

Presente y futuro de la hipoteca como instrumento de fomento del crédito en el contexto del Derecho Comunitario (un proceso de reformas inacabado)

PONENTE

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE

Registrador de la Propiedad

Catedrático de Derecho Civil (acreditado)

Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores

I. INTRODUCCIÓN

Todavía a mediados del siglo XII, Graciano, en su compilación canónica, había aceptado la opinión de San Juan Crisóstomo contra la profesión mercantil como impropia de un cristianismo, y condenada al afán de lucro, y muy especialmente el préstamo a interés, fundado en el principio canónico de la esterilidad del dinero (*peccunia peccuniam non parit*). Esta opinión prevalece hasta que hacia 1240 San Raimundo de Peñafort publica su tratado del «*Modus Iuste Negotiandi*», que redactó a petición de los comerciantes de Barcelona durante su retiro en el Convento de Santa Catalina de la Orden de los Dominicos, después de haber servido como asesor personal del Papa Gregorio IX y del Rey Jaime I el Conquistador.

En esta obra San Raimundo trató de conciliar con la moral el ánimo de lucro, siempre que resultase moderado, atento con ello a las necesidades impuestas por las condiciones económicas del medio en que vivía. Así, afirma que el dinero es improductivo «*per se*», pero puede ser productivo «*per accidens*», y que si bien no hay títulos intrínsecos a la naturaleza del contrato de préstamo que con-

fieran al mutuante un derecho justo y legítimo de exigir alguna cosa, además del capital, pueden concurrir en dicho contrato títulos extrínsecos que lo autoricen, como lo son la pena por la demora en la restitución de la suma prestada (interés de demora), o el daño emergente, o sea el perjuicio causado al prestamista por la privación de su dinero cuando lo hubiese dejado de emplear por causa del préstamo en algún negocio lícito (interés remuneratorio).

La autoridad de San Raimundo, autor de la Compilación de las Decretales que rigieron como Derecho eclesiástico hasta la aprobación del Código de Derecho Canónico en el siglo XX, hizo que esta doctrina se impusiera a partir de entonces en los países de la Cristiandad.

Hoy nadie discute la necesidad del crédito como elemento básico de la economía y del progreso de las naciones. Ahora bien, no hay crédito sin garantía, es decir, sin la seguridad de que el capital prestado y sus intereses van a ser pagados. O dicho en otros términos: el crédito es más escaso y más caro cuanto menores son sus garantías. Precisamente uno de los objetivos de la Ley Hipotecaria española de 1861 fue éste: la introducción de un sistema de garantías hipotecarias que permitiese el doble objetivo de fomentar el crédito territorial y de evitar la usura. Lo dice con claridad el Real Decreto de 1855 por el que se aprobó la creación de la Comisión encargada de redactar la Ley Hipotecaria. La fecha no es casual: en dicho año se aprueba la Ley de Desamortización promovida por el entonces ministro de Hacienda Pascual Madoz, lo que supuso poner en el mercado gran parte de la propiedad inmobiliaria del país (en total más de 4 millones de hectáreas) que hasta entonces estaban en poder de las «manos muertas» sin posibilidad de enajenación, lo que hacía necesario un instrumento que regulase y diese seguridad a su tráfico jurídico.

Pues bien, dice el preámbulo del Decreto de 1855 que *«pocas reformas en el orden civil y económico son de mas interés y urgentes que las leyes hipotecarios. Las actuales –sigue diciendo– no garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad publica, ni asientan en sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan al interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni dan la debida seguridad a los que sobre aquella garantía prestan sus capitales»*. Vemos, pues, como la prevención de la usura fue uno de los objetivos que se fijó la primitiva legislación hipotecaria. En ausencia de publicidad registral, la inseguridad en el tráfico hacía temer a los prestamistas que la propiedad ofrecida en garantía no resultase suficiente porque apareciesen car-

gas ocultas, hipotecas legales tácitas, acciones rescisorias o resolutorias, etc. Esto hacía que el capital circulase menos por el temor a su pérdida, y que cuando se daba en préstamo se pretendiese compensar el riesgo con altísimos tipos de interés.

Actualmente el Ordenamiento jurídico cuenta, como todos sabemos, con otros mecanismos de prevención de la usura –Ley de Azcárate de 1908, Ley de Defensa de los Consumidores, normas de disciplina y control de las entidades de crédito, etc.–. Sin embargo, el crédito hipotecario no sólo se aleja de la usura, sino que permite el abaratamiento del coste del dinero, permitiendo mantener un enorme diferencial en la tasa de interés del dinero respecto de los préstamos personales, una menor provisión de fondos de reserva para fallidos y mayores plazos de amortización. Según los datos estadísticos del Banco de España el tipo de interés medio aplicado a las operaciones de crédito al consumo en diciembre de 2015 fue del 9,1, frente al 1,7 para las operaciones hipotecarias. Es decir que la garantía hipotecaria reduce en más de 5 veces el precio del dinero para el deudor. Y esto ¿por qué?. Pues porque el precio del crédito es proporcional al riesgo, a más riesgo mayor es el tipo de interés y a la inversa. Lo cual es una consecuencia obvia derivada del hecho de que las pérdidas por los créditos fallidos se repercute en el precio del conjunto de las operaciones. Si observamos los datos publicados por la Asociación Hipotecaria Española la denominada dudosidad (o riesgo de impago) en el crédito hipotecario a los hogares españoles se situó a finales de 2015 en el 4,8 %, muy por debajo del 10,3 % de dudosidad del crédito al conjunto del sector privado, pero muy por encima del índice de morosidad hipotecaria previa a la crisis que se situaba por debajo del 0,5 %.

Pero la hipoteca no sólo produce un efecto de reducción de la morosidad, sino que reduce también las pérdidas derivadas de los créditos fallidos porque permite la satisfacción forzosa del crédito a través de los procedimientos de ejecución. Esto es fundamental. En diciembre de 2015, a pesar de la relativamente baja tasa de morosidad, el total de créditos dudosos a familias (consumidores) –de los más de 500 mil millones de saldo vivo de crédito hipotecario a familias–, ascendía a un total de 25.000 millones de euros. El efecto de impedir la recuperación de estos importes por la vía de la ejecución podría implicar dos consecuencias igualmente graves: a) una nueva e imprevisible crisis financiera en España, pues no sólo llevaría a pérdidas dicha cifra, sino que en buena lógica los índices de morosidad se equipararía a los del créditos al sector privado en su conjunto, es decir, podrían más que duplicarse; b) una contrac-

ción del crédito a futuro, dificultando extraordinariamente el acceso a la vivienda en propiedad.

De ahí la importancia realmente extraordinaria de la situación actual de la hipoteca en España tras las últimas reformas legales y los últimos pronunciamientos de nuestros tribunales y del TJUE, como el contenido en el reciente Auto del Tribunal de 17 de marzo de 2016 en relación con las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de los contratos anteriores a la reforma de la Ley 1/2013.

II. PERSPECTIVA HISTÓRICA

Para comprender mejor este tema, hay que ponerlo en perspectiva histórica.

1. EL PERIODO DE EXPANSIÓN

Hay que comenzar subrayando la enorme pujanza y solidez del mercado hipotecario español durante los últimos 35 años desde la creación del mercado hipotecario español en 1982 en virtud de la Ley 2/1981. Desde esta fecha hasta el comienzo del presente siglo el peso relativo de la financiación hipotecaria sobre el total de la financiación del sector privado no ha parado de crecer, pasando de representar un 15 % en 1982 a más del 50 %. Similar evolución ha representado en relación con el P. I. B.

Este enorme desarrollo se ha producido básicamente, además de por el propio crecimiento del mercado inmobiliario con el que el hipotecario vive en estrecha simbiosis en España, por tres factores: 1.º el incremento del «*loan to value*», que se elevó hasta el 70 % del valor del inmueble hipotecado; 2.º por el alargamiento del plazo de amortización, cuyo plazo estándar ha pasado en tal periodo de doce a veinte años; y 3.º por el descenso sostenido en los tipos de interés. Los dos primeros parámetros han seguido creciendo en los primeros años del presente siglo llegando al 80 % en el caso del *loan to value* y a 26 años el periodo de amortización estándar.

Esto se ha traducido en una mejora notable de las condiciones de accesibilidad al crédito territorial y, en consecuencia, a la vivienda en propiedad, a pesar de haberse más que duplicado el precio de la vivienda en el citado periodo, ya que ha permitido multiplicar por dos el número de operaciones inmobiliarias en el periodo.

Esta evolución se acelera a partir de la Ley de 1994 sobre subrogaciones y novaciones hipotecarias, fecha desde la cual y hasta el comienzo de la crisis en el año 2007 nos encontramos con que:

a) los saldos vivos de la total cartera de créditos hipotecarios se multiplicaron casi por 7, y tanto el número de hipotecas constituidas (1.668.000) como el importe medio registrado (124.389 euros) aproximadamente se triplicaron;

b) ello supone que al comienzo de la crisis el crédito hipotecario representaba aproximadamente el 60 % del total crédito al sector privado, y equivalía al 82 % del PIB;

c) a su vez, la riqueza inmobiliaria neta de las familias ha experimentado el mayor crecimiento de la historia y el mayor de entre los países europeos, pasando del 390 % del ratio de endeudamiento familiar (R.B.D.) al 770 %.

Comparación con la situación de los países europeos de la Unión Monetaria Europea

Desde el punto de vista de la eficiencia financiera, y tomando como elemento de referencia la situación de los demás países de la Unión Monetaria Europea, hay que destacar el importantísimo dato de que durante todo el ciclo expansivo los tipos de interés reales –descontando inflación– del mercado hipotecario español se han situado aproximadamente 200 puntos básicos por debajo de la media de la Unión monetaria Europea e, incluso, durante 2004 y 2005 se ha situado en el entorno del 0 %, lo que resulta ciertamente insólito. Para que comprendamos la importancia de este dato, hay que reparar en el hecho de que, teniendo en cuenta el importe medio de las hipotecas constituidas (en torno a 140.000 euros), si los españoles pagasen sus hipotecas al interés promedio vigente en la zona euro pagarían de media aproximadamente 2.000 euros más al año.

Todo esto es extraordinariamente importante. Se dice, con razón, que una sociedad avanzada debe generar recursos con criterios de eficiencia y repartirlos con criterios de justicia. Pues bien, esto es precisamente lo que hace el crédito hipotecario que constituye un importante instrumento jurídico-financiero para distribuir intrageneracionalmente los recursos al permitir al deudor disponer anticipadamente de sus rentas futuras, a cargo de anticipos de rentas excedentes procedentes de depositantes o inversores en títulos hipotecarios, a cambio de la correspondiente remuneración en forma de intereses.

2. LA APARICIÓN DE LA CRISIS Y LA CONTRACCIÓN DEL MERCADO INMOBILIARIO Y CREDITICIO

En este contexto de fuerte expansión del crédito hipotecario, en que la prudencia aconsejaba «enfriar» el mercado hipotecario, incrementando los niveles de solvencia exigidos en los deudores, imponiendo mayor rigor en las tasaciones y estimulando los controles jurídicos, es decir, introduciendo medidas anticíclicas, se gesta y aprueba la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de reforma de la Ley del Mercado Hipotecario, que no sólo no acomete con rigor estas medidas, sino que además introduce otras de efecto inverso, que estimulan todavía más el mercado. Este fue el caso de las relativas a la introducción de las hipotecas flotantes, de las hipotecas recargables, de las hipotecas inversas, y la confusa redacción del artículo 12 LH, dando pie en un primer momento a una restricción de la calificación registral de las cláusulas financieras de los préstamos hipotecarios (según la interpretación desafortunada que partiendo de su tenor literal hizo en un primer momento la DGRN, posteriormente corregida).

A los pocos meses de entrar en vigor esta Ley se desata con toda su fuerza la crisis financiera y económica, en el momento más inoportuno cuando según los datos del Banco de España los índices de esfuerzo para amortizar la deuda hipotecaria absorbían el 47 % de la renta familiar disponible, cifra que incluso superaba en diciembre de 2008 la marca del 46 % registrada en 1995, cuando el MIBOR se situaba en cifras superiores al 10 %, frente a la tasa de esfuerzo del 31 % del año 2003. Esto supone que en el periodo 2003-2008 la factura hipotecaria a los hogares se encareció en un 50 % aproximadamente.

Todo esto se producía en un contexto en el que existía en el mercado una excesiva concentración de créditos hipotecarios a interés variable, que se situaban por encima del 98 % del total, frente a la media europea del 46 %. Este riesgo se convirtió, sin embargo, en una oportunidad puesto que, alarmados por la dimensión de la crisis, los Bancos Centrales de distintos países (incluido el Banco Central Europeo) adoptaron como reacción de emergencia un movimiento concertado de bajada acelerada de los tipos de interés. Y así el Euribor pasó del 5,39 de julio de 2008 al 1,23 en 2010, llegando en el momento actual como se sabe al entorno del 0 %, contribuyendo así a paliar el aumento de los niveles de morosidad e insolvencias. De ahí la gran importancia de la reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en materia de cláusulas suelo.

Aun con todo, los efectos de la crisis han producido en el mercado hipotecario dos fenómenos profundamente adversos:

— Por un lado, el aumento de la morosidad y con ella el aumento de las ejecuciones hipotecarias, sobre todo en los primeros años de la crisis. Así si en 2007 se tramitaron en España unos 25.000 procedimientos de ejecución hipotecaria, esa cifra casi se cuadruplica en 2010. Ciertamente es que a partir de ahí se estabiliza y que desde 2012 se reduce como consecuencia de las medidas legislativas promovidas por el Gobierno (la mayor parte de los desahucios que aparecen en las estadísticas del CGPJ se refieren a arrendamientos y no a ejecuciones hipotecarias).

— Por otro lado, el crédito se contrae y se hace más escaso y más caro. Más escaso porque los recursos de la financiación hipotecaria proceden en más de un 50 % del mercado secundario, mercado que desde el verano del año 2008 se ha retraído fuertemente por la negativa de los inversores institucionales tradicionales (fondos soberanos, fondos de pensiones, sociedades de inversión, en su mayoría extranjeras) a suscribir nuevas emisiones en los volúmenes anteriores por falta de confianza. Así frente a los 120.000 millones de euros colocados en emisiones hipotecarias en 2008 (cifra que equivale casi al 90 % de todo el crédito hipotecario nuevo de 2010) se ha pasado a una cifra escasamente superior a los 60.000 millones, es decir, ha caído a la mitad de su volumen en el estrecho margen temporal de dos años. En 2015 esa cifra ha vuelto a bajar sensiblemente, habiendo quedado reducida a menos de 40.000 millones. Sin esos recursos el sistema financiero español carece de la liquidez necesaria para mantener el mismo nivel de concesión de préstamos hipotecarios, y por ello se ha reducido extraordinariamente la concesión de nuevos créditos hipotecarios durante estos años, dificultando así el acceso a la vivienda.

¿Por qué se ha producido esta reducción de la inversión en el mercado secundario? La causa profunda está vinculada con la idea de la aversión al riesgo, riesgo que en los últimos años ha aumentado como consecuencia de dos factores: la disminución de los niveles de solvencia o capacidad financiera de las familias como consecuencia del desempleo y limitación de salarios provocados por la crisis; y la disminución de la certeza en la función de aseguramiento de las garantías hipotecarias, como consecuencia de su reconfiguración a causa de la reciente jurisprudencia del TJUE. Esto último ha llegado al extremo que del reciente libro de la profesora y magistrada Carolina Castillo Martínez sobre cláusulas abusivas en contratos de préstamos hipotecarios comienza con la lapidaria

frase de «La hipoteca ha muerto», si bien matiza a continuación que se refiere a la hipoteca como medio de aseguramiento crediticio dirigido a la obtención de liquidez por un consumidor. Los datos estadísticos más recientes no permiten, sin embargo, confirmar tan dramática afirmación: llevamos aproximadamente 20 meses de crecimiento del saldo interanual de nuevo crédito contratado, si bien es cierto que dicho crecimiento no compensa los saldos amortizados, por lo que el balance global del saldo total vivo del crédito hipotecario español a hogares sigue disminuyendo. Así en 2013 cayó en unos 100.000 millones, en 2014 en unos 50.000 y en 2015 en unos 30.000.

Cierto es que la incertidumbre generada por las constantes reformas legales y los continuos cambios y contradicciones en los criterios de los tribunales, especialmente en relación con las cláusulas de vencimiento, pueden dificultar los movimientos de reactivación que actualmente se observan en el mercado. ¿Por qué? Porque desnaturalizan peligrosamente la función esencial de la hipoteca como instrumento de garantía.

Se afirma en el voto particular a las Sentencias de la sala primera del TS de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016 que *«Cuestión distinta a la aquí tratada, es que la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado comporte, indefectiblemente, el perjuicio de la garantía hipotecaria que, tras el sobreseimiento de la ejecución así planteada, podría solicitarse judicialmente en el proceso declarativo en donde se haga valer el incumplimiento definitivo del deudor»*. Creo que esta afirmación no es completamente correcta en la medida en que no asume la desvirtuación o ablación de una parte esencial del contenido de la hipoteca que la misma comporta. Es cierto que el derecho de hipoteca no atribuye a su titular exclusivamente el derecho de promover la enajenación forzosa a través de un procedimiento especial, sino que le atribuye también (dentro del más genérico derecho de realización de valor) el derecho de preferencia sobre el bien hipotecado en los términos de los artículos 1923 y 1927 Cc y el derecho de ejecución separada en caso de concurso del deudor; además de las facultades de defensa y conservación, en la que se enmarca la acción de devastación cuando los bienes hipotecados disminuyan de valor, y la sujeción registral de la finca o su reipersecutoriedad aunque ésta pase a un tercer poseedor, así como las facultades de disposición del crédito hipotecario. Por tanto, es evidente que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no comporta la desaparición completa de las facultades del acreedor hipotecario. Pero sí provoca la restricción de la facultad esencial del derecho de hipoteca que es la

que atribuye al acreedor el poder de forzar la venta de la cosa hipotecada para satisfacer con su precio el importe de lo adeudado.

El procedimiento a través del que se produzca esta venta forzosa debe garantizar un doble objetivo: satisfacer la pretensión del acreedor y obtener un precio justo. Así lo afirmaba ya en las recomendaciones del Libro Blanco de la Justicia del Consejo General del Poder Judicial de 1997, en el que se subrayaba el agotamiento del sistema tradicional de venta forzosa, pues entiende que *«no sirve para lograr el doble efecto de dar satisfacción a la pretensión del demandante y no malbaratar los bienes del deudor»*. Son muchas las cosas que se pueden hacer para conseguir este objetivo, y en gran parte ya se han realizado a través de sucesivas reformas: desde la introducción de las subastas electrónicas, a la reducción del depósito que ha de consignarse para participar en la subasta, la financiación de las pujas mediante la hipoteca del derecho de remate, y un largo etcétera. Así resulta también del Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la integración de los mercados hipotecarios primario y secundario en Europa de 2007, el cual ha alertado de que los Estados miembros deberían hacer más eficientes sus procedimientos de enajenación forzosa, por considerar que la ineficiencia de estos procedimientos es un factor que encarece la actividad de los prestamistas hipotecarios, aumentando en algunos casos la incertidumbre de los inversores sobre la calidad de la garantía y eleva los costes de refinanciación, anunciando que velará por que los procedimientos de ejecución de los Estados miembros tengan una duración y coste razonables.

Esta evaluación es importante también porque la Ley 41/2007, en el contexto del principio comunitario de la libre circulación de capitales, admite que los créditos de cobertura de los títulos hipotecarios estén garantizados por inmuebles situados en cualquier punto del territorio de la Unión Europea mediante garantías de naturaleza equivalente, entendiéndose que existe esta equivalencia cuando el procedimiento jurídico que respalda la garantía permite a la entidad de crédito liquidar el valor de la garantía por su propia cuenta en un plazo razonable ante una situación de impago, y la obtención de un precio justo. El objetivo perseguido por estos procedimientos es el de lograr una suerte de alquimia jurídica consistente en la transformación de valores ilíquidos (la propiedad sobre los inmuebles) en valores líquidos (dinero) para satisfacer el crédito ejecutado, transformación que ha de realizarse de la forma más rápida y eficiente posible. Por tanto, no sirve para negar la desvirtuación de la esencia de la hipoteca admitir que el crédito hipotecario podrá ejecutarse tras obtener en un procedimiento declarativo la

declaración o reconocimiento del incumplimiento parcial de la obligación.

Esto se entiende muy bien observando la evolución histórica de la hipoteca. En un primer momento histórico se acude a la transmisión de la propiedad con fines de garantía («*fiducia cum creditore*»), generando con ello un peligro de abusos del acreedor que cuenta con facultades desproporcionadas.

Tales inconvenientes de potenciales abusos se corrigen mediante la prenda, de forma que la garantía se apoya en la entrega de la posesión no de la propiedad.

Pero con la prenda se debilita la posición del acreedor. Se pretende, por ello, corregir o compensar este debilitamiento mediante la concesión al acreedor de medios de autosatisfacción del crédito a través de dos vías: el pacto comisorio, y el pacto «*de vendendo*». El primero encerraba, sin embargo, el peligro de un enriquecimiento injusto del acreedor, y por ello el Emperador Constantino lo prohibió. Por contra, el pacto que establecía el «*ius vendendi*» a favor del acreedor pignoraticio se hizo tan frecuente que la jurisprudencia romana (fines siglo II. d. C.) terminó por considerarlo como un elemento natural y consustancial de la prenda.

Pero, a su vez, el desplazamiento posesorio planteaba serios inconvenientes para el deudor, el cual veía debilitada su posición económica por la pérdida de la posesión de la cosa pignorada, razón por lo que se introdujo la posibilidad de la prenda sin posesión («*pignus conventum*» o «hipoteca»), en la que la entrega de la posesión se aplaza hasta que la obligación se incumpla, a fin de proceder a su venta. La garantía quedaba reducida, pues, al derecho concedido por el pacto «*de vendendo*» y la esencia de la hipoteca fijada en el «*ius vendendi*» que el acreedor podía ejercitar, si bien debía devolver el «*superfluum*» o remanente del precio obtenido.

En esta evolución el último paso se produce por la sustitución de la posesión necesaria para la venta por la publicidad registral, que permite y posibilita la enajenación sin entrega de posesión, a través de los mecanismos registrales de publicidad y mediante el control estatal de aquella enajenación.

Así pues, la hipoteca aparece ya en el Código civil conformada sobre la base del «*ius vendendi*», como claramente queda reflejado en el artículo 1.858 del Código civil, según el cual «*Es de esencia de los contratos de prenda e hipoteca que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor*». Con ello el acreedor no necesita acudir a la ejecución forzosa sobre el patrimonio del deudor; le basta realizar la garantía, vendiendo la cosa.

Ahora bien, paralelamente, en la evolución de la hipoteca se manifiesta una tendencia clara a establecer cautelas y garantías en torno a la realización del bien hipotecado, con objeto de evitar abusos por parte del acreedor, y que, en suma, concluyen en la exigencia de someter la venta a control público, de forma que ha de realizarse con intervención del Estado. Pero de lo que se trata es de un control público de un proceso de enajenación, no de un procedimiento de ejecución judicial en sentido estricto, como lo demuestra que la enajenación puede llevarse a cabo a través de un procedimiento notarial. Así lo ha destacado reiteradamente el Tribunal Constitucional español, afirmando que el procedimiento de ejecución directa de hipotecas se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones, de forma que la presentación de la demanda, el requerimiento al deudor y la llamada de terceros poseedores o acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización (sentencia de 17 de enero de 1991). Esta sumariedad se explica porque la ejecución solo puede realizarse sobre la base de los extremos contenidos en el asiento registral, lo que inviste al derecho de presunción de legalidad, en virtud de la previa calificación del título por el registrador.

En definitiva, se trata de una vía de apremio o procedimiento de ejecución pura, sumario y sin contradicción entre partes, basado en los pronunciamientos del Registro, que permite ejercitar su función de extracción del valor en cambio de la finca en tanto no se pruebe en sede judicial la inexactitud del Registro; con causas de suspensión y oposición tasadas legalmente a los solos casos de falsedad del título, cancelación de la hipoteca, tercería de dominio y error en el saldo de la cuenta. Por ello creo que quizás no acertó el legislador de la Ley 1/2013 al introducir en el artículo 695 LEC como causa de oposición la de la abusividad de las cláusulas de la hipoteca, pues esta consecuencia no se seguía necesariamente de la Sentencia TJUE de 14 de marzo de 2013, como luego se explicará, ni es la que necesariamente beneficia más al consumidor y al mercado hipotecario. Perdida la posibilidad de acudir al procedimiento de ejecución directa o sumaria, la hipoteca pierde parte de su contenido esencial y, por tanto, deja de ser reconocible institucionalmente como tal.

Cosa muy distinta es intentar paliar al máximo de lo posible las consecuencias adversas de la ejecución para el deudor de buena fe, objetivo al que se ha aplicado como vamos a ver el legislador español durante los últimos años. De hecho esta materia desde hace unos

años está en permanente estado de reforma, hasta el punto de que constituye un perfecto ejemplo del fenómeno de «legislación motorizada» de que hablaba el profesor García de Enterría en su libro *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. No es exageración. En esta materia se han producido en los últimos años hasta diez reformas distintas. Las principales leyes que han llevado a cabo tales reformas se pueden clasificar en dos bloques: uno primero dedicado a incrementar la eficacia del procedimiento de ejecución hipotecaria, y otro destinado principalmente a proteger al deudor hipotecario. Me centraré a continuación en este segundo bloque de reformas que se aprueban con la finalidad de evitar o paliar las consecuencias derivadas de la situación de sobreendeudamiento o insolvencia sobrevenida de los deudores hipotecarios, entre las que destaca la reforma operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en la que tuvo una influencia decisiva la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como se verá.

III. REFORMAS DESTINADAS A PROTEGER AL DEUDOR HIPOTECARIO

1. REFORMAS ANTERIORES A LA LEY 1/2013, DE PROTECCIÓN DE DEUDORES HIPOTECARIOS

Ya antes de la aprobación de la citada Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, el Parlamento en la recién terminada legislatura y en la anterior había venido aprobando normas con la misma finalidad, pero con desigual resultado. En general han buscado dos objetivos: prevenir la situación de insolvencia por la vía de la reestructuración de la deuda, y paliar los efectos de la insolvencia cuando ésta resulta inevitable, y en general se han restringido a los casos de hipoteca sobre la vivienda habitual.

1.º La primera medida en este sentido fue un Real Decreto de 28 de noviembre de 2008 que aprobó una moratoria temporal y parcial en el pago de los préstamos hipotecarios por personas desempleadas y autónomos que hubiesen cesado en su actividad. Los beneficios consistían en apoyo financiero hasta cubrir el 50 % de las cuotas mensuales y con un límite máximo de 500 euros mensuales. Estas cantidades no se condonan, sino que se aplazan hasta el 1 de marzo de 2012 y se prorratean durante el resto de la vida de la hipoteca.

2.º Otro Real Decreto de 9 de abril de 2010 amplió los límites de inembargabilidad de los bienes del deudor, de forma que respecto de las deudas que queden pendientes tras la ejecución hipotecaria por razón del préstamo hipotecario, las cantidades que la LEC (art. 607) declara inembargables se aumentan un 50 %, más otro 30 % adicional por cada miembro de la unidad familiar que no tenga ingresos propios.

3.º La Ley de Economía Sostenible de 4 de marzo de 2011 introduce en el Derecho español una recomendación que ya había hecho la Comisión europea en 2007, que trata de incorporar a la práctica bancaria el concepto de concesión responsable de los créditos. Y para ello impone a las entidades la obligación de evaluar la solvencia del prestatario a través de la relación entre su capacidad de pago y los compromisos financieros que asumiría con el préstamo. Además, prevé mecanismos para asegurar la independencia de las tasaciones inmobiliarias, evitando influencias indebidas de la propia entidad. Se trata con ello de prevenir situaciones futuras de sobreendeudamiento por sobretasación de las fincas o por falta de control de la solvencia del deudor.

4.º Otro Real Decreto-Ley de 1 de julio de 2011 modifica la LEC (art. 671) para elevar el valor del bien adjudicado al acreedor por quedar la subasta desierta (sin postores) del 50 al 60 % de la tasación inicial.

Todas estas medidas han sido útiles, pero insuficientes como consecuencia de la duración y del rigor de la actual crisis.

5.º En la recién terminada legislatura el Gobierno ha aprobado dos Reales Decretos-Leyes con medidas urgentes para la protección de los deudores hipotecarios sin recursos: el primero en marzo de 2012, y el segundo en noviembre del mismo año:

a) La novedad principal del Decreto de marzo fue la aprobación del denominado «Código de Buenas Prácticas» para la reestructuración de las deudas hipotecarias sobre la vivienda habitual. Conceptualmente el Código estaba bien concebido al estructurarse en tres grupos de medidas:

– las previas a la ejecución hipotecaria, que lo que pretende es evitarla disminuyendo el importe de la factura hipotecaria mensual por tres vías: carencia de amortización de capital durante 4 años, ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años y la reducción del tipo de interés al Euribor + 0,25 %;

– en segundo lugar, y para el caso de que la reestructuración a través de las medidas anteriores resulte inviable por ser, a pesar de todo, la cuota hipotecaria superior al 60 % de los ingresos familia-

res, se prevé como medida complementaria una quita o reducción del capital del 25 %;

– finalmente, como medida sustitutiva de la ejecución, y para el caso de que las medidas anteriores no resulten viables, se contempla la dación en pago con extinción total de la deuda, pudiendo el deudor permanecer en la vivienda durante dos años en concepto de arrendatario, y pagando una renta anual del 3 % del importe de la deuda en el momento de la dación.

b) Al parecer este Decreto ha tenido escasa aplicación práctica y, por tanto, una eficacia limitada. Ello se explica, a mi juicio, porque los requisitos exigidos para poder acogerse a estas medidas (que son los requisitos que definen el llamado «umbral de exclusión» de los deudores) fueron muy estrictos: entre ellos se exigía que ninguno de los miembros de la unidad familiar tenga ingresos del trabajo y que la cuota hipotecaria supere el 60 % de los ingresos familiares. En el caso concreto de la dación en pago, se exige que la vivienda carezca de embargos u otras cargas posteriores, lo que en la práctica, en casos de insolvencia por sobreendeudamiento, es muy infrecuente.

c) El Decreto de noviembre de 2012 tiene un objeto más concreto y bien definido: suspender durante dos años los lanzamientos o desalojos de la vivienda habitual del deudor cuando en la ejecución hipotecaria la vivienda se haya adjudicado al acreedor y el deudor esté en situación de vulnerabilidad social. En este caso el colectivo beneficiado está definido de forma más equilibrada. En él se incluyen: las familias numerosas, monoparentales con dos hijos a cargo, o con menor de tres años, con personas con discapacidad, etc. Además se exigen condiciones económicas menos exigentes que en el Decreto de marzo: en concreto que el conjunto de ingresos de la familia no exceda del límite de tres veces el Indicador de Renta de Efectos Múltiples (6.000 euros), que la cuota de la hipoteca represente más de un 50 % de los ingresos familiares y que la hipoteca recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor.

Este Decreto de noviembre tiene un segundo objetivo que es crear un Fondo social de viviendas propiedad de las entidades financieras con objeto de destinarlas a su alquiler por parte de los deudores que hayan sido desalojados de su vivienda habitual por una ejecución hipotecaria. Es por tanto un verdadero Decreto de «stop desahucios», de carácter transitorio, con la esperanza de que durante su vigencia cambie el ciclo económico. El plazo inicial de esta moratoria de dos años fue prorrogado por otros dos (ver Ley 25/2015, de 28 de julio, sobre mecanismo de segunda oportunidad).

2. LA LEY 1/2013, DE PROTECCIÓN DE DEUDORES HIPO- TECARIOS

El 14 de marzo de 2013 una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) declaró que algunos aspectos de la legislación española de ejecución hipotecaria no se ajustan a normativa comunitaria.

En concreto, lo que la Corte de Luxemburgo ha dicho es que la Directiva de protección a los consumidores de 1993 se opone a que una normativa como la española, al mismo tiempo que no prevé en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual, no permite que el juez que conozca del procedimiento declarativo posterior en que se alegue la nulidad de esa cláusula pueda adoptar ninguna medida cautelar, como por ejemplo la suspensión de la ejecución, que garantice la eficacia de la sentencia, y que si ésta es favorable al consumidor éste no pueda recuperar su vivienda.

Ello obligaba a modificar la legislación procesal española bien para permitir alegar esta causa de oposición en la ejecución, bien para permitir que el juez del declarativo pueda adoptar una medida cautelar realmente eficaz como las señaladas.

Por otro lado, las consideraciones que hace la sentencia respecto de las tres cláusulas concretas que examina para determinar si son o no abusivas (el pacto de liquidación de la deuda por el acreedor, el vencimiento anticipado por impago y los intereses de demora), dado que esas consideraciones están basadas en conceptos jurídicos indeterminados (buena fe, equilibrio de las prestaciones, etc) hacían recomendable una intervención del legislador para dar pautas claras a los jueces. En ese sentido se modifica la regulación de los intereses de demora, fijando sus límites de forma clara (en 3 veces el interés legal del dinero), y se aclara también que el pacto de vencimiento anticipado exige el impago de, al menos, 3 cuotas mensuales. Bien es cierto que este intento de clarificación por parte del legislador español no ha conseguido su objetivo puesto que el TJUE ha declarado en su sentencia de 15 de enero de 2015 que tales criterios y normas legales no son contrarios al Derecho comunitario en la medida en que no impidan que las cláusulas contractuales que se ajusten a los mismos puedan seguir siendo valoradas en cuanto a su no abusividad por parte del juez nacional, con lo cual los reiterados criterios pierden su función de parámetros legales que permitan objetivar la ponderación judicial sobre su carácter abusivo o no abusivo.

En concreto, ¿qué medidas efectivas introduce esta Ley y cuáles se quedaron en el tintero?

a) Es una Ley bastante amplia que recoge normas heterogéneas, básicamente de tres tipos: hipotecarias, procesales y de apoyo social. La Ley se divide en 4 grandes Capítulos con numerosas medidas:

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

2.º En el Capítulo II se introducen modificaciones importantes en la LH:

– en materia de intereses de demora se impone el límite de 3 veces el interés legal del dinero (ahora el 3 %) y se prohíbe su capitalización (para que no generen, a su vez, nuevos intereses: el llamado pacto de anatocismo, que la jurisprudencia venía admitiendo);

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

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

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

– una novedad importante es que se acepta la dación en pago parcial mediante la condonación o extinción de una parte de la deuda remanente que quede tras la ejecución: de forma que si se paga en 5 años se reduce en un 35 %, y si se paga en 10 años la quita es de un 20 %; más recientemente la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, admite la condonación total de la deuda remanente que quede después de una ejecu-

ción hipotecaria en caso de que el deudor haya sido declarado en situación de concurso de acreedores y cumpla los requisitos para obtener el denominado beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho, por tratarse de un deudor de buena fe, y una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa. El beneficio se pierde, entre otros casos, cuando el deudor mejore sustancialmente su situación económica por causa de herencia, legado o donación, juego de suerte o azar de manera que pudiera pagar todas sus deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos (art. 178 bis LC);

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

- es importante también, como medida para disminuir la deuda remanente, la elevación del valor de adjudicación al acreedor de la vivienda en caso de que la subasta quede desierta por ausencia de postores, en concreto se eleva el valor del 60 % al 70 % de la tasación inicial;

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

- se introduce la posibilidad de que el juez de oficio aprecie el carácter abusivo de alguna cláusula, y se introduce una nueva causa de oposición por el deudor a la ejecución en caso de que alegue que alguna de las cláusulas que fundamenten la ejecución o que determine el importe de la deuda es abusiva. En este caso se abre un incidente que el juez resuelve previa audiencia a las partes. En caso de que estime la oposición, acordará el sobreseimiento de la ejecución o su continuación sin la cláusula abusiva; en este caso el ejecutante puede apelar la decisión del juez. Sin embargo esta posibilidad de apelación no se reconocía a favor del deudor en caso de desestimación de su oposición. Esta diferencia de trato fue objeto de otra sentencia por parte del TJUE de 17 de julio de 2014 declarándola contraria a la Directiva de 1993. Esta nueva sentencia obligó al Gobierno español a aprobar otra reforma legal para atribuir también el derecho de apelación a favor del deudor, lo que se produjo mediante Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, posteriormente confirmado por la Ley 9/2015, de 25 de mayo.

- para los procedimientos iniciados tras la entrada en vigor de la ley, la oposición del ejecutado basada en el carácter abusivo de

una cláusula contractual puede formularse en un plazo ordinario de diez días a partir de la fecha de notificación del auto en el que se despache la ejecución hipotecaria, el cual suspende el procedimiento de ejecución hasta que se resuelva la oposición. Una disposición transitoria (4.^a) de esta Ley contempla los procedimientos de ejecución que se encontraban en curso cuando entró en vigor la ley, es decir, los procedimientos en los que el plazo de oposición de diez días ya había empezado a correr o ya había expirado. En esos casos, podía formularse la oposición en el plazo de un mes a partir del día siguiente al de la publicación de la ley en el B. OE. Sin embargo, una nueva Sentencia del TJUE de 29 de octubre de 2015 declara contrario al Derecho europeo el inicio del cómputo del citado plazo de un mes desde la publicación en el BOE de la Ley, obligando a practicar una notificación personal, conforme al principio de efectividad del Derecho comunitario.

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

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

a) En cuanto a las medidas que se quedan en el tintero yo señalaría el tema de una regulación más clara y flexible de la ley de «segunda oportunidad», una modificación de la regulación de los valores de adjudicación en caso de subasta desierta, y también una reforma del artículo 12 de la LH, que en su redacción actual (precedente de una desafortunada modificación de 2007) limitó la calificación de las cláusulas financieras de los préstamos hipotecarios por los registradores. Este control previo de legalidad que realiza el registrador preventivamente en el momento de constituirse la hipoteca es fundamental para depurar los préstamos hipotecarios de cláusulas nulas o abusivas, y va en beneficio de los consumidores y también de los competidores del acreedor, y por tanto del mercado. Cuanto mayor sea el control en ese momento previo, menor será el riesgo de que el acreedor se encuentre en el momento de la ejecución con la paralización del procedimiento por incidentes relativos al carácter abusivo de las cláusulas, lo que constituye un riesgo no desdeñable. Debe conjugarse la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas con el derecho del acreedor al cobro. En este

equilibrio está la clave de la eficiencia del mercado hipotecario, mercado que, no lo olvidemos, ha permitido el acceso a una vivienda en propiedad a muchos millones de españoles durante los últimos decenios. Y para asegurar ese equilibrio la calificación rigurosa del registrador es esencial.

IV. EL CONTROL DE ABUSIVIDAD EN SEDE REGISTRAL

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Debemos recordar que desde que el Acta Única Europea de 1986 incorpora por primera vez de manera formal la consideración de la protección al consumidor como uno de los objetivos del mercado interior, incorporando esta materia al proceso de armonización legislativa, la jerga comunitaria viene distinguiendo gráficamente entre los mecanismos de seguridad cautelar y los de mero resarcimiento, hablando de seguridad «río arriba» y «río abajo» respectivamente, tratando, cuando resulta posible, de potenciar el primero de estos mecanismos: es por ello que, desde la perspectiva comunitaria, las soluciones judiciales –«río abajo»– son insuficientes por sí solas.

De ahí la importancia de la actividad que en este terreno desarrollan las instituciones jurídicas extrajudiciales de Derecho preventivo o cautelar, como los Registros de la Propiedad, mediante el control de legalidad previo que por vía de la calificación realizan respecto de los contratos seriados o en masa que pretenden su acceso al mismo. En base a esta consideración han venido denegando desde los años 80 la inscripción de muy diversas cláusulas abusivas de los contratos de préstamos hipotecarios como:

– *Cláusulas financieras*: las de variación de intereses sólo al alza, o indexados a índices no objetivos, o las cláusulas de redondeo por encima del 1/8 de punto o sólo al alza (D. A. 12.^a Ley 44/2002 de reforma del sistema financiero);

– *Cláusulas de vencimiento anticipado* en caso de que la parte prestataria sea declarada en concurso (art. 61.3 Ley Concursal 22/2003), o en caso de enajenación, gravamen, arrendamiento o embargo de la finca hipotecada (arts. 27 y 107.3 LH), o de iniciación de una ejecución contra otros bienes del patrimonio del deudor, o por insolvencia o fallecimiento del deudor, o por disminución del valor de la finca hipotecada por encima de ciertos valores

«a juicio del prestamista», o por incumplimiento de cualquier obligación derivada del contrato, aún accesoria, etc.

– Otras cláusulas que imponen limitaciones o renunciaciones a los derechos de los consumidores, como:

- las de que imponen al consumidor gastos o impuestos cuyo pago corresponde por ley al acreedor (art. 89.3 LGDCU),
- los pactos de sumisión expresa a tribunal distinto del que corresponda al lugar de situación del inmueble (art. 90.2 LGDCU y 684 LEC),
- los pactos comisorios (art. 1859 Cc),
- los de renuncia del deudor a la cancelación parcial cuando el acreedor haya aceptado el pago fraccionado del crédito (art. 124 LH),
- el de renuncia del deudor a la notificación de la cesión del préstamo hipotecario (art. 149 LH; tras su modificación por Ley 41/2007, es pacto personal),
- o la cláusula que permite al acreedor descontar del precio del remate los gastos de formalización relacionados con la adjudicación del inmueble (art. 692 LEC), etc.

Todo esto se refuerza con la aprobación de la Directiva de 5 de abril de 1993, que no requiere la previa declaración judicial de las cláusulas nulas por abusivas. Es lo que el TS en su sentencia de 16 de diciembre de 2009 denomina la nulidad «*apud acta*» de dichas cláusulas. Como dice la Sentencia de la Corte de Luxemburgo de 4 de junio de 2009 «*el artículo 6.1 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito tal cláusula*». A ello se añade que la previa Sentencia Von Colson destaca que las obligaciones de resultado que se derivan de las Directivas se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, entre las que figuran los registradores. Aclarando más tarde en la Sentencia de 14 de junio de 2012 (As. Banco Español de Crédito) que la actuación de tales autoridades deben desarrollarse no sólo a instancia de parte, sino también de oficio. Como ha dicho nuestra mejor doctrina (De Castro, Díez-Picazo) la nulidad de pleno derecho de los actos y contratos contrarios a las leyes significa que no es precisa declaración judicial previa y es obligación de todos los funcionarios negarles su cooperación.

Más recientemente la Ley 41/2007 reforma el artículo 12 LH para decir que las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de transcendencia real, se harán constar

en los asientos del Registro en los términos que resulten de la escritura, modificación que en un primer momento la DGRN interpreta cercenando radicalmente la facultad de calificación de los registradores suprimiéndola «*in totum*» respecto de la totalidad de dichas cláusulas financieras y de vencimiento anticipado. Interpretación que mantuvo hasta la Resolución de 24 de julio de 2008.

– De esta interpretación resultaba un esquema legal de sobreprotección del acreedor hipotecario, que ha terminado resultando contraproducente, basado en los siguientes elementos:

1.º aplicación de condiciones generales de la contratación en los préstamos hipotecarios, sin negociación individualizada;

2.º intervención del notario para autorizar la escritura de formalización, bajo minuta, con limitación de controles formales a los meros de inclusión o incorporación de las respectivas cláusulas: información precontractual, claridad en la redacción y consentimiento informado (en la medida en que se cumpliesen los requisitos de la fase precontractual previstos en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios –sustituida por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, parcialmente afectada de nulidad, según Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de marzo de 2013–);

3.º intervención del registrador de la propiedad quien a su vista, ciencia y paciencia debía proceder a transcribir sin calificar las cláusulas financieras del préstamo hipotecario aunque fuesen nulas de pleno derecho por ser contrarias a normas imperativas o prohibitivas o abusivas, incluso si esta abusividad hubiese sido declarada expresamente por los tribunales;

4.º intervención de un juez en un procedimiento de ejecución hipotecaria que estaba obligado a despachar la ejecución sin posibilidad de admitir como causas de oposición la nulidad de las cláusulas abusivas que figuren en el título ejecutivo;

5.º finalmente la intervención de otro juez en un procedimiento declarativo ordinario ante el que se hubiese residenciado la demanda de nulidad de las eventuales cláusulas abusivas del contrato, que no sólo carece de toda posibilidad de acordar la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecario, sino que incluso la anotación preventiva de la demanda practicada después de haberse iniciado el procedimiento de ejecución resulta inútil a fin de preservar la eficacia de la eventual sentencia estimatoria, porque legalmente se dispone que dicha anotación será cancelada al tiempo de

inscribirse el decreto de adjudicación y de cancelación de cargas posteriores (art. 131 de la LH).

No es de extrañar que en tales circunstancias el TJUE haya declarado en su Sentencia de 14 de marzo de 2013 que la normativa del Estado español en materia de ejecución hipotecaria era contraria a la Directiva 13/1993, en la medida en la que ésta persigue como resultado evitar toda situación o cláusula que tenga por efecto suprimir o hacer extremadamente difícil la defensa de los derechos del consumidor.

Por ello, tampoco puede sorprender que la DGRN haya rectificado radicalmente su posición en esta materia a partir de su Resolución de 1 de octubre de 2010, confirmada después por las de 4 de noviembre y 21 de diciembre de 2010, y 11 de enero y 8 de junio de 2011, en cuya argumentación resultó esencial la jurisprudencia que se desprendía de los fallos del TJUE recaídos en recursos prejudiciales en relación con la Directiva 13/1993.

2. CONSECUENCIAS DEL PLANTEAMIENTO ANTERIOR EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA TRAS LA SENTENCIA DEL TJUE DE 14 DE MARZO DE 2013

La Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 parecía dejar abiertas tan sólo dos opciones: a) o bien se introducía en el artículo 695 de la LEC una nueva causa de oposición del deudor para poder alegar el carácter abusivo de una cláusula, b) o bien se admitía que en el procedimiento declarativo del artículo 698 de la LEC, en que se discuta dicho carácter abusivo, el juez pueda adoptar medidas cautelares que garanticen la efectividad de la sentencia que se dicte si finalmente anula dicha cláusula. En este punto hay que hacer, sin embargo, dos matizaciones importantes:

1.º La medida cautelar que exige la Sentencia del TJUE no es necesariamente la de la suspensión de la ejecución, sino cualquiera que permita conseguir la efectividad de la sentencia que se dicte en el procedimiento declarativo. Por tanto, no se trata de que la finca no se ejecute y adjudique al acreedor o a un tercero, sino de que dicha adjudicación no sea irreversible. En consecuencia, la verdadera alternativa que resultaba de la Sentencia es entre estas dos opciones: a) bien la incorporación de una causa de oposición con efecto suspensivo en el procedimiento de ejecución, b) o bien permitir que la anotación preventiva de demanda de nulidad de la cláusula abusiva en el procedimiento declarativo del artículo 698 de la LEC, aún practicada después de la iniciación del procedi-

miento ejecutivo, no se cancele hasta que por desestimación de la demanda ordene su levantamiento el juez que la decretó.

Es evidente que ambas alternativas tienen un coste. En el primer caso, el coste indirecto del tiempo de demora en la ejecución que supondrá su paralización hasta que se resuelva el incidente de la oposición, agravada por la necesaria admisión de un recurso de apelación. En el segundo, la retracción de posibles licitadores o la disminución del precio ofrecido ante la incertidumbre que generará la pendencia del procedimiento declarativo.

La Ley 1/2013 ha optado por la primera alternativa. Sin embargo, a favor de la segunda opción cabría aducir dos argumentos: a) que el contenido del actual artículo 131 de la LH (que prevé la cancelación de la anotación preventiva de la demanda en virtud del mandamiento de cancelación de cargas posteriores ordenada por el juez de la ejecución) fue una novedad de la LEC de 2000, que no existía en el antiguo artículo 131 de la LH, sin que la ausencia de tal medida perjudicase entonces sentiblemente la efectividad de las subastas hipotecarias; y b) que la anotación preventiva de la demanda, como toda medida cautelar, requiere de la concurrencia del requisito del «*bonus fumus iuris*», o apariencia de buen derecho, apariencia que, en principio, no existiría respecto de aquellas cláusulas que, previa su calificación por el registrador, hubiesen sido inscritas en el Registro, por lo que los inconvenientes de esta opción quedan muy amortiguados.

El resultado de ello sería un sistema equilibrado en el que no habría indefensión por parte del consumidor, ni tampoco una regulación procesal que garantice el derecho de defensa de éste a costa de dilatar el procedimiento de ejecución y hacer insegura la garantía hipotecaria, lo que terminarían pagando todos los consumidores en términos de un mayor coste de su factura hipotecaria por el incremento del precio de la financiación en el mercado secundario, como afirma, según vimos, la Comisión Europea en su Libro Blanco de 2007 sobre los mercados hipotecarios. Para ello es esencial que se dote a los registradores de fuertes facultades de calificación, como viene haciendo la DGRN en sus últimas Resoluciones a partir de la de 1 de octubre de 2010, cuya doctrina ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de septiembre de 2013.