Código de Buenas Prácticas tienen que informar de su adhesión a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, la cual llevará a cabo la publicación del listado de entidades adheridas a dichas modificaciones, en la sede electrónica de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera y en el Boletín Oficial del Estado.

Aquellas entidades que, al contrario que las anteriores, no se adhieran a las modificaciones que se establecen por la Ley 1/2013⁴⁷ y, sin embargo, sí se hubieran adherido al Código aprobado por el Real Decreto Ley 6/2012, se mantendrán obligadas de acuerdo con lo establecido por éste originariamente.

⁴⁷ RUIZ-RICO RUIZ, J.M./DE LUCHI LÓPEZ-TAPIA, Y.: “Implicaciones jurídicas en la aplicación del Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios”, Diario La Ley, núm. 7977, 3 de diciembre de 2012, págs. 1 y siguientes.

C. Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

El objeto por el que se dicta este Real Decreto es lograr que la persona física que ha sufrido la crisis económica en su actividad empresarial o personal, tenga la oportunidad de comenzar una nuevamente su vida sin tener pendiente una deuda que difícilmente podrá hacer frente⁴⁸.

El mecanismo de segunda oportunidad elaborado por este Real Decreto-Ley recoge⁴⁹ los medios de control y garantía precisos a fin de que no tengan lugar insolvencias de pura estrategia o una dación en pago selectiva. Dado que el objetivo es lograr que el deudor, que ha liquidado su patrimonio en su integridad en puro beneficio de los acreedores, quede liberado (en la mayoría) de sus deudas una vez que ha tenido lugar la liquidación.

El Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social vislumbra una serie de novedades dignas de mención.

Dicho Real Decreto introduce modificaciones en la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social.

⁴⁸ Exposición de motivos.

⁴⁹ SÁNCHEZ COLLADO, Elena: “Aproximación a la legislación protectora del deudor hipotecario”. Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto, Vol. 64, número 2, 2016, págs. 259-304.

El Real Decreto mejora el Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de la deuda con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual ampliando el ámbito subjetivo de aplicación, en concreto su artículo 2 introduce tres modificaciones a fin de ampliar el número de personas sitas en el umbral de exclusión, y con ello beneficiarias de las medidas de protección contenidas en la norma extendiendo la aplicación de dicho Código al mayor número de préstamos hipotecarios⁵⁰.

En primer lugar, interesa destacar la modificación contenida en el artículo 3.1 RDL 6/2012 en el que, según el mismo, a partir de ahora el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples se aplica a catorce pagas, no a doce, para determinar el límite del conjunto de los ingresos de la unidad familiar. Para estar dentro del umbral de exclusión el conjunto de ingresos de la unidad familiar del deudor hipotecario no podrá superar los 22.365,42 euros, frente a los 19.170,39 anteriormente establecido. Con ello se aumenta un 16,66 % el límite de ingresos.

En segundo lugar, otra modificación se produce en la letra b) del artículo 3.1 del Real Decreto Ley 6/2012, al considerar como persona entendida en circunstancia familiar de especial vulnerabilidad a la persona deudora que tenga más de 60 años.

En tercer lugar, otra modificación a tener en cuenta se encuentra en el artículo 5 del Real Decreto Ley 6/2012, extendiendo la aplicación del Código de Buenas Prácticas a las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos, atendiendo al precio de adquisición de las viviendas hipotecadas. Con anterioridad el citado precio quedaba limitado a una cantidad determinada para la aplicación del Código de Buenas Prácticas, cuya cuantía máxima se elevaba a 200.000 euros. A partir de ahora, el valor se obtiene

⁵⁰ CABANAS TREJO, R.: “El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero)”, Diario La Ley, núm. 8505, sección doctrina, 23 de marzo de 2015.

multiplicando la extensión del inmueble por el precio medio por metro cuadrado para vivienda que arroje el Índice de Precios de la Vivienda elaborado por el Ministerio de Fomento para el año en el que se adquirió el inmueble y la provincia en la que esté sito el mismo, de tal manera que el precio de adquisición no supere el 20% del valor calculado de esa forma, con el límite de 300.000 euros.

Interesa advertir que las medidas que se contienen en el Código de Buenas Prácticas no resultan aplicables a todas aquellas personas que estén sitas en el umbral de exclusión del artículo 3, es decir, aquellas personas que cumplan con tales requisitos podrán disfrutar de las medidas previas a la ejecución hipotecaria pero no a las medidas complementarias y sustitutivas de la ejecución (como es la dación en pago de la finca hipotecada), pues para ellas se sigue necesitando cumplir con una serie de requisitos adicionales de orden económico.

El campo de aplicación de la citada norma resulta ser muy reducido⁵¹

En el primer punto del anexo constan las medidas previas a la ejecución, en las que el deudor puede solicitar del acreedor la reestructuración de su deuda. Dentro del plazo de un mes a contar desde la solicitud la entidad deberá ofrecer al deudor un plan de reestructuración, sin perjuicio del que presente el deudor en su caso. Conviene destacar que el Real Decreto Ley 1/2015 ha añadido una cuarta previsión al respecto, indicando que no se aplicarán de forma indefinida aquellas cláusulas que sean limitativas de la bajada del tipo de interés reflejadas en los préstamos hipotecarios. De ese modo, se incluye la no aplicación de forma definitiva de las cláusulas suelo del deudor sito en el nuevo umbral en el que estuvieran inmersas en sus contratos. En este último sentido, se

⁵¹ CUENA CASAS, Matilde: “Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start”, ADCo, núm. 31, 2014, págs. 140 y ss.

acogen las últimas resoluciones del Tribunal Supremo que daban la razón a los afectados, señalando la abusividad de estas cláusulas (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo número 241/2013, de 9 de mayo de 2013).

Interesa explicar que si la reestructuración de la deuda resulta inviable, el acreedor se lo hará saber así al deudor, informándole de los motivos que fundamentan su decisión y la posibilidad que tiene a su alcance para solicitar medidas complementarias previstas en el punto 2 del Anexo del Real Decreto Ley 6/2012, referentes a una quita en el capital que esté pendiente de amortizar y que la entidad de crédito tendrá la facultad para aceptarla o rechazarla en el plazo de un mes. Dentro del transcurso de 12 meses, cuyo cómputo empezaría a contar desde la solicitud de reestructuración de la deuda, aquellos deudores para quienes tanto la reestructuración como las medidas complementarias no sean viables pueden pedir la dación en pago de su vivienda habitual, y la entidad estará obligada a aceptar. La entrega de la finca al acreedor supondrá la cancelación absoluta de la deuda, pudiendo el deudor, si así lo pide, permanecer durante el plazo de dos años en vivienda en calidad de arrendataria, abonando una renta anual del 3 por cien del importe total de la deuda al tiempo de la dación en pago.

No obstante, en el caso de darse la dación en pago⁵², el Real Decreto Ley ha incluido una limitación a la elevación del precio de los inmuebles hipotecados, en concreto, para la aplicación de las medidas sustitutivas en un procedimiento de ejecución hipotecaria, será necesario que el precio por el que se adquirió la vivienda no sea superior al que resultaría de multiplicar la extensión de la misma por el precio medio por metro cuadrado para vivienda libre que resulte del Índice de Precios de la Vivienda elaborado por el Ministerio de Fomento para el año de adquisición del inmueble y provincia en

⁵² QUESADA PÁEZ, ABIGAIL: “La dación en pago frente al mecanismo de segunda oportunidad”, Revista Crítica de derecho inmobiliario, 2016, número 92, págs.3193-3208.

que este sito el bien, con un límite de 250.000 euros; los inmuebles que hubieran sido adquiridos antes de 1995 atenderá al precio medio de referencia el relativo al año 1995.

Otra novedad a tener en cuenta es que se amplía hasta el 15 de mayo de 2017 (antes 15 de mayo de 2015) la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables contenido en la Ley 1/2013, y el colectivo que pudiera beneficiarse de tal medida.

En concreto, el artículo 1.1. de la Ley 1/2013 venía a establecer lo siguiente:

“Hasta transcurridos cuatro años desde la entrada en vigor de esta Ley, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo”.

Sin embargo, esta norma ha sido modificada por el Real Decreto de 17 de marzo de 2017 en el que el plazo de 4 años ha sido prorrogado, estableciendo el tenor literal de la norma “hasta transcurrido siete años...”.

Se añaden otros supuestos⁵³ para la paralización de los desahucios:

1. Unidad familiar en la que la parte deudora hipotecaria esté en desempleo y haya acabado las prestaciones por razón del mismo.
2. Unidad familiar en la que en el mismo inmueble conviven una o más personas que estén ligadas con el que ostenta la titularidad de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de afinidad o consanguinidad,

⁵³ ZURITA MARTÍN, Isabel: “Préstamo hipotecario, ejecución y dación en pago”, La Ley, Madrid, 2014, págs. 230 y siguientes.

y que se encuentre con discapacidad, dependencia, enfermedad grave que le incapacite de forma acreditada ya sea temporal o permanentemente para el ejercicio laboral.

3. Unidad familiar en la que haya una víctima de violencia de género, en el supuesto de que el inmueble objeto de lanzamiento sea su vivienda habitual.

Finalmente, interesa destacar la Disposición Adicional 5ª del Real Decreto Ley que establece la renovación de la adhesión al Código de Buenas Prácticas por parte de las entidades inicialmente adheridas a él. Tanto es así que en virtud de esa previsión, tales entidades estarán adheridas al Código, salvo que hayan comunicado, en el plazo de un mes a contar desde su entrada en vigor, de forma expresa a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera el acuerdo de su órgano de administración por el que piden mantenerse dentro de su ámbito de aplicación.

La novedad de este Real Decreto Ley es la mejora de los acuerdos extrajudiciales y su extensión no solamente a los empresarios y su perfeccionamiento con la conexión con el concurso consecutivo (en el que ya no se abre la fase de liquidación obligatoriamente, sino un procedimiento abreviado, en el que cabe la posibilidad del convenio)⁵⁴.

D. Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

Esta Ley tiene su antecedente directo en el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas

⁵⁴ PASTOR SEMPERE, María del Carmen: “Dación en pago e insolvencia empresarial”, Colección de Derecho Privado, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, pág. 90-91.

de orden social pero no lo deroga expresamente. Si bien, las disposiciones finales son todas nuevas, a excepción de la undécima que ya constaba en la Ley de Emprendedores.

La citada Ley convalida el Real Decreto Ley 1/2015, estableciendo una segunda oportunidad⁵⁵ en el plano concursal para el deudor de buena fe con cargas incluyendo a las personas físicas.

A través de esta Ley son hasta 24 las leyes afectadas por ella.

El objetivo es conseguir que las personas físicas tengan una segunda oportunidad, debiendo responder limitadamente.

Para ello han de establecerse controles y garantías a fin de evitar insolvencias estratégicas o facilitar daciones en pago selectivas, como ya se indicaba.

Si bien esta norma ha modificado en gran medida la Ley Concursal y, entre otras, la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del empleado público, Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados, Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, Ley de contratos del sector público, Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto relativo a la asistencia sanitaria a costa de fondos públicos, Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Emprendedores, Ley

⁵⁵ CARRASCO PERERA, Á., “El despropósito de la segunda oportunidad de los consumidores sobreendeudados”, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 911 (2015), Aranzadi, págs. 4-5

18/2014, de 15 de octubre de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, Ley 22/2014, de 12 de noviembre relativa a las entidades capital-riesgo, Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.

Por lo que a esta tesis le afecta la citada Ley, vamos a centrarnos en la modificación operada en el Código de Buenas Prácticas contemplado en el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de protección a los deudores hipotecarios.

- Código de buenas prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual – Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo.

Resulta ampliado⁵⁶ el ámbito subjetivo del umbral de exclusión, en el que se incluye como un nuevo caso de especial vulnerabilidad el deudor mayor de 60 años, aun cuando no reúna los requisitos que se exigen para ser considerado unidad familiar con ingresos bajos.

Además se aumenta el límite anual de renta de las familias que resultan beneficiadas, ya que el cálculo toma por base el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples de 14 mensualidades, ya que con anterioridad eran 12 mensualidades.

Se incluye una forma nueva de cálculo del límite del precio de los inmuebles adquiridos, no atendiendo al número de habitantes en la población. El precio de adquisición del inmueble hipotecado no debe superar en un 20% de aquel que correspondería de

⁵⁶ ZURITA MARTÍN, Isabel: “Préstamo hipotecario, ejecución y dación en pago”, La Ley, Madrid, 2014, págs. 233 y siguientes.

multiplicar la extensión de la vivienda por el precio medio por metro cuadrado para vivienda libre que arroje el Índice de Precios de la Vivienda elaborado por el Ministerio de Fomento para el año en el que se adquirió el inmueble, con un límite de 300.000 euros. En cuanto a los bienes inmuebles que se adquirieron antes del año 1995 se tomará como precio medio de referencia el relativo al año 1995. El límite será distinto, esto es de 250.000 euros para la medida de reducción del tipo de interés aplicable a Euribor + 0,25%.

La Disposición Adicional 5ª del Real Decreto Ley regula la obligación de la publicación del listado de entidades adheridas al Código de Buenas Prácticas, no teniendo ya su regulación en la Ley.

No se aplicarán a los deudores que estén en el nuevo umbral de exclusión las cláusulas suelo que tuvieran incluidas en sus contratos. De este modo, no se aplicarán de manera indefinida las cláusulas que limiten la bajada del tipo de interés insertas en contratos de préstamo hipotecario.

Por último, a los cuarenta días, a contar desde el Real Decreto Ley, tuvo lugar la publicación del listado de entidades adheridas en la sede electrónica de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera y en el Boletín Oficial del Estado. Las comunicaciones posteriores se publicarán trimestralmente en los mismos sitios si hubiera variaciones.

- Moratoria en los lanzamientos- Ley 1/2013, de 14 de mayo de protección a los deudores hipotecarios.

El artículo 3 ha modificado la citada ley para extender la suspensión de lanzamientos, cuyo origen deriva de un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria en virtud de los cuales se hubiese adjudicado, ya sea al acreedor ya sea a personas que

actuasen por su cuenta, la vivienda habitual de aquellos sitios en supuestos de especial vulnerabilidad y en los que concurrieran los requisitos señalados en el artículo 1 de la Ley 1/2013. Dicha suspensión finalizaba el 15 de mayo de 2015, pero actualmente se ha extendido hasta el mes de mayo de 2020, en virtud del Real Decreto-Ley que pasamos a analizar.

E. Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

En virtud de dicho Real Decreto se adoptan tres medidas:

- a. Se incrementa el ámbito de aplicación de las medidas de protección de los deudores hipotecarios en situación de especial vulnerabilidad, incluyendo tres supuestos más.
- b. Se amplía en tres años más la suspensión de lanzamiento.
- c. Se introducen mecanismos de alquiler por un plazo de 5 años y 5 años más si se hubiera acordado de ese modo con la entidad.

El Real Decreto-Ley comenzó su vigencia el 19 de marzo de 2017.

Por lo que respecta al ámbito personal se ha ampliado los supuestos de especial vulnerabilidad, tales como las familias con hijos menores o en los que exista una víctima que sea de violencia de género.

El Código de Buenas Prácticas resulta modificado a fin de dar posibilidad a los beneficiarios de la suspensión de lanzamiento, que sean clientes de las propias entidades adheridas al Código de Buenas Prácticas, y así puedan solicitar a su entidad que les sea

arrendada su vivienda en condiciones de preferencia de hasta cinco años e incluso cinco años más si se acuerda con la entidad. Dicha solicitud tiene la posibilidad de pedirse en un plazo de seis meses, cuyo cómputo se iniciará, ya sea desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 5/2017 (19 de marzo de 2017), ya sea desde que la suspensión del lanzamiento le sea aplicable, si ésta fuera posterior a dicha entrada en vigor.

Se amplía, por un plazo de tres años más, la suspensión de los lanzamientos sobre vivienda habitual de colectivos especialmente vulnerables establecidos en la Ley 1/2013, en concreto se amplía hasta mayo de 2020. La ampliación de dicha moratoria es debida a la persistencia de los efectos sobrevenidos de la crisis tanto económica como financiera.

Por último, también se extiende el ámbito subjetivo de aplicación, en cuanto a la definición de los supuestos de especial vulnerabilidad, permitiendo que un mayor número de familias puedan acogerse a esta medida, tales como familias con hijos menores de edad, familias monoparentales, víctimas de violencia de género o discapacidad, manteniéndose los supuestos anteriores, mayores de sesenta años, situación de desempleo, dependencia o enfermedad grave o discapacidad superior al 33%, familias numerosas. De este modo, se intenta paliar el drama social que viven muchas familias.

El citado Real Decreto cuenta con dos disposiciones adicionales, la primera prevé la adhesión al *“Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual”* de las entidades financieras que ya se encontraran adheridas al citado Código a la entrada en vigor del mismo, con la excepción de que en el período de un mes a contar desde su entrada en vigor, tales entidades informen expresamente a la Secretaría General del Tesoro y Política

Financiera el acuerdo de su órgano de administración en virtud del cual pidan ampararse en cualesquiera de las versiones anteriores (es decir, el citado Real Decreto Ley permite que las entidades que deseen darse de baja en el Código de Buenas Prácticas puedan hacerlo en el plazo de un mes).

Así, en los diez días siguientes al plazo del citado mes, la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la empresa, procederá a publicar una lista de entidades que se hayan adherido en la sede electrónica de la Secretaría General del Tesoro anteriormente indicada y en el Boletín Oficial del Estado. Debe destacarse que todas las comunicaciones que se realicen posteriormente deberán ser objeto de publicación trimestral en la sede y boletín citados, salvo que no hubiera modificación alguna.

Por otro lado, la Disposición Adicional Segunda titulada “*Medidas complementarias*”, establece que es al Gobierno a quién le corresponde proponer medidas dirigidas a conseguir que pueda recuperarse la propiedad por los deudores hipotecarios incursos en supuestos de especial vulnerabilidad y en una ejecución hipotecaria⁵⁷.

En dicho Real Decreto también se regula un derecho de alquiler o arrendamiento en el supuesto de un procedimiento de ejecución hipotecaria del inmueble (vivienda habitual) que es objeto de estudio en el epígrafe siguiente.

⁵⁷ Disposición adicional segunda, segundo párrafo del Real Decreto-ley 5/2017: “*Estas medidas tendrán en cuenta el precio de adjudicación de la vivienda misma, la posibilidad de que se descuenten del mismo una parte de las cantidades satisfechas por el ejecutado para la amortización del préstamo o crédito origen de la ejecución y las mejoras realizadas a su cargo durante el período en el que estuvo suspendido el lanzamiento, así como otros factores que garanticen un precio equitativo en la recuperación de la vivienda, evitando situaciones de asimetría en este proceso*”.

4. ESPECIAL REFERENCIA AL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS PARA LA REESTRUCTURACIÓN VIABLE DE LAS DEUDAS CON GARANTIA HIPOTECARIA SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL.

Como se ha indicado con anterioridad, el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos diseño un modelo de protección, concretamente un Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual de adhesión voluntaria por entidades de crédito y aquellas que tengan como profesión conceder préstamos o créditos hipotecarios⁵⁸. El seguimiento del mismo es supervisado por una Comisión de Control integrada por representantes del Ministerio de Economía y Competitividad, Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Asociación Hipotecaria Española, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Justicia, Consejo General del Notariado, Instituto Nacional de Estadística, Consejo de Consumidores y Usuarios y de las asociaciones no gubernamentales, éstos últimos determinados por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad a fin de que realicen labores de acogida⁵⁹.

El citado Código⁶⁰ tiene tres fases de actuación:

- a. Orientada a lograr la reestructuración viable a medio y largo plazo de la deuda de la hipoteca, con préstamos con una carencia de amortización de capital de 5 años, ampliación del plazo de amortización hasta 40 años (cuyo cómputo se iniciaría a contar desde la concesión del préstamo), reducción del tipo de interés aplicable a

⁵⁸ Exposición de motivos del Real Decreto-Ley 6/2012.

⁵⁹ Artículo 6 del Real Decreto-Ley 6/2012.

⁶⁰ JIMENEZ PARÍS, Teresa Asunción: “El Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas hipotecarias, tras la Ley 25/2015, de segunda oportunidad”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 757, septiembre 2016, páginas 2960- 2983.

Euribor más 0,25 por cien durante la carencia e inaplicación indefinida de las cláusulas limitativas de la bajada del tipo de interés.

- b. Si no resultara viable la medida anterior, la parte deudora podrá pedir una quita en el capital que está pendiente de ser amortizado a la entidad, que tendrá facultad para rechazarla o aceptarla en un determinado plazo.
- c. Y si ninguna de las anteriores medidas resultara viable, el deudor podrá solicitar la dación en pago de su propia vivienda habitual. De ese modo, la parte deudora se liberará definitivamente de la deuda garantizada con hipoteca y ello supondrá la cancelación total de la misma, así como de la responsabilidad personal de la parte deudora y terceros ante el Banco.

Además, las entidades deberán garantizar la mayor difusión del contenido del Código citado entre sus clientes.

Las entidades que se adhieran de forma voluntaria a dicho Código deberán comunicarlo a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, y ésta procederá a ordenar la publicación de la lista de aquellas entidades que se hayan adherido.

Así, a título de ejemplo, cabe indicar que en el Boletín Oficial del Estado de fecha 23 de enero de 2014 fue publicada Resolución de 10 de enero de ese mismo año en la que tuvo lugar la publicación del listado de entidades que comunicaron su adhesión al Código.

En la sede electrónica de la Secretaria General del Tesoro y Política Financiera se puede visualizar la Resolución de 22 de abril de 2016⁶¹, publicada en el Boletín Oficial del

⁶¹ <https://www.boe.es/boe/dias/2016/04/29/pdfs/BOE-A-2016-4134.pdf>

Estado de fecha 29 de abril del mismo año, en la que constan dos Anexos claramente diferenciados:

“Anexo I :Lista de entidades que han comunicado su adhesión al «Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual», en la versión original prevista por Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y en la versión modificada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, desde su entrada en vigor hasta el día de la presente resolución, y que se consideran adheridas al mencionado Código en la redacción dada por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

Anexo II :Lista de entidades que han comunicado, en el plazo de un mes desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, el acuerdo de su órgano de administración por el que solicitan mantenerse en el ámbito de aplicación de la versión modificada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social”.

Con posterioridad, se ha ido publicando en el Boletín Oficial del Estado una lista de todas aquellas entidades que se han adherido al Código de Buenas Prácticas.

El Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual se divide en tres tipos de medidas de la ejecución hipotecaria:

1. Medidas previas.
2. Medidas complementarias.
3. Medidas sustitutivas.

Si bien, hemos hecho alusión a estas medidas con anterioridad pasamos a desgranar cada una de ellas, comenzando por las primeras⁶²:

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

- El deudor/es (en quienes concurren los siguientes requisitos: i) que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda; ii) que se trate de un crédito o préstamo que esté garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor/es y concedido para la adquisición de la misma; iii) que se trate de un crédito o préstamo que no disponga de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que carezca de otros bienes o derechos del patrimonio suficientes con los que hacer frente a la deuda; iv) en el caso de que existan codeudores que no sean parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias i), ii) y iii) anteriores⁶³) podrán pedir y conseguir del acreedor la reestructuración de la deuda hipotecaria a fin de obtener la viabilidad ya sea a medio o ya sea a largo plazo.

Además de dicha solicitud, deberán acompañar la documentación⁶⁴ relativa a:

⁶²IZQUIERDO BLANCO, Pablo, PICÓ I JUNOY, Joan y ADÁN DOMENECH, Frederic: “Manual de actuaciones frente a la ejecución hipotecaria inminente: el derecho de defensa del deudor hipotecario” Editorial: Hospitalet de Llobregat, Barcelona, Bosch, 2014, pág. 542.

⁶³ Artículo 2 del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo.

⁶⁴ MUNAR BERNAT, P.A.: “El Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos”, www.notariosyregistradores.com

- Percepción de ingresos por los miembros que constituyen la unidad familiar, que será la constituida por (i) el certificado de rentas y el correspondiente a la presentación del Impuesto de Patrimonio, relativo a los cuatro últimos ejercicios tributarios; (ii) las últimas tres nóminas percibidas; (iii) certificado expedido por el organismo gestor de las prestaciones en el que se refleje la cuantía mensual que se percibió por prestaciones o subsidios por desempleo; (iv) certificado que acredite los salarios sociales, rentas mínimas de inserción y cualesquiera otras ayudas análogas de asistencia social otorgadas por la Comunidad Autónoma o entidad local; (v) y en el supuesto de un trabajo por cuenta propia, en el que estuviera percibiendo prestación por haber cesado en la actividad, el certificado expedido por el organismo gestor en el que se refleje la cuantía mensual que fue percibida.
- Número de personas que habitan la vivienda, en concreto, los documentos necesarios serán (i) el libro de familia o el documento que acredite la inscripción de la pareja de hecho; (ii) certificado de empadronamiento de aquellas que estén empadronadas en el inmueble, al tiempo de la presentación documental y a los seis meses anteriores; (iii) declaración de dependencia, discapacidad o incapacidad de forma permanente para el ejercicio laboral.
- Titularidad de los bienes, que será acreditado mediante (i) certificados de la titularidad o titularidades expedidos por el Registrador de la Propiedad de cada uno de los que forman parte de la unidad familiar; (ii) escrituras de compraventa del inmueble, así como de la garantía hipotecaria y todos aquellos documentos que justifiquen las garantías reales o personales si se hubieren constituido.

- Declaración responsable de la parte deudora/s en relación al cumplimiento de los requisitos necesarios para estar incurso en el umbral de exclusión de acuerdo con el modelo que ha sido aprobado por la comisión establecida para el seguimiento del cumplimiento del Código.

- En el ineludible transcurso de un mes, computado desde la fecha en la que tuvo lugar la presentación de la solicitud junto con la documentación citada anteriormente, la entidad bancaria o de crédito deberá comunicar y realizar un ofrecimiento a la parte deudora de un plan de reestructuración que especifique la ejecución, así como las consecuencias que financieramente conllevaran la aplicación realizada conjuntamente de tales medidas. Pese a ello, la parte deudora puede presentar en cualquier momento a la citada entidad una propuesta del plan de reestructuración. Dicha propuesta deberá ser objeto de análisis por la entidad, que, además en el supuesto de rechazarla, deberá informar al deudor o deudores de los motivos en los que argumenta la denegación de tal propuesta.

“a) Carencia en la amortización de capital de cinco años. El capital correspondiente a las cuotas de ese período podrá o bien pasarse a una cuota final al término del préstamo o bien prorratearse en las cuotas restantes, o realizarse una combinación de ambos sistemas.

b) Ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo.

c) Reducción del tipo de interés aplicable a Euribor + 0,25 por cien durante el plazo de carencia.

d) *En todo caso, se inaplicarán con carácter indefinido las cláusulas limitativas de la bajada del tipo de interés previstas en los contratos de préstamo hipotecario*⁶⁵

De forma adicional, la entidad tiene la facultad para reunificar la totalidad de las deudas que hubiera contraído el deudor.

Interesa indicar que la amortización de forma anticipada del préstamo o del crédito garantizado con hipoteca que hubiera sido solicitada durante los diez años posteriores a la aprobación del plan de reestructuración, no comportará costes por compensación.

Por último, en relación a estas medidas cabe decir que le corresponde a la entidad advertir en el citado plan de reestructuración, si el mismo resulta inviable o si se pueden solicitar las medidas complementarias que pasamos a exponer.

2. Medias complementarias.

- Como se ha indicado anteriormente, si dicho plan resultara inviable por la situación económica financiera del deudor, éste podrá pedir una quita en el capital que está pendiente de amortizar, teniendo la entidad facultad para aceptarla o repudiarla, dentro de un mes que empezará a contar desde que resulte acreditado que el plan de reestructuración es inviable⁶⁶.

En concreto, *“la solución que concede el texto normativo en estas hipótesis, se concreta en solicitar una quita en el capital pendiente de amortización sujeta a los condicionantes transcritos en la propia norma. A diferencia de la exclusión que se*

⁶⁵ Punto 1 del Anexo del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

⁶⁶ Se entiende por plan de reestructuración inviable aquel que establezca una cuota hipotecaria mensual superior al 50 por cien de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar, apartado 2 del Anexo del Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.

producía con las medidas previas, respecto de las complementarias sí podrán ser solicitadas por aquellos deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que ya se haya producido el anuncio de la subasta, de igual forma que aquellos que no han podido optar a la dación en pago por presentar la vivienda cargas posteriores a la hipoteca”⁶⁷.

Para la fijación de la quita, la entidad puede emplear los métodos de cálculo siguientes y comunicar los resultados al deudor, independientemente de que la entidad haya aceptado o no la concesión de la quita: (i) reducción en un 25 por cien; (ii) reducción equivalente a la diferencia entre capital amortizado y el que guarde con la totalidad del capital prestado la misma proporción que el número de cuotas satisfechas por la parte deudora sobre la totalidad de las debidas; (iii) reducción equivalente a la mitad de la diferencia existente entre el valor actual del inmueble y el valor que resulte de sustraer al valor inicial de tasación dos veces la diferencia con el préstamo otorgado, siempre que el primero resulte inferior al segundo⁶⁸.

- Cabe mencionar que dicha medida complementaria igualmente podrá ser objeto de solicitud por los deudores que estén incurso en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el cual ya sea haya anunciado la subasta. Y también podrá ser solicitada por el deudor/es sito en umbral de exclusión que no hayan podido optar por la dación en pago debido a que el inmueble tuviera cargas posteriores a la propia hipoteca.

⁶⁷ IZQUIERDO BLANCO, Pablo, PICÓ I JUNOY, Joan y ADÁN DOMENECH, Frederic: “Manual de actuaciones frente a la ejecución hipotecaria inminente: el derecho de defensa del deudor hipotecario” Editorial: Hospitalet de Llobregat, Barcelona, Bosch, 2014, pág. 543.

⁶⁸ Anexo punto 2 del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo.

3. Medidas sustitutivas: dación en pago de la vivienda habitual.

- Una vez transcurridos los doce meses desde que tuvo lugar la solicitud de reestructuración, los deudores en los que concurran las condiciones establecidas para los mismos anteriormente⁶⁹ y para aquellos en los que tanto la reestructuración como las medidas complementarias no resultaran viables, podrán pedir la dación en pago del inmueble (vivienda habitual).

En tales supuestos, la entidad resultará obligada a admitir la entrega del bien hipotecado por el deudor a la propia entidad o a un tercero designado por ella, con la consiguiente cancelación de la deuda de forma definitiva.

Como hemos indicado a lo largo de la presente, la dación en pago no supone otra cosa que la cancelación absoluta de la deuda garantizada con hipoteca así como de todas las responsabilidades personales que tuviera la parte deudora y terceros frente a la entidad por motivo de la citada deuda.

Además, se establece la posibilidad de que el deudor pueda permanecer durante dos años en el inmueble como arrendatario, si hubiera realizado dicha solicitud cuando pidió la dación en pago. Para ello, éste deberá satisfacer una renta anual del 3 por cien del importe absoluto de la deuda en el momento de la dación en pago, devengando el impago de dicha renta un interés de demora del 10 %.

La entidad o entidades pueden convenir con la parte deudora la cesión de una parte de la plusvalía que hubiera sido generada por haber enajenado la vivienda, en

⁶⁹ i) que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda; ii) que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor o deudores y concedido para la adquisición de la misma; iii) que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que carezca de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda; iv) en el caso de que existan codeudores que no sean parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias i), ii) y iii) anteriores).

contraprestación por la colaboración que éste pudiera llegar a prestar en la citada transmisión.

Por último, interesa destacar especialmente que esta medida de la dación en pago no tendrá lugar en aquellos casos que ya estén incurso en procedimientos de ejecución, en los cuales ya ha tenido lugar el anuncio de la subasta, o cuando el inmueble estuviera gravado con cargas que resulten posteriores.

4. Derecho de alquiler en caso de ejecución de la vivienda habitual.

El Real Decreto Ley 5/2017, de 17 de marzo, ha modificado el apartado 4 incluyendo un derecho de alquiler a favor del deudor hipotecario ejecutado sobre los inmuebles cuyo lanzamiento sea objeto de suspensión.

Así el apartado cuarto viene a indicar lo siguiente:

“El deudor hipotecario ejecutado cuyo lanzamiento haya sido suspendido de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1.1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, podrá solicitar y obtener del acreedor ejecutante de la vivienda, o persona que actúe por su cuenta, el alquiler de la misma por una renta anual máxima del 3 por cien de su valor al tiempo de la aprobación del remate, determinado según tasación, aportada por el ejecutado y certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo de Regulación del Mercado Hipotecario.

La solicitud a la que se refiere el párrafo anterior, podrá realizarse en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2017, por el que se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de

deudores hipotecarios sin recursos y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social , para aquellos ejecutados que ya fueran beneficiarios de la suspensión y desde que se produzca la suspensión para quienes se beneficiasen con posterioridad.

Dicho arrendamiento tendrá duración anual, prorrogable a voluntad del arrendatario, hasta completar el plazo de cinco años. Por mutuo acuerdo entre el ejecutado y el adjudicatario podrá prorrogarse anualmente durante cinco años adicionales”.

Dicho Real Decreto establece la posibilidad de que los Bancos ofrezcan alquiler social a las familias sitas en tales circunstancias con un precio máximo anual del 3% del valor de la vivienda durante cinco años prorrogable por otros cinco, equilibrando las posiciones del Banco y el deudor hipotecario.

4. Publicidad del Código de Buenas Prácticas.

Los bancos deben garantizar que tenga lugar la máxima difusión del contenido del Código, particularmente entre sus clientes.

Merece especial atención la **jurisprudencia** sentada en torno al Código de Buenas Prácticas en relación tanto con las medidas indicadas como con la publicidad que debe darse por las entidades financieras. La primera que pasamos a exponer es dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, que resulta a favor de la ejecutante, sin embargo, las dos posteriores, de la Audiencia Provincial de Las Palmas y de Alicante, son dictadas a favor de la entidad financiera.

A título ejemplificativo pasamos a indicar las siguientes:

1. **Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª, de 11 de marzo de 2016, número 85/2016, número de recurso 533/2014:**

“Y, finalmente la Ley no ampara al Juzgador en su intento de obligar a mi mandante a cumplir una normativa, la de Buenas Prácticas, cuando el deudor ya no reúne, de entrada y con una evidencia absoluta, los requisitos exigidos por la Ley”.

SEGUNDO.- Planteado el debate en esta alzada en los términos referidos en el numeral anterior, y comenzando por analizar la suspensión del proceso hipotecario por remitir a las partes a mediación, es de observar que asiste la razón al recurrente en la medida en que no existe precepto alguno en la Ley de enjuiciamiento civil que permita suspender el proceso de ejecución hipotecaria por considerar el juez que las partes deben intentar superar sus diferencias a través de una siempre deseable mediación.

Antes al contrario, del tenor de los artículos 695 a 697 LEC es claro que la suspensión del proceso hipotecario sólo cabe en los tres supuestos previstos en dichos preceptos, esto es, (i) oposición a la ejecución, (ii) tercería de dominio y (iii) prejudicialidad penal.

(...) Por tanto, la cuestión debatida en la instancia y reiterada en esta alzada se circunscribe en determinar si la entidad financiera viene obligada a acreditar documentalmente que ha informado a su cliente del contenido del Código de Buenas Prácticas y si este cumplimiento puede condicionar la prosecución del litigio.

En el Anexo al Real Decreto citado que contiene el Código de Buenas prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria se dedica el epígrafe número 4 a la Publicidad del propio Código y señala que "Las entidades garantizarán la máxima difusión del contenido del Código de buenas prácticas, en particular, entre sus clientes".

Sin embargo, esta exigencia de publicidad se establece con carácter genérico y no como un requisito de procedibilidad pues no se ha efectuado modificación alguna al respecto de la ley procesal y el artículo 5 del real decreto 6/2012 citado obliga a las entidades

financieras que se han adherido al Código de cita constante a aplicar sus previsiones "una vez que se produzca la acreditación por parte del deudor de que se encuentra situado dentro del umbral de exclusión", esto es, una vez que el cliente bancario haya alegado primero y acreditado después que reúne las exigencias legales para gozar de la protección dispensada, requisito previo razonable pues es la referida parte la única que está en situación de acreditar su situación familiar, personal y económica.

Es cierto que la reforma introducida por la ley 1/2013 modifica el artículo 5 del real decreto citado estableciendo una expresa exigencia a las entidades adheridas de informar adecuadamente a sus clientes sobre la posibilidad de acogerse a lo dispuesto en este Código, pero la reforma indicada es posterior al inicio del presente litigio y no puede pretenderse una aplicación retroactiva y menos convertirla en un requisito de procedibilidad pues no hay base legal para ello.

Pero es que además en el caso de autos ni siquiera tenemos indicios de que pudiera acontecer una situación como la prevista en la norma citada que justificara una información directa al ejecutado tras la entrada en vigor del nuevo texto legal.

En efecto, bastará indicar a este respecto que la hipoteca de autos no queda sujeta al Código de Buenas Prácticas en la medida en que el préstamo hipotecario es por un importe de 386.000 euros -la finca se tasa para subasta en 482.570 euros- y Sant Cebrià de Vallalta es una población de menos de 100.000 habitantes, luego el límite supera claramente el precio de adquisición previsto en el artículo 5 del real decreto ley 6/2012 para la aplicación de dicho Código.

CUARTO. - En atención a todo lo expuesto, procede la estimación del recurso dejando sin efecto el auto de instancia, debiendo proseguir el proceso según el cauce legal”.

2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4ª, de 21 de mayo de 2015, número 145/2015, número de recurso 93/2014:

"En cualquier caso debe advertirse que, aun cuando se reconociera el incumplimiento de las previsiones del Código de Buenas Prácticas, ello no podría implicar en ningún caso la nulidad del procedimiento de Ejecución Hipotecaria que se sigue entre las mismas partes en el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Telde pues las medidas contempladas en el Código de Buenas Prácticas no son incompatibles con la tramitación de dicho procedimiento de ejecución".

"Así resulta en primer lugar en relación a las medidas de reestructuración de la deuda pues el párrafo segundo del apartado 1.a) del Anexo señala que "no podrán formular tal solicitud los deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución, una vez que se haya producido el anuncio de la subasta" por lo que hasta dicho trámite procesal los actores puede solicitar y obtener de la entidad bancaria la reestructuración de su deuda. Y la misma previsión se establece en el apartado 3.e) en cuando a la dación en pago como medida sustitutiva de la ejecución hipotecaria. Incluso tratándose de las medidas complementarias consistente en una quita en el capital pendiente de amortizar, el apartado 2.c) permite que pueda ser solicitada por los deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución hipotecaria aunque se haya producido el anuncio de la subasta".

"Precisamente el procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 542/2012 se encuentra pendiente de señalar subasta pues, según manifestó el letrado de la parte demandada en el acto de la audiencia previa, no se ha solicitado el señalamiento de subasta hasta que se resuelva el presente procedimiento".

"Asimismo debe señalarse que la resolución de la controversia no pasa por verificar si los actores cumplían en el momento de la solicitud los presupuestos establecidos en la redacción entonces vigente del art. 3.1 del Real Decreto Ley 6/2012, de 10 de marzo o si el préstamo concertado por las partes se encuentra en el ámbito de aplicación de la citada norma pues lo que en realidad sostiene la parte actora es que la demandada ni tan siquiera inició el procedimiento contemplado en el anexo pese a que reiteró hasta en dos ocasiones su solicitud".

"Sentado lo anterior y a la vista de la documentación aportada no se aprecia incumplimiento alguno de la demandada pues, a tenor del art. 5.4 del RD-Ley, la entidad de crédito sólo estaba obligada a la aplicación de las previsiones del Código de Buenas Prácticas una vez que se acreditara por el deudor que se encontraba situado en el umbral de exclusión definido en el art. 3.1 para lo que era necesario que se aportara toda la documentación que se detalla en la redacción entonces vigente del art. 3.2 de la citada ley".

"Esta misma exigencia consta en el apartado 1.a) del Anexo cuando establece que "junto a la solicitud de reestructuración, acompañarán la documentación prevista en el artículo 3.2 del citado real decreto -ley", añadiendo a continuación el apartado 1.b) del Anexo que el plan de reestructuración de la deuda deberá notificarse por la entidad de crédito al deudor "en el plazo de un mes desde la presentación de la solicitud anterior junto con la documentación a que se refiere la letra anterior".

"Sobre el cumplimiento de tales exigencias no se ha practicado prueba alguna por la parte actora y ello pese a que la entidad demandada centró su oposición en este hecho así como en la que la petición no se hubiera articulado en el impreso aprobado al efecto por la Comisión de Control regulada en el art. 6 del RD-Ley 6/2012. Téngase en cuenta

que los escritos presentados en su momento a la entidad demandada no fueron acompañados de ninguna documentación exceptuándose únicamente el correo electrónico enviado por D. Millán el 12 de octubre de 2011 donde se remite como documento adjunto la declaración del impuesto del IRPF del ejercicio 2010 y se dice entregar en fechas próximas el certificado de empadronamiento. Sin embargo, esos documentos no son los únicos exigidos por el art. 3.2 del Real Decreto-Ley 6/2012 en la redacción entonces vigente, por lo que deben estimarse en este punto las alegaciones de la parte demandada".

"Es cierto que con el escrito de rector del procedimiento se han aportado la mayor parte de los documentos exigidos en aquel precepto pero, como se señaló anteriormente, no se trata de determinar si los demandantes debían obtener algunas de las medidas de reestructuración de la deuda que le fueron negadas por la entidad demandada, sino si la entidad demandada incumplió las previsiones del Código de Buenas Prácticas al no haber dado respuesta a las solicitudes efectuadas por los deudores conforme al Anexo del Real Decreto-Ley 6/2012".

"Lo hasta ahora expuesto lleva a desestimar la demanda interpuesta debiéndose en cualquier caso advertir que, como sostuvo la parte demandada en su escrito de contestación, aun cuando se hubiera acreditado por los actores que se encontraban en el umbral de exclusión definido en el art. 3.1, la entidad de crédito no estaba obligada a aceptar la dación en pago de la vivienda tal y como pretendían entonces y como se solicita en el presente procedimiento".

"Las previsiones del Código de Buenas Prácticas Bancarias establecían en la redacción entonces vigente como medidas previas a la ejecución hipotecaria la posibilidad de aplicar una serie de medidas de reestructuración de la deuda -carencia en la

amortización de capital durante cuatro años, ampliación del plazo de amortización del préstamo y reducción del tipo de interés a Euribor+0.25- de manera que sólo en caso de que este plan resultara inviable, podía solicitarse como medida complementaria una quita en el capital pendiente, quita que en cualquier caso tampoco era de aceptación obligatoria para la entidad de crédito. Finalmente, para el supuesto de que la reestructuración de la deuda y las medidas complementarias resultaran inviables, los deudores podrían solicitar la dación en pago de la vivienda habitual cuya aceptación era obligada para la entidad de crédito quedando cancelada definitivamente la deuda, estableciendo la norma que dicha solicitud sólo podía efectuarse en el plazo doce meses desde la solicitud de reestructuración de la deuda".

"Por tanto, lo que a lo sumo podían solicitar los actores, una vez acreditado que se encuentran en el umbral de exclusión mediante la aportación de los documentos legalmente exigidos, era la aplicación de unas medidas de reestructuración de la deuda o, si estas fueran inviables dada su situación financiera, una quita en el capital pendiente de amortizar. Sólo en el caso de que las anteriores medidas resultaran inviables y hubiera transcurrido el plazo legalmente previsto podían haberse solicitado de la demandada la dación en pago de su vivienda para la cancelación de la deuda".

"Asimismo y en relación a la petición efectuada en la demanda de que la solicitud de los deudores al amparo del Código de Buenas Prácticas Bancarias se realice con supervisión judicial, debe advertirse que el RD-Ley 6/2012 prevé en su art. 6 la existencia de un órgano de control al que se le encomienda la supervisión del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas Bancarias e incluso prevé en el apartado 6 de dicho precepto la posibilidad de presentar reclamaciones ante el Banco de España por el presunto incumplimiento por las entidades de crédito del Código de Buenas Prácticas Bancarias, por lo que si la parte actora considera que la actuación de la

demandada ante sus nuevas solicitudes supone un incumplimiento puede efectuar la correspondiente reclamación ante el órgano competente".

SEGUNDO.- En el caso de autos la valoración de la prueba fue correcta pues el citado Anexo del R.D. Ley 6/2012 exige que el interesado presente en la entidad acreedora una solicitud formal de reestructuración de la deuda hipotecaria, con la documentación requerida por el art. 3-2 de dicho Real Decreto -Ley, acreditativa de la situación en el umbral de exclusión, y en el caso examinado no se cumplió con dichos requisitos pues no se presentó en la entidad acreedora una solicitud formal de reestructuración con la documentación exigida por el art. 3-2 del citado Real Decreto -Ley, pese a la previa indicación de la acreedora de la deuda".

3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6ª, de 23 de octubre de 2014, número 231/2014, número de recurso 428/2014:

“En la demanda rectora del presente procedimiento, los hoy apelantes interesaban al amparo de lo dispuesto en los arts. 1089 y ss. del CC y en el Real Decreto Ley 6/2012 de 19 de marzo, de medidas urgentes para la protección de los deudores hipotecarios sin recursos, se condenase a la entidad demandada a escriturar la dación en pago de las fincas registrales nº NUM000 y NUM001 del Registro de la Propiedad nº 1 de Alicante, con cancelación de la totalidad de la deuda garantizada con la hipoteca, así como de todas las responsabilidades personales y reales de terceros, concediendo a los deudores hipotecarios la permanencia durante un plazo de dos años en la vivienda, en concepto de arrendatarios y por una renta anual del 3% del importe total de la deuda en el momento de la dación.

Fundaban tal pretensión los demandantes en el préstamo hipotecario suscrito en fecha 18 de noviembre de 2005 por importe de 228.000 € para la compra de las dos fincas

citadas (vivienda y plaza de garaje), por hallarse tanto los deudores hipotecarios como los hipotecantes no deudores- fiadores, situados en el umbral de exclusión previsto en el citado Real Decreto Ley 6/2012 de 19 de marzo; cancelando con la dación en pago todas las responsabilidades tanto personales como reales de todos los obligados, concretamente la hipoteca que recae sobre el inmueble de los garantes, hipotecantes no deudores.

La sentencia de instancia desestimó las pretensiones de los actores.

(...) la razón de la desestimación de las pretensiones actoras, no es ésta; sino el hecho de entender que no concurre el requisito del art. 3.1.e), al estar garantizado el préstamo con otra garantía real (hipoteca constituida sobre un inmueble de los hipotecantes no deudores).

Por lo que respecta al segundo de los motivos de apelación. Entendemos que el mismo tampoco puede merecer favorable acogida.

En primer lugar debemos de señalar que para resolver la cuestión litigiosa, habrá que estar a lo dispuesto en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, si bien con las modificaciones introducidas por la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, por cuanto que es esta última norma la que resulta aplicable como recoge el propio apelante y el juzgador de instancia al encontrarse en trámite el presente procedimiento al tiempo de su entrada en vigor, de conformidad con la Disposición Transitoria Séptima sobre aplicación del Código de Buenas Prácticas , al que se adhirió la entidad demandada.

El Artículo 3 del citado RDL 6/2012, relativo a la definición del umbral de exclusión, con las modificaciones introducidas por la Ley 1/2013, dispone (...)

Siendo que en el presente caso el préstamo estaba garantizado con una hipoteca sobre la vivienda y el garaje que se adquiere, titularidad de los deudores hipotecarios; únicos inmuebles a los que se refiere la dación en pago que se pretende; así como con otra hipoteca (garantía real) constituida sobre el inmueble propiedad de los hipotecantes no deudores-fiadores, inmueble no afectado por la dación en pago que se pretende.

Entendemos que la interpretación que efectúa el juzgador de instancia de la norma, resulta adecuada, atendida la interpretación sistemática de la misma, puesto que no hay que olvidar que cada uno de los inmuebles que se hipoteca responde de una parte de la deuda; y no se puede pretender extinguir toda ella, mediante la dación en pago de una sola parte de los inmuebles que la garantizan. No se trata de garantías reales posteriores como alega el apelante, sino coetáneas, respondiendo cada una de ellas de una parte de la deuda.

...Señalando el art. 2 relativo al *Ámbito de aplicación*, en su párrafo segundo que "Las medidas previstas en este Real Decreto-ley se aplicarán igualmente a los fiadores y avalistas hipotecarios del deudor principal, respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario.". Consecuentemente las mismas medidas y requisitos pueden ser aplicables a los hipotecantes no deudores de solicitarlo éstos, incluida la dación en pago; dación en pago que necesariamente será de la vivienda o inmueble dada por ellos en garantía. Sin que del contenido de la exposición de motivos del Real Decreto Ley, podamos llegar a una conclusión distinta a la expresada.

A la misma conclusión llegamos si atendemos al contenido del ANEXO relativo al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual. Así se recoge en el punto 3 sobre la dación en

pago de la vivienda habitual, como medida sustitutiva de la ejecución hipotecaria, que (...)

Consecuentemente lo que se extinguiría son las responsabilidades personales, pero no otras garantías reales, como acertadamente entendió el juzgador de instancia; a diferencia de lo pretendido por los demandantes apelantes”.

5. ASPECTOS NO REGLADOS POR EL DERECHO.

Si bien es cierto que la dación en pago ya estaba regulada en el artículo 140 de la Ley Hipotecaria, anteriormente referido, cada vez hay más regulación legal al respecto, como la que se ha citado con anterioridad.

No obstante, debido a la situación actualmente existente en la sociedad, resulta necesario evitar lagunas legales respecto a su constitución legal, ámbito subjetivo y objetivo para que quede perfectamente delimitado, condiciones, requisitos, mayores facilidades en su concesión, etc. puesto que la pérdida de la vivienda como consecuencia de los impagos de los créditos hipotecarios debe ser el límite de la responsabilidad adquirida por quienes no pueden afrontar el abono de sus cuotas, logrando una mayor equidad entre las partes firmantes del contrato.

6. RÉGIMEN JURISPRUDENCIAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA Y A LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA.

Así, en diciembre de 2010 la Sección Segunda Audiencia Provincial de Navarra dictó Auto número 111/2010, el 17 de diciembre de 2010, en virtud del cual se avalaba la

entrega al banco de un piso hipotecado como cancelación de la hipoteca, a pesar de que el valor del inmueble se hubiera depreciado⁷⁰.

La Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3ª, también se ha pronunciado mediante Auto número 10/2012, de 1 de febrero, estimando la oposición de la ejecución por el crédito pendiente de pago al ser el valor real del inmueble adjudicado al ejecutante superior a la cantidad por la que se adjudicó y también superior a la cantidad exigida como remanente, por consiguiente, la deuda hipotecaria queda saldada con la adjudicación al banco del bien hipotecado.

Así establece su fundamento derecho sexto lo siguiente:

“SEXTO.- En conclusión; como es el caso que la responsabilidad personal universal que proclama el artículo 1.911 del CC. requiere como presupuesto de actuación, por vía de lo establecido en el art. 579 de LEC, la pervivencia de una obligación válidamente exigible; como es el caso, que el ejecutado dicha pervivencia es la que ha venido a cuestionar a aludir a la terminación de la ejecución forzosa por razón de “la completé satisfacción del acreedor ejecutante”, lo cual es materialmente equivalente a la extinción de la obligación mediante el pago; y como es el caso que ello ha resultado documental y probatoriamente constatado; la consecuencia debe ser la de estimar el presente recurso de apelación puesto que el importe de valor real del bien al tiempo de la adjudicación es superior a la cantidad por la que el mismo fue adjudicado, sino también a la cantidad que aquí se exigía como remanente del crédito. Todo ello conlleva que en este caso concreto procede dejar sin efecto la ejecución despachada”.

⁷⁰ ÁLAMO GONZÁLEZ, Daniel P: “La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias. El control judicial del equilibrio contractual”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 10.

Y es que lo cierto y verdad la jurisprudencia ha llegado a admitir la cancelación total de la deuda a cambio de la adjudicación del inmueble al acreedor, llegando a entender como valor real el de su tasación y en consecuencia la satisfacción de la deuda.

Los argumentos que han utilizado los Jueces son muy dispares, tales como la doctrina de los actos propios, el abuso de derecho, el enriquecimiento injusto, las cláusulas abusivas, la cláusula rebus sic stantibus, entre otros.

A consecuencia del desempleo en el que se han visto inmersos numerosos españoles, el descenso en el mercado inmobiliario ha sido patente y con ello una disminución considerable en el valor de los inmuebles. Ha sido, por tanto, la situación socioeconómica de los últimos años la que ha provocado que los Jueces hayan alterado el sentido de las sentencias y resoluciones sobre esta área.

Así las cosas, la jurisprudencia ha evolucionado, pasando de una posición mayoritaria en la que eran de aplicación los artículos 105 de la Ley Hipotecaria y 1911 del Código Civil, que conllevan la posibilidad de exigir al deudor la parte de la deuda no cubierta con el valor del inmueble subastado, a pronunciarse en diversas resoluciones sobre la cancelación total de la deuda mediante la adjudicación de un inmueble en el que su valor parece cubrir la misma, adaptando las normas a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (artículo 1.3 del Código Civil).

Si bien, antes de la crisis económica el Tribunal Supremo había negado la concurrencia de enriquecimiento injusto⁷¹, pues ello exigía la ilicitud de los actos que provocan el incremento patrimonial. Como ejemplo de sentencias cabe citar las siguientes: STS

⁷¹ ÁLVAREZ VEGA, María Isabel: “Aportaciones jurisprudenciales sobre dación en pago y reciente doctrina sobre enriquecimiento injusto en la ejecución. Vivienda, préstamo y ejecución”. Coord. Por Manuel Espejo Lerdo de Tejada, Juan Pablo Murga Fernández, María de los Ángeles Fernández Scagliusi, Salvador Tomás Tomás, 2016, págs. 43-64.

128/2006, de 16 de febrero, STS 901/2005, de 18 de noviembre, STS 681/2003, de 8 julio, entre otras. Sin embargo, el Tribunal Supremo llegó a admitir el enriquecimiento injusto en los supuestos en los que, posteriormente a la tasación del inmueble, se habían realizado en éste obras de mejora que generaban un incremento de su valor. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, número 556/93, de 4 de junio (rec. 3181/1990).

En fecha 13 de enero de 2015, la Sala 1ª del Tribunal Supremo dictó una sentencia novedosa, al apreciar enriquecimiento injusto, al amparo del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el supuesto en el que, tras una ejecución hipotecaria, el acreedor transmite el inmueble con plusvalías.

El Alto Tribunal también llegó a rechazar el argumento del abuso de derecho. Así, en STS de 8 de mayo de 1996, indica que el mismo no resulta compatible con el cumplimiento de los requisitos legales exigidos.

En otras resoluciones tampoco se llegó a admitir la doctrina de los actos propios para entender una dación en pago por acuerdo entre partes. Por ejemplo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, 483/2013, de 8 de noviembre de 2013 y de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1ª, 51/2011, de 7 de marzo, no aceptaron la dación en pago argumentando que la mera expresión de un deseo de concluir las negociaciones de forma satisfactoria para todas las partes, en los tratos preliminares, no podía interpretarse como voluntad manifiesta de aquélla.

Debe recordarse que el Tribunal Supremo reitera la necesidad de que los actos propios se traten de actos solemnes, expresos, no ambiguos y perfectamente delimitados (por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de octubre de 1998, Sala 1ª).

Igualmente ha indicado que tal doctrina no es aplicable a los supuestos de acciones preparatorias previas a los acuerdos, dado que las mismas no revisten un carácter permanente ni constituyen convenio alguno (STS 8/1997, de 22 de enero).

En definitiva, antes de la crisis inmobiliaria los Jueces mantenían la posibilidad de exigir el montante de la deuda no cubierta con la ejecución hipotecaria y adjudicación del inmueble, a través de la exigencia de responsabilidad personal (1.911 del Código Civil). Como ejemplos cabe citar: Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2ª, número 542/1998, de 22 de diciembre; Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª, número 40/2000, de 2 de febrero; Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5ª, 978/2003, de 6 de noviembre.

A consecuencia de la crisis económica, los Tribunales han cambiado su posición al respecto, aprobando la dación en pago para aquellas partes afectadas por las ejecuciones hipotecarias que, en realidad, no pueden hacer frente al pago de la deuda, con el valor del bien. Sobre la base del artículo 3 del Código Civil son numerosas las resoluciones que han hecho eco del mismo.

La primera, el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2ª, 111/2010, de 17 de diciembre, señaló lo siguiente: *“...El artículo 3 del Código Civil, en su apartado 1, señala que las normas se interpretarán según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas, y ello nos obliga a hacer la siguiente reflexión, que no constituirá abuso de derecho, pero moralmente es rechazable que se alegue para intentar continuar la ejecución la pérdida de valor de la finca que servía de garantía al préstamo concedido, que fue fijado por la entidad bancaria ahora ejecutante, o cuando menos aceptado, siendo que dicha pérdida*

de valor es directamente achacable a la crisis económica, fruto de la mala praxis del sistema financiero...”.

Esta Sentencia considera que debe tenerse en cuenta el valor de tasación, concretamente señala que:

“...la afirmación de la parte recurrente de que la finca en sí tiene un valor real que es inferior a la deuda reclamada, debe contrastarse con la propia valoración que se hace en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, que formalizaron las partes y singularmente por lo que supone un acto propio...la valoración en una cantidad que era superior al principal del préstamo,... el valor de la finca es suficiente para cubrir el principal de la deuda reclamada...”.

En igual sentido, el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010; Auto del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Figueras (provincia de Gerona), de 12 de abril de 2012; o el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Valladolid, de 27 de febrero de 2012.

Dicho valor de tasación se tiene en cuenta cuando la finca se adjudica al acreedor, cosa distinta ocurre en el caso de que se la adjudique un tercero. Por ejemplo, en el citado Auto del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Figueras, de 12 de abril de 2012, se señala lo siguiente:

“La entidad Bankia, se ha adjudicado la finca por el 60% de su valor en la subasta celebrada en este Juzgado. Siendo que en el presente caso, no se produjo la adjudicación por ese importe a un tercero, y por tanto, la entidad bancaria lo que ha recibido es la propiedad del inmueble, debe entenderse totalmente saldada la deuda reclamada, ya que Bankia no recibe con la adjudicación el 60% del valor de la finca, sino la propia finca...”.

Interesa resaltar el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Torrejón de Ardoz, de 10 de enero de 2012, llegando a indicar que si bien la resolución admite que la solución propuesta puede ser perjudicial para el sistema financiero global y por tanto para la generalidad de la ciudadanía, sin embargo sostiene que no se puede aceptar la pretensión del banco, pues se trata de una conducta cercana a la usura, dada la infravaloración del bien en su ejecución.

En virtud de una interpretación sociológica de la norma cabe citar el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Valladolid, de 27 de febrero de 2012:

“La decisión que se adopta en esta alzada, resulta acorde con la justicia material del caso. Se olvida a veces que en la interpretación y la aplicación de las leyes los tribunales deben buscar aquellas respuestas que, sin contravenirlas, sea más acorde con una decisión justa que es lo que, en, última instancia, la ciudadanía espera de un “Tribunal de justicia”. Aquí existen normas y doctrinas jurisprudenciales ya citadas que no sólo permiten acoger la pretensión de la parte recurrente, sino que llevan a una aplicación integrada de los preceptos del ordenamiento jurídico que posibilitan tanto que un acreedor vea resarcido su crédito como que un deudor no deba pagar, sin causa justificada, mayor suma que la por él debida...”

Argumentos tales como la doctrina de los actos propios es patente, a título de ejemplo, en el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Arenys de Mar (provincia de Barcelona), número 38/2012, de 22 de febrero, de 2012, en la desproporción entre el ejecutante y el ejecutado:

“Es en esa banda de previsible excedente junto con la correlativa disminución de la cobertura de los mínimos a disposición del ejecutante donde las prácticas viciadas que se observan en la actual dinámica de funcionamiento de subastas, arrasa con cualquier

vestigio de respeto al valor de mercado del bien, despreciándolo hasta conseguir que el valor de mercado sea una quimera irrealizable. Así debería ser, pero en perjuicio del deudor no lo es, y las más de las veces la práctica forense demuestra que no es poco frecuente que el deudor, tras la realización del bien, aún no pueda cubrir sino una cantidad muy lejana de lo adeudado. Se considera que ante tan manifiesta y absoluta desproporción, y ante el ostensible y notorio desequilibrio que se produce entre ejecutante y ejecutado, cobra plena vigencia la doctrina del abuso de Derecho”.

Otro argumento utilizado es la aplicación del principio general de buena fe, concretamente en el retraso desleal ejercitado de contrario por el ejecutante en cuanto a la reclamación de la deuda. En concreto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2ª, 1/2011, de 17 de enero señala:

“No es sólo que haya transcurrido un plazo temporal muy prolongado (14 años), sin existir obstáculo alguno al ejercicio de la acción, y que se haya mantenido un absoluto e inexplicado mutismo en torno a la deuda que se afirma subsistente, sin ni siquiera reclamarla previamente a este proceso, sino que la adjudicación, por un precio sensiblemente inferior al que tasó el propio Banco para conceder la hipoteca, cuando ese valor de tasación era suficiente para cubrir la deuda reclamada en el proceso de ejecución hipotecaria, se torna en “acto equívoco” que nutre la idea del retraso desleal, en cuanto no sólo por ese valor entonces tasado, sino por la continua revalorización de los inmuebles urbanos ocurrida en esos catorce años, podía pensar la deudora que el bien cubría de sobra el crédito, y confiar en que la no reclamación estaba fundada precisamente en tal circunstancia”.

Doctrina ésta compartida por la Sentencia del Tribunal Supremo 872/2011, Sala 1ª, de 12 de diciembre.

Por último, otro argumento también utilizado es el carácter abusivo de las cláusulas, aludiéndose a la cláusula rebus sic stantibus en el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Arenys de Mar, 38/2012, de 22 de febrero en los siguientes términos:

“...desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones...No puede desconocerse que los actores implicados en este procedimiento se encuentran en una posición de absoluta desigualdad. Mientras para la entidad de crédito la operación reviste un carácter mercantil, haciendo del crédito hipotecario gran parte de su actividad social, para el consumidor representa una carga financiera de gran magnitud que se destina satisfacer un derecho y una necesidad vital”.

En un procedimiento de ejecución hipotecaria⁷² las causas de oposición que tiene el ejecutado son limitadas, si bien tiene la posibilidad de acudir al proceso declarativo para debatir posibles causas de nulidad.

Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, Sala 1ª, de 14 de marzo de 2013 resolvió cuestión de prejudicialidad formulada por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona por posible vulneración de la Directiva CE/93/13, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas.

En definitiva, con estas resoluciones se admite la cancelación total de la deuda a fin de evitar una situación gravemente perjudicial para los deudores con motivo de la crisis económica y para ello los Tribunales utilizan argumentos dispares, tales como la doctrina de los actos propios, el enriquecimiento injusto, el principio de buena fe o el

⁷² SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I.; OLMEDO CARDENETE, M: “Desahucios y ejecuciones hipotecarias: un drama social y un problema legal” Editorial: Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pág. 98.

carácter abusivo de las cláusulas, entre otros. Todo ello en base a una situación patente en la sociedad en la que vivimos.

III. CUESTIONES CONTROVERTIDAS DE LA DACIÓN EN PAGO

1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DACIÓN EN PAGO

La naturaleza jurídica de la dación en pago es un tema que reviste complejidad, por lo que vamos a examinar las diferentes posturas doctrinales al respecto.

Opinión doctrinal:

Desde el punto de vista doctrinal y, más concretamente, la doctrina francesa clásica⁷³, cabe señalar las contradicciones existentes en las obras de Laurent, Beudant y Pont, autores que aluden a la dación en pago desde distintos puntos de vista atendiendo a la materia que se analiza en cada parte de su obra.

a) D. François Laurent, en su obra *Principes de Droit Civil*, en los tomos números XVII, XIX y XVIII, analiza la dación en pago cuando también estudia la cesión de bienes, la extinción de la fianza, la novación, las hipotecas y la extinción de privilegios.

En el año 1878, este autor, estudiando la novación, así como las acciones que tiene la parte acreedora en caso de evicción del bien dado en pago, llega a la conclusión de entender la dación en pago equivalente a una venta; no obstante, en pasajes posteriores de su obra, la considera como un supuesto de novación. Los argumentos contradictorios no acaban, pues la dación en pago, en el pasaje relativo a la extinción de la fianza, es calificada como un pago, lo que impide que pueda ser considerada una novación.

⁷³ Beudant, C., “Les sûretés personnelles et réelles”, en *Cours de Droit Civil* (Tomos I y II), París, 1900-1902. “La vente et le louage”, en *Cours de Droit Civil* (Tomo V), París, 1906. “Les contrats et les obligations”, en *Cours de Droit Civil* (Tomo IX), París, 1908, págs. 480 y siguientes.

Pont, P. (continuador de la obra de V. Marcadé), *Explication théorique et pratique du Code Napoleon. Commentaire-traité des petits contrats* (Tomo II, 1ª Parte), París, 1867, págs. 190 y siguientes. *Commentaire-traité des privilèges et hypothèque* (Tomo II, 2ª Parte), París, 1868, págs. 537 y siguientes. Laurent, F., *Principes de Droit Civil* (Tomo XVIII [“Obligations”]), 1878, pág. 241 y 350 y siguientes.

Por último, cuando Laurent estudia el tema relativo a la extinción de las garantías puramente reales, observa la dación en pago como si de una novación se tratase, de tal modo, que en el supuesto de evicción, las garantías reales de la originaria obligación no reaparecerían.

b) Otro autor francés, D. Charles Beudant, en su obra *Cours de Droit Civil français*, alude a serias dudas de cuál debe ser la naturaleza jurídica de la figura de la dación en pago, haciendo referencia a ella tanto en los contratos como en las obligaciones, en los contratos de arrendamiento y compraventa y en las garantías personales y reales.

Para este autor, la dación en pago es una figura híbrida, al participar del pago y de la venta o también permuta. En concreto, cuando estudia el contrato de compraventa, esta figura (*datio*) es entendida como un pago, conllevando la extinción de las garantías. Al analizar el pago, la dación pasaría a ser entendida como una venta, para el hipotético supuesto de que el acreedor fuese evicto del bien que ha sido dado en garantía. Y además cuando se alude a la fase de extinción de la figura de la fianza, la dación en pago es considerada como una novación.

c) D. Paul Pont, continuador de la obra de Marcadé, en su trabajo *Explication du Code Napoléon* (1967 y 1968), también contiene argumentaciones contradictorias por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la dación en pago.

De nuevo, cuando estudia la cuestión relativa a la extinción de la fianza, la dación en pago vuelve a ser entendida como una novación de la obligación originaria, quedando liberado el fiador sin renacer las garantías ni la obligación. No obstante, en caso de extinción de hipotecas, la conocida dación en pago es calificada como un pago, reapareciendo, en el supuesto de existir evicción, la obligación primitiva y sus accesorios.

Conclusión:

En realidad, no hay justificación por el que los autores citados tengan opiniones doctrinales tan dispares. Este motivo tal vez responda a los argumentos u opiniones generalmente aceptadas en cada momento.

Así, D. Beudant llega a reconocer en su propia obra que se atiene a la opinión común aceptada por la doctrina en esa época.

En virtud de lo indicado anteriormente respecto a la naturaleza jurídica de esta figura, sería recomendable la inclusión en el Código Civil de artículos de contenido similar a los de otros códigos civiles (como el de Navarra, o el de Italia o Portugal), que permitiese solventar las controversias relativas a la dación en pago, puesto que al no estar regulada la misma resulta ser objeto de opiniones tanto doctrinales como jurisprudenciales dispares que en algunos casos distorsionan su verdadera naturaleza jurídica.

Opinión Jurisprudencial:

Sobre la naturaleza jurídica de la dación en pago también se ha pronunciado la jurisprudencia en multitud de ocasiones, como lo revelan las diferentes sentencias dictadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1943 (Sala de lo Civil), llega a atribuir a la dación en pago la categoría de contrato de compraventa, de forma que *“el crédito por satisfacer adquiere la condición de precio”*.

En este mismo sentido, se menciona la sentencia número 61/1996, de 8 de febrero de 1996, hasta llegar a la sentencia de 27 de junio de 2003, número 626/2003, en la que se continúa citando a la “venta en dación en pago”.

Conclusión:

En definitiva, al no estar la dación en pago regulada en el Código Civil ni en cualquier otra norma española son muchas las opiniones que se han pronunciado al respecto sobre la naturaleza jurídica de esta figura, debiendo ser consideradas válidas sólo aquellas que no se opongan a los principios generales que informan nuestro ordenamiento jurídico.

Por tanto, la conclusión que debemos tener presente es que la dación en pago es un modo de extinción de las obligaciones independiente y absolutamente autónomo de cualquier otra institución jurídica, debiendo aparecer contemplada en el Código Civil, en concreto en el artículo 1156 del mismo.

2. ¿EN UN CONTRATO DE COMPRAVENTA EL PRECIO HA DE ESTAR FIJADO DESDE EL INICIO?

A. Jurisprudencia del Tribunal Supremo:

Sentencia 1.- STS 6 septiembre 2013: *“No hay indeterminación alguna. Es un precio que se fija como provisional y se fijará como definitivo con arreglo a unas pautas bien determinadas. No hay complejidad alguna, es una venta de inmuebles cuya finalidad es la explotación de una estación de servicio, como es posible cualquier otra función en toda compraventa, función que no altera la naturaleza del negocio jurídico de adquisición del inmueble. No hay tampoco diferencias de cantidad y calidad, sino que simplemente se ha discutido el precio, pero no la cosa vendida que está perfectamente delimitada.*

Por tanto, no hay infracción del artículo 1469 del Código civil porque esa norma ni se

aplica, ni la ha aplicado la sentencia de instancia, ni es aplicable cuando no se ha discutido cantidad y calidad de la cosa, sino la determinación efectiva de un precio determinable. En consecuencia, tampoco es aplicable el artículo 1472 que impone el breve plazo de caducidad a la acción derivada de aquel artículo 1969.

3.- El tercero (subapartado c) de los motivos del recurso de casación alega la infracción del artículo 1449 en relación con los artículos 1256 y 7.2, todos ellos del Código civil.

Estas normas y el desarrollo del motivo se concretan en la necesidad, esencia de la obligación que proclama con carácter general el artículo 1256 y aplica reiteradamente la jurisprudencia: sentencias de 26 junio 2008, 19 febrero 2010, 31 marzo 2011. Asimismo, su abierta violación podría entrañar el abuso del derecho que proscribe el artículo 7.1.

El artículo 1449, objeto de este motivo, impide que el precio en el contrato de compraventa pueda (rectius, no debe) quedar al arbitrio de uno de los contratantes.

No tiene sentido este motivo por cuanto nunca se ha dejado el precio al arbitrio de uno de los contratantes. En la cláusula anteriormente transcrita se prevé la determinación del precio por las partes; en primer lugar por una de ellas, TOP OIL, S.A. y, en su defecto, como así ocurrió, por la otra, ERG PETRÓLEOS, S.A.

Ello no puede ser considerado como determinación al arbitrio de una u otra de las partes: ambas tenían las mismas posibilidades y una la desaprovechó y la otra, subsidiariamente, la ejerció.

Por tanto, no se ha infringido ninguno de los citados artículos”.

Sentencia 2.- STS 22 febrero 1968: *“SEGUNDO.- Que aunque nuestro Código Civil, en los artículos 1445 y 1450, exige que el precio de la compraventa sea cierto,*

ello no quiere significar que su exacta cuantía ha de ser precisada en el acto mismo de la celebración del contrato, sino que dicho Cuerpo legal permite aplazar la fijación de él para un momento posterior, siempre que al perfeccionarse el contrato se hubiesen convenido unas normas claras y concretas para que se haga la oportuna determinación de dicho precio, sin dejar lugar a dudas, como ocurre en los casos previstos en el artículo 1447, en los que se hace la referencia a una cosa cierta o se deja el señalamiento del precio al arbitrio de persona determinada, o como sucede en los supuestos señalados en el artículo 1448, de venta de valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles, en las que se señale como precio en el contrato el que alcance la cosa vendida, en determinado día, Bolsa o mercado y, por analogía, en determinada época o campaña agrícola, forestal, industrial o pesquera; es decir, que aunque no quede determinado con precisión cuantitativa en el momento de celebrarse el contrato, el precio se reputa cierto, siempre que sea determinado, con sujeción a las normas establecidas en él, sin necesidad de un nuevo convenio entre las partes contratantes - artículo 1273-, o que no se deje al arbitrio de una de ellas su fijación -artículo 1449.

(...) QUINTO.- Que como tales afirmaciones fácticas no han sido desvirtuadas por la recurrente, utilizando los medios impugnativos que para ello autoriza la Ley, es evidente que aquéllas han quedado incólumes, y con arreglo a ellas, el precio convenido era perfectamente determinable y cumplía el requisito de ser cierto en el sentido que admite nuestro ordenamiento legal, siéndole, por tanto, perfectamente aplicables los preceptos citados por el recurrente que el juzgador de instancia no ha desconocido ni dejó de tener en cuenta, por lo que no pudieron ser violados.

SEXTO.- Que, consiguientemente si en el acto de la celebración del contrato se establecieron, por mutuo acuerdo de las partes, unas normas concretas con arreglo a las cuales en momento posterior se había de determinar con toda precisión el precio,

también resultan inoperantes las infracciones denunciadas en el motivo segundo del recurso, en el que se acusa la violación de los artículos 1261, 1262 y 1274 del Código Civil, pues en el contrato litigioso han concurrido los tres requisitos esenciales que el primero de aquellos preceptos señala, hubo concurso de oferta y aceptación sobre la cosa y la causa, y ésta ha sido para una parte el precio y para otra el orujo entregado, sin que sea preciso un posterior convenio entre ellas para la determinación del precio, ya que, como también afirma la sentencia impugnada, si no se consigue el mutuo acuerdo de los contratantes para ello, será éste señalado por los Tribunales, teniendo en cuenta los datos que quedan relacionados en el Considerando, anterior de dicha sentencia.

(...) OCTAVO.- Que, como en un caso análogo ha dicho esta Sala, "la relación contractual se halla vigente por la fuerza de la costumbre, de modo singular en regiones españolas productoras de orujo, especialmente en las provincias andaluzas, donde acaece el supuesto aquí contemplado..., y al quedar incólume el dato de hecho de que existió un acuerdo entre las partes hoy litigantes, consistente en que la liquidación de las entregas efectuadas se haría con arreglo al precio que rigiese en el mercado al final de cada campaña agrícola, resulta incuestionable que, desde el punto de vista jurídico y a la manera como dijeron los dos juzgadores de instancia, se está en presencia de una compraventa en la que existe como cierto un precio, si bien indeterminado, sí determinable utilizando los criterios del artículo 1448 en relación con el 1447 del Código Civil, especialmente con referencia al mercado de esta clase de producto agrícola en el día o momento específico final de la campaña" -Sentencia de 11 de octubre de 1967".

Sentencia 3.- STS núm. 233/2000, de 14 marzo 2000: “El primer motivo de este

recurso aduce la aplicación errónea de los artículos 1447 y 1445 del Código Civil, y estima que no existe precio cierto, no existiendo sino unas partidas que debieran determinarse.

El motivo no puede prosperar. Basta que el precio se pueda determinar sin necesidad de un nuevo convenio. El art. 1445 del Código Civil requiere para la existencia de un contrato de compraventa la existencia de un precio cierto, en dinero o signo que lo represente, pero la determinación del precio puede quedar establecida inicialmente por las partes al momento de perfección del contrato, o deferirse para un momento posterior, siempre que para ello no sea precisa la celebración de un nuevo contrato, sino bastando con unos puntos de referencia en base de los cuales pueda establecerse la cuantía del precio. Así se expresó por la doctrina jurisprudencial de esta Sala desde la añeja sentencia de 29 de noviembre de 1930 a la más reciente de 29 de diciembre de 1987, que señalaron que no es necesario para que el precio se tenga por cierto que esté precisado cuantitativamente en el momento de la celebración del contrato, bastando que pueda determinarse sin necesidad de un nuevo convenio de los interesados - sentencia de 15 de noviembre de 1993”.

Sentencia 4.- STS núm. 1202/2000, de 22 diciembre 2000: “Los cuatro motivos del recurso tienen un común designio impugnatorio en cuanto todos ellos se dirigen a atacar la declaración de la sentencia recurrida, determinante del fallo adoptado, de no estar determinado el precio del contrato, así en el motivo primero se denuncia infracción del art. 1261-2º ; en el segundo, la del art. 1273; en el tercero, la indebida aplicación del art. 1447, y en el cuarto la infracción del art. 1281; artículos todos los citados del Código Civil.

En primer término ha de señalarse la contradicción en que incurre la parte recurrente

en la fundamentación de su cuarto motivo en relación con lo mantenido en su escrito de demanda. Se dice en el motivo que "el sentido literal de lo pactado por escrito nos lleva necesariamente a comprender que la parte que se obliga, es la vendedora respecto a la compradora y su obligación se concreta en vender el piso en el precio que se señala, dentro del abanico de máximo y mínimo que en el mismo se contiene. Es decir que es la parte vendedora quien deberá determinar el precio, dentro de las referencias señaladas de mutuo acuerdo", manifestación que contradice lo afirmado en su escrito de demanda en cuyo fundamento de derecho III dice que el precio de la finca, cuya venta se reclama es de 6.500.000 pesetas, cantidad a cuya consignación procedió al formular la demanda "cantidad que considera la adecuada, ya que desde la fecha del contrato se han venido pagando rentas de cubren con exceso la diferencia de los 7.000.000 pts., segundo precio alternativo (sic) que se fijó en el contrato". Aparte de que la interpretación del contrato que se propone en el motivo (que correspondía a la vendedora determina el precio) contraviene el art. 1449 del Código Civil que prohíbe dejar el señalamiento del precio al arbitrio de uno de los contratantes, tal exégesis no puede obtenerse del tenor literal del contrato como lo ponen de relieve las deudas que la propia parte demandante manifiesta a través de su escrito de demanda.

Dice la sentencia de 10 de febrero de 1992 que "la certeza del precio es requisito esencial de la propia naturaleza del contrato, conforme al art. 1445 del Código Civil. No obstante el concepto de precio cierto no exige necesariamente que se precise cuantitativamente en el momento de la celebración del pacto, sino que basta que pueda determinarse aquél, es decir que el concepto no quede en blanco ni afectado por unilateralidad plena sino que pueda ser determinado con referencia puntual y concreta y lo prevé el art. 1447 del Código Civil y la doctrina de esta Sala (sentencia de 2 de febrero de 1968)". En el presente caso, si bien no puede hablarse de una

indeterminación total en cuanto se fijaron unos límites cuantitativos entre los que había de comprenderse el precio final y cierto, no se establecieron los criterios que, dentro de esos límites, llevarían a la exacta determinación del precio. (...) Por todo lo cual ha de concluirse que la sentencia "a quo" no ha incurrido en las infracciones de los preceptos legales que se denuncian en los cuatro motivos del recurso que han de ser desestimados, con la preceptiva condena en costas a los recurrentes a tenor del art. 1715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Sentencia 5.- STS núm. 591/1995, de 19 junio 1995: “No puede confundirse la falta absoluta de fijación de precio cierto y su determinación por la libre decisión de una de las partes contratantes, que no autoriza el artículo 1449 del Código Civil, con la posibilidad de que el mismo pueda determinarse con posterioridad, pues el concepto de precio cierto no exige que se fije cuantitativamente en el momento de la celebración del negocio, sino que puede tener lugar durante el desarrollo de la relación contractual y también del modo referencial que prevé el artículo 1447 del Código Civil, en relación al 1273 y sin necesidad de un nuevo convenio entre los interesados (sentencias de 22-2-1968, 10-2-1992 y 15-11-1993).

En el caso de autos la configuración del precio correspondiente a cada partida de plátanos entregada a la Cooperativa, la determina el percibo y entrega de su importe a los recurrentes, durante más de un año, integrando haber a su favor, en las dos cuentas que tenían suscritas con la entidad (números 410.000.062 y 410.000.219) y de acuerdo con lo estipulado en el documento privado que otorgaron el 27 de agosto de 1.984, que obligaba a dichos litigantes a efectuar el suministro de la fruta producida en las fincas de su propiedad hasta que las cuentas se saldaran, dado los anticipos dinerarios y mediante letras de cambio, así como semillas y abonos que recibían de la Cooperativa

de referencia.

Lo expuesto hace decaer el motivo y, consecuentemente, el segundo, que por la vía del número 5º del artículo 1692, sostiene infracción del artículo 1449 del Código Civil”.

Sentencia 6.- STS 10 febrero 1992: “Partiendo de que los hechos probados en las instancias han de tenerse por firmes e inatacables, al no haberse admitido el motivo casacional alegado por la vía del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la motivación segunda que se analizará a continuación, se residenció procesalmente en el número 5 de dicho artículo y denunció violación por inaplicación del artículo 1.449 del Código Civil, en cuanto dispone que el señalamiento del precio no podrá dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Los esposos recurrentes mediante documento privado de 20 de septiembre de 1983, adquirieron a la entidad "V., S.A.", el piso... del inmueble calle M., número... en Madrid y la plaza de garaje aneja (denominado número 77), por el precio inicial de 5.025.515 pesetas, el que, en todo caso tenía carácter provisional, pues se pactó expresamente - cláusula tercera la revisión del mismo hasta un máximo determinado por la regulación y actualización del módulo aplicable al área geográfica en la que se practicaba la edificación, haciéndose referencia expresa al Real Decreto 3148/78, de 10 de noviembre -en relación al Real Decreto 1609/81 de 5 de junio - Dicha disposición si bien afecta a las viviendas de protección oficial, no es prohibitiva a que, en razón al principio de libertad de contratación (art.1.255 del Código Civil) los interesados puedan a la hora de fijar precios definitivos acudir a los módulos de revisión que las normas establecen.

(...) El motivo no procede ser estimado ya que la Sala interpretó correctamente el convenio de venta. No se ha producido violación por inaplicación del artículo 1.449 del

Código Civil que se denuncia y tiene su correspondencia en el artículo 1.256 de dicho cuerpo legal. El precepto prohíbe que el señalamiento del precio quede al arbitrio de uno de los contratantes, integrándose por el supuesto de que el precio no se haya determinado en el momento del contrato ni establecidas las bases para su definición y que, consecuentemente, uno de los contratantes pueda libremente fijarlo posteriormente. De esta manera se marginaría la fuerza vinculante de las relaciones obligacionales, pues la certeza del precio es requisito esencial a la propia naturaleza de los contratos, conforme al artículo 1.445 del Código Civil. No obstante, el concepto de precio cierto no exige necesariamente que se precise cuantitativamente en el momento de la celebración del pacto, si no que basta que pueda determinar aquél, es decir que el concepto no quede en blanco ni afectado de unilateralidad plena, sino que pueda ser determinado con la referencia puntual y concreta que se convenga y así lo prevé el artículo 1.447 del Código Civil y doctrina de esta Sala (sentencias de 2 de febrero de 1959, 18 de mayo de 1963, 22 de febrero de 1968).

En el caso enjuiciado, las partes fijaron inicialmente unos precios y módulos-base, pero sujetos a revisión y actualización, ya que con arreglo a los mismos y en tiempo inferior, se había de precisar el precio final y sin necesidad de ningún otro convenio, bastando con la liquidación de cuentas que los litigantes en el supuesto de autos plasmaron en el documento referido de 19 de mayo de 1984 y que indudablemente les vincula, al cuantificar definitivamente lo que habían convenido como provisional y regla de partida.

Consecuentemente, el precio definitivo quedó fijado en base al módulo aplicable a la fecha del documento de 19 de mayo de 1984, que se concretó en 51.470 pesetas, superior al que se indica en el contrato de venta, representado por la cifra de 42.867,15 pesetas, que en todo caso era el correspondiente al momento "actual" es decir, al de la

firma de dicho pacto de compraventa, pero no al tiempo futuro de entrega de las llaves del piso, lo que tuvo lugar en el período convenido, al estipularse sería en los meses de abril a junio de 1984 y dicha entrega se realizó el 19 de mayo de dicho año”.

Sentencia 7.- STS núm. 61/1996, de 8 febrero 1996: *“SEGUNDO.- El recurso de casación interpuesto se articula en dos motivos acogidos ambos al número 4º del art.1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción dada por la Ley 10/1992, de 30 de abril; en el primero de ellos se alega infracción del art. 1276 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial establecida en relación con la simulación relativa, especialmente en las sentencias de 13 de febrero de 1958, 2 de enero de 1978, 20 de febrero de 1981 y 13 de junio de 1983; en tanto que en el segundo motivo se alega infracción por falta de aplicación del art. 1273 del Código Civil pues, se viene a decir, admitida por la sentencia recurrida la existencia, no de un contrato de compraventa, sino de una dación en pago, no se cumplen las exigencias establecidas en el citado precepto legal, puesto que no existe determinación de la deuda que mediante la transmisión de las fincas se pagaba.*

Tiene declarado esta Sala (sentencias, 23 septiembre de 1990 y 16 de septiembre de 1991) que "la simulación contractual se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, por responder éste a otra finalidad jurídica distinta sin que se oponga a la apreciación de la simulación el que contrato haya sido documentado ante fedatario público", y en parecidos términos se manifiesta la sentencia de 30 de septiembre de 1989 al decir que "el concepto jurisprudencial y científico de simulación contractual, que es un vicio de la declaración de voluntad de los negocios jurídicos por el cual, ambas partes, de común acuerdo, y con el fin de obtener un resultado frente a terceros, que puede ser lícito o ilícito, dan a entender una

manifestación de voluntad distinto de su interno querer".

La sentencia recurrida afirma que "D. Antonio L.G. pidió dinero a los hermanos demandados como lo prueban los documentos obrantes a los folios 64 al 72, y posiblemente existiera un documento privado del que tanto se habla pero no se aporta", y añade que "el dinero recibido había que devolverlo y al no poder hacerlo en metálico se redactó la escritura, que sin lugar a dudas requería tiempo, y ante la enfermedad, nada más (sic) extraño que llamar al Notario para su firma", concluyendo el Juzgador "a quo" que "el fin que se perseguía en el contrato sometido a debate no era otro sino, por una parte, pagar lo que se debía y por otra, recibir unas fincas u objeto en contraprestación". Estas declaraciones de la sentencia recurrida ponen de manifiesto que el Juzgador de instancia, aunque no lo diga expresamente, está reconociendo que bajo la forma simulada de un contrato de compraventa las partes acordaron una dación en pago. Dice la sentencia de 4 de mayo de 1987 que "el art.1274 del Código Civil, al concretar que en los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, no da un concepto de la misma, sino que la específica con sentido objetivo para los contratos de igual clase, significando el fin que se persigue, ajeno a la nueva intención o subjetividad que significan los móviles, acogibles sólo cuando sean reconocidos por ambas partes contratantes y exteriorizados por su relevancia"; de ahí que ese "fin que se perseguía en el contrato sometido a debate no era otro sino, por una parte, pagar lo que se debía, y por otra, recibir unas fincas u objeto en contraprestación", no constituya la causa de un contrato de compraventa pues como dice la sentencia de 1 de julio de 1988 "la causa del contrato de compraventa es para el vendedor el precio, de manera que negada la existencia de éste tampoco existe el consentimiento", lo que se reitera en sentencia de 1 de febrero de 1990 expresiva de que "como en el proceso aparece probado que en la

referida compraventa, instrumentada en la mencionada escritura pública no ha existido precio alguno..., ha de concluirse que el expresado contrato de compraventa es inexistente (o radicalmente nulo) por faltarle uno de los elementos esenciales de todo contrato, cual es la causa, y, más específicamente, el precio, al tratarse en este caso concreto de una compraventa".

(...) Se hace preciso determinar si en la dación de pago disimulada en el contrato de compraventa documentado en la escritura pública de 8 de agosto de 1972 concurren los requisitos necesarios para su validez y, concretamente, el crédito que se dice en la sentencia recurrida sirvió de contraprestación a la disposición por el vendedor de los bienes inmuebles a que se contrae. La sentencia de 13 de febrero de 1989 refiriéndose a la adjudicación en pago de deudas dice que "la datio pro soluto", significativa de adjudicación del pago de deudas, si bien no tiene una específica definición en el derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, se trata de un acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que este aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa, dado que según tiene declarado esta Sala en sentencia de 7 de diciembre de 1983, bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación, o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue, como viene dicho, la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pago de deuda; esta aplicación analógica de las normas reguladoras del contrato de compraventa a la dación en pago, determina que el crédito que se extingue con la adjudicación de los bienes, sea un crédito cierto, lo que implica su concreta determinación bien sea en el contrato o posteriormente de acuerdo con los criterios en

él establecidos pero sin que sea preciso un nuevo convenio entre las partes para esa determinación y así lo viene exigiendo con reiteración la jurisprudencia que en sentencia de 15 de noviembre de 1993 dice que "el art. 1445 del Código Civil requiere para la existencia del contrato de compraventa la existencia de un precio cierto, en dinero o signo que lo represente, ahora bien, la determinación del precio puede quedar establecida inicialmente por las partes al momento de la perfección del contrato, o diferirse para un momento ulterior siempre que para ello no sea necesario celebrar un nuevo contrato, precisando los criterios o puntos de referencia en base a los cuales podrá establecerse exactamente la cuantía del precio". En el caso litigioso no consta acreditada la cuantía a que ascendía el crédito que, según la sentencia recurrida, se extinguía por la entrega de los inmuebles a que se refiere la escritura pública en litigio, siendo de tener en cuenta que la Sala "a quo" incluye en el mismo los gastos realizados con ocasión de la última enfermedad del vendedor, posteriores, por tanto, al otorgamiento de la citada escritura pública; se da así la falta de un requisito esencial en la dación en pago cual es el crédito líquido que sirva de contraprestación a la entrega o adjudicación de bienes hecha con la finalidad de extinguir aquél y al no entenderlo así la Sala sentenciadora "a quo" ha infringido el art.1273 del Código Civil del que es concreción para el contrato de compraventa el art. 1445, que requiere la existencia de precio cierto, cuyo señalamiento no podrá dejarse nunca al arbitrio de uno de los contratantes. Procede, en consecuencia, la estimación del segundo motivo del recurso, lo que conduce a la casación y anulación de la sentencia recurrida así como a la confirmación de la de primer grado”.

Sentencia 8.- STS 15 noviembre 1993: “...en los casos de compraventa en que no conste la entrega real del precio al vendedor, tratándose de precio meramente

confesado, tal manifestación del vendedor no se halla amparada en cuanto a su certeza y veracidad por la fe pública notarial, correspondiendo, en este caso, a los demandados la prueba de la existencia del precio, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial sobre la carga de la prueba en orden a quien tiene que sufrir las consecuencias de no haber agotado su derecho a probar, en cuanto tal doctrina afirma que no se trata de la aplicación de unos principios inflexibles, sino que dependen de la naturaleza del debate, la disponibilidad y la realidad de la prueba -Sentencias de 23 de septiembre de 1986, 24 de abril de 1987 y 15 de junio de 1988, entre otras- lo expuesto hace decaer el motivo quinto del recurso en que se alega infracción del art. 1.214 del Código Civil y de la jurisprudencia que cita ya que, se dice en el motivo, a los demandados no correspondía probar el destino dado por la codemandada al dinero entregado como precio, "puesto que el pago consta en escritura pública de compraventa "tesis inaceptable tenor de la doctrina jurisprudencial citada ya que, como consta en la escritura pública de compraventa, de 22 de abril de 1985, el precio no fue entregado en el acto de su otorgamiento sino que el vendedor manifiesta haberlo recibido con anterioridad, por lo que es a los demandados a quienes incumbía la carga de la prueba de la certeza y realidad del precio y al no haber conseguido tal prueba, han de sufrir las consecuencias de su falta; no resulta, en consecuencia, infringido el invocado art. 1.214 del Código Civil. Por el juzgador de instancia sino, por el contrario, rectamente aplicado de acuerdo con la constante doctrina de esta Sala.

SEGUNDO.- La necesidad de acudir a la prueba de presunciones a que se refiere el art. 1.253 del Código Civil para apreciar la realidad de la simulación es doctrina reiterada de esta Sala que en Sentencia de 5 de noviembre de 1988 dice que "como tiene declarado esta Sala en la reciente Sentencia de 13 de octubre de 1987 al ser grandes las dificultades que encierra la prueba plena de simulación de los contratos por el

natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad, obliga a acudir a la prueba indirecta de las presunciones que autoriza el art. 1.253 del Código Civil invocado como apoyo del invocado motivo quinto, y se reconoce en reiterada doctrina jurisprudencial de la que son exponente, entre otras y como más recientes, las Sentencias de esta Sala de 25 de abril de 1981, 2 de diciembre de 1983, y 10 de julio y 5 de diciembre de 1984, y con su base apreciar comportamiento simulador absoluto cuando, con arreglo a un enlace preciso Y directo según las reglas del criterio humano, se evidencia que el contrato no ha tenido. En definitiva, la causa que nominativamente expresa" Esta doctrina jurisprudencial unida a la recogida en el anterior fundamento de Derecho, hace inviable el sexto motivo en que se alega infracción del art. 1.277 del Código Civil y de la jurisprudencia de esta Sala que lo interpreta, afirmándose en el recurso que no se ha destruido la presunción de la existencia de causa en el contrato que el precepto contiene; con referencia expresa al art. 1.253 del Código Civil, el Tribunal de instancia ha hecho uso de la prueba de presunciones como medio necesario, ante la falta de una prueba directa sobre el acuerdo simulatorio, para afirmar la falta de causa en el contrato de compraventa discutido, quedando así destruida, en este caso, la presunción del art. 1.277 del Código, aparte de que, como se ha dicho en anterior fundamento de esta resolución y en contra de lo que se reitera en el motivo, pesaba sobre los demandados la prueba de la realidad y certeza del precio confesado. Asimismo ha de rechazarse el motivo séptimo en que se denuncia infracción del art. 1.253 del Código Civil, y ello atendido el propio planteamiento del motivo en que se dice que "si se considera que no se ha acreditado el pago no se puede acudir al art. 1.253 del Código Civil, sino al 1.261 de dicho Cuerpo legal" puesto que la falta de acreditamiento del pago del precio es uno de los hechos

base que, en unión de los restantes que tiene como probados, sirve al Tribunal a quo para a través de un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, tener como probada la existencia de la simulación absoluta del contrato.

(...) *TERCERO.- La desestimación de todos y cada uno de los motivos admitidos a trámite determina la del recurso en su totalidad con la preceptiva imposición de costas que establece el art. 1.715 del Código Civil”.*

Sentencia 9.- STS núm. 861/1992, de 7 octubre 1992: “La datio pro soluto es significativa de adjudicación del pago de deudas, que, si bien carece de específica definición en el Derecho sustantivo civil, se trata de un acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción de su crédito, actuando este crédito con igual función que el precio en el contrato de compraventa; en cambio, la datio pro solvendo, reveladora de adjudicación para pago de deudas, que tiene una específica regulación en el art. 1.175 del Código Civil, se configura como un negocio jurídico por el cual el deudor propietario transmite la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación al pago de las deudas contraídas, sin extinción del crédito en su totalidad, pues el deudor sigue siéndolo respecto al adjudicatario en la parte del crédito a que no hubiese alcanzando el importe líquido de los bienes cedidos, toda vez que la adjudicación sólo libra de responsabilidad al deudor por el importe líquido de los bienes cedidos, como expresamente previene el meritado art. 1.715”.

Sentencia 10.- STS núm. 1100/200, de 30 noviembre 2000: “Antes de la respuesta casacional, ha de precisarse la naturaleza jurídica del contrato contenido en

la escritura de reconocimiento de deuda y adjudicación en pago de 27 de enero de 1984 y, que según el F.J. 1º de la Sentencia de Instancia, se puede hablar de cesión en pago, pero más bien lo que se trata es, de una dación en pago, o, aquel contrato en virtud del cual para satisfacer un débito por parte de persona determinada se entrega un bien concreto con finalidad solutoria, compensatoria y extintiva de esa obligación de pago; respecto a dicha naturaleza, ya se decía en sentencia de 8 de febrero de 1986:"...concurren los requisitos necesarios para su validez y, concretamente, si el crédito... sirvió de contraprestación a la disposición por el vendedor de los bienes inmuebles a que se contrae. La sentencia de 13 de febrero de 1989 refiriéndose a la adjudicación en pago de deudas dice que "la datio pro soluto", significativa de adjudicación del pago de deudas, si bien no tiene una específica definición en el derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, se trata de un acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que este aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa, dado que según tiene declarado esta Sala en sentencia de 7 de diciembre de 1983, bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación, o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue, como viene dicho, la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pago de deuda"; esta aplicación analógica de las normas reguladoras del contrato de compraventa a la dación en pago, determina que el crédito que se extingue con la adjudicación de los bienes, sea un crédito cierto, lo que implica su concreta determinación bien sea en el contrato o posteriormente de acuerdo con los criterios en él establecidos pero sin que sea preciso un nuevo convenio entre las partes para esa

determinación y así lo viene exigiendo con reiteración la jurisprudencia que en sentencia de 15 de noviembre de 1993 dice que "el art. 1445 del Código Civil requiere para la existencia del contrato de compraventa la existencia de un precio cierto, en dinero o signo que lo represente, ahora bien, la determinación del precio puede quedar establecida inicialmente por las partes al momento de la perfección del contrato, o diferirse para un momento ulterior..."; y es claro, que en el litigio, efectivamente, estamos dentro de un contrato de 27-1-84, con características análogas a la de la compraventa".

Sentencia 11.- STS núm. 159/1997, de 5 marzo 1997: *"TERCERO.- La interpretación de los contratos es una función encomendada a los Tribunales de instancia cuyo resultado hermenéutico ha de ser mantenido y respetado en casación, a no ser que el mismo sea ilógico o contrario al buen sentido o a la Ley o haya incidido en manifiesta equivocación: así lo han expresados entre otras muchísimas, SS 8 mayo 1991, 5 julio 1994, 25 enero 1995, 4 febrero 1995, 10 abril 1995, 23 mayo 1996, 26 septiembre 1996, 5 octubre 1996, 4 octubre 1996 y 21 octubre 1996.*

... La calificación e interpretación del contrato base de la demanda ha sido, pues, correcta. Se trata de un contrato de compraventa, con el objeto (la cosa) no perfectamente determinado sino determinable, como prevé art. 1273 CC y contempla, para un caso de compraventa, S 9 enero 1995 que dice: siendo suficiente a efectos del art. 1273 y, por tanto, del 1445 del Código, que a la hora de la perfección del convenio, estén presentes unas previsiones tales que permitan la determinación definitiva sin necesidad de nuevos acuerdos.

En cuanto al precio, se determinó por unidad de medida en relación con la superficie y así lo entendieron las sentencias de instancia. Que posteriormente la cosa y, en

proporción, el precio resultaran superiores a lo que se estimó inicialmente ("sin perjuicio de la medición definitiva de dicha superficie" dice literalmente el contrato) es una cuestión que forma parte de la previsión voluntariamente aceptada por las partes, ya que no pusieron límites ni condiciones. En el mismo motivo de casación se hace una al precio justo, poniéndolo en relación con la interpretación del contrato; a ello hay que hacer dos precisiones: en primer lugar, que el precio se fijó por unidad de medida y a mayor superficie, más precio; en segundo lugar, que el Código civil no recoge el requisito relativo al precio, de que sea justo, en el sentido de que será el que hayan pactado las partes al amparo del principio de autonomía de la voluntad, prescindiendo del valor real de la cosa: así SS 19 abril 1990 , 16 mayo 1990 y 20 julio 1993”.

B. Jurisprudencia de tribunales inferiores.

Sentencia 1.- SAP, Sección Primera, de Barcelona 18 diciembre 2001: “De la lectura del artículo 1.445 del Código Civil y concordantes se deduce que la compraventa es un contrato consensual (artículo 1.450), bilateral y generador de obligaciones recíprocas, fundamentalmente la de entrega y saneamiento de la cosa vendida, (artículo 1.461) y la de pago de su precio (artículo 1.500), exigiendo el referido artículo 1.445 del Código Civil la existencia de precio cierto, debiendo precisarse como requisitos de éste tanto las notas de certeza como de pecuniariedad, teniéndose en cuenta que cierto no significa necesariamente determinado en su cuantía, en el momento de la perfección del contrato, sino determinable, en el sentido del artículo 1.273 del Código Civil, especificado para la propia compraventa en los artículos 1.447, 1.448 y 1.449 del repetido Código Civil. Ahora bien, el artículo 1.447 citado establece que:

"Para que el precio se tenga por cierto, bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada"; por cosa cierta no se ha de entender exclusivamente una cosa en sentido físico o material o jurídico, cuyo precio sea el parámetro determinador; cosa ésta aquí tomada como palabra de amplio sentido que permita designar una base objetiva que permita la fijación sin contar con la voluntad de los contratantes. En ocasiones, el procedimiento puede introducir un matiz de aleatoriedad, dando lugar a precios desproporcionados, pero ello no obsta a la validez de la compraventa puesto que debe tenerse en cuenta que no existe en nuestro ordenamiento el requisito de la justicia del precio, si bien debe tenerse presente la prohibición que contiene el artículo 1.449 del mismo Código Civil de que el señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, prohibición que se extiende a la fijación unilateral de intereses y formas de garantía.

(...)TERCERO.- Debe procederse seguidamente a determinar si existió precio cierto y determinado en el contrato de compraventa entre las partes litigantes, debiendo contestarse de forma afirmativa.

Aunque ese precio no llegara a documentarse o reflejarse por escrito en el documento privado de compraventa de fecha 28 de mayo de 1.981 suscrito con el actor, no se puede aceptar que no concurriera porque, en primer lugar, y de ser así, no tiene sentido ni es congruente el realizar una entrega a cuenta, como de forma expresa se reconoce en el documento de agosto de 1.981, reconocido por la codemandada.

En segundo lugar hay un dato muy significativo, y es el de que los demandados no contestaran la carta que por conducto notarial les envió el actor en febrero de 1.989, carta en las que les indicaba el resto del precio aplazado que quedaba por abonar, y que estaba a su disposición en la Notaría, todo ello a fin de otorgar la escritura pública

de compraventa en el plazo de un mes desde dicha fecha. Y lo es porque, si hubiera habido un arrendamiento y no una compra o si no hubieran concretado todos los litigantes el precio, lo que se tendría que haber hecho es haberlo opuesto de esta manera frente al demandante, oposición que no efectuaron, limitándose a dar la llamada por respuesta.

De igual manera hay que tener en cuenta que en el acto de conciliación instado por el actor a fin de que se aceptara recibir el precio aplazado no abonado y se otorgara escritura pública de compraventa, la codemandada se limitó a manifestar que "se opone a la demanda por improcedente y temeraria", pero sin alegar tampoco que no hubiera habido nunca una compraventa o que en ésta no se hubiera convenido un precio cierto y determinado.

En tercer lugar, y en cuanto al precio, es constante y reiterada la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que señala que no es preciso que el precio se determine exactamente en el contrato, bastando con que el mismo pueda determinarse, señalando así, entre otras, la sentencia de 14 de marzo de 2.000, que se remite a la de 15 de noviembre de 1.993 que "no es necesario para que el precio se tenga por cierto que esté precisado cuantitativamente en el momento de la celebración del contrato, bastando que pueda determinarse sin necesidad de un nuevo convenio".

Sentencia 2.- SAP, Sección Primera, de Guadalajara, núm. 17/2012, de 17 enero 2012: *"...el objeto del contrato se encontraba determinado. Tanto el art. 1273 como el 1447 del CC admiten la indeterminación relativa del objeto del contrato sin que ello obste a su validez, disponiendo el primero que la indeterminación de la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de un nuevo convenio entre los contratantes, y el segundo*

que para tener por cierto el precio, bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, en este caso la superficie de la finca que definitivamente quede comprendida dentro del Sector SNP 7 " Ampliación del Ruiseñor " y que así resulte recogida en el proyecto de reparcelación del mismo dentro del Programa de Actuación Urbanizadora.

Como señala la STS 10 de octubre de 1.997 recogida en la de 19 de mayo de 2008, el art. 1273 al referirse a esa determinabilidad, precisó que equivalía "a la posibilidad de reputar como cierto el objeto del contrato siempre que sea posible determinarlo con sujeción a las disposiciones contenidas en el mismo...", sin dejarlo "al arbitrio de uno de los contratantes ni a un nuevo acuerdo entre ellos". Y la de 9 de enero de 1.995 distinguió "entre una determinación inicial que se produce en el momento de perfeccionarse el contrato y la determinación posterior producida a través de los criterios previstos por las partes en el propio contrato", para considerar "suficiente (...) que, a la hora de la perfección del convenio, estén presentes unas previsiones tales que permitan la determinación definitiva sin necesidad de nuevos acuerdos".

Sentencia 3.- SAP, Sección 4ª, de Murcia, núm. 514/2008, de 4 de diciembre de 2008: “Así y en relación con el primer motivo del recurso, referido a la ausencia del requisito esencial del "precio cierto" en el contrato de compraventa, conviene tener en cuenta, como de manera reiterada viene afirmando el Tribunal Supremo, en sentencias entre otras de 10 de Noviembre de 1988 y 24 de Junio de 2003, que la perfección del contrato de compraventa exige entre otros requisitos la existencia de un precio cierto, por cuanto éste constituye, conforme a lo dispuesto en el art. 1445 C. Civil uno de los requisitos esenciales del mismo.

Es cierto y así lo afirma la jurisprudencia que la determinación de tal presupuesto puede realizarse bien en el momento de la perfección contractual o bien diferirse a un momento posterior, siempre que sea determinable, sin necesidad de un nuevo convenio o acuerdo entre las partes.

Y es lo cierto, que en el caso objeto de revisión en esta alzada, tal presupuesto y requisito básico del contrato de compraventa, consta debidamente justificado, y determinado desde su inicio conforme así se argumenta con acierto en la sentencia apelada. Fundamenta la mercantil recurrente la ausencia de ese requisito, en que su definitiva fijación dependía de determinadas circunstancias de futuro, referidas a la recepción de las mercancías de la calidad y especie convenidas entre las partes.

Pero es lo cierto que tal circunstancia en modo alguno conlleva que el precio de la mercancía de la relación comercial acordada entre las partes deba conceptuarse como indeterminado”.

Sentencia 4.- SAP, Sección 3º, de Valladolid, núm. 259/2008, de 3 de diciembre de 2008: *“Reiteradamente tiene dicho nuestra jurisprudencia que el requisito del precio cierto del artículo a que se refiere el art. 1445 del C.Civil no significa que necesariamente deba quedar determinado en su cuantía en el momento de la perfección del contrato, pues basta con que sea determinable es decir que pueda determinar después siempre que no requiera de nuevo convenio entre los contratantes ni quede al arbitrio de uno de ellos (p.e STS15-11-1993 28-4-2008).*

Tuvo en suma el contrato de compraventa desde su inicio y perfección, un precio cierto como contraprestación dineraria de la finca objeto de venta que se describía -10.000 m2- y respecto a este precio los actores siempre han mantenido que no es otro que el

que el propio demandado suscribe, recibe y fija en los documentos citados y particularmente en el recibo de 13 de septiembre de 1994 en el que expresamente se afirma que el valor total de la compraventa es 525.000.pesetas, aunque en ese momento faltaran de abonar 100.000 pesetas. El hecho de que el juzgador en la interpretación de los documentos referidos considere que el precio fue de un millón de pesetas en contra de lo dicho por los propios actores, carece de la relevancia que le otorgan los recurrente, pues lo importante para la adecuada resolución de la presente controversia y la viabilidad jurídica de la acción ejercitada por los actores (reclamación de daños y perjuicios por doble venta de la misma finca) no es la de fijar y determinar el importe exacto del precio que medió en la compraventa sino, determinar si hubo en ella un precio cierto pactado por las partes, extremo este sobre el que la sentencia apelada se pronuncia con total claridad y contundencia y que ha quedado sobradamente acreditado por las pruebas referidas y en modo alguno desvirtuado por las argumentaciones vertidas por el recurrente que no buscan sino introducir hábilmente confusión e incertidumbre donde realmente no hay ninguna”.

C. Conclusión.

El tema que es objeto de tantas sentencias al respecto, tanto del Tribunal Supremo como de Tribunales inferiores, suele tener lugar en los contratos de ejecución de obra, en dónde quien realmente pone el terreno es el interesado en primer término en conseguir su cobro con la ejecución de la obra, de ahí que nuestro ordenamiento se dirija a evitar que no sea una parte del contrato el que determine el precio de la obra con posterioridad, vulnerando el principio de equivalencia de las prestaciones.

Las soluciones jurisprudenciales que se han citado vienen a coincidir en cuanto al fallo, pues no cabe solicitar la nulidad de una cláusula argumentando la falta de precio si ésta es perfectamente determinable de acuerdo con el artículo 1447 del Código Civil, no siendo necesario que el precio quede determinado cuantitativamente en el mismo momento de la celebración del contrato de compraventa, siempre que sea posible determinarlo después sin necesidad de convenio entre las partes contratantes, siendo también válido aquel precio que las partes fijen como avalúo.

3. ¿ES POSIBLE QUE EL PLAN DE LIQUIDACIÓN CONTenga LA POPULAR DACIÓN EN PAGO A LOS ACREEDORES DEL CONCURSADO?

A. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Sentencia 1.- STS núm. 1010/2008, de 30 octubre 2008: *“PRIMERO.- Una entidad mercantil, adquirente de un crédito contra una sociedad, la cual estuvo en situación de suspensión de pagos cuyo expediente terminó por Convenio en el que se acordó la adjudicación en pago de los bienes que integraban su activo patrimonial a los acreedores para que por una Comisión Liquidadora formada por tres de ellos se procediese a la venta y con su producto pago de los créditos en atención sus respectivos privilegios y en proporción a su cuantía en cuanto a los comunes, ejercita varias acciones contra los sucesivos miembros de la Comisión, en la que se produjeron sustituciones por transmisión de los créditos, y contra la entidad compradora de dichos bienes, concretándose en el petitum como daño patrimonial de la actora la diferencia entre la cantidad percibida y el importe total del crédito y los intereses*

correspondientes.

Las acciones ejercitadas por la entidad actora AISLAMIENTOS DEMOI, S.A. contra los demandados se sintetizan en resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en los arts. 279 y siguientes LSA por fraude y negligencia grave en el desempeño de sus cargos, de nulidad de todos los actos de gestión y disposición realizados por los miembros de la Comisión Liquidadora en fraude de los derechos de los acreedores y otra acción de nulidad con base en los arts. 272 LSA y 1.459.2º CC por venta fraudulenta de bienes inmuebles realizada por tales liquidadores.

(...) CUARTO.- En el motivo segundo se alegan como infringidos, por inaplicación, los arts. 267, 271, 272, 273, 278 y 279 de la LSA, TR aprobado por RD 1564/1989, en relación con los arts. 1, 2 y 27 del Código de Comercio; e infracción, también por inaplicación de los arts. 149, 284, 287, 288 y 329.2 del Reglamento del Registro Mercantil aprobado por RD 1.597 de 1.989, de 29 de diciembre, y del Convenio de 23 de mayo de 1.994.

El motivo se desestima porque acumula preceptos legales sin la debida concreción, efectúa alegaciones fácticas improcedentes en casación, trata de someter a valoración la actividad de los liquidadores sin tener en cuenta que su función según el convenio era la de actuar como mandatarios para la venta del activo patrimonial, y si bien ello implicaba la gestión y administración, entre tanto la transmisión no se producía, no hay base alguna para estimar que se produjo un desmerecimiento o depreciación por causa imputable a los mismos, y, en definitiva, en modo alguno les son aplicables, ni directamente, ni por analogía, las normas expresadas en el enunciado.

(...) El problema radica en si procede declarar la nulidad de la enajenación, lo que la sentencia recurrida rechaza por los graves efectos perturbadores que se producirían, entendiéndose que en tales situaciones debe sustituirse por la indemnización de daños y

perjuicios. La solución es acertada, y es similar a la que para los casos de imposibilidad de ejecución, que comprende la dificultad extraordinaria, prevé el art. 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Con independencia de que en ningún caso podría tener lugar la nulidad de la enajenación, porque, de asumirse de instancia, nos hallaríamos ante una situación de falta de litisconsorcio pasivo necesario puesto que para poder declarar la nulidad de un contrato es preciso que se hayan llamado al proceso a todos los que fueron parte en aquél, y en el de autos los vendedores fueron los acreedores, dado que el Convenio de la suspensión contiene una dación o adjudicación en pago ("cessio pro soluto"), no una cesión de bienes del art. 1.175 ("cessio pro solvendo"), actuando los liquidadores como meros representantes, de los acreedores, sin que sea preciso entrar aquí en las diferencias entre ambas figuras jurídicas, en cualquier caso, cuando la hipotética nulidad acarrea una imposibilidad restitutoria, o dificultad extraordinaria, con graves repercusiones previsibles respecto de terceros, debe sustituirse por el mecanismo indemnizatorio, que, por otro lado, en el caso es el que en principio se ajustaría al único interés real de la entidad actora que es el de cobrar el importe total de sus créditos."

Sentencia 2.- STS 19 octubre 1992: *“Primero.- Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Sant Feliu de Llobregat se siguió expediente de suspensión de pagos bajo el núm. 159/1979 por 'Industrias de Construcciones B., S.A'. Segundo.- En dicho expediente recayó Auto de fecha 12 de marzo de 1981, aprobatorio del convenio alcanzado entre la sociedad suspensa y los acreedores comparecidos; entre otros extremos, en el convenio se acordó: "Art. 3.º Los acreedores sometidos a este convenio aceptan en pago de la totalidad de sus respectivos créditos, la cesión que Industrias de Construcciones B., S.A', efectúa en méritos del presente convenio a los*

propios acreedores, representados por la comisión que en el mismo se nombra de las siguientes fincas de su propiedad..."; "Art. 5.º... La cesión que aceptan los acreedores, es de presente y con efectos plenos a partir de la aprobación de este convenio, desde cuyo momento la comisión nombrada se hará cargo de todas las fincas cedidas en pago por 'Industrias de Construcciones B., S.A', con plena facultad de disposición de las mismas, procediendo a su venta, parcelación o permuta, globalmente o en forma parcial, y en los precios y en las condiciones y forma que estimen convenientes, sin limitación y por una (sic) sola decisión, sirviendo el presente convenio de mandato a tales fines otorgado por la comunidad de acreedores de la sociedad suspensa".

(...)SEGUNDO.- El recurso de casación interpuesto por el Abogado consta de cuatro motivos todos acogidos al núm. 5 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el primero de los cuales se denuncia infracción del art. 1.281, párrafo 1.º, del Código Civil ya que, entiende la parte recurrente, en el convenio que puso fin al expediente de suspensión de pagos de la sociedad codemandada en esta tercería se contiene, según el sentido propio de sus palabras, una adjudicación para el pago de deudas o pro solvendo, no una adjudicación en pago de deudas o pro soluto, como declara la Sala a quo. Impugnada así la calificación que de los pactos integrantes del repetido convenio hace la Sala sentenciadora, es necesario recordar la reiterada doctrina de esta Sala sobre las características diferenciadoras de la datio pro soluto y la datio pro solvendo, recogida en Sentencias, entre otras, de 14 de septiembre de 1987, 4 de octubre y 15 de diciembre de 1989, y 29 de abril de 1991, ampliamente expuesto en la de 13 de febrero de 1989 al decir que la datio pro soluto, significativa de adjudicación del pago de las deudas, si bien no tiene una específica definición en el Derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, se trata de un acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del

crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en el contrato de compraventa, dado que, según tiene declarado esta Sala en Sentencia de 7 de diciembre de 1985, bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa, al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue, como viene dicho, la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pago de deudas; en tanto que la segunda, es decir, la datio pro solvendo, reveladora de adjudicación para el pago de deudas, que tiene específica regulación en el art. 1.175 del Código Civil, se configura como un negocio jurídico por virtud del cual el deudor propietario transmite a un tercero, que en realidad actúa por encargo, la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización, con mayor o menor amplitud de facultades, pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación de aquéllos al pago de las deudas contraídas por el cedente, sin extinción del crédito en su totalidad, pues que, salvo pacto en contrario, el deudor sigue siéndole del adjudicatario en la parte del crédito a que no hubiese alcanzado el importe líquido del bien o bienes cedidos en adjudicación toda vez que ésta sólo libra de responsabilidad a tal deudor por el importe líquido de los bienes cedidos, como expresamente previene el meritado art. 1.175 del Código Civil, no generando en consecuencia el alcance de efectiva compraventa, que es atribuible por el contrario a la adjudicación en pago de deudas o datio pro soluto.

La doctrina jurisprudencial expuesta hace decaer este primer motivo ya que del tenor literal de las estipulaciones del convenio transcritas en el anterior fundamento de Derecho de esta resolución (únicas que de todo él importan a la cuestión debatida) se pone de manifiesto que la intención de deudor suspenso y de sus acreedores comparecidos en la suspensión fue la de transmitir aquél a éstos la propiedad de los

bienes relacionados en el convenio declarando extinguidas las deudas por virtud de esa atribución de propiedad, siendo de observar que la comisión nombrada en el convenio para la enajenación de los bienes y reparto del producto líquido obtenido entre los acreedores, actúa como mandataria de éstos y no del deudor suspenso, como se dice en el art. Quinto.- del convenio, "sirviendo el presente convenio de mandato a tales fines otorgado por la comunidad de acreedores de la sociedad suspensa"; al entenderlo así la Sala de instancia y calificar tales pactos como integrantes de una dación en pago de deudas o *datio pro soluto*, no ha infringido el invocado art. 1.281, párrafo 1.º, del Código Civil, al ser aquélla, y no otra, la intención de las partes que se evidencia de los términos literales del convenio.

*TERCERO.- (...) Es doctrina reiterada de esta Sala la de que constituye requisito indispensable de toda tercería de dominio que el demandante pruebe cumplidamente la propiedad de los bienes objeto de la misma antes de la fecha en que se llevó a cabo el embargo de aquéllos (por todas, Sentencia de 6 de febrero de 1990), por ello calificado el acuerdo habido entre el deudor suspenso y los acreedores como constitutivo de una *datio pro soluto*, como tal transmisora del dominio de los bienes cedidos, se hace necesario determinar el momento a partir del cual ha de entenderse producida la adquisición de la propiedad de los bienes por el tercerista y ello teniendo en cuenta el sistema seguido por nuestro Código Civil en sus arts. 609 y 1.095, exigentes de la concurrencia del título y el modo para que se opere la transmisión del dominio; en este sentido, la citada Sentencia de 13 de febrero de 1989, ante supuesto fáctico idéntico al aquí contemplado, al referirse a la tradición del suspenso a sus acreedores de los bienes cedidos, dice que "aquélla no se produce por la efectividad del convenio, sino simplemente por su aprobación por la autoridad judicial, que le confiere aspecto documentado transmisivo a los efectos de tradición o entrega, habida cuenta que*

transmitidos por el indicado convenio a los acreedores los bienes comprendidos en el activo del expediente de suspensión de pagos con correlativa liquidación del pasivo de la entidad deudora en dicha suspensión, genera una efectividad similar a la compraventa que determina tradición, por aplicación analógica del párrafo 2.º del art. 1.462 del Código Civil, de que en el ámbito jurídico no puede darse mayor alcance a la escritura pública que al auto de aprobación judicial del referido convenio, puesto que si, a tenor del art. 1.216 del Código Civil, son documentos públicos "los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley"(...); de acuerdo con ello, ha de entenderse que la adquisición de la propiedad de los bienes cedidos en dación en pago de deudas por la suspensa 'Industrias de Construcciones B., S.A', se produjo en virtud del auto aprobatorio del convenio, o sea el 12 de marzo de 1981, momento en que tuvo lugar la tradición de los repetidos bienes, y no como, equivocadamente, sostiene la Sala a quo, en el momento de prestar su consentimiento la suspensa y los acreedores."

Sentencia 3.- STS núm. 871/1998, de 1 de octubre 1998: *"Las mencionadas entidades, en su escrito de contestación a la demanda, reiteran que la actora "Construcciones C." ha operado en calidad de "subcontratista" y -"Promociones P." presentó Expediente de Suspensión de Pagos que concluyó por convenio, consentido, entre otros acreedores, por la actora y aprobado por el Juez en auto de 6 de Noviembre de 1.989, en el que se recogen los extremos siguientes:*

"8.- Con la entrega de la totalidad de los bienes, derechos y acciones de la entidad mercantil "Promociones P., S.A." a la Comisión de Acreedores para su liquidación, mediante dación en pago o venta, éstos últimos se dan por totalmente pagados en los importes de sus respectivos créditos, si bien se establece y especifica que salvados los

créditos en su totalidad, el sobrante dinerario, si lo hubiere, y los bienes no vendidos, serán entregados a la entidad mercantil "Promociones P., S.A.", recuperando así la posesión real de estos bienes, derechos y acciones".

"11.- Con la firmeza del presente convenio, quedarán saldadas y finiquitadas las relaciones de la suspenso con los acreedores, con expresa y solemne declaración de no quedar pendiente reclamación alguna en tanto en cuanto no se demuestre la existencia de inexactitudes en el activo y pasivo reflejados en el dictamen pericial firmado por los interventores judiciales con fecha 27 de Febrero de 1.989, de conformidad con lo que dispone la vigente Ley de Suspensión de Pagos".

(...)QUINTO.- En el motivo segundo se aduce la infracción, por inaplicación, del artículo 1.157 del Código Civil, pues la sentencia recurrida entendió que se extinguió la obligación porque como consecuencia del Convenio, el suspenso entrega determinados bienes a sus acreedores en pago a sus deudas, figura que a juicio de la Audiencia produce efectos extintivos de los créditos del que son titulares los acreedores que reciben los bienes que eran propiedad del deudor, argumentándose, asimismo, que la solicitud de declaración de crédito hecho por el actor en su demanda, iba más allá de la cuantía que le fue reconocida por los Interventores en la Suspensión de Pagos. Y así lo entendió y lo declaró la Sentencia de primera instancia, por lo que si el recurrente hubiese obtenido la Sentencia en un período de tiempo razonable, hubiera podido obtener de los Interventores el reconocimiento total de su crédito, y que la sentencia siempre hace referencia al convenio alcanzado en la suspensión de pagos de una de las dos entidades demandadas, concretamente en la de "Promociones P., S.A.", olvidando que la entidad "S., S.A.", también fue condenada y que en el peor de los casos la entidad actora y hoy recurrente podía haber hecho valer contra dicha entidad la diferencia entre el crédito que se podía considerar extinguido por el convenio aludido y el

reconocido en la Sentencia de primera instancia".

B. Jurisprudencia de tribunales inferiores:

Resolución 1.- Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga 16 noviembre de 2007: *“TERCERO.- El curioso plan de liquidación respecto del que las alegaciones y oposiciones realizadas solo lo eran a concretos apartados y no al conjunto de los mismos utiliza las figuras de permutas de fincas con los propietarios del solar y adjudicaciones de bienes sobre los que pesan cargas administrativas y otras sin identificar.*

La Ley de Enjuiciamiento Civil permite este tipo de acuerdos en ejecución en el artículo 640 por lo que es posible, dentro del plan de liquidación la propuesta realizada aún con la problemática que de ello pueda surgir.

Dado que las autorizaciones de venta pretenden acomodarse a lo dispuesto al plan de liquidación aprobado, con el que coinciden y al artículo 155 de la LC, procede dicha autorización en los términos previstos en dicho plan de liquidación.

(...) FALLO: DECIDO AUTORIZAR LAS ADJUDICACIONES Y VENTAS PROPUESTAS EN EL ESCRITO DE 7 DE AGOSTO DE 2007 de la administración concursal respecto de las fincas allí descritas y fijadas en fundamentos de derecho con las particularidades recogidas en dicho escrito y la cancelación de cargas y gravámenes anteriores y posteriores al concurso en los términos propuestos y señalados y respecto de las cargas y gravámenes descritos anteriormente respecto de las fincas afectadas.”

Resolución 2.- Auto del Juzgado de lo Mercantil de Santander de 10 de

diciembre 2007: “*PRIMERO.- La primera alegación que procede resolver atendiendo a que viene referida a la venta total del activo es la formulada por la TGSS que solicita la venta en pública subasta por ser más garantista.*

En este sentido, el régimen de liquidación instaurado en los artículo 148 y siguientes de la LC no se asienta sobre la base de la subasta como medio ordinario de venta de activos sino que permite una mayor libertad para adoptar el sistema que resulte más operativo atendiendo a la naturaleza de los activos y a las circunstancias concurrentes. Dicho sistema no resulta ajeno a la necesidad de claridad y otorgamiento de las oportunas garantías lo que se consigue a través de la fiscalización judicial y el periódico informe a las partes por la administración concursal.

Sentado lo anterior como premisa y analizando el supuesto concreto, dejando para un análisis posterior los bienes a que se refieren las alegaciones de la concursada, se considera adecuado el sistema de venta directa propuesto por la administración concursal, entendiéndose que con las medidas propuestas por ella en su plan relativas a tomar en cuenta la valoración del informe de calificación, se obtienen suficientes garantías. No obstante, con relación a la venta directa de los bienes afectos a privilegio especial, habrá de realizarse del modo descrito en el artículo 155.4 LC, esto es, debiendo ser la oferta con pago al contado, y debiéndose anunciar la oferta y sus condiciones con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien y si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentase mejor postor, se abrirá licitación entre todos los oferentes y se acordará la fianza que hayan de prestar.

SEGUNDO.- Respecto a los bienes a que se refiere la concursada (resto de bienes materiales incluidos en el anexo III y derechos de propiedad industrial), con relación a los cuales la administración concursal también interesa la venta directa, atendiendo a su naturaleza se considera más adecuada para el concurso su venta directa así como

su transmisión conjunta. En primer lugar, por el carácter complementario de los bienes que y las características de los mismos expuestas en el informe de la administración concursal, que constituyen una unidad productiva. En segundo término, en aras a evitar posibles riesgos derivados de la falta de ofertas de adquisición de algunos de ellos que aisladamente pueden no resultar atractivos para la compra por su antigüedad y estado. Por esas razones se considera que la venta en pública subasta no resultará la más beneficiosa para el concurso, estimándose más adecuada la venta directa, si bien, introduciendo las modificaciones propuestas por la administración concursal y en parte por la concursada, con las que, en definitiva, se les facilita la difícil labor de enajenación de dichos bienes. Por ello, se acuerda la publicación de la oferta en dos diarios de los de mayor tirada nacional durante dos días entre los que ha de mediar un plazo de una semana, abriendo un plazo de un mes en el que cualquier interesado podrá realizar una oferta superior que deberá incluir la asunción de todos los gastos a que se refiere la administración concursal por el oferente.

Con este sistema, se logra la misma publicidad que la pretendida por la concursada, aprovechando una oferta existente que, en todo caso, ha de tenerse como mínima.

Vistos los artículos señalados y demás de pertinente y general aplicación, ACUERDO introducir en el plan de liquidación presentado por la administración concursal las siguientes modificaciones:

1. la venta directa de los bienes afectos a privilegio especial, habrá de realizarse del modo descrito en el artículo 155.4 LC (...).

2. en la venta directa del resto del inmovilizado material (anexo 3 del informe de la administración concursal) y derechos de propiedad industrial (anexo 1) se acuerda la publicación de la oferta completa en dos diarios de los de mayor tirada nacional durante dos días entre los que ha de mediar un plazo de una semana, abriendo un plazo

de un mes en el que cualquier interesado podrá realizar una oferta superior que deberá incluir la asunción de todos los gastos a que se refiere la administración concursal por el oferente”.

Resolución 3.- Auto del Juzgado de lo Mercantil número 8 de Barcelona, de 31 de marzo de 2014: *“Segundo.- En primer lugar indicar que la AC ha previsto tres fases: (1º) dación en pago durante 1 mes, (2º) subasta pública on line con una duración máxima de 12 meses y (3º) entrega de los bienes a obra social y organización no gubernamental, o en su caso, acharratamiento de los activos.*

Los acreedores han formulado alegaciones sobre las condiciones de venta de los bienes afectos a privilegio especial y sobre el sistema de subasta online propuesto por el AC que aclararemos a continuación.

Indicar previamente que los bienes se venden libres de toda carga, salvo los derechos reales limitativos de dominio y las cargas derivadas de créditos no incluidos en la masa pasiva. Las fases de la liquidación son las siguientes:

Fase de dación en pago durante 1 mes.

La dación en pago no requiere autorización judicial ya que el auto aprobando el plan permite al administrador concursal proceder a la misma.

El plazo previsto de 1 mes para manifestar si el acreedor privilegiado se acoge o no a esta solución se estima ajustado y prudente, toda vez que el plazo empieza a correr desde el auto aprobando el plan de liquidación y los acreedores interesados en optar por la dación en pago han tenido tiempo suficiente desde la apertura de la liquidación en enero de 2014 para reflexionar sobre la misma.

Debe garantizarse la participación del acreedor con privilegio especial en el proceso de dación en pago también a través de sus sociedades filiales inmobiliarias de tal forma que la compraventa podrá instrumentarse directamente con el acreedor o con la sociedad inmobiliaria.

El importe de la dación en pago se corresponderá con la totalidad del crédito reconocido, tal y como prevé la AC, para el caso que no se acepten tales condiciones el acreedor podrá participar en la segunda fase en igualdad de condiciones que el resto de participantes, puesto que no se le reconoce la condición de ejecutante.

En ningún caso será necesario efectuar una valoración actualizada de los bienes a través de sociedad de tasación autorizada para llevar a cabo la dación en pago puesto que no resulta de aplicación el art. 155.4 LC que está previsto para las reglas supletorias ex art. 149 LC, además de estar prevista la dación en pago respecto de la totalidad de la deuda, y para el caso contrario deberá acudir a la fase 2.

La no aceptación de la dación en pago implica aceptar el precio de salida fijado por la AC toda vez que es el que obra en el informe del art. 75 LC y si el acreedor hipotecario no está conforme con el mismo lo que debió hacer fue impugnar el inventario no pretender en esta fase del concurso una tasación actualizada. Además su participación en la fase 2 debe ser en igualdad de armas que el resto de los participantes.

B) Fase de venta en SUBASTA PÚBLICA ON LINE con una duración de 12 meses.

No se prevé fase de venta directa puesto que ésta está subsumida en la venta en subasta on line, por lo que cualquier interesado que se dirija a la AC o a los acreedores interesado en la adquisición de un bien de la concursada deberá ajustarse a las normas propuestas por la AC en el plan de liquidación en cuanto a la subasta on line.

La subasta on line se prevé para todos los bienes de la concursada que no se hubieran adjudicados en la fase 1, siendo un sistema mucho más beneficioso para el concurso que la subasta judicial puesto que se consigue aumentar exponencialmente la concurrencia de interesados y, por ende, las ofertas, sobretodo de fuera del territorio donde radica la empresa, e incluso, fuera del territorio nacional”.

Resolución 4.- Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid número 6, de 1 de septiembre de 2015, número de recurso 46/2013: *“SEGUNDO.- Por escrito de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de 8.1.2015 se solicitó, de conformidad con el plan de liquidación, la dación en pago de los lotes señaladas en su escrito a favor de las entidades financieras señaladas [BBVA y KUTXABANK, S.A.], en pago íntegro de la totalidad de su crédito privilegiado.*

(...) En el plan de liquidación, la administración concursal introdujo como tercer cauce de realización la dación en pago de los bienes distinguiendo entre afectos y no afectos a garantía real; señalando en cuanto a éstos últimos [-que son los que ahora nos ocupan-] que al amparo del art. 155.4 L.Co. se adjudicará "... los activos inmobiliarios en pago de los créditos hipotecarios a las entidades financieras titulares o cesionarias de los mismos; bien directamente o a través de sociedad participada; cuando el importe de dichos créditos coincida o supere escasamente la valoración manejada en el presente procedimiento concursal y dicha opción se releve la más idónea y rentable para el concurso ...".

Añade el plan que "... en los casos en los que la carga hipotecaria diste ostensiblemente de dicho valor la administración concursal intentará negociar la dación en pago o, en su caso, para pago del crédito con privilegio especial, en las que se tendrá en cuenta el importe de dicho crédito hipotecario actualizado con los intereses de demora

devengados de conformidad con el art. 59 L.Co. con compensación a la masa concursal de la diferencia teórica de valor entre el bien adjudicado en pago y la valoración del mismo con arreglo a la tasación oficial actualizada ...".

Realizadas alegaciones por BBVA y XUTXABANK, dado traslado de ellas a la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, por escrito de ésta de 7.3.2014 se manifestó que en relación con la realización de bienes por dación en pago se mostraba de acuerdo con la proposición formulada por BBVA mediante su escrito de 13.12.2013, según la cual proponía que se adicionase al plan que "... La dación en pago al acreedor hipotecario, podrá realizarse mediante la venta del inmueble a una tercera sociedad perteneciente al mismo grupo que la entidad acreedora hipotecaria de que se trate, con condonación por parte de ésta entidad acreedora hipotecaria del importe del crédito no satisfecho con la venta...", añadiendo en su suplico y en coherencia con dicho texto que "... se incluyera conforme al art. 155.4 L.CO. en el plan de liquidación la posibilidad de que BBVA, o un tercero pueda llegar a un acuerdo con la administración concursal y BBVA de dación en pago o venta directa de las fincas con privilegio especial de BBVA al valor de mercado según tasación oficial realizada por entidad homologada con una antigüedad no superior a 6 meses, incluyéndose que la diferencia del precio de transmisión y el importe adeudado por el préstamo se reconocerá en el concurso como crédito ordinario, salvo que BBVA estime condonarla, y que toda carga o gravamen sobre los inmuebles que se transmitan será cancelada una vez se formalice la transmisión y sin que el adquirente tenga que asumirlas ...".

Dado traslado de dichas alegaciones de BBVA a la ADMINISTRACION CONCURSAL, por escrito de ésta de 7.3.2014 se manifestó que "... Esta AC está conforme con la inclusión del párrafo propuesto por BBVA, posibilitando así una eventual dación en

pago de los inmuebles de la concursada pueda realizarse también a través de una sociedad perteneciente al mismo grupo que el acreedor hipotecario...".

(...) En este sentido lo relevante verdaderamente no es que exista una norma que prohíba la dación en pago impuesta al acreedor, sino la inexistencia de título alguno que lo autorice, lo que lleva a la aplicación del régimen general y del principio de identidad de la prestación. Tales valoraciones conllevan el rechazo de las peticiones esgrimidas por la AC, añadiendo a mayor abundamiento que en el plan de liquidación, siquiera aparece contemplado este método de realización...".

Atendiendo a tales razones resulta claro de los escritos transcritos que la entidad BBVA en modo alguno mostró su voluntad irrevocable y cierta de admitir toda dación en pago por el valor fijado en el concurso y menos aún la voluntad expresa de condonar la parte del crédito no cubierta por la valoración del bien dado en pago, reservándose la facultad de aceptar una, ambas o ninguna de tales posibilidades.

Por el contrario, admitida la dación en pago por la entidad KUTXABANK y aportando valoración por entidad homologada actualizada, que hace equivalente el valor de mercado y el importe del crédito adeudado, procede admitir dicha adjudicación en pago por la totalidad del crédito garantizado con los bienes dados y aceptados, sin que haya lugar a reconocer crédito ordinario alguno [-por cuanto no hay defecto-] ni deba la adjudicataria abonar importe alguno a la masa [-por cuanto no hay exceso-]; debiendo hacerse dicha adjudicación a favor de la entidad NEINOR IBÉRICA INVERSIONES, S.A.U., identificada por la acreedora hipotecaria.

Tal dación admitida se documentará en escritura pública, siendo los gastos de su otorgamiento por cuenta de la adjudicataria, debiendo estarse en materia de tributos a lo acordado por las partes y en su defecto a lo dispuesto legalmente.

Nada alega CAIXABANK, por lo que ausente su consentimiento, no procede imponer la dación en pago solicitada”.

Resolución 5.- Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, número 6, de 8 de septiembre de 2015: *“A.- Dación en pago obligatoria para el acreedor hipotecario.*

2.- Aunque de la lectura del plan resulta que respecto a la finca que garantiza el crédito de ALKALI se propone una dación potestativa o de libre aceptación por el acreedor hipotecario [-como así se hace respecto a los demás bienes no afectos a la unidad productiva-], señala el Auto del Juzgado Mercantil nº 9 de los de Madrid, de 4.2.2014 que "... Con carácter general y en cuanto la petición de dación en pago se asienta en el art 155.4 de la LC, es importante aclarar que el recurso a dicho modo de extinción de las obligaciones, en cuanto afectante al principio de identidad de la prestación (art 1157 CC), requiere del concurso del acreedor afectado, no pudiendo ser impuesta en contra de su voluntad. En este sentido es cierto que el escenario concursal supone la limitación, cuando no la abierta derogación, de alguno de los derechos que en el ordenamiento jurídico, puede reconocerse al acreedor en general. A tal efecto basta con leer los art 61 o 62 de la LC o incluso el art 155.3 y la posibilidad de subrogación obligatoria prevista en el precepto y ya sancionada por la STS de 23 de julio de 2013. Ahora bien siempre es necesario que una norma desvirtúe el régimen general que en una situación no concursal correspondería al acreedor. En este sentido y tal como resulta del art 155 en su apartado primero el pago del créditos con privilegio especial debe hacerse con cargo a los bienes y derechos afectos, mediante su realización separada y colectiva, lo que implica la realización de los bienes para con el metálico obtenido hacer pago a los acreedores privilegiados. Es cierto que el art 155.4 refiere la cesión en pago o para pago a favor del acreedor privilegiado especial, a instancia

de la AC o del propio acreedor privilegiado, pero esa previsión no está contemplada en cualquier fase del concurso y desde luego no supone excepcionar la voluntad del acreedor. En este sentido el apartado cuarto del art 155 comprende tres párrafos. En el primero se establece la regla general de realización mediante pública subasta como regla de mantenimiento del valor de la garantía. Esa regla general se excepciona en el mismo párrafo en relación con uno de los mecanismos solutorios del concurso, como es el convenio, lo que a su vez hemos de relacionarlo con lo dispuesto en el art 100.3 de la LC , referido a la prohibición de la cesión de bienes a los acreedores como contenido del convenio con la excepción del art 155.4. En este párrafo donde se excepciona la necesidad de consentimiento del acreedor privilegiado especial, pero no porque se le pueda imponer la dación o cesión en pago, sino por la eficacia subjetiva del convenio y la imposibilidad de que el acreedor privilegiado quede vinculado por el mismo contra su voluntad (art 134 LC). Por el contrario cuando la dación se quiere articular en liquidación es de aplicación el párrafo segundo del mismo precepto, que se refiere a la realización fuera de convenio, comprensivo por tanto de la realización del precepto en cualquier fase del concurso, ya sea liquidación o fase común. En este caso la norma no contiene ya referencia alguna a la dación o cesión para pago o en pago de acreedores, sin embargo no debemos entender que la misma quede excluida, siempre que este prevista en el plan de liquidación (art 148 LC). Ahora bien incluso en ese caso y como señala la STS de 23 de julio de 2013 , será necesario que se respeten los derechos del acreedor hipotecario contemplados en el art 155 de la LH , lo que implica la imposibilidad de alterar la identidad de la prestación en contra la voluntad del acreedor, al no existir norma habilitante alguna. En este sentido lo relevante verdaderamente no es que exista una norma que prohíba la dación en pago impuesta al acreedor, sino la inexistencia de título alguno que lo autorice, lo que lleva a la

aplicación del régimen general y del principio de identidad de la prestación. Tales valoraciones conllevan el rechazo de las peticiones esgrimidas por la AC, añadiendo a mayor abundamiento que en el plan de liquidación, siquiera aparece contemplado este método de realización...".

Atendiendo a tales razones resulta en la presente causa que propuesta por el administrador concursal la dación en pago, es libre la acreedora hipotecaria de aceptarla o no, en los términos que las partes en su caso negocien, o rechazar la misma una y otra parte.

B.- Venta directa.

(...)(ii) que de optarse por la venta directa o por la dación en pago o para pago [-sea a favor de acreedor hipotecario o sea a favor de tercero-] el precio mínimo obtenido deberá permitir la extinción total del crédito con garantía hipotecaria, salvo que de modo acumulativo el deudor y la entidad acreedora hipotecaria autoricen una rebaja de dicho precio; en cuyo caso se producirá una extinción parcial del crédito privilegiado siendo calificado de ordinario el resto del importe [art. 155.3 en relación con el art. 157 L.Co.];

FALLAMOS

DISPONGO: Que estimando parcialmente las alegaciones formuladas por escrito de 9.6.2015 del Procurador Sr. Silva López en representación de NCG BANCO, S.A. contra el plan de liquidación aportado por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL mediante escrito de 11.5.2015; debo:

1.- aprobar el plan de liquidación propuesto en su integridad, sin más modificación que:

- establecer el carácter potestativo y libre de la dación en pago de los bienes sujetos a garantía real y no afectos a la unidad productiva, pudiendo las partes aceptar o rechazar dicha posibilidad de pago en las condiciones que estipulen;

- autorizar la compatibilidad de los modos de realización de venta directa y dación en pago dentro del inicial periodo de realización de bienes sujetos a garantía real y no afectos a la unidad productiva...”

C. Conclusión:

Interesa indicar que de acuerdo con la Ley de 25 de mayo de 2015 de medidas urgentes en materia concursal (artículo 100.3 de la Ley Concursal⁷⁴) y tras la reforma operada en la Ley Concursal en septiembre de 2014 se permite la cesión en pago de bienes o de derechos a la parte acreedora con los requisitos siguientes: (i) que los bienes no sean de necesidad para continuar la actividad del empresario o profesional y; (ii) su valor razonable (calculado de acuerdo con el artículo 94 de la citada Ley, derivará de la pericial que en su caso se practique) sea igual o inferior al crédito que se extingue. En el caso hipotético de ser superior, la diferencia deberá integrarse en la masa activa. Y

⁷⁴ **Artículo 100.3 de la Ley Concursal:** “En ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la Ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada.

Sólo podrá incluirse la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores siempre que los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial y que su valor razonable, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94, sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en la masa activa. Si se tratase de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 155.4.

En ningún caso se impondrá la cesión en pago a los acreedores públicos”.

en el supuesto de que se tratase de bienes afectos a garantía, regirá el artículo 155.4.

Ese carácter necesario de los bienes será determinado por la Administración concursal, antes de la junta de acreedores, debiendo el que proponga el carácter no necesario de los bienes detallar los motivos por los que entiende que esos bienes no tienen carácter necesario.

Lo que en ningún caso se admite es la cesión en pago a los acreedores públicos. Para que ello pueda darse será necesario su consentimiento.

Así las cosas, en sede de liquidación el artículo 148.5 de la Ley Concursal es claro al respecto cuando indica que *“salvo para los acreedores públicos, en el plan de liquidación podrá preverse la cesión de bienes o derecho en pago o para pago de los créditos concursales, con las limitaciones y el alcance previsto, respecto a los bienes afectos a una garantía, en el apartado 4 del artículo 155”*.

En definitiva, la dación en pago al acreedor privilegiado únicamente cabe realizarla a éste o a la persona que él designe quedando completamente satisfecho el privilegio especial que ostentara. No obstante, cabe indicar que en ningún caso la dación en pago se puede imponer al acreedor privilegiado sin su consentimiento.

4. ¿QUIÉN DEBE ASUMIR LOS GASTOS DE COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA VIVIENDA QUE SE ADQUIERE EN VIRTUD DE UNA EJECUCIÓN HIPOTECARIA?

A. Jurisprudencia

Sentencia 1.- SAP, Sección 25ª, de Madrid, número 225/2015, de 5 de junio de 2015: *“Es el planteamiento mantenido como contestación a la demanda en el acto del juicio llegándose entonces a un debate sobre la obligación de pago de gastos de comunidad a cargo del adjudicatario de la vivienda. La raíz del problema estriba en derivar aquella obligación a una situación de afección real que es la ratio decidendi desestimatoria de la oposición del demandado pues como destaca el Fundamento de Derecho PRIMERO se trata de una obligación personal del demandado por su condición de propietario durante el período al que se contrae el devengo de la deuda que como es de ver abarca desde Abril 2008 a Octubre 2010 incluido según resulta de los documentos 2 y 3 de la solicitud inicial de procedimiento monitorio.*

Surge la discrepancia por entender que esa obligación incumbe al adjudicatario respecto a gastos de la parte vencida de la anualidad de la adquisición y la inmediatamente anterior.

De nuevo hemos de referirnos a la distinción de ambos conceptos: la obligación personal por la que aquí se acciona y la afección real, de naturaleza diferente.

Para separar una de otra la S.A.P. de Valencia, Sección 6ª, de 23 de Julio de 2002 argumentaba el siguiente Fundamento:

«SEGUNDO.- Sobre los sujetos obligados al pago de las cuotas comunitarias y la afección real del inmueble. El art. 9.5 de la LPH establece que cada propietario debe "contribuir con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo

especialmente establecido a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble" y su párrafo segundo expresa que "al pago de estos gastos producidos en el último año y la parte vencida de la anualidad corriente estará afecto el piso o local, cualquiera que fuese su propietario actual y el título de adquisición, siendo este crédito a favor de la comunidad de propietarios preferente a cualquier otro, y sin perjuicio de las responsabilidades personales precedentes". La Resolución de la DGRN de 9 de Febrero de 1.987 señala que si el piso o local hubiera pasado a manos de un tercero en quien no concurra la condición de deudor personal de las mensualidades reclamadas, también contra él deberá dirigirse la demanda," pero no en cuanto a la pretensión personal de obtención de una sentencia condenatoria al pago, sino en cuanto a la real por la que se pretende el reconocimiento y traslado al Registro de una afección real ya existente por disposición legal".

Pues bien el obligado al pago de las gastos de comunidad es el titular del inmueble en el momento en que produce su devengo (arts 9.5 y 20.1 LPH) y una vez transmitido el local los gastos de comunidad habrán de ser soportados por el nuevo titular, por el adquirente. Los gastos devengados con anterioridad a la transmisión serán responsabilidad del anterior titular ya que su obligación de pago no se extingue con la transmisión del inmueble y todo ello sin perjuicio de la afección real expresada en el art. 9.5 párrafo segundo de la anterior LPH.

El pago de los gastos comunes se configura como una obligación personal, a cargo de quien, en el momento de producirse el gasto, fuere propietario del piso o local, no obstante el párrafo 2 de la regla 5ª del artículo 9 de la anterior Ley reguladora de la propiedad horizontal establece una garantía especial para el cobro de las cantidades que se adeuden por lo gastos comunes producidos en el último año y la parte vencida de la anualidad corriente, garantía consistente en afectar al pago de tales cantidades

el piso o local de que se trate con independencia de quién sea su titular, "sin perjuicio de las responsabilidades personales procedentes". El propietario actual, que no lo fuere en el momento de producirse el gasto no se convierte en sujeto pasivo de la deuda del anterior propietario, pero respecto de los gastos comunes producidos en el espacio de tiempo señalado el local se encuentra afectado al pago de dichos gastos, y solo responderá el nuevo titular con el mismo piso o local y no con sus demás bienes.

Resulta claro pues que el demandado-apelado D. Landelino, como propietario del local en el momento en que se devengaron los gastos de comunidad hasta la fecha de su transmisión judicial a la entidad apelante, es el único que debía responder de éstos y la entidad recurrente, por su parte, deberá responder de los devengados a partir de la fecha del auto de adjudicación del inmueble, sin perjuicio de la afección real del mismo por mor del art. 9.5 de la LPH. Y es que una cosa es la garantía o afección real y otra que el nuevo propietario deba responder personalmente de las cuotas impagadas por el anterior titular. Recapitulando, la obligación de pagar los gastos comunes impuesta por el art. 9.5 párrafo segundo de la LPH, es una obligación "propter rem" determinada por la titularidad del piso o local. Esta afección real opera al margen de la titularidad de la finca transmitiéndose con la transmisión de la finca pero ello no convierte al nuevo propietario en deudor personal del importe de las cuotas impagadas por el anterior en el plazo al que se retrotrae la afección real. Por lo que en el caso de autos adquirida por la... etc.'

En el mismo sentido la S.A.P. de Madrid, Sección 12ª, de 30 de Enero de 2007 se refería a esta cuestión:

“CUARTO.- El art. 9.e) de la LPH impone a cada propietario la obligación de contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del

inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización, precepto que se completa en el art. 21 cuando dispone que las obligaciones a que se refiere el art. 9 e) y f) serán cumplidas por el que tenga la titularidad del piso o local, en el tiempo y forma determinados por la Junta. Como consecuencia el deudor de esa obligación personal es quien ostenta la propiedad del piso o local al tiempo en que deba cumplirse o sea exigible el pago, por lo que tal obligación se viene calificando de ambulatoria o "propter rem", puesto que el deudor lo es en función de una titularidad dominical. Pero, además la LPH establece la garantía especial de crédito preferente a los efectos del art. 1923 CC para asegurar el cumplimiento de aquella obligación de pago, que es la afección del piso o local al pago de los gastos comunes producidos en el último año anterior a la adquisición y la parte vencida de la anualidad corriente, cualquiera que fuera su propietario actual, lo que supone una afección real que viene dada por la propia existencia de la propiedad horizontal sin precisar de una publicidad registral específica (DGRN, resolución de 1-6-1989, entre otras), pero deudor personal sigue siendo el titular del piso o local sin que la transmisión extinga ni altere el contenido de la deuda".

Sentencia 2.- STS, de lo Civil, 366/2016, de 3 junio: *“Recurso de casación. SEGUNDO.- Adquisición de bien inmueble en subasta judicial. Alcance de la subrogación respecto de las cargas o gravámenes anteriores del bien adjudicado. Artículo 1512 LEC, 1881 y antiguo. Doctrina jurisprudencial aplicable. Enriquecimiento injustificado, tras el pago de la deuda, habiéndose descontado la carga del valor de tasación del bien adjudicado.*

1. La parte recurrente, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC , por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, interpone recurso de casación particular en dos motivos.

En el motivo primero, denuncia la infracción por interpretación errónea, del artículo 1512 LEC 1881, en relación con el artículo 131.8 LH. Con apoyo en la doctrina expresada en las SSTS de 20 de junio de 1997 y 30 de enero de 1999 , no acepta que la entidad recurrida, que se adjudicó la finca en subasta por 6 euros, pues en la determinación del precio de venta en pública subasta se tuvo en cuenta la carga que gravaba la finca, es decir, los 44.970,73 euros, no abone la cantidad pagada por el recurrente ante la reclamación del acreedor hipotecario de forma que éste y los deudores no solo pierden la vivienda objeto de la garantía hipotecaria sino que abonan incluso el importe de dicha carga. Cita también la STS de 11 de mayo de 2006 y argumenta que el pago hecho por el fiador solidario en el procedimiento de ejecución no excedió del importe máximo que garantizaba la hipoteca.

En el motivo segundo, denuncia la vulneración de la doctrina del enriquecimiento injusto por inaplicación, pues la sentencia recurrida no tuvo en cuenta que en la adjudicación del bien a favor de la entidad adjudicataria se descontó del importe de la carga hipotecaria, que posteriormente fue abonada por el recurrente.

2. Dada la conexión lógica de los motivos planteados y su correlación complementaria, se procede al examen conjunto de los mismos.

3. Por la fundamentación que a continuación se expone, los motivos planteados deben ser estimados.

En primer lugar, respecto, del alcance de la subrogación legalmente prevista, bien con relación a la anterior legislación, antiguo artículo 131, regla octava LH, y artículos 1512 y 1519 LEC, 1881, y con relación tanto al rematante postor, como al acreedor

adjudicatario, respectivamente, o bien con relación a los actuales artículos 668.3 y 670.5 de la LEC, resultan de aplicación las siguientes consideraciones.

Aunque la literalidad del antiguo artículo 131 LH, particularmente de la correlación de sus reglas 8.ª, 10.ª y 13.ª, pudo presentar alguna duda de interpretación acerca del alcance de la subrogación legal establecido y su posible extensión a la propia obligación garantizada, no obstante, dicha cuestión quedó resuelta y aclarada por la doctrina jurisprudencial de esta Sala, entre otras, en la sentencia de 11 de mayo de 2006 (núm. 435/2006) que, con referencia a dicho contexto normativo, declaró:

[...] “Es de aceptar dicho motivo, pues el «tercero» adquirente en subasta pública no es el «tercero hipotecario» al que se refiere el art. 34 LH , sino que es el de buena fe que participa en ella, del art. 114 LH , como traducción del principio de publicidad, y de «no oponibilidad» del art. 32, por lo que el mismo sólo responde de la carga real en que consiste la hipoteca, y no de otras cargas personales del deudor, no garantizadas, sin alcance a tales terceros, ya que, según el indicado art. 114, sus obligaciones se limitan, además de a responder por el principal adeudado, sólo al pago también de los intereses, en principio, de los 2 últimos años, y de la parte vencida de la anualidad corriente, salvo pacto, en cuyo caso no se pueden asegurar por la hipoteca pagos de intereses por plazo superior a cinco años; mandato que es reiterado en el art. 146 de la propia ley, según el que, si bien el acreedor hipotecario puede repetir (si no se le han pagado) por los intereses vencidos, cualquiera que sea la época en que debía verificarse el reintegro del capital, si bien, en cuanto al tercero interesado en dichos bienes (como lo es el tercer poseedor de los mismos, de buena fe, adjudicatario en subasta judicial, que es a quien puede perjudicar tal repetición), no podrá exceder la garantía de la cantidad que por ella se reclame con arreglo al referido artículo 114».

Con posterioridad, y de acuerdo a la reforma operada en dicho artículo por la Ley 1/2000, número sexto de la disposición final novena, los artículos 668.3 y 670.5 de la LEC , profundizan en la línea señalada recalcando no sólo la continuidad del sistema con relación a la subsistencia de las cargas y gravámenes anteriores, sino también la limitación del efecto subrogatorio respecto de dichas cargas y gravámenes sin alcanzar la deuda u obligación garantizada: «el licitador los admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquellos». Por lo que conforme a la propia previsión normativa, que delimita el alcance del efectum iuris en la subrogación legal, la subrogación se produce respecto de la carga y no respecto de la deuda que tal carga asegura, esto es, la subrogación al amparo del precepto, acontece sobre el deber de naturaleza real de soportar la realización forzosa del bien para satisfacer el crédito asegurado y no en asumir forzosamente la posición del deudor en la relación obligacional objeto de la garantía hipotecaria.

En segundo lugar, y conforme a lo anteriormente señalado, hay que precisar que la limitación del efecto de la subrogación legalmente prevista tiene su lógico entendimiento o fundamento, tanto en la legislación anterior, como en la actual, en que el importe de las cargas y gravámenes anteriores se hayan deducido del valor de tasación el inmueble (artículo 666 LEC), pues en caso contrario, si el deudor en la obligación que estaba garantizada con la carga real que no fue deducida para fijar el tipo de la subasta, o un fiador satisface dicha obligación, caso que nos ocupa, no es que la subrogación legalmente prevista modifique el alcance que ha quedado expuesto, sino más bien que la adjudicación así realizada supone una atribución económica injustificada para el adjudicatario. De forma que, en contra del criterio sostenido por la Audiencia, sí que concurren los presupuestos para que resulte de aplicación el instituto del enriquecimiento injustificado”.

Sentencia 3.- STS, de lo Civil, 211/2015, de 22 de abril: “*TERCERO.- Decisión de la Sala. 1. La Ley de Propiedad Horizontal contiene un precepto de carácter sustantivo, el artículo 9.1 que dispone cuáles son las obligaciones de cada propietario, entre las que interesa ahora destacar, en atención al objeto del recurso, la de la letra e) que consiste en "contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización", y la de la letra i) que es la de "comunicar a quien ejerza las funciones de Secretario de la Comunidad, por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción, el cambio de titularidad de la vivienda o local"*.

Pero también contiene la misma Ley otro precepto, el artículo 21, de naturaleza procesal por ser el que prevé como se puede exigir el cumplimiento de las obligaciones de contenido económico como la del apartado e) del artículo 9.1 LPH antes transcrita, cuando el comunero se constituyese en situación de moroso por incumplimiento de tal obligación. Distinguir la diferente naturaleza de ambas disposiciones resulta de suma utilidad a la hora de llevar a cabo una interpretación armónica de ambos.

2. El obligado al pago, según el precepto sustantivo (artículo 9.1.e)) es el propietario, y así viene a confirmarlo el artículo 21.1 de la Ley, y naturalmente, en principio, será deudor responsable de dicho pago el que lo era en el momento de producirse la obligación de satisfacer el gasto comunitario.

La sentencia de 25 septiembre 2014 Rc. 2417/2012 recuerda cómo el artículo nueve de la Ley de Propiedad Horizontal impone al propietario, de forma clara e inequívoca, el pago de los gastos generales para el buen funcionamiento de los servicios comunes no susceptibles de individualización y atención de su adecuado sostenimiento, que no al

usuario (sentencias de 25 mayo de 2005 y de junio de 2006), siendo evidente que en las relaciones entre la Comunidad de Propietarios y el propietario individual los gastos corresponden a éste que será el legitimado pasivamente para soportar las acciones de la Comunidad en reclamación del pago por tales conceptos.

3. No obstante, y partiendo de la anterior precisión sobre el obligado al pago, se han venido produciendo sucesivas reformas en la Ley de Propiedad Horizontal con el objeto de tutelar y proteger a las Comunidades de Propietarios, a fin de garantizarles en la mayor medida el cobro de las deudas de los comuneros, pues la morosidad constituye el mayor problema que pueden sufrir, ya que les impide hacer frente a las elementales necesidades para el adecuado sostenimiento del inmueble y sus servicios, sufriendo los comuneros cumplidores las consecuencias desfavorables de tales incumplimientos a salvo que suplan la insolidaridad del moroso.

4. Las garantías previstas para conseguir tal propósito son las siguientes: (i) Los créditos a favor de la comunidad derivados de la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales correspondientes a las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en curso y a los tres años anteriores (disposición final 1.3 de la Ley 8/2013, de 26 junio) tienen la condición de preferentes a efectos del artículo 1923 del Código Civil y preceden, para su satisfacción, a los citados en los números 3º, 4º y 5º de dicho precepto, sin perjuicio de la preferencia establecida a favor de los créditos salariales en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo (artículo 9.1 e). , párrafo segundo LPH⁷⁵).

⁷⁵ Artículo 9.1.e) LPH: “e) Contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización.

(ii) El adquirente de una vivienda o local en régimen de propiedad horizontal, incluso con título inscrito en el Registro de la Propiedad, responde con el propio inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la Comunidad de Propietarios para el sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares hasta el límite de los que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y a los tres años naturales anteriores (disposición final 1.3 de la Ley 8/2013, de 26 junio). El piso o local estará legalmente afecto al cumplimiento de esta obligación. (Artículo 9.1.e) párrafo tercero LPH).

(iii) La obligación del propietario de "comunicar a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad, por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción, el cambio de titularidad de la vivienda o local", estableciendo que "quien incumpliere esta obligación seguirá respondiendo de las deudas con la comunidad devengadas con posterioridad a la transmisión de forma solidaria con el nuevo titular, sin perjuicio del derecho de aquel a repetir contra este". Sin embargo se añade que tal

Los créditos a favor de la comunidad derivados de la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales correspondientes a las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en curso y los tres años anteriores tienen la condición de preferentes a efectos del artículo 1.923 del Código Civil y preceden, para su satisfacción, a los citados en los números 3.º, 4.º y 5.º de dicho precepto, sin perjuicio de la preferencia establecida a favor de los créditos salariales en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

El adquirente de una vivienda o local en régimen de propiedad horizontal, incluso con título inscrito en el Registro de la Propiedad, responde con el propio inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la comunidad de propietarios para el sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares hasta el límite de los que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y a los tres años naturales anteriores. El piso o local estará legalmente afecto al cumplimiento de esta obligación.

En el instrumento público mediante el que se transmita, por cualquier título, la vivienda o local el transmitente, deberá declarar hallarse al corriente en el pago de los gastos generales de la comunidad de propietarios o expresar los que adeude. El transmitente deberá aportar en este momento certificación sobre el estado de deudas de la comunidad coincidente con su declaración, sin la cual no podrá autorizarse el otorgamiento del documento público, salvo que fuese expresamente exonerado de esta obligación por el adquirente. La certificación será emitida en el plazo máximo de siete días naturales desde su solicitud por quien ejerza las funciones de secretario, con el visto bueno del presidente, quienes responderán, en caso de culpa o negligencia, de la exactitud de los datos consignados en la misma y de los perjuicios causados por el retraso en su emisión”.

responsabilidad "no será de aplicación cuando cualquiera de los órganos de gobierno establecidos en el artículo 13 haya tenido conocimiento del cambio de titularidad de la vivienda o local por cualquier otro medio o por actos concluyentes del nuevo propietario, o bien cuando de dicha transmisión resulte notoria". (Artículo 9.1 i) LPH).

5. De las dos últimas garantías se desprende que, siendo responsable del pago de los gastos comunitarios el propietario de la vivienda que lo era en el momento de producirse la obligación de satisfacerlos, sin embargo se extiende tal responsabilidad a una serie de personas, sin perjuicio del derecho de repetición de éstas contra el obligado al pago. Tales personas son: (i) el propietario actual adquirente del bien por las cantidades adeudadas a la comunidad de propietarios por los anteriores titulares hasta el límite que ya hemos recogido, con afección real del piso o local al cumplimiento de la obligación, aunque el adquirente lo sea con título inscrito en el Registro de la Propiedad; (ii) el propietario anterior que omita la comunicación de cambio de titularidad.

6. El titular registral se encontrará legitimado pasivamente para reclamarle el pago de la deuda: (i) cuando fuese propietario del piso o local en la época en que surgió la obligación de la que nace aquella; (ii) cuando, sin perjuicio del derecho de repetición, sea el actual propietario del piso o local con título inscrito en el Registro de la Propiedad, por las deudas contraídas por los anteriores titulares dentro de los límites temporales que prevé el precepto con afección real del inmueble, (iii) cuando el titular registral sea el propietario que ha omitido la comunicación del cambio de titularidad.

Fuera de estos supuestos no existe obligación legal, propia ni por extensión de responsabilidad, por parte del titular registral al pago de las deudas por gastos de la Comunidad de Propietarios; por lo que no se encontraría legitimado pasivamente para soportar una reclamación de esa naturaleza.

7. Ahora bien, cuando la Comunidad de Propietarios además de ejercitar la acción obligacional contra el que deba responder del pago, pretenda ejercitar la real contra del piso o local afecto al mismo, existiendo discordancia entre deudor y titular registral, será preciso que demande a éste para garantizar la ejecución de la deuda sobre el inmueble; debiendo interpretarse en este sentido el artículo 21.4 de la LPH , de naturaleza procesal, por ser precisa la demanda contra el titular registral, a éstos solos efectos, si se quiere que sea efectivo el embargo preventivo que autoriza el párrafo segundo del mencionado artículo en su número cinco así como el procedimiento de apremio contra los bienes afectos a la deuda.

Así lo vienen entendiendo la mayor parte de los tribunales, como cita la parte recurrente, y así lo ha venido sosteniendo la DGRN con fundamento en los principios de legitimación y tracto sucesivo.

Según las RRDGRN de 30 de junio 1986, 18 de mayo 1987 y 9 de febrero 1997 "si en el momento de interponerse la demanda en reclamación del pago de los gastos de comunidad el piso o local hubiese pasado a poder de tercero en quien no concurra la condición de deudor personal de las mensualidades reclamadas, también contra aquél deberá dirigirse aquélla, pero no en cuanto a la pretensión personal de obtención de una sentencia condenatoria al pago, sino en cuanto a la real por la que se pretende el reconocimiento y traslado al Registro de una afección real, ya existente por disposición legal, coordinándose de este modo la especial protección brindada por el art. 9.5 de la LPH con los principios de legitimación y tracto sucesivo (arts. 1, 20 y 38 LH)".

8. Como la interpretación de la Sala no comparte la que hace el Tribunal de instancia procede, con estimación del motivo, casar la sentencia recurrida y, asumiendo la instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de la parte actora contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que se confirma.

Se fija como doctrina que "cuando el deudor, de cuotas por gastos de comunidad de propietarios, por obligación propia o por extensión de responsabilidad, no coincida con el titular registral, la reclamación frente a éste sólo será al objeto de soportar la ejecución sobre el inmueble inscrito a su nombre".

Sentencia 4.- STS, de lo Civil, 497/2016, 19 de julio: “En el motivo segundo, la parte recurrente denuncia la infracción de los artículos 668.3 y 670 LEC, por infringir la doctrina de esta Sala respecto a que la adquisición de un bien hipotecado comporta también la subrogación del adjudicatario en la deuda que la hipoteca garantizaba. Cita en apoyo de su tesis las SSTS de 20 de junio de 1997 (núm. 562/1997) y de 30 de enero de 1999 (núm. 47/1999).

2. Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo debe ser desestimado. Aunque la literalidad del antiguo artículo 131 LH, particularmente de la correlación de sus reglas 8ª, 10.ª y 13.ª, pudo presentar alguna duda de interpretación acerca del alcance de la subrogación legal establecido y su posible extensión a la propia obligación garantizada, no obstante, dicha cuestión quedó resuelta y aclarada por la doctrina jurisprudencial de esta Sala, entre otras, en la sentencia de 11 de mayo de 2006 (núm. 435/2006) que, con referencia a dicho contexto normativo, declaró:

“[...] Es de aceptar dicho motivo, pues el «tercero» adquirente en subasta pública no es el «tercero hipotecario» al que se refiere el art. 34 LH , sino que es el de buena fe que participa en ella, del art. 114 LH , como traducción del principio de publicidad, y de «no oponibilidad» del art. 32, por lo que el mismo sólo responde de la carga real en que consiste la hipoteca, y no de otras cargas personales del deudor, no garantizadas, sin alcance a tales terceros, ya que, según el indicado art. 114, sus obligaciones se limitan, además de a responder por el principal adeudado, sólo al pago también de los

intereses, en principio, de los 2 últimos años, y de la parte vencida de la anualidad corriente, salvo pacto, en cuyo caso no se pueden asegurar por la hipoteca pagos de intereses por plazo superior a cinco años; mandato que es reiterado en el art. 146 de la propia ley, según el que, si bien el acreedor hipotecario puede repetir (si no se le han pagado) por los intereses vencidos, cualquiera que sea la época en que debía verificarse el reintegro del capital, si bien, en cuanto al tercero interesado en dichos bienes (como lo es el tercer poseedor de los mismos, de buena fe, adjudicatario en subasta judicial, que es a quien puede perjudicar tal repetición), no podrá exceder la garantía de la cantidad que por ella se reclame con arreglo al referido artículo 114”.

Con posterioridad, y de acuerdo a la reforma operada en dicho artículo por la Ley 1/2000, número sexto de la disposición final novena, los artículos 668.3 y 670.5 de la LEC profundizan en la línea señalada recalcando no sólo la continuidad del sistema con relación a la subsistencia de las cargas y gravámenes anteriores, sino también la limitación del efecto subrogatorio respecto de dichas cargas y gravámenes sin alcanzar la deuda u obligación garantizada: “el licitador los admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquellos”. Por lo que conforme a la propia previsión normativa, que delimita el alcance del *effectum iuris* en la subrogación legal, la subrogación se produce respecto de la carga y no respecto de la deuda que tal carga asegura, esto es, la subrogación al amparo del precepto, acontece sobre el deber de naturaleza real de soportar la realización forzosa del bien para satisfacer el crédito asegurado y no en asumir forzosamente la posición del deudor en la relación obligacional objeto de la garantía hipotecaria”

B. Conclusión:

Como se puede observar, se mantiene una respuesta unánime al respecto, indicando que es el propio banco o entidad que se adjudica el bien, el que debe hacer frente al pago de los créditos a favor de la comunidad, correspondientes a la anualidad en que tiene lugar la propia adquisición y las tres anualidades anteriores, ya se adquiera el bien por la propia ejecución hipotecaria, ya sea porque acepte en pago del préstamo hipotecario la vivienda, de tal modo que el piso estará afectado de forma legal al cumplimiento de la propia obligación.

Así las cosas, es el propio banco o entidad una vez adjudicada la vivienda quién procede a su transmisión a un tercero en la misma anualidad en que el banco se adjudica el bien. El tercer adquirente solo responderá con el bien inmueble, de las deudas pendientes a la Comunidad de Propietarios destinadas a sostener los gastos generales de los antiguos propietarios hasta el límite de aquellos correspondientes a la parte vencida de la anualidad en la que se haya producido la adquisición, así como los anteriores tres años naturales.

Si el bien inmueble gravado con hipoteca y adjudicado en subasta tuviera cargas y gravámenes anteriores, el tercer adquirente sólo responderá de la carga real en que consiste la hipoteca, pero no de otras cargas que sean personales de la parte deudora, debiendo responder por el principal adeudado, los intereses de los dos últimos años en principio y parte vencida de la anualidad corriente, salvo pacto.

5. ¿ES POSIBLE QUE SE HAGA UNA LIQUIDACIÓN DEL PATRIMONIO GANANCIAL EN LA QUE UNO DE LOS CONSORTES SE QUEDE CON LA VIVIENDA Y EL OTRO RESULTE DEUDOR?

A. Jurisprudencia:

Sentencia 1.- STS núm. 219/1995, de 15 de marzo de 1995: *“La Audiencia desestimó la alzada por considerar que el art. 1061 del Cc. establece una pauta o recomendación y que "el desmerecimiento que pudiera producirse de la adjudicación a la esposa de parte de las acciones de un negocio familiar y de inmuebles, cuya propiedad éste (el marido) comparte con su familia, es una razón suficiente, para aceptar el criterio lógico del contador partidor, de atribuir tales bienes al marido y fijar una compensación en dinero para la esposa, que dada la conformidad en el valor de los bienes, es el resultado de una operación proporcional, no combatida, que obliga a desestimar la impugnación del cuaderno particional..."*

Recurre en casación, cual se ha anunciado, D. Emilio.

SEGUNDO.- El único motivo que formula se ampara procesalmente en el núm. 5º del art. 1692 de la LEC. y estima que la sentencia recurrida infringe el art. 1410, en relación con los artículos 1061 y 1062 del Cc., que considera imperativos, salvo los casos en que entra en juego la autonomía de la voluntad, que son: cuando el testador haga la partición (art. 1058); cuando la haga el cónyuge viudo, en el supuesto a que se refiere el art. 831; si la hace el contador-partidor siguiendo instrucciones del testador (art. 1058, a "sensu" contrario); y cuando la realizan los herederos mayores de edad, que tengan la libre administración de sus bienes.

La jurisprudencia viene entendiendo, respecto al principio de igualdad cuantitativa a que alude el precepto, tomando en cuenta que habla de la "posible igualdad" y las excepciones que contempla el art. siguiente, que el art. 1061 del Cc. tiene un carácter más bien facultativo que imperativo, cual se contempla en las sentencias de 16 de junio de 1902, 30 de enero de 1951, 13 de junio de 1970, 8 de febrero de 1974, 30 de noviembre de 1974 y 25 de junio de 1977, 13 de junio de 1980, 17 de junio de 1981 o 21 de junio de 1986, citando esta última alguna de las anteriores, y el tener literal del precepto al hablar de la "posible igualdad", antes aludida; y la mas reciente de 7 de enero de 1991, que claramente establece que el art. 1061 tiene mas bien carácter facultativo y orientativo que de imperativa observancia.

La de 14 de junio de 1993 tomó en consideración, al tratarse, no de impugnar unas capitulaciones matrimoniales, sino de una sociedad de gananciales extinguida, que no era aconsejable la venta en pública subasta del piso que constituía vivienda de los hijos y la esposa, al poder compensarse con dinero u otros bienes como se había hecho en la partición.

En definitiva, aún sin desconocer la fuerte corriente doctrinal que propugna la imperatividad relativa, no absoluta, del precepto, tomando en cuenta esa "posible igualdad"; que nos encontramos en una partición derivada de separación conyugal contenciosa; y "siguiendo tensas relaciones entre los litigantes", el motivo tiene que ser desestimado, máxime cuando los contadores partidores de las partes habían seguido el criterio lógico, según manifiesta el dirimente y no se ha contradicho, de "adjudicar al esposo D. Emilio las acciones de los negocios "Tapicerías E., S.A.", y "Emilio I., S.A.", al tratarse de negocios de carácter familiar que han sido formados y vienen siendo desempeñados por el Sr. D. Emilio y su familia". Y respecto a la mitad del prado de Arnuelo inventariado al núm. A, y la mitad de la finca y casas de Setien inventariadas

al núm. B, afirma dicho dirimente que "la adjudicación de estas mitades indivisas de inmuebles al esposo, parece la única solución razonable y lógica, dado que comparte la propiedad de los mismos con su padre y hermana respectivamente, por lo que adjudicar cualquiera de estas mitades indivisas de inmuebles a la esposa, sería muy probablemente abocar a futuros litigios", lo que compagina con el art. 1078 de la LEC".

Sentencia 2.- STS, Sala de lo Civil, Sección 1º, núm. 184/2006, de 1 de marzo de 2006: "La jurisprudencia, sin embargo, no parte de una incompatibilidad absoluta entre la acción rescisoria y la reclamación dirigida contra el cónyuge adjudicatario, pues en ocasiones se atribuye virtualidad al art. 1317 CC para privar de eficacia a las capitulaciones matrimoniales cuando se evidencia que fueron destinadas a defraudar a un acreedor, y sin que sea preciso para ello obtener declaración de insolvencia en un juicio previo (STS de 18 de julio de 1991); se admite la rescisión de las capitulaciones cuando se prueba que el crédito no se había podido hacer efectivo al no encontrar la ejecutante bienes del deudor para aplicarlos a tal fin, así como que demandante y demandada consintieron la modificación de su régimen matrimonial de bienes y la adjudicación de los hasta entonces gananciales con el fin de procurar al primero una situación de insolvencia o de insuficiencia económica para no cumplir obligaciones válidamente contraídas (STS 8 de julio de 1988); o, finalmente, se proclama expresamente la alternatividad entre ambas acciones, declarando que los acreedores podrán acudir a la acción rescisoria (art. 1291.3 CC), siempre de carácter subsidiario, o dirigir la acción de reclamación contra el cónyuge deudor o contra el no deudor en los bienes que las nuevas capitulaciones le adjudiquen (STS 18 de noviembre de 1998), de donde se desprende que jurisprudencialmente no queda excluido de manera radical y absoluta el ejercicio de la acción rescisoria contra los actos de liquidación de la

sociedad de gananciales, aunque siempre será menester que se cumplan los presupuestos necesarios para su ejercicio, entre los que figura, como se ha repetido, el requisito de la subsidiariedad, que puede concurrir en supuestos extraordinarios en que, en aras de las circunstancias concurrentes, se demuestre que la responsabilidad atribuida al cónyuge adjudicatario sea por sí misma ineficaz para la garantía de los derechos de los acreedores defraudados.

CUARTO.- La parte recurrida imputa a la sentencia recurrida la infracción de esta doctrina, pues considera que era procedente que la parte actora hubiera agotado previamente la vía de apremio y hubiese interpuesto el declarativo correspondiente solicitando que se declarase que la liquidación de bienes y consiguiente adjudicación a la esposa de la finca a que se refiere el proceso no era oponible a la parte actora.

Sin embargo, se advierte que no concurre la infracción que se postula, puesto que, previamente al proceso seguido en los presentes autos, se ejercitó una demanda contra el esposo reclamando la deuda controvertida y, recaída sentencia condenatoria, y embargada la finca sobre la que recae el litigio, ante el rechazo de la anotación preventiva de embargo por el registrador de la Propiedad, habida cuenta de que con posterioridad a la presentación de la demanda se había adjudicado el bien a la esposa en la liquidación de la sociedad de gananciales y se había procedido a la inscripción de la escritura de liquidación, se siguió nuevo proceso, del que trae causa este recurso, en esta ocasión contra ambos cónyuges, en el que pretendió la rescisión de la liquidación de la sociedad de gananciales y, con carácter subsidiario, se formuló una pretensión de nulidad y consiguiente "inoponibilidad" de la inscripción a la parte demandante.

La sentencia de instancia respeta el carácter subsidiario de la acción de rescisión, a la que no da lugar, afirmando, respecto de dicha pretensión, que "declarar un efecto de tanta trascendencia resulta excesivo, es innecesario y no se compagina con el carácter subsidiario que según la ley ha de tener la acción rescisoria", añadiendo que "el apartado B) del suplico de la demanda se solicita de manera subsidiaria que se decrete la nulidad de la inscripción de la finca registral aludida a favor de la demandada, y esta petición sí resulta acorde con la interpretación que la jurisprudencia viene dando al art. 1317 CC, a la vista de la subsidiariedad de la acción rescisoria", con la observación acertada de que la falta de cita expresa en la demanda del art. 1317 CC, no puede implicar ningún obstáculo, dada la vigencia del principio iuri novit curia (el tribunal conoce el Derecho) y la inequívoca pretensión encaminada a hacer valer la que la parte demandante llama "inoponibilidad" de la inscripción al demandante por medio de su declaración de nulidad, que se formula en la demanda con carácter subsidiario.

... Pues bien, en el caso examinado ha ocurrido así, pues, tras la primera sentencia condenatoria del cónyuge deudor, se ha dirigido la nueva demanda contra ambos cónyuges, si bien la parte recurrente entiende que la demanda se formuló mal por solicitarse la nulidad de la inscripción erga omnes (frente a todos) y no solicitarse la "inoponibilidad" al demandante, que es el efecto que contempla el art. 1317 CC.

No puede ser aceptada la impugnación en este aspecto, fundada en la infracción de los arts. 1111 y 1317 CC en que se apoya el motivo, puesto que la sentencia recurrida considera como medida necesaria para hacer valer la responsabilidad del cónyuge adjudicatario que resulta del art. 1401 CC, en relación con el art. 1317 CC, la declaración de nulidad y consiguiente cancelación de la inscripción...

Resulta evidente, en consecuencia, que, de considerar inadecuada desde el punto de vista registral la cancelación de la inscripción llevada a cabo, debió alegarse la infracción de los preceptos del ordenamiento jurídico hipotecario aplicables al caso, habida cuenta que, desde el punto de vista sustantivo, la cancelación se acuerda por la Audiencia como única medida, dadas las circunstancias, apta para hacer efectiva en el orden registral la responsabilidad del cónyuge adjudicatario, evitando el perjuicio a los acreedores, a que se refiere el art. 1401 CC, en relación con el art. 1317 CC, que no puede, por ello, considerarse infringido.

SEXTO.- En el motivo segundo, que no aparece apoyado con la alegación de la infracción de ningún precepto legal en concreto, se alega, en síntesis, que la STS de 20 de marzo de 1989 declara la subsistencia de la acción del acreedor posterior a la liquidación, cuando la demanda se dirige contra un cónyuge y se notifica a otro a los efectos de la normativa hipotecaria y, sin embargo, el procedimiento de reclamación de cantidad no fue seguido contra la demandada ni le fueron notificadas las actuaciones ni la diligencia de embargo, por lo que es aplicable el art. 38.3 LH, pues las capitulaciones matrimoniales acceden al Registro de la Propiedad con anterioridad a la práctica del embargo, con lo cual, según la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de junio de 1991 deben observarse los principios de tracto sucesivo y legitimación, y en particular las prescripciones del artículo 20 y 38 de la Ley Hipotecaria y 140.1 del Reglamento Hipotecario.

El motivo debe ser desestimado”.

Sentencia 3.- STS, Sala de lo Civil, núm. 630/1993, de 14 de junio de 1993: “CUARTO.- El motivo cuarto, por el cauce del núm. 5º, denuncia infracción de

los arts. 1.061 y 1.328 del Código Civil conforme a los cuales las particiones han de guardar la posible igualdad, haciendo o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie (art. 1.061), y que no cabe en capitulaciones acordar nada contra la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge.

El motivo decae porque este litigio no tiene por objeto impugnar unas capitulaciones matrimoniales, sino una partición de bienes pertenecientes a una sociedad de gananciales de una sociedad extinguida, la cual se ha llevado a efecto por los trámites de la testamentaría, y si bien al partir los contadores han de procurar cumplir el art. 1.061, ello siempre será sobre la base de que "sea posible", como expresa el precepto citado, al cual sigue el 1.062 que permite adjudicar a uno de los partícipes una cosa cuando, como el piso de autos, sea indivisible o desmerezca mucho con su división, sin que sea aconsejable aquí la venta en pública subasta dada la sujeción del uso a que constituya vivienda de los hijos y la esposa, por lo que es atinado permitir la adjudicación a la esposa, que puede compensarse con dinero u otros bienes como se ha hecho en la partición”.

Sentencia 4.- STS, de lo Civil, núm. 278/1997, de fecha 4 de abril de 1997: *“La disolución de la comunidad de gananciales implica la división de las ganancias entre ambos cónyuges, es decir, la liquidación, tal como expresa el inciso 1º del art. 1396, cuya liquidación sigue unos pasos que regulan con detalle los artículos siguientes, aunque éstos contemplan el caso de concordia entre las partes, pero no el de enfrentamiento personal y jurídico. Este último es el presente caso, que se ha llevado al proceso declarativo la determinación de la ganancialidad, activo y pasivo, el pago*

de éste y la distribución del final resultante, concretado a unos bienes concretos. Es decir, tal como dice la sentencia del Juez de 1ª instancia núm. 2 de Eibar, confirmada en apelación, la acción ejercitada pretende determinar los bienes o porcentajes de los mismos que son privativos de cada cónyuge y de la sociedad de gananciales existente hasta la disolución de la misma, así como si existen o no cargas o deudas que pesen sobre esta última, todo ello como premisa previa e indispensable para la posterior liquidación y adjudicación a cada cónyuge de los bienes y derechos correspondientes.

El art. 96 CC prevé la atribución a uno de los cónyuges (en el presente caso se había atribuido a la esposa y al hijo) de la vivienda familiar. Cuando la atribución se hace a quien es propietario de la vivienda, coinciden titularidad y posesión, pero éste no es el caso habitual y desde luego no es caso conflictivo. Lo frecuente es que se atribuya a quien no es propietario total o parcial. En el presente caso, se atribuyó a la esposa siendo la vivienda parte ganancial y parte privativa.

La atribución a la esposa del uso de la vivienda familiar, en la sentencia de separación conyugal, según art. 96 y con la temporalidad y provisionalidad que señala art. 91, no es un derecho de usufructo como pretende la recurrente, derecho real en principio vitalicio y disponible, sino un derecho de ocupación, que es oponible a terceros (S 11 diciembre 1992) sin que sea unánime (ni tiene por qué serlo, ni tiene trascendencia práctica) la opinión de si es derecho real; "derecho real familiar" dice S 18 octubre 1994; "no tiene en sí mismo considerado la naturaleza de derecho real", dice S 29 abril 1994. En todo caso, lo que se pretende es garantizar este derecho de ocupación del cónyuge e hijos a quienes se les ha atribuido el uso: SS 22 diciembre 1992, 14 julio 1994 y 16 diciembre 1995 y, en último término a la familia: "la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso..." dice S 31 diciembre 1994.

En definitiva, no se duda del derecho de ocupación, provisional y temporal, de la vivienda conyugal que fue atribuida a la esposa y al hijo, aplicando lo dispuesto en arts. 91 y 96 CC por la sentencia de separación conyugal. Y la sentencia recurrida, confirmando la de primera instancia, atribuye a la esposa, recurrente en casación, la plena propiedad de la misma. Coincide en ella, la titularidad de la propiedad, por adjudicación en liquidación de gananciales y aquella atribución del derecho de ocupación, por la separación conyugal”.

Sentencia 5.- STS, de lo Civil, de 13 de junio de 1986: *“...se desprende que debe resolverse la situación del pasivo de la sociedad conyugal y por tanto la de los acreedores con precedencia a la división y adjudicación de los bienes, pues antes es pagar que partir, la circunstancia de que no se atienda a la liberación de las cargas y gravámenes y se pase a ultimar la liquidación no significa que la operación practicada resulte radicalmente nula, sino que la preservación de los derechos de los acreedores se traduce en que éstos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y además el consorte, a diferencia de lo que acontecía en el derecho anterior, responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial, pues en otro caso y por aplicación de las normas de las sucesiones (artículos mil cuatrocientos uno y cuatrocientos dos, en relación con el mil ochenta y cuatro) tal responsabilidad será ultra vires, por lo que ha podido decirse que con independencia de la que alcanza al esposo deudor existe una responsabilidad real de la masa de los bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que haya sido adjudicados, todo lo cual determina que aun después de la disolución de la sociedad permanece viva la acción del acreedor contra los bienes consorciales como también así lo ha previsto el artículo ciento cuarenta y*

cuatro, párrafo segundo, del Reglamento Hipotecario, lo que excluye lógicamente la procedencia de acudir a la vía de la nulidad negocial para preservar unos derechos que el propio precepto legal mantiene, posición ya adoptada por esta Sala en sus sentencias de quince y diecisiete de febrero de mil novecientos ochenta y seis”.

Sentencia 6.- STS, de lo Civil, de fecha 17 de noviembre de 1987: “...finalmente, la ya citada sentencia de 13 de junio de 1986 señala que, si bien debe resolverse con precedencia la situación de los acreedores a la división y adjudicación de los bienes de la sociedad conyugal, pues antes es pagar que partir, el que se pase a ultimar la liquidación sin aquella previa prescripción no significa que la operación practicada resulte radicalmente nula, sino que la preservación de los derechos de los acreedores se traduce en que éstos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y además el consorte responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, responsabilidad de los bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados, todo lo cual determina que aun después de la disolución de la sociedad permanece viva la acción contra los bienes consorciales (art. 144, párrafo 2.º, del Reglamento Hipotecario). Por todo cuanto se lleva expuesto, procede acoger el motivo y casar la sentencia, pero, al recobrar la Sala plenitud de facultades para entrar a conocer del litigio, rechazada la petición principal sobre rescisión de las capitulaciones matrimoniales, ha de accederse, en cambio, a la subsidiaria, declarar no oponible al acreedor demandante la modificación del régimen matrimonial de los esposos demandados, confirmar el embargo practicado sobre la finca el Pinar, pago del Vivero de "C.", inscrita a nombre de D^a Magdalena, y ordenar al señor Registrador de la Propiedad que anote dicho embargo, lo que se llevará a cabo en ejecución de la presente sentencia”.

Sentencia 7.- STS, de lo Civil, núm. 104/1998, de fecha 16 de febrero de 1998: *“Por lo que respecta a la primera de las denunciadas infracciones (la del párrafo segundo del artículo 1.404 del Código Civil en su redacción anterior a la Ley 11/1981, de 13 de Mayo) lo único que alega la recurrente, en el desarrollo del motivo, es literal e íntegramente lo siguiente: "Y ello porque la vivienda conyugal, núcleo básico del caudal inventariado de la partición que se impugna; a pesar de estar ubicado en suelo propio del esposo, en virtud del artículo 1.404 del Código Civil citado, tiene el carácter de ganancial en su totalidad, es decir, el suelo accede a la ganancialidad del edificio, y por ello, entiende esta parte que tal categoría de ganancial debe reflejarse en la partición. Es claro que la casa se construyó antes del año 1981, concretamente en el año 1968, según se desprende del informe pericial emitido por la Arquitecto D^a Clara, que está obrante en autos y punto no controvertido por estar recogido en el fundamento segundo de la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Pontevedra, que al medio del presente recurso se pretende impugnar".*

(...) Por lo que respecta a la también denunciada infracción del artículo 1061 del Código Civil, en relación con el 1410 del mismo Cuerpo legal (objeto del que hemos llamado segundo submotivo de este motivo primero), en el alegato correspondiente al mismo, la recurrente viene a sostener, en esencia, que al no existir en el patrimonio ganancial más bien inmueble que la vivienda objeto de litis, y al haber de guardarse en toda partición la posible igualdad, entiende que la referida vivienda se debe dividir, al amparo de la Ley de Propiedad Horizontal, en dos viviendas independientes y adjudicarle a ella (la recurrente) el piso y la buhardilla, y a su esposo el bajo.

El expresado submotivo no puede tener favorable acogida, por las razones que a continuación se exponen. La igualdad cualitativa que, para toda partición de herencia, establece el artículo 1061 del Código Civil (aplicable a la liquidación de una sociedad de gananciales, por la remisión que hace el artículo 1410 de dicho Cuerpo legal) ha de entenderse siempre sobre la base de que dicha igualdad "sea posible", como el propio precepto proclama, posibilidad que, indudablemente, no concurre cuando, en el patrimonio partible, solamente exista un bien de naturaleza inmueble y éste, además, sea indivisible o desmerezca mucho por su división, pues en dichos supuestos el precepto aplicable es el artículo 1062 del mismo Código, con arreglo al cual el referido bien inmueble podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, si ninguno de ellos ha pedido su venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños. En el presente supuesto, la vivienda litigiosa, además de ser de reducidas dimensiones (ocupa solamente una superficie de noventa metros cuadrados de solar y consta únicamente de bajo y un piso), está construida para servir exclusivamente de vivienda unifamiliar (en la totalidad de sus dos referidas plantas solamente dispone de una cocina, un comedor, cuatro dormitorios y un cuarto de baño), por lo que su división en dos viviendas independientes (una, el piso; y otra, el bajo), en régimen de propiedad horizontal, como ahora pretende la recurrente, es prácticamente inviable en las referidas condiciones arquitectónicas de dicho inmueble, lo que justifica plenamente que la sentencia aquí recurrida, como antes la de primera instancia, haya considerado ajustada a Derecho la adjudicación que el contador dirimente ha hecho de la titularidad dominical al esposo (sin que, además, haya sido reconocido crédito alguno en favor de éste por el suelo en el que está construida la expresada vivienda, que era privativo suyo), con la correspondiente compensación económica en favor de

la esposa, que, por otro lado, es lo que ésta vino pidiendo durante la tramitación de las operaciones liquidatorias de la sociedad legal de gananciales...

Con base en la expresada doctrina jurisprudencial (de actos propios), el presente motivo ha de ser desestimado, ya que la esposa, aquí recurrente, durante la sustanciación de la pieza separada de liquidación de la sociedad de gananciales, vino postulando reiteradamente que la vivienda unifamiliar fuera adjudicada a su esposo y a ella se le hiciera la correspondiente compensación económica, con base en lo cual, incluso, su propio Contador partidor, por ella designado, redactó su primera propuesta de liquidación (véanse las puntualizaciones quinta a octava del Fundamento jurídico cuarto de esta resolución), sin que su muy posterior cambio de criterio pueda ser tomado ahora en consideración, pues ello contradice no sólo la expresada doctrina jurisprudencial, sino el más elemental principio de seriedad que han de presidir las relaciones humanas responsables, en general, y las jurídicas, en particular.

... Hechas las anteriores y necesarias puntualizaciones, el presente motivo tercero ha de fenecer también”.

Sentencia 8.- SAP, Sección 10ª, de Valencia, núm. 857/2011, rec. 1112/2011, de 5 de diciembre de 2011: *“La consecuencia que puede extraerse es que estamos ante un acuerdo libremente alcanzado por los cónyuges con vistas a ordenar sus relaciones personales y patrimoniales con posterioridad a la disolución del vínculo matrimonial; que dicho acuerdo ha merecido la aprobación judicial; y que ello ha traído como consecuencia la disolución del régimen económico matrimonial de gananciales, concretado en la adjudicación por mitad, tanto de la vivienda familiar como de la obligación crediticia contraída con Ibercaja para su adquisición. Ello determina que*

ambos sean condueños del inmueble familiar, que no es un bien cualquiera, sino aquel en el que la madre ejerce las obligaciones paterno-filiales de guarda y custodia que le vienen atribuidas por la sentencia de divorcio respecto del hijo común de los litigantes. Pero no es ésta la razón por la que el Sr. Manuel ha de sufragar la mitad del préstamo hipotecario pendiente de restitución, sino por el hecho de ser copropietario a resultas de la liquidación de la sociedad de gananciales, que opera así como título generador del condominio. En consecuencia, como comunero que es está obligado a sufragar todos los gastos que se vinculan a la adquisición de la cuota ideal que, tras la ruptura matrimonial, ostenta bajo la modalidad de comunidad ordinaria. Y con arreglo a lo previsto en el artículo 392 del Código civil las relaciones entre comuneros se regirán por lo que ellos hayan convenido, que, en este punto, es coincidente con lo que contempla el artículo 393 del mismo cuerpo legal para los supuestos de falta de acuerdo al decir que "el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas", que han quedado atribuidas por mitad, por lo que es en esa medida en la que han de contribuir al sufragio del préstamo hipotecario. Por consiguiente, siendo que la obligación deriva de su condición de copropietario, la petición del actor no puede tener encaje en el cauce procedimental de modificación de medidas, porque la obligación de pago por mitad por lo que a la amortización del préstamo hipotecario se refiere no tiene su punto de arranque en la aprobación judicial del convenio regulador, sino que es consecuencia del condominio incidental surgido por la liquidación y adjudicación del patrimonio ganancial.

TERCERO.- Por lo que se refiere a la limitación temporal en el uso de la vivienda familiar que solicita el actor, no puede desconocerse que el bien en condominio está especialmente afectado a las funciones de guarda y custodia en consideración al interés

primario de protección del menor que inspira el artículo 96 del Código civil y del que es fiel reflejo el acuerdo de los cónyuges plasmado en el Convenio regulador.

(...)Y a mayor abundamiento puede considerarse la reciente doctrina sentada por el Tribunal Supremo en Sentencias 221/2011, de 1 de abril; 236/2011, de 14 de abril ; 451/2011, de 21 de junio ; y 642/2011, de 30 de septiembre, en el sentido de que "el artículo 96 del Código civil establece que, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Ésta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio". Y continúa señalando la última de las sentencias mencionadas que "el principio protegido en esta disposición es el interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (artículo 142 del Código Civil); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el artículo 233-20.1 del Código Civil de Cataluña y el artículo 81.2 del Código de Derecho de Familia de Aragón. La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios". Y de esta doctrina se ha hecho eco esta Sala en Sentencia 566/2011, de 19 de julio , significando que "1) en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden; 2) que se trata de una regla taxativa que no permite interpretaciones limitadoras; 3) que, incluso, el pacto de los progenitores que prevé el propio precepto, debe ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir ningún perjuicio; 4) que el principio que aparece protegido es el del interés del menor,

que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, alimentos entre los que se encuentra la habitación; 5) que la atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen del bien acordado entre quienes son sus propietarios; 6) finalmente que el limitarla incluso hasta la disolución de los bienes comunes, se opone a lo que establece el precepto, pues la norma no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, dado que el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja". De conformidad con lo referido, no puede accederse a la limitación temporal solicitada".

Resolución 9.- Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado, de 24 de noviembre de 2015: *“Conforme al artículo 90.c) del Código Civil «el convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos: (...) c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar'. Dispone también este precepto, en su párrafo segundo que «los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges'.*

No cabe duda de que la liquidación de los bienes adquiridos por los cónyuges en consideración a su vida en común es cuestión que debe incluirse en los efectos del cese de esa vida en común. Con mayor razón por tratarse de la vivienda familiar. Como ha recordado este Centro Directivo, uno de los aspectos que por expresa previsión legal ha de regularse en los supuestos de nulidad, separación o divorcio del matrimonio, es

el relativo a la vivienda familiar (cfr. Resoluciones de 11 de abril y 19 de mayo [2.ª] de 2012) y obedece la exigencia legal de esta previsión a la protección, básicamente, del interés de los hijos; por lo que no hay razón para excluir la posibilidad de que el convenio regulador incluya la adjudicación de la vivienda familiar, que es uno de los aspectos que afecta al interés más necesitado de protección en la situación de crisis familiar planteada y que no es dañosa para los hijos ni gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (cfr. párrafo segundo del artículo 90 del Código Civil). En efecto, dispone el párrafo primero del artículo 96 del Código Civil que «en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde...». Es decir, el Código determina la atribución del uso de la vivienda familiar sólo cuando no hay acuerdo aprobado por el juez. En el presente supuesto, consta en la sentencia que existe ese acuerdo, como resulta de las estipulaciones del convenio analizadas. Y en cuanto al artículo 90 del Código Civil, aunque hace referencia a la atribución del uso de la vivienda familiar, no significa que excluya la adjudicación del dominio de dicha vivienda si ambos cónyuges están de acuerdo, pues el contenido del convenio se regula como contenido de mínimos, al expresar en el párrafo inicial del precepto que «al menos' debe tener los contenidos que expresa.

También ha admitido este Centro Directivo (vid. Resolución de 11 de abril de 2012) que respecto de la vivienda familiar de que ambos cónyuges eran cotitulares en virtud de compra anterior al matrimonio, puedan aquéllos explicitar ante la autoridad judicial, con carácter previo a la liquidación de gananciales, la voluntad de atribuir carácter ganancial a un bien cuya consideración como integrante del patrimonio conyugal ha sido tenido en cuenta por los cónyuges durante su matrimonio. Del mismo modo que los excesos de adjudicación en la liquidación de gananciales motivados por

la indivisibilidad de los inmuebles puede compensarse con dinero privativo, sin que nada obste a que incluyan otros bienes privativos para compensar tales excesos. Y, aún más reciente (Resolución de 27 de julio de 2015) tratándose de la vivienda familiar adquirida por ambos cónyuges en estado de solteros y pagando durante el matrimonio el préstamo hipotecario con dinero ganancial esta Dirección General ha admitido que si se hubieran realizado pagos del precio aplazado de la misma con dinero ganancial, la titularidad privativa inicial habrá devenido –«ex lege» con los desembolsos realizados, en el nacimiento de una comunidad romana por cuotas entre la sociedad de gananciales y los cónyuges titulares, en proporción al valor de las aportaciones respectivas (cfr. artículos 1.354 y 1.357.2 del Código Civil). Esa situación y la consiguiente extinción de ese condominio, para tener acceso registral, tiene que ser así convenida por las partes (cfr. artículo 91.3 Reglamento Hipotecario). El propio Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de octubre de 1989 destaca la relevancia que tiene para la vivienda familiar adquirida en estado de soltero el hecho de que se haya amortizado con fondos gananciales derivados de un préstamo hipotecario durante el matrimonio, lo que permite confirmar que es adecuada la conexión de los fondos gananciales empleados en la adquisición de la vivienda familiar con las adjudicaciones que en este caso se realizan con motivo de la liquidación de la sociedad de gananciales incluyendo la finca adquirida en el reparto de bienes que motiva dicha liquidación, adjudicándola al otro de los cónyuges, asumiendo la deuda hipotecaria, y en compensación por otros bienes gananciales que se adjudican al otro titular (vid. Resoluciones de 19 de diciembre de 2013 y 30 de junio de 2015).

7. En el presente expediente, se trata de la vivienda familiar que pertenece con carácter privativo en exclusiva a don JAVIER por haber sido adquirida en estado de soltero en el año 2000, habiéndose celebrado el matrimonio en 2001. Del expediente y del propio

Registro resulta que la vivienda se ha financiado con sendos préstamos hipotecarios, satisfechos prácticamente de forma íntegra durante el matrimonio y por tanto a expensas de la sociedad de gananciales. Se adjudica la vivienda a la esposa, doña CRISTINA”.

B. Conclusión:

De acuerdo con la jurisprudencia expuesta, cabe la posibilidad que los consortes suscriban un acuerdo relativo al reparto de los bienes gananciales a fin de liquidar la sociedad de gananciales.

Tal acuerdo sólo puede tener una eficacia plena entre ambos cónyuges, pero de cara a terceros la eficacia sería relativa (artículo 1257 del Código Civil) dado que debe tenerse en cuenta que, en ningún caso, el citado pacto otorgado entre ambos puede dirigirse a defraudar, impedir o menoscabar los derechos de aquéllos (art. 1255 código civil).

El caso más típico es aquel en el los dos cónyuges son deudores del mismo préstamo hipotecario sobre la vivienda habitual, de tal modo que la adjudicación a uno de los consortes del total debido sólo producirá efectos entre ellos pero no frente al acreedor, en base al primitivo aforismo “antes es pagar que heredar” o “antes es pagar que partir”, citado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1987 y que resulta consustancial a un régimen de bienes gananciales.

Es perfectamente viable que la vivienda familiar sea adjudicada a uno solo de los consortes, debiendo adjudicarse al otro cónyuge bienes que tengan el mismo valor. Dicha adjudicación puede tener lugar por un pacto entre las partes o porque así lo decida el contador partidor. Esta situación tendrá lugar siempre y cuando hubiera otros bienes en el patrimonio ganancial o cuando se reduzcan las cargas.

Si la adjudicación de la vivienda habitual se hace por acuerdo de los consortes, dicho acuerdo es válido y eficaz, salvo que alguna de los cónyuges ejercite la acción de rescisión por lesión, en el hipotético supuesto de que no haya más bienes, y por tanto, al cónyuge al que no se le haya adjudicado el bien sufra lesión en más de una cuarta parte.

Cuando la adjudicación tenga lugar por resolución judicial, la adjudicación de la vivienda con un préstamo hipotecario será para uno de los consortes, debiendo éste hacerse cargo de la deuda y al otro consorte se le adjudicarán bienes de igual valor a la diferencia entre el valor de la vivienda y el gravamen que tiene la misma.

En el supuesto de que en el patrimonio ganancial solo existiera la vivienda familiar, con la carga hipotecaria, resulta complicado que sin acuerdo de los cónyuges la sentencia adjudique el bien a uno sólo de los cónyuges, porque en este supuesto no se estaría respetando el artículo 1404 del código civil.

Así las cosas, en caso de que se adjudique a uno de los consortes la vivienda habitual, objeto de préstamo hipotecario cotitulares ambos del mismo, se podrá adjudicar al otro bienes privativos para compensar tales excesos. Y en caso de incumplimiento del pago de la hipoteca por el cónyuge que ha asumido la carga, el otro deberá abonarlo hasta el límite del valor de los bienes adjudicados, si previamente ha tenido lugar la realización del inventario judicial o extrajudicial. Si el inventario no se ha producido, la responsabilidad del cónyuge no adjudicatario será ilimitada, sin perjuicio de la correspondiente acción de reclamación del pago que haya realizado.

IV. EXAMEN ESPECIAL DE LA HIPOTECA, ELEMENTOS PERSONALES, REALES Y FORMALES.

1. CARACTERES DE LA HIPOTECA:

- Se trata de un derecho real⁷⁶, dándose las notas fundamentales que la doctrina asigna a los derechos de esta clase: inmediatividad o poder directo e inmediato del sujeto sobre la cosa y oponibilidad erga omnes. Así resulta del artículo 104 de la Ley Hipotecaria.
- Es un derecho de realización de valor en que el titular de la misma puede resarcirse del incumplimiento de la obligación garantizada, consiguiendo la percepción de una determinada cantidad de dinero, mediante la realización del valor por precio de la cosa dada en garantía. Así resulta igualmente del artículo 1858 del Código Civil.
- Se configura como un derecho de garantía, en cuanto, que el artículo 1857 del Código Civil señala que se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.
- Es un derecho accesorio en el sentido de que no puede constituirse sin un crédito al que asegurar, y una vez constituida sigue todas las vicisitudes jurídicas de éste.
- Se caracteriza por su indivisibilidad⁷⁷.
- Es un derecho de constitución registral,⁷⁸ de acuerdo con los artículos 145 y 159 de la Ley Hipotecaria.

⁷⁶ ROCA SASTRE, Ramón María, ROCA SASTRE MUNCUNILL, Luis y BERNÁ I XIRGO, Joan: "Derecho hipotecario" Tomo IX, Ed. Bosch, diciembre 2008, pág. 65.

⁷⁷ GÓMEZ GÁLLIGO, F.J.: "La hipoteca como instrumento al servicio del desarrollo del mercado inmobiliario", RCDI, núm. 691, septiembre 2005, pág. 1643.

⁷⁸ CHICO Y ORTIZ, J.M.: "Estudios sobre Derecho Hipotecario", tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 1325.

- Es un derecho inmobiliario, por cuanto sólo puede recaer sobre bienes o derechos de naturaleza inmueble, los cuales habrán de ser ajenos y enajenables.

- Por último, se trata de un derecho formal o inmaterial, porque no precisa el desplazamiento de la posesión del bien gravado, que permanece en poder del propietario.

Dentro del campo doctrinal, la hipoteca es definida por ROCA SASTRE⁷⁹ como *“un derecho real de realización de valor en función de garantía de una obligación pecuniaria de carácter accesorio e indivisible y de constitución registral que recae directamente sobre bienes inmuebles, ajenos y enajenables, de los cuales permanecen en la posesión del propietario”*.

2. CLASIFICACIÓN DE LAS HIPOTECAS

- Por su origen: Conforme al artículo 137 de la Ley Hipotecaria pueden ser voluntarias y legales⁸⁰, según que en su constitución el hipotecante actúe con plena libertad o venga constreñido a ello por el precepto legal⁸¹.

- Por la forma: Se distinguen las hipotecas expresas y tácitas, según requieran o no título constitutivo e inscripción para que queden válidamente constituidas.

En la actualidad, todas las hipotecas son expresas.

- Por el objeto: Pueden ser generales y especiales, según que afecten a todos los bienes del deudor o a uno o varios bienes determinados.

⁷⁹ ROCA SASTRE, Ramón María, ROCA SASTRE MUNCUNILL, Luis y BERNÁ I XIRGO, Joan: “Derecho hipotecario” Tomo IX, Ed. Bosch, diciembre 2008, pág. 65

⁸⁰ SANCHEZ CALERO, Francisco Javier (Coord.): “Curso de Derecho Civil III: Derechos reales y registral inmobiliario”, 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 351.

⁸¹ Artículos 138 y 158 de la Ley Hipotecaria.

Actualmente, puede decirse que solamente existen hipotecas especiales, dado el principio de especialidad que rige en nuestro Derecho Hipotecario.

- Por la unidad o pluralidad de bienes gravados: Se distinguen en únicas y múltiples, pudiendo ser éstas últimas a la vez especiales (en los que la responsabilidad hipotecaria se divide entre los bienes gravados, artículo 119 de la Ley Hipotecaria) y solidarias⁸² (en las que no se practica dicha distribución, por lo que el acreedor podrá dirigirse por la totalidad de la suma asegurada, contra todos o cada uno de los bienes hipotecados).

- Por su contenido: Pueden ser por un lado, hipotecas ordinarias y de seguridad, y por otro lado, hipotecas de capital y de renta. La hipoteca ordinaria o de tráfico es la que se constituye en garantía de un crédito que desde el mismo momento de la constitución de la hipoteca aparece plenamente determinado en su existencia y cuantía. En estos casos, el crédito y la hipoteca forman una unidad y todos los efectos derivados de la legitimación y fe pública se refieren a ambos. Por el contrario, la hipoteca de seguridad es aquella en la que falta esa determinación inicial, de manera que la cuantía de la obligación garantizada e incluso la propia existencia de ésta son cuestiones a fijar en un momento posterior al de constitución de hipoteca. Lo que sí debe encontrarse fijado, en todo caso, es la cuantía máxima de responsabilidad hipotecaria (artículos 12 de la Ley Hipotecaria y 219 del Reglamento Hipotecario).

También por su contenido, se distingue entre hipotecas de capital y de renta, según que garanticen una obligación de cumplimiento unitario o global o se constituyan en garantía de rentas o prestaciones periódicas, de acuerdo con el artículo 157 de la Ley Hipotecaria.

⁸² ROCA SASTRE, R.M./ROCA SASTRE MUNCUNILL, L.: “Derecho hipotecario”, T. IV, 2º, Barcelona, 1979, pág.643.

- Por los efectos, se distinguen entre comunes y especiales. Las primeras guardan la prioridad que les corresponde según el Registro y las segundas las que se anteponen a todas las demás.

- Hipotecas inversas: Están reguladas en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. Son las que garantizan el préstamo o crédito garantizado sobre la vivienda habitual del solicitante y los requisitos son los siguientes:

(i). que el bien en cuestión esté tasado y tenga un seguro contra daños.

(ii). Que el que lo solicita, así como aquellos que éste designe en la condición de beneficiarios, tengan 65 años o más, o se trate de personas con una discapacidad que sea del 33% o superior a ésta.

(iii). Que la parte deudora disponga del préstamo a través de disposiciones de carácter periódico o único.

(iv). Y que la deuda sólo pueda ser exigida por la parte acreedora, siendo la garantía ejecutable en el momento en que fallece la parte prestataria o, siempre que se haya pactado contractualmente, en el momento en que fallece el último de los beneficiarios.

La hipoteca inversa es explicada de la siguiente manera: *“funciona “a la inversa” de la hipoteca ordinaria en cuanto que quien entrega cantidades aplazadas, generalmente de forma mensual, es el acreedor hipotecario, y el deudor no tiene que devolver en vida el préstamo, sino que será tras su fallecimiento cuando resulten exigibles las cantidades debidas. En consecuencia, en lugar de irse disminuyendo la deuda con del transcurso del tiempo, cada vez es mayor la cantidad que se debe. Como garantía del cumplimiento, se constituye una hipoteca sobre la vivienda del deudor, quien conservará durante todo el tiempo hasta el vencimiento del préstamo la titularidad sobre la misma con el gravamen de la hipoteca. Precisamente el hecho de conservar la*

propiedad de la vivienda durante toda su vida, sin riesgo de perderla ni siquiera por una ejecución hipotecaria, dado que hasta su fallecimiento no es exigible la devolución del préstamo, es lo que convierte a la hipoteca inversa en especialmente adecuada para dar respuesta a los problemas de liquidez de las personas que, por haber alcanzado la edad de jubilación, perciben unos ingresos bastantes reducidos. Las cantidades que les entrega la entidad financiera sirven de complemento a su pensión, y ellos no tienen que preocuparse por la devolución de las cantidades, lo que, por otra parte, y habida cuenta de su generalmente exigua pensión, no podrían afrontar en la mayoría de los casos⁸³”.

• Hipotecas de máximo⁸⁴: También podrá constituirse hipoteca de máximo, de acuerdo con el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria:

a) a favor de las entidades financieras (tales como (i) los bancos y, cuando así lo permitan sus respectivos estatutos, las entidades oficiales de crédito, (ii) las cajas de ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros, (iii) las cooperativas de crédito, (iv) los establecimientos financieros de crédito) en garantía de una o más obligaciones, ya sean presentes y/o futuras, sin que haga falta un pacto de novación de éstas.

b) a favor de las administraciones públicas que resulten ser titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social, sin que haga falta pacto de novación, como las anteriores.

⁸³ MARTINEZ ESCRIBANO, Celia: “Hipotecas inversas”, Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2009, pág. 44-45.

⁸⁴ SANCHEZ CALERO, Francisco Javier (Coord.): “Curso de Derecho Civil III: Derechos reales y registral inmobiliario”, 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 349-350.

3. ELEMENTOS PERSONALES DE LA HIPOTECA

Los elementos personales de la hipoteca son dos: el acreedor hipotecario⁸⁵ (titular del crédito garantizado con la hipoteca) y el sujeto pasivo de la hipoteca, que es la persona directamente afectada por el gravamen real en que aquélla consiste, esto es, el dueño o titular de la cosa o derecho hipotecados (sea o no a la vez el deudor de la obligación garantizada, y sea o no el mismo que constituyó la hipoteca).

El **acreedor hipotecario** precisa la capacidad general para contratar (según Resolución de 15 de diciembre de 1953). Existen ciertas peculiaridades en la posición del acreedor según las características de la hipoteca:

- En la hipoteca a favor de dos o más acreedores hay que aclarar si la hipoteca es solidaria o mancomunada, y en este último caso fijar la cuota de cada uno.
- En la hipoteca cambiaria, el acreedor estará registralmente indeterminado, si la letra circula.

En cuanto a las acciones propiamente dichas, cabe distinguir en la hipoteca dos fases:

- Fase de seguridad (o fase normal), dirigida a la conservación y sostenimiento del crédito y de la cosa gravada. En ella podemos distinguir
 - (i) la acción de devastación, regulada en el artículo 117 de la Ley Hipotecaria⁸⁶ y 219. 2º del Reglamento Hipotecario⁸⁷;

⁸⁵ GARCÍA GARCÍA: “El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca”, pág. 44.

⁸⁶ Artículo 117 de la Ley Hipotecaria: “*Cuando la finca hipotecada se deteriorare, disminuyendo de valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, podrá el acreedor hipotecario solicitar del Juez de Primera Instancia del partido en que esté situada la finca, que le admita justificación sobre estos hechos; y si de la que diere resultare su exactitud y fundado el temor de que sea insuficiente la hipoteca, se dictará providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño. Si después insistiere el propietario en el abuso, dictará el Juez nueva providencia, poniendo el inmueble en administración judicial.*

En todos estos casos se seguirá el procedimiento establecido en los artículos 720 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

⁸⁷ Artículo 219.2º del Reglamento Hipotecario: “*2.º El valor de la finca hipotecada, a los efectos del artículo 117 de la Ley, se entenderá disminuido cuando, con posterioridad a la constitución de la*

- (ii) la acción declarativa o de constatación de la hipoteca, que tiene por objeto obtener una resolución judicial en la que conste la propia hipoteca, así como su rango contra aquél que alegue la inexistencia de la misma o su desconocimiento;
 - (iii) la facultad de exigir la ampliación de la hipoteca, regulada en los artículos 115⁸⁸ y 163⁸⁹ de la Ley Hipotecaria.
- Fase de ejecución de la hipoteca. Surgen dos clases de acciones:
 - (i) la acción de tipo personal derivada del crédito incumplido que se dirige contra el deudor (el sujeto pasivo de la obligación) y para ejecutar cualesquiera bienes de su patrimonio (entre ellos, los hipotecados, si no han pasado a poder de un tercero) y procesalmente opera en el sentido de pedir del Juez una sentencia condenatoria, cuyo cumplimiento forzoso tendrá lugar en trámites de ejecución de sentencia.
 - (ii) la acción real que surge directamente de la hipoteca y se dirige contra los bienes hipotecados (cualquiera que sea su poseedor), para ejecutar sólo éstos y procesalmente se concreta en una resolución judicial ordenando

hipoteca, se arriende el inmueble en ocasión o circunstancias reveladoras de que la finalidad primordial del arriendo es causar dicha disminución de valor. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe el indicado propósito, si el inmueble se arrienda por renta anual que, capitalizada al 6 por 100, no cubra la responsabilidad total asegurada. El Juez, a instancia de parte, podrá declarar vencido el crédito, decretar la administración judicial, ordenar la ampliación de la hipoteca a otros bienes del deudor o adoptar cualquier otra medida que estime procedente”

⁸⁸ Artículo 115 de la Ley Hipotecaria: “Para asegurar los intereses vencidos y no satisfechos que no estuvieren garantizados conforme al artículo anterior el acreedor podrá exigir del deudor ampliación de la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados.

Esta ampliación no perjudicará en ningún caso los derechos reales inscritos con anterioridad a ella. Si la finca hipotecada no perteneciera al deudor, no podrá el acreedor exigir que se constituya sobre ella la referida ampliación, pero podrá ejercitar igual derecho respecto a cualesquiera otros bienes inmuebles del deudor que puedan ser hipotecados”.

⁸⁹ Artículo 163 de la Ley Hipotecaria: “En cualquier tiempo en que llegaren a ser insuficientes las hipotecas legales inscritas podrán reclamar su ampliación o deberán pedirla los que, con arreglo a esta Ley, tengan respectivamente el derecho o la obligación de exigir las y de calificar su suficiencia”.

la ejecución forzosa del bien gravado, para satisfacer con su importe el crédito garantizado.

La posición del **sujeto pasivo**⁹⁰ resulta mucho más compleja, en concreto debe contemplarse en cada una de las fases de la hipoteca:

- En el momento de constitución de la hipoteca, es la única persona legitimada para establecer el gravamen, ya se trate de garantizar un débito propio o ajeno, ya sea por sí o por su representante, y bien a través de un negocio jurídico bilateral, bien mediante acto unilateral.
- Durante la vigencia de la hipoteca, la posición del sujeto pasivo es la propia del dueño de un bien gravado con un “ius in re aliena”, debiendo por tanto soportar el gravamen, absteniéndose de realizar sobre la cosa actos que menoscaben su valor, y pudiendo sufrir en caso contrario el ejercicio de la acción de devastación conforme a los artículos 117 de la Ley Hipotecaria y 219 del Reglamento Hipotecario, y, vencido y no satisfecho el crédito, debe soportar el ejercicio por el acreedor del “ius distrahendi”.
- Extinguida la hipoteca (por pago, por caducidad, etc), el sujeto pasivo es el primer interesado en que se cancele el gravamen, puesto que, aunque la hipoteca se extingue extrarregistralmente entre las partes, cabe, por actuación del principio registral de fe pública, que una hipoteca extinguida, pero no cancelada, subsista en beneficio de un cesionario que sea tercero hipotecario.

El sujeto pasivo⁹¹ puede coincidir con el deudor de la obligación garantizada o ser persona distinta:

⁹⁰ GUASP, J.: “La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria”, Ed. Bosch, Barcelona, 1951, pág. 300.

⁹¹ CALLEJO CARRIÓN, Soraya: “Ejecución hipotecaria: cuestiones prácticas”, La Ley, 2015, pág. 298.

- a. Ocurrirá lo primero cuando el dueño de la finca o el titular de un derecho real los hipoteque en garantía de una obligación propia o, cuando el adquirente de una finca hipotecada se subrogue “*no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca sino también en la obligación personal con ella garantizada*” como indica el artículo 118 de la Ley Hipotecaria. En ambos casos, estamos ante un deudor hipotecario que está afectado tanto por la responsabilidad personal como la real.
- b. El sujeto pasivo de la hipoteca será persona distinta cuando se constituya el gravamen en garantía de una deuda ajena, o cuando el adquirente de una finca hipotecada no asuma, junto a la titularidad de la finca, el crédito asegurado con la hipoteca. En el primer caso, estamos ante el hipotecante no deudor⁹² y en el segundo ante el tercer poseedor. Ambos son sujetos pasivos de la hipoteca afectada por la acción real hipotecaria, pero nunca responden personalmente del crédito asegurado.

El **tercer poseedor** es, por tanto, el adquirente de una finca hipotecada que no asume, junto con la titularidad de la finca, el crédito asegurado con la hipoteca⁹³. Quedan excluidos de tal concepto los herederos del deudor, los cuales están afectos por la obligación personal, e incluso, según ROCA, el adquirente de la finca gravada con hipoteca en garantía de rentas con pacto de limitación de responsabilidad.

Hay que tener en cuenta que entre el hipotecante no deudor y el tercer poseedor existen ciertas diferencias, ya que aquél interviene en el acto de constitución de la hipoteca y no

⁹² DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y SERRA RODRÍGUEZ, A. (Coord.): “Derecho Civil III (Derechos reales)”, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 341.

⁹³ CARPI MARTÍN, Rebeca: “La hipoteca en garantía de deuda ajena”, Centro de Estudios Registrales, pág. 104.

puede ser tercero, sino parte; mientras que el tercer poseedor, al ser ajeno a aquel acto de constitución, reúne dicha condición de tercero.

Dichas diferencias se traducen legalmente en determinados beneficios a favor del tercer poseedor (de los que carece el hipotecante por deuda ajena): la limitación, en cuanto a la extensión objetiva de la hipoteca, que establecen los artículos 112 y 113 de la Ley Hipotecaria; el tope máximo de responsabilidad por intereses a que se refiere el artículo 114 de la Ley Hipotecaria; que el acreedor sólo podrá exigir la ampliación de hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados, artículo 115 de la Ley Hipotecaria.

En los casos del hipotecante no deudor, la hipoteca puede ser onerosa o gratuita, al constituirse en garantía de una deuda ajena, a diferencia de una deuda propia que implica siempre un acto oneroso.

El **hipotecante no deudor** no deviene deudor y su responsabilidad, real, queda circunscrita al bien hipotecado.

Puede constituir la hipoteca por sí solo, sin intervención de deudor (Resolución de 26 de mayo de 1986) pero resulta usual y conveniente la concurrencia del deudor e incluso necesaria para la eficiencia de algunas cláusulas hipotecarias.

- Responsabilidad del sujeto pasivo⁹⁴

La compleja estructura de la relación hipotecaria (integrada por dos tipos de relaciones, la personal y real) da lugar a dos tipos de responsabilidades: la personal y real.

- La responsabilidad personal deriva del crédito garantizado y afecta al sujeto pasivo de la obligación sea o no al mismo tiempo sujeto pasivo de la hipoteca.

⁹⁴ MORENO QUESADA, L.: “Las garantías reales y su constitución por tercero”, Granada, 1987, págs. 130 y ss.

Se trata de la responsabilidad patrimonial universal (artículo 1911 del Código Civil).

- La responsabilidad real hipotecaria deriva del derecho real de hipoteca y afecta al sujeto pasivo de la hipoteca, sea o no deudor de la obligación, y se caracteriza por ser una responsabilidad (i) real u “ob rem” en cuanto afecta al sujeto pasivo por ser y mientras sea propietario de la finca o titular del derecho hipotecado; (ii) concretada al valor de dicha finca o derecho. La doctrina suele denominarla “afección hipotecaria”.

4. ELEMENTOS REALES DE LA HIPOTECA:

La Ley Hipotecaria organiza esta materia estableciendo una norma general, contenida en su artículo 106, y dos enumeraciones casuísticas, relativas a bienes y derechos que pueden ser o no hipotecados, artículos 107 y 108.

Según el artículo 106 de la citada Ley “podrán ser hipotecados:

- Los bienes inmuebles susceptibles de inscripción;
- Los derechos reales enajenables, con arreglo a las leyes, impuestos sobre los mismos bienes”.

Este precepto se refiere exclusivamente a la hipoteca inmobiliaria tradicional en Derecho español, caracterizada no sólo por la nota institucional del no desplazamiento de la posesión, sino también por la circunstancia de recaer sobre bienes inmuebles⁹⁵.

⁹⁵SANCHEZ CALERO, Francisco Javier (Coord.): “Curso de Derecho Civil III: Derechos reales y registral inmobiliario”, 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 329.

Los bienes y derechos, aunque la Ley no lo diga expresamente, han de ser ajenos. Así resulta de la regulación general de los derechos reales limitativos, que son siempre “iure in re aliena”.

Según el artículo 107 de la Ley Hipotecaria “también podrán hipotecarse:

1º El derecho de usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca, cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin.

2º La mera propiedad, en cuyo caso, si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, no sólo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo, como no se haya pactado lo contrario.

3º Los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar.

4º El derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituya sobre él, de la resolución del mismo derecho.

5º Los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real.

6º Las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público, y los edificios o terrenos que, no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario.

7° Los bienes vendidos con pacto de retro o a carta de gracia, si el comprador o su causahabiente limita la hipoteca a la cantidad que deba recibir en caso de resolverse la venta, dándose conocimiento del contrato al vendedor, a fin de que, si se retrajeren los bienes antes de cancelarse la hipoteca, no devuelva el precio sin conocimiento del acreedor, a no mediar para ello precepto judicial.

8° El derecho de retracto convencional, si bien el acreedor no podrá repetir contra los bienes hipotecados sin retraerlos previamente en nombre del deudor, en el tiempo en que éste tenga derecho y anticipando la cantidad que para ello fuere necesaria.

Si el vendedor ejercita el derecho de retracto no sólo subsistirá la hipoteca, sino que ésta recaerá directamente sobre los bienes retraídos.

9° Los bienes litigiosos, si la demanda origen del pleito se ha anotado preventivamente, o si se hace constar en la inscripción que el acreedor tenía conocimiento del litigio, pero en cualquiera de los dos casos la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito.

10° Los bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas, quedando extinguida la hipoteca al resolverse el derecho del hipotecante.

11° Los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal inscritos conforme a lo que determina el artículo 8.º

12° El derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento judicial. Una vez satisfecho el precio del remate e inscrito el dominio en favor del rematante, la hipoteca subsistirá, recayendo directamente sobre los bienes adjudicados”.

Por último, “no podrán hipotecarse:

- Las servidumbres, a menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante, y exceptuándose, en todo caso, la de aguas, la cual podrá ser hipotecada.
- Los usufructos legales, excepto al concedido al cónyuge viudo por el Código Civil.
- El uso y la habitación” (artículo 108 de la Ley Hipotecaria).

5. ELEMENTOS FORMALES DE LA HIPOTECA:

Las hipotecas voluntarias, de acuerdo con el artículo 145 de la Ley Hipotecaria, quedarán válidamente establecidas cuando se hayan constituido en escritura pública y dicha escritura haya sido inscrita en el Registro de la Propiedad⁹⁶.

El artículo 12 de la Ley Hipotecaria señala que en la propia inscripción de la hipoteca deberá indicarse el importe principal de la deuda, así como los intereses que hayan sido objeto de pacto, o la cuantía máxima de responsabilidad hipotecaria.

⁹⁶ ROCA SASTRE, R.M./ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: “Derecho hipotecario”, Tomo IV, Barcelona 1979, págs. 212 y siguientes.

V. ANÁLISIS DE LA FIANZA Y DEL AVAL.

Los contratos de garantía aseguran el cumplimiento de una obligación, de manera que el acreedor goza de mayor seguridad en su cumplimiento. Las garantías se convienen con bastante frecuencia en el tráfico mercantil y pueden ser de carácter personal (fianza) como real (hipoteca y prenda en sus distintas modalidades).

La FIANZA si bien no aparece definida en el Código de Comercio, por lo que habrá que estar a los artículos 1822 y siguientes del Código Civil, el artículo 439 del mismo viene a indicar que *“será reputado mercantil todo afianzamiento que tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante”*.

Según el Código de Comercio dicho contrato se reputa formal, ya que exige para su validez que conste por escrito y es considerado gratuito, salvo pacto en contrario.

El Código de Comercio dedica un último artículo a esta figura en el que establece que *“en los contratos por tiempo indefinido, pactada una retribución al fiador, subsistirá la fianza hasta que, por la terminación completa del contrato principal que se afiance, se cancelen definitivamente las obligaciones que nazcan de él, sea cual fuere su duración, a no ser que por pacto expreso se hubiere fijado plazo a la fianza”*.

La fianza⁹⁷ puede ser definida como la garantía personal que se constituye asumiendo un tercero el compromiso de responder del cumplimiento de la obligación, en caso de incumplimiento de la parte deudora principal. La fianza civil aparece regulada en los artículos 1.822 y siguientes del Código Civil.

⁹⁷ REYES LÓPEZ, María José: “GPS Contratos civiles. Guía profesional”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág.559 y siguientes.

En el régimen del Código Civil (dispositivo) la fianza es subsidiaria, de tal forma que el fiador no puede ser obligado a realizar el pago hasta que el deudor incumpla y, además, hasta que el acreedor haya perseguido todos los bienes del deudor. En base a ello, el deudor goza de unos medios de defensa contra la reclamación del acreedor:

- Beneficio de orden o de excusión⁹⁸: Derecho que se reconoce al fiador para eludir el pago mientras no se acredite la insolvencia, total o parcial, del deudor.
- Beneficio de división⁹⁹: Beneficio que compete a cada uno de los fiadores, cuando son varios, para exigir del acreedor que divida su reclamación entre todos ellos.

El AVAL es un contrato principal, a diferencia de la fianza que depende de otro, y es aquel contrato en virtud del cual un Banco se obliga, frente a su cliente, a avalarle en una operación concreta o en varias operaciones, por un importe pactado y durante un período de tiempo acordado, a cambio de una comisión.

Es muy frecuente en las operaciones mercantiles y en el ámbito fiscal, para garantizar el pago de liquidaciones aplazadas o recurridas.

La PRENDA DE EFECTOS O VALORES aparece regulada en los artículos 320 a 324 del Código de Comercio. Dichos contratos serán considerados mercantiles cuando sean

⁹⁸ Artículo 1830 del Código Civil: *“El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor”*, además dispone el artículo 1836 del citado Código que *“El fiador de un fiador goza del beneficio de excusión, tanto respecto del fiador como del deudor principal”*.

Artículo 1831 del Código Civil: *“La excusión no tiene lugar:*

1. *Cuando el fiador haya renunciado expresamente a ella.*
2. *Cuando se haya obligado solidariamente con el deudor.*
3. *En el caso de quiebra o concurso del deudor.*
4. *Cuando éste no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino”*.

La excusión tampoco procederá, según el artículo 1856 del Código citado, en los casos de fianza judicial.

⁹⁹ Artículo 1837 del Código Civil: *“Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación a responder de ella se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad.*

El beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal”.

intervenidos notarialmente, teniendo el prestador sobre los valores pignorados, derecho a cobrar, con carácter preferente respecto del resto de acreedores, su crédito. El resto de acreedores estarán impedidos para disponer de los valores, salvo que satisfagan el crédito que pesa sobre los mismos.

Los valores deberán estar debidamente identificados en la póliza.

El acreedor pignoraticio goza de un derecho que sólo podrá ejercitar durante los tres días siguientes al vencimiento del préstamo y siempre que no se haya pactado lo contrario. El acreedor tendrá derecho a pedir la enajenación de los valores dados en garantía, para entregarlos a los organismos rectores, los que, una vez hechas las debidas averiguaciones, adoptarán las medidas para proceder a la enajenación a través de un miembro del mercado secundario oficial.

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre el régimen jurídico único que debe existir entre el contrato principal de préstamo y la garantía. Por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª, número 206/2013, de 14 de marzo de 2013.

El **Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, número 85/2015, Sección 13ª, de 26 de marzo de 2015** alude a la posición de los fiadores solidarios en el caso de un préstamo hipotecario:

“Por otra parte y en relación a los fiadores solidarios (contra quienes no se ha despachado ejecución en el presente procedimiento), conviene recordar que su condición es accesoria al contrato principal, de modo que su situación sigue el carácter de éste y no supone una alteración de la naturaleza del negocio del que es accesorio. Es decir, en el momento en que una persona se introduce como responsable solidaria en un negocio de carácter mercantil al que no resulta de aplicación la normativa de

protección al consumidor, el fiador solidario entra a formar parte del mismo, sin que en ese momento goce de la condición de consumidor”.

VI. CUESTIONES CONTROVERTIDAS DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

1. ¿CÚALES SON LOS REQUISITOS FORMALES Y FISCALES DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO PARA LA ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL NUEVA?

- En el préstamo hipotecario debe determinarse la responsabilidad hipotecaria, entendida ésta como la unión de todo aquello garantizado con la hipoteca, esto es, el capital prestado, los intereses, las costas judiciales, gastos, etc. Interesa tener en cuenta que *“la última gran reforma de la normativa hipotecaria en su conjunto tuvo lugar por medio de la Ley de 30 de diciembre de 1944, por la que se admitió el pacto de limitación de responsabilidad a los bienes hipotecados”*¹⁰⁰.

- También debe indicarse el importe o cuantía del préstamo hipotecario solicitado, pudiendo ser el 100%, 80 % o 60 % del valor de tasación de la vivienda habitual en función del tipo de bien objeto de la garantía.

La **Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección Segunda, número 119/2011, de 16 de septiembre, número de recurso 265/2011**, denegó el despacho de ejecución solicitado por el Banco hipotecante que se adjudicó en subasta la finca hipotecada, cuyo valor de tasación era superior a la cantidad adeudada:

“2) Resulta aquí de aplicación la doctrina de los actos propios. Si el banco, parte fuerte en el contrato de adhesión que firma con el prestatario, tasa la finca hipotecada en una determinada cuantía, no puede luego, si no quiere contravenir dicha doctrina, de

¹⁰⁰ZURITA MARTÍN, Isabel: “Préstamo hipotecario, ejecución y dación en pago”, Editorial Las Rozas, Madrid; La Ley 2014, pág. 37.

reiterada aplicación jurisprudencial, incorporar como propio el bien subastado sin darle el valor que él mismo fijó.

3) Lo dispuesto en el artículo 579 LEC anteriormente citado no puede interpretarse, en todo caso, con total abstracción de lo previsto en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en el que se aprueba el texto refundido de la ley general para la defensa de consumidores y usuarios. En concreto en su artículo 82.1 que establece que son cláusulas abusivas "todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato", y en su artículo 85.6 en el que se establece que son cláusulas abusivas, y por tanto nulas, aquellas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones. Esto, cualquiera que sea el nomen iuris que quiera darse al caso que tratamos, es lo que acontece en el supuesto que ahora es objeto de enjuiciamiento. Aquí, por el juego de lo dispuesto en los artículos 105 y 140 LH, no hablaríamos tanto de la nulidad de una cláusula en concreto sino de la nulidad parcial de aquellas de las que se deriva una asunción personal de la deuda cuando la garantía hipotecaria cubre sobradamente el crédito".

Con el mismo criterio se pronunció la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda, en virtud de Auto número 111/2010, de 17 de diciembre de 2010, número de recurso 74/2010.

- La periodicidad de los pagos estará constituida por el importe de la hipoteca solicitada, el tipo de interés y el plazo de amortización, entendido éste como el tiempo que se establece para la devolución del préstamo.

- Los sistemas de amortización pueden ser cuotas constantes o variables. El sistema de cuotas constantes consiste en pagar la misma cantidad de dinero en todas las cuotas, sean mensuales, trimestrales, anuales, etc, hasta el vencimiento del préstamo. En el sistema de cuotas variables la cantidad a pagar varía a lo largo de la vida del préstamo, pudiendo ser de capital constante y de capital creciente.

- Por último, debe tenerse en cuenta los gastos asociados a la compra de una vivienda y la constitución de un préstamo hipotecario, tales como comisiones (de apertura, de cancelación total o parcial anticipada, de subrogación...), gastos notariales y de registro (nota simple del Registro de la Propiedad, certificación al Registrador de la Propiedad, verificación Registral...) y los Impuestos de Actos Jurídicos Documentados y el IVA (cuando la compra se haga a un promotor/constructor de una vivienda nueva la transmisión como operación empresarial habitual está sujeta a dicho Impuesto que satisfará el comprador al vendedor, lo cual ha de ingresar posteriormente en la Hacienda Pública), así como el gasto por la tasación del inmueble, si fuera necesario.

Ha de atenderse a las últimas resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado a fin de tenerse en cuenta los requisitos de la Ley 2/2009, en concreto el presupuesto de habitualidad cuando se conceden préstamos o créditos.

Así, la Resolución de 28 de julio de 2015, de la Dirección General de Registros y del Notariado (Propiedad), número 10461/2015, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del Registro de la Propiedad de Llanes, en virtud de la cual se suspende la inscripción de escritura de préstamo concedido con hipoteca por el recurrente, en base a no quedar demostrado haber cumplido los requisitos que exige la Ley 2/2009, por el prestamista.

La doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado sobre la cuestión relativa a la habitualidad en la concesión de créditos o préstamos señala:

"...Ciertamente es difícil establecer objetivamente cuántos créditos son necesarios para considerar que existe habitualidad en su concesión, pero la prevalencia en este ámbito del principio de protección de los consumidores y la aplicación del artículo 8 de la repetida Ley que establece que «corresponde a las empresas -acreedores- la prueba del cumplimiento de las obligaciones que les impone esta Ley», lleva a considerar que constituyen indicio suficiente acerca de la cuestión debatida y justificación adecuada para exigir bien el cumplimiento de los requisitos legales o bien una prueba satisfactoria de su no necesidad..."

"...respecto a la forma de llevar a cabo esa prueba negativa del no ejercicio habitual de la actividad de concesión de créditos, que el recurrente tacha de diabólica, es evidente que presenta ciertas dificultades, pero eso no implica su imposibilidad, y así se podría acreditar, como indica el registrador calificador, mediante un acta notarial de notoriedad por aplicación analógica de lo dispuesto para acreditar la inexistencia de sustitutos hereditarios (cfr. R. 21 de mayo de 2003, R. 13 de Diciembre de 2007 y R. 24 de Octubre de 2008); acta que en este supuesto concreto podría ir dirigida a la acreditación de la amistad existente entre los deudores y el acreedor y al estado de necesidad de los primeros que operaría como causa de la concesión excepcional del préstamo..."

Por tanto, la persona física que actúa como prestamista concediendo dos créditos en un espacio de tiempo corto (meses) debe probar su condición de no profesional, no siendo suficiente una mera manifestación de que no ostenta tal condición. No obstante, esa manifestación será suficiente cuando quede confirmada íntegramente con un resultado negativo en la búsqueda de bases de datos.

Los registradores y notarios tienen el deber de supervisar a los prestamistas, recabando aquellos datos necesarios para evaluar de forma fiable el cumplimiento de los requisitos y obligaciones exigidas en la Ley 2/2009, a través de las bases de datos registrales.

Tal y como señaló el Tribunal Supremo en fecha 15 de julio de 1988 al indicar que la diligencia que se les exige a los Bancos no son las del *bonus pater familiae*, sino la que le corresponde como entidad bancaria, comerciante y experto, esto es, aquélla que es propia de un *bonus argentarius*, dotado de una especial competencia técnica para ello.

Por tanto, las entidades bancarias que realizan una actividad de gran importancia económica, se les debe exigir una responsabilidad adecuada a la relevante función encomendada.

2. EN CASO DE AMPLIACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO, ¿ESTAMOS ANTE UNA NOVACIÓN O UN NUEVO PRÉSTAMO?

A. Postura de la Dirección General de Registros y del Notariado:

1. Resolución de 17 de enero de 2002, de la Dirección General de Registros y del Notariado.

“PRIMERO.- Toda la problemática que plantea el presente recurso desemboca en una sola cuestión: si ampliado un préstamo que estaba garantizado con hipoteca cabe la ampliación también de ésta, así como el alcance o significado que, en su caso, haya de darse a esa posible ampliación de la garantía real.

(...) *Del contenido del documento calificado resulta claro que lo expresamente querido por las partes, y así lo declaran, es la subsistencia de la obligación inicial aunque ampliado su contenido u objeto, quedando por tanto excluido cualquier ánimo novatorio con alcance extintivo (cfr. art. 1.204 del Código Civil) y tampoco puede apreciarse una clara incompatibilidad entre la obligación preexistente y la que surge de su ampliación que conduciría al mismo resultado pues, excepción hecha del "quantum" no hay variación en sus elementos esenciales, ni se ha producido una renovación del contrato que le dio vida. Ciertamente, puede plantearse si frente a terceros - piénsese en una situación concursal (cfr. art. 881 del Código de comercio), la aparición de otro acreedor con título fehaciente de fecha intermedia (cfr. arts. 1.924.3 a) en relación con el 1.929 del Código Civil), etc. - no habrá de entenderse que existen dos obligaciones, pero entre las partes contratantes han de primar los efectos de su voluntad que es establecer un único y uniforme régimen jurídico contractual para la obligación resultante o, si se quiere, para la total deuda resultante de la acumulación de dos obligaciones, unificando su pago a los efectos previstos en el art. 1169 del Código Civil, régimen convenido cuyos efectos vincularán también a sus causahabientes o a cualquiera que voluntariamente quiera asumir el pago de la deuda.*

...El art. 144 de la Ley Hipotecaria contempla, en términos amplios, la posibilidad de hacer constar en el Registro todo hecho o convenio entre las partes, entre ellos la novación del contrato primitivo, que modifique la eficacia de la obligación hipotecaria anterior, pero exigiendo esa constancia registral como requisito de su eficacia frente a terceros, con lo que claramente establece dos momentos temporales, el anterior al acceso registral de esa modificación, y el posterior. Al tercero tan sólo le afectará la modificación si ha accedido al folio registral antes que su derecho.

A la ampliación de hipoteca hacen referencia los arts. 115 y 163 de la misma Ley así como en el 219.2º de su Reglamento. Cuando el primero atribuye al acreedor el derecho a exigir la ampliación de la hipoteca para garantizar intereses vencidos y no satisfechos que no lo estuvieran a consecuencia de la limitación que en orden a su garantía establece el artículo anterior, se cuida de dejar a salvo los derechos inscritos con anterioridad a la inscripción de tal ampliación. Esa salvedad implica que frente a terceros la responsabilidad que garantiza la hipoteca ampliada se descompone en dos fracciones, una, la preexistente, con la preferencia que le dé su fecha y en cuanto a las cantidades garantizadas y concepto por el que lo eran, y otra, la resultante de la ampliación, con eficacia limitada a partir de su inscripción y en cuanto a una nueva y distinta suma garantizada. A la misma conclusión ha de llegar en el caso de la ampliación de hipoteca legal exigida al amparo del art. 163 de la Ley, o de la ordenada por el Juez en el supuesto de ejercicio de la acción de devastación conforme al art. 219.2º del Reglamento Hipotecario, máxime en este caso si la llamada ampliación tiene lugar mediante la constitución de hipoteca sobre otros bienes distintos de los hasta entonces hipotecados.

Ante ello, ha de concluirse que la denominada por el propio legislador ampliación de hipoteca ha de asimilarse a efectos prácticos a la constitución de una nueva. Sus efectos vendrían a ser los mismos que la mejora de embargo a que se refiere el art. 578.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Centrándonos tan sólo en el supuesto que puede ser más dudoso, el de ampliación sobre la misma finca ya hipotecada con anterioridad, resultaría que caso de existir cargas intermedias la pretendida ampliación no puede perjudicarlas, pero la garantía hipotecaria preferente no tiene por qué posponerse a ellas. Por tanto, la ejecución de esa carga intermedia determinará la cancelación de la llamada ampliación cual hipoteca de rango posterior que es (art. 134 de la Ley

Hipotecaria), pero no la de la hipoteca inicial. *Caso de ejecutarse la hipoteca ampliada, su titular tan sólo tendrá preferencia para el cobro con cargo el precio de realización por las cantidades inicialmente garantizadas pues en cuanto al exceso serán preferentes para de cobro los titulares de aquellas cargas intermedias y tan sólo en la medida en que aún quede sobrante, la parte del crédito ampliado y posteriormente garantizado. Sus efectos, en definitiva, son los mismos que si hubiera dos hipotecas, cada una con su rango, por lo que pretender que exista una sola con dos responsabilidades distintas, cada una con su propia preferencia, contradice la indivisibilidad legal y exigencia de prioridad única, con la consiguiente confusión al dar la apariencia de que la ampliación del crédito original goza de una garantía de igual rango al que tenía inicialmente.*

QUINTO.- En conclusión, ningún obstáculo existe para inscribir en el Registro de la Propiedad la ampliación de una hipoteca que tenga por objeto garantizar las nuevas responsabilidades derivadas de la ampliación del crédito que hasta entonces lo estaba siempre que se determine con precisión cuáles sean esas nuevas responsabilidades objeto garantía (art. 12 de la Ley Hipotecaria), pero los efectos de tal inscripción son los que legalmente se deriven de su propio objeto y rango, pues éste viene determinado por la Ley (art. 24 de la Ley Hipotecaria) y no por la voluntad de las partes salvo la posibilidad de renunciar al mismo dentro de los límites del art. 6.2º del Código Civil, del que es un supuesto de aplicación concreta la posposición a que se refiere el art. 241 del Reglamento Hipotecario.

Por ello, en un caso como el presente es inscribible la ampliación de hipoteca convenida si bien rechazando, cual estipulación o pacto sin trascendencia real (cfr. art. 51. 6.a del Reglamento hipotecario), aquella por la que los interesados declaran cual haya de ser el rango registral que a tal inscripción ha de corresponderle”.

2. Resolución de 26 de mayo de 2001, de la Dirección General de Registros y del Notariado (Propiedad).

“(…) CUARTO.- La indivisibilidad de la hipoteca, aún en el supuesto de que se divida o se extinga parcialmente la obligación garantizada (cfr. artículos 1.860 del Código Civil y 122 y siguientes de la Ley Hipotecaria), determina su subsistencia al margen de los avatares de éste en tanto no se cancele, cancelación que ya sea total o parcial en todo caso exige el consentimiento de su titular o sentencia firme que la ordene (cfr. artículo 82 de la Ley Hipotecaria), de suerte que el simple reconocimiento de la reducción de la obligación, ni tan siquiera su constancia registral, por lo demás frecuente en los supuestos de asunción de deuda por el adquirente de la finca gravada o de subrogación en la titularidad de la hipoteca, impliquen el consentimiento cancelatorio que la puede determinar. No hay en consecuencia razón alguna que avale la exigencia del Registrador de la necesidad de una cancelación parcial de la hipoteca como consecuencia del reconocimiento de la amortización parcial del préstamo que garantizaba.

QUINTO.- Cuestión distinta es la posibilidad de utilizar la garantía hipotecaria existente, en la parte que excede del importe actual del crédito en cuya seguridad se constituyó, para garantizar la que se denomina ampliación por novación modificativa del préstamo original resultante de la concesión de un nuevo préstamo.

...SEXTO.- La indivisibilidad de la hipoteca no es sino una de las consecuencias de su accesoriedad, en cuanto nace en garantía de una concreta y única obligación (artículos 1876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria), por un importe determinado o máximo (art. 12 de la Ley Hipotecaria), con la que se transmite (artículos 1212 y 1528

del Código Civil) y se extingue, sin que quepa la hipoteca sin crédito o de propietario para su aplicación a cualquier otro, tal como parece pretenderse al considerar que hasta la suma garantizada cubre posibles ampliaciones del originalmente existente. No puede, en consecuencia, admitirse que la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito pueda aplicarse posteriormente, como una reserva de rango disponible, a la cobertura adicional de otro (cfr. Resolución de 5 de noviembre de 1990 y 17 de enero de 1994), ni aunque por haberse reducido el importe del primero quepa el segundo dentro del límite de responsabilidad hipotecaria establecida para aquel.

Ello ni tan siquiera es posible en la hipoteca de seguridad, sea de máximo o en garantía de obligación futura, en que si bien la indeterminación del importe o de la propia existencia de la obligación llamada a garantizarse determina sus peculiaridades, en todo caso exige la identificación de cual sea la relación jurídica de la que nace o ha de nacer la obligación para cuya seguridad se constituye (cfr. Resoluciones de 3 de octubre de 1991, 11 de enero de 1995, 30 de marzo y 24 de julio de 1999), sin que el exceso de cobertura permita a las partes cobijar bajo ella un crédito distinto fruto de un nuevo convenio contractual (cfr. Resoluciones de 23 de diciembre de 1987 y 7 de junio de 1999). (Piénsese, además, en los perturbadores efectos que tal posibilidad tendría a la vista del nuevo sistema de minoración de cargas preferentes que el legislador ha diseñado en el nuevo artículo 657 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.).

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso revocando el auto apelado”

3. Resolución de 8 de junio de 2002, de la Dirección General de Registros y del Notariado (Propiedad).

“PRIMERO.- Se plantea de nuevo en el presente recurso si ampliado un préstamo que estaba garantizado con hipoteca cabe la ampliación también de ésta; cuestión que debe solventarse conforme a la doctrina sentada por esta Dirección General en Resolución de 17 de enero de 2002.

SEGUNDO.- Parte la nota de calificación de que la denominada ampliación del crédito (sic) es en realidad un nuevo crédito independiente del anterior, con su propia causa y régimen jurídico y debe ser objeto de hipoteca independiente.

(...) TERCERO.- La accesoriadad de la hipoteca respecto al crédito para cuya seguridad se constituyó (arts. 1.212, 1.528 y 1.857 del Código Civil y 12 y 104 de la Ley Hipotecaria), su indivisibilidad con subsistencia en tanto no se extinga totalmente esa obligación (arts. 1.860 del Código Civil y 122 de la Ley Hipotecaria) y su propia y única prioridad determinada por la fecha de su inscripción (arts. 24 y 25 de la Ley Hipotecaria) hacen que sea conceptualmente imposible distinguir diferentes partes del derecho de hipoteca y menos una prioridad distinta para cada una de ellas. Estas características determinan como ha señalado la reciente Resolución de 26 de mayo de 2001, que no quepa admitir la utilización de una hipoteca constituida para la seguridad de un crédito para dar posteriormente cobertura real a otro, sea totalmente independiente del primero o el resultado de una ampliación del hasta entonces existente, aunque por haberse reducido la deuda garantizada cupiera en todo o parte el importe del segundo dentro de la suma de responsabilidad hipotecaria establecida en su momento. Ello supondría admitir una modalidad de hipoteca próxima a la conocida en Derecho comparado como de propietario, reiteradamente rechazada por

este centro directivo como incompatible con aquellos principios de accesoriedad e indivisibilidad.

CUARTO.- Cuestión distinta es que no se pueda por vía de modificación o ampliación de la hipoteca existente pasar a dar cobertura real al incremento que experimente en su cuantía el préstamo hasta entonces garantizado como consecuencia de su ampliación. Y tal posibilidad ha de aceptarse, aunque con sus peculiares efectos. El art. 144 de la Ley Hipotecaria contempla, en términos amplios, la posibilidad de hacer constar en el Registro todo hecho o convenio entre las partes, entre ellos la novación del contrato primitivo, que modifique la eficacia de la obligación hipotecaria anterior, pero exigiendo esa constancia registral como requisito de su eficacia frente a terceros, con lo que claramente establece dos momentos temporales, el anterior al acceso registral de esa modificación, y el posterior. Al tercero tan sólo le afectará la modificación si ha accedido al folio registral antes que su derecho.

(...) Ante ello, ha de concluirse que la denominada por el propio legislador ampliación de hipoteca ha de asimilarse a efectos prácticos a la constitución de una nueva. Sus efectos vendrían a ser los mismos que la mejora de embargo a que se refiere el art. 578.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Centrándonos tan sólo en el supuesto que puede ser más dudoso, el de ampliación sobre la misma finca ya hipotecada con anterioridad, resultaría que caso de existir cargas intermedias la pretendida ampliación no puede perjudicarlas, pero la garantía hipotecaria preferente no tiene por qué posponerse a ellas. Por tanto, la ejecución de esa carga intermedia determinará la cancelación de la llamada ampliación cual hipoteca de rango posterior que es (art. 134 de la Ley Hipotecaria), pero no la de la hipoteca inicial. Caso de ejecutarse la hipoteca ampliada, su titular tan sólo tendrá preferencia para el cobro con cargo al precio de realización por las cantidades inicialmente garantizadas, pues en cuanto al exceso

serán preferentes para el cobro los titulares de aquellas cargas intermedias y tan sólo en la medida en que aún quede sobrante, la parte del crédito ampliado y posteriormente garantizado. Sus efectos, en definitiva, son los mismos que si hubiera dos hipotecas, cada una con su rango, por lo que pretender que exista una sola con dos responsabilidades distintas, cada una con su propia preferencia, contradice la indivisibilidad legal y exigencia de prioridad única, con la consiguiente confusión al dar la apariencia de que la ampliación del crédito original goza de una garantía de igual rango al que tenía inicialmente.

QUINTO.- En conclusión, ningún obstáculo existe para inscribir en el Registro de la Propiedad la ampliación de una hipoteca que tenga por objeto garantizar las nuevas responsabilidades derivadas de la ampliación del crédito que hasta entonces lo estaba siempre que se determine con precisión cuáles sean esas nuevas responsabilidades objeto de la garantía (art. 12 de la Ley Hipotecaria), pero los efectos de tal inscripción son los que legalmente se deriven de su propio objeto y rango, pues éste viene determinado por la Ley (art. 24 de la Ley Hipotecaria) y no por la voluntad de las partes salvo la posibilidad de renunciar al mismo dentro de los límites del art. 6.2 del Código Civil, del que es un supuesto de aplicación concreta la posposición a que se refiere el art. 241 del Reglamento Hipotecario. Por ello, en un caso como el presente es inscribible la ampliación de hipoteca convenida”.

4. Resolución de 2 de enero de 1996, de la Dirección General de Registros y del Notariado (Propiedad).

“PRIMERO.- Constituida hipoteca en garantía el pago de parte de un préstamo, el Registrador suspende la inscripción por entender que al no especificarse la cuota o

plazos de amortización correspondientes a la cantidad garantizada, ni concretarse que los intereses garantizados son exclusivamente los devengados por dicha parte se produce una indeterminación de la obligación garantizada contraria al principio de especialidad y determinación del préstamo hipotecario.

SEGUNDO.- Dicho defecto no puede ser confirmado, siendo única la obligación contraída (cfr. art. 1753 CC) dicha unidad no puede ser desconocida por el solo hecho de que se establezca una garantía hipotecaria que no la cubre en su totalidad. Este carácter parcial de la garantía hipotecaria no provoca inexcusablemente el fraccionamiento del crédito garantizado en dos obligaciones distintas e independientes -una con garantía y otra sin ella-, sujetas cada una a un régimen jurídico diferenciado, la obligación sigue siendo única si así la han configurado expresamente los contratantes y esta unidad presidirá su ulterior desenvolvimiento jurídico y su extinción (vid arts. 1091, 1157, 1169 y 1255 CC).

(...) CUARTO.- De lo anterior se deduce, ciertamente, que el incumplimiento de cualquier parte de la obligación, por mínima que sea, puede determinar la ejecución del bien gravado; pero ello que es un efecto inherente a la propia indivisibilidad de la hipoteca (vid. arts. 1860 CC y 122 LH) en conexión con la unidad de la obligación, no produce indeterminación alguna en el derecho real constituido, pues el crédito garantizado quedó perfectamente determinado en todos sus aspectos definidores (titular, importe, plazo, tipo de interés, forma de amortización, etc.), dándose completa satisfacción a las exigencias del principio de especialidad (arts. 9 y 12 LH). Por lo demás debe señalarse como el propio art. 153 LH prevé la posibilidad de garantía parcial del saldo, sin que ello exija el fraccionamiento de la obligación garantizada, y que esa posibilidad de garantía parcial es típica de toda hipoteca de máximo.

(...) Por todo ello esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto revocando el auto apelado”.

5. Resolución de 3 de enero de 1996, de la Dirección General de Registros y del Notariado.

“ *TERCERO.- La única significación del carácter parcial de la garantía, (al igual que ocurre en la hipótesis del art. 119 LH, respecto de cada una de las fincas hipotecadas) se produce exclusivamente en el propio juego de ésta; en caso de ejecución del bien hipotecado, al actor sólo podrá detraer del precio de remate obtenido, hasta una parte igual al máximo de responsabilidad fijado; del mismo modo, si el tercer poseedor quiere evitar la ejecución de ese bien, únicamente deberá desembolsar esa cantidad máxima, aunque quede parcialmente insatisfecho el crédito; el tercer poseedor podrá, como en el caso a que se refiere el art. 124 LH, pedir la cancelación de la hipoteca si pagó la parte del crédito que garantizaba la finca.*

CUARTO.- De lo anterior se deduce, ciertamente, que el incumplimiento de cualquier parte de la obligación, por mínima que sea, puede determinar la ejecución del bien gravado; pero ello, que es un efecto inherente a la propia indivisibilidad de la hipoteca (vid arts. 1860 CC y 122 LH), en conexión con la unidad de la obligación, no produce indeterminación alguna en el derecho real constituido, pues, el crédito garantizado quedó perfectamente determinado en todos sus aspectos definidores (titular, importe, plazo, tipo de interés, forma de amortización, etc.), dándose completa satisfacción a las exigencias del principio de especialidad (arts. 9 y 12 LH). Por lo demás, debe señalarse como el propio art. 153 LH prevé la posibilidad de garantía parcial del saldo, sin que

ello exija el fraccionamiento de la obligación garantizada, y que esa posibilidad de garantía parcial es típica de toda hipoteca de máxima.

Por todo ello esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto revocando el auto apelado”.

6. Resolución de 7 de febrero de 1940, de la Dirección General de Registros y del Notariado:

“PRIMERO.- Que el único problema que se plantea en la nota calificadora consiste en resolver si en una escritura de ampliación de hipoteca por aumento del capital prestado, constituye defecto subsanable no transcribir las condiciones del contrato que figuren en la primera ya registrada, o si, por el contrario, es suficiente que, después de describir el inmueble afecto al gravamen de mencionar el tomo y folio en que esté inscrito, de reseñar el título de adquisición, de citar las cargas con referencia a la anterior hipoteca y al documento en que esta conste y de concretar la responsabilidad por capital, intereses, costas y gastos, se estipule qué las condiciones contractuales y el plazo para, la devolución de la suma adeudada son los mismos pactados en la primera escritura, presentada en el Registro de la Propiedad a la vez que la de ampliación de hipoteca.

SEGUNDO.- Que los títulos sujetos a inscripción deberán estar consignados en escrituras públicas, ejecutorias o documentos auténticos expedidos por quien corresponda conforme a lo prevenido en la legislación respectiva, y que, según definición reglamentaria, se entiende por título, a los efectos de la inscripción, el documento o documentos públicos en que funde su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse aquélla y que hagan fe por sí solos o con otros complementarios o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acredite.

TERCERO.- Que en el caso a que se contrae el recurso debe estimarse que el fedatario, al redactar la escritura de ampliación de hipoteca, ha observado en su espíritu y en su letra las disposiciones legales y reglamentarias reguladoras de la forma de los instrumentos públicos, porque presentada en el Registro con la anterior, a la cual está estrechamente enlazada, resultan expresadas auténticamente las circunstancias necesarias para efectuar la inscripción, se refleja con toda claridad la voluntad de los contratantes, se simplifica racionalmente el contenido del segundo documento, se ahorran gastos a los interesados y no se incurre en confusión, ambigüedad omisión ni inexactitud que dé lugar a error o perjuicio de tercero(...)

Esta Dirección general ha acordado confirmar el auto apelado”.

7. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, de 27 de febrero de 2006:

"En segundo lugar, que tal y como ha expuesto esta Sala en otras ocasiones (Sentencia de 5 de Julio de 2.003) la distinta naturaleza del contrato de préstamo, eminentemente personal, y de la hipoteca, derecho real que afecta la finca a la satisfacción de la obligación que garantiza con independencia de quien sea su propietario, hace que sus vínculos y efectos en sus elementos subjetivos, tanto del lado activo como del pasivo, sean también distintos, y así mientras que en la hipoteca el objeto es siempre la finca gravada, hasta su extinción o cancelación, en el contrato de préstamo cabe la novación de la obligación, bien del lado activo, a través de la cesión del crédito, bien del lado pasivo, mediante la sustitución del primitivo deudor por otro nuevo, sea en forma de expromisión o de delegación, como autorizan los artículos 1.205 y 1.206 del Código Civil, o incluso a través de la asunción de deuda por otro de los obligados, de ser varios,

o por un tercero, que si bien no producirá efectos frente al acreedor si no la consiente, si resulta plenamente vinculante y exigible entre quienes han llevado a cabo tal concierto.

En tercer lugar, que tanto la doctrina como la jurisprudencia del T.S. han sostenido que el concepto romano de la novación solamente extintiva, ha sido ampliado considerablemente en nuestro derecho para admitir hoy junto a la misma, la novación impropia o meramente modificativa (SS.T.S. 23 Febrero 55, 15 Marzo 96, 14 Diciembre 99 y 24 Octubre 2.000, entre otras muchas) como puede suceder en el supuesto del n° 2 del precitado art.1.203 del C.C. (sustituyendo la persona del deudor), debiendo analizarse cada caso, en función de la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación que se introduce, para llegar a la determinación de cual sea el efecto producido por la novación, si el extintivo o meramente modificativo (SS.T.S. 16 Febrero 83 y 26 Julio 97), pudiendo concluirse que el efecto de la novación será extintivo cuando la modificación altere o varíe su esencia, y cuando esto no suceda, la obligación no se extinguirá (S.T.S. 31 Octubre 62), si bien, en la duda, han de inclinarse los tribunales por la modificativa, sea esta expresa o tácita (SS.T.S. 29 Enero 82 y 18 Junio y 16 Febrero 83). Concretamente y por lo que a la asunción de deuda se refiere, esta ha sido admitida por reiterada jurisprudencia como un supuesto de novación, acudiendo para construirla al marco del cambio en la persona del deudor, con efectos de novación meramente modificativa, siendo de toda evidencia que para entender celebrado un contrato mediante el cual se dice operada la sucesión del débito habrá de aparecer demostrada e incontrovertible la realidad de ese negocio, sin que la asunción de deuda sea admisible de forma tácita y presuntiva (SS.T.S. 5 y 14 Noviembre 1.990). Refuerza esta tesis lo dispuesto en el art.1.204 del C.C. a tenor del cual "Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya es preciso que así se

declare terminantemente o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles", precepto del que se desprende la existencia de una novación expresa (la cual necesita de una declaración terminante), y otra tácita, fundada en la incompatibilidad de las obligaciones, no pudiendo prejuzgarse si la mera incompatibilidad produce una novación extintiva o meramente modificativa pues ello depende, como decíamos, de la voluntad de las partes y de la significación económica de la modificación. A tal efecto, ya la antigua jurisprudencia había venido manteniendo que, si bien la novación por implicar una renuncia de derechos, ha de ser expresa, no es preciso que la voluntad de novar conste de modo terminante en caso de incompatibilidad entre las dos obligaciones, porque si esta existe de modo manifiesto, tal circunstancia basta para impedir el cumplimiento de la primera (SS.T.S.20 Marzo 47 y 9 Abril 57). ..."

8. Resolución de 6 de junio de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado:

"1. Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes:

a) El día 20 de diciembre de 2005, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Segovia, actuando como prestamista, otorga escritura de novación modificativa de Préstamo Hipotecario, conviniendo la modificación de determinadas condiciones de un préstamo hipotecario, acogándose la parte prestataria a lo dispuesto en el Real Decreto 1/2002, sobre medidas de financiación de actuaciones protegibles en materia de Vivienda y Suelo del Plan 2002/2005, y en las demás normas de desarrollo. Dicha novación se concretó en la modificación de las cláusulas segunda, tercera y tercera bis, de la escritura de constitución de hipoteca, relativas al plazo y al tipo de interés, con el fin de adaptar estas condiciones a las determinadas en la normativa citada y en particular

en la Resolución de Reconocimiento de Requisitos de Acceso a la Financiación Cualificada de fecha 31 de agosto de 2005.

b) La Registradora de la Propiedad deniega la inscripción, por los defectos a que anteriormente se ha hecho referencia.

2. Como ha señalado este Centro Directivo en anteriores pronunciamientos, (Cfr. Resoluciones citadas en los Vistos), el principio de indivisibilidad de la hipoteca implica su íntegra subsistencia aún en el supuesto de que se reduzca la obligación garantizada (cfr. artículos 1860 del Código Civil, y 122 y siguientes de la Ley Hipotecaria), en tanto no se cancele, cancelación que ya sea total o parcial exige en todo caso el consentimiento de su titular o sentencia firme que la ordene (cfr. artículo 82 de la Ley Hipotecaria), sin que el simple reconocimiento de la reducción de la obligación, ni tan siquiera su constancia registral (cfr. artículo 240 del Reglamento Hipotecario), impliquen ese consentimiento que pueda determinar la cancelación. No existe contradicción en el título calificado cuando, por una parte, fija el importe actual de lo adeudado por el principal del préstamo en relación con el comienzo de efectos de la modificación de condiciones de la relación de préstamo y por otra parte mantiene invariada la cifra de la garantía hipotecaria, ni hay en consecuencia razón alguna que avale la exigencia de la Registradora de la necesidad de una cancelación parcial de la hipoteca como consecuencia del reconocimiento de la amortización parcial del préstamo que garantizaba para poder inscribir la modificación novatoria del mismo en cuanto a intereses y plazo de amortización que, naturalmente, sólo serán aplicables de futuro y en cuanto a la cantidad pendiente de amortización, algo por otra parte habitual en las novaciones que tanto han proliferado en los últimos años al amparo de la citada Ley 2/1994. La hipoteca seguirá garantizando las responsabilidades fijadas en su día sin perjuicio del valor que la consignación registral de ese pago parcial pueda tener,

como el que resultaría de la constancia de un pago parcial por la nota marginal prevista en los artículos 144 de la Ley Hipotecaria y 240 de su Reglamento, en especial a la vista del artículo 688.1 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, a la hora de oponer al acreedor pluspetición caso de pretender ésta la ejecución por la total deuda resultante del título original de concesión del préstamo.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto, revocando la nota de calificación”.

B. Conclusión:

En el caso de producirse una ampliación de préstamo garantizado con hipoteca, puede tener lugar la correspondiente ampliación de hipoteca.

Pero interesa destacar que si se pretende inscribir esa ampliación de hipoteca en el Registro, hay que distinguir dos situaciones diferentes:

a) Cuando se trata de la inscripción de la parte ampliada, no existen titulares de derechos inscritos intermedios:

- Si la ampliación es considerada como una novación modificativa, por la única voluntad de las partes que así lo manifiestan al respecto, nos encontramos ante una única obligación, con idénticas circunstancias, y en este supuesto, la ampliación de la responsabilidad hipotecaria tendría mismo rango que la primitiva. No se ve alterado, en tal caso, el principio de especialidad, y sigue existiendo una obligación garantizada con una sola hipoteca, que no varía.

- Si la ampliación, por el contrario, corresponde a un nuevo préstamo, estamos ante dos obligaciones diversas, y por consecuencia, cada una de ellas garantizada con su

hipoteca, y cada hipoteca con su propio rango. No obstante, el rango de la parte que ha sido ampliada será posterior al de la originaria hipoteca, salvo que las partes suscriban un pacto de igualdad de rango. En ese caso el acreedor hipotecario tendría la misma prioridad para ambos créditos hipotecarios, pero, la ejecución para él sí sería mucho más compleja, al concurrir dos hipotecas distintas con sus correspondientes ejecuciones hipotecarias independientes.

Parece, entonces, que si no existen titulares de cargas o derechos inscritos intermedios, es más favorable entender que solo hay una novación de préstamo hipotecario, tal y como sostiene la Dirección General de Registros y del Notariado.

b) Si existen titulares de derechos o cargas inscritas intermedios:

- Si entendemos que ha tenido lugar una novación modificativa del préstamo hipotecario cuando se amplió el mismo estaremos ante una única obligación, pero con el deber de fijar dos tramos o rangos en la hipoteca para no contrariar el principio de prioridad. En realidad, se trata de dos hipotecas distintas con las consecuencias de ambas, esto es con ejecuciones independientes la una de la otra.

- Si por el contrario entendemos que la ampliación es la concesión de un nuevo préstamo hipotecario, estaríamos ante dos obligaciones distintas, con dos hipotecas diferentes, así como dos rangos absolutamente diversos el uno del otro, sin contrariar el principio de especialidad, dejando a salvo la posibilidad de negociar el rango.

Por tanto, en el caso de que tengan lugar titulares de cargas intermedias, en el caso de la ampliación de la hipoteca ésta tiene iguales efectos en la práctica para el acreedor hipotecario, con independencia de la tesis que se acoja, dado que en ambos supuestos el funcionamiento que tiene lugar es el mismo que si hubiera dos hipotecas distintas, con rangos diferentes y postergado el segundo a las cargas intermedias. Es decir, el perjuicio

para el acreedor hipotecario va a ser el mismo, puesto que nunca quiso prestar en esas condiciones.

No obstante, en base a un prisma teórico y doctrinal resulta más acertada la postura de considerar que la ampliación supone un nuevo préstamo, por lo que se trata de dos obligaciones diferentes con dos hipotecas distintas y dos rangos negociables, sin contravenir el principio de especialidad.

3. ¿CÚALES SON LAS ACCIONES DEL HIPOTECANTE NO DEUDOR?

A. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. STS, de lo Civil, número 761/2015, de 30 de diciembre:

“5.- Hemos dicho que tanto en el caso de la fianza como en el de la hipoteca a favor de tercero, el garante que paga la deuda (voluntariamente o mediante la realización de sus bienes) se convierte en acreedor del deudor principal, y que el ordenamiento jurídico establece mecanismos para que pueda cobrar esa deuda y resarcirse en lo posible del quebranto patrimonial que le supuso tener que hacer frente con sus bienes al pago de la deuda garantizada.

En la fianza, una vez que el fiador ha realizado el pago de la obligación de fianza (denominada "fideiusoria"), por lo general con el mismo contenido que la obligación afianzada, el fiador tiene frente al deudor principal el derecho de reembolso o regreso (art. 1838 del Código Civil), y la facultad de subrogarse en los derechos del acreedor (art. 1839 del Código Civil). El fiador dispone de ambas acciones, respecto de las que

esta Sala ha declarado que son acciones de ejercicio alternativo, no cumulativo, a elección del fiador. Por tanto, el Código Civil reconoce al fiador que paga una doble facultad, derivada de su condición de acreedor del deudor principal que adquiere al pagar la deuda garantizada, con una misma finalidad (que el cumplimiento de la obligación de fianza no le suponga un quebranto patrimonial) pero de contenido diverso, entre las que el fiador puede elegir.

6.- Sin embargo, en el caso de la hipoteca constituida a favor de tercero, el Código Civil no contiene una previsión específica sobre cómo puede recuperarse el hipotecante no deudor del quebranto patrimonial que sufre cuando debe hacer frente a la obligación garantizada para evitar que su inmueble sea objeto de ejecución hipotecaria, o cuando dicha ejecución tiene lugar y pierde el bien en la subasta (o en la adjudicación al ejecutante cuando la subasta queda desierta), con cuyo producto se satisface, en todo o en parte, al acreedor hipotecario.

La solución ha sido encontrada por la doctrina y la jurisprudencia en el art. 1210.3 del Código Civil, que prevé la subrogación « cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación [...] ». Se considera que dado que el "interés" de que habla el precepto debe manifestarse en alguna relación de derecho respecto de la obligación o de las cosas a las que esta afecte y que comporte la conveniencia de su cumplimiento, tal interés concurre en el caso del hipotecante no deudor, dueño de la cosa sobre la que se ha constituido la garantía real de la obligación asumida por el deudor no hipotecante. El hipotecante no deudor, aunque no tenga interés en la relación obligatoria, sí la tiene en el cumplimiento de la obligación, que evita la ejecución de la hipoteca constituida sobre su inmueble y la pérdida del mismo.

Pero la aplicación del art. 1210.3 del Código Civil procede no solo cuando el hipotecante no deudor paga voluntariamente la deuda garantizada con la hipoteca para evitar la subasta de su inmueble en el proceso de ejecución hipotecaria, sino también cuando el pago se realiza mediante la venta forzosa del bien en subasta, o la adjudicación al ejecutante, en el proceso de ejecución hipotecaria. Así lo ha declarado la sentencia de esta Sala 18/2009, de 3 de febrero, que tras justificar la aplicación del art. 1210.3 del Código Civil para fundar la procedencia de la acción subrogatoria del hipotecante no deudor frente al deudor no hipotecante, afirma:

“[...] es procedente comprender tanto el caso del pago voluntario, como el que se produce en virtud de la realización forzosa, porque, aun cuando en este último caso ha desaparecido el interés de liberación de la finca, resultaría carente de sentido e injusto establecer una solución diferente, agravando de forma desproporcionada el sacrificio sufrido con la pérdida de aquélla”.

7.- De lo anteriormente expuesto pueden deducirse que tanto la acción de reembolso o regreso como la acción subrogatoria son mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico para la efectividad de un principio básico de la regulación de las garantías otorgadas por terceros, como es que el tercero que paga, y se convierte por ello en acreedor del deudor principal, no sufra, en lo posible, un quebranto patrimonial y pueda resarcirse con cargo al deudor principal, que no pagó.

Ciertamente, el mecanismo activado por una y otra acción es distinto, y cierto es también que en la hipoteca a favor de tercero no está prevista la posibilidad de ejercitar la acción de reembolso o regreso, como sí lo está en la fianza. Pero también lo es que ambos mecanismos comparten características comunes: vinculación con la existencia de una garantía prestada a favor de un tercero, hecho determinante de su procedencia

(el pago hecho por el garante), finalidad perseguida (resarcir al garante que ha pagado por el deudor principal). Asimismo, las características comunes de la hipoteca o la prenda a favor de tercero y de la fianza justifican que en ocasiones se haya denominado "fiador real" a quien constituye una garantía real sobre un bien propio a favor de una deuda ajena (así ocurrió en la sentencia de esta Sala 313/2014, de 18 de junio), o que se haya dado un tratamiento común a la fianza y a la prenda o la hipoteca constituida a favor de tercero en ámbitos tales como el de las acciones de reintegración concursales.

8.- En la demanda, en la que se alegaba ejercitar una acción de reembolso (repetición, se decía en la demanda) del art. 1838 del Código Civil, el demandante, hipotecante no deudor, solo reclamaba al demandado, deudor no hipotecante, el pago de la parte del crédito del acreedor hipotecario que había resultado satisfecha con su bien, esto es, la mitad de la cantidad por la que Caixa Girona se adjudicó el bien hipotecado, dado que el demandante era titular de su mitad indivisa. Por tanto, el contenido real de la reclamación realizada podía ser el del apartado primero del art. 1838 del Código Civil, pero también el de una acción subrogatoria del art. 1210.3º del Código Civil , puesto que en esta el garante puede reclamar del deudor principal la cantidad que ha satisfecho al acreedor en cuya posición se subroga. En todo caso, los términos en que había sido formulada la pretensión eran más favorables para el demandado, puesto que de haber hecho uso de todas las posibilidades que le otorgaba la subrogación prevista en el art. 1210.3º del Código Civil, el demandante, al subrogarse en la misma posición del acreedor, podía haber exigido los intereses de demora estipulados en la escritura de préstamo, y sin embargo solo solicitó los intereses legales desde la interposición de la demanda. Parece evidente que ese tratamiento más favorable para el demandado no puede tomarse en consideración en contra de los intereses del demandante.

Por tanto, la estimación de esta pretensión de la demanda ha respetado los hechos y el contenido material de la pretensión. Lo que se ha modificado es la fundamentación jurídica de la pretensión, en el sentido de que en vez de aplicarse el art. 1838 del Código Civil, que sustenta la acción de reembolso, se ha aplicado el art. 1210.3º del Código Civil, que sustenta la acción subrogatoria.

9.- La sentencia de esta Sala núm. 361/2012, de 18 de junio, declaró sobre el cambio de punto de vista jurídico y las exigencias del principio de congruencia:

“Hay que reconocer, no obstante, que la distinción entre el componente jurídico de la causa de pedir y las normas aplicables por el juez conforme al principio iura novit curia no siempre es clara. Por eso el método más seguro para comprobar si se ha producido un cambio indebido de demanda, con correlativa incongruencia de la sentencia (STS 3-4-01, RC. 669/96), consistirá, dada la dimensión constitucional de la congruencia como inherente a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de indefensión (art. 24 de la Constitución), en determinar si ese cambio ha alterado los términos del debate generando en el demandado riesgo de indefensión por haber contestado a la demanda adoptando una determinada línea de defensa como, por ejemplo, proponer excepciones procesales o la de prescripción en función de la acción ejercitada en la demanda (SSTS 23-12-04, RC. 3393/98, y 5-3-07, RC. 1412/00) ”.

Más recientemente, la sentencia 654/2015, de 19 de noviembre, ha declarado al respecto:

“No cabe duda de que la deducción de una pretensión fundada en la alegación de un vicio del consentimiento, conforme a los artículos 1.265 y siguientes del Código Civil, según la propia dicción del primero de los mencionados preceptos y del artículo 1.301 del mismo texto legal, debe formularse mediante una petición de anulabilidad o nulidad

relativa; y no a través de una acción de resolución contractual por incumplimiento. Sin embargo, lo determinante no es la correcta identificación nominal de la acción, puesto que conforme al artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo relevante son los hechos alegados por la parte demandante y que, conocidos por la parte demandada, pueden ser objeto de su defensa. Además, el segundo párrafo del mismo precepto establece que "El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes".

En el caso objeto del recurso, la Sala considera que no se ha producido una alteración de los términos del debate que haya causado indefensión al recurrente. Como se ha explicado, tanto la acción de repetición como la acción subrogatoria son medios previstos por el ordenamiento jurídico para una misma finalidad, como es evitar que quien ha garantizado la deuda asumida por un tercero, y asume la cualidad de acreedor de ese deudor principal, no resulte perjudicado por haber tenido que pagar dicha deuda, por lo que la norma jurídica aplicada se encuentra en un mismo ámbito normativo con relación a la norma invocada en la demanda. Y ese era el fundamento de la acción ejercitada por el demandante, que había pagado por el deudor principal, al ser adjudicada su vivienda a un tercero en la ejecución hipotecaria, y que por tal razón era ahora acreedor del demandado, deudor principal en la deuda garantizada mediante la hipoteca constituida sobre la vivienda del demandante y su pareja".

2. STS, 710/2014, de 15 de diciembre:

"En el único motivo del recurso de casación denuncian Centro Residencial Balcón del Tiétar, SL, doña Rosana, don Roman y doña Begoña la infracción de los artículos 1209, 1210, regla tercera , 1212 y 1213 del Código Civil .

Niegan que sea procedente entender que los hipotecantes no deudores se subrogan ex lege en la posición de la entidad prestamista acreedora, conforme a lo dispuesto en el artículo 1210, regla tercera.

...QUINTO. Desestimación del motivo.

I.- Ciertamente, el artículo 1210 del Código Civil - que se apartó, al respecto, de lo dispuesto en el artículo 1117 del Proyecto de 1851, conforme al que la subrogación tendría lugar por disposición de la ley, en los casos que regulaba, entre ellos el que aquí nos importa - se limita a presumir la subrogación legal. Pero esa doctrina mayoritaria y jurisprudencia lo consideran equivalente a establecerla " ex lege".

La sentencia 18/2009, de 3 de febrero, afrontó esta cuestión y declaró, al respecto, que "la doctrina mayoritaria entiende que el artículo 1.210 Código Civil establece unos casos de subrogación legal, y consiguientemente automática - de pleno derecho, sin necesidad de voluntad de las personas ligadas por la relación obligatoria -, y compartimos tal conclusión".

Recordó que "la principal objeción a la subrogación legal, que se halla en la alusión del precepto a la presunción, se salva, por unos, diciendo que se trata de una presunción "iuris et de iure" (en definitiva una disposición legal ajena a cualquier perspectiva de "onus probandi"); por otros, en sintonía con doctrina del derecho francés, que se refiere a la cesión de acciones (cesión ficticia realizada por el acreedor); por unos terceros,

que la presunción se refiere a la voluntad de subrogarse; y por los más, que se trata de una imprecisión o impropiedad del lenguaje del legislador (que por cierto es bastante frecuente en temas similares de presunción a lo largo de la regulación del Código), porque no hay estructura de presunción (deducción de un hecho incierto de otro tomado como cierto) ni tampoco inducción de una voluntad negocial implícita en tanto no se demuestre la contraria, y porque se trata de un efecto, y los efectos se producen o no se producen, pero no se presumen. Aparte de ello se razona, dentro del amplio espectro de la posición mayoritaria, que no tiene sentido hacer depender la subrogación, del acreedor que cobra, por lo que sólo la figura de la subrogación legal permite concebir la idea de que el acreedor se vea compelido a una transmisión de sus derechos; que concurre la misma "ratio" en el codeudor solidario, o en el hipotecante no deudor, que en el fiador solidario, y para éste existe la previsión específica del artículo 1.839 Código Civil ; y que el "solvens" no es una persona totalmente ajena a la deuda, sino que es preciso que esté interesada en el cumplimiento".

II.- No corresponde examinar aquí los detalles de la posición jurídica del hipotecante en garantía de una deuda ajena, pero es evidente que, salvo que se alteren los conceptos usuales de deuda y responsabilidad, el mismo no debe, ni siquiera como fiador.

Además, la legitimación del titular pasivo de la hipoteca está expresamente reconocida en la mencionada sentencia 18/2009, de 3 de febrero, precisamente frente a los fiadores del deudor, como sucede en este caso.

III.- La posibilidad de que se produzca la subrogación como consecuencia de un pago parcial está admitida en el artículo 1213 del Código Civil - que resuelve el problema de la concurrencia del derecho del acreedor pagado en parte y del subrogado por un pago parcial.

Procede, por lo expuesto, desestimar el motivo. ..."

B. Conclusión:

En definitiva, los hipotecantes no deudores cuyas fincas se han ejecutado, se subrogan en el lugar de la parte prestamista (acreedora) y por tanto están legitimados frente a los fiadores del deudor principal para solicitar el pago.

VII. TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA:

- Fase de inicio: presentación de demanda de ejecución hipotecaria.

Un procedimiento de ejecución hipotecaria¹⁰¹ comienza con demanda de ejecución instada por la entidad bancaria al amparo de los artículos 129 de la Ley Hipotecaria y 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para reclamar el pago de las deudas garantizadas con hipoteca, estando la misma dirigida directamente contra los bienes hipotecados.

Por lo que respecta a la competencia, debe indicarse que tratándose de bienes inmuebles el Tribunal competente corresponderá al Juez de Primera Instancia en el que esté sita la finca hipotecada y en caso de existir varias fincas hipotecadas, la competencia la ostentará el Juzgado de Primera Instancia de cualesquiera de éstas, correspondiéndole la elección a la parte demandante.

La demanda de ejecución será presentada contra la parte deudora y, en su caso contra el llamado hipotecante no deudor o el tercer poseedor de los bienes que se encuentran sujetos a hipoteca, con la condición de que éste hubiera acreditado a la parte acreedora que ha adquirido los citados bienes¹⁰².¹⁰³

En la demanda se viene a aportar la escritura pública de crédito y constitución de hipoteca, en concreto la certificación registral de la/s finca/s dónde consta/n la inscripción de la hipoteca, las cuotas impagadas, e incluso la certificación del débito reclamado, averada por fedatario público para dejar constancia de que la liquidación

¹⁰¹ CALLEJO CARRIÓN, Soraya: “Ejecución hipotecaria: cuestiones prácticas” Editorial: Las Rozas (Madrid): La Ley, 2015, pág. 407.

¹⁰² FERNÁNDEZ SEIJO, José María: “La tutela de los consumidores en los procedimientos judiciales”, Editorial Bosch, 2017, pág.239.

se ha practicado en la forma pactada por las partes, a lo que se añaden los intereses ordinarios y de demora que se devenguen y las costas judiciales causadas¹⁰⁴.

El tipo de interés normalmente utilizado en este tipo de contratos es el Índice de Referencia, definido en el Anexo VIII de la Circular nº 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España, como Referencia Interbancaria a un año (“EURIBOR”), que se publica mensualmente en el BOE.

El interés moratorio a aplicar se liquidará al 12% en cumplimiento de lo dispuesto por la normativa de Consumidores y Usuarios, de conformidad con la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios (es decir, tres veces el interés legal del dinero).

La Ley 1/2013, en su artículo 3, viene a indicar que *“los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superior a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago”*.

Asimismo, cabe mencionar que en las conclusiones de las Jornadas sobre las repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto relativo a cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria, de fecha 8 de mayo de 2013, regentadas por el Presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, Don Juan Antonio Xiol, y moderadas por los Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Don Manuel Almenar y Don Ramón Camp, se hizo constar en el punto séptimo que:

¹⁰⁴ CALLEJO CARRIÓN, Soraya: “Ejecución hipotecaria: cuestiones prácticas”, La Ley, Madrid, 2015, pág. 416.

“Con relación a los criterios que deben tenerse en cuenta para apreciar el carácter abusivo de determinadas cláusulas: en cuanto a las cláusulas de fijación de intereses moratorios, habrá que valorar los distintos tipos de interés referenciados en la normativa interna, y en particular, al que se contempla en el nuevo artículo 114 de la Ley Hipotecaria”.

En la demanda de ejecución se podrá reclamar la cantidad principal e intereses ordinarios y moratorios vencidos además del 30% presupuestado provisionalmente para intereses y costas sin perjuicio de ulterior liquidación (artículo 575 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Interesa destacar que en la propia inscripción de la hipoteca en el Registro ya se indica una cantidad para intereses y costas, pero en algunos Juzgados se sigue fijando el 30% en el auto en virtud del cual se ordena la ejecución.

Sin embargo, las costas que pueden ser exigidas al ejecutado en un procedimiento de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual no pueden ser superiores al 5% de la cantidad objeto de reclamación (art. 575.1bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

A la demanda de ejecución también podrán acompañarse los burofaxes remitidos a la parte demandada acreditativos de la notificación del saldo y extracto de cuenta, así como del requerimiento de pago practicado, si los hubiere.

La entidad bancaria se encontrara perfectamente legitimada para entablar el procedimiento judicial sumario cuando el débito sea cierto, subsistente y exigible, siendo competente el Juzgado por radicar la finca en el partido judicial de su jurisdicción, habiéndose establecido en la escritura de préstamo hipotecario el precio de tasación de la finca a efectos de subasta y designado por el deudor domicilio para la

práctica de requerimientos y notificaciones hallándose el título de crédito con las condiciones legales para despachar ejecución.

Los fundamentos jurídicos de la citada demanda de ejecución se pueden dividir en dos:

- De carácter sustantivo: Artículos 104, 105, 106, 109, 114, 115, 129 y 153 de la Ley Hipotecaria.
- De carácter procesal: Artículos 579, 581, 681 a 686, 688 a 693, 695 a 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El suplico de la demanda podría ser del tenor literal siguiente:

“AL JUZGADO SUPLICO: Que teniendo por interpuesta la presente demanda de ejecución dineraria hipotecaria, en unión de los documentos acompañados, se sirva examinarlos y, de hallarlos conformes, dictar Auto despachando la ejecución solicitada, por el importe de..., en concepto de principal, más ... en concepto de costas establecidas en la escritura de hipoteca y de intereses de demora pactados que se devenguen hasta el total pago a mi representada, y, en virtud de ello se reclame del Registro de la Propiedad de..., certificación literal acreditativa de la inscripción del dominio y posesión, que hubiera tenido lugar y que además mantenga su vigencia, y suma de todos los censos, derechos reales, gravámenes y anotaciones de los bienes objeto de hipoteca, con indicación expresa de estar vigentes y sin que se haya procedido a la cancelación de la hipoteca; debiéndose practicar las notificaciones oportunas sobre la vertencia del procedimiento y, una vez que haya transcurrido el plazo fijado legalmente y no se haya satisfecho la deuda, se proceda, de acuerdo con los requisitos legalmente establecidos, a la subasta de los bienes, con el consiguiente trance y remate de éstos, y con su producto se haga pago a mi principal de las cantidades por las que se ha despachado

ejecución, sin perjuicio de la ulterior fijación definitiva de las mismas en la correspondiente liquidación y tasación judicial”.

Resulta conveniente indicar a continuación en la demanda una pequeña alusión a la posible existencia de ocupantes distintos de la parte demandada, en concreto deberá señalarse lo siguiente:

“PRIMER OTROSÍ DIGO: Que en el momento de practicarse el requerimiento de pago y para el caso de que en la finca hipotecada conste la existencia de ocupantes distintos de la parte demandada, de conformidad con lo establecido en el artículo 661 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, interesa se les notifique la existencia de la ejecución, requiriéndoles para que en el plazo de 10 días puedan presentar el título en virtud del cual funden su ocupación”.

Una vez presentada demanda ejecutiva, el Juez tiene la facultad de realizar un control ex officio previo a la admisión de la misma, regulado en el artículo 552.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo aplicable tanto a la ejecución hipotecaria como a la ejecución de títulos no judiciales. En el caso de apreciación judicial de una cláusula abusiva, el Juez dictará Providencia en la que dará audiencia a las partes del procedimiento para que aleguen lo que estimen conveniente sobre la posible cláusula en un plazo de 15 días y el Juez resolverá sobre el carácter abusivo de la misma en un plazo de cinco días hábiles.

A continuación, el Juez deberá dictar auto despachando ejecución o denegando su despacho. El auto despachando ejecución, en su caso, deberá declarar si las cláusulas son abusivas, así como su nulidad radical e inexigibilidad.

La exigencia de dicho control de oficio es reconocida tanto por el Tribunal Supremo (STS, Sección 1ª, 1 de julio de 2010) como por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (STJUE, 14 de marzo de 2013- Asunto C-415/11. Caso Ariz).

En caso de no tener lugar ese control previo de oficio, el Juez dictará Auto acordando la ejecución del título, el despacho de ejecución¹⁰⁵ a favor de la ejecutante por las cantidades debidas (principal, intereses y costas, sin perjuicio de ulterior liquidación) y el requerimiento de pago al ejecutado a fin de que proceda al pago de las cantidades reclamadas.

También será dictado Decreto por el Secretario Judicial en el que acordará expedir mandamiento al Registro de la Propiedad a fin de que remita certificación relativa al bien hipotecado y requerirá de pago al ejecutado apercibiéndole que en caso de no hacerlo en un plazo de 30 días se continuará con la ejecución.

El requerimiento de pago¹⁰⁶ tendrá lugar judicialmente, pudiendo haberse presentado previamente acta notarial de requerimiento de pago con una antelación de 10 días. En cuyo caso, si la demanda ejecutiva va acompañada de dicha acta, de acuerdo con el artículo 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, será necesario notificar al deudor el despacho de la ejecución, quedando excluidos los demás ejecutados, tales como el hipotecante no deudor y el tercer poseedor. Cabe indicar que en el supuesto de iniciarse una ejecución ordinaria y el bien hipotecado no fuera suficiente para cubrir lo debido será necesario que el despacho de ejecución tenga lugar por la cantidad restante y contra los fiadores.

¹⁰⁵ CASERO LINARES, Luis: “El proceso de ejecución hipotecaria en la ley de enjuiciamiento civil” Editorial: Barcelona: Bosch, 2014.

¹⁰⁶ MARTÍN DÍZ, F.: “La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles. Su tratamiento legal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Editorial Comares, 2000, pág.325.

Hasta transcurridos 20 días del requerimiento o desde la notificación del procedimiento de ejecución hipotecaria¹⁰⁷ a la persona a cuyo favor haya resultado practicada la última inscripción de dominio, no podrá iniciarse la subasta (artículo 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En cualquier caso, tanto el deudor como el hipotecante no deudor o tercer poseedor podrá realizar el pago antes de la adjudicación al acreedor o de la aprobación del remate.

En caso del vencimiento anticipado por impago de tres mensualidades como mínimo, cabe la liberación del bien hasta el cierre de la subasta mediante la enervación de la acción, esto es la consignación de la cantidad de principal e intereses vencidos en el momento de haberse presentado la demanda ejecutiva, con el consiguiente incremento de los respectivos vencimientos de la hipoteca y los intereses de demora que se fueran produciendo a lo largo del procedimiento, y que resultaren impagados en todo o en parte (artículo 693.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La notificación del requerimiento puede realizarse a través del procurador de las partes, e incluso debe considerarse que el requerimiento se ha hecho correctamente cuando se ha notificado a uno sólo de los cónyuges aunque ambos sean ejecutados, así como el requerimiento efectuado a un pariente próximo.

Interesa destacar el artículo 686 de nuestra ley ritaria al respecto:

“Intentado sin efecto el requerimiento en el domicilio que resulte del Registro, no pudiendo ser realizado el mismo con las personas a las que se refiere el apartado anterior, y realizadas por la Oficina Judicial las averiguaciones pertinentes para determinar el domicilio del deudor, se procederá a ordenar la publicación de edictos en la forma prevista en el artículo 164”.

¹⁰⁷ CRUZ GALLARDO, Bernardo: “Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores: práctica registral y procesal” Editorial: Las Rozas (Madrid): La Ley, 2014.

Por tanto, el requerimiento de pago¹⁰⁸ ha de hacerse en el domicilio señalado en la inscripción correspondiente (artículo 234.1.2 Reglamento Hipotecario) y personalmente. Sólo en el caso de que no se encontrara al deudor se permite que se realice al pariente más próximo, familiar o dependientes mayores de catorce años que se hallasen en el mismo, y ante la ausencia de éstos, al portero o a uno de los vecinos más próximos¹⁰⁹.

Es necesaria la petición de la certificación registral al Registro al iniciar el procedimiento hipotecario, de tal manera que el procedimiento judicial tenga constancia en el Registro a través de la oportuna nota marginal, terminando la fase de seguridad de la hipoteca y empezando la ejecución.

En dicha certificación se indica la subsistencia de la hipoteca y si en ella constare que la persona a cuyo favor se ha practicado la inscripción de dominio última no ha sido requerida ni notarial ni judicialmente, se le notificara dicho procedimiento. Por último, el Registrador deberá comunicar el procedimiento de ejecución a los titulares de derechos que consten en la certificación de cargas y que además figuren en asientos posteriores al del ejecutante.

Debe tenerse en cuenta que cabe la subrogación de acreedores posteriores que hubieren anotado o inscrito su derecho posteriormente a la certificación de cargas. Subrogación que tendrá lugar en la posición del ejecutante.

¹⁰⁸ ROCA SASTRE; ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÁ I XIRGO: “Derecho hipotecario”, Tomo X, Editorial Bosch, 2009, pág. 367.

¹⁰⁹ FUENTES SORIANO: “El proceso de ejecución hipotecaria”, Editorial Edjus, 1998, pág. 113.

- Fase de oposición a la ejecución hipotecaria:

El ejecutado podrá oponerse al despacho de la ejecución, en un plazo de diez días hábiles a contar desde el día siguiente a la notificación del Auto y Decreto dictados despachando ejecución¹¹⁰. Dicha oposición deberá tener lugar por los motivos tasados en el artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

“1. Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía¹¹¹.

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

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

¹¹⁰ MONTERO AROCA, J.: “Ejecución de la hipoteca inmobiliaria”, Editorial Tirant lo Blanch tratados, Valencia, 2012, pág. 740.

¹¹¹ HERBOSA, I.: “El despacho de la ejecución hipotecaria. Causas de oposición y suspensión”, Centro de estudios, 2006, pág. 410.

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

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

En dicha oposición puede ponerse de manifiesto la condición de consumidor¹¹² y usuario de la parte demandada, además de alegar cualquiera de los motivos de oposición¹¹³ indicados solicitando el sobreseimiento de la ejecución o la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas denunciadas.

No obstante, una cláusula será considerada abusiva cuando se trate de una estipulación no negociada individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, cause, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (artículo 82 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y artículo 3 de la Directiva 93/13).

Según la Directiva se considerará que una cláusula no ha sido negociada individualmente cuando haya sido de manera previa, y el consumidor no ha podido influir sobre su contenido. Ejemplo de ello son los contratos de adhesión¹¹⁴.

¹¹²FERNÁNDEZ SEIJO, José María: “La tutela de los consumidores en los procedimientos judiciales: especial referencia a las ejecuciones hipotecarias” Editorial: Hospitalet de Llobregat (Barcelona): Wolters Kluwer, 2017, pág. 52-53.

¹¹³ CALLEJO CARRIÓN, Soraya: “Ejecución hipotecaria: cuestiones prácticas”, Editorial Las Rozas (Madrid), La Ley 2015, pág. 449.

¹¹⁴ CALLEJO CARRIÓN, Soraya: “Ejecución hipotecaria: cuestiones prácticas”, Editorial Las Rozas (Madrid), La Ley 2015, pág. 445.

Así la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala 1ª, de 14 de marzo de 2013 (Asunto C-415/11. Caso Ariz) señala que para determinar si una cláusula es abusiva, es necesario comprobar si ha tenido lugar un desequilibrio importante, en detrimento del consumidor, entre los derechos y las obligaciones de las partes dimanantes del contrato, y si tal desequilibrio se produce a pesar de la buena fe contractual, tratando de forma leal y equitativa con el consumidor, de tal manera que podría considerarse que éste ha aceptado la cláusula en el ámbito de una negociación individual.

Así, por ejemplo, en el caso de una cláusula de vencimiento anticipado, el Juzgador deberá decidir si el impago de las cuotas supone un incumplimiento “esencial” de la obligación dimanante del contrato, debiendo valorar caso por caso en función de la duración y cuantía de la deuda objeto del préstamo¹¹⁵.

En dicho artículo 82 de la citada Ley se establecen otras características distintas a las genéricas, que en caso de concurrir en una cláusula permitirían calificarla de abusiva, concretamente las siguientes:

- a. Que vinculen el contrato a la voluntad del empresario.
- b. Que limite los derechos del consumidor y usuario.
- c. Determinen la falta de reciprocidad en el contrato.
- d. Imponga al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba.
- e. Resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato.

¹¹⁵ BELINCHÓN ROMO, María Raquel: “Nuevas medidas de protección del deudor hipotecario”, Revista del CES Felipe II, número 15, 2013, pág. 8.
<http://www.cesfelipesecondo.com/revista/Articulos2013/Art%C3%ADculo%20RaquelBelinch%C3%B3n.p>

- f. Contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

El artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, bajo el título de la nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato, señala taxativamente que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

No cabe apreciar el carácter abusivo respecto del contenido de cláusulas que se refieran a un elemento esencial de contrato, por ejemplo los intereses remuneratorios (artículo 4.2 de la Directiva 93/13) dado que forman parte del precio, dejando a salvo el control de transparencia.

Así la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado (Propiedad) de fecha 22 de julio de 2015, número 10280/2015, señaló: *“Los intereses remuneratorios excesivos podrían llegar a ser declarados como usurarios – no abusivos- pero sólo en conjunción con una serie de circunstancias añadidas de carácter subjetivo”*.

En las conclusiones de la Jornada del Consejo General del Poder Judicial, celebradas el 8 de mayo de 2013, sobre la influencia de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativo al carácter abusivo de las cláusulas, cabe indicar que:

“En cuanto a las cláusulas de intereses remuneratorios, con carácter general se considera que dichos intereses forman parte del precio, de forma que las cláusulas no pueden declararse abusivas, debiendo limitarse el examen judicial al control de transparencia”.

En este sentido se han pronunciado varias Audiencias Provinciales: SAP de A Coruña, Sección 3ª, 487/2012, de 11 de octubre; SAP de Valencia, Sección 11ª, 43/2013, de 30 de enero; SAP de Madrid, Sección 9ª, 381/2013, de 17 de septiembre.

Por tanto, apreciado el carácter usurario de los intereses remuneratorios, deberá ser declarada nula la hipoteca en base a su accesoriedad, de acuerdo con la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo (STS número 113/2013, de 22 de febrero de 2013; STS número 622/2001, 20 de junio de 2001; STS número 422/2002, 7 de mayo de 2002; STS número 539/2009, 14 de julio de 2009).

Respecto de los intereses moratorios, éstos sólo pueden ser considerados abusivos y no usurarios al no serle de aplicación la Ley de la Usura de 23 de julio de 1908, dado que son ocasionados como sanción por el retraso. Con igual criterio, destacan la mayor parte de las sentencias del Tribunal Supremo (STS número 869/2001, de 2 de octubre de 2001 y número 430/2009, número de recurso 2586/2004, de 4 de junio de 2009, SAP de Alicante Sección 7ª, 207/2006, de 26 de abril, recurso 311/2005, SAP de Granada, Sección 4ª, número 372/2013, de 8 de noviembre, recurso 325/2013). Interesa indicar la aplicación, en estos casos, del artículo 1.108 del Código Civil en virtud del cual si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de los daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal.

En fecha 21 de enero de 2015 TJCE 2015/4 (Caso Unicaja Banco) se dictó Sentencia por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, Sala 1ª en los siguientes términos:

“el artículo 6 apartado 1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres

veces el interés legal del dinero con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional: 1. No prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula y; 2. No impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que se aprecie que es “abusiva” en el sentido del artículo 3 apartado 1 de dicha Directiva”.

Como ejemplo de cláusulas abusivas más significativas procedemos a destacar la cláusula suelo y la de vencimiento anticipado, sin perjuicio de otras que también se analizarán a posteriori:

- La cláusula suelo¹¹⁶, que puede ser definida como una estipulación financiera que limita la bajada del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo o crédito, de modo que si llegada la fecha de revisión del mismo, la suma del tipo de referencia más el diferencial no supera tal límite se aplicará esta cláusula suelo.

Según el Banco de España *“el interés es el precio que se paga por conseguir dinero durante un cierto período de tiempo”* y *“el tipo de interés será entonces el interés que corresponde a un capital (llamado principal), siendo lo más normal que se hable de un porcentaje aplicado sobre un capital, durante un año”*.

Merece destacarse la evolución jurisprudencial relativa a esta cláusula:

- a) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, dictada en Pleno, nº 241/2013, de 9 de mayo de 2013. Declara la nulidad de las cláusulas suelo de Cajamar, La Caixa y BBVA, con efectos desde la fecha de la sentencia. Estas entidades

¹¹⁶ Al respecto, interesa tener en cuenta el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección en materia de cláusulas suelo. En el artículo 3 se recoge la reclamación previa que las entidades de crédito deberán implantar previa a la interposición de demandas judiciales.

condenadas dejan de aplicar la cláusula suelo a sus clientes consumidores de forma inmediata.

- b) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 25 de marzo de 2015, número 139/2015, confirma la anterior sentencia.
- c) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, número 705/2015, de 23 de diciembre, que declara la nulidad de las cláusulas suelo de Banco Popular; esta entidad deja de aplicar las cláusulas suelo durante los primeros meses de 2016, pero sin devolver cantidades.
- d) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de fecha 21 de diciembre de 2016 (TJCE 2016/309); (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15; Caso Francisco Gutiérrez Naranjo y Otros contra Cajasur Banco, S.A.U. y Otros) que determina contrario al Derecho de la Unión sobre protección a consumidores y usuarios, las limitaciones de los efectos de la nulidad, aclarando que la retroactividad de las cláusulas suelo debe ser absoluta.

Dicha cláusula suele estar inserta en la cláusula financiera tercera bis de la escritura de préstamo hipotecario o préstamo personal con garantía hipotecaria. Un ejemplo de la misma es la siguiente:

“El tipo de interés nominal anual que resulte no podrá ser inferior al 3,50% ni superior al 17%, igualmente nominal anual”.

Reiterada jurisprudencia ha acordado la devolución de las cantidades abonadas en exceso por los consumidores en virtud de la cláusula suelo¹¹⁷ y ello sobre la base de variados argumentos.

Así, la **Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Zaragoza, Sección 2ª, número 113/2015, de 27 de abril (número de recurso 37/2014):**

“La razón fundamental y primordial para estimar la procedencia de la devolución de las cantidades percibidas por la entidad bancaria en aplicación de la cláusula suelo, es que en el presente procedimiento no sólo estamos actuando como juez nacional, sino principalmente como juez comunitario, garante del derecho de la Unión y por tanto sometidos al derecho de la Unión Europea que tiene primacía. (...)

Este principio, que se denominó de “no vinculación” a las cláusulas abusivas, ha sido reiterado en varias sentencias del TJUE, así en su Sentencia de 30 de mayo del 2013: “La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el tribunal nacional que haya constatado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual debe aplicar en cuanto sea posible sus reglas procesales internas de modo que se deduzcan todas las consecuencias que, según el Derecho interno, nacen de la constatación del carácter abusivo de la referida cláusula, para cerciorarse de que el consumidor no queda vinculado por ésta”.

STJUE de 26 de abril de 2012: Los órganos jurisdiccionales nacionales que comprueben el carácter abusivo de una cláusula de las CG están obligados, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva, a aplicar todas las consecuencias que, según

¹¹⁷ GÓMARA HERNÁNDEZ, José Luis: “Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales y extrajudiciales” Editorial: Madrid: Francis Lefebvre, 2017.

el Derecho nacional, se deriven de ello para que el consumidor no resulte vinculado por dicha cláusula (Sentencia Perenicová y Perenic).

La no vinculación no es graduable, ni de carácter parcial, sino que debe ser incondicional y absoluta. Aceptar que los consumidores tengan que soportar los efectos de las cláusulas abusivas, declaradas nulas, supondría tanto como afirmar que deben quedar vinculados por dichas cláusulas durante períodos temporales inciertos e indeterminados, y ello es contrario a la construcción jurisprudencial antes expuesta.

La no vinculación, para conceder una protección integral al consumidor, ha de tener proyección hacia el futuro, que se conseguirá con su nulidad, y hacia el pasado, eliminando cualquier huella de su existencia, y ello solo se conseguirá si se hacen desaparecer sus efectos, es decir, restituyendo las cantidades (...).

En consecuencia, el artículo 1.303 resulta de aplicación no sólo porque la Ley es imperativa sin que la misma haya quedado derogada, sino porque resulta imperativa su aplicación por la primacía del derecho europeo y la interpretación que del mismo realiza el TJUE. Resultando paradójico que existan los cauces legales en el derecho nacional para hacer efectivo no sólo el derecho nacional, sino el europeo, y no se aplique.

En definitiva, es procedente estimar la acción de condena dineraria ejercitada por la actora en los términos solicitados por la misma en el Suplico de la demanda, y por ende deben restituirse las prestaciones derivadas de dicha nulidad tal y como recoge el artículo 1303 del Código Civil. Cuantía que deberá ser determinada en ejecución de sentencia conforme al artículo 219 de LEC, de acuerdo con las bases establecidas en el Suplico de la demanda por ser acordes con lo manifestado en el presente Fundamento de Derecho”.

En el mismo sentido se pronuncian entre otras; Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1ª, número 208/2014, de 21 de mayo de 2014 (número de recurso 361/2014); Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25ª, sentencia número 370/2013, de 18 de septiembre de 2013 (número de recurso 755/2012), Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sec. 1ª, número 291/2013, de 9 de julio de 2013 (número de recurso 283/2013), Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sec. 8ª, número 335/2013, de 23 de julio de 2013, (número de recurso 243/2013), Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sec.4ª, número 530/2013, de 12 de septiembre de 2013 (número de recurso 708/2012), Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Málaga, número 187/2013, de 19 de julio de 2013 (número de recurso 128/20112), Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Santander, número 426/2012, de 18 de octubre de 2013 (número de recurso 423/2012), y Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Barcelona, número 88/2013, de 17 de junio de 2013 (número de recurso 106/2012), etc.

También es favorable a la restitución íntegra al consumidor de lo recibido por el Banco en virtud de la cláusula suelo la Comisión Europea, tal como señala en las Observaciones escritas presentadas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto prejudicial C-154/15 (Sentencia de 21 de diciembre de 2016), a cuyo tenor establece:

“Teniendo en cuenta lo anterior, que el tenor literal del artículo 6.1 de la Directiva afirma que las cláusulas abusivas no vincularán a los consumidores, sin añadir ningún matiz o limitación temporal a la “no vinculación”, así como la interpretación dada a dicho precepto por el Tribunal de Justicia, cabe concluir que el concepto de “no vinculación referido en el artículo 6.1 de la Directiva surte efectos ex tunc y no sólo desde la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión.”

30. *Por otra parte, conviene puntualizar que cualquier otra interpretación pondría en peligro el objetivo protector de la Directiva. En efecto, una aplicación ex nunc del artículo 6.1 de la Directiva implicaría que solo si los consumidores impugnaran una determinada cláusula ante el juez nacional y solo si este llegara a declararla abusiva, la misma cesaría de surtir efectos. Tal limitación generaría un aliciente perverso para los comerciantes, quienes no tendrían nada que perder al incluir sistemáticamente cláusulas abusivas en sus contratos con los consumidores, ya que solo a partir de una hipotética declaración de abusividad de la cláusula esta cesaría de surtir efectos. Los comerciantes, en cambio, retendrían todos los réditos obtenidos hasta dicho momento por la aplicación de la cláusula abusiva.*

33. *En consecuencia, solo la aplicación ex tunc del concepto de “no vinculación” contenido en el artículo 6.1 de la Directiva responde al objetivo protector perseguido por la Directiva. Además, insistimos, esta interpretación coincide plenamente con los efectos de nulidad de pleno Derecho previstos en el ordenamiento jurídico español, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código Civil español.*

34. *Por todo lo anterior la Comisión propone al Tribunal que conteste a la primera pregunta que la interpretación de “no vinculación” que realiza el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es incompatible con una interpretación que determine que la declaración de nulidad de la citada cláusula extiende sus efectos hasta la declaración de nulidad de la misma. (...)*

60. *Por ello, la Comisión considera que debería contestarse a la segunda parte la segunda pregunta que, de conformidad con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva y la interpretación que de los mismos ha dado el Tribunal de Justicia, no es posible que los tribunales nacionales puedan moderar la devolución de cantidades que ya ha pagado*

el consumidor –a qué está obligado el profesional- en aplicación de una cláusula declarada nula desde el origen por defecto de información y/o transparencia”.

En ese caso, procedería la restitución total de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de la cláusula suelo¹¹⁸ desde el inicio de la vida del préstamo, con sus intereses legales desde la fecha que se cobraron cada una de ellas.

En relación con la cláusula suelo, el **Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 25 de enero de 2017** es bastante esclarecedor al respecto:

*“Y ello **por dos causas**, cada una de ellas suficiente por sí misma para determinar el sobreseimiento de la ejecución:*

*1º. Porque **“en todos los casos”** la obligación de retrotraerse en la vida del préstamo hipotecario y determinar nuevamente el importe de la deuda, aplicando sobre el principal el interés remuneratorio correcto, y con compensación de las cantidades indebidamente cobradas en exceso durante la vida del préstamo por efecto de la cláusula suelo, conlleva que en la fecha de presentación de la demanda de ejecución hipotecaria **“la deuda no era líquida”**.*

*2º. Porque **“en muchos casos”** la obligación de retrotraerse en la vida del préstamo hipotecario y determinar nuevamente el importe de la deuda, aplicando sobre el principal el interés remuneratorio correcto, y con compensación de las cantidades indebidamente cobradas en exceso durante la vida del préstamo por efecto de la cláusula suelo, conllevará que **en la fecha de presentación de la demanda de ejecución hipotecaria “la deuda no era exigible”**, pudiendo incluso suceder que **“el ahora***

¹¹⁸ DE LEÓN ARCE, Alicia (Dirección) y GARCÍA GARCÍA, Luz María (Coordinación): “Derecho de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios”, 3ª edición, Editorial Tirant, Valencia, 2016, pág. 1228.

ejecutado en realidad era acreedor y el banco o entidad financiera aquí ejecutante era el deudor”, al ser mayor la suma debida por el banco al cliente por la indebida aplicación de la cláusula suelo que la suma debida por el cliente al banco por el impago de unas pocas cuotas”.

Merece destacar que aún estando cancelado el préstamo hipotecario con una cláusula suelo, ello no supone inconveniente alguno para ejercitar acción de nulidad, como pone de manifiesto la **Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de San Sebastián de fecha 16 de abril de 2015, número 115/2015, número de recurso 115/2015**, en los siguientes términos:

“Con carácter previo a entrar a analizar la validez de la cláusula suelo-techo incorporada a los contratos, ha de ser resuelto si cabe llevar a cabo dicho control en un contrato de préstamo que a la fecha de interposición de la demanda estaba cancelado.

El contrato fue suscrito el 12 de mayo de 2004 y la parte demandada puso de manifiesto en su contestación a la demanda, y expuso en el acto de la audiencia previa al juicio, que en el mes de marzo del 2013 fue extinguido como consecuencia de su total pago por los demandantes. La defensa de estos, reconoció que, en efecto, se había procedido a su pago, mas defendió que la acción de nulidad que ejercita con base en la LCGC es de naturaleza imprescriptible (artículo 19.4) por lo que entiende viable su pretensión.

Así, la discusión se centra en si cabe entrar a examinar la posible nulidad de una cláusula incorporada a un contrato cuyas prestaciones han sido ya cumplidas y se ha extinguido. Adelanto que la respuesta es afirmativa por los motivos que se exponen a continuación.

En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que los actores pretenden la declaración de nulidad de dos cláusulas concretas por razón de abusividad, que en caso de prosperar, darían lugar a su ineficacia con la subsistencia del contrato (en caso del suscrito en el 2005) siempre que ello sea posible. La base de dicha declaración, se encontraría en la LCGC y en la normativa de protección de los consumidores y usuarios que ha sido invocada.

En segundo lugar, conviene aclarar, que si bien la LCGC remite al CC para la determinación de los efectos de la nulidad (artículos 9 y 10) la acción declarativa de nulidad no estaría sometida al plazo de cuatro años de prescripción del artículo 1.303 del CC por cuanto la acción no se basa en vicios del consentimiento sino en la referida abusividad.

*Ello no obstante, teniendo en cuenta que Caja Rural presenta la cuestión como un problema de imposibilidad de pronunciamiento sobre un contrato extinguido, resulta interesante aclarar que no lo es, utilizando como argumento que la consumación del contrato es, precisamente, el momento a partir del cual comenzaría a correr el citado plazo de cuatro años si fuera aplicable. La consumación, diferente de la perfección, se produciría en el momento de cumplimiento de todas las prestaciones del contrato, lo que generaría su extinción. **De ahí que la cancelación del préstamo por su completo pago no sea óbice para el pronunciamiento sobre la validez de la discutida cláusula.***

Por lo expuesto, considero que cabe llevar a cabo el control de validez de las cláusulas suelo-techo de ambos contratos aunque uno de ellos en la actualidad esté cancelado.”

Habrá que estar a lo que señalan los artículos 8, 9 y 10 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, y por lo tanto, según el primero de ellos:

“Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor.»

De acuerdo con el artículo 10 *«la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia».*

Resulta de aplicación el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, en la redacción dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo.

De entre los preceptos citados, merece ser destacado el artículo 8 de la LCGC cuya función es, al decir de la doctrina¹¹⁹, la de *«regular el control de contenido de las condiciones generales de la contratación (que hayan superado el control de incorporación)», «ese control de contenido consiste en determinar cuáles son los criterios para deslindar las condiciones generales no abusivas (permitidas) y las condiciones generales abusivas (no permitidas o prohibidas) para sancionar estas últimas con su exclusión del contrato, esto es, con la nulidad».* En realidad, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. distingue entre los dos apartados del

¹¹⁹BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), “Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación”, Aranzadi, Navarra, 1999, pág. 262.

mencionado precepto, toda vez que «*el artículo 8.1 no se ocupa de las condiciones generales abusivas*», «*no se ocupa pues del control de contenido propio de las condiciones generales*», «*se limita a repetir lo que resulta ya obvio a partir de los artículos 1.255 y 6.3 CC*», mientras que «**es en el artículo 8.2 donde la Ley aborda en verdad el control de contenido de las condiciones generales, ocupándose de las condiciones generales abusivas, que sanciona con la nulidad, como un caso concreto de la nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 8.1.**»

De donde se desprende que **la declaración de abusiva de una cláusula suelo comporta la declaración de su nulidad y exige**, siempre y cuando sea posible la subsistencia del contrato y ello no perjudique al consumidor.

Con esta declaración de nulidad se han de eliminar también, de acuerdo con la máxima *quod nullum est nullum effectum producit*, (**lo que es nulo no produce ningún efecto**) todos los efectos derivados de su aplicación, tal como señaló, en materia de condiciones generales de la contratación declaradas abusivas, la STJUE de 21 de marzo de 2013.

- Respecto a la cláusula de vencimiento anticipado¹²⁰, el **Tribunal Supremo en la citada Sentencia de 23 de diciembre de 2015, nº 705/2015** ha señalado unas pautas a fin de distinguir el carácter abusivo de una cláusula, y no estar simplemente a la redacción literal de la misma, debiendo valorarse si la parte acreedora puede solicitar el vencimiento anticipado de la obligación, en base a los siguientes criterios:

- a) Esencialidad de la obligación incumplida.
- b) Gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo.

¹²⁰ FERNÁNDEZ SEIJO, José María: “La tutela de los consumidores en los procedimientos judiciales”, Editorial Bosch, Barcelona, 2017, pág.101.

- c) Posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia.

También se ha pronunciado el Tribunal Supremo sobre los efectos de la eventual declaración de nulidad de la citada cláusula ya que si la misma fuera declarada nula, no significa ello que dicha declaración lleve aparejado de forma automática el sobreseimiento de la ejecución.

Sobre dicha cláusula de vencimiento anticipado merece destacar la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2017 (C-421/2014)**:

*“Por lo que se refiere a la apreciación por parte de un tribunal nacional del eventual carácter abusivo de una cláusula relativa al vencimiento anticipado por incumplimientos de las obligaciones del deudor durante un período limitado, **incumbe a ese tribunal nacional examinar, en particular, si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo**”.*

La cláusula de vencimiento anticipado suele estar incluida en la cláusula financiera sexta, y se recoge en el propio artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

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

- 1. Lo dispuesto en este Capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses (...).”*

En principio, la licitud general de las cláusulas de vencimiento anticipado¹²¹ parece no ofrecer duda al estar expresamente previstas en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo plantean serios problemas cuando son insertadas en contratos de larga duración. Por ello, la doctrina marcada por el Tribunal Supremo vino a establecer que sólo se admite la validez de estas cláusulas cuando *“concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos relevantes”* (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, número 792/2009, de 16 de diciembre de 2009, número de recurso 2114/2005).

Confirma dicha línea jurisprudencial el **Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 14 de marzo de 2013 (Caso Aziz, C-415/11)** cuando concreta determinados criterios a tener en cuenta por el Juez a fin de determinar el carácter abusivo de la cláusula:

¹²¹ MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J.: “Tratado de proceso de ejecución civil”, Tomo I, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 264 a 275.

“En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló el Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo”.

Respecto al incumplimiento de cualquiera de las cláusulas u obligaciones dimanantes del contrato que dan lugar a resolver anticipadamente la relación contractual, merecen mención las conclusiones alcanzadas por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra en su **Sentencia número 192/2015, de 3 de junio de 2015 (número de recurso 233/2015)**, para determinar su abusividad y nulidad, al entender que:

“Por lo que se refiere a la cláusula de vencimiento anticipado por “incumplimiento de cualquiera de las cláusulas del contrato”, su carácter abusivo no plantea duda alguna porque, de un lado, infringe la doctrina jurisprudencial apuntada, que limita la facultad resolutoria a los supuestos de incumplimiento de una obligación de especial relevancia, lo que exige analizar caso por caso la naturaleza de la obligación incumplida y la gravedad del incumplimiento, e impide que la inobservancia de una prestación accesoria tenga efectos tan gravosos para el contratante incumplidor; por otro lado, la

referencia a “cualquiera de las cláusulas del contrato” es tan genérica que impide al prestatario conocer suficientemente cuáles son las causas o factores cuya apreciación puede dar lugar a la resolución anticipada del préstamo y, por tanto, a la pérdida del plazo de devolución, vulnerando así lo dispuesto en el art. 7 de a) LCCG y los arts. 80.1a) TRLU; y por último, como apunta la STS de 16 de diciembre de 2009, una cláusula tan abierta viene a dejar la resolución del contrato a la voluntad de uno de los contratantes, con manifiesto desequilibrio del prestatario, usuario del servicio, con infracción del art. 82.4 letras a) y e) TRLDCU”.

En cuanto a la facultad de resolver el contrato ante el impago de las cuotas, resulta claramente abusiva dicha cláusula en tanto que infringe la doctrina jurisprudencial citada, pues como bien señala la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 3 de junio de 2015:**

“Es verdad que el pago de las cuotas constituye la obligación esencial del deudor en el contrato de préstamo, como también que el pacto que autoriza la resolución anticipada del contrato a instancia de una de las partes por incumplimiento de la obligación de satisfacer las cuotas estipuladas es, en abstracto, admisible dentro del ámbito de autonomía de las partes al contratar (art. 1255 CC). Más en el caso enjuiciado esta facultad no está prevista exclusivamente para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo.

El tenor literal de la cláusula es terminante; la falta de pago de cualquiera de los vencimientos de las cuotas, incluyendo todos los conceptos que las integran, es suficiente para desencadenar, a voluntad de la prestamista, el vencimiento anticipado. Y ello con independencia de si el incumplimiento afecta a una o más cuotas, si es total

o parcial, si afecta al principal o a los intereses, si se produce al principio del período contractual o más avanzado el mismo...

De este modo, no es que la facultad se reconozca únicamente al empresario (lo que de por sí justificaría la apreciación de una desproporción entre las partes), sino que se reconoce con base en cualquier incumplimiento, tenga o no la consideración de grave en atención a la cuantía y duración del préstamo, lo que resulta manifiestamente desproporcionado y, en consecuencia, abusivo”.

Así, la vocación abierta de dicha cláusula de vencimiento anticipado advierte que el mero incumplimiento de pago por el deudor, en cualquier cuantía por mínima que sea, ya deja al arbitrio de la entidad bancaria el ejercicio de la facultad resolutoria, sin necesidad de atender a circunstancias tales como la duración del contrato o las cantidades ya amortizadas o pendientes de amortizar.

Con igual criterio, destaca la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, número 242/2013, de 26 de julio de 2013 (número de rec. 161/2012)**, al tratar la abusividad de cláusulas similares de vencimiento anticipado, estableciendo que:

“...el tenor literal de la cláusula que aquí examinamos permitiría defender que podría bastar incluso el impago de siquiera una mera parte de unas de las cuotas del préstamo para que el banco pudiera dar lugar al vencimiento anticipado (...) No puede confiarse la suerte de la aplicación de una cláusula de ese tipo ni a la decisión eventual ni a la interpretación que en cada momento, según sus intereses o necesidades, pueda el banco hacer de la misma, bastando con que confiera la posibilidad de que se pudiera llegar a producir una aplicación de ella de un modo abusivo para que deba ser expurgada. Ha de ser expulsada del tráfico mercantil, como tuvimos ocasión de explicar en el

fundamento jurídico quinto, una condición general que permitiera, en alguno de sus sentidos, ser entendida de un modo que pudiera propiciar la abusividad.

(...) Aunque el vencimiento anticipado de una obligación, que implica la pérdida del beneficio del plazo y conlleva adelantar la exigibilidad de la misma, puede responder, al margen de las causas legales (artículo 1129 del Código Civil) y otras disposiciones especiales, como aquella a la que nos hemos referido y a la que también lo haremos más adelante, a la que sea fruto de lo pactado por las partes (con arreglo a la previsión del artículo 1255 del Código Civil y a los límites señalados en él), es importante tener en cuenta que ésta, para que pueda ser considerada lícita, debe responder a intereses que puedan ser apreciados como legítimos. De ahí que, si ya con carácter general podría predicarse algo similar, cuando la cláusula de vencimiento anticipado se predisponga en sede de condiciones generales de la contratación deba comprenderse si verdaderamente tan contundente consecuencia responde a una justa causa; cuando ésta lo sea el incumplimiento contractual, sólo puede ser configurada como una respuesta adecuada y proporcionada ante una manifiesta dejación de obligaciones de carácter esencial, sin que debiera bastar ni la infracción de obligaciones accesorias ni incumplimiento todavía irrelevantes.

Además, podemos considerar que, con un criterio que atienda a la lógica de las actuaciones humanas, en el marco de una negociación individual (que es el que el Tribunal de Justicia-UE-, en sentencia de 14 de marzo de 2013, C-415-11, dice que hay que tomar como referencia) un cliente no hubiera aceptado una cláusula que permitiera una lectura de la misma que posibilitase al banco dar por vencida totalmente la operación y reclamarle anticipadamente todo el préstamo con sus intereses por la circunstancia puntual de que en un momento determinado sólo hubiera podido pagarse una parte de una de las cuotas mensuales.

Es más, el legislador ha demostrado con la reforma por la Ley 1/2013 (que ha pasado a exigir el impago durante tres plazos mensuales o de un número de cuotas que equivalga a ello), que incluso la previsión del artículo 693. 1 de la LEC merecía ser revisada, si bien ese problema incumbía al ámbito de actuación del poder legislativo que ha decidido ahora proteger más fuertemente al consumidor que antes.

*Al margen de esta última reflexión, hemos de considerar, por las razones que expusimos con anterioridad a ella, que **la cláusula que aquí nos ocupa resulta abusiva** porque entraña un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes (artículo 82.1 del TRLGDCU), pues resultaría desproporcionado que pudiera operar ante una situación como la que hemos analizado (artículo 88.1 del TRLGDCU) e implicaría además falta de reciprocidad (artículo 87 del TRLGDCU)”.*

Por último, también resulta relevante el citado pronunciamiento del **Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil**, en su **Sentencia número 705/2015, de 23 de diciembre de 2015 (Rec. 2658/2013)**, cuando al analizar la abusividad y consecuente nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado, establece que:

“Es decir, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC, los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11)”.

En definitiva, se desprende el carácter abusivo¹²² de este tipo de cláusulas de vencimiento anticipado, en tanto generadora de un desequilibrio contractual, contrario al principio de la buena fe y en detrimento del consumidor.

La actual limitación del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que permite solicitar el vencimiento anticipado ante el impago de tres mensualidades debe tenerse en cuenta en aquellas escrituras de hipoteca, cuyas cláusulas en el momento de redactarse eran lícitas.

En este sentido, es muy importante destacar la valoración realizada en la Conclusión nº 7 de las Jornadas de Jueces y Magistrados del Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales sobre las repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria, celebradas en Madrid el 8 de mayo de 2013, en el que se indicó lo siguiente:

“El posible carácter abusivo de la cláusula en abstracto no generará por sí la nulidad de dicha cláusula sino que deberá valorarse según las circunstancias del caso. En concreto, aunque se prevea el vencimiento anticipado por un único incumplimiento, si la reclamación se interpone cuando se haya producido el incumplimiento en los términos previstos en el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil según el texto de la proposición de ley, no se apreciará el carácter abusivo de la cláusula”.

La Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, en Auto 201/2015, de 30 de octubre, estima que el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no le confiere legitimación

¹²² LAFUENTE TORRALBA, A.: “El control judicial de cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria: luces y sombras de su regulación legal”, en Vivienda y crisis económica (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica). Dir.: ALONSO PÉREZ, Mª Teresa, Thomson-Reuters Aranzadi, 2014.

a la parte acreedora para pedir íntegramente la deuda en el caso de impago de tres cuotas, sino que viene a establecer un suelo mínimo a fin de determinar el incumplimiento, en el que por debajo del mismo no pueda tener lugar el citado vencimiento anticipado, no siendo obstáculo que en función de las circunstancias particulares de cada supuesto, dicho suelo sea irrelevante en base a la duración y cuantía del préstamo y por consiguiente susceptible de abusividad.

Interesa destacar que muchas Audiencias Provinciales de muchas comunidades autónomas han suspendido los procedimientos de ejecución hipotecaria hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncie resolviendo las dudas del Tribunal Supremo.

En este ámbito de protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas, la legislación española ha tenido que ir adaptándose a las exigencias del derecho comunitario¹²³.

Así en Murcia, el Acuerdo adoptado en fecha 17 de febrero de 2017¹²⁴ en pleno jurisdiccional civil de la Audiencia Provincial de Murcia, en virtud del artículo 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para unificar criterios en las secciones de lo Civil, relativos a los procedimientos de ejecución hipotecaria en los que se ilustra la cuestión acerca de la validez de dicha cláusula, ha acordado lo siguiente:

- a. Suspender los trámites de los recursos de apelación de los procedimientos declarativos y de ejecución hipotecaria, en los que sea parte un consumidor y se

¹²³ SERRA RODRÍGUEZ, A.: “Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad”, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pág. 16.

¹²⁴ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Region-de-Murcia/Actividad-del-TSJ-Region-de-Murcia/Unificacion-de-criterios/Acuerdo-adoptado-el-17-de-febrero-de-2017--en-pleno-jurisdiccional-Civil-de-la-Audiencia-Provincial-de-Murcia--al-amparo-del-articulo-264-LOPJ-para-unificar-criterio-en-las-secciones-civiles--en-relacion-con-los-procedimientos-de-ejecucion-hipotecaria-en-los-que-se-discuta-la-validez-de-la-clausula-de-vencimiento-anticipado>

- discuta, de oficio o a instancia de parte, el carácter nulo de una cláusula de vencimiento anticipado;
- b. La suspensión tendrá lugar, previa audiencia de las partes personadas en el procedimiento, en cada uno de los rollos de apelación en virtud de auto y afectará a los procedimientos ya repartidos o que se encuentren en situación de trámite en la sección que corresponda.
 - c. Dicha suspensión se mantendrá mientras el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no resuelva la cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Supremo en auto de 8 de febrero de 2017 (-se ejercita la acción de nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado. Se estima la demanda en ambas instancias-), dada la incidencia que el pronunciamiento del tribunal europeo pueda tener en relación con los procedimientos que sean afectados por la citada cláusula cuando constituye la misma la premisa o base de la ejecución que se ha despachado;
 - d. Sin embargo, no tendrá lugar la suspensión de la ejecución y continuará su tramitación ordinaria de los recursos de las ejecuciones, ya sean ordinarias ya sean ejecutivas hipotecarias, en aquellos supuestos en los que parte demandada no tiene la condición de consumidor;
 - e. En el caso de afectar a fiadores de una sociedad, sólo se suspenderá el procedimiento cuando alguno/s de los fiadores sea considerado consumidor por ausencia de vinculación con la mercantil de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria;
 - f. En los procedimientos declarativos cuyo objeto sea la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por vulneración de la Ley de Condiciones

Generales de la Contratación, la suspensión del procedimiento tendrá lugar por la sección que conozca del rollo de apelación correspondiente.

Con igual criterio, la Audiencia Provincial de Madrid ha suspendido los procedimientos de ejecución hipotecaria mientras el Tribunal de la Unión Europea no resuelva la incertidumbre del Tribunal Supremo en este sentido. Todo ello en virtud del Acuerdo no jurisdiccional de unificación de criterios adoptado de 14 de febrero de 2017 en la Junta Sectorial de magistrados de las secciones civiles generales y de la sección mercantil de la Audiencia Provincial de Madrid. Así, el Tribunal Supremo ha pedido al Tribunal de la Unión Europea que aclare el modo proceder en estos casos, solicitando además que la petición se tramite por el procedimiento acelerado.

Así, desde la plataforma de afectados por la hipoteca (PAH) se ha anunciado que van a reclamar la nulidad de cada una de las ejecuciones hipotecarias y los desahucios ocasionados desde el año 1995 con la consiguiente restitución de derechos y la reparación de todos los daños producidos.

- Otra cláusula abusiva es la relativa a los gastos hipotecarios¹²⁵ que los prestatarios han tenido que asumir a costa de recibir un préstamo hipotecario, siendo numerosos los Juzgados y Tribunales que vienen confirmando sistemáticamente la nulidad de cláusulas relativas a los gastos hipotecarios:

Así, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, número 559/2016, de 25 de abril de 2016, número de recurso 1359/2015:**

“Sobre esta cuestión se ha pronunciado, además de alguna resolución precedente de esta misma Sección (Sentencia de 15 de julio de 2015) referida, precisamente, al

¹²⁵ CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: “La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios con consumidores”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 73.

BANCO DE SANTANDER, S.A., la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 (...). Esta Sala ha de acoger, por ello, la pretensión de nulidad deducida (...)”.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28, número 242/2013, de 26 de julio de 2013, número de recurso 161/2012:

“La abusividad de la cláusula resulta palmaria, en la medida en que implica la repercusión en el consumidor, sin distinción alguna, del pago de todos los gastos y de todos los tributos de la operación convenida con el banco, incluidos aquellos que por su naturaleza pudieran ser de cargo del empresario o de los que éste fuese el sujeto pasivo”.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1ª, 153/2016, de 7 de marzo de 2016, número de recurso 990/2015:

“Pues bien, dicho motivo habrá de seguir la misma suerte desestimatoria ya alcanzada por los anteriores, remitiéndonos igualmente para apoyar el necesario rechazo, a la doctrina contenida en la tan citada STS, Pleno de 23-12-15, que pasamos a transcribir en parte por su interés pese a su extensión (...) Se desestima pues el motivo analizado y con él en consecuencia la apelación interpuesta”.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, 225/2016, de 17 de octubre de 2016, número de recurso 114/2015:

“...el particular de la estipulación 5ª relativo a las costas, cuyo contenido concreto es el siguiente “5.7. Costas y gastos de los procedimientos judiciales y extrajudiciales que la Caixa, tuviere que formalizar para el cumplimiento de lo pactado, incluso tercerías de dominio o de mejor derecho” ...16. La demanda también se refiere de forma explícita

al punto 5.8 de la estipulación 5ª cuyo contenido literal transcribe y es el siguiente: “5.8. Los correspondientes a servicios prestados directamente por la Entidad”. 18. La demanda también se refiere a “los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación – incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía – y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente de su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños”. 19. Con esta referencia entendemos que la demandada se está queriendo referir a los apartados 5.2 (gastos notariales y registrales), 5.3. (tributos), 5.4. (gastos de gestoría), 5.5. (seguro de daños), es decir, prácticamente a todos los demás apartados con salvedad del seguro de vida (apartado 5.6). (...) En resumen, todo el pacto 5º es nulo con salvedad de los puntos 5.1, 5.5 y 5.6 con las precisiones que se han hecho respecto al alcance parcial de la nulidad respecto de los demás extremos”.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, número 266/2016, de 1 de septiembre (número de recurso 326/2016):

“Finalmente el apelante vuelve a reclamar en esta instancia en el motivo séptimo del recurso la nulidad de la cláusula de gastos, que contiene la cláusula 5ª, que dice: “Serán de cuenta de la parte prestataria los gastos ocasionados por la tasación de las fincas hipotecadas, su conservación y el seguro de daños; los gastos notariales y registrales, impuestos, gastos de tramitación ante el Registro de la Propiedad y Oficinas Liquidadoras por este préstamo, tanto los ocasionados por su otorgamiento como por su subsanación, modificación o cancelación, y todos los derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago. Son igualmente de cuenta de la parte prestataria los gastos de los documentos complementarios que se precisen e impuesto

de toda clase que hoy o que en lo sucesivo graven el capital e intereses de esta clase de contratos, aun cuando por Ley se impusieren directamente a la Entidad prestamista, quien en tal caso tendrá derecho a exigir de la parte prestataria el reintegro de lo que hubiera satisfecho.

(...) A una cláusula semejante se refiere el fundamento jurídico 5° de la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, rec. 2658/2013...La extensa cita justifica la decisión de estimar el motivo, porque precisamente la controvertida cláusula 5ª dispone atribuir a la prestataria obligaciones que no siempre le corresponden, en términos semejantes a los ya resueltos en el caso señalado por el Tribunal Supremo. Su doctrina es de plena aplicación a esta cláusula, puesto que atribuye idénticas obligaciones a la apelante que las que se analizaron en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, rec. 2658/2013, considerándose abusivas, calificación que también merece ahora la ahora analizada. En definitiva, aplicando dicha doctrina legal, lo procedente es acoger el recurso y declarar la nulidad por abusiva de la cláusula quinta relativa a los gastos”

Se trata de cláusulas nulas que imponen al prestatario el abono de una serie de gastos hipotecarios¹²⁶. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, número 705/2015, de 23 de diciembre, que confirma la nulidad de las cláusulas de gastos contenidas en las escrituras de préstamo hipotecario hipotecario de BBVA, al tiempo

¹²⁶ Como ya ha indicado el Tribunal Supremo, dichos gastos deberían haber sido abonados por el Banco ya que éste es el único interesado en tener un documento público que acredite la suscripción del préstamo, para el caso de incumplimiento poder acudir con dicha escritura a un Juzgado y ejecutar el bien a través de un procedimiento de ejecución hipotecaria, el cual resulta ágil y tiene como resultado no sólo la pérdida del inmueble con la consiguiente adjudicación del mismo al Banco, en la mayoría de los casos, sino además una deuda pendiente que el deudor tendrá graves dificultades para poder hacerle frente.

que entra a valorar qué gastos corresponden a la entidad financiera y cuáles al prestatario.

Y es que *“en definitiva, la controversia acerca de la nulidad de la cláusula de gastos en la contratación hipotecaria se centra en determinar la existencia del desequilibrio provocado por la misma o generado como consecuencia de una deficiente información al consumidor por parte de la entidad financiera, al sostener habitualmente la entidad bancaria, que el gasto o la obligación tributaria a la que se refiere debe recaer sobre el prestatario consumidor”*¹²⁷

Los gastos que podrán ser reclamados son únicamente los relacionados con la constitución de la hipoteca o modificación de la garantía hipotecaria y en concreto son los siguientes:

- Notario, siendo necesario su factura.
- Registro de la Propiedad, también es necesaria su factura/s en función del número de fincas hipotecadas.
- Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, correspondiente al préstamo, subrogación, ampliación o novación.
- Gestoría, de la que también es necesaria factura o liquidación de la provisión de fondos en la que se incluyan sus honorarios.
- Tasación¹²⁸, también resulta necesaria factura, justificante de transferencia o adeudo en cuenta o similar.

¹²⁷ CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: “Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca: negociación contractual, desequilibrio importante y protección del consumidor en la contratación bancaria” Editorial: Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pág. 67.

¹²⁸ AGÜERO ORTIZ, A.: “Efectos y alcance de la nulidad de cláusulas de gastos en préstamos hipotecarios. Especial referencia al IAJD y los gastos de tasación”, en Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil, número 2/2017, pág. 11.

- Otra cláusula también abusiva es la relativa a la cláusula de intereses de demora, que suele aparecer en la cláusula financiera sexta bis, de un modo similar al que sigue:

*“Las obligaciones dinerarias de la parte prestataria, dimanantes de este contrato, vencidas y no satisfechas, devengarán desde el día siguiente al de su vencimiento, sin necesidad de requerimiento alguno y sin perjuicio de la facultad de vencimiento anticipado atribuida al Banco en la Cláusula Sexta bis, **un interés de demora del 19% NOMINAL ANUAL**, calculado y liquidable por meses naturales o fracción en su caso y siempre por períodos vencidos. Los intereses vencidos y no satisfechos devengarán y se liquidarán en igual forma nuevos intereses al tipo de interés moratorio aquí establecido”.*

Dicha cláusula prevé un interés de demora por retraso en el pago del 19%, siendo los mismos nulos por abusivos.

En cuanto a las consecuencias de tal declaración de nulidad, la cláusula de fijación de intereses de demora no puede ser aplicada en ningún caso, por lo que procede su eliminación del contrato litigioso, teniendo los intereses moratorios por no puestos y permaneciendo vigente el resto del clausulado que no sea declarado nulo. Asimismo, dicha cláusula¹²⁹ tampoco puede ser moderada judicialmente, ya que el sentido de la jurisprudencia comunitaria es que las cláusulas nulas no deben aplicarse ni siquiera reducirse o corregirse en perjuicio de los consumidores y usuarios porque, llevar a cabo tal reducción o moderación, conculcaría la buena aplicación de la Directiva 93/13/CE.

¹²⁹ CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: “La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios con consumidores”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 76 a 79.

- Otra cláusula abusiva también muy frecuente son las de redondeo al alza o por exceso del interés resultante en préstamos hipotecarios de interés variable, logrando con ello unos intereses abusivos¹³⁰.

La Ley 44/2002, de 22 de noviembre, prohibió expresamente el redondeo exclusivamente al alza de los créditos y préstamos garantizados. Así, dicha prohibición también se recoge en el artículo 87.5 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios:

“Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular:

5. Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva. En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado”.

Son muchas más las cláusulas abusivas en los contratos bancarios, por lo que a título de ejemplo pasamos a citar las siguientes:

- a) Uso del año comercial (360 días) como divisor del cálculo de intereses de operaciones bancarias cuyo cálculo se realiza por días.

¹³⁰ Esta cláusula ha sido declarada nula por abusiva por Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2010.

- b) Exigencia de un seguro de amortización como condición indispensable para realizar una operación de préstamo, seguro que cubrirá el importe total del préstamo para los casos de fallecimiento, invalidez o desempleo, no ofreciendo la entidad bancaria esta información hasta el momento de la firma.
- c) Exigencia de garantías personales además de la hipoteca, cuando el valor del bien objeto de la misma cubre suficientemente el préstamo.

Los Juzgados, por otro lado, han declarado nulos por abusivos aquellas cláusulas que fijaban unos intereses moratorios superiores en diez puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio que estaba en vigor cuando se produjo la demora, así como de la cláusula de cálculo de intereses en el que se tomaba como referencia el año de 360 días y no el año natural. Así, el **Auto de 23 de enero de 2015, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Cáceres:**

“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado sentencia el 21 de enero de 2015 en los asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13 en cuatro cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Marchena en cuatro procesos de ejecución hipotecaria frente a UNICAJA BANCO y CAIXABANK. Se plantea por el Juez español la posible compatibilidad de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 con la Directiva 93/13, en particular con el artículo 6, apartado 1 de la mencionada Directiva.

En cuanto a la Disposición Transitoria, el TJUE recuerda que no se circunscribe solo a los contratos entre consumidores y profesionales y por lo tanto no solo es de aplicación en relación con la existencia de cláusulas abusivas: "el ámbito de aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 comprende cualquier contrato de préstamo hipotecario y, de este modo, no coincide con el de la Directiva 93/13, la

cual únicamente se refiere a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor. De ello se sigue que la obligación de respetar el límite máximo del tipo de interés de demora equivalente a tres veces el interés legal del dinero, tal como la impuso el legislador, no prejuzga en absoluto la apreciación por parte del juez del carácter abusivo de una cláusula por la que se establecen intereses de demora.
(Parágrafo 36).

Por lo tanto, la Disposición Transitoria no colisiona con la directiva 93/13 ya que su existencia no impide que los Jueces puedan dejar de aplicar una cláusula cuando sea abusiva. Ocurre que cuando no es abusiva (supuestos de préstamo entre particulares, prestatario no consumidor, cláusula negociada individualmente, etc.) se podrá exigir este límite: "... En suma, el fallo no declara contraria a la Directiva 93/13/CEE la disposición transitoria segunda y, por ende, el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, en cuanto que obliga a recalcular las cantidades debidas, siempre que la disposición nacional no impida al Juez nacional dejar de aplicar la cláusula en caso de que aprecie que es abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1 de la Directiva. Recordar de nuevo que dichos preceptos no sólo se aplican a los contratos con consumidores.

Es la supremacía del derecho europeo y la vinculación de los Jueces nacionales a las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La conclusión es muy clara: no se puede declarar la abusividad de una cláusula y al mismo tiempo recalcularla al triple del interés legal. Si se acuerda lo primero, hay que dejar de aplicar la cláusula.

NOVENO.- De todo lo anterior se deduce que en el caso presente declarada la abusividad de la cláusula de intereses moratorios, no cabe recalcular la cantidad debida, sino suprimirla sin más.

DÉCIMO.- Lo anterior nos exime de estudiar la segunda alegación de la parte ejecutada, a saber, la cláusula de cálculo de los intereses en el que se utiliza el año comercial de 360 días y no el año natural de modo que el cálculo del devengo se efectúa diariamente, multiplicando la cantidad vencida y no satisfecha por el tipo de interés de demora y dividido el resultado por 36.000.

Aun así, debe señalarse que dicha cláusula es igualmente abusiva por contraria al artículo 3 núm. 1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993), sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores en cuanto que causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Es cierto que la práctica de utilizar el año comercial en el cálculo de intereses es inveterada entre los usos bancarios. Ello tenía sentido en épocas anteriores a la informática para facilitar el cálculo de los intereses, evitando tener que hacer la división por 365 o 366 días según el año fuera o no bisiesto. Pero no en la actualidad, de modo que dicha práctica ha sido muy discutida por el propio Banco de España en su informe sobre buenas prácticas bancarias en la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España del año 2009. Y esa especie de redondeo a la baja lo es en detrimento del consumidor (...) Este es el caso resuelto por el Tribunal Supremo cuando rechazó los recursos de casación frente a sentencias que declararon nulas las cláusulas de redondeo al alza en los préstamos garantizados con hipoteca a interés variable cuya similitud con el redondeo del cálculo de los intereses es más que evidente. En sentencias de 4 de noviembre y 29 de diciembre de 2010 el Alto Tribunal entendió que dichas cláusulas son abusivas”.

Se han pronunciado los Jueces y Tribunales de nuestro país respecto a las comisiones, gastos e intereses moratorios que cobraría el banco, entendiendo que los mismos serían válidos si vienen claramente estipulados en el contrato. Así, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25, número 389/2015, de 24 de noviembre:**

“OCTAVO.- Por consiguiente, acreditada la obligación que incumbía a la entidad actora de abonar las comisiones, gastos e intereses moratorios objeto del litigio -bien por haber sido expresamente pactadas, bien por haber sido prestado el servicio que remuneran-; no cuestionándose la validez y eficacia de los negocios jurídicos concluidos entre las entidades mercantiles litigantes, a los que -como se ha expuesto con anterioridad- no les resulta de aplicación el régimen de nulidad por abusividad; y no evidenciándose, de los elementos probatorios obrantes en las actuaciones, datos o elementos objetivos de los que se pueda inferir la existencia de error, por parte de la entidad actora, al realizar los pagos correspondientes; la inviabilidad de la pretensión específicamente formulada en la demanda inicial, deviene incuestionable, al no poder apreciarse la concurrencia de los requisitos exigidos para el éxito de la pretensión de repetición de lo indebido, única pretensión formulada en el proceso y única que, por imperativo del Principio de Congruencia que rige el proceso civil, puede ser objeto de valoración y pronunciamiento por parte del tribunal.

(...) En consecuencia, con estimación del recurso de apelación interpuesto, y revocación de la sentencia apelada, procede desestimar, en su integridad, la demanda interpuesta por la entidad mercantil «CANTENET, SL», representada por el procurador don Jesús Aguilar España, contra la entidad mercantil «BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, SA», representada por la procuradora doña Alicia Oliva

Collar; absolviendo a la expresada demandada de la pretensión objeto de la antedicha demanda y de todos los pedimentos formulados en ella en su contra ..."

Por el contrario, los Juzgados han declarado nulos por abusivos por falta de transparencia determinados índices al no acreditarse suficiente información al consumidor.

- En cuanto al IRPH, en sus tres modalidades, bancos, cajas y todas las entidades, es un tipo de interés de referencia oficial para la revisión de los tipos y cuotas de los préstamos hipotecarios¹³¹.

Su regulación inicial se encuentra en la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de crédito sobre transparencia de las operaciones y protección a la clientela y, en concreto, en el Anejo VIII de la misma, añadido por la Circular 5/1994, de 22 de julio, donde se establecía la definición y cálculo de los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario, entre los que se encontraban los siguientes:

- a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años concedidos por los Bancos (IRPH Bancos).
- b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años concedidos por las Cajas de Ahorros (IRPH Cajas).
- c) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años concedidos por el conjunto de entidades de crédito (IRPH Entidades)¹³².

La Circular los definía como *“la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo*

¹³¹ http://www.bde.es/clientebanca/es/áreas/Tipos_de_interes/Oficiales_para_p/Tipos_referencia/

¹³² ORTIZ PÉREZ, Maite y ERAUSKIN VÁZQUEZ, José María: “IRPH Cajas ¿Una simple media de los tipos de interés medios ponderados?, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 7/2017, Parte jurisprudencia. Doctrina. Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas por, en cada caso: el conjunto de cajas de ahorro; el conjunto de bancos; o el conjunto de cajas de ahorro y de bancos; en el mes al que se refiere el índice”.

Es decir, las entidades comunican todos los meses al Banco de España el tipo medio que han usado en sus préstamos hipotecarios que hayan comenzado o renovado ese citado mes y a continuación el Banco procede al cálculo de la media simple para determinar el IRPH (simple suma de los tipos medios comunicados por cada entidad, entre el número de entidades).

En el año 2011, en aras de la poca transparencia de la que gozaban estos tipos de interés, la Unión Europea hizo una recomendación al Estado de España a fin de que el IRPH Cajas, IRPH Bancos y CECA no siguieran publicándose en el BOE. Huelga indicar que lo dicho sobre el IRPH Bancos e IRPH Cajas resulta totalmente extrapolable al IRPH Entidades a la vista de su definición y método de cálculo.

Posteriormente, a través de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y de la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de julio a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago (en su Disposición Transitoria Segunda), se regulan los nuevos índices de referencia oficiales, entre los cuales ya no se incluyen ni el IRPH Cajas, ni el IRPH Bancos, por lo que desaparece el carácter oficial de los mismos para todas aquellas operaciones formalizadas a partir del día 29 de abril de 2012 (fecha de la entrada en vigor) pero continúan siendo aptos, a todos los efectos, en los préstamos formalizados antes de esa fecha que los tuvieran como tipos de referencia. En ningún momento se elimina el IRPH Entidades de la lista de índices de referencia oficiales por lo que éste continúa vigente.

Sin embargo, hasta el año 2013 no se establecen los índices sustitutivos del IRPH Cajas e IRPH Bancos. En concreto, fue la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, la que fijó el “régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia”, señalando que:

- A partir del día 1 de noviembre de 2013 el Banco de España dejaría de publicar el IRPH Cajas y el IRPH Bancos y se produciría su desaparición completa.
- Las referencias a estos tipos de interés serán sustituidas, desde la siguiente revisión de los tipos, por el índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato.
- De no existir un tipo sustitutivo en el contrato, o de ser éste uno de los desaparecidos, la sustitución se realizará por el IRPH Entidades, *“aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo”*.

La eliminación y sustitución del IRPH Cajas e IRPH Bancos, bien por el índice sustitutivo fijado en el contrato, bien por el IRPH entidades, conforme a lo establecido en la normativa referenciada, implicó la **novación automática de los contratos de préstamo**, aclarando la propia Ley 14/2013 que ello no suponía alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita e indicando expresamente que, tanto el cliente bancario como la entidad financiera, *“carecerán de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito como contrapartida de la aplicación de lo dispuesto en esta Disposición”*.

Debemos poner de manifiesto que **con anterioridad a la aprobación de ese índice sustitutivo**, distintas agrupaciones solicitaron la sustitución del IRPH Cajas y Bancos por un tipo de EURIBOR + 1 punto. Ello se plasmó en el “*Informe sobre el Nuevo Índice Hipotecario para Sustituir al IRPH de las Cajas*” de Agosto 2013, elaborado por el Prof. D. Pascual Martínez Espín¹³³.

Tras las elecciones autonómicas de mayo 2015, en los Parlamentos y Cortes de distintas Comunidades (Andalucía, Asturias, Cantabria, Cataluña, País Vasco y Valencia) se iniciaron los trámites para la aprobación de Proposiciones no de Ley que impulsaran la derogación del IRPH y otras actuaciones de apoyo a los afectados por dicho índice.

Los objetivos y solicitudes eran claras: instar a los respectivos Gobiernos Autonómicos a: (i) declarar el carácter abusivo del IRPH, en tanto opaco e influenciabile; (ii) que insten a las entidades financieras a que eliminen o cesen su aplicación, devuelvan las cantidades abonadas de más por los clientes y revoquen los desahucios por ejecuciones hipotecarias con referencia al IRPH; (iii) que insten a las Instituciones Europeas para que el nuevo Reglamento Europeo sobre índices de referencia sea aplicable a los índices elaborados por los Bancos Centrales.

De otro lado, estos Órganos ponían de manifiesto su preocupación para que el nuevo Reglamento Europeo sobre los índices utilizados como referencia en los contratos financieros e instrumentos financieros¹³⁴ no resultase de aplicación al IRPH, en tanto en cuanto quedaban fuera de alcance, aquellos índices definidos o elaborados por los Bancos Centrales. Dicho Reglamento exige que los datos utilizados para determinar los

¹³³ MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: “Informe sobre el nuevo índice hipotecario para sustituir al IRPH de las Cajas”, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla La Mancha, agosto 2013, pág. 4.

¹³⁴ Resolución Legislativa de 28/04/2016 del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del PE y del Consejo sobre los Índices utilizados como referencia en los contratos financieros e instrumentos financieros.

índices sean públicos; sin embargo, al no afectar al IRPH, éste seguirá siendo un tipo de referencia opaco, ya que los datos que sirven de base para su cálculo son secretos.

Finalmente, el Defensor del Pueblo en Cataluña publicó en Septiembre de 2015 su informe sobre *“La protecció dels afectats per l’índex de referència de préstecs hipotecaris”* donde, entre otras cuestiones, señalaba que: (i) *La información proporcionada al consumidor ha sido engañosa, al no haberle trasladado información real de las consecuencias que en el precio del contrato podía tener un tipo de interés que siempre se ha mantenido por encima del Euribor;* (ii) *El IRPH es influenciado por parte de las entidades financieras, según se desprende del pliego de respuestas del BdE (no vinculantes) en el marco del procedimiento ordinario 81/2014 ante el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Burgos;* (iii) *El IRPH fue calculado con elementos que han sido declarados nulos como por ejemplo, las cláusulas suelo”*.

Así mismo, hace referencia a este extremo la Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo de 2 de octubre de 2015, que advierte, *al igual que la petición 1249/2013 entre otras*, que el uso del índice de referencia de préstamos hipotecarios es contrario a la Directiva 93/13/CEE”.

Finalmente hemos de traer a colación los pronunciamientos del Banco de España¹³⁵ sobre el método de cálculo del IRPH y la influencia de la actuación de las entidades en el resultado o evolución del citado índice. Se trata de las respuestas dadas al Pliego de preguntas para interrogatorio por escrito, presentado en el marco del Procedimiento Ordinario 81/2014 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Burgos.

¹³⁵ Informe del Banco de España de 2 de junio de 2015.

Merece destacar, pese a su carácter no vinculante y en lo que aquí interesa, los siguientes extractos:

“Pregunta 11.- ¿Es cierto, en definitiva, que cada caja podría influir en el resultado del IRPH Cajas aumentando los intereses aplicados por ella, y que la magnitud de dicha influencia podía calcularse de manera exacta mediante el cociente $1/n$, siendo n el número de cajas? Respuesta: Si, en cuanto a la primera afirmación. En cuanto a la segunda parte de la pregunta, se considera que su formulación no es correcta, ya que la magnitud de la influencia dependerá del incremento del interés, no obstante, efectivamente el aumento en el tipo resultante tendrá una correlación exacta con el número de cajas existentes en cada periodo.

Pregunta 12.- ¿Es cierto que si una caja aumentara los tipos de interés de sus hipotecas con objeto de influir en el resultado del IRPH Cajas, la pérdida de cuota de mercado que experimentaría no afectaría en absoluto a su peso específico en el IRPH Cajas por tratarse de una media simple y no ponderada? Respuesta: Si.

Pregunta 14.- ¿Es cierto que el aumento de comisiones por parte de una de las cajas incrementaría automáticamente el resultado del IRPH Cajas? Respuesta: Si

Pregunta 15.- ¿Es cierto que para la determinación del IRPH Cajas se consideraban tipos de interés que posteriormente fueron declarados nulos por abusivos en muchos préstamos, como es el caso de la denominada cláusula suelo o la cláusula de redondeo al alza y que si dichas cláusulas abusivas no hubieran sido aplicadas el resultado del IRPH Cajas habría sido inferior? Respuesta: El Banco de España no dispone de información suficiente para responder a esta pregunta, ya que se desconoce la existencia o no de operaciones con estas cláusulas en la fecha de referencia, ni su posible repercusión en el índice calculado.”

La última de estas preguntas la traemos a colación por lo sorprendente de la respuesta que da el Banco de España. Como bien se ha reflejado en la “Resolución Legislativa de 28/04/2016 del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del PE y del Consejo sobre los Índices utilizados como referencia en los contratos financieros e instrumentos financieros”, los Bancos Centrales NO está sujetos a dicho Reglamento toda vez que su actuación ya responde a principios, criterios y procedimientos que garantizan su integridad e independencia, presuponiendo que, cuando elaboran índices de referencia, *“son responsables de establecer procedimientos internos adecuados que garanticen la exactitud, integridad, fiabilidad e independencia de esos índices de referencia, especialmente por lo que respecta a la transparencia en materia de gobernanza y metodología de cálculo”*.

El supuesto desconocimiento del Banco de España de las operaciones y datos que, a fin de cuentas, sirven de base para el cálculo del IRPH, resulta absolutamente contrario a los meritados principios de exactitud, fiabilidad y transparencia, como se reconoce en la referida Resolución de 28 de abril de 2016; y, en definitiva, pone en tela de juicio la naturaleza ajustada a derecho del IRPH en tanto que índice absolutamente opaco y contrario a la normativa vigente¹³⁶ que exige a tales índices que *“no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito que redacta el contrato, ni sea susceptible de influencia por ella, en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades”*

En definitiva, el IRPH es un índice altamente susceptible de ser manipulado y absolutamente opaco, no transparente, ni exacto, que en modo alguno supone reflejo de la realidad del mercado hipotecario. En este sentido, se manifiesta el Prof. Juan

¹³⁶ Circular 8/1990 de Banco de España modificada por la Circular 5/1994.

Etxebarria Murgiondo (catedrático acreditado de estadística aplicada-Universidad del País Vasco) en su “Nota acerca del IRPH. Un análisis desde la estadística”¹³⁷, de dónde se pueden extraer las siguientes conclusiones:

“como ha quedado demostrado, se observa que es un indicador que no es válido como medida de tendencia central y como tal es manifiestamente mejorable utilizando, por ejemplo, para su cálculo la media ponderada (en función del peso de las entidades) de las medias ponderadas de las operaciones efectuadas por cada entidad.

Un segundo aspecto que robustecería el indicador es la eliminación de los valores atípicos, utilizando para ello cualquiera de las técnicas existentes de entre las que, por su sencillez, destaca la utilización de las medidas recortadas al X%.

La mejora de los aspectos anteriores conllevaría a disminuir la capacidad que las entidades que aportan los datos tienen en este momento, con el procedimiento utilizado, para incidir, influir, manipular y condicionar de forma individual o coordinada en el valor resultante posterior del IRPH.

Y, por último, el hecho de incluir las comisiones que las entidades aplican a sus clientes en sus operaciones en el indicador que envían al Banco de España y sirve de base para el cálculo del IRPH, introduce un sesgo al alza en dicho cálculo, que también es necesario corregir”.

Así, se ha pronunciado al respecto la **Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, número 9, de 19 de abril de 2016:**

¹³⁷ ETXEBARRIA MURGIONDO, Juan: “Nota acerca del IRPH. Un análisis desde la estadística”, https://futurfinances.com/wp-content/uploads/2016/07/Nota_acerca_del_IRPH_Dr_Juan_Etxebarria.pdf, pág. 6.

"... Centrándonos ya en la cláusula del IRPH, la misma tiene el carácter de contractual y si bien es cierto que era un índice oficial, pues se fijaba por el Banco de España y se publicaba en el BOE, su inclusión en los contratos de préstamo hipotecario con consumidores no era obligatoria pues no venía impuesta por ninguna normativa legal sino que era un índice de referencia que voluntariamente decidían aplicar algunas cajas de ahorro y bancos a la hora de conceder financiación, lo cual nada se puede reprochar pues ello no obedece más que a la libertad de fijar precios, propio de una economía de mercado. Si a ello le añadimos que son cláusulas llamadas a incorporarse a una multitud de contratos y que son prerredactadas unilateralmente por la entidad bancaria, las convierte en una condición general de la contratación. Es más, tanto en el contrato de 2005 como el del 2007, llevan idéntica redacción lo que ratifica la idea de que estamos ante contratos estandarizados y elaborados unilateralmente por el banco.

Asimismo, la praxis judicial demuestra que el cliente no tiene capacidad alguna de negociar la incorporación de esa cláusula, sino que forma parte del precio y de las condiciones económicas que le ofrece el banco para concederle la financiación requerida a modo de oferta irrevocable, lo que ratifica la idea de que estamos ante una cláusula impuesta pudiendo entrar en el control de su posible abusividad.

Por último, la anterior conclusión no resulta desvirtuada por el hecho de que en ambos contratos, se le diera al consumidor la posibilidad de resolver el mismo si no estaba de acuerdo con el índice de referencia aplicado en cada una de las actualizaciones, por falta de proporción entre la finalidad pretendida y las consecuencias tan drásticas que le implicaba para el consumidor, lo que convierte a esa cláusula en estéril y de aplicación imposible para el consumidor. ..."

"... Por consiguientes, tanto el IRPH CAJAS como el IRPH CECA cumplen el control de incorporación, debiendo declarar su validez. En este mismo sentido, SAP de Pontevedra, de 3 de junio de 2016 (Roj: SAP PO 1138/2015), SAP de Donostia (San Sebastián), de 24 de abril de 2015, 9 de junio de 2015, 10 de julio de 2015, o la SAP de Zaragoza, de 18 de febrero y 29 de abril de 2015, entre otras.

Distinta conclusión debe alcanzarse, sin embargo, respecto del último inciso, aquel según el cual, si dejaran de publicarse ambos índices de referencia, el principal y el sustitutivo," implicar(ía) la perduración de la aplicación al crédito, el último tipo de interés nominal anual que haya sido posible calcular".

A entender de este juzgador dicha cláusula no supera el control de incorporación pues de la prueba documental y testifical practicada, no queda acreditado que el cliente fuera informado por el personal del banco del riesgo que había si ambos índices se dejaban de aplicar. En este caso, el cliente vio, de manera sorpresiva, cómo un crédito contratado a interés variable, se convertía de repente en un crédito a interés fijo durante toda la vida del préstamo, sin haber sido advertido de ello ni conocer las implicaciones económicas y jurídicas derivadas de tal cláusula, lo que determina su nulidad por falta de transparencia.

No desconoce este juzgador que en los años 2005 y 2007, la posibilidad de que desaparecieran las cajas y por ende, los índices oficiales IRPH CAJAS y CECA era muy remotas. Ahora bien, ello no excluye ni exonera al banco de su deber de informar al cliente de tal tesitura al afectar directamente al precio. La falta de previsión del banco de que se pudiera dar esa situación y que por ello no informara al cliente, en ningún caso puede ir en contra de éste ni en su perjuicio.

Por último, declarada la nulidad de esa cláusula y su no incorporación, procede determinar qué índice de referencia se aplica, solicitando la actora que se declare el préstamo como gratuito. No ha lugar. Habiendo pactado las partes que el préstamo fuera oneroso y habiéndose eliminado los índices de referencia pactados, debe aplicarse el índice de referencia legal, en concreto, el previsto en la DA 15ª de la ley 14/2013, es decir, el IRPH ENTIDADES, todo ello conforme a la LCG como el TRLDU. ..."

Otra cuestión no pacífica es la de admitir a trámite los procedimientos de ejecución hipotecaria en los que en la escritura de hipoteca (anterior a la reforma del artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo) el valor del bien a efectos de subasta sea inferior al 75% del valor de tasación¹³⁸.

De acuerdo con el artículo 682.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil uno de los requisitos cuando la ejecución se dirija contra bienes hipotecados en garantía de deuda es que *“en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o el bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo de Regulación del Mercado Hipotecario”*

La Junta de Jueces de Primera Instancia de Valencia de 24 de mayo de 2013 se ha posicionado a favor de la admisión de este tipo de demandas ejecutivas de procedimientos hipotecarios en las que la escritura de valor fijado no llegue a los límites del artículo 682.2 de la citada Ley, en los siguientes términos:

¹³⁸ PÉREZ GARCÍA, M.J.: “La realización del valor de los bienes en los procesos de ejecución y su problemática en el Derecho español (reflexiones a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010)”, Diario La Ley, número 7590, 16 de marzo de 2011, pág. 10.

“Las previsiones legales sobre el contenido de la escritura de constitución de hipoteca, en concreto en cuanto al nuevo límite del tipo de la subasta en las ejecuciones hipotecarias, que no podrá ser inferior al 75% del valor de tasación y en lo relativo al convenio sobre vencimiento anticipado, habrán de entenderse sólo aplicables a las escrituras otorgadas tras la entrada en vigor de la Ley”.

La Dirección General de Registros y del Notariado también se han pronunciado en esta misma línea, en concreto en Resoluciones número 3338/2014, de 18 de febrero de 2014, número 3345/2014, de 24 de febrero de 2014 y número 10958/2014, de 30 de septiembre de 2014 señalando que los porcentajes impuestos con la Ley 1/2013 del valor de tasación no son aplicables a las hipotecas constituidas con anterioridad, dado que ninguna disposición transitoria así lo establece.

No obstante, el ejecutado podrá oponerse a la ejecución¹³⁹ alegando el carácter abusivo de la cláusula y la nulidad de la misma, lo que implicará que el valor de tasación se tenga por no puesto y se archive la ejecución hipotecaria al faltar uno de los requisitos esenciales que exige la Ley, como es la determinación del valor de tasación.

Sobre la CARGA DE LA PRUEBA, dispone el artículo 82.2 *i.f.* del TRLGDCU que *«el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba»*. En este sentido, traemos a colación la siguiente resolución que ilustra cómo incumbe la carga de la prueba a la entidad bancaria:

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14ª, de 28 de enero de 2016 (número 28/2016, número de recurso 252/2014):

¹³⁹ VIVES MARTINEZ, G.: “Ejecuciones hipotecarias y dación en pago. Revisión jurisprudencial y problemas prácticos: dación en pago”, Diario La Ley, nº 7908, 24 de julio de 2012, pág. 2.

«Es un hecho notorio que, en determinados sectores de la contratación con los consumidores, en especial los bienes y servicios de uso común a que hace referencia el art. 9 TRLCU, entre los que se encuentran los servicios bancarios, los profesionales o empresarios utilizan contratos integrados por condiciones generales de la contratación. De ahí, que tanto la Directiva (art. 3.2) como la norma nacional que la desarrolla (art. 82.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) prevean que el profesional o empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba de esa negociación. Así lo recuerda la STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12, caso Constructora Principado, en su párrafo 19.

Para que se considere que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, no basta con incluir en el contrato predispuesto un epígrafe de "condiciones particulares" o menciones estereotipadas y predispuestas que afirmen su carácter negociado (sobre la ineficacia de este tipo de menciones predispuestas, vacías de un contenido real al resultar contradichas por los hechos, nos hemos pronunciado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 abril , y 769/2014, de 12 de enero de 2015) ni con afirmar sin más en el litigio que la cláusula fue negociada individualmente. Para que la cláusula quede excluida del control de abusividad es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del

profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas adecuadamente, la alegación de que ha existido negociación es sólo una fórmula retórica carente de contenido real, y supone identificar contratación voluntaria y prestación de consentimiento libre en un documento intervenido notarialmente con negociación contractual. Tal ecuación no es correcta.

En definitiva, el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que determina la procedencia del control de abusividad previsto en la Directiva 1993/13/CEE y en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, salvo que se pruebe el supuesto excepcional que el contrato ha sido negociado y el consumidor”.

Por último, debemos mencionar el escaso valor probatorio de las informaciones verbales que pudieran prestar los empleados del Banco en el acto del juicio, dada la relación de dependencia jerárquica que mantienen con la propia entidad financiera y por ser ellos mismos parte interesada. Así lo señalan, en el caso de contratos de permuta financiera de tipos de interés, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Secc. 4ª) 12 de noviembre de 2010, número 404/2010, número de recurso 475/2010, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Secc. 9ª) 29 de marzo de 2011, número de recurso 115/2011, número de recurso 84/2011, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Secc. 1ª) 4 de abril de 2011, entre otras.

Además, hay que tener en cuenta las bases para la liquidación en ejecución de sentencia¹⁴⁰, ya que entre los efectos inherentes a la nulidad y, en particular, en lo que respecta a la consecuente restitución de las cantidades indebidamente abonadas por el prestatario en aplicación de las cláusulas abusivas, deben quedar fijadas, **de acuerdo el artículo 219 de la LEC, las citadas bases conforme a las que se ha de efectuar la liquidación de dichas cantidades**, mediante la operación aritmética consistente en la diferencia entre las cantidades efectivamente percibidas por el banco como consecuencia de la fijación, por ejemplo, de un límite mínimo al tipo del interés variable (“cláusula suelo”) y las resultantes de aplicar el diferencial previsto en la escritura sobre el estricto EURIBOR igualmente previsto en la misma y adicionándose a dicha cuantía el interés legal del dinero desde la fecha de cada cobro y hasta su completa satisfacción. Ni que decir tiene que el resultado de dicha operación, podría verse alterada en el caso de que se hayan producido eventos tales como amortizaciones anticipadas, bonificaciones, novaciones, etc.

A tales efectos, hemos determinar que la cantidad a restituir por la entidad bancaria es la diferencia existente entre los importes mensuales abonados en concepto de intereses con aplicación de la cláusula suelo y sin aplicación de la misma. Este exceso se acumula durante todos los meses del año en que se haya aplicado la cláusula suelo. El exceso monetario total es el resultado de acumular el exceso mensual de la diferencia entre *intereses*, mientras que era aplicable la cláusula suelo, teniendo en cuenta que la cuota, y por ende los intereses, se revisará anualmente según las condiciones del contrato.

¹⁴⁰ PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.: “La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 204-205.

La Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 5 de mayo de 2016, número 239/2016, número de recurso 157/2016 señala: «En la misma línea de flexibilizar la interpretación del art. 219 LEC, la STS de 1 de julio de 2013 insiste en que: (...) en el presente caso sea plenamente aplicable la jurisprudencia de esta sala que atenúa el rigor literal del art. 219 LEC cuando este se traduzca en una vulneración del derecho fundamental de la parte demandante a la tutela judicial efectiva (SSTS 13-2.10 en rec. 2411/05, 16-1-12 en rec. 460/08 y 9-2-12 en rec. 1708/08) (...)

Teniendo en cuenta esta interpretación flexible del Tribunal Supremo debe considerar que existen en el proceso, concretamente en la escritura de préstamo, los datos necesarios para entender que existen unas bases ciertas para una correcta liquidación. Hay que tener en cuenta los tipos de interés efectivamente aplicados y los que resultarían de aplicación de no existir la cláusula suelo que limitara la bajada de los índices de referencia para hallar el interés variable a aplicar. La diferencia será el principal objeto de devolución. Cualquier dato económico necesario para llevar a cabo las operaciones es de público conocimiento a través de la información proporcionada por el Banco de España. Por otro lado, la complejidad o sencillez de las operaciones a realizar en aplicación de las bases de la liquidación, es relativa, pues a nadie se le escapa que, precisamente para la demandada, resulta extremadamente sencillo realizar los cálculos necesarios, disponiendo de medios más que suficientes pues está en la esencia de su tráfico en el mercado del dinero. A lo que debería colaborar, si hiciera gala de una buena fe procesal, lo que a buen seguro evitaría incluso la necesidad de una ejecución forzosa. La facilidad de la solución evidencia que de no estimarse el recurso se produciría una falta de tutela judicial efectiva del demandante que, pese a

la declaración de nulidad de la cláusula, y la relativa sencillez para determinar la cantidad a devolver, se le abocara a un nuevo proceso.

(...) *FALLAMOS*

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Sergio contra la sentencia de fecha 2 de diciembre 2015 (...), revocando la misma en el único sentido de condenar a la entidad demandada a devolver las cantidades cobrada indebidamente en aplicación de la cláusula declarada nula...»

Por tanto, la base para el cálculo del perjuicio sufrido será la diferencia entre los intereses, siendo éste el criterio absolutamente predominante entre Juzgados y Audiencias, destacando, entre muchas otras:

- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Málaga, de 19 de julio de 2013 número 187/2013, número de recurso 128/2012:

*“calculándose ésta por la **diferencia entre el interés que hubiera procedido abonar a los actores, según el contrato de no haber existido la cláusula declarada nula, y el efectivamente abonado por estos**”.*

Adicionalmente, y dada la remisión que el propio artículo 9 de la LCGC efectúa a las reglas reguladoras de la nulidad contractual, también debe calcularse el interés legal del dinero en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil.

Respecto de la NULIDAD DE LA CLÁUSULA LITIGIOSA Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS interesa tener en cuenta tanto la doctrina como la jurisprudencia que se ha pronunciado al respecto:

Respecto del mencionado artículo 8 de la LCGC, al decir de la Doctrina¹⁴¹, su función es “regular el control de contenido de las condiciones generales de la contratación (que hayan superado el control de incorporación)», «ese control de contenido consiste en determinar cuáles son los criterios para deslindar las condiciones generales no abusivas (permitidas) y las condiciones generales abusivas (no permitidas o prohibidas) para sancionar estas últimas con su exclusión del contrato, esto es, con la nulidad”. El Prof. Dr. D. Rodrigo Bercovitz Cano¹⁴², distingue entre los dos apartados del mencionado precepto, entendiendo que “el artículo 8.1 no se ocupa de las condiciones generales abusivas”, “no se ocupa pues del control de contenido propio de las condiciones generales”, “se limita a repetir lo que resulta ya obvio a partir de los artículos 1.255 y 6.3 CC”, mientras que “es en el artículo 8.2 donde la Ley aborda en verdad el control de contenido de las condiciones generales, ocupándose de las condiciones generales abusivas, que sanciona con la nulidad, como un caso concreto de la nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 8.1.”

De otro lado y respecto de la contravención de normativa, de carácter imperativo y dispositivo, hemos de referir aquí las apreciaciones del Profesor De Castro¹⁴³ destacando la importancia del derecho dispositivo al entender que “Son preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes, tienen una función ordenadora, por lo que no pueden ser desplazados sin una razón suficiente”. Y por su parte Pascau¹⁴⁴ destaca que el derecho dispositivo es resistente a condiciones generales: “la nulidad de las cláusulas abusivas supone la

¹⁴¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), “Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación”, Aranzadi, Navarra, 1999, pág. 262.

¹⁴² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.) “Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación”, pág. 262 y 263.

¹⁴³ PASCAU: “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”; ed. Civitas, Madrid 1975, p.80

¹⁴⁴ BERCOVITZ, R.: “Comentarios a la LCGC”, Madrid 1999, p. 773.

resistencia del derecho dispositivo [...] frente a cláusulas formadas con un consentimiento degradado; de ahí la enorme importancia que va a tener ese derecho dispositivo en orden a la recomposición del contrato”.

Se trata, como bien reza la norma expuesta, de una Nulidad de Pleno Derecho o RADICAL, pues, al decir del Prof. Dr. Don José María Miquel Gonzalez¹⁴⁵ “*de pleno Derecho*” *equivale a por obra de Ley y no por obra de la Sentencia que la aprecie [...] rechazando que el artículo 8 establezca una ineficacia semejante a la que representa para la doctrina dominante la anulabilidad*”. Y como tal, implica que con la declaración de la nulidad, habrán de eliminarse también todos los efectos derivados de su aplicación, de conformidad con la máxima clásica *quod nullum est nullum effectum producit* (**lo que es nulo no produce ningún efecto**). Esta imposibilidad de desplegar efectos es absoluta, tal como señaló, en materia de condiciones generales de la contratación declaradas abusivas, la STJUE de 21 de marzo de 2013; de este modo, la estimación de la demanda, debe conllevar, tanto la eliminación de la cláusula declarada abusiva, como de todos los efectos que aquella desplegó, sin ello implicar un contrato ineficaz, pues el mismo puede subsistir sin dicha cláusula, de acuerdo con los artículos 10 y 83 del TRLGDCU.

Al respecto **nuestro Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, entre otras, en su Sentencia 81/2003 de 11 Feb. 2003, número de recurso 1835/1997**, señaló que: “*Sentada como incuestionable la nulidad [...] procede analizar los efectos jurídicos de tal declaración, los cuales se regulan con carácter principal (no exclusivamente) en el art. 1.303 CC [...]. El precepto, que tiene como finalidad conseguir que las partes*

¹⁴⁵ MIQUEL GONZALEZ, José María: “La nulidad de las condiciones generales”. Principal, 2006 (Especial Coloquio). Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos. <http://codigo-civil.net/nulidad/lodel/document.php?id=343>

afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador (SS 22 Sep. 1989, 30 Dic. 1996, 26 Jul. 2000), evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra (SS 22 Nov. 1983, 24 Feb. 1992, 30 Dic. 1996 --llegar hasta donde se enriqueció una parte y hasta donde efectivamente se empobreció la otra--), es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no sólo a los de anulabilidad o nulidad relativa (SS 18 Ene. 1904, 29 Oct. 1956, 7 Ene. 1964, 22 Sep. 1989, 24 Feb. 1992, 28 Sep. y 30 Dic. 1996), y opera sin necesidad de petición expresa, por cuando nace de la ley (SS 10 Jun. 1955, 22 Nov. 1983, 24 Feb. 1992, 6 Oct. 1994, 8 Nov. 1999). Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenía al tiempo de la celebración (SS 29 Oct. 1956, 22 Sep. 1989, 28 Sep. 1996, 26 Jul. 2000), [...]. Parando mientes en la devolución de la cosa resulta incuestionable que el bien debe restituirse «in natura», es decir, el mismo que fue objeto de la transmisión inválida (S 6 Oct. 1994), pero puede ocurrir que ello no sea posible por causas físicas o jurídicas, y entonces ha de acudir a la aplicación del art. 1307 CC, cuya normativa rige también para la nulidad radical (no sólo la relativa) y que igualmente que sucede con el art. 1303 es aplicable de oficio como «efecto ex lege». Ciertamente dicho precepto se refiere a cosa «perdida» pero la doctrina jurisprudencial extiende la previsión normativa a cualquier tipo de indisponibilidad material o jurídica (S 6 Jun. 1997), y en tal sentido dice la S 6 Oct. 1994 que «cuando la obligación de reintegro "in natura" no puede ser objeto del adecuado y completo cumplimiento, al interferirse un contrato de disponibilidad, cuya validez o ineficacia ha quedado sin determinar, el reintegro sólo opera sobre lo que la compradora tiene a su disponibilidad»... La indisponibilidad puede ser total y parcial, y se produce cuando toda la cosa, o una parte de ella, ha pasado a poder de un tercero hipotecario (SS 15 Jun. y 24 Oct. 1994). El problema

relativo al alcance del reintegro sustitutivo ya fue resuelto por la Sentencia de esta Sala de 6 Jun. 1997 que dice que habrá de estarse al valor de la cosa en el momento de su disponibilidad [...]. Parando a su vez mientes en el otro aspecto de la cuestión resulta que el vendedor tiene a su vez que reintegrar el precio percibido con sus intereses legales, los cuales deben ser computados desde que efectivamente se hizo el pago, y no desde la celebración del contrato (S 12 Nov. 1996), con inclusión de los gastos”.

Finalmente, la reciente **Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15**, al tratar la retroactividad absoluta de las famosas cláusulas suelo y los efectos de la nulidad de cláusulas abusivas, remarca **lo extremadamente importante que resulta la restitución de la situación en la que debería encontrarse el consumidor de no existir la cláusula**, señalando que:

“De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. [...]

(66) Por consiguiente, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la

situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva. [...]

(71) Así pues, las condiciones estipuladas por los Derechos nacionales, a las que se refiere el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, no podrán afectar al contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una cláusula considerada abusiva, derecho que la citada disposición, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recordada en los apartados 54 a 61 de la presente sentencia, atribuye a los consumidores.”

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha zanjado el debate suscitado hasta ahora sobre la retroactividad de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo con su STJUE de 21 de diciembre de 2016, manifestando que la limitación de los efectos a mayo de 2013 contraviene el Derecho de la Unión y por lo tanto procede la retroactividad de la nulidad al inicio del préstamo.

A mayor abundamiento, conviene tener en cuenta el comunicado de prensa número 144/16 emitido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por el cual se resume el contenido de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, que resuelve sobre la imposibilidad de limitar los efectos de una cláusula declarada nula, por ser dicha limitación incompatible con el Derecho de la Unión, debiéndose por ello proceder a la devolución de cantidades cobradas por la entidad bancaria en aplicación de la cláusula suelo desde el inicio del préstamo, aplicándose la retroactividad total de los efectos de la nulidad.

Los FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA estarán basados en los artículos 520, 559.1.3ª y 557.1.3ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil (de carácter procesal), y en la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, artículos 9.1 y 24 de la Constitución Española, Real Decreto Ley 1/2007 de 16 de noviembre, Ley de Condiciones Generales de la Contratación, con especial referencia a los artículos 82 y siguientes respecto de las cláusulas abusivas, Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, Ley 1/2013, de 14 de mayo, artículo 114 de la Ley Hipotecaria (de carácter sustantivo).

Una vez presentada oposición a la ejecución¹⁴⁶, el Secretario Judicial ordenará la suspensión de la misma y procederá a convocar a las partes del procedimiento a una comparecencia ante el Juez que dictó la orden de ejecución, mediando un plazo de 15 días desde la citación judicial. Comparecencia en la que las partes deberán comparecer con los medios de prueba que intenten valerse, y de no comparecer ni alegar justa causa que impida la asistencia, las consecuencias serán las siguientes:

- a) Si el demandante no asistiese a la comparecencia, y la parte demandada no alegase interés legítimo en la continuidad del proceso a fin de que se dicte una sentencia que recaiga sobre el fondo, se entenderá que el demandante desiste, con imposición de costas, y será condenado a indemnizar los daños y perjuicios al demandado que compareció, previa solicitud y acreditación de los mismos.

¹⁴⁶ MARTÍN DIZ, F.: “La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles. Su tratamiento legal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Editorial Comares, 2000, pág. 366.

b) Si no comparece la parte demandada, se celebrará la comparecencia.

Como puede observarse, se trata de una comparecencia, no de una vista o juicio, y en ella sólo cabe presentar alegaciones orales y presentar prueba documental.

Sólo cabe la oposición por cláusulas abusivas por quien ostente la condición de consumidor o usuario, dado que si se pretendiere alegar la nulidad de una cláusula una persona que no ostentara dicha condición debería acudir a un juicio declarativo.

El artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios define a los consumidores o usuarios como las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, así como las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial con independencia de cuál sea el tipo del inmueble hipotecado.

También define al consumidor la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores en los siguientes términos: *“toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”*.

Conviene traer a colación la **Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Oviedo, de 29 de junio de 2015:**

“...La escritura de hipoteca evidencia que el préstamo fue concedido para la adquisición de una licencia de taxi. Ahora bien, el actor declaró que su esposa no es taxista y no consta que sea empresaria, comerciante o profesional, o ejerza un oficio retribuido, dándose la circunstancia de que el inmueble hipotecado es el piso en que

viven los dos demandantes. De modo que es imposible que doña Crescencia haya adquirido el préstamo con un propósito vinculado a una actividad comercial o empresarial, o a un oficio o profesión, porque ella no ejerce tales actividades ni las ejercía entonces. Por este esencial motivo, visto lo conceptualizado en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/07, no se le puede negar la condición de consumidora. Mayores dudas suscita el caso de don Fermín, que actualmente sí es taxista. Ahora bien, a fecha 30.09.05, lo que éste hipotecó no fue una oficina o local de negocio, ni constituyó tampoco hipoteca mobiliaria sobre un vehículo-taxi. Lo que hipotecó fue su modesta vivienda habitual en un momento en que, hasta entonces, había trabajado en la mina, en el reparto de butano y en la construcción. Esto significa que cuando obtuvo el préstamo no era taxista y lo que pretendía era emplear ese dinero para adquirir una licencia de taxi con la que poder iniciarse en la profesión en el futuro, como así fue. Siendo esto así, hay que estar a lo que dice el citado Artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/07, que expresa: “Son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”. Por tanto, lo que excluye la condición de consumidor es actuar con una intención vinculada a la profesión actual, a la que ya se tiene y se ejerce, pero no cuando esa intención se une a una actividad laboral que se planea iniciar, ex novo, en el futuro”.

No obstante, deben ser considerados consumidores las personas jurídicas, además de las físicas, que contratan en un ámbito ajeno a su actividad profesional. Así se ha pronunciado diversa jurisprudencia como la que sigue:

- a. **Auto de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección 2ª, de 4 de junio de 2010 (número 155/2010, número de recurso 54/2010):**

“SEGUNDO.- Este Tribunal ha dicho reiteradamente en Autos de 21 septiembre, 11 noviembre, 21 diciembre de 2009 y 15 febrero 2010, por citar algunos: El artículo 3 del Texto Refundido de la Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios establece el concepto general de consumidor y de usuario en los términos siguientes: "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional". Por otro lado, el artículo 1 de la anterior Ley, vigente en el momento de suscribir el contrato decía que "A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. Respecto a la condición de consumidor, ha dicho el Tribunal Supremo, así en sentencia de 15 de diciembre de 2005 que "El art. 1, apartados 2 y 3, de la Ley 26/1984, de 19 de julio, delimita el ámbito subjetivo de la misma atribuyendo la condición de consumidor no a cualquiera que lo sea por aparecer en la posición de quien demanda frente a quien formula la oferta, sino al consumidor que resulte destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta. Esto es, al que se sirve de tales prestaciones en un ámbito personal, familiar o doméstico. No a quien lo hace para introducir de nuevo en el mercado dichos productos o servicios, ya por medio de su comercialización o prestación a terceros, sea en la misma forma en que los adquirió, sea después de transformarlos, ya utilizándolos para

integrarlos en procesos de producción o transformación de otros bienes o servicios (sentencias de 18 de junio de 1999, 16 de octubre de 2000, 28 de febrero de 2002, 29 de diciembre de 2003 y 21 de septiembre de 2004)"

b. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4ª, de 3 de mayo de 2012 (número 258/2012, número de recurso 614/2011).

“CUARTO.- El Texto Refundido del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias -y que deroga expresamente la Ley 26/1984 y la Ley 23/2003- señala en el apartado III de su Exposición de Motivos que el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios pretende aproximar la legislación nacional en materia de consumidores y usuarios a la legislación comunitaria, también en la terminología utilizada. Se opta por ello por la utilización de los términos consumidor, usuario y empresario. Así, el concepto de consumidor y usuario se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las personas jurídicas. El consumidor y usuario definido en la Ley es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. Y el art. 3 del mentado Texto Refundido define el concepto general de consumidor y usuario expresando que a efectos de la norma (...), son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”

c. **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8ª, número 7/2012, de 13 de enero 2012:**

“Se alega por la parte demandada, como único motivo de oposición, que no es aplicable la Ley de Consumidores y Usuarios al presente caso por cuanto la demandante suscribió el contrato como empresa para su actividad profesional, por lo que no tiene el carácter de consumidor. Motivo de oposición que fue ratificado en el acto de la vista, manifestando que la demandante ha infringido las reglas de la buena fe al indicar en la demanda que no era empresaria ni autónoma, cuando se ha acreditado que al contratar con la entidad demandada facilitó a ésta una copia del recibo acreditativa de su condición de autónomo. Si bien es cierto que la demandante indicó en su escrito de demanda que no era empresaria, ni profesional, ni autónoma, lo que se ha demostrado no ser cierto, también manifestó que no se dedicaba a la comercialización de terminales de móviles, cuya condición negativa fundamentaba para ser reconocida como consumidor. Por tanto, la cuestión controvertida en el presente litigio se centra en determinar si la demandante tiene o no esa condición de consumidor. Para resolver dicha cuestión debe examinarse la finalidad para la que contrató con la mercantil demandada. La actora desarrollaba una actividad empresarial como autónoma, suscribiendo con la mercantil demandada un denominado "contrato promocional de terminales de telefonía móvil para empresas", siendo por tanto destinataria final de dicho servicio de telefonía móvil. El hecho de que la demandante sea una empresaria no impide que pueda tener el carácter de consumidora cuando se interviene, como aquí ocurre, en las relaciones de consumo contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. Este mismo criterio fue apreciado en la sentencia dictada por esta Sala en fecha 27 de febrero de 2.007, a la que anteriormente

se ha hecho referencia, tratándose en aquel caso la demandante de nulidad del Laudo de una sociedad mercantil, declarando dicha resolución que el hecho de que se trate de una mercantil no excluye el que tenga dicho carácter de consumidor cuando el objeto del contrato no coincide con el tráfico o giro de la empresa demandante, al tratarse en el caso enjuiciado de un contrato promocional de terminal de telefonía móvil”.

- Fase de resolución:

Finalmente, el auto que decida la oposición puede estimar o desestimar la misma.

- En caso de estimación de la oposición fundada en la extinción de la garantía u obligación garantizada o sujeción de bienes a prenda, hipoteca mobiliaria o inmobiliaria, el auto mandará sobreseer la ejecución.
- En caso de estimación de la oposición¹⁴⁷ fundada en el carácter abusivo de la cláusula, el auto acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula del contrato fundamente la ejecución, en otro caso continuará la ejecución con la inaplicación de la citada cláusula abusiva.

Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la no aplicación de la cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por el carácter abusivo de ésta, podrá interponerse recurso de apelación.

Fuera de esos casos, los autos que resuelvan la oposición no serán recurribles y sus efectos quedarán limitados al proceso de ejecución en el que fueron dictados.

¹⁴⁷ BONACHERA VILLEGAS, Raquel: “Tutela procesal de los derechos e intereses de los consumidores”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 123.

El ejecutado podrá plantear un proceso declarativo posterior que, de ningún modo, podrá suspender el de ejecución hipotecaria.

También merece un pequeño apunte la ejecución ordinaria continuación de la ejecución hipotecaria contemplada en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

Para aquellas ejecuciones ordinarias continuación de ejecuciones hipotecarias, porque la subasta de la finca objeto de hipoteca, que sea vivienda habitual, haya resultado no ser suficiente para cubrir todo el crédito del ejecutante, constan dos especialidades:

1. La condonación o liberación del 35% o del 20% la cantidad pendiente de pago, cuando a contar desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, haya pagado el deudor hipotecario, respectivamente, el 65% de la cantidad pendiente de pago dentro de un plazo de cinco años, o el 80% dentro de un plazo de diez años.
2. La participación del deudor en el 50% de la plusvalía que la parte ejecutante, sociedades de su grupo o persona a cuyo favor se hubiera cedido el remate, obtenga en caso de venta posterior de la vivienda habitual, reduciéndose el importe de la cantidad que reste por abonar en dicha participación, o poniendo a disposición del deudor el remanente en caso de que la mitad de la plusvalía excediera de cantidad restante por abonar.

Tales circunstancias deberán constar en los decretos de aprobación del remate o adjudicación que se dicten a favor de la parte ejecutante, las sociedades de su grupo o los cesionarios a cuyo favor hayan cedido el remate, a fin de que conste en la inscripción que tenga lugar en el Registro de la Propiedad.

De manera subsidiaria, y sólo para el hipotético caso de que la nulidad no fuera estimada en el procedimiento judicial, se podrá ejercitar la acción de resarcimiento por enriquecimiento injusto.

En realidad, ha sido nuestra doctrina y jurisprudencia quienes se han encargado de construir esta institución siendo ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo número 110/2006, de 6 de febrero de 2006, número de recurso 2330/1999, que concibe el enriquecimiento injusto o sin causa como *“principio general del Derecho proveniente del Derecho romano, recogido en las Partidas y desarrollado por copiosa jurisprudencia. Las sentencias de, entre otras, 23 de marzo de 1992, 8 de junio de 1995, 7 de febrero de 1997 y 31 de octubre de 2001, destacan la idea de que los hechos, no ilícitos, que provoquen un enriquecimiento sin causa de una persona y el empobrecimiento de otra, dan lugar a la obligación de reparar el perjuicio; la esencia, es, pues, la atribución patrimonial sin causa, por lo que el enriquecido sin causa debe restituir al empobrecido aquello en que enriqueció, y así lo expresan las recientes sentencias, entre otras muchas anteriores, de 31 de octubre de 2001 y 8 de julio de 2003”*.

Así, los requisitos que determinan la procedencia de la acción ejercitada son los siguientes:

1. Enriquecimiento patrimonial, entendido como cualquier ventaja patrimonial que adquiere una persona, sin que exista un sacrificio equivalente o desventaja para su patrimonio (semejante a la ventaja adquirida). En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21^a, Sentencia 24/2016, de 20 de enero de 2016, recurso 741/2014 indica que *“El enriquecimiento que debe haber obtenido el actor se puede producir tanto por un aumento de su patrimonio como por una*

no disminución del mismo. El aumento del patrimonio puede deberse bien a un incremento del activo, o a una disminución del pasivo, en tanto que el enriquecimiento negativo se da cuando es evitada una disminución del patrimonio, equivaliendo así en este sentido un no gasto a un ingreso, debiendo comprenderse dentro del enriquecimiento negativo aquellos casos en los que se consume, usa o disfruta de cosas pertenecientes a otros o de sus servicios prestados si el enriquecido ha evitado con esta forma un gasto”.

Así, la entidad bancaria con su modo de proceder ha evitado reducir su patrimonio y el enriquecimiento negativo resulta cuantificable.

2. Empobrecimiento correlativo o derivado del enriquecimiento de la entidad bancaria. Así, la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, número 24/2016, Sección 21ª, de 20 de enero de 2016, señala que *“la existencia de un enriquecimiento de una persona por otra no sería suficiente para fundar la pretensión de enriquecimiento, sino que es necesario que el enriquecimiento se produzca a costa de otro, de forma que el que no se ha empobrecido no tiene interés porque nada ha perdido. Este empobrecimiento consiste, conforme se indica por la doctrina y nuestra jurisprudencia, en una pérdida pecuniariamente apreciable, que puede consistir en un valor salido del patrimonio del reclamante, en una prestación de servicios, en un trabajo efectuado o en la pérdida de un lucro cierto y positivo, excluyendo que pueda hablarse de empobrecimiento cuando éste obedece al propio actuar de quien demanda”.*

La jurisprudencia señala la necesidad de vínculo causal o nexo de causalidad entre enriquecimiento y empobrecimiento, como presupuesto de la acción, en concreto, que

el empobrecimiento del prestatario sea la contrapartida del enriquecimiento negativo de la parte actora.

3. Falta de causa. El enriquecimiento es injusto en la medida en que carezca de justificación que lo valide y así, la falta de ley o negocio jurídico válido que legitime la ventaja adquirida, conduce a la no justificación de la misma.

El efecto de la doctrina expuesta no es otro que el deber que tiene el enriquecido (o en su caso no empobrecido) de restituir al empobrecido lo mismo que se enriqueció o, si no es posible, lo recibido en su lugar o, en última instancia, indemnizar su valor.

Por último, conviene realizar un pequeño apunte a la:

1. LEGITIMACIÓN PASIVA DE LOS FIADORES EN UN PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

Una cuestión polémica se suscita en relación a la falta de legitimación pasiva de los terceros garantes personales (normalmente fiadores) para oponerse a la demanda ejecutiva formulada por el acreedor frente a los mismos.

Como soporte de esta falta de legitimación cabe citar numerosa jurisprudencia, en concreto:

- Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3ª, número 181/2011, de 28 de septiembre de 2011.
- Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª, número 20/2014, de 30 de enero de 2014.
- Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, número 425/2014, de 23 de julio de 2014.

- Auto de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 2ª, número 4/2015, de 12 de marzo de 2015.
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19ª, número 191/2015, de 13 de mayo de 2015.

Así, son los propios fiadores los que en su propio interés alegan falta de legitimación pasiva para oponerse a la demanda de ejecución interpuesta por el acreedor frente a los mismos.

Incluso hay casos en los que se inadmite de oficio la demanda ejecutiva contra los fiadores solidarios, así Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª, número 186/2013, de 13 de septiembre de 2013.

No obstante, es posible la intervención de fiadores en el proceso de ejecución hipotecaria pudiendo oponerse éstos por el carácter abusivo de las cláusulas. Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4ª, número 339/2015, de 11 de diciembre de 2015, en el que si bien la demanda de ejecución se había dirigido también contra los fiadores para proceder contra éstos de forma subsidiaria, éstos se opusieron alegando que las cláusulas eran abusivas, lo que el Tribunal así las apreció y ordenó el sobreseimiento del proceso.

Además, resulta posible que los fiadores¹⁴⁸ aun no siendo demandados puedan intervenir en el procedimiento de ejecución hipotecaria, al amparo del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por concurrir en ellos un interés directo y legítimo.

Por tanto, los fiadores podrán (i) intervenir en el proceso de ejecución hipotecaria por tener interés en ello; (ii) ser demandados y oponerse al despacho de ejecución al amparo

¹⁴⁸ DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, GULLÓN BALLESTEROS: “Sistema de Derecho Civil, vol. III, Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral”, 5ª edición, Madrid, 1995, pág. 502.

del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Todo ello sin perjuicio del proceso declarativo ordinario correspondiente.

VIII. MALAS PRÁCTICAS BANCARIAS EN RELACIÓN A LOS CONSUMIDORES/EXAMEN ESPECIAL DE LA TRASPARENCIA.

Si bien existe regulación legal al respecto sobre las prácticas que debe seguir toda entidad bancaria, son muchos los casos en los que el consumidor se ve claramente perjudicado por la actuación llevada a cabo por los Bancos, ya sea en el momento precontractual como en el contractual.

Pasamos a exponer las medidas adoptadas y las vías de las que puede hacer uso el consumidor a fin de hacer frente a aquellas prácticas del Banco que resultan abusivas.

La normativa para lograr la transparencia en los servicios bancarios es la siguiente:

1. Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.
2. Directiva 2008/48/CE, 23 de abril, de crédito al consumo.
3. Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.
4. Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación.
5. Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago.
6. Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios.
7. Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

8. Circular 5/2012, del Banco de España, de 27 de junio, del Banco de España, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.
9. Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.
10. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
11. Reglamento (UE) 2016/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016, sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros o para medir la rentabilidad de fondos de inversión, por el que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2014/17/UE y el Reglamento (UE) nº 596/2014.
12. Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (93/13/CEE).
13. Directiva 2014/17/UE del parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010.

El Banco de España define en su propia página web¹⁴⁹ las normas de transparencia bancaria:

“Las normas de transparencia y protección de la clientela bancaria son las que contienen preceptos referidos a las entidades financieras sometidas a la supervisión del Banco de España, cuya finalidad es proteger los legítimos intereses de los clientes:

¹⁴⁹ www.bde.es

- *Estableciendo un conjunto de obligaciones específicas aplicables a las relaciones contractuales entre los unos y los otros.*
- *Exigiendo la comunicación de las condiciones básicas de las operaciones.*
- *Regulando determinados aspectos de su publicidad, normas de actuación e información”.*

La Orden EHA/2899/2011, aprobada en desarrollo de la Ley 2/2011, el 4 de marzo, de Economía Sostenible, exige en su artículo 5 que la publicidad de las entidades de crédito relativa a los servicios bancarios ha de ser clara, objetiva y no engañosa.

Sin embargo, la información proporcionada al cliente es mínima, no relevante, escrita en letra pequeña y sólo facilitada cuando se pregunta por ella.

Otra buena práctica bancaria¹⁵⁰ es la obligación que tienen los empleados de entidades bancarias en ofrecer una información financiera transparente, clara, completa y comprensible de los productos que se contratan, debiendo informar sobre la posibilidad de contratar los servicios de manera independiente y las condiciones.

La Plataforma de afectados por la hipoteca ya ha puesto de manifiesto que los objetivos de venta de los empleados de Banca anulan el interés por descubrir la situación del cliente, así como la capacidad para adquirir productos ofertados por la entidad.

La información precontractual resulta exigible, debiéndose informar del importe de las comisiones que tendrán lugar por cualquier concepto y los gastos que, en su caso, se repercutirán. Si bien la Orden EHA/2899/2011 no exige la forma escrita para tales explicaciones, pudiéndose facilitarse verbalmente en la citada fase, no debemos olvidar,

¹⁵⁰ DE LEÓN ARCE, Alicia (Dirección) y GARCÍA GARCÍA, Luz María (Coordinación): “Derecho de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios”, 3ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 1163 y ss.

que una carencia muy escuchada, es la ausencia de un conocimiento especializado sobre la materia por el personal de la oficina del Banco, como incluso de los directores.

Por ello, la citada Orden dispone que la información a los clientes tendrá lugar en papel, formato electrónico o en algún soporte duradero y deberá tener una redacción de fácil comprensión y legibilidad, en idioma castellano u otra lengua española oficial de las Comunidades Autónomas en dónde tenga lugar la prestación del servicio (artículo 11).

Por lo que respecta a las comisiones e intereses que se aplican a las operaciones de depósito, las comisiones sólo podrán tener lugar por servicios solicitados en firme o aceptados de forma expresa por el cliente y además siempre que tales comisiones respondan a servicios realmente prestados o a gastos que han tenido lugar.

La Circular del Banco de España 5/2012 ha exigido a las entidades verificar una serie de requisitos de información pública¹⁵¹ relativa a las comisiones e intereses en un formato unificado, debiendo ser actualizada trimestralmente.

Resulta conveniente indicar que en los casos de préstamos hipotecarios, se encuentra a disposición del cliente la Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario y la Ficha de Información Precontractual¹⁵² para informar al consumidor sobre el préstamo, antes de quedar vinculado al producto.

En dicha Circular se contienen normas también que resultan aplicables a los terceros garantes. Así en su norma quinta se establece que *“en los supuestos en que, en dichas operaciones de préstamo o de crédito, se contemple la existencia de avalistas, estos*

¹⁵¹ DE LEÓN ARCE, Alicia (Dirección) y GARCÍA GARCÍA, Luz María (Coordinación): “Derecho de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios”, 3ª edición, Editorial Tirant, Valencia, 2016, pág. 672.

¹⁵² DE LEÓN ARCE, Alicia (Dirección) y GARCÍA GARCÍA, Luz María (Coordinación): “Derecho de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios”, 3ª edición, Editorial Tirant, Valencia, 2016, pág. 1235.

deberán ser informados detalladamente del contenido de sus obligaciones y de las responsabilidades que asumen”.

Como productos bancarios habituales entre la población son (i) la cuenta corriente, en las que deben tenerse en cuenta las comisiones y los costes de mantenimiento; (ii) las tarjetas de crédito, debiendo preguntar por los tipos de interés que se le aplican.

En definitiva, las prácticas bancarias abusivas¹⁵³ más utilizadas son las siguientes:

- Ofrecer un producto bancario al cliente sin explicar que no podrá disponer del dinero.
- Ofrecer productos de ahorro en virtud de los cuales, sólo si se cumplen determinados requisitos, el cliente recibirá el importe del mismo. En caso contrario, valor en acciones.
- No suministrar información suficiente ni explicativa al cliente de los riesgos de un determinado producto financiero.
- Vender al cliente productos asociados a los préstamos hipotecarios, que en realidad no tiene necesidad el cliente de contratarlos.
- Vender productos de riesgo a clientes con edad avanzada.
- Venta de seguros que no responden a ninguna necesidad del cliente.
- Omisión de la información del carácter vitalicio de algunos productos bancarios.
- Diferencia palpable cuando se tasa un inmueble por diferentes empresas.

¹⁵³ ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos y GUILLÉN CATALÁN, Raquel: “Control de transparencia y contratación bancaria: Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 129 y siguientes.

Las reclamaciones por tales prácticas bancarias suelen ser resueltas en la oficina, subsidiariamente a través del Defensor del cliente de la entidad, y finalmente una vez obtenida la respuesta del Defensor, se podrá acudir al Banco de España, cuya resolución no resulta vinculante para la entidad.

En última instancia, los consumidores tendrán que acudir a los Juzgados para ver realmente satisfechas sus pretensiones.

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno tiene como fin la ampliación y reforzamiento de la transparencia en la actividad pública.

Ésta es la postura en que se manifiesta el profesor Orduña Moreno¹⁵⁴ indicando que *“ésta es la posición que se desprende de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, especialmente de la citada STS de 8 de septiembre de 2014. En dicha Sentencia, a propósito del control de transparencia en las cláusulas suelo, se destaca la importancia de la tutela preventiva que deben realizar los notarios sobre el control previo de legalidad de las condiciones generales precisándose, a continuación, que el desarrollo meramente formal de dicho control, referido a la lectura e información del contenido de la escritura pública, sin protocolo o actuación específica respecto de un examen de fondo de la eventual abusividad que pueda presentar la reglamentación predispuesta, no sufre por ella sola, el cumplimiento del especial deber de transparencia que incumple al predisponente en este modo de contratar (Fundamento de derecho segundo, apartado 9 de la Sentencia)”*.

¹⁵⁴ ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos, GUILLÉN CATALÁN, Raquel: “Control de transparencia y contratación bancaria: régimen jurídico y doctrina jurisprudencial aplicable” Editorial: Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pág. 87.

El Banco de España, en el ejercicio de sus actividades, aborda el régimen de transparencia desde diferentes puntos de vista:

- la publicidad activa de las entidades y sujetos insertos en su ámbito de aplicación;
- el derecho de acceso de la ciudadanía a la información pública.

La Directiva 2014/17/UE alude a las prácticas de ventas vinculadas y combinadas. El artículo 12 prohíbe las primeras, entendiéndolas como la venta de paquetes constituidos por contratos de crédito y otros productos financieros cuando el citado contrato no se ofrezca por separado al consumidor o lo que se venda forme un paquete único de varios productos. Como excepción, la Directiva remite a los Estados miembros para que decidan permitir a las entidades bancarias vender tales paquetes si se puede demostrar que con ellas se genera un beneficio para el consumidor (artículo 12).

Por el contrario, están permitidas con carácter general las ventas combinadas, debiendo autorizarse, no obstante, por los Estados miembros. Venta combinada es aquella oferta o venta de un paquete compuesto por un contrato de crédito y una serie de productos o servicios financieros distinguidos en el caso de que el crédito también se haya ofrecido al consumidor por separado, no siendo necesario que sea en las mismas condiciones y términos que combinado con otros auxiliares.

Dicha Directiva pretende que tenga lugar una conexión entre el producto accesorio y el fin del préstamo al que se vincula.

Resulta de especial interés el artículo 28 de la citada Directiva en la que se señala que los Estados miembros (i) establecerán aquellas medidas que consigan que la parte prestamista sea tolerante de manera previa a la ejecución; (ii) podrán requerir que, en el

supuesto de que el prestamista imponga recargos al consumidor por falta de pago, los mismos no sean superiores de lo que conlleva el impago; (iii) permitirán a los prestamistas establecer recargos de manera adicional en el caso de impago, debiendo indicarse el valor máximo de los mismos; (iv) no obstaculizarán que las partes acuerden de manera expresa, en un contrato de crédito, que la transferencia de la garantía o ingresos provenientes de la venta de la misma, sean suficientes para el reembolso del crédito; (v) se doten de los medios necesario a fin de conseguir el mejor precio de la propiedad que es objeto de ejecución hipotecaria; (vi) y por último velarán para que se apliquen medidas que proporcionen el reembolso cuando la deuda no queda finiquitada al finalizar la ejecución, en aras de protección del consumidor.

La citada Directiva viene a definir en su artículo 4 la evaluación de la solvencia como *“la evaluación de las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de crédito”*

Actualmente se ha publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, en fecha 17 de noviembre de 2017, el Proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en virtud del cual se pretende transponer parcialmente la Directiva 2014/17/UE.

Así, el citado Proyecto establece que el mismo tendrá como objeto de aplicación a los contratos de préstamo otorgados por personas físicas o jurídicas profesionales, cuando el prestatario, fiador o garante sea persona física y el contrato tenga por objeto alguna de las siguientes actividades:

- concesión de préstamos (o créditos) con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble que sea de un uso residencial.

- concesión de préstamos (o créditos) que tengan como fin adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios que estén ya construidos o pendientes de construcción, con la condición de que el prestatario, fiador o garante sea un consumidor.

El prestatario es aquél ser humano que resulte tener deudas de préstamo o crédito garantizado con hipoteca sobre la vivienda o cuyo fin sea la adquisición de la misma.

Sin embargo, esta Ley no resulta aplicable a los siguientes contratos de crédito o préstamo:

- Otorgados por un empleador a sus empleados, de modo accesorio y aquellos en los que la Tasa Anual Equivalente sea de nivel inferior a la que está en el mercado y sin intereses, o que no se hayan ofrecido al público en general.
- Otorgados sin intereses y ningún gasto, exceptuando aquél cuyo fin sea suplir costes íntimamente vinculados con la garantía del crédito.
- Otorgados en forma de facilitar descubierto y cuyo reembolso debe tener lugar en un mes.
- Que sean referidos al pago aplazado, sin gastos, de una deuda existente, de modo que no sea un contrato de crédito o préstamo garantizado por una hipoteca sobre el inmueble o,
- También los contratos de créditos de pensión de hipoteca en el que el prestamista: (a) realiza un desembolso de una cantidad a tanta alzada o realiza pagos periódicos u otros modos de desembolso de crédito a cambio de una cantidad correspondiente de la venta futura de un inmueble de uso residencial o de un derecho referido a un bien de iguales características; y (b) no perseguirá el reembolso del crédito mientras no tengan lugar (ya sea

uno ya sea varios) acontecimientos específicos durante la vida del consumidor, según establezcan los propios Estados miembros, con la excepción del incumplimiento de las obligaciones del contrato por el consumidor que permitan que el prestamista la rescisión contractual.

En relación con la normativa relativa a la transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios cabe indicar que el Ministro de Economía, Industria y Competitividad, en aras de salvaguardar los intereses de la parte prestataria, podrá dictar disposiciones relativas a:

- la información precontractual y asistencia adecuada que debe obtener la parte prestataria potencial, así como aquella información, contenido contractual y comunicaciones realizadas posteriormente que logren conseguir el seguimiento, de modo que quede patente de un modo explícito y claro los derechos y obligaciones de las partes, y los riesgos que conlleva el préstamo para la parte prestataria y todas aquellas circunstancias que resulten necesarias para que se garantice la transparencia de aquellas condiciones más importantes de todos los préstamos y consentir al prestatario que realice una evaluación sobre si éstos son ajustados a su nivel financiero y a sus propias necesidades. A tal fin, los contratos de éstos podrán ser otorgados de manera escrita o en soporte electrónico u otro duradero.
- la transparencia de las condiciones básicas de comercialización o de contratación de préstamos que son ofrecidas por prestamistas, y en su caso la forma, incluso, en que deben ser comunicadas.
- las pautas a las que debe someterse la actividad publicitaria de los préstamos, así como las modalidades de control administrativo sobre aquella, con el fin de que sea realizada con la claridad, suficiencia, objetividad y sin engaño.

- la atención a los ingresos de clientes en correlación con aquellos compromisos adquiridos al suscribir el préstamo.
- la adecuada e independiente valoración de las garantías de los inmuebles que aseguren los préstamos.
- el respeto a los escenarios en los que se plasma la evolución del interés en los préstamos variables y las coberturas posibles.
- la obtención y documentación apropiada de datos relevantes del que lo solicitó.
- las condiciones y efectos de la evaluación de la solvencia.
- la limitación del ámbito de aplicación de las normas dictadas.

En el proyecto también se hace mención a las normas de conducta estableciendo una serie de requisitos y competencia al personal, así como al personal de la sucursal del prestamista de crédito inmobiliario que resulte estar registrado en otro Estado miembro de la Unión Europea que opere en España. Pudiendo incluso el Ministro de Economía, Industria y Competitividad establecer unas condiciones mínimas de conocimiento y competencia al personal.

Además, en la disposición adicional cuarta consta que las personas que realicen las actividades reguladas en el citado proyecto tendrán la obligación de conservar la documentación precontractual durante un plazo mínimo de 6 años a contar desde el instante que finalizaron los efectos contractuales.

La jurisprudencia también ha puesto de manifiesto el control de transparencia de las condiciones generales que vienen a regular los elementos esenciales del contrato, tanto el Tribunal Supremo en sentencias números 138/2015 y 139/2015, de fecha 24 y 25 de marzo de 2015 respectivamente; número 406/2012, de 18 de junio de 2012; número

242/2013, de 9 de mayo de 2013 y número 464/2014, de 8 de septiembre de 2014, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencias de 21 de marzo de 2013 (C-92/11- Caso RWE Vertrieb AG contra Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV. TJCE 2013/93), 30 de abril de 2014 (C-26/13) y 26 de febrero de 2015 (C-143/13- Caso Bogdan Matei y Loana Ofelia Matei contra SC Volksbank România S.A. TJCE 2015/93).

El Tribunal Supremo en sus primeras sentencias ya indicaba la necesidad de llevar a cabo un control de transparencia de las condiciones generales de aquellos contratos otorgados con consumidores¹⁵⁵, especialmente las que regulan los elementos esenciales del contrato, tales como la adecuación entre precio y retribución o definición del objeto principal del contrato, entre otras.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de marzo de 2015 crea doctrina jurisprudencial al resolver que la exigencia del control de transparencia tiene su fundamento en la Directiva 93/13/CEE, concretamente en el artículo 4.2 y 5 de la misma y en los artículos 80.1 y 82.1 de la Ley General de Consumidores y Usuarios. De igual manera ha sido interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El control de transparencia sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el firmante conozca o pueda conocer la carga económica (sacrificio patrimonial) que lleva aparejada el contrato suscrito y la carga jurídica (riesgos) del mismo.

En los contratos suscritos con consumidores, no es suficiente que la cláusula que establece el objeto principal del mismo y la adecuación entre precio y retribución y los

¹⁵⁵ ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos y GUILLÉN CATALÁN, Raquel: “Control de transparencia y contratación bancaria: Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág.182.

servicios y bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, sea redactada de forma clara y comprensible, posibilitando el conocimiento real de su contenido; se necesita, además, que no puedan utilizarse aquellas cláusulas que, a pesar de ser gramaticalmente comprensible y legible, puedan suponer subrepticamente una variación del objeto contractual o del equilibrio económico sobre la prestación y el precio, que pueda ser inadvertida por el adherente de nivel medio.

En el caso de que cláusula venga a formar parte de los elementos esenciales del contrato, como las cláusulas suelo, lo que debe ser objeto de control en cada supuesto es la transparencia. Una cláusula incorporada a un contrato, referida a los elementos esenciales del mismo, puede ser inválida porque sea considerada no transparente.

Para el Tribunal Supremo la Directiva 1993/13/CEE viene a vincular la transparencia con un juicio de abusividad, puesto que la ausencia de transparencia implicará un grave desequilibrio en detrimento del consumidor, al privarle de poder comparar entre las ofertas del mercado.

Y si la condición general no supera el control de abusividad debe declararse la nulidad de la misma, de acuerdo con los artículos 8.2 y 9 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Por último, cabe destacar **Sentencia del Juzgado Mercantil número 10 de Barcelona, de 7 de diciembre de 2016 (proc. 732/2015)**, que se pronuncia en los siguientes términos:

“Las cláusulas impugnadas suponen la renuncia de los fiadores a los beneficios de excusión, división y orden y además configura para los deudores principales una responsabilidad personal e ilimitada que se añade a la garantía hipotecaria establecida.

No consta en las actuaciones prueba con suficiente consistencia, que permita inferir que por parte de la entidad financiera se explicó de manera comprensible, las implicaciones económicas que tenían las cláusulas primera y novena que son objeto de impugnación. Información que resultaba en el presente caso aún más necesaria, al suponer la instauración de tres garantías y además la renuncia a los beneficios legalmente concedidos a los fiadores.

Lo expuesto lleva a concluir que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas –generales o particulares- de los suscritos con consumidores.

Sentadas las anteriores consideraciones, no cabe sino concluir que la cláusula analizada, no es transparente ya que:

- a. Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento fundamental del objeto principal del contrato.

No aporta la demandada extremo alguno que acredite tal información previa, al margen de la mera lectura en el momento de la firma de la escritura del préstamo hipotecario.

- b. No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible de la operatividad de las cláusulas que determinan garantías adicionales a la propia hipoteca.

- c. No hay información previa clara y comprensible sobre la incidencia económica que tendrían las referidas cláusulas de garantías adicionales y como operarían en función del valor de la finca sobre la que se constituía la hipoteca.

Ningún elemento probatorio al respecto se aporta por la demandada.

- d. En el caso de las utilizadas por la demandada, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor”.*

Por ello, en dicha Sentencia se declara la nulidad de la cláusula que impone al deudor una responsabilidad universal (solidaria e ilimitada) así como la que establece la renuncia a los beneficios legales de orden, excusión y división en los siguientes términos:

“FALLO:

Estimo íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Doña Anna..., actuando en nombre y representación de Doña...Don... y Doña..., declarando la nulidad de la cláusula primera y novena del contrato de préstamo hipotecario de 26 de junio de 2006, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de la siguiente cláusula:

- Cláusula novena.- “Garantía adicional. Con independencia de la hipoteca establecida en la cláusula correspondiente de la presente escritura y demás garantías personales o reales que se hayan podido pactar en el presente contrato, se garantiza especialmente el cumplimiento de las obligaciones dimanadas del mismo, solidariamente con el deudor principal y con las consiguientes renunciaciones a los beneficios legales de orden, excusión y división, por Don... y Doña..., los cuales se constituyen fiadores solidarios de la presente operación...”*
- Cláusula primera.- “Sin perjuicio de la responsabilidad personal solidaria e ilimitada de la parte prestataria en garantía de la obligación principal de la amortización del préstamo que se formaliza en la presente escritura...”*

1. ESPECIAL REFERENCIA AL DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA: CONTROL DE INCLUSIÓN O “TRANSPARENCIA DOCUMENTAL” Y CONTROL DE COMPRENSIBILIDAD O “TRANSPARENCIA REAL”.

Nuestro Tribunal Supremo - en sus *STS de 1 de julio de 2010, 29 de diciembre de 2010, número de recurso 1074/2007 y definitivamente en la STS de 9 de mayo de 2013*— estableció como doctrina que **las cláusulas definatorias del objeto principal del contrato, si bien no están sometidas al control de abusividad del contenido**, en tanto que referido al precio o valoración del equilibrio contraprestacional, **SÍ han de superar el DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA** que comprende:

(i) el **Control de Inclusión**¹⁵⁶ o **“transparencia documental”**, consagrado en los art. 5.5 y 7 de la LCGC: información facilitada al cliente, transparente, clara, concreta y sencilla.

(ii) y el **Control de Comprensibilidad**, **“transparencia real”** o **claridad exigible**, que va más allá de la mera claridad gramatical de la cláusula pues, como estableció el TS (Sala Primera, de lo Civil) en sus Sentencias de 8 de septiembre de 2014, número 464/2014, número de recurso 1217/2013 y 24 de marzo de 2015, número 138/2015, número de recurso 1765/2013, implica el necesario cumplimiento por el predisponente (en nuestro caso, la entidad financiera) de unos especiales deberes que posibiliten al consumidor una comprensión real de las consecuencias, tanto desde el prisma jurídico como económico, del servicio o producto que se oferte. En definitiva, si el cliente llegó a entender el contenido, significado e implicaciones de la cláusula (de ahí la importancia de su claridad no solo gramatical, sino conceptual).

¹⁵⁶ DE LEÓN ARCE, Alicia (Dirección) y GARCÍA GARCÍA, Luz María (Coordinación): “Derecho de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios”, 3ª edición, Editorial Tirant, Valencia, 2016, pág. 1232.

Sin embargo, dado que esa falta de transparencia no supone necesariamente y en todo caso que las cláusulas sean abusivas, el Tribunal Supremo aclara que en caso de que la cláusula NO superase dichos controles, entonces sí que habrá de examinarse si las mismas cumplen los requisitos necesarios para merecer la calificación de abusivas; en concreto, si en contra de las exigencias de la buena fe, resultan perjudiciales para el adherente y ocasionan un desequilibrio relevante en los derechos y obligaciones contractuales en detrimento del consumidor, conforme a lo establecido en el artículo 8 de la LCGC en relación con los artículos 80 a 91 del TRLGDCU.

Obviamente todo ello sin olvidar que, cuando la falta de transparencia de la cláusula se derive del **incumplimiento de obligaciones legales de información**, no será necesario valorar su carácter abusivo pues, de acuerdo con los artículos 6.3 CC y 8.1 LCGC, tales incumplimientos determinan directamente la nulidad de la cláusula que adolezca de dicho defecto de información.

Así las cosas, analizaremos si las cláusulas controvertidas superan los referidos controles, viendo en cada caso las obligaciones legales y su incumplimiento de contrario; y posteriormente valoraremos su carácter abusivo (visto el perjuicio que suponen para el consumidor, el desequilibrio de derechos y obligaciones que generan y la falta absoluta de buena fe).

- Control de inclusión o incorporación al contrato de las cláusulas controvertidas:

El control de las condiciones generales por la vía de su incorporación o inclusión pretende investigar si la información facilitada y los términos en que se proporciona, pudo ser conocida realmente al tiempo de suscribir el contrato y si son ambiguas, no legibles, oscuras y de imposible comprensión.

De entrada, los artículos 5.5 y 7 de la LCGC, (aplicables a contratos celebrados tanto con consumidores como con no consumidores) recogen los criterios de redacción a los que deberán ajustarse estas cláusulas generales: **“(Art. 5 LCGC) transparencia, claridad, concreción y sencillez”**. No quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que **“(art. 7 LCGC) el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5”**; y las que **“sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”**.

De otro lado, la entidad financiera, al concertar préstamos hipotecarios (máxime cuando la contraparte es consumidor) tenía que cumplir una serie de deberes de información establecidos en la legislación sectorial bancaria; en concreto, la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (actualmente derogada) y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios¹⁵⁷.

¹⁵⁷ BLANCO GARCÍA, Ana Isabel: “La tutela del cliente bancario y las ADR: La institución del Ombudsman. Una visión comparada entre España, Reino Unido y Australia”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 55 a 58.

i.- Conviene indicar en primer término que el artículo 3 de la OM citada establecía la **OBLIGACIÓN DE ENTREGA DEL FOLLETO INFORMATIVO**¹⁵⁸ con el contenido mínimo que se fijaba en el Anexo I.

Posteriormente, la Orden EHA/2899/2011 ha señalado la INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL que los bancos deberán ofrecer gratuitamente a sus clientes, debiendo ser la misma clara, oportuna, objetiva, suficiente y no inducir a engaño, y ser facilitada antes que el cliente quede vinculado en virtud del contrato u oferta. Dicha información, según recoge la citada Orden, deberá entregarse con la debida antelación (artículo 6) pero no indica tiempo alguno.

El Banco de España ha elaborado una GUÍA DE ACCESO AL PRÉSTAMO HIPOTECARIO disponible en las entidades de crédito así como en sus páginas electrónicas y en la del propio Banco¹⁵⁹.

También las entidades de crédito deberán proporcionar a sus clientes una FICHA DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL (FIPRE)¹⁶⁰, que aparece reflejada en el Anexo I, cuyo contenido que deberá ser completado es el relativo a la entidad de crédito, características del préstamo, tipo de interés, vinculaciones y gastos preparatorios, tasa anual equivalente y coste total del préstamo y amortización anticipada.

Asimismo, una vez que los clientes hayan entregado al Banco la información precisa sobre su situación financiera y necesidades de financiación, éste proporcionará una FICHA DE INFORMACIÓN PERSONALIZADA¹⁶¹, que tendrá un carácter gratuito y

¹⁵⁸ DE LEÓN ARCE, Alicia (Dirección) y GARCÍA GARCÍA, Luz María (Coordinación): “Derecho de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios”, 3ª edición, Editorial Tirant, Valencia, 2016, pág. 1224.

¹⁵⁹ Artículo 20.

¹⁶⁰ DE LEÓN ARCE, Alicia (Dirección) y GARCÍA GARCÍA, Luz María (Coordinación): “Derecho de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios”, 3ª edición, Editorial Tirant, Valencia, 2016, pág. 1158.

¹⁶¹ Artículo 22.

cuya entrega deberá tener lugar con la suficiente antelación, y siempre antes de quedar vinculado por un contrato u oferta.

ii.- La Orden EHA/2899/2011 alude a la OFERTA VINCULANTE en su artículo 23, la cual será facilitada mediante una FICHA DE INFORMACIÓN PERSONALIZADA (FIPER) que se contiene en el Anexo II. En ella se establecerá que se trata de una oferta vinculante y señalará el plazo de vigencia de la misma.

En el caso de que la citada oferta se hubiera realizado en el momento en que se entrega la FIPER¹⁶² y ésta coincida íntegramente en su contenido, se podrá entregar al cliente en un único documento.

Salvo circunstancias excepcionales o que no puedan ser imputables a la entidad bancaria, la oferta tendrá como validez un plazo de 14 días naturales computados desde la fecha de entrega (artículo 23.5).

En la FIPER se deberán completar los datos correspondientes a la entidad de crédito, características del préstamo, tipo de interés, periodicidad y número de pagos e importe de cada cuota hipotecaria.

En el caso de que hubiera algún instrumento de cobertura¹⁶³ del riesgo de tipo de interés vinculado a un préstamo otorgado por entidad bancaria, ésta deberá informar sobre su naturaleza, duración, condiciones de su prórroga, obligación del pago de una prima, si la hubiere, liquidaciones de carácter periódico del mismo, el método para el cálculo de

¹⁶² DE LEÓN ARCE, Alicia (Dirección) y GARCÍA GARCÍA, Luz María (Coordinación): “Derecho de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios”, 3ª edición, Editorial Tirant, Valencia, 2016, pág. 1158.

¹⁶³ DE LEÓN ARCE, Alicia (Dirección) y GARCÍA GARCÍA, Luz María (Coordinación): “Derecho de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios”, 3ª edición, Editorial Tirant, Valencia, 2016, pág. 1158.

la cancelación anticipada, con explicación de los escenarios económicos posibles, así como otros caracteres que fijara el Banco de España¹⁶⁴. Todo ello estará contenido en un Anexo a la FIPER.

Además, si existen límites a la variación del tipo de interés, como las cláusulas suelo o techo, dicha información deberá constar reflejada en un anexo a la FIPER también.

En los artículos 26 y 27 de la Orden EHA/2899/2011 se establecen los tipos de interés variable, así como los oficiales.

iii.- Finalmente, en relación al documento contractual y el acto de otorgamiento de la escritura pública en que se formalice el préstamo, cabe indicar que el cliente tiene derecho a examinar el proyecto de escritura en la oficina del Notario tres días hábiles anteriores al otorgamiento¹⁶⁵, así como a renunciar al mismo dentro de ese plazo.

En el artículo 30.3 de la Orden EHA/2899/2011, se establecía que los notarios, en su cualidad de funcionarios públicos y *“derivado del carácter genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente”*.

Sin embargo, dicho párrafo ha sido anulado por Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª), de 5 de marzo de 2013, número de recurso 651/2011 y confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 3) de 7 de marzo de 2016, número 528/2016, número de recurso 1141/2013.

¹⁶⁴ Artículo 24.

¹⁶⁵ Artículos 29 y 30.

No obstante, se mantienen especiales deberes del Notario actuante en el otorgamiento, fundamentalmente comprobar si la información suministrada al cliente ha sido recibida adecuadamente y si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el contrato; y advertirle de una manera expresa cuando tuvieran lugar alguna de las circunstancias siguientes:

“1º. Que el tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales [...] b) Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores. c) Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés...”¹⁶⁶

Son varias las sentencias que se han pronunciado en este sentido en la medida en que las cláusulas controvertidas no superan el control de transparencia relativo a la inclusión de éstas en el documento contractual. Entre las que cabe destacar, a modo de ejemplo, las siguientes:

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3ª, número 42/2016, de 4 de febrero de 2016, número de recurso 362/2015:

“Como es sabido, según establece la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, esta oferta debería contener todas las condiciones financieras del préstamo hipotecario, la cual tiene una validez no puede ser inferior a diez días hábiles a partir de su fecha de entrega, y deberá estar firmada por el cliente por lo menos tres días antes de la firma de la escritura de la hipoteca. Su ausencia supone la infracción de la normativa sectorial que pretende facilitar al prestatario la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato

¹⁶⁶ Artículo 30.

de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario, lo que directamente influye en la transparencia y comprensión del mismo por los interesados. En el caso que nos ocupa, por tanto, hemos de concluir que la entidad apelante no cumplió con este requisito legal. No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, esta Sala considera que no se cumplieron los requisitos de incorporación del art. 5.5 y 7 Ley 7/98 (transparencia, claridad, concreción y sencillez) por el propio redactado y ubicación física de la cláusula litigiosa. En concreto, se incluye en la cláusula TERCERA BIS, correspondiente al "TIPO DE INTERÉS VARIABLE", cuando la aplicación de la misma va a suponer en la práctica justamente lo contrario, esto es, la introducción de factores de corrección de dicha variabilidad de los tipos de interés. Por otra parte, la cláusula litigiosa no se diferencia de ella, pues no se recoge en un apartado autónomo, con rúbrica propia que permita intuir la carga económica que supone en el contrato, ni se le da un especial relieve o significación (subrayado, separación de párrafo especial, negrita en su totalidad...)."

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3ª, nº 40/2016 de 9 de febrero de 2016, número de recurso 390/2015:

“Advierte con acierto la propia sentencia que en el caso de litis se ha vulnerado la orden de 1994 de aplicación por la cuantía del préstamo (110.000Euros), así como que no consta que haya habido una simulación de "escenarios diversos", folleto informativo, y oferta alternativa con comparativa de costes. E igualmente con el mismo acierto advierte que la cláusula cuestionada se halla enmascarada en el contrato de préstamo dentro de una estipulación rotulada "Tipo de intereses variable" y sin un apartado

específico, subrayado o destacado relativo al límite de variabilidad del tipo de interés aplicable.”

- Control de comprensibilidad¹⁶⁷ o “transparencia real” de las cláusulas controvertidas.

Como ya referimos, incluso en caso de cumplirse los requisitos de transparencia exigidos por la LCGC y anteriormente analizados, ello sería insuficiente para eludir el control de abusividad de las cláusulas controvertidas y habrá de valorarse en todo caso la comprensibilidad real de las mismas y su importancia en el desarrollo del contrato o, como dice el Tribunal Supremo en la meritada sentencia de 9 de mayo de 2013, *“examinar si el contexto en el que se enmarcan permite conocer su transcendencia en el desarrollo del contrato”*.

El segundo control indicado se apoya en el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, cuya interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido en la línea de reclamar transparencia no sólo formal sino también material, con el fin de que las cláusulas sean redactadas de forma clara y comprensible, de tal modo que el consumidor pueda entender el funcionamiento y la carga jurídica y económica que la cláusula comporta.

En nuestro ordenamiento, dicha base tiene su reflejo en el **artículo 80.1 del TRLGDCU**, según el cual las cláusulas no negociadas en contratos con consumidores deberán cumplir los requisitos de ***“a) concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se***

¹⁶⁷ DE LEÓN ARCE, Alicia (Dirección) y GARCÍA GARCÍA, Luz María (Coordinación): “Derecho de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios”, 3ª edición, Editorial Tirant, Valencia, 2016, pág. 544.

faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.”

Sobre ello el Tribunal Supremo (STS 09/05/2013 apartado 210) concluye que este control de transparencia real *“tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo”*.

“(211.) La información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. (212.) No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.”

“(213.) En definitiva, como afirma el IC 2000, "el principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa.”

Este deber de transparencia que apunta el Tribunal Supremo igualmente ha de residenciarse en el **artículo 60 TRLGDCU que establece las Obligaciones de Información Previa al Contrato**¹⁶⁸ señalando, entre otras cuestiones y en lo que aquí interesa, que ANTES DE LA CONTRATACION el empresario deberá facilitar al consumidor *“de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas”*, y en concreto, respecto de la información previa y publicidad sobre el precio de los bienes o servicios indica que *“se informará del precio total, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación, utilización de distintos medios de pago u otras condiciones de pagos similares (...)”*. Obligación esta última que se recoge igualmente el en art. 20 del TRLGDCU en relación a las ofertas comerciales.

Para el Magistrado Sánchez Martín (citado por LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M,¹⁶⁹ «La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios», Bosch, Barcelona, 2014), **la transparencia, relacionada con el objeto principal del contrato, sirve para garantizar que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato conlleva para él mismo,**

¹⁶⁸ PALACIOS GONZÁLEZ, M.D.: “La incidencia de la noción de consumidor medio en la protección de los consumidores: protección frente a la publicidad engañosa, la información falsa o engañosa y la falta de información previa a la contratación”, RDP número 96, 1/2012, págs. 25-59.

¹⁶⁹ LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M.: “La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios”, Editorial Bosch, Barcelona, 2014, pág. 73.

así como la prestación que recibirá de la otra parte del contrato y, además **garantiza la adecuada elección del consumidor** en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, **lo que supone que más allá de la mera exigencia de claridad de los términos de las cláusulas, se pretende garantizar que el consumidor tenga una posibilidad de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto.**

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 establece todo un conjunto de parámetros a fin de determinar la ausencia de transparencia del clausulado del contrato y que resultan absolutamente aplicables, no solo en relación a la cláusula suelo, sino también a aquella que contiene el IRPH, entre otras. En concreto enumera los siguientes criterios u obligaciones de la entidad que, en caso de incumplirse determinan la falta de transparencia (apartado 225):

“a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e) *En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.”*

Asimismo, en el Fallo de la misma Resolución se añade, a los cinco motivos de falta de transparencia (determinantes, como veremos, de la nulidad de las cláusulas controvertidas) anteriormente mencionados, un sexto: **“a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero”**.

Respecto de dichos criterios, hemos de traer a colación el **Auto del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 3 de junio de 2013, número de recurso 485/2012** que, aclarando la meritada Sentencia de 9 de mayo de 2013, señala que: “12. *A la vista de lo razonado en la sentencia y de los términos del fallo queda claro que las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. [...] 13. También se deduce con claridad de la sentencia cuya aclaración se interesa que el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios. Para el futuro, no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real. Y hacia el pasado, no tolera vaciar de contenido la sentencia que condena a eliminar de los contratos en vigor las cláusulas declaradas nulas.*

Asimismo, concreta que “17. **La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable**, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más al alza, constituye uno de los diferentes supuestos de falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito.” E igualmente matiza que “18. **El hecho de que circunstancialmente la cláusula haya resultado beneficiosa para el consumidor durante un periodo de tiempo no la convierte en transparente ni hace desaparecer el desequilibrio en contra de los intereses del consumidor [...].”**

En el particular supuesto de las cláusulas que establecen el IRPH como tipo de referencia del préstamo, nuestra Jurisprudencia ha venido perfilando los criterios que determinan su falta de transparencia y que en puridad se desprenden igualmente de la doctrina sentada por la STS de 09/05/2013, anteriormente expuesta. Así, concretan las obligaciones de información que competen a las entidades financieras, al tiempo que fijan como consecuencia necesaria de su inobservancia, la nulidad del IRPH por considerar que NO se supera el control de transparencia. Merece destacar, entre otras y de forma NO excluyente, las siguientes:

- i. **Informar respecto del IRPH:** qué es, cómo se halla, de qué depende su variación, etc. de forma que el cliente conozca y comprenda cómo afectará al funcionamiento del contrato y, en concreto, a sus obligaciones de pago.
- ii. Informar de la **evolución y comportamiento del IRPH** durante los años previos a la contratación.

- iii. **Ofrecer al cliente otras alternativas**, índices de referencia alternativos al IRPH como, por ejemplo, el EURIBOR, **explicando las diferencias** entre uno y otros, así como las **gráficas comparativas de la evolución del comportamiento en los últimos años**, a fin de que el cliente no solo pueda conocer sino también elegir con pleno conocimiento de causa.

Tales cuestiones quedan reflejadas, entre otras, en la **Sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, Secc. 1ª, nº 85/2016 de 10 marzo 2016, número de recurso 619/2015 y nº 188/16, de 31 de mayo de 2016, número de recurso 225/2016**, en el sentido siguiente:

- a. **Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, número 85/2016, de 10 de marzo de 2016 (número de recurso 619/2015):**

“...no consta explicación alguna por parte de Kutxabank al cliente sobre cómo se halla el IRPH. Tampoco se explica cómo se ha comportado el IRPH en los últimos años. La diferencia con otros índices oficiales de los que contiene la Circular 8/90 y su modificación en 1.994, Kutxabank pudo presentar gráficos similares a los que ahora trae el actor en su escrito de demanda, pero nada de esto consta, la demandada omitió todo tipo de explicación sobre la cláusula tercera bis. Y lo que es más importante a nuestro entender, Kutxabank no ofrece al cliente otros índices diferentes como el Euribor para que pudiese optar entre ellos. [...] si Kutxabank hubiese explicado la diferencia entre varios índices, y hubiese mostrado gráficos sobre la forma de comportamiento del IRPH y del Euribor, pudiendo elegir el cliente entre uno y otro con las explicaciones oportunas, el actor habría optado por el Euribor más un diferencial. [...] Corresponde a Kutxabank acreditar que explicó al cliente la cláusula tercera bis

que contiene el interés variable a partir del primer año, también corresponde a la entidad acreditar que ofreció al cliente otras alternativas, que el índice IRPH no fue la única propuesta, y que dentro del posible abanico el cliente pudo elegir, pero nada de esto ha acreditado. Cuando se novó el contrato y se amplió el plazo de devolución del principal en el año 2.009, Kutxabank tuvo una buena oportunidad para modificar la cláusula tercera bis del contrato admitiendo que el IRPH perjudicaba al cliente, pudo ofrecer en ese momento otro índice diferente en beneficio del Sr. Jacobo, si no lo hizo es porque con el IRPH cobra más intereses por el préstamo”.

b. Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1º, nº 188/16, de 31 de mayo de 2016 (número de recurso 225/2016):

“(SAPA 31/05/2016) En el supuesto de autos la cláusula se dio a conocer al cliente, sin embargo la oferta vinculante no reunía las condiciones mínimas para ser considerada como tal conforme a la OM de 5 de mayo de 1994. [...]. Asimismo en la sentencia de instancia se pone de relieve como no consta que se informara debidamente al demandante. En concreto pone de relieve que “nada se indica acerca de la información que se pudo facilitar al adherente acerca de cómo se elabora el IRPH, acerca de si comprende o no los gastos y comisiones de la media de los préstamos concedidos por entidades financieras, acerca de la importancia que tiene que además de ello se añada un diferencial positivo, además de sus propios gastos y comisiones, acerca de la evolución comparativa del Euribor con el IRPH. Razona asimismo que no se explica o al menos nada consta, lo afirmado por el testigo sobre la “estabilidad” del IRPH en relación con otros más volátiles, que se explicó al demandante es una información incompleta, que no ofrece ventaja alguna y puede inducir conclusiones o decisiones

erróneas en perjuicio del consumidor. Por todo ello es acertada la conclusión que considera insuficiente la prueba en orden a admitir que la referida cláusula supera el control de transparencia [...].”

Finalmente, respecto del **MOMENTO Y LAS CIRCUNSTANCIAS A TENER EN CUENTA**¹⁷⁰ al tiempo de valorar la transparencia y el carácter abusivo de las cláusulas, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013¹⁷¹ establece que “(237.) [...] *el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes a la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo.*”

Nuestra Jurisprudencia, de forma mayoritaria, ha venido reproduciendo la doctrina de la falta de transparencia sentada por el TS en la meritada Sentencia de 9 de mayo de 2013, aclarada por Auto de 3 de junio de 2013 y posteriormente reiterada en la Sentencia de 24 de marzo de 2015, número 138/2015, número de recurso 1765/2013, para declarar la nulidad de las cláusulas impugnadas sobre la base de todo lo anteriormente expuesto. A título de ejemplo, citaremos las siguientes:

- La **Sala Civil del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 8 de septiembre de 2014, número de recurso 1217/2013**, expuso que: “[...] *no se observa que el predisponente incluyera los criterios precisos y comprensibles en orden a que los prestatarios*

¹⁷⁰ DE LEÓN ARCE, Alicia (Dirección) y GARCÍA GARCÍA, Luz María (Coordinación): “Derecho de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios”, 3ª edición, Editorial Tirant, Valencia, 2016, pág. 221.

¹⁷¹ Así el Tribunal Supremo, en su Sentencia de Pleno de la Sala Primera, de 9 de mayo de 2013 (número 241/2013, recurso 485/2012) pone de manifiesto la situación de inferioridad de los consumidores respecto al Banco cuando señala: “*El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado de forma reiterada que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 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 sin poder influir en el contenido de éstas*”

podieran evaluar directamente el alcance jurídico de la cláusula suelo respecto a la modulación de la oferta comercial que se realizaba. En efecto, fuera del debate acerca de si la denominada cláusula suelo (sujeción a un interés mínimo) desnaturaliza o no el concepto de interés variable, lo cierto es que, a los efectos del principio de transparencia real, constituye un elemento significativo en la modulación o formulación básica de la oferta de este tipo de contratos, que debe ser objeto de un realce específico y diferenciable. En el presente caso, esto no fue así pues el alcance de la cláusula suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni tampoco resultó destacado y diferenciado, específicamente, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios objeto de estudio, en donde su referencia se realiza sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula más amplia y extensa rubricada, significativamente, en atención a la regulación del interés variable del préstamo ...".

- Por su parte, la **Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, en su Sentencia 85/2016 de 10 Marzo 2016, (número de recurso 619/2015)** ya citada concluye que la cláusula por la que se fija el IRPH como tipo de referencia NO es transparente y resulta nula, argumentando que: *“[...] Ahora bien, la cláusula no puede pasar el filtro de la transparencia, se incorporó al contrato sin que la entidad bancaria se asegurase que el cliente comprendía su contenido, sin explicarle la forma de determinar este índice por el Banco de España ni las diferencias entre el IRPH y el resto de los índices, y su comportamiento en los últimos años. Y lo que es más importante, sin poder elegir entre este índice y otros como el Euribor que eran más ventajosos para el cliente y precisamente por esta razón se omitieron. Falta de transparencia que la Sala considera suficiente para declarar la nulidad de la cláusula tercera bis del contrato, ratificando así la sentencia de instancia.”*

- Y la misma **Audiencia en su Sentencia número 188/16, de 31 de mayo de 2016 (Rec. 225/2016)**, también ya indicada, llega a la misma conclusión y confirma la nulidad del IRPH al observar que, pese al conocimiento del autor: “ [...] Por todo ello es acertada la conclusión que considera insuficiente la prueba en orden a admitir que la referida cláusula supera el control de transparencia que necesariamente se deba cumplir, y por ello la declaración de nulidad de dicha cláusula es procedente en los términos razonados en la sentencia de instancia, pues corresponde a la demandada acreditar que explicó al cliente la cláusula del interés variable a partir del primer año, también corresponde a la entidad acreditar que ofreció al cliente otras alternativas, que el índice IRPH no fue la única propuesta, y que dentro del posible abanico el cliente pudo elegir, pero nada de esto ha acreditado. En la referida hoja manuscrita nada consta sobre dichos extremos, solo se hace mención a la diferencia de costes con BBVA, pero nada se explica sobre las características, formación, evolución comparativa con otros índices, etc. en relación con el ofertado y finalmente contratado. [...]” .

- Igualmente **la Audiencia Provincial de Valladolid, Secc. 3ª, en su Sentencia número 40/2016, de 9 de febrero de 2016, número de recurso 390/2015**, respecto de la nulidad de la cláusula suelo y perfectamente aplicable a la nulidad del IRPH, establecía que: “Es cierto que [...] la entidad demandada pudo cumplir con el llamado filtro o control de transparencia informativa, sin embargo, si se analiza la totalidad de los razonamientos contenidos en la sentencia, claramente se advierte que esa información suministrada a los prestatarios no fue completa ni ajustada, como debía, a los parámetros marcados por la STS de 9 de mayo de 2013 y 24 de marzo de 2015 y seguidos, como no podía ser otra manera, por esta Audiencia Provincial. Como repetidamente hemos dicho el control de la transparencia real no se agota en una información que se dice adecuada, ya que esta debe serlo en el sentido de comprensión por el consumidor del verdadero

reparto de riesgos que deriva de la inclusión en el contrato de una acotación mínima a la variabilidad del tipo de interés, de modo que le permita percatarse de que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato e incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago, es decir, una información que permita al prestatario consumidor tener un conocimiento real y razonablemente completo de como juega o puede jugar en la economía del contrato esa cláusula suelo. Consecuentemente, ha de conjugarse para ello, otros factores, como son, si el tipo-suelo se ha introducido junto con un tipo-techo como aparente contraprestación, si se han producido simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento del Euríbor, si ha entregado folleto informativo, si ha informado sobre el coste comparativo con otros productos, e incluso, si en el contrato, dicha cláusula era fácilmente identificable o por contra se encontraba enmascarada entre informaciones extensas”.

- O finalmente, entre muchas otras, **la Audiencia Provincial de Asturias, Secc. 1ª, en su Sentencia 33/2016, de 5 de febrero (Recurso 468/2015)** declaró que: “*Dado que la concreta circunstancia relativa a que cuando se firma el préstamo en junio de 2.009, el Euríbor, sumado el diferencial, se hallaba ya por debajo del tipo fijo pactado para el primer año que se hizo coincidir con el tipo suelo (3%), debe resolverse si se ha de imponer a ese rotundo criterio del Supremo al que se acaba de hacer referencia. (...). En realidad a lo largo del procedimiento escasas noticias han sido aportadas acerca del grado de información que se dio al actor, y cuando se pretende apoyar la suficiencia de conocimientos alcanzados acerca de los intereses en el documento número 2 de los acompañados con la contestación a la demanda (folio 104) se está pasando por alto que dicho recibo en el que consta que los intereses pasados son el 3%, lo que supondría su perfecto conocimiento de tal dato, olvida que los intereses marcados para el primer año alcanzaban ese porcentaje, al igual que el suelo ulterior, lo que nada aclara sobre*

la forma en que fue negociado el préstamo. Pues bien, la circunstancia destacada en la sentencia y que permite la conclusión de que el prestatario aceptó libremente ese límite mínimo de los intereses no puede acogerse con estricta aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo al concluir con plena rotundidad que la creación de una apariencia de interés variable (así se destaca con negrita y mayúsculas en la página 47 de la escritura, folio 39 de los autos), cuando a corto plazo se convirtió en fijo nada más al alza (se produjo terminado el primer año de interés fijo y durante la anualidad entera siguiente, precisamente cuando los variables debían comenzar su vigencia), lo que con palabras del auto de 3 de junio de 2.013 de la Sala Primera, "constituye uno de los diferentes supuestos de falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito", lo que exige que se acoja el primer motivo del recurso, y se declara la nulidad de la cláusula reseñada".

- Por último, debe hacerse una breve alusión al Control de contenido¹⁷², desequilibrio contrario a la buena fe y perjudicial para el consumidor.

Como apuntamos anteriormente, las cláusulas controvertidas integran el objeto principal del contrato y, por tanto, visto que no superan el debido control de transparencia, habrá de valorarse la abusividad de las mismas respecto de su contenido. Ello se desprende de la STS 9/5/2013 cuando pone de manifiesto que: "En efecto, que una cláusula sea clara y comprensible en los términos expuestos, no supone que sea equilibrada y beneficie al consumidor. Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describan o definan el objeto principal del contrato en los términos expuestos no cabe control de abusividad – este control si es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se

¹⁷² DE LEÓN ARCE, Alicia (Dirección) y GARCÍA GARCÍA, Luz María (Coordinación): "Derecho de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios", 3ª edición, Editorial Tirant, Valencia, 2016, pág. 235.

refieren al objeto principal del contrato-. De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas”, por lo que en consecuencia, en ese caso habrá de analizarse la abusividad de las mismas, examinando si tiene lugar un desequilibrio de derechos y obligaciones contrario a la buena fe.

En este sentido, al decir del Profesor PERTÍÑEZ VÍLCHEZ¹⁷³: la STS 9 de mayo de 2013 deja claro, en línea con la literalidad del art. 4.2 de la Directiva 13/1993, que la consecuencia de la falta de transparencia de las cláusulas concernientes al objeto principal del contrato se conecta con el control de contenido; la cláusula en cuestión es abusiva (...), si se conecta la lesión del deber de transparencia con el control de contenido, la falta de transparencia no es sin más la causa de la ineficacia de una cláusula de este tipo, sino sólo en cuanto que sea instrumental a un posible perjuicio material para el consumidor. (...) En la interpretación del precepto comunitario (art. 4.2 Directiva 13/1993) ha prevalecido claramente la idea de que la consecuencia de la lesión de este deber de transparencia no es la ineficacia instantánea de la cláusula, sino la apertura del juicio de abusividad también a las cláusulas relativas al objeto principal, de modo que una vez constatada la falta de transparencia se hace precisa una ulterior valoración sustancial del desequilibrio que la misma representa en perjuicio del consumidor. (...) Este defecto de transparencia es instrumental a un perjuicio para el consumidor, consistente en una alteración de la carga económica o de la onerosidad del contrato, sobre la que el consumidor creyó legítimamente haber prestado su consentimiento, a la vista de la configuración previa de la oferta que presentó el empresario.

¹⁷³ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco: “La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios”, Editorial: Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, páginas 82 y 102.

A los efectos que nos ocupan resulta de aplicación lo dispuesto en los artículos 3.1 de la Directiva 93/13 y 82.1 del TRLGDCU, puestos en relación con el artículo 8 LCGC.

Del análisis de estos preceptos se desprende la definición genérica de Cláusula Abusiva y que, como bien ha confirmado la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo 2013, procede resumir la concurrencia de los siguientes requisitos¹⁷⁴:

- a) En primer lugar, debemos estar ante un contrato celebrado con consumidores y usuarios.
- b) Que sean condiciones generales de la contratación, en tanto que NO negociadas o impuestas, sino predispuestas y tengan como destino ser impuestas en varios contratos.
- c) Que la cláusula sea contraria a las exigencias de la buena fe. Ésta es entendida, desde el punto de vista jurisprudencial, de forma objetiva, de comportamiento basado en principios de honradez, justicia y lealtad (SSTS de 26 de octubre de 1995, número de recurso 994/1992 y 25 de julio de 2000, número 766/2000, número de recurso 2776/1995, entre otras) íntimamente relacionados con aquellos que la sociedad estima necesarios, a pesar de no estar establecidos por el legislador, ni por la costumbre (STS de 22 de septiembre de 1997, número de recurso 933/1993).
- d) Que ocasione un desequilibrio relevante en los derechos y obligaciones que se derivan del contrato, en detrimento del consumidor. La propia sentencia referida indica que *“el desequilibrio puede manifestarse en la propia oferta desequilibrada, en la fase genética o en la ejecución del contrato, o en ambos momentos”*.

¹⁷⁴ DE LEÓN ARCE, Alicia (Dirección) y GARCÍA GARCÍA, Luz María (Coordinación): “Derecho de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios”, 3ª edición, Editorial Tirant, Valencia, 2016, pág. 679.

Es importante señalar que, como considera el Alto Tribunal en la referida sentencia, la valoración del carácter abusivo de la cláusula se realizará con independencia de que *“(293.) el consumidor se subroga en la posición que antes ocupaba un profesional, ni el hecho de que no sea aplicable en todos los supuestos la OM de 1994”*

En este sentido se ha manifestado igualmente la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Secc. 7ª, de 28 de enero de 2016 (número 28/2016, número de recurso 599/2015)**: *“[...] la existencia de subrogación no impide que por parte de las entidades bancarias intervinientes en este tipo de contratos se dé cumplimiento al deber de información acerca de cláusulas como las litigiosas exigidas por disposiciones legales como la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1.994, o normativa de entidades de crédito como la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España del año 2012. El sentir mayoritario de las Audiencias ha considerado que si el demandante al comprar su vivienda se había subrogado en el préstamo concertado por la promotora vendedora: debe recibir el mismo tratamiento y la misma protección legal que si hubiera concertado el préstamo inicial.”.*

O con igual criterio la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Secc. 1ª, 27 de enero de 2016 (número 38/2016, número de recurso 603/2015)**:

“No podemos olvidar que la subrogación en el préstamo al promotor es una solicitud de financiación en toda regla, ya que siempre debe ser expresamente autorizada o consentida por la entidad financiera, conforme a el art. 1205 del Código Civil. No es de recibo que la entidad bancaria se desentienda por completo de una cláusula cuyo destinatario final es, sin duda alguna el consumidor adquirente de las viviendas en promoción inmobiliaria.”

En cambio, y de acuerdo con el art. 82.3 del TRLGDCU, sí que habrá de tenerse en cuenta la naturaleza del bien o el servicio que sea objeto del contrato.

Finalmente, tal y como recoge la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 09/05/2016, “(256) las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio”.

Las especialidades del sector financiero, las obligaciones concretas que impone la legislación sectorial y la información privilegiada con que cuentan las entidades financieras (capaces de conocer, entre otras cuestiones, la previsible evolución de los tipos de interés), debieron traducirse en un escrupuloso cumplimiento por su parte de las obligaciones de informar al cliente, de forma pormenorizada, sobre el contenido, significado, importancia e implicaciones de las cláusulas controvertidas. Sin embargo, la entidad bancaria incluyó, en la mayoría de las ocasiones, estas cláusulas enmascaradas entre una profusión de datos que impedían al cliente apreciar que se trataba de un elemento fundamental del objeto principal del contrato y de especial importancia, diluyendo su atención; sin advertir de su existencia ni explicar sus consecuencias al prestatario; tampoco ofreció, en la mayoría de los casos, alternativa alguna ni se presentaron escenarios diversos respecto del comportamiento pasado del índice de

referencia y previsible a futuro del préstamo. En definitiva, la entidad financiera buscaba únicamente su propio beneficio y en absoluto perjuicio del cliente.

De acuerdo con el Prof. PERTIÑEZ VÍLCHEZ, *“la contrariedad a la buena fe consiste en incluir entre las condiciones generales, sin una preponderancia, ni advertencia especial, cláusulas que por su importancia en la decisión de contratar debieron haber sido conocidas antes de la celebración del contrato, para que el consumidor pudiera decidir con pleno conocimiento de causa”*¹⁷⁵

Por un lado, al haberse impuesto de forma absolutamente reprochable un índice de referencia (IRPH) que resultaba ser el más beneficioso para la entidad y coincidentemente el menos beneficioso para el cliente, sin ofrecer a la parte prestataria la posibilidad de comparar y elegir con pleno conocimiento, entre los distintos índices oficiales existentes aquel que más le interesaba. El cliente desconocía por tanto no solo su significado y trascendencia, sino también cual había sido su evolución histórica y previsión a futuro.

De otro lado, con la inclusión de la Cláusula Suelo solo el cliente corre el riesgo de las subidas del tipo de referencia, mientras que la entidad bancaria, por aplicación de la cláusula suelo, está cubierta ante las oscilaciones a la baja del tipo mínimo de referencia, con la consiguiente frustración de las expectativas del prestatario de un menor coste del pago del crédito dada la bajada del tipo de interés. La doctrina más autorizada¹⁷⁶ ya

¹⁷⁵ PERTIÑEZ VÍLCHEZ, Francisco: “La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios”, Editorial: Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 94.

¹⁷⁶ PÉREZ CONESA, C. “Nulidad de cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable por abusiva” en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.2/2011. BIB 2011/592. ARANZADI INSTITUCIONES, pág. 3.

había apuntado que, tanto las cláusulas suelo sin contraprestación de cláusula techo, como las cláusulas suelo con cláusulas techo con límites altos (suelo y techo perjudican al usuario) en relación con el tipo oficial fijado en cada período, son abusivas porque vulneran el debido equilibrio que debe presidir entre las partes, en claro detrimento del consumidor.

De acuerdo con el profesor Luceño Oliva, *“de ahí la consideración de abusiva de la citada cláusula y la condena expresa a las entidades financieras a eliminar dicha cláusula y abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en sus contratos de préstamo con consumidores y usuarios, ordenando asimismo la autoridad judicial la inscripción de la citada sentencia junto con el texto de las cláusulas afectadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación”*¹⁷⁷.

Se trata de un límite que perjudica al cliente y beneficia únicamente a la entidad, sin que exista contrapartida real que invierta las posiciones y compense el bloqueo que el tipo sufrirá en su descenso, pues como expuso el propio Banco de España, en su Informe sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios (Boletín Oficial de las Cortes Generales-Senado de 07/05/2010), indica que *“en todo caso, y sean cuales sean las causas y explicaciones que subyacen en la determinación de los umbrales o acotaciones, lo cierto es que, en la mayoría de los casos, no ofrecen una protección efectiva para los clientes particulares del riesgo de subida de los tipos, debido a los altos niveles que alcanzan los techos. En consecuencia, las acotaciones al alza, pese a alcanzar una parte significativa de la cartera, no tienen, en general virtualidad como mecanismo de protección real y efectiva frente a los incrementos de los tipos de*

MORENO LISO, L. “Nuevas soluciones para la protección del consumidor frente a los contratos bancarios” en Diario La Ley nº 7514, de 22 de noviembre de 2010, Madrid, pág. 8.

¹⁷⁷ LUCEÑO OLIVA, José Luis: “¿Son abusivas las «cláusulas suelo» en las hipotecas?” en Actualidad Jurídica Aranzadi nº 814/2011, BIB 2011/270, ARANZADI INSTITUCIONES.

interés”. En el mismo sentido tenemos, entre muchas otras, las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Cáceres, Secc. 1ª, número 327/2012, de 19 de junio de 2012, número de recurso 278/2012 y de 23 de mayo de 2012 número 281/2012, número de recurso 222/2012, o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 23 de marzo de 2012, número 126/2012, número de recurso 37/2012.

Igualmente, a pesar de haberse establecido dichas cláusulas en contratos de préstamo hipotecario a interés variable, se ha hecho patente la situación en la que dichos contratos se transformaban en préstamos a interés fijo, de tal modo que, en caso de bajada del tipo de interés, la entidad bancaria quedaba protegida y el consumidor no se beneficiaba de la bajada de los mismos.

En definitiva, la aplicación de la cláusula suelo en detrimento de la parte prestataria era un hecho previsible para la entidad bancaria, experta en la intermediación y asesoramiento financiero, tal y como demuestra la inclusión generalizada de este tipo de cláusulas en las escrituras de préstamos hipotecarios suscritas a partir del año 2006 (así lo afirma el Banco de España) y la evolución del Euribor.

Por tanto, las cláusulas controvertidas NO negociadas, crean un absoluto desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes¹⁷⁸, que resulta contrario al principio de la buena fe, debiendo declararse abusivas y en consecuencia nulas.

¹⁷⁸ DE LEÓN ARCE, Alicia (Dirección) y GARCÍA GARCÍA, Luz María (Coordinación): “Derecho de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios”, 3ª edición, Editorial Tirant, Valencia, 2016, pág. 169.

Sobre el carácter abusivo de estas cláusulas han recaído numerosas resoluciones, dada la generalidad de las cláusulas controvertidas en el mercado que a su vez afectan a multitud de consumidores. De entre ellas podemos destacar entre otras las siguientes:

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Secc. 1ª, de fecha 19 de junio de 2012:

“La entidad financiera sabe, desde que predispone la cláusula suelo que la misma entrará en funcionamiento, sin duda alguna, como aquí ha sucedido y, al tiempo, revisto de falso ropaje recíproco dicha cláusula, con el establecimiento de otra, supuestamente beneficiosa para el consumidor y perjudicial para la entidad, que impide la subida de tipos de interés a partir de un hecho y absolutamente irreal: que los tipos de interés suban del 12%. Este hecho no se ha aplicado nunca en la vida del contrato y es desconocido en los últimos años, sin que sea de ninguna manera previsible su operatividad práctica. Sin embargo, la cláusula suelo se ha aplicado frecuentemente, impidiendo que el consumidor disfrute de la bajada de los tipos de interés, más allá del umbral establecido. De ese modo, disimila la cláusula que se quiere predisponer, con otra que sabe que nunca tendrá virtualidad práctica, todo ello en un acto de clara contradicción con la buena fe; en un acto, por ello, claramente abusivo y que, por tanto, debe provocar la nulidad de la cláusula como acertadamente estableció el juzgador de instancia.”

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª, de 29 de diciembre de 2015 (número 280/2015, número de recurso 57/2015):

“c) Tampoco justifica la recurrente razón económica o de otra clase que lleva a la determinación de unos tipos suelo techo precisamente en la cifra en que se determinan

éstos, por lo que debe concluirse que tales cifras fueron decididas por la entidad de crédito con criterios propios, discrecionales o incluso arbitrarios, que no se han expresado ni en el momento de contratar ni en la contestación de la demanda, y por tanto, que responden al interés de dicha entidad de protegerse frente a bajadas del EURIBOR, sin que existiera ninguna previsión de que éste pudiera acercarse siquiera al fijado como techo; siendo hecho notorio que existe una política económica de ámbito europeo dedicada a evitar la inflación, uno de cuyos instrumentos esenciales es la determinación de unos tipos bajos de interés del dinero. Afirma seguidamente que "no se pactó un verdadero techo realista a favor del deudor, sino que se utilizó la fórmula del tipo máximo como forma de dar apariencia de equidad, sin riesgo para la prestamista, a una cláusula suelo que en realidad se imponía como si se tratase de una cláusula beneficiosa para el consumidor, cuando realmente era únicamente beneficiosa para el prestamista"

Respecto a la cláusula de redondeo al alza del tipo de interés aplicable cabe citar la **Sentencia del Tribunal Supremo, número 75/2011 de la Sala 1ª, de 2 de marzo, número de recurso 33/2003**, en los siguientes términos:

“Se trata de un exceso meramente aleatorio, que pretende la simplificación del cálculo de la cantidad que debe ser abonada en concepto de interés y que se encuentra sometida al ámbito de la Ley 7/1998, sobre las Condiciones Generales de la Contratación y como tal sujeta a los controles de incorporación que el ordenamiento establece para estas, desde el momento en que provoca un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes, pues la posición del Banco queda reforzada mediante la recepción de unos ingresos sin contraprestación, y contrariamente se debilita la posición del prestatario que se ve obligado a pagar siempre un exceso sin recibir nada a cambio. Tal

desequilibrio, provocado por el banco, solo puede calificarse de contrario a la buena fe, pues no de otro modo se puede entender que se opte por el redondeo a la fracción decimal más próxima o al cuarto de punto más próximo, que fácilmente permitiría repartir entre él y su cliente la oportunidad de beneficiarse del redondeo.

Este argumento se mantiene. La sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2010, que reproduce la de 1 de diciembre del mismo año, declaró, de un lado, abusivas para los consumidores las “fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto”, con base en los artículos 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, al tratarse, como en el presente caso, de estipulaciones no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato; y, mantuvo de otro, que resulta indiferente si se trata o no de fijación del precio porque la Sentencia del TJUE de 3 de Junio de 2010-C484/08- ha resuelto, en interpretación del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, que el mismo no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio o retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Los órganos jurisdiccionales nacionales, dice esta sentencia, pueden “apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara”.

En definitiva, se observa un marcado carácter intervencionista de los Bancos al practicar operaciones de préstamo hipotecario incluyendo en el contenido de los contratos cláusulas abusivas, dejando de lado una transparencia que debe presidir en todo momento en las prácticas bancarias. Todo ello, a pesar de la numerosa legislación dictada para conseguir un efecto contrario al actual.

Así, las entidades bancarias, según la más autorizada doctrina, al realizar una actividad de especial importancia económica, han de acreditar una cualificación superior al de otras actividades y, por ello, les es exigible una responsabilidad adecuada a la importante función que se les encomienda, no sólo desde el punto de vista administrativo, sino también en la relación negocial con sus clientes. Por ello, según HERAS HERNÁNDEZ¹⁷⁹ y MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA¹⁸⁰ la mayor diligencia exigida a las entidades de crédito, puesta en relación con las exigencias de buena fe, acorde con la naturaleza de las relaciones contractuales bancarias, dan como resultado una **especial responsabilidad, muy cercana a la responsabilidad por riesgo del profesional, por los hechos que las entidades de crédito realicen dentro del ámbito de su actividad y que únicamente cesará en los supuestos de negligencia probada del cliente.**

¹⁷⁹ HERAS HERNÁNDEZ, M^a. M., “El modelo de responsabilidad civil de las entidades financieras en función de su profesionalidad”, en Cuadernos de Derecho y comercio n^o 27, Madrid, 1998, pág. 215.

¹⁸⁰ MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., en CUNAT EDO, V. –Dir.- Protección de particulares frente a malas prácticas bancarias, en Estudios de Derecho Judicial n^o 55, CGPJ, Madrid, 2005, págs. 186 y ss.

Por consiguiente, se desprende que:

- (i) El cliente es merecedor de una protección, como consumidor, especialmente tuitiva, por ser prestatario y, por tanto, usuario de servicios (los bancarios) y productos (la vivienda hipotecada)

- (ii) La prestamista es una empresaria que actúa en el marco de su actividad y que, por su cualidad de experta y por su situación privilegiada¹⁸¹ y posición asimétrica respecto de sus clientes, se le exige un grado de diligencia superior al del hombre medio, muy cercana a la responsabilidad por riesgo del profesional.

¹⁸¹ DE LEÓN ARCE, Alicia (Dirección) y GARCÍA GARCÍA, Luz María (Coordinación): “Derecho de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios”, 3ª edición, Editorial Tirant, Valencia, 2016, pág. 1091.

IX. DERECHO COMPARADO, ALTERNATIVAS EN OTROS PAISES, SISTEMAS DE ORGANIZACIÓN JURÍDICA DE LA PROPIEDAD INMUEBLE:

Antes de entrar en profundidad con el estudio del derecho en Inglaterra en comparación con el derecho español (así como, con otros sistemas hipotecarios), conviene recordar, en relación con la ordenación jurídica de la propiedad inmueble, que el Registro de la Propiedad de España puede ser analizado desde tres diferentes puntos de vista:

- a) Como una autentica oficina
- b) Como una acumulación de libros
- c) Como una verdadera institución.

El Registro de la Propiedad es definido como *“aquella oficina pública dónde se realiza la función de declarar a la generalidad las titularidades de los derechos reales sobre los bienes inmuebles”*¹⁸².

Y así consta en el art 1 Ley Hipotecaria: *“El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Las citadas inscripciones o anotaciones se harán en el Registro en cuya circunscripción territorial radiquen los inmuebles. Los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos 238 y siguientes, en cuanto se refieren a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley”*.

¹⁸² LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M.; MARÍN VELARDE, Asunción; FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela; DÍAZ MORENO, Alejandro: “Lecciones de Derecho Civil. Derechos reales e hipotecario”, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 133.

Atendiendo a la eficacia de la inscripción podemos realizar diferentes clasificaciones que pasamos a exponer:

- a) Registros con eficacia negativa, en virtud de los cuales el Registro tan sólo tiene el valor de requisito de inoponibilidad o publicidad.
- b) Registros con eficacia positiva, en éstos el Registro tiene un valor de protección a terceros y presunción de veracidad.

Dentro de los mismos, cabe diferenciar dos modalidades:

- Inscripción constitutiva, en el que la misma es requisito integrante de la transmisión realizada. Como ejemplos, se pueden citar al sistema alemán y al suizo.
 - Inscripción declarativa, en el que la inscripción tiene valor convalidante y además de publicidad. Un ejemplo sería el sistema español salvo excepciones (hipoteca y derecho de superficie)¹⁸³.
- c) Registros que tienen eficacia jurídica plena, en virtud de los mismos no hay diferencia entre realidad jurídica y realidad registral, prevaleciendo de forma inatacable lo publicado en el Registro. Un ejemplo de ello sería el sistema australiano.

Atendiendo al objeto de publicidad se puede distinguir entre registros totales (en los que el objeto de la publicación son actos jurídicos reales) y parciales (si solamente se publican gravámenes).

En función del modo de llevar el Registro se pueden distinguir tres diferentes:

¹⁸³ LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M.; MARÍN VELARDE, Asunción; FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela; DÍAZ MORENO, Alejandro: “Lecciones de Derecho Civil. Derechos reales e hipotecario”, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 138.

- Sistema de folio real: Es aquél en el que abre una hoja especial a cada finca. Tiene lugar en Suiza, Austria, España¹⁸⁴ y Alemania.
- Sistema de folio personal: Es aquél en el que los Libros son llevados por titulares. Es el propio del sistema francés, italiano y en varios estados de los Estados Unidos, así como el sistema registral mercantil español.
- Sistema de registración sucesiva de los títulos: En este sistema los Libros se forman en virtud del orden de recepción de los documentos.

En base a la forma de constatar los títulos se distinguen igualmente tres diferentes:

- Sistema de inscripción, en el que se refleja en los Libros los extremos reales del título. Propio del sistema español.
- Sistema de transcripción, en el que el documento es archivado u objeto de copia íntegra. Habitual en el sistema francés, belga e italiano.
- Sistema de encasillado, en el que los datos reales del título se consignan en el encasillado habilitado al efecto. Es propio de los sistemas de Alemania, Suiza y Austria, así como el libro de incapacitados del sistema español.

Por la relación con la causa del negocio jurídico se pueden distinguir dos sistemas distintos:

- Sistema abstracto, es aquel en el que se parte del negocio real abstracto, quedando absolutamente desconectado del negocio obligacional y de la causa. Sucede en el sistema alemán.

¹⁸⁴ SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier (Coord.): “Curso de Derecho Civil. Derechos reales y registral inmobiliario”, 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 407.

- Sistema causal, en el que la inscripción tiene base causal, que es la que suministra la causa del negocio jurídico que es objeto de inscripción. Es el sistema seguido por la mayoría.

Por último, atendiendo a la oficina se diferencian los dos siguientes:

- a) Sistema de oficina múltiple, que conlleva una pluralidad de oficinas localizadas en virtud de la organización judicial, administrativa o con distribución especial.
- b) Sistema de oficina única, en el que el Registro está tan sólo centralizado en una sola oficina. Es el caso de Australia y Sahara.

A continuación, pasamos a realizar un análisis detallado del sistema hipotecario inglés, en el que se reflejan con absoluta claridad las diferencias con nuestro sistema hipotecario español, y con posterioridad se hará una breve alusión a otros derechos, como el francés y el suizo.

1. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO INGLÉS

La normativa del sistema hipotecario inglés está constituida por las siguientes leyes:

- Law of Property Act 1925
- Land Registration Act 1925, sustituida por Land Registration Act 2002, que entró en vigor el 13 de octubre de 2003.
- Land Registration (Network Access) Rules 2008 y Land Registration (Electronic Conveyancing) Rules 2008, destinadas a impulsar el registro electrónico.
- Land Charges Act 1972, que regula hasta 5 registros distintos, siendo el más relevante el Registro de Cargas inmobiliarias (Land Charges Registry)

- Companies Act 2006.

Igualmente deben tenerse en cuenta para el estudio de este apartado lo siguiente:

- Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), realizado por el Consejo de Europa (Roma, 2 de noviembre de 1950), y que está vigente en el Reino Unido desde el 3 de septiembre de 1953.
- Protocolo adicional al Convenio, aprobado en París, el día 20 de marzo de 1952.
- Human Right Act 1998 (HRA).
- Misrepresentation Act 1967.
- Unfair Terms and Consumer Contracts Regulation 1999.
- Consumer Credit Act 1974.
- Libro blanco denominado “Fair Clear and Competitive: The Consumer Credit Market in the 21st Century”, 2003.
- Consumer Credit Act 2006.
- Financial Services and Markets Act 2000.
- Conduct of Business Sourcebook (MCOB).

Interesa destacar en primer lugar que los agentes que pueden otorgar préstamos hipotecarios en Inglaterra, no sólo son bancos (corporations) y entidades o cajas de ahorro sino también entidades locales y las denominadas building societies, y sociedades industriales y económicas (Industrial and Provident Societies), sociedades de previsión social (Friendly Societies), fiduciarios (trustees), Credit Unions, etc.

Así, las building societies son definidas como *“instituciones financieras típicamente inglesas y especializadas en el mercado de los préstamos hipotecarios que, de acuerdo con el preámbulo de la vieja Building Society Act de 1836, nacieron para permitir que personas con recursos económicos limitados pudieran acceder a pequeñas propiedades. Más concretamente, puede afirmarse que son sociedades mutualistas, formadas por al menos diez personas y con un capital mínimo de 1 millón de libras, cuyo establecimiento principal debe estar situado en el Reino Unido y cuyo propósito esencial es el de proporcionar préstamos destinados a la adquisición de viviendas, garantizados por hipotecas, y en base a las aportaciones que sus miembros realizan (Art. 5.1 Building Societies Act 1985)¹⁸⁵”*.

Tales entidades, así como el resto de actores del departamento financiero (como bancos, aseguradoras...) son controladas por la Financial Services Authority (FSA).

Los gobiernos o entidades locales (Local Authorities) también pueden *“adelantar dinero a los particulares con el propósito de adquirir, construir, ampliar, reparar o mejorar viviendas que, consecuentemente, resultan hipotecadas en garantía del préstamo otorgado. También tienen la facultad de otorgar préstamos hipotecarios para convertir edificios en casas o apartamentos, para adquirir otros edificios con dicha finalidad (adaptarlos para viviendas) así como para satisfacer créditos con tal objeto¹⁸⁶”*.

Son los ayuntamientos (City council) y los consejos municipales o de condado (County council) los encargados de la gestión de tales préstamos.

¹⁸⁵ OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: “Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág.36.

¹⁸⁶ OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: “Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés”, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2014, págs. 32-33.

El deudor hipotecario, en el derecho inglés, requiere plena capacidad de obrar y facultades dispositivas absolutas sobre el bien gravado. El dueño del bien inmueble (freehold), así como el titular de una modalidad de propiedad inferior (leasehold) puede constituir la garantía hipotecaria, hipotecándose el bien inmueble por fiduciarios (trustees) o beneficiarios (beneficiaries), como tendremos ocasión de exponer en la presente tesis.

Lo realmente llamativo es que la Corona es propietaria de toda la tierra en Inglaterra y Gales, por lo que los ciudadanos sólo pueden detentar un derecho (state o interest) sobre la tierra.

Así, inicialmente *“el sistema feudal de titularidad inmobiliaria quedaba construido como sigue: el Rey era el propietario único de todas las tierras de Inglaterra y, como tal, las cedía – no vendía- a los señores a cambio de servicios (tenures) y en unas condiciones temporales predeterminadas (estates), pudiéndose repetir este proceso hacia abajo de forma indefinida en una secuencia interminable de subenfeudation que no paraba de extenderse a medida que transcurría el tiempo¹⁸⁷”*.

Los derechos reales¹⁸⁸ se dividen en dos categorías: estates, que otorgan el uso y control de la finca, y los interest, derechos reales limitados que una persona disfruta sobre la propiedad ajena, entre los que se puede distinguir las servidumbres (easements), la hipoteca (mortgage), derecho de opción (option) y convenios restrictivos sobre el uso de la propiedad (restrictive covenants).

¹⁸⁷ OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: “Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés”, Valencia, 2014, pág. 57.

¹⁸⁸ BAZ IZQUIERDO, Fernando: “Derecho inmobiliario e hipotecario inglés y su comparación con el sistema inmobiliario español. Prólogo de Luis Diez Picazo”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980, pág. 589-597.

Por tanto, en Inglaterra no se puede adquirir el dominio absoluto respecto a la tierra, sino sólo un derecho real (proprietary right) llamado “estate in the land”, cuyas dos modalidades son las siguientes:

- Fee simple absolute in possession (freehold estate): dominio.
- Term of years absolute (leasehold)

Freehold estate:

Por lo que respecta a freehold state, según DIXON “*se trata de un estate que comprende el derecho a usar y disfrutar de los bienes inmuebles durante toda la vida de su titular (estate owner) así como de sus herederos y sucesores*”¹⁸⁹

La peculiaridad de esta figura radica en que, aunque puede llegar a ser de duración indefinida, si el titular del estate no dispone mortis causa del mismo y a su muerte carece de sucesores (ya sean incluso colaterales) que puedan heredar de acuerdo con las reglas de la sucesión intestada, el inmueble pasará a la Corona. Y otra característica fundamental a tener en cuenta es el derecho a la posesión inmediata del inmueble, detentándolo físicamente o recibiendo rentas o beneficios en virtud de un contrato de arrendamiento sobre el bien.

Leasehold:

En cuanto a leasehold, cabe decir que tiene lugar cuando una persona otorga a otra el derecho al uso y disfrute de manera exclusiva de un bien inmueble por un plazo de

¹⁸⁹ DIXON, Martin: “Modern Studies in Property Law”, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2009, p. 7 y 153.

tiempo fijado con anterioridad. Dicho plazo debe tener un comienzo cierto y un final cierto¹⁹⁰, no pudiendo estar sometido a un acontecimiento que pueda o no acaecer.

Así “el leasehold sólo puede concederse por los que tengan la posesión exclusiva de los bienes cedidos, y estos pueden ser tanto un propietario o landlord propiamente dicho, titular de un fee simple estate, como un arrendatario o lessee, titular de un leasehold, el cual podría otorgar un subarrendamiento (sublease o underlease) de duración necesariamente inferior a su propio derecho; a su vez, el sublessee podría conceder el derecho a un sub-sublessee, y así sucesivamente”¹⁹¹

Como requisitos necesarios para un leasehold debe tenerse en cuenta los que indicó LORD TEMPLEMAN, en el caso *Street v. Mount-ford* resuelto por la House of Lords el 2 de mayo de 1985:

1. Posesión exclusiva;
2. Certeza del plazo o duración;
3. Pago de una prima o renta periódica.

En Inglaterra conviven dos cuerpos legales, uno basado en el derecho de propiedad legal y otro en equity, de ahí que se distinga entre el common law y el equity. Un derecho de propiedad legal son aquellos estates y derechos reales recogidos en la LPA 1925 (Sección primera), creados mediante deed (escritura) e inscritos, cuando sea necesario, de acuerdo con la LRA 2002.

¹⁹⁰ BLACKSTONE, Willian: “Commentaries on the Laws of England”, Vol. II, University of Chicago Press, Chicago, 1979, p. 143

¹⁹¹ OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: “Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés”, Valencia, 2014, pág. 65.

Por lo que de acuerdo con DIXON¹⁹², un equitable proprietary right surgirá en tres supuestos:

“a. cuando los derechos legales no sean legales, es decir, cuando no consten en la LPA 1925.

b. cuando no se hayan creado mediante deed.

c. cuando aún cumpliendo los dos requisitos anteriores, no se hayan registrado”

Antes de entrar en el estudio de la figura de la hipoteca en el derecho inglés conviene indicar que uno de los objetivos de la Land Registration 2002 (legislación actual) es conseguir que cada una de las transacciones inmobiliarias sean inscritas simultáneamente en el Registro de la Propiedad de forma electrónica. La inscripción tiene un carácter eminentemente constitutiva y el Registro usa el sistema de folio personal.

En Inglaterra y Gales, además, conviven dos sistemas registrales, en concreto la propiedad registrada (denominada registered land o land of registered title) y la no registrada (denominada unregistered land), predominando la registrada.

La hipoteca en el derecho inglés en términos generales es definida como *“una forma de garantía real (real security) creada mediante un contrato (conveyance) en virtud del cual se transmite un derecho (security interest) legal o en equity (legal or equitable interest) sobre una propiedad inmueble (real property) o mueble (personal property) con la finalidad de asegurar el pago de una deuda o el cumplimiento de cualquier otra obligación”*¹⁹³

¹⁹² DIXON: “Modern Studies in Property Law”, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2009, pág. 34.

¹⁹³ OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: “Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés”, Valencia, 2014, pág. 125.

Atendiendo a la forma de creación cabe distinguir entre legal proprietary right y equitable proprietary right, siendo el primero el derecho legal ejercitable frente al que adquiere de buena fe, y el segundo el derecho de equidad no oponible al tercero de buena fe.

La hipoteca es un derecho legal siempre que cumpla con todos los requisitos formales exigidos legalmente, que se formalice mediante deed (escritura), tenga lugar la inscripción a favor del acreedor hipotecario y que se constituya sobre finca registrada. Ello ha provocado que la doctrina entienda que tal inscripción tiene un carácter meramente constitutivo, como anteriormente indicábamos.

Es posible en derecho inglés que se constituya una hipoteca al margen del Registro al recaer la hipoteca sobre una finca no registrada, a diferencia del sistema español.

Por tanto, las hipotecas pueden ser clasificadas en Inglaterra atendiendo a cuatro hitos fundamentales:

- a. Tipo de state sobre el que recaiga la hipoteca, puesto que se puede constituir por el titular del dominio (freehold) como por leasehold, posibilidad ésta no permitida en el Derecho español
- b. Hipotecas legales o en equity.
- c. Hipotecas sujetas a la LPA de 1925 o LRA 2002.
- d. Hipotecas cuyo objeto recaer sobre un inmueble registrado o no registrado.

Las hipotecas legales pueden constituirse sobre el freehold (dominio) o sobre el leasehold.

Por lo que hace a las primeras (hipotecas legales constituidas sobre el freehold), cabe distinguir entre:

- Demise for a term of years absolute: hipoteca que se caracteriza por la cesión de un legal estate al acreedor hipotecario por un período que puede oscilar entre los 6 meses y los 3000 años, que le permite poseer el inmueble gravado, aunque en la mayoría de los casos no lo hace. Está limitado a los inmuebles no inscritos y a los títulos inscritos antes del 13 de octubre de 2003.
- Charge by deed expresse to be by way of legal mortgage: Supone la afección en pago con la misma fuerza de una hipoteca legal. Es la única forma disponible para los inmuebles registrados, siendo necesario que conste en escritura pública (deed), que se indique en la misma que se trata de una afección real, y que se inscriba en el Registro de la Propiedad, en el caso del inmueble inmatriculado.

Las hipotecas constituidas sobre el leasehold también se clasifican en dos:

- Subdemise for a term of years absolute: Es aquella que otorga el deudor hipotecario a favor del acreedor por un plazo de tiempo inferior al del arrendamiento hipotecado. No será aplicable a los inmuebles registrados, por imperativo de la ley, pero sí a los bienes inmuebles no inmatriculados.
- Charge by deed expressed to be by way of legal mortgage: Afección en pago con fuerza de hipoteca legal, en la que el acreedor hipotecario tiene iguales derechos que si la hipoteca se hubiera realizado mediante un

subarrendamiento normal. Es el único modo de constituir hipotecas sobre títulos inscritos.

Además de las hipotecas legales, están las hipotecas en equity (equitable mortgages), cuya diferencia es la siguiente:

“Las primeras (hipotecas legales) se caracterizan porque el prestatario hipoteca un inmueble que detenta legalmente (legal state) en garantía de una deuda. Por el contrario, las segundas se dan básicamente cuando, o bien el prestatario tan solo goza de un derecho en equity sobre el bien gravado (equitable interest), o bien porque, a pesar de tener un derecho legal, la hipoteca no se ha constituido con las formalidades y garantías legalmente exigidas¹⁹⁴”.

Dentro de estas hipotecas en equity cabe diferenciar las siguientes:

- Hipotecas sobre derechos en equity (Mortgages of equitable interests): El deudor hipotecario detenta un derecho en equity sobre el inmueble que es objeto de garantía real.
- Hipotecas informales de derechos legales (Informal mortgages of legal interests): En las que no tiene lugar la escritura pública ni se ha registrado cuando éste sea un requisito para su constitución.
- Hipotecas mediante estoppel (Mortgages by estoppel): Surge en aquellos casos en los que se ha garantizado un derecho sobre la propiedad pero el mismo no tiene lugar sino un detrimento patrimonial en base a la confianza depositada, de ahí deriva el nombre de hipoteca estoppel (cuyo significado es “parado”).

¹⁹⁴ OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: “Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés”, Valencia, 2014, pág. 149.

- Precontratos hipotecarios (Contract to create a mortgage): Tiene lugar cuando el prestatario realiza un precontrato a otorgar una hipoteca legal.
- Afecciones en pago equitativas (Equitable Charges): La propiedad constituye una garantía que se destina al pago de una deuda u obligación sin tener lugar la transmisión de la titularidad.

Una particularidad de la hipoteca en el sistema inglés es que el deudor tendrá derecho a la devolución de la propiedad una vez haya sido devuelto el préstamo y cualquier otra cláusula del contrato que elimine este derecho será excluida.

La hipoteca utilizada para la compra de viviendas de uso residencial y financiación de actividades comerciales recibe el nombre de “repayment mortgage”, en cuya virtud el deudor hipotecario recibe el préstamo del capital que tiene que devolver con los intereses en un período de tiempo predeterminado.

Interesa destacar que la Ley Registration Act 2002 ha llegado a exigir la creación y cesión de derechos reales a través de formato electrónico, y su inscripción en el Registro de la Propiedad.

La inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad (formalizada mediante escritura pública e inscrita a favor del acreedor hipotecario) resulta obligatoria para todas aquellas hipotecas constituidas sobre inmuebles inmatriculados, con la excepción de hipotecas legales sobre determinados inmuebles municipales (local land charge), que a pesar de no estar inscritas resultan vinculantes frente a terceros. De ahí que la inscripción de la hipoteca tenga un carácter constitutivo.

Sin embargo, las hipotecas legales de las sociedades mercantiles se someten a un régimen jurídico regulado por la Companies Act 2006, debiendo inscribirse en el

Registro de Cargas de Sociedades y comunicar al Registro en un plazo de 21 días desde la creación de las mismas, toda la documentación relativa a la hipoteca.

Merece indicar que en Inglaterra y Gales todavía existen hipotecas sobre inmuebles no registrados - por haberse constituido antes del 13 de octubre de 2003, día en el que entró en vigor la LRA 2002 – que tienen eficacia frente a terceros adquirentes del inmueble hipotecado (eficacia erga omnes). Sin embargo, tiene lugar una excepción denominada “puisne mortgage” en la que el prestamista no dispone de título sobre el dominio por ser una segunda o ulterior hipoteca y es el primer acreedor hipotecario el que detenta el título pero carece de protección frente a terceros. A fin de evitar esta situación, este tipo de hipotecas son susceptibles de inscripción en el Registro de Cargas.

En el caso de hipotecas sobre bienes no inmatriculados de inscripción obligatoria el derecho inglés exige su inscripción en el Registro de la Propiedad y para el caso de hipotecas en equity, éstas pueden inscribirse en el Registro de Cargas, adquiriendo de este modo eficacia frente a terceros.

A continuación, pasamos a exponer los derechos y obligaciones de las partes (acreedor y deudor hipotecario):

El primer derecho de todo acreedor hipotecario es exigir el pago de la deuda. En caso de incumplimiento, el acreedor podrá acudir a la ejecución hipotecaria (forclosure), a la venta (sale), a la toma de posesión directa (taking possession) y al nombramiento de un administrador (appointment of receiver).

El acreedor, por su parte, tiene el derecho de redimir la hipoteca, concretamente puede (i) vender la finca hipotecada, incluso encontrándose habitada por el deudor, no reconociéndose la dación en pago obligatoria para el acreedor como modo de extinguir la deuda, sino una dejación del inmueble voluntaria y de forma unilateral por parte del

deudor (*voluntary surrender of mortgaged premises*); (ii) desahuciar previamente al deudor y adquirir legalmente la posesión de la finca, (iii) nombrar un administrador para gestionar la finca objeto de hipoteca, (iv) orden de foreclosure, en virtud de la cual extingue el derecho de redención del deudor, quedando en propiedad del acreedor la finca hipotecada.

- Foreclosure

En virtud de esta figura, el acreedor hipotecario podrá apropiarse de forma directa e inmediata de los bienes gravados.

“El foreclosure es, ante todo, una institución procesal-civil, esto es, una orden judicial otorgada por los tribunales a instancia de parte. Se encuentran legitimados activamente para iniciar el procedimiento judicial el acreedor hipotecario propiamente dicho, el cesionario de la hipoteca, los segundos y subsiguientes acreedores, fiduciarios (trustees) y demás representantes. No obstante, el derecho a solicitar la ejecución hipotecaria no surge hasta el momento en el que el pago sea debido, bien porque haya vencido la fecha de redención (date of redemption) o porque se haya dejado de pagar algunos de los plazos correspondientes al principal o a los intereses”¹⁹⁵

Si el deudor no satisface la deuda en 6 meses, a contar desde la orden judicial, el Juez le podrá posponer esa fecha o conceder un nuevo plazo. Si aún así no tuviera lugar el pago, el órgano judicial ordenará el decomiso y entrega de los bienes hipotecados al

¹⁹⁵ OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: “Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés”, Valencia, 2014, pág. 167.

acreedor, pudiendo en otro caso ordenar la venta de la propiedad, a instancia de parte interesada.

A pesar de estar en desuso este derecho de apropiación por los problemas que acarrea orientados a hacer efectiva la redención del deudor, tiene cierta aplicabilidad en los casos de hipotecas en equity y en los supuestos de prescripción de la acción posesoria (12 años)¹⁹⁶.

Llama la atención que el Derecho inglés permita a través de la equity lo que en el Derecho español se prohíbe expresamente: *“el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas”* (artículo 1859 de nuestro Código Civil).

- Sale

Consiste en la venta extrajudicial del bien objeto de hipoteca a fin de destinar lo obtenido en el pago de la deuda.

Los requisitos son los contenidos en el artículo 103 de la LPA 1925, en concreto:

1. Notificación previa al deudor hipotecario por escrito y requerimiento para que realice el pago en un plazo de tres meses.
2. Incumplimiento del deudor hipotecario de los intereses de demora correspondientes a dos o tres últimos meses tras su vencimiento.
3. O incumplimiento del deudor de cualquier otra previsión de la escritura hipotecaria o alguna norma importante de la LPA 1925.

¹⁹⁶ CLARKE, Wayne: “Fisher and Lightwood’s Law of Mortgage”, Lexis Nexis, London, 2010, págs. 724 y 725.

En la actualidad, se contiene este poder de venta en las escrituras hipotecarias legales, salvo que se haya indicado lo contrario.

No resulta necesaria la intervención judicial, pudiendo el acreedor proceder a la venta mediante la subasta pública o de forma privada.

El problema de esta figura es que si el precio obtenido con la venta resultara ser inferior al que debe el deudor hipotecario, éste seguirá respondiendo de la cantidad pendiente. De ahí que el acreedor hipotecario tenga que cumplir un deber de cuidado y prevención (duty of care), debiendo vender el bien por un “valor de mercado real”.

Los problemas que plantea son los siguientes:

“ a) Por un lado, el precio obtenido será previsiblemente menor que el que podría alcanzarse en una propiedad libre de poseedores, por lo que podría entenderse que el acreedor no ha actuado con el necesario “duty of care”.

b) Por otro lado, el vendedor estaría incumpliendo con la obligación contractual implícita de entregar al comprador el bien inmueble libre de terceros poseedores que le impidan ejercer su derecho al disfrute pacífico del objeto adquirido en los términos acordados.

c) Finalmente, si se trata de ejecutar una hipoteca que recae sobre una vivienda (no sobre un local comercial), los tribunales están facultados para suspender, diferir o posponer la orden de posesión que con posterioridad interponga el acreedor hipotecario, siempre y cuando entienda que es probable que el deudor pueda pagar dentro de un período de tiempo razonable las cantidades adeudadas” (Art. 36 Administration of Justice Act 1970)

Debe indicarse que no será válida la autocontratación, ya que está absolutamente prohibida. Si el acreedor incumple los deberes de cuidado y prevención citados, responderá de los daños y perjuicios causados a la parte deudora.

No obstante, el deudor hipotecario podrá, antes de la finalización de la venta, paralizar la misma si ofrece la cantidad adeudada, incluyendo principal, intereses y gastos.

En el caso de venta, la cantidad obtenida se aplicará siguiendo el orden establecido en el artículo 105 de la LPA de 1925, esto es, 1º. Costos y gastos de la compraventa; 2º. Principal, intereses y costas; 3º. El excedente, si lo hubiera, se entregará a los acreedores subsiguientes; 4º. En caso de existir remanente, al deudor hipotecario.

- Taking possession

Consiste en el acceso a la posesión del bien gravado por parte del acreedor hipotecario, quedando excluido este derecho de las hipotecas en equity, ya que en éstas el acreedor carece de cualquier derecho sobre el bien.

Su fin original era la de proteger la garantía otorgada por el deudor a fin de llevar actos de reparación sobre el inmueble.

Como límites a tener en cuenta en este derecho de posesión, cabe señalar los siguientes:

a) Puede pactarse expresamente la restricción de dicho derecho o, igualmente, deducirse la existencia de una limitación implícita de su uso de los términos empleados en el contrato de préstamo hipotecario.

b) La jurisprudencia establece con toda claridad que debe ejercerse siempre de buena fe (bona fides realisation) y con la única finalidad de ejecutar la garantía real de la que disfruta el acreedor.

c) Si con anterioridad a la constitución de la hipoteca existían en el inmueble arrendatarios, el acreedor hipotecario no puede entrar en la posesión del bien directamente, si bien puede exigirles que el pague a él la renta en vez de al deudor hipotecario.

d) En cuarto lugar, un tribunal no concederá una orden de posesión contra uno de los codeudores hipotecarios del bien inmueble si el otro posee el inmueble y goza de una defensa razonable¹⁹⁷.

Dicha posesión se suele pedir a través de una petición formulada en un procedimiento judicial.

El acreedor hipotecario poseedor tiene el derecho a recibir tanto los beneficios como rentas que genere la propiedad, realizar mejoras o reparaciones, así como arrendar el inmueble, debiendo rendir cuentas al deudor hipotecario y además tiene la obligación de conservar los bienes y respondiendo de los daños y perjuicios por el causados.

Así de acuerdo con la norma el acreedor hipotecario adquirirá la titularidad del bien inmueble cuando lo haya poseído durante 12 años sin haber reconocido el derecho del deudor hipotecario y tratándose de hipoteca no registrada. E igualmente tendrá lugar su pérdida cuando se trate de hipotecas registradas antes del 13 de octubre de 2003.

¹⁹⁷ OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: “Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés”, Valencia, 2014, pág. 186-187

- Appointment of receiver

Consiste en el nombramiento por parte del acreedor hipotecario en un administrador para gestionar el cobro de la cantidad adeudada de una hipoteca que conste en escritura pública.

El nombramiento debe realizarse por escrito y el administrador responderá directamente de sus actos, y actuar de buena fe, con diligencia, prevención y atención.

Con esta figura el acreedor nunca adquirirá la titularidad del bien por prescripción adquisitiva.

Los ingresos que reciba el administrador deberá aplicarlos siguiendo el orden establecido en el artículo 109 de la LPA 1925:

- a. Pago de rentas, impuestos y gastos.
- b. Rebajar las sumas a pagar por anualidades y los intereses sobre el principal teniendo prioridad la hipoteca.
- c. Pago de su comisión y de las primas de los seguros.
- d. Intereses devengados por la hipoteca.
- e. Pago del principal del préstamo.

- Acción personal

Además de todos los remedios indicados anteriormente, el acreedor hipotecario también cuenta con una acción personal para reclamar el pago de la cantidad adeudada, desde que tiene lugar la expiración de la fecha establecida para el pago. Se reconoce la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil.

Dicha acción prescribe a los 12 años cuando se trata de hipotecas formalizadas en escritura pública y 6 años cuando se trate de reclamar intereses.

- Otros derechos del acreedor

Además de todo lo anterior, el acreedor hipotecario podrá (i) asegurar la propiedad contra incendios (cuyas primas sean satisfechas por el deudor), salvo pacto en contrario; (ii) poseer el título; (iii) consolidar en el supuesto de tener dos o más hipotecas sobre un mismo derecho de crédito negándose a la redención de una mientras no se redima la otra.

Pasamos ahora a exponer los derechos y remedios del deudor hipotecario (mortgagor o chargor):

En primer lugar, merece llamar la atención sobre el derecho de redención del que dispone el deudor hipotecario, derecho que podía ejercitar en la fecha pactada en la hipoteca, habitualmente 6 meses desde su constitución¹⁹⁸. Si bien, la equity concedía una segunda posibilidad de redención.

Dicho derecho tiene lugar sin necesidad de haberse pactado previamente, con carácter general, sin limitaciones de ningún tipo y de forma absolutamente libre.

Si el deudor no redime la deuda perderá el inmueble gravado. En cambio, si ejercita tal derecho extinguirá la hipoteca y dejará el inmueble libre de gravamen alguno.

¹⁹⁸ SIMPSON, A: "History of the Land Law", Clarendon Press, Oxford, 1986, pág. 242 y 243.

Dicho derecho de redención se extinguirá en los siguientes casos:

- Venta del bien
- Foreclosure
- Renuncia del hipotecante
- Transcurso del tiempo (prescripción 12 años, sin tener lugar el pago ni del principal ni de los intereses).

Por otro lado, en caso de invasión de terceros o actuaciones molestas frente al deudor hipotecario, éste podrá pedir protección de la posesión, teniendo en cuenta que la posesión formal la tiene el acreedor hipotecario en el derecho inglés.

El Derecho inglés otorga al deudor hipotecario gran cantidad de remedios frente a un eventual o posible proceso de ejecución o desahucio ya iniciado por el acreedor, en concreto alegar defectos formales en el título hipotecario o satisfacción del crédito (como por ejemplo, no constar por escrito, no estar firmados, no haber tenido lugar inscripción en el Registro, firma falsa, etc. consiguiendo que se declare nula la hipoteca), solicitar compensación con otras cantidades, alegar vicios o defectos en el propio contrato de préstamo, a diferencia del Derecho español que sólo podrá suspenderse el proceso de ejecución o tener lugar la oposición del deudor por motivos estrictamente tasados en la ley y que han sido objeto de estudio con anterioridad.

Como vicios del consentimiento destacan la influencia indebida, acuerdos abusivos, falsa declaración y error, a cuyo estudio pasamos a continuación.

- Influencia indebida (undue influence)

Siguiendo a Francisco Oliva Blázquez la influencia indebida puede ser definida como *“todos aquellos actos manifiestos de coerción o presión moral, ciertas amenazas sutiles así como la persuasión indebida realizada por una parte dominante (dominant party) que afectan al consentimiento prestado por la contraparte (vulnerable party) en un contrato”*

De acuerdo con esta figura, el deudor podrá alegarla a fin de conseguir que la hipoteca sea declarada nula.

Dicha influencia indebida podrá ser presunta o real. La presunta tendrá lugar cuando existe una relación de confianza entre las partes (la que alega el vicio y la acusada por el mismo). Así, el demandante deberá probar¹⁹⁹:

- a. Relación de confianza entre las partes.
- b. Prueba o explicación por el demandado de la transacción realizada.
- c. El acreedor deberá probar que el deudor presto su consentimiento de forma libre e informada y con los ojos abiertos (“with the eyes open”).

La influencia será real cuando el demandante pruebe que existió la misma.

En tales casos, el que sufrió la influencia indebida tendrá derecho a pedir que el contrato sea anulado.

¹⁹⁹ ANDREWS: “Contract Law”, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pág. 326.

- Acuerdos abusivos.

Esta figura, siguiendo a Andrews, requiere de cuatro factores para que tenga lugar:

- a. Existencia de un desequilibrio especial y grave de la parte más débil (tales como falta de asesoramiento, pobreza, enfermedad, ignorancia...)
- b. Explotación consciente e intencionada por la otra parte de la parte débil.
- c. Condiciones del contrato en clara desventaja y opresivas.
- d. Ausencia de un asesoramiento legal independiente.

Ante la prueba de tales requisitos los tribunales dejarán sin efecto el contrato realizado.

- Falsa declaración (misrepresentation)

Consiste en una declaración falsa o carente de exactitud que realiza una parte en la fase precontractual sobre los hechos o el derecho en cuestión a fin de inducir a la otra a la celebración del contrato.

Dicha falsa declaración puede ser intencionada (realizada conscientemente), negligente (ausencia de diligencia debida), o inocente (desconocimiento). En este último caso, el perjudicado podrá rescindir el contrato notificando esta circunstancia pero si la declaración fue realizada intencionada o negligentemente también podrá pedir una indemnización por los daños y perjuicios causados.

- Error

En este caso, es necesario que recaiga sobre un elemento esencial del contrato o una cualidad del bien que lo convierta en otro bien distinto. En este caso el contrato será nulo (no anulable).

- Cláusulas abusivas.

La norma que regula las cláusulas abusivas es Unfair Terms and Consumer Contracts Regulation (1999), solamente aplicables cuando el prestatario sea consumidor sea persona física y siempre que las cláusulas no se refieran al objeto del contrato, precio o remuneración del servicio u objeto prestado.xc

Las medidas que se tomaron por el gobierno inglés a fin de evitar los desahucios consistieron en una política de recomendaciones para las entidades de crédito, en concreto las siguientes:

- Guías de conducta entre acreedores y deudores hipotecarios para lograr que el deudor esté totalmente informado - Conduct of Businessment Sourcebook. Documento al que se encontraron sometidas a partir de 2004 todas las entidades de crédito cuyo objeto de dedicación es la financiación de viviendas.
- Protocolo de actuación previo al procedimiento de ejecución hipotecaria, denominado Pre-Action Protocol for Possessions Claims based on Mortgage or Home Purchase Plan Arrears in Respect of Residential Property, cuyo objeto es llegar a un acuerdo entre las partes a fin de evitar un proceso judicial. La entrada en vigor del Protocolo fue en el año 2008 y

al mismo se están adheriendo las entidades de crédito más importantes y se aplica a cualquier tipo de hipoteca. Interesa indicar que dicho Protocolo exige a las partes implicadas un contacto inicial, una posposición del procedimiento judicial y acudir a situaciones alternativas para solucionar el asunto. No obstante, hay casos en los que el prestamista deberá considerar el no iniciar el procedimiento cuando el prestatario se encuentre en alguno de los siguientes casos:

- Presentación de reclamación a la aseguradora por ostentar la titularidad de una póliza de protección de impagos hipotecarios.
- Presentación de una reclamación al Departamento de Trabajo y Pensiones para solicitar la ayuda del plan “Support for Mortgage Interest”.
- Solicitud de ayuda de las autoridades locales dentro del Mortgage Rescue Scheme²⁰⁰.

Además puede tener lugar la posposición del procedimiento de reposición en los siguientes casos:

- Si la parte prestataria prueba que va proceder a la venta del inmueble a un precio adecuado.
- En caso de existir una queja del consumidor frente a Financial Ombudsman Service.

En caso de que finalmente el acreedor iniciara el procedimiento judicial de reposición deberá dar cumplida prueba de haber cumplido con el citado Protocolo.

²⁰⁰ Artículo 6.1. Pre-Action Protocol for Possession Claims based on Mortgage or Home Purchase Plan Arrears in Respect of Residential Property (PAPMA).

Si todas estas medidas resultan sin éxito y el deudor hipotecario es desahuciado, el Gobierno inglés dispone de programas de ayuda para estos casos (emergency housing), a través de entidades locales o de las llamadas Housing Association Homes en la que el beneficiario deberá pagar una renta o solicitar la ayuda para su pago y estar incurso en una serie de condiciones (ser considerado legally homeless y encontrarse dentro de algún grupo de priority need).

- Programas gubernamentales de apoyo económico a los más débiles:
 - Support for Mortgage Interest: Plan destinado a ayudar a la parte prestataria (debiendo ser ésta beneficiaria de algún programa social destinado a personas en desempleo o con riesgo de exclusión social) a abonar los intereses que generó el préstamo hipotecario solicitado para la adquisición o reforma de la vivienda.
 - Mortgage Rescue Scheme: Está dirigido a las personas en “priority need”, debiendo entenderse como tales las mujeres que estén embarazadas, las personas con hijos a su cargo, personas ancianas, personas que sufran discapacidad física o psíquica o enfermedad mental o cualesquiera otras en situación de especial vulnerabilidad (atención al ejército y aquellas que con anterioridad hayan estado en la cárcel). Los requisitos son: i) los ingresos familiares deben ser inferiores a 60.000 libras al año; ii) no se puede tener una segunda vivienda en propiedad; iii) el valor de la hipoteca y del préstamo no puede ser superior al 120 % del valor en propiedad.

Se puede distinguir dos figuras distintas:

- a. Shared Equity Scheme: *“Un Registered Social Landlord²⁰¹ otorga un préstamo personal al deudor hipotecario para reducir los pagos mensuales de su hipoteca, a cambio de recibir una participación en equity en la propiedad que, obviamente, no altera ni modifica el derecho del prestatario sobre el inmueble”*.
 - b. Mortgage to rent scheme: *“El Registered Social Landlord adquiere la vivienda por el 90% del valor de mercado, cancelando de forma completa la hipoteca, y el que había sido deudor hipotecario puede seguir ocupando la citada vivienda, en concepto de arrendatario, a cambio de pagar una renta mensual reducida (se asegura que un 20% por debajo de la media del mercado de la zona concreta) al nuevo propietario”*.²⁰²
- Reformas legales específicas (Mortgage Repossessions).

El acreedor y el deudor, mientras detente la posesión del inmueble, puede constituir arrendamientos, salvo pacto en contrario en la escritura de préstamo hipotecario.

A través de la Mortgage Repossessions Act 2010, se protege a todos aquellos inquilinos de una única vivienda hipotecada que hubieran suscrito el contrato de arrendamiento sin consentimiento del acreedor, pudiéndose llegar a posponerse la orden de reposición hasta dos meses

²⁰¹ Denominado también Housing Association, entendida como una organización independiente, sin ánimo de lucro, dedicada suministrar viviendas sociales a bajo coste a aquellas personas que se encuentran con necesidad.

²⁰² OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: “Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés”,pág. 289.

2. BREVE ALUSIÓN A OTROS DERECHOS, COMO EL ALEMÁN Y EL SUIZO.

A. Derecho alemán

Las fuentes a reseñar son el BGB (aspecto sustantivo), la Ordenanza inmobiliaria de 1897, que fue objeto de reforma el día 5 de agosto de 1935 en su aspecto registral, Decreto de 1940 del Catastro y otro Decreto de igual fecha relativo a la reconstrucción del registro.

El registro de la propiedad alemán²⁰³ *“ofrece información sobre las relaciones jurídicas de Derecho civil relativas a los inmuebles inscritos, como la identidad del propietario y los posibles derechos reales de terceros. El registro de la propiedad es principalmente de carácter electrónico.*

Sólo pueden consultarlo las personas que demuestran un interés legítimo (por motivos jurídicos o económicos). Para ello, deben ponerse en contacto con la oficina registral del distrito de ubicación del inmueble. También pueden solicitarse extractos del registro, previa acreditación del interés legítimo.

Además, un grupo restringido de usuarios pueden consultar los datos del registro de la propiedad a través de los portales electrónicos de los respectivos Estados federados. Principalmente están facultados para estas consultas los órganos jurisdiccionales, las autoridades públicas, los notarios, las entidades de crédito y las empresas públicas alemanas. Las autoridades judiciales de los Estados federados son responsables de regular estos derechos de acceso”.

²⁰³https://e-justice.europa.eu/content_land_registers_in_member_states-109-de-es.do?member=1

El Registro se rige por el sistema de oficina múltiple y es público, en el cual se adopta el criterio de folio real. En concreto, a cada finca se le abre un folio individual, distinguiendo dos partes, una la descripción física de la finca, conforme al Catastro y en la otra, su historial jurídico, dividido en dos secciones (i) relaciones de propiedad, cargas y limitaciones; (ii) hipotecas y gravámenes pecuniarios semejantes. Excepcionalmente tiene lugar el folio personal.

El sistema adoptado en relación a los derechos inscribibles es del *numerus clausus*²⁰⁴, reflejándose las mutaciones jurídicos reales sobre las fincas inmatriculadas.

La inscripción es constitutiva por lo que se refiere a las mutaciones jurídicos reales inter vivos, siendo declarativa en las adquisiciones mortis causa o en virtud de acto no negocial.

En el sistema traslativo por negocio jurídico inter vivos debe diferenciarse el negocio causal (que se mantiene en la esfera obligacional) y el negocio dispositivo (en el que debe distinguirse el acuerdo real y la inscripción).

Para inscribir será necesario, además del acuerdo traslativo abstracto, el consentimiento formal expreso para la inscripción tanto del transmitente y de los titulares del Registro a los que puede perjudicar el asiento.

En el código civil alemán se pueden distinguir tres tipos de hipotecas:

1. Formas ordinarias de hipoteca en sentido amplio y en situación normal.

²⁰⁴ RODRÍGUEZ OTERO, Lino: “Elementos de Derecho Hipotecario”, Editorial Dijusa, 2002, pág. 29.

2. Hipoteca (y deuda territorial) de propietario.
3. Hipoteca (o deuda) de renta.

Dentro del primer grupo, atendiendo a la accesoriedad, unión o nexo existente entre el crédito y la hipoteca se distinguen la hipoteca ordinaria o de tráfico, la hipoteca de seguridad y la hipoteca independiente.

La **hipoteca ordinaria o de tráfico** presenta los mismos caracteres que en el Derecho español, de ahí que las posibles alteraciones que el crédito tenga en la vida extrarregistral y que no estén constatadas en el Registro no perjudican al tercero protegido. Tiene las variantes de la “hipoteca de cédula” y “de registro” (en la primera, el crédito hipotecario va incorporado al título o documento transmitiéndose juntamente con él; en la segunda, la cesión se hace en forma ordinaria mediante el acuerdo real y la inscripción).

La hipoteca de seguridad tiene los mismos caracteres que en el Derecho español y en ella la nota de accesoriedad es todavía más absoluta que en la hipoteca de tráfico, pues todas las vicisitudes del crédito (aunque sean extrarregistrales) repercuten en la hipoteca, afectando al tercer adquirente.

Una modalidad es la hipoteca de máximo, en la que la cuantía del crédito está determinada por una cantidad máxima de la cual no puede pasar la responsabilidad hipotecaria.

La hipoteca independiente se caracteriza porque no existe nexo registral alguno entre el crédito y la hipoteca. En esta hipoteca la responsabilidad personal desaparece y solo queda la afección real. Responde el inmueble, no la persona. La hipoteca independiente, igual que la ordinaria, puede ser de cédula y de registro.

El sistema de ordenación jurídica del inmueble en Alemania se encuentra basado en los principios de legitimación y fe pública.

La **hipoteca de propietario o deuda territorial** tiene su base en el sistema germánico de “puesto fijo”, que se contrapone al derecho romano de “avance de rango”, que es el seguido por el Derecho español.

En el sistema romano toda hipoteca se extiende a la totalidad del valor de la cosa gravada, con prelación sobre las hipotecas posteriores. De modo que si la primera hipoteca se extingue, la segunda avanza de rango, pasando a convertirse en primera hipoteca y extendiendo su afección a todo el valor de la cosa.

En el sistema germánico la hipoteca recae exclusivamente sobre la fracción (o parcela de valor) de la finca gravada. Si existen varias hipotecas, cada una de ellas tiene su puesto fijo, concretado a su respectiva parcela de valor, y no pasan a ocupar los espacios libres o vacíos por la desaparición de una hipoteca precedente.

Así, la primera hipoteca adquirirá el rango registral que a ella le corresponde, pudiendo servirse de este puesto vacío para cubrirlo con futuras operaciones hipotecarias.

La **hipoteca o deuda de renta** es aquella que sujeta temporalmente una finca al pago de pensiones periódicas (a diferencia de la hipoteca de rentas o prestaciones periódicas del Derecho español, que es una verdadera hipoteca pues presupone una obligación personal garantizada).

B. Derecho suizo

Las fuentes en el sistema suizo son el Código Civil suizo (ZBG) y en la Ordenanza del Registro de 1910.²⁰⁵

Dicha Ordenanza ha quedado sin efecto en virtud de la Ordenanza de la Propiedad inmobiliaria de 23 de septiembre de 2011, que entró en vigor el día 1 de enero de 2012.

Se sigue el sistema de folio real, en el que la inmatriculación tiene lugar de oficio, no admitiendo excepción en relación al folio personal.

La inscripción de las mutaciones jurídicos reales por negocio inter vivos tiene carácter constitutivo, siendo necesario el consentimiento del titular afectado.

Dicho sistema también está basado en los principios de legitimación y fe pública, protegiendo al adquirente que no conoció ni pudo conocer la inexactitud registral.

En Suiza, la hipoteca siempre está inicialmente conectada con el crédito, siendo necesaria la existencia de éste para que aquella pueda constituirse. Ello no quiere decir que la fe pública del Registro se extienda al crédito hipotecario, ya que la hipoteca en el Derecho Civil suizo puede decirse que siempre es de seguridad salvo en los casos de la hipoteca de cédula o cédula de renta.

Los tipos son los siguientes:

- La hipoteca propiamente dicha, puede ser voluntaria o legal y puede ser constituida en garantía de un crédito cualquiera, actual, futuro o simplemente eventual, aunque su cuantía sea indeterminada o variable, en cuyo caso el crédito se concreta por causas ajenas a los pronunciamientos registrales.

²⁰⁵ MATEO Y VILLA, Iñigo: “El sistema inmobiliario suizo”, Editorial Comares, S.L., 2014, pág. 10.

- La cédula hipotecaria es una hipoteca que se constituye en garantía de un crédito personal agregado a un título.
- La cédula de renta es un crédito constituido como carga fiduciaria sobre un inmueble. Se aplica la doctrina genérica de las “obligaciones propter rem” en cuya virtud la cédula de renta estima por parte deudora a quién tenga la propiedad del bien inmueble objeto de gravamen.
- La hipoteca de propietario. Ésta, al igual que la anterior, puede ser creada a nombre del dueño de los bienes, convirtiéndose así en una hipoteca de propietario. Puede ser con crédito o sin él.

3. CONCLUSIÓN:

De acuerdo con los sistemas hipotecarios comparados, el correspondiente al derecho español carece de muchos medios o recursos de los que el derecho inglés, concretamente, goza. Ya no sólo por el hecho de que en Inglaterra además de las entidades bancarias, sean otros órganos los que pueden conceder préstamos hipotecarios sino también por las grandes facultades concedidas al acreedor en caso de incumplimiento del préstamo y las enormes facilidades otorgadas al deudor, instrumentalizadas en programas gubernamentales de ayuda, que serían recomendables también para España.

X. CONCLUSIONES

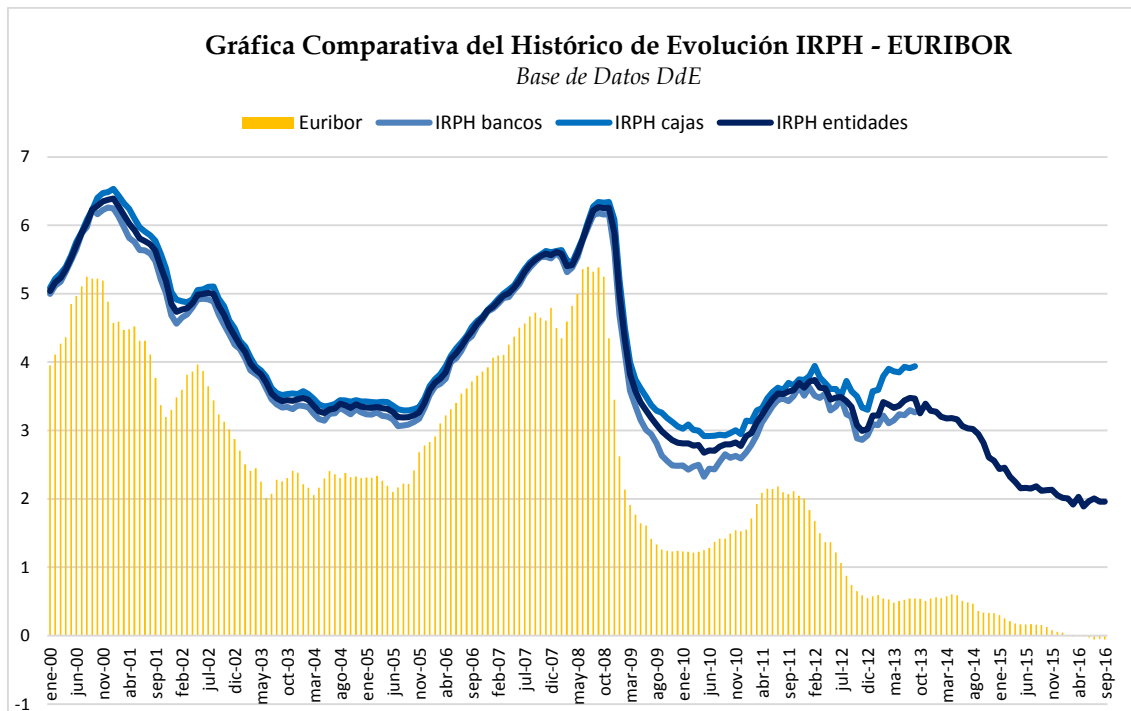
A continuación, pasamos a exponer las conclusiones alcanzadas con la investigación realizada al respecto, concretamente las consecuencias desfavorables que se ocasionan en virtud de la legislación en vigor, a fin de lograr un equilibrio entre las partes, sin permitir que la parte más débil, en este caso el consumidor, sea siempre la más perjudicada en sus intereses. Si bien es cierto que la crisis ha hecho que sean muchos los españoles que incurran en una situación de pobreza, nunca antes imaginada, también es necesario solventarla arbitrando medios o recursos para ello, a través de ayudas o programas del Estado como ocurre en otros países, como Inglaterra.

Sin más retraso, las conclusiones finales a tener en cuenta, en base a una interpretación posible de la normativa actual para lograr resultados justos a la luz de la Constitución española y de la normativa europea, son las siguientes:

1. Criterio de los Tribunales del otorgamiento de la “dación en pago judicial” con el efecto de cancelación absoluta de la deuda a través de argumentos tales como la doctrina de los actos propios, el enriquecimiento injusto, el principio de buena fe o el carácter abusivo de las cláusulas, llegando, incluso, a dictarse sentencias que declaran nula la cláusula de responsabilidad personal ilimitada del deudor.
2. Aquellos deudores que solicitaron la suspensión del lanzamiento de su vivienda de acuerdo con la Ley 1/2013, no tienen que solicitarlo nuevamente dada la ampliación del plazo hasta el año 2020, en virtud del Real Decreto 1/2017, a pesar de ser requerido por el Banco por segunda vez.
3. Las entidades bancarias, en el desempeño de su ejercicio profesional, deberán con anterioridad a la concesión de un préstamo hipotecario u otro producto de

difícil entendimiento, explicar los escenarios económicos positivos, negativos o neutros al consumidor tanto en la fase precontractual y contractual.

4. La transposición definitiva de la Directiva 2014/17/UE todavía no ha tenido lugar, bajo apercibimiento de multa de la Unión Europea. Con ello se prevé una mayor protección a los consumidores en aras de garantizar la transparencia de los productos bancarios y una elevada exigencia de cumplimiento de normativa a los Bancos, así como la dación en pago, con la consiguiente eliminación absoluta de la deuda hipotecaria, de acuerdo con el Proyecto publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el pasado 17 de noviembre de 2017.
5. Las cláusulas no negociadas deben ser claras, concretas, sencillas en su redacción y que permitan una comprensión directa, de acuerdo con la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones, accesibilidad y legibilidad.
6. La entidad bancaria en tanto que actúa en el marco de su actividad y en su condición de experta, se sitúa en una posición de privilegio con respecto a sus clientes, no sólo por el conocimiento técnico que posee sino también por la confianza generada en los clientes que acuden a ella. En consecuencia, a la entidad bancaria se le exige un grado de diligencia superior a la del hombre medio, muy próxima a la responsabilidad por riesgo del profesional, como experto que realmente es en la actividad financiera que lleva a cabo.
7. El análisis de la evolución comparativa de los tipos de interés (IRHP-Euribor), corrobora que el IRPH, en todas sus modalidades, siempre ha sido más beneficioso para las entidades y más perjudicial para los consumidores. El IRPH se ha encontrado siempre muy por encima de cualquier otra media o indicador de referencia.



Las entidades financieras, conocían con razonable certeza la evolución tanto del IRPH como del Euribor y por ello se generalizó la introducción de este tipo de cláusulas en las escrituras firmadas en los últimos años, como plasma el Banco de España en el Informe de 2 de junio de 2015.

8. La aplicación del IRPH y de la cláusula suelo ha llevado a la parte prestataria a abonar unas cuotas muy por encima de las que le hubiera correspondido abonar de estar referenciado el préstamo al Euribor y de no existir la citada cláusula suelo.
9. Los términos utilizados en un préstamo hipotecario deberán ser claros y comprensibles, y no resultar ser abusivos implicando además un ahorro en los gastos para la parte prestataria (deudor/hipotecante) debiendo ser el Banco el que asuma los gastos de notaría, registro, gestoría, impuesto de actos jurídicos documentados y tasación que implica un préstamo hipotecario, como ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo al respecto.

En relación con lo anterior, debemos tener en cuenta que dichos gastos (de notaría, registro, gestoría, impuesto de actos jurídicos documentados y tasación) están igualmente presentes en un contrato de compraventa, pero en ese caso el interés en suscribir dicha escritura es del quién ha comprado la vivienda a fin de tener un documento público que le dé fe de ello, de ahí que sólo los gastos de constitución de la hipoteca sean los que deba abonar el banco y no los de la compraventa de la vivienda, obra nueva o local de negocio en el que se desarrolla la actividad profesional.

10. Las cláusulas suelo adolecen de falta de transparencia de acuerdo con la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, puesto que no superan el control de inclusión de las condiciones generales de la contratación (porque no se han cumplido los requisitos establecidos en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios) ni superan el control de transparencia propiamente dicho.
11. La nulidad de las cláusulas abusivas en ningún caso implica la nulidad del contrato por completo, sino que las mismas se tienen por no puestas, como si en realidad nunca hubieran existido ni hubieran sido plasmadas en el contrato. La consecuencia o efecto necesario de la nulidad declarada, en virtud de un procedimiento judicial, serán los siguientes: (i) Expulsión de la cláusula abusiva del contrato. Prohibición de integración; (ii) Inclusión de la sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación; (iii) Recuperación de cantidades indebidamente abonadas.
12. Subsidiariamente, en el supuesto de que la nulidad indicada con anterioridad no fuera estimada en un procedimiento judicial, interesa destacar que, desde el punto de vista procesal, cabe ejercitar acción de resarcimiento por enriquecimiento

injusto de la entidad bancaria, entendiéndola como consecuencia lógica del principio informador del ordenamiento jurídico (artículo 1.4 del Código Civil) como fuente de obligaciones generadora de la obligación consistente en reparar el perjuicio causado.

XI. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

1. Regulación expresa en el Código Civil de la figura de la dación en pago y unificación de normativa a través del Banco Central Europeo, a fin de evitar interpretaciones jurisprudenciales opuestas.
2. Sujeción de la responsabilidad a determinados bienes. Inversión de la regla contenida en el artículo 140 de la Ley Hipotecaria.

La responsabilidad patrimonial universal del deudor se puede limitar a bienes concretos frente al acreedor, así el propio artículo 140 de la Ley Hipotecaria sujeta la responsabilidad a los bienes objeto de hipoteca, siendo perfectamente viable que determinados bienes inmuebles sean inembargables, como puede ser la residencia o vivienda habitual cuando la persona insolvente sea un deudor de buena fe, que no puede hacer frente a las cuotas vencidas del préstamo hipotecario.

De tal modo, que limitando la responsabilidad a un determinado bien se evitaría que el ciudadano que se ha visto privado de su vivienda no siga ostentando una deuda con el Banco, sino que la misma quede cancelada definitiva y absolutamente con la entrega de la misma o el bien sujeto a dicha responsabilidad.

Para ello sería conveniente articular remedios procesales en los que la dación en pago fuera extintiva de la deuda, cumpliendo un papel realmente eficaz y eficiente en un procedimiento de ejecución hipotecaria. Así, se produciría la inversión de la norma general establecida en el artículo 140 de la Ley Hipotecaria, objeto de estudio en esta tesis.

3. Tasación reglada en subasta:

Como ya se han pronunciado los Tribunales (Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona, número 119/2011, de 16 de septiembre) al respecto, merece destacar que no cabe que el Banco tase la finca objeto de hipoteca en un determinado precio y luego incorpore el bien de subasta sin darle propiamente el valor que él previamente fijó, lo que denota la mala fe del Banco en actuar en su único interés y de manera totalmente abusiva, poniendo de manifiesto su posición superior respecto al consumidor.

Por tanto, debería suprimirse la posibilidad de que el Banco se adjudique la finca por cantidad inferior a un porcentaje del propio valor de la tasación establecida y establecerlo de forma expresa en la norma.

4. Incremento del tanto por ciento al Banco a fin de evitar un enriquecimiento injusto.

En íntima relación con la anterior propuesta, el Banco no debe poder adjudicarse la vivienda habitual por un 60% del valor de la misma²⁰⁶ y mantener vigente la deuda con el deudor hipotecario, dada la responsabilidad universal que recoge el artículo 1911 del Código Civil. De tal modo, que aquél posteriormente podrá vender la vivienda a un mayor precio, consiguiendo un enriquecimiento injusto. De ahí la necesidad de incrementar el tanto por ciento.

²⁰⁶ Artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

5. Ejercicio del derecho legal de retracto.

Otra reforma legal de gran interés para el consumidor es introducir un derecho legal de retracto, en el que el ejecutado pueda dar por resuelta y dejar sin ningún efecto la transmisión de la finca en los dos años siguientes recuperando el inmueble cuando paga el precio de adjudicación de la misma y los gastos correspondientes.

6. Reforma en relación a la Cláusula de vencimiento anticipado.

Hasta ahora, y teniendo en cuenta la suspensión de los procedimientos de ejecución hipotecaria, la entidad bancaria podía iniciar el citado procedimiento cuando el deudor hipotecario hubiera retrasado el impago de tres cuotas mensuales de la hipoteca. De esta manera, el Banco podía declarar vencido el préstamo antes y exigir anticipadamente el deudor la totalidad de la deuda, como el impago de las cuotas pendientes de pago.

Sin embargo, sería más justo tener en cuenta el porcentaje que representa el impago sobre el capital prestado en su integridad, ya sea el 3% o el 5% del capital pendiente de pago dependiendo de la duración del préstamo hipotecario, pareciendo ésta la vía a seguir en un futuro.

7. Regulación expresa de aquellos deudores con deuda escasa pero abocados a la dación en pago.

En aquellos casos, debería preverse esta situación, en la que el acreedor (entidad bancaria) resulte obligado a devolver la diferencia en dinero al deudor cuando se produzca la desproporción entre lo debido y el valor del inmueble.

8. Control expreso de la transparencia.

A la espera de una nueva Ley Hipotecaria, anunciada en varias ocasiones pero nunca realizada, y la transposición de la Directiva 2014/17/UE se debe llevar un control específico de transparencia cuyo único objetivo sea eliminar el abuso o situación dominante del Banco respecto al consumidor (parte contratante débil como pueden ser particulares, profesionales o pequeñas empresas que realizan su actividad profesional y que se han visto abocados, por circunstancias extrañas a ello, a una situación de exclusión social).

Dicho control debe tener lugar en condiciones de igualdad para ambas partes, equitativo y eficiente, teniendo en cuenta además no sólo las estipulaciones accesorias negociadas individualmente sino también las principales a fin de evitar su carácter abusivo.

9. Elaboración de modelos contractuales de préstamos hipotecarios, no abusivos y transparentes, publicados en el BOE e inscritos en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

De esta manera, aquellas entidades bancarias que incumplieran tales requisitos deberían ser sancionadas y las cláusulas de sus contratos declaradas nulas, todo ello en aras al principio de seguridad jurídica.

10. La transparencia en la información precontractual debe ser realizada con la antelación suficiente, de tal manera que el cliente tenga un tiempo previo para decidir si realmente desea contratar un producto bancario de alto, medio o bajo riesgo. Tiempo previo que deberá ser determinado de forma expresa de acuerdo con la nueva Directiva.

11. Sería altamente recomendable que las entidades bancarias fueran constituidas como “empresas de servicios” aumentando la calidad en el servicio prestado y

la absoluta satisfacción del cliente, como en antaño, a fin de recuperar la confianza del cliente en el personal del Banco.

12. El Banco de España debe regular el proceder de los bancos y cajas, a través de una supervisión, de forma previa a la contratación, porque si bien es cierto que los ciudadanos acuden a él, pero lo hacen a posteriori a la mala práctica y además la decisión que adopta no es vinculante.

13. El Fondo Social de Viviendas vigente tiene escasa actividad. Será necesario crear un parque de viviendas de alquiler que resulte estable y, además, accesible

Dicho Fondo nació en 2013, con 5.891 viviendas que fueron aportadas por las entidades financieras y posteriormente se ha ido ampliando pero, a día de hoy, resulta insuficiente.

Deben ser ya las propias administraciones públicas correspondientes a los servicios sociales las competentes para establecer las bases para una autentica infraestructura eficiente de viviendas sociales en España.

XII. ANEXO: LISTA DE RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE TRIBUNALES INFERIORES Y CONSULTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO:

1. Auto número 111/2010, de 17 de diciembre de 2010, Sección Segunda, de la Audiencia Provincial de Navarra. ARANZADI INSTITUCIONES - AC 2011/1. LA LEY DIGITAL - LA LEY 227016/2010.
2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Segunda, de 17 de enero de 2011. ARANZADI INSTITUCIONES - JUR 2011/11933.
3. Auto de 1 de febrero de 2012 por la Sección Tercera, de la Audiencia Provincial de Córdoba. ARANZADI INSTITUCIONES - AC 2012/315.
4. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, número 129/2001, de fecha 20 de febrero de 2001. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 2001/1490.
5. Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de octubre de 1989. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 1989/6927.
6. Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de octubre de 1987. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 1987/6720.
7. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, número 556/1993, de 4 de junio (recurso 3181/1990). RJ 1993/5261.
8. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 13 de enero de 2015. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 2015/267.
9. Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección Segunda, número 542/1998, de 22 de diciembre. ARANZADI INSTITUCIONES - AC 1998/8229.
10. Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección Primera, número 40/2000, de 2 de febrero. ARANZADI INSTITUCIONES - AC 2000/572.

11. Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5ª, número 978/2003, de 6 de noviembre. ARANZADI INSTITUCIONES - JUR 2004/12620.
12. Auto del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010. ARANZADI INSTITUCIONES - AC 2010/1828.
13. Auto del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Figueras (provincia de Gerona), de 12 de abril de 2012. ARANZADI INSTITUCIONES - JUR 2014/199217.
14. Auto del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Valladolid, de 27 de febrero de 2012. ARANZADI INSTITUCIONES - AC 2012/357.
15. Auto del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Arenys de Mar 38/2012, de 22 de febrero de 2012. ARANZADI INSTITUCIONES - AC 2014/1079.
16. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de diciembre de 1943. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 1943/1309.
17. Sentencia del Tribunal Supremo, número 61/1996, de 8 de febrero de 1996. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 1996/952.
18. Sentencia del Tribunal Supremo, número 626/2003, de 27 de junio de 2003. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 2003/4266.
19. Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de septiembre de 2013. SEPÍN - SP/SENT/733304.
20. Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 febrero 1968.
21. Sentencia del Tribunal Supremo, número 233/2000, de 14 marzo 2000. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 2000/1833.
22. Sentencia del Tribunal Supremo, número 1202/2000, de 22 de diciembre. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 2000/10135.

23. Sentencia del Tribunal Supremo, número 591/1995, de 19 junio 1995. RJ 1995/5322.
24. Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1992. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 1992/1200.
25. Sentencia del Tribunal Supremo, número 61/1996, de 8 febrero 1996. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 1996/952.
26. Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 noviembre 1993. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 1993/8911.
27. Sentencia del Tribunal Supremo, número 861/1992, de 7 octubre 1992. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 1992/7533.
28. Sentencia del Tribunal Supremo, número 1100/2000, de 30 noviembre 2000. RJ 2000/9319.
29. Sentencia del Tribunal Supremo, número 159/1997, de 5 marzo 1997. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 1997/1649.
30. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª, de 18 de diciembre de 2001. ARANZADI INSTITUCIONES - JUR 2002/68026.
31. Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1ª, núm. 17/2012, de 17 de enero de 2012. SEPÍN - SP/SENT/662306.
32. Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, núm. 514/2008, de 4 de diciembre de 2008. SEPÍN - SP/SENT/446256.
33. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3ª, núm. 259/2008, de 3 de diciembre de 2008. SEPÍN - SP/SENT/445527.
34. Sentencia del Tribunal Supremo, número 1010/2008, de 30 octubre 2008. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 2008/5804.

35. Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 octubre 1992. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 1992/8082.
36. Sentencia del Tribunal Supremo, número 871/1998, de 1 de octubre 1998. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 1998/7556.
37. Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga 16 noviembre de 2007. ARANZADI INSTITUCIONES - AC 2007/2073.
38. Auto del Juzgado de lo Mercantil de Santander de 10 de diciembre 2007. ARANZADI INSTITUCIONES - JUR 2008/357087.
39. Auto del Juzgado de lo Mercantil número 8 de Barcelona, de 31 de marzo de 2014. SEPÍN - SP/AUTRJ/812984.
40. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid, de 1 de septiembre de 2015 (número de recurso 46/2013). SEPÍN - SP/AUTRJ/827694.
41. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid, de 8 de septiembre de 2015. SEPÍN - SP/AUTRJ/826776.
42. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, número 366/2016, de 3 de junio. SEPÍN - SP/SENT/857575.
43. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, número 211/2015, de 22 de abril. SEPÍN - SP/SENT/810253.
44. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, número 479/2016, de 19 de julio. SEPÍN - SP/SENT/863528.
45. Sentencia del Tribunal Supremo, número 219/1995, de 15 de marzo de 1995. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 1995/2654.
46. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, número 184/2006, de 1 de marzo de 2006. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 2006/1860.

47. Sentencia del Tribunal Supremo, número 630/1993, de 14 de junio de 1993.
ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 1993/4832.
48. Sentencia del Tribunal Supremo, número 278/1997, de 4 de abril de 1997.
ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 1997/2636.
49. Sentencia del Tribunal Supremo, de lo Civil, de 13 de junio de 1986. ARANZADI
INSTITUCIONES - RJ 1986/3547.
50. Sentencia del Tribunal Supremo, de lo Civil, de 17 de noviembre de 1987.
ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 1987/8406.
51. Sentencia del Tribunal Supremo, de lo Civil, número 104/1998, de 16 de febrero
de 1998. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 1998/868.
52. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, núm. 857/2011,
núm. de recurso 1112/2011, de 5 de diciembre de 2011. SEPÍN -
SP/SENT/661929.
53. Sentencia de la Dirección General de Registros y del Notariado, de 24 de
noviembre de 2015. SEPÍN - SP/SENT/835110.
54. Auto número 85/2015, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13ª, de
26 de marzo de 2015. ARANZADI INSTITUCIONES - JUR 2015/160635.
55. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª, número 206/2013,
de 14 de marzo de 2013. ARANZADI INSTITUCIONES - JUR 2013/156399.
56. Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado (Propiedad),
número 10461/2015, de 28 de julio de 2015. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ
2015/4246.
57. Resolución de 17 de enero de 2002, de la Dirección General de Registros y del
Notariado. LA LEY DIGITAL - LA LEY 4060/2002.

58. Resolución de 26 de mayo de 2001, de la Dirección General de Registros y del Notariado (Propiedad). ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 2001/4808.
59. Resolución de 8 de junio de 2002, de la Dirección General de Registros y del Notariado (Propiedad). ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 2002/8989.
60. Resolución de 2 de enero de 1996, de la Dirección General de Registros y del Notariado (Propiedad). ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 1996/584.
61. Resolución de 3 de enero de 1996, de la Dirección General de Registros y del Notariado (Propiedad).
62. Resolución de 7 de febrero de 1940, de la Dirección General de Registros y del Notariado. LA LEY DIGITAL - LA LEY 3/1940.
63. Auto de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección Segunda, número 155/2010, de 4 de junio de 2010, recurso 54/2010. ARANZADI INSTITUCIONES - JUR 2010/388729.
64. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4ª, número 258/2012, de 3 de mayo de 2012, recurso 614/2011. ARANZADI INSTITUCIONES - JUR 2012/265327.
65. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8ª, número 7/2012, de 13 de enero de 2012. ARANZADI INSTITUCIONES - AC 2012/608.
66. Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado (Propiedad), número 10280/2015, de 22 de julio de 2015. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 2015/4241.
67. Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3ª, número 487/2012, de 11 de octubre. ARANZADI INSTITUCIONES - JUR 2012/367895.
68. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11ª, número 43/2013, de 30 de enero. ARANZADI INSTITUCIONES - JUR 2013/155138.

69. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, número 381/2013, de 17 de septiembre. ARANZADI INSTITUCIONES - JUR 2013/313628.
70. Sentencia del Tribunal Supremo, número 113/2013, de 22 de febrero de 2013. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 2013/1609.
71. Sentencia del Tribunal Supremo, número 622/2001, de 20 de junio de 2001. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 2001/4346.
72. Sentencia del Tribunal Supremo, número 422/2002, de 7 de mayo de 2002. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 2002/4045.
73. Sentencia del Tribunal Supremo, número 539/2009, de 14 de julio de 2009. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 2009/4467.
74. Sentencia del Tribunal Supremo, número 869/2001, de 2 de octubre de 2001. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 2001/7141.
75. Sentencia del Tribunal Supremo, número 430/2009, de 4 de junio de 2009, recurso 2586/2004. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 2009/4747.
76. Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7ª, número 207/2006, de 26 de abril, recurso 311/2015. ARANZADI INSTITUCIONES - AC 2006/878.
77. Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4ª, número 372/2013, de 8 de noviembre, recurso 325/2013. ARANZADI INSTITUCIONES - JUR 2014/32460.
78. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 21 de enero de 2015 (Caso Unicaja Banco). TJCE 2015/4.
79. Sentencia del Tribunal Supremo, número 705/2015, de 23 de diciembre de 2015. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 2015/5714.
80. Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, número 201/2015, de 30 de octubre. ARANZADI INSTITUCIONES - JUR 2015/254063.

81. Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado, número 3338/2014, de 18 de febrero de 2014. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 2014/1787.
82. Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado, número 3345/2014, de 24 de febrero de 2014. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 2014/1794.
83. Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado, número 10958/2014, de 30 de septiembre de 2014. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 2014/5504.
84. Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3ª, número 181/2011, de 28 de septiembre de 2011. ARANZADI INSTITUCIONES - JUR 2011/381078.
85. Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª, número 20/2014, de 30 de enero de 2014. ARANZADI INSTITUCIONES - JUR 2015/9873.
86. Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, número 425/2014, de 23 de julio de 2014. ARANZADI INSTITUCIONES - JUR 2015/51806.
87. Auto de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 2ª, número 4/2015, de 12 de marzo de 2015. ARANZADI INSTITUCIONES - JUR 2015/173993.
88. Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19ª,, número 191/2015, de 13 de mayo de 2015. ARANZADI INSTITUCIONES - JUR 2015/164768.
89. Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª, número 186/2013, de 13 de septiembre de 2013. ARANZADI INSTITUCIONES - AC 2014/2184.
90. Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4ª, número 339/2015, de 11 de diciembre de 2015. ARANZADI INSTITUCIONES - JUR 2016/66572.

91. Sentencia del Tribunal Supremo, número 138/2015, de 24 de marzo de 2015.
ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 2015/845.
92. Sentencia del Tribunal Supremo, número 139/2015, de 25 de marzo de 2015.
ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 2015/735.
93. Sentencia del Tribunal Supremo, número 406/2012, de 18 de junio de 2012.
ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 2012/8857.
94. Sentencia del Tribunal Supremo, número 241/2013, de 9 de mayo de 2013.
ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 2013/3088.
95. Sentencia del Tribunal Supremo, número 464/2014, de 8 de septiembre de 2014.
ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 2014/4660.
96. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 21 de marzo de 2013. Caso RWE Vertrieb AG contra Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen Ev. Asunto C-92/11. TJCE 2013/93.
97. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de abril de 2014.
Caso Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné contra OTP Jelzálogbank Zrt. Asunto C-26/13. TJCE 2014/105.
98. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de febrero de 2015.
Caso Bogdan Matei y Loana Ofelia Matei contra SC Volksbank Românic, S.A.
Asunto C-143/13. TJCE 2015/93.
99. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de fecha 14 de marzo de 2013 (C-415/2011). LA LEY DIGITAL - LA LEY 11269/2013
100. Auto de la Audiencia Provincial de las Palmas, Sección 4º, de 25 de enero de 2017. ARANZADI INSTITUCIONES – AC 2017/13.
101. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, de 26 de enero de 2017 (C-421/2014). LA LEY DIGITAL - LA LEY 349/2017.

- 102.Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 9 de mayo de 2013, número 241/2013. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 2013/3088.
- 103.Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 2015, número 139/2015. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 2015/735.
- 104.Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre de 2015, número 705/2015. ARANZADI INSTITUCIONES - RJ 2015/5714.
- 105.Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016. TJCE 2016/309.
- 106.Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Zaragoza, Sección 2ª, número 113/2015, de 27 de abril (número de recurso 37/2014). LA LEY DIGITAL - LA LEY 43640/2015.
- 107.Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1ª, número 208/2014, de 21 de mayo de 2014 (número de recurso 361/2014). LA LEY DIGITAL - LA LEY 87954/2014.
- 108.Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª, sentencia número 370/2013, de 18 de septiembre de 2013 (número de recurso 755/2012). LA LEY DIGITAL - LA LEY 146299/2013.
- 109.Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sec. 1ª, número 291/2013, de 9 de julio de 2013 (número de recurso 283/2013) LA LEY DIGITAL - LA LEY 117258/2013.
- 110.Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª, número 335/2013, de 23 de julio de 2013, (número de recurso 243/2013) LA LEY DIGITAL - LA LEY 124355/2013.

- 111.Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, número 530/2013, de 12 de septiembre de 2013 (número de recurso 708/2012) LA LEY DIGITAL - LA LEY 147138/2013.
- 112.Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Málaga, número 187/2013, de 19 de julio de 2013 (número de recurso 128/20112). LA LEY DIGITAL. LA LEY 139466/2013.
- 113.Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Santander, número 426/2012, de 18 de octubre de 2013 (número de recurso 423/2012). LA LEY DIGITAL - LA LEY 164060/2013.
- 114.Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Barcelona, número 88/2013, de 17 de junio de 2013 (número de recurso 106/2012)· LA LEY DIGITAL - LA LEY 89243/2013.
- 115.Sentencia de 21 de diciembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto prejudicial C-154/15. LA LEY DIGITAL - LA LEY 179803/2016.
- 116.Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, número 792/2009, de 16 de diciembre de 2009, número de recurso 2114/2005. LA LEY DIGITAL - LA LEY 273170/2009.
- 117.Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (Caso Aziz, C-415/11). LA LEY DIGITAL - LA LEY 11269/2013.
- 118.Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, número 192/2015, de 3 de junio de 2015 (número de recurso 233/2015). LA LEY DIGITAL - LA LEY 80230/2015.

- 119.Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, número 242/2013, de 26 de julio de 2013 (número de recurso 161/2012). LA LEY DIGITAL - LA LEY 135133/2013.
- 120.Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, número 705/2015, de 23 de diciembre de 2015 (número de recurso 2658/2013). LA LEY DIGITAL - LA LEY 204975/2015.
- 121.Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2017 (C-421/2014). LA LEY DIGITAL - LA LEY 349/2017.
- 122.Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de fecha 21 de diciembre de 2016. LA LEY DIGITAL - LA LEY 179803/2016.
- ^{123.} Auto de 23 de enero de 2015, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Cáceres. LA LEY DIGITAL - LA LEY 137/2015.
- 124.Sentencia del Tribunal Supremo número 110/2006, de 6 de febrero de 2006, (número de recurso 2330/1999). LA LEY DIGITAL - LA LEY 39843/2006.
- 125.Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª, Sentencia 24/2016, de 20 de enero de 2016 (número de recurso 741/2014). LA LEY DIGITAL - LA LEY 11349/2016.
- 126.Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, número 559/2016, de 25 de abril de 2016 (número de recurso 1359/2015). LA LEY DIGITAL - LA LEY 77853/2016.
- 127.Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28, número 242/2013, de 26 de julio de 2013 (número de recurso 161/2012). LA LEY DIGITAL - LA LEY 135133/2013.

- 128.Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1ª, 153/2016, de 7 de marzo de 2016 (número de recurso 990/2015). LA LEY DIGITAL - LA LEY 76659/2016.
- 129.Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, 225/2016, de 17 de octubre de 2016 (número de recurso 114/2015). LA LEY DIGITAL - LA LEY 155000/2016.
- 130.Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, 266/2016, de 1 de septiembre (número de recurso 326/2016). LA LEY DIGITAL - LA LEY 157168/2016.
131. Auto de 8 de febrero de 2017 del Tribunal Supremo (número de recurso 1752/2014). LA LEY DIGITAL - LA LEY 2464/2017.
- 132.Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Oviedo, de 29 de junio de 2015 Id Cendoj: 33044420032015100001
133. Resolución Legislativa de 28/04/2016 del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del PE y del Consejo sobre los Índices utilizados como referencia en los contratos financieros e instrumentos financieros.
134. Circular 8/1990 de Banco de España modificada por la circular 5/1994.
135. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de diciembre de 2010, número de recurso 1074/2007. LA LEY DIGITAL - LA LEY 244468/2010.
136. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, número 241/2013, de 9 de mayo de 2013, número de recurso 485/2012. LA LEY DIGITAL - LA LEY 34973/2013

137. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil número 464/2014, de 8 de septiembre de 2014, número de recurso 1217/2013. LA LEY DIGITAL - LA LEY 143790/2014.
138. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil número 138/2015, de 24 de marzo de 2015, número de recurso 1765/2013. LA LEY DIGITAL - LA LEY 30005/2015.
139. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3ª, número 42/2016, de 4 de febrero de 2016, número de recurso 362/2015. LA LEY DIGITAL - LA LEY 8028/2016.
140. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3ª, número 40/2016, de 9 de febrero de 2016, número de recurso 390/2016. LA LEY DIGITAL - LA LEY 8029/2016.
141. Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, de 5 de marzo de 2013, número de recurso 651/2011. LA LEY DIGITAL - LA LEY 13356/2013.
142. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 3ª, de 7 de marzo de 2016, número 528/2016, número de recurso 1141/2013. LA LEY DIGITAL – LA LEY 9604/2016.
143. Auto del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 3 de junio de 2013, número de recurso 485/2012. LA LEY DIGITAL - LA LEY 59080/2013.
144. Sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, Secc. 1ª, nº 85/2016 de 10 Marzo 2016, número de recurso 619/2015. LA LEY DIGITAL - LA LEY 19441/2016

145. Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1º, nº 188/16, de 31 de mayo de 2016, número de recurso 225/2016. LA LEY DIGITAL - LA LEY 108834/2016.
146. Sentencia del Tribunal Supremo número 138/2015, de 24 de marzo, número de recurso 1765/2013. LA LEY DIGITAL - LA LEY 30005/2015.
147. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de septiembre de 2014, número de recurso 1217/2013. LA LEY DIGITAL - LA LEY 143790/2014.
148. Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª, número 33/2016, de 5 de febrero, número de recurso 468/2015. LA LEY DIGITAL - LA LEY 5512/2016.
149. Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 1995, número de recurso 994/1992. LA LEY DIGITAL - LA LEY 14765/1995.
150. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2000, número 766/2000, número de recurso 2776/1995. LA LEY DIGITAL - LA LEY 10537/2000.
151. Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1997, número de recurso 933/1993. LA LEY DIGITAL - LA LEY 9726/1997.
152. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, 27 de enero de 2016 (número 38/2016, número de recurso 603/2015)
153. Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7ª, de 28 de enero de 2016 (número 28/2016, número de recurso 599/2015. LA LEY DIGITAL - LA LEY 5495/2016.
154. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, 27 de enero de 2016 (número 38/2016, número de recurso 603/2015). LA LEY DIGITAL - LA LEY 3663/2016.

155. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, número 327/2012, de 19 de junio de 2012, número de recurso 278/2012. LA LEY DIGITAL - LA LEY 94569/2012.
156. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 23 de mayo de 2012 número 281/2012, número de recurso 222/2012. LA LEY DIGITAL - LA LEY 66643/2012.
157. Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 23 de marzo de 2012, número 126/2012, número de recurso 37/2012. LA LEY DIGITAL - LA LEY 37450/2012.
158. Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª, 29 de diciembre de 2015, número 280/2015, número de recurso 57/2015. LA LEY DIGITAL - LA LEY 214563/2015.
159. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 2 de marzo de 2011, número de recurso 33/2003. LA LEY DIGITAL - LA LEY 5495/2011.
160. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de San Sebastián de 16 de abril de 2015, número 115/2015, número de recurso 808/2014. LA LEY DIGITAL - LA LEY 196516/2015.
161. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14ª, de 28 de enero de 2016, número 28/2016, número de recurso 252/2014. LA LEY DIGITAL - LA LEY 9044/2016.
162. Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª, de 12 de noviembre de 2010, número 404/2010, número de recurso 475/2010. LA LEY DIGITAL - LA LEY 320926/2010.

163. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 29 de marzo de 2011, número 115/2011, número de recurso 84/2011. LA LEY DIGITAL - LA LEY 82335/2011.
164. Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª, de 4 de abril de 2011. LA LEY DIGITAL - LA LEY 59327/2011.
165. Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 5 de mayo de 2016, número 239/2016, número de recurso 157/2016. LA LEY DIGITAL - LA LEY 44556/2016.
166. Sentencia del Juzgado de lo mercantil número 2 de Málaga, de 19 de julio de 2013, número 187/2013, número de recurso 128/2012. LA LEY DIGITAL - LA LEY 139466/2013.
167. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, número 81/2003, de 11 de febrero, número de recurso 1835/1997. LA LEY DIGITAL - LA LEY 1193/2003.
168. Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15, C-308/15. LA LEY DIGITAL - LA LEY 179803/2016.
169. Auto del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, de 19 de julio de 2011, Proc. 13/2011. LA LEY DIGITAL - LA LEY 312598/2011.
170. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1988. LA LEY DIGITAL - LA LEY 152515-JF/0000.
171. Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2ª, número 119/2011, de 16 de septiembre, número de recurso 265/2011. LA LEY DIGITAL - LA LEY 183814/2011.

172. Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2ª, número 111/2010, de 17 de diciembre, número de recurso 74/2010. LA LEY DIGITAL – LA LEY 227016/2010.

XIII. NORMATIVA INDICADA EN LA TESIS:

A. NORMAS JURÍDICAS ESPAÑOLAS:

1. Constitución española de 1978. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.
2. Real Decreto 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandado publicar en cumplimiento de la Ley de 26 d mayo último. GACETA, de 25 de julio de 1889.
3. Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero. BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.
4. Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. BOE núm. 58, de 27 de febrero de 1946.
5. Decreto de 14 febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario. BOE núm. 106, de 16 de abril de 1947.
6. Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario. BOE núm. 90, de 15 de abril de 1981.
7. Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero y regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2007.
8. Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio. Publicado en Gaceta, núm. 289, de 16 de octubre de 1885.
9. Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2012.

10. Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2012.
11. Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social. BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2013.
12. Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2015.
13. Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.
14. Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no residentes y sobre el patrimonio. BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 2006.
15. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. BOE núm. 89, de 13 de abril de 2007.
16. Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.
17. Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones. BOE núm. 298, de 13 de diciembre de 2002.
18. Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva. BOE núm. 265, de 5 de noviembre de 2003.

19. Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2003.
20. Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados. BOE núm. 21, de 24 de enero de 2008.
21. Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos. BOE núm. 190, de 6 de agosto de 2010.
22. Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de contratos del sector público. BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2011.
23. Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. BOE núm. 186, de 4 de agosto de 2012.
24. Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2011.
25. Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013.
26. Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. BOE núm. 252, de 17 de octubre de 2014.
27. Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se

- modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva. BOE núm. 275, de 13 de noviembre de 2014.
28. Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015. BOE núm. 315, de 30 de diciembre de 2014.
 29. Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española. BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.
 30. Ley 57/1968, de 27 de julio, relativo a las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. BOE 29 de julio de 1968. Norma derogada.
 31. Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1999.
 32. Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio. BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003.
 33. Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito. BOE de 30 de julio de 1988. Norma derogada.
 34. Ley 2/1994, de 30 de marzo, por la que se regula la subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. BOE de 4 de abril de 1994.
 35. Ley 3/1994, de 14 de abril, de adaptación de la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria, y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero, en materia de establecimientos financieros de crédito. BOE de 15 de abril de 1994.
 36. Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes. BOE núm. 151, de 24 de junio de 2000.
 37. Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal. BOE núm. 176, de 23 de julio de 1960.

38. Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. BOE núm. 153, de 27 de junio de 2013.
39. Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero. BOE núm. 281, de 23 de noviembre de 2002.
40. Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica. BOE núm. 100, de 26 de abril de 2003.
41. Ley 10/2003, de 20 de mayo, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes. BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2003.
42. Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica. BOE núm. 271, de 12 de noviembre de 2003.
43. Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública. BOE núm. 62, de 14 de marzo de 2005.
44. Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de consumidores y usuarios. BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 2006.
45. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias. BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.
46. Ley de 23 de julio de 1908, de la usura, publicado en Gaceta de 24 de julio de 1908.
47. Ley 43/2007, de 13 de diciembre de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución de precio. BOE núm. 299, de 14 de diciembre de 2007.
48. Real Decreto Ley 2/2008, de 21 de abril, de medidas de impulso a la actividad económica. BOE núm. 97, de 22 de abril de 2008.

49. Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. BOE núm. 78, de 31 de marzo de 2009.
50. Ley 2/2009, de 31 de marzo, que regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. BOE núm. 79, de 1 de abril de 2009.
51. Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa. BOE núm. 161, de 7 de julio de 2011.
52. Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal. BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011.
53. Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario. BOE núm. 83, de 7 de abril de 1982. Norma Derogada.
54. Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero. BOE núm. 107, de 2 de mayo de 2009.
55. Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas. BOE núm. 117, de 17 de mayo de 1989.

56. Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario y del Reglamento Notarial. BOE 18 de diciembre de 1992.
57. Real Decreto 1558/1992, de 18 de diciembre, de modificación de los reglamentos notarial e hipotecario sobre colaboración entre los Notarios y Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario. BOE número 32, de 6 de febrero de 1993. Derogada.
58. Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo de régimen jurídico de homologación de los servicios y sociedades de tasación. BOE núm. 141, de 13 de junio de 1997.
59. Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del reglamento hipotecario. BOE 29 de septiembre de 1998.
60. Real Decreto 629/2003, de 3 de mayo, que establece un código general de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios. BOE de 21 de mayo de 1993. Norma Derogada.
61. Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobada por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre. BOE núm. 41, de 16 de febrero de 2008.
62. Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros. BOE núm. 54, de 3 de marzo de 2004.

63. Real Decreto 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados. BOE núm. 267, de 5 de noviembre de 2004.
64. Real Decreto 1975/2008, de 28 de noviembre sobre medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal y de empleo y de acceso a la vivienda. BOE núm. 290, de 2 de diciembre de 2008.
65. Real Decreto 97/2009, de 6 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 1975/2008, de 28 de noviembre, sobre las medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a la vivienda. BOE núm. 33, de 7 de febrero de 2009.
66. Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero. BOE núm. 107, de 2 de mayo de 2009.
67. Real Decreto 712/2010, de 28 de mayo, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago. BOE núm. 131, de 29 de mayo de 2010.
68. Real Decreto-Ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero. BOE núm. 30, de 4 de febrero de 2012.
69. Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2012.
70. Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2012.
71. Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2013.

72. Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, por la que se fijan los tipos de interés y comisiones, así como las normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito. BOE núm. 303, de 19 de diciembre de 1989. Norma Derogada.
73. Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia, protección del cliente de servicios bancarios. BOE núm. 261, de 29 de octubre de 2011.
74. Circular 8/1990, de 7 de septiembre del Banco de España sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. BOE núm. 226, de 20 de septiembre de 1990.
75. Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. BOE núm. 112, de 11 de mayo de 1994. Norma Derogada.
76. Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago sobre publicidad de los servicios y productos bancarios. BOE núm. 246, de 11 de octubre de 2010.
77. Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras. BOE núm. 85, de 9 de abril de 2003.
78. Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras. BOE núm. 72, de 24 de marzo de 2004.
79. Orden MAH/559/2009, de 22 de diciembre, por la que se regulan las prestaciones económicas de especial urgencia para el pago del alquiler o de cuotas de amortización hipotecaria en situaciones especiales. DOGC de 30 de diciembre.

80. Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio de regulación y control de publicidad de servicios y productos bancarios. BOE núm. 157, de 29 de junio de 2010.
81. Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. BOE núm. 261, de 29 de octubre de 2011.
82. Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. BOE núm. 151, de 25 de junio de 2011.
83. Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación. BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998.
84. Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. BOE núm. 79, de 1 de abril de 2009.
85. Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago. BOE núm. 148, de 18 de junio de 2010.
86. Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios. BOE núm. 157, de 29 de junio de 2010.
87. Circular 5/2012, del Banco de España, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. BOE núm. 161, de 6 de julio de 2012.
88. Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. BOE núm. 156, de 27 de junio de 2014.
89. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013.

90. Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo. BOE núm. 18, de 21 de enero de 2017.
91. Circular 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de crédito sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. BOE núm. 226, de 20 de septiembre de 1990.
92. Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre modificación de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. BOE núm. 184, de 3 de agosto de 1994.
93. Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. BOE núm. 261, de 29 de octubre de 2011.
94. Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013.
95. Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal. BOE núm. 176, de 23 de julio de 1960.

B. NORMAS JURÍDICAS EUROPEAS.

1. Reglamento (UE) 2016/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016, sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros o para medir la rentabilidad de fondos de inversión, por el que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2014/17/UE y el Reglamento (UE) nº 596/2014. DOUE núm. 171, de 29 de junio de 2016.

2. Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (93/13/CEE). DOCE núm. LO 95, de 21 de abril de 1993.
3. Directiva 2008/48/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE, del Consejo. DOUE núm. 133, de 22 de mayo de 2008.
4. Directiva 2014/17/UE del parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010. DOUCE núm. 60, de 28 de febrero de 2014.
5. Ordenanza inmobiliaria dictada en Alemania de 1897, que fue objeto de reforma el día 5 de agosto de 1935 en su aspecto registral.
6. Decreto de 1940 del Catastro de Alemania.
7. Decreto de 1940 relativo a la reconstrucción del registro en Alemania.

C. NORMAS JURÍDICAS EXTRANJERAS:

1. Law of Property Act 1925
2. Land Registration Act 1925, sustituida por Land Registration Act 2002, que entró en vigor el 13 de octubre de 2003.
3. Land Registration (Network Access) Rules 2008 y Land Registration (Electronic Conveyancing) Rules 2008, destinadas a impulsar el registro electrónico.
4. Land Charges Act 1972, que regula hasta 5 registros distintos, siendo el más relevante el Registro de Cargas inmobiliarias (Land Charges Registry)
5. Companies Act 2006.

6. Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), realizado por el Consejo de Europa (Roma, 2 de noviembre de 1950), y que está vigente en el Reino Unido desde el 3 de septiembre de 1953.
7. Protocolo adicional al Convenio, aprobado en París, el día 20 de marzo de 1952.
8. Human Right Act 1998 (HRA).
9. Misrepresentation Act 1967.
10. Unfair Terms and Consumer Contracts Regulation 1999.
11. Consumer Credit Act 1974.
12. Libro blanco denominado “Fair Clear and Competitive: The Consumer Credit Market in the 21st Century”, 2003.
13. Consumer Credit Act 2006.
14. Financial Services and Markets Act 2000.
15. Conduct of Business Sourcebook (MCOB)
16. Código Civil Suizo (ZBG)
17. Ordenanza del Registro de 1910. Esta Ordenanza ha quedado sin efecto en virtud de la Ordenanza de la Propiedad inmobiliaria de 23 de septiembre de 2011, que entró en vigor el día 1 de enero de 2012.

XIV. BIBLIOGRAFÍA.

A. DOCTRINA ESPAÑOLA.

- AGÜERO ORTIZ: “Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios. No son solo abusivos los gastos comprendidos en la sentencia de 23 de diciembre de 2015 (gastos, efectos y plazos)”, Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla la Mancha 13 de enero de 2017.
- AGÜERO ORTIZ, A.: “Efectos y alcance de la nulidad de cláusulas de gastos en préstamos hipotecarios. Especial referencia al IAJD y los gastos de tasación”, en Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil, número 2/2017.
- ÁLAMO GONZÁLEZ, Daniel P.: “La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias. El control judicial del equilibrio contractual”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- ALBACAR LÓPEZ, José Luis y SANTOS BRIZ, Jaime: Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia. Artículo 1175, Editorial TRIVIUM, 1994.
- ALBALADEJO GARCÍA, “Manual Derecho Civil II”, Derecho de las obligaciones, José María Bosch Editor, S.A. 1989. Derecho civil I, José María Bosch Editor, S.A., 1991.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: “Extinción de las obligaciones”, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela judicial – Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: La dación en pago y la determinación de la deuda que se paga”, Diciembre 1997.

- ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles: “La protección del deudor hipotecario: Ley 1-2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social” Editorial Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.
- ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio: “Código de patrimonio cultural”, Editorial THOMSON-CIVITAS, 2007.
- ÁLVAREZ VEGA, María Isabel: “Aportaciones jurisprudenciales sobre dación en pago y reciente doctrina sobre enriquecimiento injusto en la ejecución. Vivienda, préstamo y ejecución”. Coord. Por Manuel Espejo Lerdo de Tejada, Juan Pablo Murga Fernández, María de los Ángeles Fernández Scagliusi, Salvador Tomás Tomás, 2016.
- BADENES GASSET, Ramón: “El contrato de compraventa”, Editorial BOSCH, 1995.
- BAS Y RIVAS, Federico: “La dación, adjudicación y cesión de bienes en función de pago de deudas”, en Revista Crítica de Derecho inmobiliario, 1945.
- BELINCHÓN ROMO, María Raquel: “El contrato de compraventa y la dación en pago. Comentario a la sentencia del TS de 1 de octubre de 2009”. Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 1, 2010.
- BELINCHÓN ROMO, María Raquel “La dación en pago: presunta equiparación entre el crédito que se trata de extinguir y el aliud pro alio. Comentario a la Sentencia se la AP de Alicante, núm. 367/2008, de 22 de octubre”. Revista electrónica ENLACES, núm. 11, 2009.

- BELINCHÓN ROMO, María Raquel: “Nuevas medidas de protección del deudor hipotecario”, Revista del CES Felipe II, número 15, 2013.
- BELTRÁN DE HERECIA Y CASTAÑO, José: “El cumplimiento de las obligaciones”, Revista de Derecho Privado, 1956.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo: “Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales”, EDERSA, 1980.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo: “Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas”, Aranzadi, Navarra, 1999.
- BLANCO GARCÍA, Ana Isabel: “La tutela del cliente bancario y las ADR: La institución del Ombudsman. Una visión comparada entre España, Reino Unido y Australia”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- BONACHERA VILLEGAS, Raquel: “Tutela procesal de los derechos e intereses de los consumidores”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- CABANAS TREJO, R.: “El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero)”, Diario La Ley, núm. 8505, sección doctrina, 23 de marzo de 2015.
- CALLEJO CARRIÓN, Soraya: “Ejecución hipotecaria: cuestiones prácticas” Editorial: Las Rozas (Madrid): La Ley, 2015.
- CAMPOS HERNÁNDEZ: “Notas sobre la dación en pago en los convenios extrajudiciales”, en Revista general de Derecho, 1954.
- CARRASCO PERERA, Á., “El despropósito de la segunda oportunidad de los consumidores sobreendeudados”, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 911 (2015), Aranzadi.

- CARRERAS MARAÑA, Juan Miguel: “El derecho privado en contextos de crisis”, Cuaderno I de Derecho Judicial, 2009.
- CARPI MARTÍN, Rebeca: “La hipoteca en garantía de deuda ajena”, Centro de Estudios Registrales, 2002.
- CASADO ROMÁN: “Análisis procesal del Real Decreto-Ley de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios”, Diario La Ley, núm. 7991, 27 de diciembre de 2012.
- CASERO LINARES, Luis: “El proceso de ejecución hipotecaria en la ley de enjuiciamiento civil” Editorial: Barcelona: Bosch, 2014.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: “Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca: negociación contractual, desequilibrio importante y protección del consumidor en la contratación bancaria” Editorial: Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: “La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios con consumidores”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- CHICO Y ORTIZ, J.M.: “Estudios sobre Derecho Hipotecario”, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- COSSÍO, Alfonso de: “Convenios extrajudiciales de cesión de bienes para pago de deudas”, en Revista de Derecho Privado, 1953.
- COUSO: “La protección a los deudores hipotecarios y las posibilidades de los acreedores financieros. Las entidades financieras son las más interesadas en lograr un acuerdo novatorio”, Revista El Notario del siglo XXI, nº 44, julio-agosto 2012.

- CRISTOBAL MONTES, Ángel: “Los subrogados del pago”, en Revista Crítica de Derecho inmobiliario, 1988.
- CRISTOBAL MONTES, Ángel: “Circunstancias y destino del pago”, Revista de Derecho notarial, 1988.
- CRISTOBAL MONTES, Ángel: “Los elementos personales y reales del pago”, Revista crítica de Derecho inmobiliario, 1987.
- CRISTOBAL MONTES, Ángel: “El pago. El papel de la voluntad del acreedor y deudor”, Anuario de Derecho Civil, 1986.
- CRUZ GALLARDO, Bernardo: “Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores: práctica registral y procesal” Editorial: Las Rozas (Madrid): La Ley, 2014.
- CUENA CASAS, MATILDE: “Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales”, J.M. BOSCH editor, 1996.
- CUENA CASAS, Matilde: “Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario: “intentos” de regulación y ninguna solución”, Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, 2012.
- CUENA CASAS, Matilde: “Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start”, ADCo, núm. 31, 2014.
- CUÑAT EDO, Vicente: “La dación en pago de letras de cambio: la necesidad de expresión en el título”, Revista de Derecho Mercantil, núm. 234, 1999.

- DE LA CUESTA, José María: “Las obligaciones alternativas”, Revista de Derecho Privado, 1984.
- DE LEÓN ARCE, Alicia (Dirección) y GARCÍA GARCÍA, Luz María (Coordinación): “Derecho de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios”, 3ª edición, Editorial Tirant, Valencia, 2016.
- DE LOS MOZOS, José Luis: “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, Editorial EDERSA, 1989.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y SERRA RODRÍGUEZ, A. (Coord.): “Derecho Civil III (Derechos reales)”, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel y PONS GONZALEZ, Manuel: “Diccionario del Derecho Civil”, Editorial ARANZADI, S.A., 1984.
- DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús: “Nociones del Derecho Civil Patrimonial e introducción al Derecho”, Editorial DYKINSON, 1998.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias”, Editorial CIVITAS, Madrid 1996.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: “Sistema de Derecho civil, vol.II, Teoría general del contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular, Madrid, 1984.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, GULLÓN BALLESTEROS: “Sistema de Derecho Civil, vol. III, Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral”, 5ª edición, Madrid, 1995.
- ETXEBARRIA MURGIONDO, Juan: “Nota acerca del IRPH. Un análisis desde la estadística”. <https://futurfinances.com/wp->

content/uploads/2016/07/Nota_acerca_del_IRPH_Dr_Juan_Etxeberria.pdf

- EGUSQUIZA, María Ángeles: “La configuración jurídica de las obligaciones negativas”, Editorial BOSCH, Barcelona, 1990.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R.: “Naturaleza jurídica de la dación en pago”, en Anuario de Derecho Civil, 1957.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José María: “La tutela de los consumidores en los procedimientos judiciales: especial referencia a las ejecuciones hipotecarias” Editorial: Hospitalet de Llobregat (Barcelona): Wolters Kluwer, 2017.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José María: “Un año después de la Sentencia del caso Aziz”, Revista Món Jurídic, nº 286, abril 2014.
- FÍNEZ RATÓN, J.M.: “La dación en pago”, en Anuario de Derecho Civil, 1995.
- FUENTES SORIANO: “El proceso de ejecución hipotecaria”, Editorial Edjus, 1998.
- GAMBÓN ALIX: “Notas sobre la naturaleza jurídica del contrato de cesión de bienes”, Revista de Derecho Privado, 1962.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José: “La reforma de la ejecución y del desahucio hipotecarios”, Ed. Bosch, 2013.
- GARCÍA AMIGO, Manuel: “Lecciones de Derecho Civil II. Teoría general de las obligaciones y contratos”, Editorial McGRAW HILL, Madrid, 1995.
- GARCÍA DE MARINA, MANUEL: “La novación. Modificación y extinción de las obligaciones”, Editorial SERLIPOST, Barcelona, 1993.

- GARCÍA DE PABLOS, J.F.: “La protección de los deudores hipotecarios sin recursos”, Actualidad jurídica Aranzadi, núm. 840, 2012.
- GARNICA MARTÍN, Juan: “Curso de ejecución civil de la Escuela Judicial” y “La actividad económica de las entidades de crédito”, seminarios de Escuela Judicial de España, 2006.
- GOMÁ LANZÓN, Fernando: “Endeudamiento del consumidor, hacia una Ley de sobreendeudamiento”, Cursos de formación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid 20, 21 y 22 de abril de 2009.
- GÓMARA HERNÁNDEZ, José Luis: “Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales y extrajudiciales” Editorial: Madrid : Francis Lefebvre, 2017.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Javier: “La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia”, en RCDI, nº 702, Julio-Agosto de 2007.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F.J.: “La hipoteca como instrumento al servicio del desarrollo del mercado inmobiliario”, RCDI, núm. 691, septiembre 2005.
- GUASP, J.: “La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria”, Editorial Bosch, Barcelona, 1951.
- GUILARTE ZAPATERO, Vicente: “Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales”, Editorial EDERSA, 1979.
- HERAS HERNÁNDEZ, M^a. M., “El modelo de responsabilidad civil de las entidades financieras en función de su profesionalidad”, en Cuadernos de Derecho y comercio nº 27, Madrid, 1998.

- HERNÁNDEZ ARRANZ, M.C.: “Ejecución hipotecaria y dación en pago (a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010)”, Revista de derecho bancario y bursátil, núm. 124, 2011.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio: “Naturaleza jurídica de la obligación alternativa”, Revista de Derecho Privado, 1942.
- HERNÁNDEZ TEJERO, Francisco: “La extinción de las obligaciones. Derecho romano de obligaciones”, Editorial Centro de Estudios Superiores Ramón Areces S.A., 1982.
- HERNANDO SANTIAGO, Francisco José: “Reflexiones sobre la Constitución europea”, discurso de apertura del año judicial pronunciado el 14 de septiembre de 2004.
- HERBOSA, I.: “El despacho de la ejecución hipotecaria. Causas de oposición y suspensión”, Centro de estudios, 2006.
- HUALDE SÁNCHEZ, Javier y otros: “Manual de Derecho Civil II”, Editorial MARCIAL PONS, 1998.
- IZQUIERDO BLANCO, Pablo, PICÓ I JUNOY, Joan y ADÁN DOMENECH, Frederic: “Manual de actuaciones frente a la ejecución hipotecaria inminente: el derecho de defensa del deudor hipotecario” Editorial: Hospitalet de Llobregat, Barcelona, Bosch, 2014.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: “Consecuencias legislativas del Auto de 17 de diciembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Navarra: el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos”, Revista crítica de derecho inmobiliario, núm. 732, 2012.

- JIMENEZ PARÍS, Teresa Asunción: “El Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas hipotecarias, tras la Ley 25/2015, de segunda oportunidad”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 757, septiembre 2016.
- JORDANO BAREA, Juan: “La categoría de los contratos reales”, Editorial BOSCH, 1958.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVARÍA, Jesús; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco; RAMS ALBESA, Joaquín: “Elementos de Derecho Civil II”, Editorial BOSCH, 2004.
- LAFUENTE TORRALBA, A.: “El control judicial de cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria: luces y sombras de su regulación legal”, en Vivienda y crisis económica (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica). Dir.: ALONSO PÉREZ, M^a Teresa, Thomson-Reuters Aranzadi, 2014.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: “Sobre la perfección de los contratos en el Código Civil. Centenario del Código Civil”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: “Curso de Derecho civil patrimonial. Introducción al Derecho”, Editorial TECNOS, Madrid, 2003.
- LATOUR BROTONS, Juan: “Notas sobre la dación en pago” en Revista de Derecho Privado, 1953.

- LLEBARIA SAMPER, SERGIO: “Protección de los consumidores en los contratos bancarios”, dentro del Curso del Consejo General del Poder Judicial, 2011.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA y otros: “Derecho civil, Derechos reales y Derecho inmobiliario registral”, Ed. Tirant lo Blanch 2ª edición, 2001.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura: “La cesión de bienes a los acreedores”.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M.; MARÍN VELARDE, Asunción; FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela; DÍAZ MORENO, Alejandro: “Lecciones de Derecho Civil. Derechos reales e hipotecario”, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, José María y MUÑOZ DE BENAVIDES, Carmen: “Principales novedades de la Ley 41/2007 con relación al ámbito del mercado hipotecario y el sistema financiero”, Ed. La Ley, nº 6864, 18 de enero de 2008, Año XXIX.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M.: “La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios”, Editorial Bosch, Barcelona, 2014.
- LORCA NAVARRETE: “La realización de los bienes embargados a través del apremio” en las Jornadas sobre la reforma del proceso civil, en Madrid, 1990.
- LUCEÑO OLIVA, José Luis. “¿Son abusivas las «cláusulas suelo» en las hipotecas?” en Actualidad Jurídica Aranzadi nº 814/2011, BIB 2011/270, Aranzadi Instituciones.

- MACHADO PLAZAS, José: “La distinción entre la dación en pago y la cesión pro solvendo contenidas en un convenio concursal”, Revista general de Derecho, núm. 648, 1998.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: “Comentarios al Código Civil español”, Editorial REUS, S.A., Madrid, 1967.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa: “Consideraciones sobre la dación en pago”, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1987.
- MARTÍN DÍZ, F.: “La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles. Su tratamiento legal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Editorial Comares, 2000.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: “El cumplimiento de las obligaciones y sus subrogados en el Derecho Navarro”, en Revista jurídica de Navarra, 1999.
- MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., en CUÑAT EDO, V. – Dir.- “Protección de particulares frente a malas prácticas bancarias”, Estudios de Derecho Judicial nº 55, CGPJ, Madrid, 2005.
- MARTÍNEZ DÍEZ, Rafael: “La hipoteca”, Cuadernos del Poder Judicial- Volumen nº 38/1994.
- MARTINEZ ESCRIBANO, Celia: “Hipotecas inversas”, Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2009.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: “Informe sobre el nuevo índice hipotecario para sustituir al IRPH de las Cajas”, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla La Mancha, agosto 2013.

- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel: “Las obligaciones facultativas en el Derecho español. Anuario de Derecho Civil, 1972.
- MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: “La dación en pago” en Revista de Derecho notarial, 1975.
- MIQUEL CALATAYUD, José Antonio: “Consideraciones sobre el pago traditivo”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1984.
- MIQUEL GONZALEZ, José María: “La nulidad de las condiciones generales”. Principal, 2006 (Especial Coloquio). Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos. <http://codigo-civil.net/nulidad/lodel/document.php?id=343>
- MOLINA DEL POZO, Carlos: “Derecho comunitario”.
- MONTERO AROCA, Juan: “Tratado de las ejecuciones hipotecarias”, Editorial Tirant lo Blanch, 2012.
- MONTERO AROCA, J.: “Ejecución de la hipoteca inmobiliaria”, Editorial Tirant lo Blanch tratados, Valencia, 2012.
- MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J.: “Tratado de proceso de ejecución civil”, Tomo I, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MORENO CATENA, Víctor: “La ejecución civil”, estudios de derecho judicial, 2005.
- MORENO LISO, L. “Nuevas soluciones para la protección del consumidor frente a los contratos bancarios” en Diario La Ley nº 7514, de 22 de noviembre de 2010, Madrid.
- MORENO QUESADA, L.: “Las garantías reales y su constitución por tercero”, Granada, 1987.

- MUNAR BERNAT, P.A.: “El Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos”, www.notariosyregistradores.com
- MUÑIZ, NASARRE AZNAR Y SÁNCHEZ JORDÁN: “Un modelo para una eurohipoteca desde el informe Segre hasta hoy”, Madrid, 2008.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: “El estado, el derecho interno y la comunidad europea”.
- MURO VILLALÓN, Jesús Víctor: “La hipoteca inversa”. Ponencia presentada al III Congreso de registradores de España, Granada, celebrado del 30 de octubre al 1 de noviembre de 2016.
- NOGUEROLLES PEIRÓ, Nicolás: “La protección de los consumidores y el nuevo artículo 12 de la Ley Hipotecaria”.
- NUÑEZ IGLESIAS, Álvaro, ESCARTIN IPIÉNS, Antonio; MARTOS CALABRÚS, María Angustias: “La protección del deudor hipotecario: aproximación a la Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social”. Editorial: Comares, Granada, 2014.
- O’CALLAGHAN: “Compendio de Derecho Civil”, Tomo II, Derecho de obligaciones, Dijusa, 2008.
- ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos, GUILLÉN CATALÁN, Raquel: “Control de transparencia y contratación bancaria: régimen jurídico y doctrina jurisprudencial aplicable” Editorial: Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- ORTIZ PÉREZ, Maite y ERAUSKIN VÁZQUEZ, José María: “IRPH Cajas ¿Una simple media de los tipos de interés medios ponderados?,

Revista Aranzadi Doctrinal núm. 7/2017, Parte jurisprudencia. Doctrina. Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

- PALACIOS GONZÁLEZ, M.D.: “La incidencia de la noción de consumidor medio en la protección de los consumidores: protección frente a la publicidad engañosa, la información falsa o engañosa y la falta de información previa a la contratación”, RDP número 96, 1/2012.
- PASCAU: “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”; Editorial: Civitas, Madrid 1975.
- PASCUAL ESTEVILL, Luis: “La dación en pago” en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1986.
- PASTOR SEMPERE, María del Carmen: “Dación en pago e insolvencia empresarial”, Colección de Derecho Privado, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: “Derechos reales. Derecho hipotecario”, Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad.
- PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar: “La dación en pago necesaria y la protección de los deudores hipotecarios tras las últimas modificaciones legislativas”, Revista Aranzadi de derecho patrimonial, número 39, 2016.
- PÉREZ BENÍTEZ: “El control judicial de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas, tutela procesal de los intereses de grupo”, en el Iº foro mercantil de Barcelona, 2008.
- PÉREZ CONESA, C. “Nulidad de cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable por abusiva” en Revista Doctrinal

Aranzadi Civil-Mercantil num.2/2011. BIB 2011/592. Aranzadi Instituciones.

- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco: “La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios”, Editorial: Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: “El Anteproyecto de Código civil español (1882-1888). Centenario de la Ley del Notariado, Madrid, 1965.
- PERERNAU MOYA, Joan: “Intereses moratorios y remuneratorios: aspectos generales”, en el curso del Consejo General del Poder Judicial “Protección de particulares contra malas prácticas bancarias”, 2011.
- PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan: “El valor de los bienes en la ejecución”, en Cuadernos de Derecho Registral.
- PÉREZ GARCÍA, M.J.: “La realización del valor de los bienes en los procesos de ejecución y su problemática en el Derecho español (reflexiones a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010)”, Diario La Ley, número 7590, 16 de marzo de 2011.
- PÉREZ LÓPEZ, Xesús: “Hacia la armonización de las normas europeas en materia contractual: un punto de vista romanístico”.
- PUERTA DOMÍNGUEZ, Enrique Manuel: “La directiva comunitaria como norma aplicable en derecho”.
- PUIG FERROL, Lluís y otros: “Manual de Derecho Civil II”, Editorial MARCIAL PONS, 1998.

- QUESADA PÁEZ, ABIGAIL: “La dación en pago frente al mecanismo de segunda oportunidad”, Revista Crítica de derecho inmobiliario, 2016, número 92.
- RAMOS CHAPARRO, E. J.: “La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca”, Editorial Thomson-Aranzadi, 2008.
- RAMS ALBESA, Joaquín J.: “Las obligaciones alternativas”, Editorial MONTECORVO, S.A., 1982.
- REQUENA, Alejandro: “La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio”.
- REYES LÓPEZ, María José: “GPS Contratos civiles. Guía profesional”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: “La ejecución de la hipoteca inmobiliaria”.
- ROCA SASTRE, Ramón María, ROCA SASTRE MUNCUNILL, Luis y BERNÁ I XIRGO, Joan: “Derecho hipotecario”, Tomo IX, Editorial Bosch, diciembre 2008.
- ROCA SASTRE, R.M./ROCA SASTRE MUNCUNILL, L.: “Derecho hipotecario”, T. IV, 2º, Barcelona, 1979.
- ROCA SASTRE; ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÁ I XIRGO: “Derecho hipotecario”, Tomo X, Editorial Bosch, 2009.
- RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: “Derecho de las obligaciones”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965.
- RODRÍGUEZ OTERO, Lino: “Elementos de Derecho Hipotecario”, Editorial Dijusa, 2002.

- RUIZ-JARABO COLOMER, Dámaso: “El Juez nacional como Juez comunitario”.
- RUIZ-RICO RUIZ, J.M./DE LUCHI LÓPEZ-TAPIA, Y.: “Implicaciones jurídicas en la aplicación del Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios”, Diario La Ley, núm. 7977, 3 de diciembre de 2012.
- SALAS CARCELLER, Antonio: “Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto”, Editorial Thomson Reuters- Aranzadi, 2012
- SANCHEZ CALERO, Francisco Javier (Coord.): “Curso de Derecho Civil III: Derechos reales y registral inmobiliario”, 6ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I.; OLMEDO CARDENETE, M: “Desahucios y ejecuciones hipotecarias: un drama social y un problema legal” Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- SÁNCHEZ COLLADO, Elena: “Aproximación a la legislación protectora del deudor hipotecario”, Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto, Vol. 64, número 2, 2016.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: “La novación de las obligaciones”, Ediciones NAUTA S.A., 1964.
- SEPÚLVEDA SANDOVAL, Carlos: “De los derechos personales, de crédito u obligaciones”, Editorial PORRÚA, S.A., 1996.
- SASTRE PAPIOL, Sebastián: “La dación en pago. Su incidencia en los convenios concursales”, Editorial BOSCH, Barcelona, 1990.

- SERRA RODRÍGUEZ, A.: “Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad”, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.
- SERRANO ALONSO, Eduardo: “Consideraciones sobre la dación en pago” en Revista de Derecho Privado, 1978.
- SERRANO GARCÍA, Ignacio: “Observaciones acerca de la dación en pago” en Centenario del Código Civil, editorial Centro de estudios RAMÓN ARECES, Madrid, 1990.
- SOLCHAGA LOITEGUI, Jesús: “El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles”.
- TOMÁS MARTÍNEZ, Gema: “La adjudicación para pago de deudas hereditarias”, Editorial DYKINSON, 2000.
- TORRENT, Armando: “Manual de Derecho Privado Romano”, Librería Central, S.A., Zaragoza 1987.
- VALLÉS Y PUJALS: “Del préstamo a interés, de la usura y de la hipoteca”.
- VIVES MARTINEZ, G.: “Ejecuciones hipotecarias y dación en pago. Revisión jurisprudencial y problemas prácticos: dación en pago”, Diario La Ley, nº 7908, 24 de julio de 2012.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: “Tipología del justo título en la usucapión. Crónica de una cuestión pendiente”, Anuario de Derecho Civil, 2001.
- ZURITA MARTÍN, Isabel: “Préstamo hipotecario, ejecución y dación en pago”, Editorial La Ley, Madrid, 2014.

B. DOCTRINA EXTRANJERA:

- ALLARA, M.: “Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio”, Dott. A. Giuffré Editore. Torino, 1952.
- ALVES MOREIRA, Guilherme: “Institucoes do Directo civil português”, volumen 2º, 2º edición. Coimbra editores, 1925.
- AMBROSETTI, T: “Ll digesto italiano. Enciclopedia metódica e alfabetica di legislacione; doctrina e giurisprudenza. Volumen IX. Torino, 1887-1898.
- ANDREOLI, Giuseppe: “Contributo alla teoría dell’adempimento”.CEDAM Casa Edotrice Dott. Antonio Milani. Padova, 1937.
- ANDREWS: “Contract Law”,Cambride University Press, Cambridge, 2011.
- ANTUNES VARELA, Joao de Matos: “Direito das Obrigacoes”, volumen II, 1ª edición, 1978. Río de Janeiro.
- ANTUNES VARELA, Joao de Matos: “Das obrigacoes en geral”, volumen II. Livraria Almedina. Coimbra, 5ª edición, 1992.
- AUBRY ET RAU, M. M.: “Cours de Droit Civil francais d’après la méthode de Zacchariae”. Tomo III. 5ª edición. París, 1900. Tomo IV. 5ª edición. París, 1902.
- BARASSI, Ludovico: “Istituzione di Diritto Civile”, 4ª edición. Dott. A. Giuffré Editore. Milano, 1955.

- BARBERO, Doménico: “Sistema de Derecho Privado”, tomo III, Obligaciones. UTET, 1967. Traducido por Santiago Sentis Melendo. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1988.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G.: “Traité théorique et pratique de Code Civil. Des contrats aléatoires; du mandat, du cautionnement, de la transaction”, tomo XXIV, 3ª edición 1907. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l’expropriation forcé. Tomo XXVII, 3ª edición, 1906.
- BAZ IZQUIERDO, Fernando: “Derecho inmobiliario e hipotecario inglés y su comparación con el sistema inmobiliario español. Prólogo de Luis Diez Picazo”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980.
- BEUDANT, Ch.: “Cours de Droit Civil”, tomos I y II. Les suretes personnelles et réelles. París, 1900-1902. Tomo V. La vente et le louage. París, 1906. Tomo IX. Les contrats et les obligations. París, 1908.
- BIONDI, Biondo: “Istituzioni di Diritto romano”. Guiffré Editore. Milano, 1972.
- BISCONTINI, Guido: “Adempimento parziale e datio in solutum”, en Rassegna di Diritto Civile diretta da Pietro Perlingieri; núm. 3. Edizione SCIENTIFICHE ITALIANA. Nápoles, 1984.
- BLACKSTONE, Willian: “Commentaries on the Laws of England”, Vol. II, University of Chicago Press, Chicago, 1979.
- BLANCO GARCÍA, Ana Isabel: “La tutela del cliente bancario y las ADR: La institución del Ombudsman. Una visión comparada entre España, Reino Unido y Australia”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- BUCCISANO, Orazio: “La novazione oggetiva e i contratti estintivi onerosi. Dott. A. Giuffré Editore. Milano, 1968.
- BUGNET, M.: “Oeuvres de Pothier annotées et mises en correlation avec le Code Civil et la législation actuelle. Traité du contrat de vente, des retraits et du constitution de vente”, Tomo III, París, 1847.
- BUTERA, Antonio: “Comentario de la sentencia de 7 de mayo de 1918” II Foro italiano. Raccolta generale di Giurisprudenza, volumen XLIII, 1918.
- CARNELUTTI, Francesco: “Comentario a la sentencia de 9 de agosto de 1917”, Revista di Diritto commerciale, tomo XV, volumen 2, 1917.
- CARPENTIER, Etienne: “Les cinq Codes”, Librairie RECUEIL SIREY, 1942.
- CARVALHO DE MENDOCA, Manuel Ignacio: “Doutrina e Prática das Obrigacoes, Río de Janeiro.
- CHAVES, Antonio: “Tratado de Dereito Civil”, Volumen 2, Obrigacoes, Tomo I, Revista dos Tribunais, 3ª edición, 1984, Sao Paulo.
- CLARKE, Wayne: “Fisher and Lightwood’s Law of Mortgage”, Lexis Nexis, London, 2010
- COLIN, A. Y CAPITANT, H.: “Cours elementaire de Droit Civil Francais”, tomo II, 4ª edición. Librairie DALLOZ. París, 1924.
- COLMET DE SANTERRE, E.: “Tours analytique de Code Civil”, tome V, París, 1883, Tome VII, París1873. Tome VIII, París, 1884.
- COSTA CRUZ, Sebastiao: “Da solutio. Terminología, conceito e características e análise de varios institutos afines”. Coimbra, 1962.

- DAIBERT, Jefferson: “Das Obrigacoes”. Río de Janeiro. 2ª edición, 1979.
- DA CUNHA GONCALVES, Luiz: “Tratado de Directo Civil em comentario ao Código Civil português; volumen IV. Coimbra editora limitada. Coimbra, 1931. También volumen V, 1932.
- DA SALVO VENOSA, Silvio: “Direito Civil. Obrigacoes. Teoría Geral”, Atlas S.A. Sao Paulo 1988.
- DA SILVA PEREIRA, Caio Mario: “Instituciones de Derecho Civil”, volumen II, Teoría Geral das Obrigacoes, 8ª edición. Río de Janeiro, 1986.
- DE ALMEIDA COSTA, Mário Júlio: “Direito das Obrigacoes”, Livraria Almedina, 5ª edición, Coimbra 1991.
- DE BARROS MONTERO, Washington: “Curso de Direito Civil. Direito das Obrigacoes”, 1ª parte, volumen IV, 20ª edición. Saraiva. Sao Paulo, 1985.
- DE MELO, Joaquim: “A dacao en pagamento”, Scientia iuridica. Revista trimestral portuguesa e brasileira. Tomo III. 1953-1954.
- DE SERPA LOPES, Miguel María: “Obrigacoes en Geral. Curso de Direito Civil”, volumen II. Freitas Bastos, Río de Janeiro. 1989.
- DELVINCOURT, M.: “Cours de Code Civil”, Tomos II y III. París, 1934.
- DEMANTE, A.M., COLMET DE SANTERRE, E.: “Cours analytique de Code Civil”, tomos V, VII y VIII. París, 1873-1884.
- DEMOLOMBE, Luis: “Traté des contrats ou des obligations conventionnelles en general”, tomos XXVII y XXVIII. París, 1872.

- DINIZ, Marta Helena: “Curso de Dereito Civil Brasileiro”. Volumen 2. Teoría Geral de Obrigacoes. Saraiva. Sao Paulo 2ª edición, 1993.
- DIXON, Martin: “Modern Studies in Property Law”, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2009.
- DURANTON, M.: “Cours de Droit Francais suivant le Code Civil”, Tomo XII, 3ª edición. Alex Gobelet Libraire. París, 1934.
- ELIO LONGO, Gionvanni: “Novísimo digesto italiano”, volumen V; voz “datio in solutum”. Torino, 1968.
- GALGANO, Francesco: “Diritto Civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti”, volumen 2º, tomo 1º. CEDAM Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Padova, 1990.
- GIORGI, Giorgio: “Teoría delle obbligazioni nel Diritto Moderno italiano”. Casa Editrice LIBRARIA FRATELLI CAMMELLI, 7ª edición. Firenze, 1910.
- GIORGIANNI, Michele: “L’inadempimento. Corso di Diritto Civile”. Dott. A. Giuffré Editore. Milano, 1959.
- GOMES, Orlando: “Obrigacoes”, 8ª edición. Río de Janeiro, 1986.
- GRASSETTI, Cesare: “Novísimo Digesto italiano”, Corso di Diritto Civile. Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1959.
- JEANNIN-NALTET, Francois: “La datión en paiement en droit francais et anglais compares. Les presses modernes”. París, 1934.
- JOSSERAND, Louis: “Cours de Droit Civil positif francais”, tomo II, Librairie du RECUEIL SIREY, 1930.
- LAFAILLE, Hector: “Derecho civil”, tomo IV. Tratado de las Obligaciones, volumen I. Buenos Aires, 1947.

- LAROMBIÈRE, M.L.: “Théorie et pratique des obligations”, Tomos IV y V. 9ª edición. París, 1885.
- LAURENT, Francois: “Principes de Droit Civil”, Tomos XVIII-XIX (obligations). Tomo XXVIII (Cautionnement). Tomo XXI (Privilèges et hypothèques), 1878.
- LEÓTY, Denise: “La nature juridique de la dation en paiement. La datio en paiement, paiement pathologique?” en Revista trimestrelle de Droit Civil, tomo soixante-treize, 1975.
- MARCADÉ, V.: “Explication théorique et pratique du Code Napoleon”. Tomo IV, 6ª edición. París, 1868.
- MATEO Y VILLA, Iñigo: “El sistema inmobiliario suizo”, Editorial Comares, S.L., 2014.
- MAZEAUD, Henri et Leon y otros: “Lecons de Droit Civil”, tomo II. Première volumen, Obligations. Théorie générale. 8ª edition. Editorial MONTEHRESTIEU. París, 1991.
- MENEZES CORDEIRO, Antonio: “Direito das Obrigacoes”, AAFDI. Lisboa 1994.
- MOZZONI, Bice: “Dizionario pratico del Diritto Privato”, volumen II, voz “Dazione en pagamento”.
- NICOLÓ, Rosario: “L'adempimento dell'oblìgo altrui”. Dott. A. Giuffré Editore. Milano, 1936.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: “Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

- PERLINGIERI, Pietro: “Comentario del Codice Civile: Dei modo di estinzione delle obbligazioni diversi dall’ademppimento; artículos 1230 a 1259”. Bologna/Roma, 1975.
- PESSOAJORGE, Fernando: “Direito das obrigacoes”. Associacao académica de Facultad de Directo. Lisboa, 1975.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges: “Traité pratique de Droit Civil francais. Obligations”. Deuxième partie. Librairie general de Droit et de Jurisprudente. París, 1931.
- POLACCO, Vitorio: “Della dazione in pagamento”, Padova, 1988.
- PONT, Paul: “Explication théorique et pratique du Code Napoleon. Commentaire-traité des petits contrats”; París, 1867.
- RIBEIRO SIMOES, António: “Algunas notas sobre a dacao en pagamento”, en Boletín de Facultad de Directo. Universidad de Coimbra, 1939.
- RICCA-BARBERIS, Mario: “L’evizione Della res data in solutum”, revista italiana per le Scienze Giuridique, Roma, 1931.
- RODOTÁ, Stefano: “Enciclopedia del Diritto”; voz “Dazione in pagamento”, Giuffré Editore, 1962.
- RODRIGUES, Silvio: “Direito Civil”. Saraiva, Sao Paulo, 1989.
- RODRIGUES BASTOS, Jacinto Fernández: “Notas ao Código civil”, editorial REI DOS LIVROS. Lisboa, 1995.
- ROGRON, J.A.: “Code Napoleón expliqué par ses motifs, par des exemples et par la Jurisprudence”. Seizième edition. Henri Plon. París, 1859.

- SANZ FERNÁNDEZ, Ángel: “Instituciones de derecho hipotecario”, Tomo I y II. Editorial Reus, Madrid 1947,
- SIMPSON, A: “History of the Land Law”, Clarendon Press, Oxford, 1986
- SOLAZZI, Siro: “Consilium fraudis e dazione in pagamento”, 1918.
- TERRÉ, Francois y otros: “Droit Civil. Les obligations”. Editorial DALLOZ, 1996.
- TRABUCCHI, Alberto: “Istituzioni di Diritto Civile”. CEDAM, 1998.
- ZACCARIA, Alessio: “La prestazione in luogo dell’adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto”. Dott. A. Giuffré Editore. Milano, 1987.

