

PROTECCIÓN DE DEUDORES HIPOTECARIOS MISCELÁNEA

Por
FRANCISCO GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ
Doctor en Derecho. Abogado

“España atraviesa una profunda crisis económica desde hace cuatro años...”; este es el pórtico de entrada que presenta la exposición de motivos del RDL 6/2012 de medidas urgentes de protección a deudores sin recursos para, ya en su zaguán, presentarnos tres baterías de actuación a la sazón; reestructuración viable de la deuda hipotecaria, alternativamente el ofrecimiento al deudor de una quita sobre el conjunto de su deuda o, en su caso, la dación en pago de la vivienda habitual como medio para redimir definitivamente la deuda hipotecaria.

Este RDL se encuadra dentro de un conjunto de normas cuya finalidad práctica consiste en consagrarse a corregir la sangría que para numerosos conciudadanos y sus familias ha supuesto la actual situación económica. La alarmante tasa de desempleo, precariedad laboral, encarecimiento de productos bancarios y de primera necesidad, incrementos impositivos o la actual incertidumbre sobre el aseguramiento de las pensiones han supuesto la captura de multitud de personas que se ven sin recursos ni tiempo suficiente para poder cumplir sus obligaciones empezando, más pronto que tarde, las reclamaciones judiciales que acaban devastando el patrimonio; antesala de la pobreza.

Los ríos de tinta que inundan de razones, explicaciones, análisis, etc., los orígenes y consecuencias de la situación económica que padecemos hacen ocioso detenernos en ello; no así una revisión crítica desde una óptica social y jurídica de lo que, de un tiempo a esta parte, se denomina *protección de deudores hipotecarios*. El calentamiento de la economía en el plano inmobiliario de los últimos lustros con intereses irrisorios, si se comparan con los existentes en los años setenta y ochenta de la anterior centuria, supuso el acceso de una gran masa de población a la vivienda en propiedad lo que produjo el paulatino encarecimiento de los pisos. Esta situación sostenida en el tiempo favoreció la burbuja cuya evanescencia padecemos en la actualidad. Por otro lado, la entrada en nuestro país de una ingente masa monetaria extranjera susceptible de rápida colocación supuso la relajación por parte de nuestras entidades de crédito de las cautelas que en orden a la clientela han de tenerse. Es por ello que estas entidades tienen responsabilidad, no toda la responsabilidad, pero sí su parte alícuota. También los diferentes gobiernos de forma subrepticia han contribuido a la situación que padecemos y, por último, muchos consumidores

de forma arriesgada se han subido a la noria del endeudamiento ante un horizonte de crecimiento económico que parecía no tener final.

Son estos últimos las primeras, aunque no las únicas, víctimas de la crisis. Y a ellos van encaminados los esfuerzos de esta serie de medidas normativas que pretenden enervar las situaciones lacerantes. Así la Ley 13/2009 de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, la Ley 37/2011 de medidas de agilización procesal, o los reales decretos leyes 8/2011 de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios y el más reciente 6/2012 de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos conforman el cuerpo normativo al que nos referimos.

No son pocas las medidas orientadas a modificar ciertos artículos de la vigente Ley de enjuiciamiento civil (LEC) que, hay que recordarlo, se promulgó en el no muy lejano año 2000. Esta circunstancia nos da pié, en este pequeño ensayo, a meditar sobre algunos extremos de las ejecuciones hipotecarias:

LA REALIZACIÓN DE BIENES INMUEBLES POR PERSONA O ENTIDAD ESPECIALIZADA EN LA LEC; LA INNOVACIÓN FRUSTRADA.

El procedimiento de apremio de la Ley 1/2000 de 7 de enero se presentó en la escena jurídica con ideas de modernidad y buenos propósitos aunque, en nuestra opinión, con candorosa intención. Aciertos los ha tenido; ahí está el cuerpo de regulación unitario de la ejecución forzosa, eliminando la anterior cohabitación de dos sistemas de ejecución; el de la propia LEC de 1881 y el procedimiento sumario residenciado en el artículo 131 de la Ley hipotecaria¹. Ello ha supuesto, con unas directrices legales únicas, evitar confusiones en el cotidiano trabajo de los tribunales. A lo que ahora nos referimos es a aquella ambiciosa innovación que abría el camino a otra vía de enajenación forzosa diferente y al margen del tradicional sistema de subasta pública; concretamente a la posibilidad de que, bien a instancia del ejecutante bien con su aquiescencia, el juez designe persona especializada que enajene el inmueble.

Este sistema, con una adecuada aplicación, puede dar mejores resultados que la subasta, evitando la más que probable minusvaloración del bien. Tradicionalmente la oportunidad en subasta pública ha sido vista extramuros del juzgado como una ciénaga llena de sorpresas reservada a profesionales y, en su caso, a ciudadanos arriesgados. Con estos presupuestos si la intención de la Ley (así se deduce de su espíritu) es sustituir en parte las operaciones de realización pública por la venta en el mercado libre, lo más conveniente es confiar las gestiones de venta a un profesional externo a los Tribunales es decir; *desarrollar la gestión de la venta fuera del juzgado*. Con ello se relaja la rigidez de las formas procesales predisponiendo el potencial campo de posibles compradores.

¹ Eludimos por completo el debate sobre si un procedimiento de ejecución hipotecaria tendría mejor acomodo, por la *vis atractiva* de la propia garantía inmobiliaria, en la ley hipotecaria que en la procesal.

Los fallos que han restado eficacia a lo señalado en el artículo 641 LEC han sido los siguientes:

-En un solo artículo se ha pretendido regular la venta por persona o entidad especializada tanto de muebles como de inmuebles sin distinguir que el mercado inmobiliario así como sus operadores, son completamente diferentes a los que intervienen en el mercado de bienes muebles (pe. obras de arte, antigüedades, etc.). El resultado ha sido una norma legal encorsetada, rígida y completamente inoperante. Un ejemplo de ello lo tenemos en la necesidad de prestar oportuna caución cuando la realización se lleve a cabo por entidad especializada; este extremo, que en el caso de muebles pudiera tener algún sentido, es superfluo en el caso de viviendas dificultando si cabe la promoción de estas entidades.

-Es muy difícil poder vender en el mercado libre, se entiende a un destinatario final, una vivienda a ciegas. En un bien de esta importancia es comprensible que los interesados deseen verlo para comprobar si se ciñe a sus necesidades (metros cuadrados, número de habitaciones, servicios de la casa, estado de conservación, gastos de comunidad, etc.). Ello acarrea de forma indispensable la adopción de ciertas medidas.

De *lege ferenda*, es necesario que en la realización de bienes inmuebles la propia norma facilite al tribunal alguna medida de intimación para que el deudor colabore en la promoción de la venta del inmueble. La previsión señalada en el artículo 641 LEC cuando dice que “*a petición del ejecutante o del ejecutado con consentimiento del ejecutante...*”, sugiere que la simple solicitud del ejecutante a efectos de la elección de la venta por persona especializada no necesita descansar en el consentimiento del ejecutado. Ello da pábulo a exigir del deudor *una determinada conducta* orientada a una venta ordenada extramuros del juzgado. La colaboración del deudor con el juzgado supone el facilitar el acceso a la vivienda para que pueda ser visitada por potenciales compradores, cohonestando el derecho de realización con la propia intimidad personal y familiar desarrollada en el propio domicilio. La determinación de todos estos pormenores ha de tomarse en la comparecencia que, al efecto de nombrar la persona especializada, contempla la propia norma.

En cuanto al valor en venta del inmueble ello no supone ningún problema en el caso de la ejecución hipotecaria al haber sido fijado a efectos de subasta en la propia escritura de constitución². Tipo que valdrá de referencia sin poder quebrantar los límites de porcentaje establecidos en la propia ley.

Hoy por hoy el artículo 641 LEC esta inerte, muerto; Las medidas sugeridas o las que se puedan plantear tienen que ir encaminadas a resucitar (no simplemente exhumar) la propia norma en beneficio tanto del acreedor que cuenta con una alternativa a la subasta para recuperar el crédito, como para el

² El debate sobre el beneficio para acreedor y deudor de la actualización del valor señalado a efectos de subasta al momento de la propia ejecución hipotecaria, en similitud con la ejecución ordinaria, es “harina de otro costal”.

deudor que de esta forma se implica de manera nítida en la voluntad de satisfacer la deuda. No cabe duda que la mutua predisposición a la venta, además de facilitarla, fomenta mayores posibilidades de conseguir un mejor precio al alza³.

Salvando las distancias y -únicamente- como estela a seguir, el anexo incorporado al reciente RDL 6/2012 puntualiza en su apartado 3-d (dación en pago) que las entidades podrán pactar con los deudores la cesión de una parte de la plusvalía generada por la enajenación de la vivienda, *en contraprestación por la colaboración* que éste pueda prestar en su transmisión. Situación esta que se da tanto si el extinto deudor ha optado, como si no, al arrendamiento contemplado en su letra c).

LA ADJUDICACIÓN EN PAGO CONTEMPLADA EN EL ARTICULO 671 LEC.

El artículo 671 LEC es una de las normas que ostenta record de modificaciones por límite de tiempo: fue modificado por la Ley 13/2009 de 3 de noviembre (entrada en vigor mayo 2010), volviéndose a modificar por el RDL 8/2011 de 1 de julio. La razón hay que buscarla en la cascada de ejecuciones, mayormente hipotecarias, que han recibido los juzgados en los últimos años y el porcentaje tan alto de subastas desiertas que precipitaban la adjudicación del bien al acreedor por el 50% del valor de tasación o por la cantidad que se debía por todos los conceptos; las más de las veces, optando el acreedor por la alternativa más satisfactoria a sus intereses.

La primera modificación (Ley 13/2009), muy discreta, varió la adjudicación en el sentido de que el acreedor podía solicitarla por “cantidad igual o superior” al 50% o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Esta variación más que conseguir para el deudor una contraprestación ajustada al valor del bien que perdía, facilitaba al acreedor la adjudicación del bien en unos valores, en su caso mayores, que posteriormente a la hora de la venta no le crearan un quebranto fiscal por incrementos patrimoniales no deseados.

El RDL 8/2011 redacta el contenido del artículo que analizamos en los términos vigentes en la actualidad, omitiendo ya la adjudicación por el montante de todos los conceptos (dinerarios) reclamados quedando la adjudicación en pago por “cantidad igual o superior al 60%” de su valor de tasación⁴. Si este límite porcentual es equilibrado o no a efectos de evitar el despojo del deudor depende de la situación que, en la relación acreedor-deudor, ocupe el analista.

³ Obviamente en un mercado regular que en la actualidad, con la actual crisis, ha dejado de existir.

⁴ En todo momento nos estamos refiriendo a vivienda habitual. En el caso de otros inmuebles distintos de la vivienda habitual rige la modificación llevada a cabo por la Ley 13/2009; según la nueva disposición adicional sexta de la LEC añadida por Ley 37/2011 de 10 de octubre de medidas de agilización procesal.

Sí es cierto que la entidad acreedora que se adjudica un bien, aún en el caso de una cobertura hipotecaria correcta, tiene posteriormente una serie de costos (fiscales⁵, de venta, tiempo de duración, etc.) que no sugieren, bastantes veces, entender una adjudicación como un negocio. En cualquier caso, en la actual situación, el problema es difícil de paliar y su corrección no vendrá por enmienda alguna de la norma procesal sino por una regeneración del tejido social y económico para el que, lamentablemente, no tenemos sencillo remedio.

Para finalizar, comentar brevemente que el RDL 8/2011 modifica también el segundo párrafo del apartado 4º del artículo 670 LEC que faculta al ejecutante en fase procesal de subasta para solicitar la adjudicación del inmueble por el 70% del valor por el que el bien hubiere salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos siempre que esta cantidad sea superior al 60% de su valor de tasación y a la mejor postura.

LA DACIÓN EN PAGO

Regulada recientemente, en relación con la casuística de deudores hipotecarios sin recursos, por el RDL 6/2012 la dación en pago de vivienda habitual al acreedor por aquéllos extingue definitivamente la deuda y, por ende, también su responsabilidad personal quedando liberado, en su caso, cualquier otro tercero garante de la misma. Su extinción también supone la cancelación de su garantía real accesoria a través de la preceptiva escritura pública.

La dación en pago, tal y como viene regulada en la comentada norma, hay que situarla dentro del marco de aquellos deudores que se encuentran en el denominado *umbral de exclusión*; cuyas circunstancias vienen calificadas en su artículo 3-1. Incardinada en un programa formado por tres apartados; es el último al que poder recurrir en caso de que las dos anteriores medidas, reestructuración de la deuda hipotecaria y quita sobre el conjunto de su deuda, no den el resultado de reducir el esfuerzo hipotecario a una viabilidad financiera razonable. Llegado el caso, estos deudores podrán solicitar y la entidad de crédito obligada a aceptar⁶ la dación en pago como medio liberatorio y definitivo de la deuda. La única excepción se produce cuando ya hay señalamiento de subasta por estar incoado un procedimiento de ejecución directa o cuando la vivienda se halla gravada con cargas posteriores. La norma guarda silencio en aquellos casos en que puedan existir acreedores sin embargos anotados en el Registro de la Propiedad.

⁵ La adjudicación en pago se equipara a una transmisión en ITPAJD. No hay razón aparente ni similar entre la persona que decide adquirir un inmueble con su capacidad económica y aquella que se adjudica algo en sustitución de un pago y con lo que no contaba. Los tipos tributarios deberían de ser diferentes; obviamente no es el momento para sugerirlo.

⁶ Si la entidad de crédito se ha adherido voluntariamente al código de buenas prácticas; cosa que han hecho la mayoría de bancos y cajas, según la relación facilitada por la Secretaría de Estado a la Economía y Apoyo a la Empresa en Resolución de 10 de abril de 2012 (BOE 12 de abril de 2012)

La dación en pago especificada en el RDL 6/2012 presenta unos rasgos *sui generis* que, a solicitud también del deudor, extienden la relación entre éste y el banco a un arrendamiento de la vivienda dada por plazo de dos años sin derecho a prórroga salvo acuerdo escrito de las partes. La renta anual, durante los dos años, se fija en el 3 por ciento del importe total de la deuda en el momento de la dación⁷.

Entre otras cuestiones la Disposición adicional única del RDL 6/2012 regula en su apartado 6 el impago de la renta para estos arrendamientos surgidos con ocasión de la dación en pago. Señalando que el arrendador podrá iniciar el procedimiento de desahucio, transcurridos seis meses de producido el impago sin que este se haya regularizado en su integridad. Lo que ha lugar a un posible incumplimiento regular con regularización de atrasos en el sexto mes.

Transcurridos los dos años de duración del contrato, si el arrendatario no desalojara la vivienda el arrendador podrá acudir al procedimiento de desahucio pudiendo reclamar, como impagada, la renta de mercado correspondiente a los meses en que la vivienda hubiera estado indebidamente ocupada.

Unas últimas consideraciones: la relación arrendaticia yuxtapuesta a la dación en pago, tal y como queda regulada en el RDL, ha de quedar enmarcada, bajo nuestra óptica, como una mera cláusula *rebus sic stantibus*; al entender su significado dentro de una medida legal extraordinaria dada la extrema situación económica y social que en la actualidad atraviesa nuestro país. Por ello, tiene que aplicarse dentro de este estricto marco y en su justo término. De lo contrario, una vez superado el decaimiento económico y social que sufre una parte importante de la población y si se extiende la medida en el tiempo, puede llegar a ser altamente perjudicial para los intereses de nuevos consumidores. La razón hay que observarla en las rigurosas condiciones que puede imponer el sistema bancario a la hora de solicitar un crédito para la adquisición de una vivienda habitual.

⁷ El 3 por ciento sobre el valor de una vivienda es el rendimiento medio que, en la actualidad, un propietario suele obtener. En el RDL este porcentaje se calcula sobre la base la deuda total en el momento de la dación en pago.