

La (*quasi*) transmutación socio-jurídica de la hipoteca sobre vivienda habitual¹

VÍCTOR BASTANTE GRANELL

Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil
(Acreditado Prof. Contratado Doctor por la ANECA y DEVA)
Universidad de Almería

*A mi padre, ejemplo de lucha y superación.
Nunca te olvidaré.*

RESUMEN

Ha transcurrido más de una década desde el inicio de la crisis y del drama social que envolvió al ámbito hipotecario. Durante dicho periodo de tiempo, nuestro sistema jurídico –falta de empatía y justicia– ha sufrido diversas reformas –en el ámbito del Derecho civil, Procesal y Concursal– que han afectado al Derecho de garantías, en particular a la hipoteca cuyo objeto tiene la condición de vivienda habitual. La intención ha sido salvaguardar –con la menor o mayor eficacia posible– al deudor hipotecario. En otras palabras, la finalidad de la actividad legislativa se ha centrado en dotar al sistema de una mayor moralidad.

¹ Dicho trabajo, remitido el 5 de junio de 2019, es una parte del resultado obtenido tras la realización de una estancia de investigación en la Universidad de Montpellier (Francia), concretamente en el *Laboratoire de droit privé* bajo la dirección del Prof. Christophe Albiges, subvencionada dentro de la Convocatoria de «Estancias de movilidad en el extranjero José Castillejo para jóvenes doctores» de 2018 del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Igualmente, se desarrolla dentro de la línea de estudio del Grupo de investigación «Estudios de Derecho privado y comparado» [SEJ-560] de la Universidad de Almería y la Red Temática «Justicia Civil: Análisis y Prospectiva» [DER2016-81752-REDT]. Dicho lo anterior, y aunque no sea habitual, quisiera reseñar con especial énfasis el debido –y necesario– reconocimiento que merece cierta doctrina y magistrados, por su incesante actividad de investigación en aras a la protección de la parte débil –en particular, del deudor hipotecario–, cuyas voces y comentarios han hecho posible una mejora de su posición dentro del mundo jurídico; y, al mismo tiempo, por haber sido los motores de diversos cambios en el Derecho, aunque la «lucha jurídica» no haya concluido –ni pueda concluir– ante la necesidad de seguir defendiendo sus intereses socio-económicos. Gracias a su trabajo e investigación he podido guiar y desarrollar los resultados del presente documento académico.

*Llegados a este punto, he considerado oportuno realizar el presente trabajo, que no busca ofrecer un estudio aislado o fragmentado de medidas o beneficios legales a favor del deudor hipotecario, sino más bien mostrar una visión genérica del Derecho post-crisis y su repercusión jurídica. En concreto, dicha tarea persigue varios propósitos. Primero, realizar una exposición de las medidas aprobadas en diferentes ámbitos del Derecho a favor del deudor hipotecario, su contenido y resultados alcanzados. Tal labor permitirá desarrollar el segundo objetivo, consistente en explicar cómo las reformas legales han provocado la quiebra del Derecho de garantías, la transmutación socio-jurídica de la hipoteca, atemperando su efectividad o diluyendo su contenido. Ello desde la «desactivación» o «deceleración» del *ius distrahendi* hasta el génesis de una *hypotheca specialis*. Tras ello, aparece el tercer propósito, centrado en sustraer los nuevos principios, pensamientos y teorías que están provocando –de forma progresiva– la «humanización» del Derecho de contratos y garantías –en el marco de los préstamos hipotecarios– (la exaltación de los derechos sociales del hombre, el solidarisme y perennidad contractual, la mitigación del principio de responsabilidad patrimonial universal, etc.). Si bien, el cambio del orden jurídico acaba de comenzar, pues observando el sistema francés, se comprobará como nuestro Derecho se encuentra en una fase intermedia, siendo posible alcanzar un Derecho más social y flexible, en protección del deudor hipotecario y en aras a la conservación de la vivienda habitual.*

PALABRAS CLAVE

Hipoteca. Deudor hipotecario. Vivienda habitual. Ius distrahendi. Préstamo hipotecario. Ejecución hipotecaria. Crédito inmobiliario. Revisión de los contratos. Solidarisme contractuel. Perennidad contractual. Consumidor.

The (quasi) socio-legal transmutation of the mortgage on habitual residence

ABSTRACT

It has been more than a decade since the beginning of the crisis and the social drama that engulfed the mortgage sector. During this period of time, our legal system -lack of empathy and justice- has undergone various reforms –in the field of Civil, Procedural and Bankruptcy Law– that have affected the Law of guarantees, in particular the mortgage whose object has the condition of habitual residence. Its objective has been to safeguard –with as little or as much effectiveness as possible– the mortgage debtor. In

other words, the purpose of legislative activity has been to provide the system with greater morality.

At this point, I considered it appropriate to carry out the present article, which does not seek to offer an isolated or fragmented study of legal measures or benefits in favor of the mortgagor, but rather to show a generic vision of post-crisis law and its legal repercussion. In particular, this task has several purposes. First, make a presentation of the measures approved in different areas of law in favor of the mortgagor, its content and results achieved. Such work will develop the second objective, which is to explain how legal reforms have caused the collapse of the Law of guarantees, the socio-legal transmutation of the mortgage, tempering its effectiveness or diluting its content. This goes from the «deactivation» or «deceleration» of the *ius distrahendi* to the origin of a *hypotheca specialis*. After that, the third purpose appears, focused on subtracting the new principles, thoughts and theories that are provoking –in a progressive way– the «humanization» of the Law of contracts and guarantees –in the context of mortgage loans– (the exaltation of social rights of man, solidarisme and contractual perennity, mitigation of the principle of universal patrimonial responsibility, etc.). Although, the change of the legal order has just begun, since observing the French system, it will be verified as our Law is in an intermediate phase, being possible to reach a more social and flexible Law, in protection of the mortgagor and for the sake of conservation of the habitual residence.

KEY WORDS

Mortgage. Mortgagor. Habitual residence. Ius distrahendi. Mortgage loan. Foreclosure. Real estate credit. Review of contracts. Solidarisme contractuel. Contractual perennity. Consumer.

SUMARIO: I. *Introducción.*–II. *La «doble cara» de la hipoteca: Garantía real y contrato.*–III. *La relación de interdependencia entre el crédito y la hipoteca.*–IV. *Derecho post-crisis: una «vacuna jurídica» con efectos secundarios en la hipoteca.* 1. Reformas legales atinentes al Derecho civil. 1.1 Novación objetiva y «voluntaria» del préstamo hipotecario en protección de deudores sin recursos: El Código de Buenas Prácticas (CBP). 1.2 Derechos irrenunciables e imperativos en la contratación de créditos con garantía hipotecaria. 2. Reformas legales atinentes al Derecho Procesal. 2.1 El procedimiento de ejecución hipotecaria: hacía un régimen especial para la vivienda habitual. 2.2 Procedimientos extrajudiciales para la resolución de conflictos hipotecarios. 2.2.1 Fomento de la mediación hipotecaria y la «cultura del dialogo». 2.2.2 La venta extrajudicial ante notario del bien inmueble hipotecado. 3. Reformas legales atinentes al Derecho Concursal. 3.1 El concurso de persona física (no empresaria) y la hipoteca sobre vivienda habitual.–V. *El resultado: La transmutación socio-jurídica de la hipoteca sobre vivienda habitual.* 1. La desactivación y deceleración del *ius distrahendi*. 2. Hacia una hipoteca (*de iure*) con deuda de responsabilidad limitada. 3. El génesis de una «hipoteca especial» sobre vivienda habitual. 4. La «macrodependencia» en la relación crédito-hipoteca.–VI. *Causas exegéticas de la transmutación socio-jurídica.* 1. Los «derechos sociales» en el Derecho de

contratos y de garantías. 2. *Solidarisme y pérennité* contractual en la Teoría de los Contratos. 2.1 La doctrina del *solidarisme contractuel*: Concepto y fundamento. 2.2 Postulados ético-jurídicos en defensa de la adaptación o revisión del contrato. 2.3 *Solidarisme* voluntario y forzoso en el ámbito hipotecario. 2.4 La aspiración de «perennidad contractual» en el préstamo hipotecario. 3. La mitigación del principio de responsabilidad patrimonial universal. 4. Influencia indirecta del principio *pro debitoris* y del principio *pro consumatore* en el Derecho de garantías.—VII. *La posible evolución del sistema español: ¿Hacia el modelo francés?* 1. La revisión forzosa del préstamo hipotecario por dificultades de pago del deudor. 1.1 El plazo de gracia (*délai de grâce*) en créditos inmobiliarios. 1.2 Las «medidas forzosas» en el proceso de *surendettement*: especial referencia al préstamo hipotecario. 1.3 El proceso judicial de «recuperación personal» con liquidación del bien inmueble hipotecado: la liberación de deudas. 1.4 La primacía del Derecho de sobreendeudamiento sobre el Derecho de garantías.—VIII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Han pasado cerca de doce años, desde aquel 2007 en el que comenzó la crisis. Una densa penumbra de incertidumbre, de declive económico y social, cubrió la sociedad española, provocando múltiples efectos —cierre de empresas, recortes presupuestarios, desempleo, etc.—. Desde entonces, cierta oscuridad envolvió a miles de hogares, de núcleos familiares, incapaces —por sus niveles de endeudamiento— de pagar las cuotas de aquellos préstamos hipotecarios que, en su día, les permitieron adquirir su vivienda habitual. El impago justificó el vencimiento anticipado del préstamo y, en consecuencia, activó el derecho real de garantía que yacía —inerte, «oculto» y en silencio— sobre la vivienda habitual: la hipoteca. Gracias a su efectividad, un tortuoso camino se abrió frente a miles de particulares afectados.

Los préstamos hipotecarios —y sus garantías reales— comenzaron a ejecutarse en sede judicial por los acreedores —en su generalidad, entidades bancarias—, a pesar de su «corresponsabilidad». De hecho, tomando como base leyes y preceptos vigentes en aquel momento, una «marea roja» de ejecuciones hipotecarias comenzó a invadir los Tribunales españoles. En concreto, desde el comienzo de la crisis se han iniciado más de 500.000 procesos de ejecución hipotecaria², ello

² Véanse los informes estadísticos sobre «Datos sobre el efecto de la crisis en los órganos judiciales» del C. G. P. J. En 2018 se produjeron cerca de 25.000 ejecuciones sobre viviendas. INE (Instituto Nacional de Estadística). Estadística sobre «Ejecuciones hipotecarias iniciadas e inscritas en los registros de la propiedad sobre fincas rústicas y urbanas».

ante la inoperancia y poca efectividad del concurso para las personas físicas³. Después, como resultado de tales procesos –ejecución hipotecaria y concurso–, llegaba un momento dramático y angustioso para cualquier deudor hipotecario: el lanzamiento de la vivienda habitual, la pérdida de su hogar y el «éxodo» de su familia o persona. Estábamos ante una legislación ineficaz e insuficiente, caracterizada por la falta de protección hacia los deudores hipotecarios, cualquiera que fuera su ámbito regulatorio –Derecho civil, procesal, concursal o administrativo–. La legislación, existente por aquel entonces, se revelaba como un dificultoso engranaje de piezas legales –falta de empatía, justicia y equidad– pues lejos de aminorar el drama social, lo agudizaba de forma progresiva. Nuestro Derecho, cegado por la objetividad, intentando satisfacer los intereses de los acreedores, dio la espalda a la realidad social y al orden moral.

Ante tal situación, hizo su aparición un fuerte clamor social, la lucha de diversas agrupaciones (como la conocida plataforma Stop desahucios), así como las críticas de cierta doctrina y partidos políticos. Su «voz» se convirtió en el motor de arranque de diversas políticas legislativas, cuya culminación –inconclusa actualmente– generó notables cambios normativos en defensa del deudor cuya hipoteca recaía sobre la vivienda habitual. En particular, tal protección –diseminada en las fases precontractual, contractual y postcontractual del préstamo hipotecario– se reflejó en numerosas iniciativas de reforma legal que, tras su aprobación, han supuesto la creación y modificación de múltiple legislación y preceptos. Como resultado, y observando su contenido, puede inferirse cómo una desconcertante corriente *pro debitoris* –pues es pronto para pronosticar su final– está penetrando –y lo sigue haciendo– en nuestro ordenamiento jurídico, disipando, en parte, el posible drama social que sobrevuela el hogar de miles de familias, presentes y futuras.

Si bien, valga la metáfora, no podemos obviar que el Derecho puede catalogarse como una especie de «ser vivo», compuesto por gran variedad de «órganos» (que serían las leyes), aparatos que cumplen una determinada función; y «células» (los preceptos legales que las conforman). Dicho «ser vivo» presentaba ciertas anomalías de funcionamiento, afectantes, en nuestro caso, a los deudores hipotecarios. En esa situación, nuestro legislador decidió ensayar una «vacuna» con la finalidad de minimizar algunos defectos perversos en lugar, tal vez, de corregir aquellas anomalías. Dicho con otras palabras, se decidió realizar distintas reformas

³ Por aquel entonces, era irrisorio el número de concursos de persona física sin actividad empresarial, pues éstos –durante el periodo de declive económico e, incluso, en la actualidad– no llegaban a alcanzar, de forma anual, la cantidad de 1.200. INE. «Estadística del Procedimiento Concursal. Deudores concursados por naturaleza jurídica».

legales con la finalidad de dotar a nuestro Derecho de mayor «moralidad». Sin embargo, por mucho que pensemos que esta «técnica correctora» afecta a determinados «órganos» o «células», toda «vacuna legal» presenta también efectos secundarios. Con ello, me refiero a que las reformas legales insertas han provocado la entrada de nuevas sustancias –pensamientos, principios y teorías– y, de forma indirecta y temperada, la mutación o dulcificación de ciertos principios e instituciones tradicionales. Tal es así, que puede decirse que entre las instituciones afectadas se halla la hipoteca como contrato e institución de garantía. Lo cierto es que, una década después del inicio de la crisis, hemos llegado al momento oportuno para examinar y determinar la «mutación socio-jurídica» que ha sufrido –o está sufriendo– la hipoteca en España.

Sin embargo, antes de realizar tal examen, resulta de interés diferenciar la hipoteca como derecho real de garantía y como contrato, delimitando su función y actuación en relación al contrato de préstamo. Posteriormente, será de vital importancia discernir el Derecho post-crisis que, directa o indirectamente, ha podido afectar al contenido de la hipoteca. Tras dicho análisis nos centraremos en desgranar las causas que han propiciado la alteración del Derecho de garantías. Y, finalmente, se observará qué evolución se ha producido en otros sistemas jurídicos, concretamente el modelo francés, para dilucidar hasta donde podría llegar nuestro Derecho en defensa del deudor hipotecario y de la vivienda habitual.

II. LA «DOBLE CARA» DEL CONCEPTO DE HIPOTECA: GARANTÍA REAL Y CONTRATO

Con el término hipoteca, que procede del vocablo griego *hypothēkē*, se hace referencia de forma general a un «derecho real de garantía». En concreto, como bien señala la RAE –al no existir una definición en los arts. 1876 CC y 104 LH–, es un derecho real «que grava bienes materiales sujetándolos a responder del cumplimiento de una obligación dineraria».

La hipoteca recae sobre un objeto –como un bien inmueble–, confiriendo a su titular, en caso de incumplimiento de una obligación determinada, la facultad de exigir la realización de su valor por los procedimientos legales establecidos (venta judicial o extrajudicial). De esta forma, la hipoteca se erige como un derecho real cuya finalidad es asegurar y garantizar una obligación dineraria⁴. Ello

⁴ Debemos mencionar la definición de Roca Sastre, quien describe la hipoteca como «un derecho real que ya, de momento, sujeta lo hipotecado, cualquiera que sea su titular, al

pone de manifiesto su dependencia y accesoriedad, puesto que sigue la misma suerte que el derecho de crédito que garantiza⁵. Tal es así, que la activación o desactivación del derecho real de garantía dependerá del incumplimiento o cumplimiento de la obligación dineraria, respectivamente. Dada su operatividad, es normal, por tanto, que la hipoteca sea por excelencia la garantía más utilizada por entidades bancarias al conceder un préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda habitual. La hipoteca se constituye sobre tal bien inmueble, garantizando la devolución del préstamo concedido. De forma que, si éste no se devuelve en el plazo estipulado, el banco o la caja de ahorros podrán realizar –vender o subastar– la vivienda a través de los procesos legales establecidos (venta extrajudicial ante notario o ejecución hipotecaria), para satisfacer, con el resultado o producto obtenido, el cobro de su crédito.

Antes bien, la hipoteca, como derecho real de garantía, no existe *per se*, nace de un contrato y despliega su eficacia tras su publicidad registral. Por tal motivo, nuestro Código Civil, en el artículo 1874, se refiere al «contrato de hipoteca». La hipoteca germina de un «negocio de garantía», suscrito entre acreedor e hipotecante –habitualmente el deudor–, en virtud del cual se le reconoce a aquel un derecho de realización de valor (*ius distraendi*) sobre un bien perteneciente al deudor –o a un tercero– para asegurar el cumplimiento y satisfacción de una obligación⁶. Centrándonos en el ámbito inmobiliario, y en el tema que nos ocupa, el «contrato de hipoteca inmobiliaria» tiene como finalidad otorgar al acreedor bancario un derecho real de garantía sobre la vivienda habitual del deudor, persona natural, para garantizar el cobro del préstamo concedido para la compra del bien inmueble. La hipoteca provoca, por consiguiente, la afección de la vivienda habitual al pago de una deuda. Estamos ante un contrato de garantía, consensual y oneroso, dado que la hipoteca se establece a cambio de la concesión del crédito para la adquisición de la vivienda habitual.

En un principio, ciertos tribunales negaban la naturaleza de la hipoteca como negocio contractual. En este sentido, se manifestaba: «El derecho real de hipoteca es un derecho real de garantía que se constituye sobre un inmueble propiedad del hipotecante para asegurar el cumplimiento de una obligación; concepto que se desprende

poder de exigir eventualmente la realización de su valor, así como la adopción de medidas dirigidas a salvaguardarlo, todo en seguridad o garantía de la efectividad de alguna obligación dineraria, y cuyo derecho es de carácter accesorio, indivisible, de constitución registral, y grava bienes inmuebles, ajenos, enajenables, que permanecen en posesión de su propietario o titular, y el cual implica un poderoso instrumento de crédito territorial». Véase, ROCA SASTRE, 2008, p. 121.

⁵ Vid. Díez PICAZO y GULLÓN, 2013, pp. 146 y 147.

⁶ MORALEJO IMBERNÓN, 2010, pp. 15 ss.

de los artículos 1857 y 1876 CC y 104 LH. La hipoteca, pues, no es un contrato sino un derecho real, pese al error del Código Civil de incluirla en su libro IV, dedicado a las obligaciones y contratos»⁷. Si bien, la jurisprudencia reciente se refiere a la hipoteca como contrato⁸. Por tal motivo, algunos autores, como Blasco, han llegado a criticar las palabras de la primera sentencia. Como señala, la hipoteca «es un contrato, además típico, con *nomen iuris* propio (contrato de hipoteca) y también es un derecho real»⁹. Afirma la doctrina:

«El contrato de hipoteca inmobiliaria es el negocio jurídico en virtud del cual se constituye un derecho real de garantía del mismo nombre sobre una finca con el fin de asegurar la satisfacción de un crédito cuya titularidad activa corresponde a una de las partes del contrato (acreedor hipotecario) y la pasiva a la otra (deudor hipotecante) o a un tercero (el llamado fiador real). [...] El título constitutivo de la hipoteca se encuadra dentro de la categoría más amplia de los negocios de garantía, Son rasgos generales de este contrato su carácter dispositivo (arg. arts. 1713 o 1857 CC y 106 LH, que exigen la cualidad de enajenables de las cosas y derechos objeto de la hipoteca), típico (finalidad de garantía de una obligación), oneroso o gratuito en función de que se haya pactado o no una contraprestación por la concesión de la garantía (normalmente la propia concesión del crédito o una mejora de sus condiciones si se tratara de una obligación preexistente), consensual, de tracto único y sometido al principio general de libertad de forma»¹⁰.

No obstante, para la válida constitución de la hipoteca sobre una vivienda habitual –voluntaria, no legal–, no es suficiente su inserción en un contrato, siendo, además, requisitos necesarios, la formalización del contrato de garantía en escritura pública y su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad, según disponen los arts. 1875 CC y 145 LH¹¹. Ahora bien, la constancia de la hipoteca

⁷ STS 3 de julio de 1997 [R. J. 1997/5477].

⁸ «En efecto, el litigio principal versa sobre la determinación de la condición de consumidor o de profesional de la persona que celebró el contrato principal, a saber, el contrato de crédito, y no sobre la condición de dicha persona en el marco del contrato accesorio, esto es, de la hipoteca que garantiza el pago de la deuda nacida del contrato principal. En consecuencia, en un asunto como el litigio principal, la calificación del abogado, como consumidor o como profesional, en el marco de su compromiso como garante hipotecario no puede determinar su condición en el contrato principal de crédito» (Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 3 de septiembre de 2015, Asunto C-110/14). El contrato de hipoteca es «una de las fuentes de originación de este derecho real, pero que no se confunde con él (Título XV, Capítulo 1.º del Libro IV del Código Civil)» (la STS 26 de marzo de 1999 [R. J. 1999/2009]). Véase, a modo de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.ª), núm. 217/2018 de 28 junio [JUR 2018\282315].

⁹ BLASCO GASCÓ, 2000, [TOL163.203], en el capítulo «Crédito y garantía hipotecaria».

¹⁰ Bercovitz Rodríguez-Cano, Quicios Molina y Moralejo Imbernon, 2013, [TOL1.810.935], párrafos 600 y 602 del capítulo «Contratos de garantía». *Vid.* Díez PICAZO y GULLÓN, 2013, p. 148.

¹¹ Artículo 145 LH: «para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere: 1.º Que se hayan constituido en escritura pública. 2.º Que la escritura se

en documento público no es una exigencia de forma *ad solemnitatem*, sino *ad utilitatem*, pues sirve como mecanismo para acceder al Registro de la Propiedad¹². Solo así, con la inscripción registral, se producirá el nacimiento del derecho real de hipoteca¹³. La hipoteca es, por tanto, un derecho real de constitución y publicidad registral. Pero destáquese que no solo se inscribe la hipoteca como derecho real de garantía, pues, por mandato del artículo 12 LH, en el asiento registral debe expresarse asimismo la causa de la obligación garantizada, es decir, «el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración»; e, incluso, «las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras» de la obligación garantizada por la hipoteca. La ausencia de descripción de tales datos podría suponer un obstáculo para la inscripción de la hipoteca¹⁴ sobre vivienda habitual¹⁵.

De lo anterior, podemos deducir, de forma abreviada, las notas básicas de una hipoteca sobre vivienda habitual, donde el deudor sería el agente hipotecante: a) Afección especial de un bien inmueble; b) el *ius distraendi* a favor del titular de la hipoteca –el acreedor bancario– (facultad esencial e intrínseca dentro del contenido de la hipoteca); c) su carácter formal y registral, decisivo para desplegar su eficacia (que dota a las facultades de realización del valor del acreedor de eficacia *erga omnes*); d) y, para terminar, el aseguramiento de una obligación –deber de pago del préstamo por el deudor–. No obstante, a pesar de extraer los rasgos que definen a la hipoteca, debemos ir más allá, dilucidando, por una parte, el objeto –o contenido–, así como su causa, como derecho de realización de valor y contrato de garantía.

El artículo 1874 CC señala que «podrán ser objeto del contrato de hipoteca» los bienes inmuebles y los derechos reales enajenables –texto similar al recogido en el artículo 106 LH–. El objeto de la hipoteca recae de forma principal en la finca gravada –la vivienda habitual– y, de forma secundaria, sobre el derecho real (de propiedad, de

haya inscrito en el Registro de la Propiedad». Artículo 1875 CC: «Además de los requisitos exigidos en el artículo 1.857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad». *Vid.* DÍEZ PICAZO y GULLÓN, 2013, pp. 152 ss.

¹² MORALEJO IMBERNÓN, 2010, p. 27.

¹³ El carácter constitutivo de la inscripción registral de la hipoteca, aunque mayoritario, no es, sin embargo, unánime en la doctrina. *Vid.* BLASCO GASCÓ, 2000, en el capítulo «La constitución del derecho real de hipoteca».

¹⁴ MORALEJO IMBERNÓN, 2010, p. 20.

¹⁵ Repárese que tal contenido será la base para la ejecución de la hipoteca, como dispone el artículo 130 LH: «El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo».

usufructo, etc.) que se vea asimismo gravado. La finca hipotecada debe existir físicamente y el derecho gravado debe permitir su enajenación¹⁶. Por tal razón, el artículo 108 LH excluye como bienes hipotecables los usufructos legales o el derecho de uso y habitación. Como puede observarse, el contrato de hipoteca inmobiliaria –o el derecho real de garantía– no engloba dentro de su contenido la relación jurídica del crédito, cuya satisfacción se garantiza. Al contrario, la obligación asegurada, como bien exterioriza Moralejo, constituye la causa típica del contrato de hipoteca¹⁷. De ahí el carácter dependiente o accesorio de la hipoteca respecto a la obligación garantizada. Si se desvanece la causa del contrato, el derecho de crédito, la hipoteca se extingue. Si bien, ello nunca sucederá a la inversa. Por tal motivo, puede afirmarse que el contrato de hipoteca mantiene un vínculo especial de accesividad con el contrato de crédito que garantiza.

En definitiva, en un lenguaje técnico, la hipoteca, *stricto sensu*, es un derecho real de garantía. No obstante, con dicho vocablo jurídico se alude de igual forma al negocio o contrato de hipoteca que, en el plano obligacional y cuando hablamos de hipotecas voluntarias, hace referencia al acto jurídico consensual que permite su constitución e inscripción en el Registro de la Propiedad. Efectuada tal distinción, resulta pertinente determinar la posición de la hipoteca –desde un enfoque real y contractual– en relación con el préstamo para la adquisición de vivienda habitual, para poder extraer, a posteriori, las causas que han podido originar su posible mutación socio-jurídica dentro de nuestro Derecho actual.

III. LA RELACIÓN DE INTERDEPENDENCIA ENTRE EL CRÉDITO Y LA HIPOTECA

Cuando una persona –o varias– desea adquirir un bien inmueble para destinarlo a vivienda habitual, pero no dispone de ingresos suficientes, tiene como única vía financiar su compra. Para ello, deberá solicitar a una entidad financiera –o caja de ahorros– un préstamo de dinero. Llegados a tal punto, si la persona y la vivien-

¹⁶ «Asimismo, es también de esencia de estos contratos (del de prenda y del de hipoteca) que la cosa, vencida la obligación, pueda ser enajenada para pagar al acreedor (art. 1.858 CC). Aquí es importante destacar que el carácter enajenable de la cosa inmueble sobre la que se constituye la hipoteca (o la dada en prenda) se debe manifestar, no en el momento constitutivo del gravamen (que puede estar afecta, por ejemplo, a una prohibición de disponer) ni durante la relación crediticia, sino una vez vencida ésta, a la que asegura. En otras palabras, la cosa inmueble sobre la que se constituye la hipoteca debe ser enajenable en el momento, si llega, de realizar su valor». BLASCO GASCÓ, 2000, en el epígrafe «Crédito y garantía hipotecaria».

¹⁷ MORALEJO IMBERNÓN, 2010, p. 20.

da a adquirir reúnen ciertos requisitos (solvencia patrimonial, valor de tasación correcto, etc.), se celebrará el instrumento financiero característico para la compraventa de una vivienda, un contrato de préstamo hipotecario o, si se prefiere, un contrato de crédito inmobiliario. Concretamente, se otorgará, por una parte, un contrato de compraventa, entre comprador y vendedor; y, por otra, un contrato de préstamo, entre deudor y acreedor, donde se reflejará la garantía hipotecaria para asegurar el crédito inmobiliario. Como se observa, no se celebra ningún contrato de hipoteca independiente, el negocio del préstamo parece absorber al contrato de hipoteca.

El sistema legal no impide la celebración de tres contratos –compraventa, préstamo e hipoteca–. Pero, dejando aparte la operación jurídica de compraventa, en la práctica habitual el contrato de préstamo se erige también como el cauce contractual para la constitución del derecho real de garantía. En concreto, dicho contrato es la herramienta que aglutina, de forma negocial y documental, tanto el contrato de crédito para la adquisición de la venta, a favor del deudor; como el contrato de hipoteca, para asegurar al acreedor el cobro de la prestación. Dicho de otra forma, bajo esa figura contractual se agrupa el contrato principal y el contrato accesorio. Otra posibilidad es considerar que la hipoteca constituye una cláusula de garantía dentro del contrato de crédito inmobiliario, siendo éste el cauce negocial para su nacimiento. No obstante, estemos ante una figura contractual mixta o, bien, ante una cláusula de garantía real, lo cierto es que el préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda habitual constituye una operación compleja, con una telaña de relaciones jurídicas sobrepuestas o intercaladas, que afectan a prestatario –como deudor e hipotecante– y al prestamista –como acreedor y titular del *ius distraendi*–.

Dentro del contrato de préstamo hipotecario, el crédito y la garantía real se encuentran interconectados, existiendo una relación de interdependencia. La hipoteca pende de las vicisitudes de la obligación garantizada, pero, al mismo tiempo, el aseguramiento de ésta estriba en el menor o mayor alcance de la responsabilidad hipotecaria, aunque en la generalidad –por no decir la totalidad– de los préstamos hipotecarios, el deudor no solo responde con el valor resultante de la finca gravada, sino con todo su patrimonio (arts. 1911 CC y 105 LH). Este cruce de relaciones recíprocas provoca que la hipoteca, como garantía real y contrato, no solo se vea perturbada por los cambios legales que la afectan *stricto sensu*, sino también, de forma indirecta, por aquellos que se dirijan a regular el préstamo hipotecario. Como decíamos al principio del trabajo, por mucho que una reforma legal se dirija a regular los aspectos de un determi-

nado instrumento jurídico –como el contrato de crédito inmobiliario para adquisición de vivienda habitual–, tales cambios podrían provocar la mutación de otras instituciones interdependientes, como la hipoteca. De ahí la importancia de examinar el Derecho post-crisis publicado hasta la actualidad, en relación al préstamo y a la hipoteca, cuyo objeto sea la vivienda habitual de personas físicas.

IV. DERECHO POST-CRISIS: UNA «VACUNA JURÍDICA» CON EFECTOS SECUNDARIOS EN LA HIPOTECA

Tras la crisis y el drama social derivado de las ejecuciones hipotecarias, el legislador, con la intención de conferir al sistema una mayor justicia –sin haber culminado tal propósito– publicó diversas leyes destinadas, en mayor o menor medida, a la protección de los deudores hipotecarios. El resultado ha sido una vertiginosa legislación, una marabunta de leyes, algunas con un sólido contenido jurídico y otras dictadas como meros «parches jurídicos». Normas, que lejos de pertenecer a un mismo ámbito del Derecho, pertenecen a parcelas distintas –Derecho civil, Derecho procesal y Derecho concursal¹⁸, pero que, de forma directa o indirecta, afectan a aspectos relativos al contrato de crédito para la adquisición de vivienda habitual y, a su vez, a la hipoteca. El conocimiento y exposición de su contenido es de suma importancia para comprender la transformación que ha padecido –y ésta padeciendo– la hipoteca, aunque su lectura pueda resultar letárgica, pero resulta difícil sintetizar los cambios legales habidos en la última década. Veamos, pues, las reformas más relevantes realizadas en nuestro ordenamiento jurídico.

1. REFORMAS LEGALES ATINENTES AL DERECHO CIVIL

Como dijimos anteriormente, la hipoteca, como derecho real de garantía, pende del contrato de préstamo, dada su accesoriedad. Por tal razón, ciertas reformas legales en el ámbito contractual pueden afectar al contenido de tal gravamen, sobre todo, las que afectan al préstamo hipotecario. Y así ha ocurrido, debiendo ser destacadas –dentro del Derecho contractual y de consumo, materias propias del Derecho civil–, por un lado, una norma que nació con carácter extraordinario, el Real Decreto 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recur-

¹⁸ Tales reformas han sido comentadas de forma interdisciplinar por la doctrina. A modo de ejemplo, DOMÍNGUEZ ROMERO, 2018, pp. 41 ss.

sos¹⁹; y, por otro, una ley de reciente publicación, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario²⁰, nacida de la trasposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento y Consejo Europeo, de 4 de febrero de 2014²¹. No obstante, se han producido otras reformas a nivel nacional y autonómico, que en su totalidad o en ciertos aspectos afectan al préstamo hipotecario²². No obstante, sería bastante arduo entrar en su análisis.

1.1 Novación objetiva y «voluntaria» del préstamo hipotecario en protección de deudores sin recursos: El Código de Buenas Prácticas (CBP)

La primera norma surgió ante la insuficiencia de ciertas medidas legales²³ y por la intención de mitigar el fenómeno del sobreendeuda-

¹⁹ CASADO ROMÁN, *DLL*, 2012; RUIZ-RICO RUIZ y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *DLL*, 2013; RALUCA STROIE y FERNÁNDEZ BENAVIDES, *CESCO*, 2012, pp. 207-211; BERROCAL LANZAROT, *CI*, pp. 3-28; BERROCAL LANZAROT, *LDF*, pp. 88-111; JIMÉNEZ PARÍS, *RCDI*, pp. 273-358; MARTOS CALABRÚS, 2012, pp. 1015-1026; NÚÑEZ IGLESIAS, 2012, pp. 1143-1156; MUNAR BERNAT, 2014, pp. 77-86; ALONSO PÉREZ, *RDC*, pp. 31-67; BASTANTE GRANELL, *F: RCJS*, 2014, pp. 13-59; etc.

²⁰ CABANAS TREJO, *DLL*, 2019; FUENTES FERNÁNDEZ, *RSC*, 2019, pp. 6-11; MÉDICIS BERNAL, *DLL*, 2019; BERROCAL LANZAROT, *DLL*, 2017; BERROCAL LANZAROT, *Act. Cív*, 2018; ALBIEZ DOHRMANN, *DLL*, 2018; ORDÁS ALONSO, *RAD*, 2019; DÍAZ GARCÍA, *RSI*, 2019, pp. 6-11; CABANAS TREJO, *El notario del siglo XXI*, 2019, pp. 26-35; LORENTE HOWELL, *AJA*, 2018, pp. 9-9; ALBIEZ DOHRMANN, *CESCO*, 2016; AGÜERO ORTIZ, *LM*, 2017; MUÑIZ ESPADA, 2018; SENÉS MOTILLA, *RJ*, 2019, pp. 23-78; etc.

²¹ Poco tiempo después, se publicó el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y se adoptan otras medidas en materia financiera.

²² Reformas legales habidas en el interior 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 (concepto de consumidor, nulidad de cláusulas abusivas, etc.) y asimismo, debe destacarse la promulgación de leyes autonómicas cuyo contenido, en materia de consumo, se dirige a regular aspectos concernientes a la contratación de préstamos hipotecarios, como Ley andaluza 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda, la Ley 1/2012, de 26 de marzo, para la Protección de los Derechos de los Consumidores Mediante el Fomento de la Transparencia en la Contratación Hipotecaria en la Comunidad de Madrid o la Ley 4/2018, de 21 de febrero, por la que se modifica la Ley 6/2001, de 24 de mayo, del Estatuto de los Consumidores de Extremadura.

²³ Entre otras, la prevista en el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011, que supuso un incremento del patrimonio inembargable cuando la venta de la vivienda habitual es insuficiente para el pago de la totalidad de la deuda: «En el caso de que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado, en la ejecución forzosa posterior basada en la misma deuda, la cantidad inembargable establecida en el artículo 607.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se incrementará en un 50 por ciento y además en otro 30 por ciento del salario mínimo interprofesional por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al salario mínimo interprofesional. A estos efectos, se entiende por núcleo familiar, el cónyuge o pareja de hecho, los ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado». Con ella se evita el embargo de salarios en tal porcentaje cuando el deudor hipotecario, que ya había sufrido la ejecución de su vivienda habitual, se ve inmer-

miento hipotecario, derivado de la crisis, que sufrían miles de familias españolas. Al principio, cuando entró en vigor lo hizo con ánimo de temporalidad, aplicándose, de forma exclusiva, a deudores con préstamos hipotecarios que estuvieran vigentes antes de la publicación de la norma en el BOE. Sin embargo, tras diversas reformas legales²⁴, el Real Decreto-Ley 6/2012 ha sido dotado de carácter permanente, siendo aplicable a préstamos posteriores a su fecha de entrada en vigor²⁵. Además, su ámbito de aplicación no alcanza únicamente a deudores hipotecarios, sino también a avalistas o fiadores de dichos contratos, extendiéndose todavía más los sujetos beneficiarios.

Su finalidad se extrae de forma sencilla del preámbulo de la norma. Ante la privación de la vivienda de una parte de la población –como consecuencia de los procesos de ejecución hipotecaria– y la necesidad de dotar a tales familias de condiciones dignas, se establecen una serie de soluciones –dentro de un Código de Buenas Prácticas (CBP)– que pretenden, en un principio, evitar la pérdida de la vivienda habitual y, de no ser posible tal propósito, garantizar una dación en pago, evitando con ésta última solución el endeudamiento posterior del deudor hipotecario en caso de que la garantía no fuera suficiente para cubrir la obligación dineraria derivada del préstamo hipotecario. De esta forma, se establecen tres mecanismos de arreglo en sede contractual: 1) reestructuración viable de la deuda hipotecaria (mediante una carencia en la amortización de capital y una reducción del tipo de interés durante cinco años²⁶, así como la ampliación del plazo total de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo)²⁷; 2) una quita parcial sobre el conjunto de su deuda hipotecaria²⁸, de carácter

so en ejecuciones ordinarias posteriores a ejecuciones hipotecarias, iniciadas a partir del 7 de julio de 2011. Dicha norma pretendía mejorar la situación posterior del deudor hipotecario tras la ejecución hipotecaria, pero no evitaba la pérdida de la vivienda. *Vid.* JIMÉNEZ PARÍS, *RCDI*, 2013, pp. 281 ss.

²⁴ Ley 1/2013, de 14 de mayo; Ley 8/2013, de 26 de junio; Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero; Ley 25/2015, de 28 de julio; Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo; Ley 5/2019, de 15 de marzo.

²⁵ Se modifica el artículo 2, relativo al ámbito de aplicación, por la disposición final 10 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo.

²⁶ Reducción del tipo de interés aplicable a Euríbor + 0,25 por cien durante el plazo de carencia.

²⁷ Se entiende que el plan de reestructuración es viable cuando del mismo resulte una cuota hipotecaria mensual que no sea superior al 50 por cien de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar. En cuanto al interés moratorio, el artículo 4 señala que «desde el momento en que el deudor solicite a la entidad la aplicación de cualquiera de las medidas del código de buenas prácticas y acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2 por cien sobre el capital pendiente del préstamo».

²⁸ Dispone el apartado segundo del Código de buenas prácticas: «A estos efectos, se entenderá 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

potestativo para la entidad de crédito; y, por último, la dación en pago como medio liberatorio definitivo de la deuda, medida obligatoria a aceptar por los bancos, si el deudor la solicita²⁹. De su contenido se extrae que el objetivo de la norma es fomentar la viabilidad de los préstamos hipotecarios, a pesar de la crítica situación económica del deudor y su núcleo familiar, una «novación del contrato» y evitar, con ella, la pérdida del bien inmueble.

Aunque tales medidas son laudables, así como haberlas dotado de cierta perennidad (hasta la derogación del Real Decreto-Ley), existen ciertos inconvenientes. Por una parte, tales soluciones son aplicables exclusivamente a aquellos deudores o fiadores que se encuentren en la situación de «exclusión socio-económica» perfilada en el artículo 3 de la norma³⁰ y cuya vivienda tenga un precio de adquisición que no supere el valor fijado en el artículo 5.2. Destaca cómo la norma exige que el deudor no pueda pagar el préstamo hipotecario por una «alteración significativa de sus circunstancias económicas» o, bien, por «circunstancias familiares de especial

miembros de la unidad familiar. [...]Al objeto de determinar la quita, la entidad empleará alguno de los siguientes métodos de cálculo y notificará, en todo caso, los resultados obtenidos al deudor, con independencia de que la primera decida o no conceder dicha quita: i. Reducción en un 25 por cien; ii. Reducción equivalente a la diferencia entre capital amortizado y el que guarde con el total del capital prestado la misma proporción que el número de cuotas satisfechas por el deudor sobre el total de las debidas; iii. Reducción equivalente a la mitad de la diferencia existente entre el valor actual de la vivienda y el valor que resulte de sustraer al valor inicial de tasación dos veces la diferencia con el préstamo concedido, siempre que el primero resulte inferior al segundo.

²⁹ La dación en pago supone la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor –y de terceros– frente a la entidad por razón de la misma deuda. Además, si el deudor lo solicita en el momento de pedir la dación en pago, podrá permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por cien del importe total de la deuda en el momento de la dación. Durante dicho plazo el impago de la renta devengará un interés de demora del 10 por cien.

³⁰ Se considera que un deudor o fiador se encuentra en el umbral de exclusión cuando concurren los siguientes requisitos: 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; 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; c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien –o del 40 por cien en circunstancias concretas– de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. Para la aplicación de las medidas complementarias y sustitutivas de la ejecución hipotecaria a que se refieren los apartados 2 y 3 del Anexo, será además preciso que se cumplan los siguientes requisitos: a) 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; b) 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, c) 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; d) En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores.

vulnerabilidad», sin exigir un endeudamiento fortuito, no culpable. Lejos de valorar tal posibilidad, el Real Decreto-Ley recoge criterios de aplicación de carácter socio-económico. Dado su carácter restrictivo, podría haber la posibilidad de que ciertos deudores, y de buena fe, no pudieran acogerse a las medidas de tal dispositivo legal. De hecho, las estadísticas reflejan un número irrisorio de deudores que se benefician del Código de Buenas Prácticas³¹. Por tanto, estamos ante un régimen de carácter excepcional, y restrictivo³². Por otra parte, la aplicación del CBP no es imperativa para el sector bancario. Al contrario, depende de la voluntad del acreedor hipotecario, que será quien decida, o no, adherirse al mismo –adhesión no permanente, pudiendo ser temporal–³³.

Como señala Alonso, estamos ante un «instrumento de Derecho opcional», cuya aplicación depende, en gran parte, de la voluntad del acreedor hipotecario³⁴. Dado el número actual de entidades adheridas (93)³⁵, así como la permanencia del CBP en el futuro, debería reflexionarse sobre la oportunidad de establecer de forma forzosa dicho régimen legal (actualmente voluntario) para la reestructuración de la deuda hipotecaria, evitando que existan deudores sin poder acceder a tales medidas porque su acreedor hipotecario no se encuentre adherido al CBP. Se trata de evitar la discriminación jurídica hacia ciertos deudores. Si la Ley 5/2019, de 15 de marzo ha otorgado permanencia al CBP, al extender su aplicación a contratos de préstamos posteriores a su entrada en vigor, sería coherente fomentar, si el deudor cumple los requisitos objetivos de la norma, la «revisión forzosa» de tales contratos, dentro del marco jurídico instaurado en el Real Decreto-Ley. Puede que sea el momento acertado de perfilar una «novación forzosa y objetiva» del préstamo hipotecario. No obstante, deben recordarse unas palabras del preámbulo de la norma, cuyo contenido denotaría cierta reticencia al cambio propuesto: «Estas medidas se implementan, no obstante, sin deteriorar los elementos fundamentales de la garantía hipotecaria, sobre cuya seguridad y solvencia se viene asentando históricamente nuestro sistema hipotecario».

³¹ Véanse los Informes de la Comisión de Control sobre el cumplimiento del Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda, disponible en la página web del Ministerio de Economía y Empresa.

³² No obstante, como dispone la norma, las entidades adheridas podrán con carácter puramente potestativo aplicar las previsiones del Código de Buenas Prácticas a deudores distintos de los comprendidos en el artículo 3 y podrán, en todo caso, en la aplicación del Código, mejorar las previsiones contenidas en el mismo.

³³ Véase el artículo 5 del Real Decreto-Ley 6/2012.

³⁴ ALONSO PÉREZ, *RDC*, 2015, p. 65.

³⁵ Véase el Informe n.º XII de la Comisión de Control sobre el cumplimiento del Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda.

1.2 Derechos irrenunciables e imperativos en la contratación de créditos con garantía hipotecaria

La Ley reguladora de contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI)³⁶ llegó con años de retraso y bajo la presión de una sanción por Bruselas, ante la falta de transposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento y Consejo Europeo. Sin embargo, tras su dilatada aprobación, la doctrina ha aplaudido su publicación. Dicha Ley nace por las nefastas consecuencias sociales y económicas que provocó la irresponsabilidad del sector bancario en la concesión y contratación de préstamos. En particular, tiene la intención de crear un «régimen jurídico seguro, ágil y eficaz», que proteja este tipo de operaciones crediticias con garantía hipotecaria inmobiliaria³⁷, como las destinadas a la adquisición de una vivienda para uso residencial (art. 2.1.a) LCCI)³⁸. Busca, entre varios objetivos, recuperar la confianza perdida de los prestatarios, alcanzar una mayor seguridad jurídica y mejorar el justo equilibrio entre las partes³⁹.

Dicha ley introduce notables cambios, con diferentes líneas de regulación (normas de transparencia, conducta y régimen sancionador de los prestamistas; innovaciones en la fase precontractual⁴⁰; régimen jurídico de los intermediarios y prestamistas inmobiliarios; etc.). Si bien, y sin restar importancia a los aspectos anteriores, interesa centrarnos en los relativos a la «forma, ejecución y resolución» (arts. 22 ss. LCCI), por su influencia en la ejecución de la obligación de crédito y la hipoteca. En particular, se hace deter-

³⁶ Dicha norma fue desarrollada por el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario; y la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

³⁷ Apartado I del preámbulo de la 1.2 Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de contratos de crédito inmobiliario.

³⁸ Según cierta doctrina, «cualquier vivienda sirve a estos efectos, como una vivienda de vacaciones, o simplemente una vivienda comprada como inversión, o para alquilar, incluso para instalar en ella un despacho profesional, pues la susceptibilidad del uso residencial es una cualidad objetiva del inmueble, no relacionada con la finalidad que persiga el propietario». De modo que la Ley no se aplica de forma exclusiva a la vivienda habitual o familiar. *Vid.* CABANAS TREJO, *op. cit.*, [La Ley 3302/2019]. Además, la Ley se extiende a todas las personas físicas con independencia de que sean o no consumidores.

³⁹ Sobre el préstamo hipotecario responsable, antes de las reformas legales introducidas, véase ALBIEZ DOHRMANN, 2014, pp. 169-221.

⁴⁰ Destaca la elaboración de un modelo de contrato de préstamo hipotecario, de suscripción voluntaria por las partes (posibilidad recogida, asimismo, en la Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda), que podría evitar la inclusión de cláusulas abusivas e, incluso, la inserción de otras medidas favorables al consumidor. No obstante, su voluntariedad y el contenido –más o menos favorable al consumidor– supondrán seguramente una poca acogida práctica dentro del ámbito bancario.

minante analizar los cambios habidos respecto a los intereses de demora, así como en las cláusulas de vencimiento anticipado.

En cuanto a los intereses de demora, cuando se trate de un préstamo garantizado con hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, cuyo prestatario sea una persona física, el artículo 23 LCCI dispone que «el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel resulte exigible» (por Ley y sin necesidad de pacto), pudiendo devengarse únicamente sobre el principal vencido y pendiente de pago, no pudiendo ser capitalizados en ningún caso –salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) LEC–⁴¹. Con tal límite, el precepto persigue bloquear la entrada en préstamos hipotecarios de cláusulas abusivas sobre intereses de demora, velando por el «equilibrio económico y financiero entre las partes»⁴². Respecto a la cláusula de vencimiento anticipado, el artículo 24 ha impuesto al prestamista una serie de límites cuantitativos de cuotas –cantidades dinerarias– impagadas, para que pueda dar por vencido el préstamo de forma anticipada. Tales límites se aplican a prestatarios, fiadores o garantes –que sean personas físicas– de préstamos con garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles o, en su caso, terrenos, de uso residencial. En particular, tales sujetos perderán su «derecho al plazo» para pagar el préstamo –resolviéndose el contrato de préstamo– cuando concurren, de forma cumulativa, las siguientes circunstancias: a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses; b) que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo mínimo de un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo y c), además, que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:

- Al 3 % de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo –Tal requisito se cumplirá cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de 12 plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a 12 meses–.

⁴¹ Llama sumamente la atención su contenido cuando la doctrina del Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 22 de abril de 2015, 23 de diciembre de 2015 y 3 de junio de 2016, únicamente admitía, como no abusivo, un interés de demora que no excediera del remuneratorio más dos puntos; y, aun así, la nueva regulación fije el interés de demora en el interés remuneratorio más tres puntos, sin admitir pacto en contrario. Ante este nuevo contenido, se modifica el artículo 114 LH, por la Disposición final primera, apartado segundo, LCCI. Según la disposición transitoria primera de la LCCI, el artículo 23 no es aplicable a contratos anteriores a la norma, salvo novación o subrogación.

⁴² BERROCAL LANZAROT, *Act. Civ.*, 2018, [La Ley 268/2018].

- Al 7% de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo –Tal requisito se cumplirá cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de 15 plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a 15 meses–.

Los problemas judiciales por la abusividad y nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado, que han llegado al TJUE⁴³, hicieron que el legislador finalmente decidiera regular este tipo de cláusulas dentro de la LCCI. El anterior régimen de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios era voluntario –aplicándose solo si existía pacto expreso– y cuantitativo –debido a que únicamente era posible ante la falta de pago de, al menos, tres cuotas hipotecarias (art. 693.2 LEC)–. Con la nueva regulación hemos pasado a un «régimen imperativo»⁴⁴, que dilata el derecho del acreedor hipotecario para poder solicitar el vencimiento anticipado del préstamo y, en consecuencia, poder reclamar la obligación dineraria y ejecutar la garantía real. En cambio, para el deudor hipotecario supone la obtención de un plazo –periodo de respiro o recuperación– para poder mejorar su situación económica o conseguir ingresos y, así, evitar la ejecución del préstamo. Con ello se evita, como ha ocurrido en ciertas ocasiones, que el prestamista pueda dar por vencida la deuda por el impago de una o varias cuotas de importe irrisorio en comparación con la cuantía general del préstamo hipotecario (por una o dos cuotas impagadas). Destáquese, según la disposición transitoria primera (apartado 4), que el artículo 24 LCCI no solo será aplicable a los préstamos hipotecarios suscritos con posterioridad a la entrada en vigor de la norma, sino también a los firmados con anterioridad, salvo que el «vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no». De modo que, este proceder legal en «justicia y equidad» se pretende trasladar a la totalidad de los préstamos vigentes –salvo que el deudor alegue que las reglas de su contrato sobre el vencimiento anticipado le resultan más favorables– y que se suscriban en un futuro.

⁴³ MARQUÉS MOSQUERA, *El notario del siglo XXI*, 2019, pp. 18-23; QUESADA LÓPEZ, *DLL*, 2019; CABANAS TREJO, *DLL*, 2019; ADÁN DOMÈNECH, *DLL*, 2019; ADÁN DOMÈNECH, *DLL*, 2018; FERNÁNDEZ CARRÓN, *RGDP*, 2018; FERNÁNDEZ CARRÓN, *Act. Cív.*, 2018; PUCHOL SORIANO, 2018, pp. 171-192; BASTANTE GRANELL, *RCDI*, 2015, pp. 2420-2454; etc.

⁴⁴ Dicho régimen se ha trasladado, asimismo, a los artículos 693.2 LEC y 129 bis LH.

Por último, señalar que, gracias a la LCCI, el derecho al interés de demora limitado, así como el «derecho al plazo», son derechos de carácter irrenunciable, sustraídos de la autonomía de la voluntad – junto al resto de disposiciones de la LCCI–, por mandato expreso de su artículo 3. De hecho, serán nulos de pleno derecho los actos realizados en fraude de lo dispuesto en la Ley y, en particular, la renuncia previa de tales derechos, reconocidos al deudor, fiador o garante. Un aspecto que viene a recordar de forma específica el legislador, en los arts. 23 y 24 LCCI, cuando señala que las reglas contenidas en tales preceptos «no admitirán pacto en contrario», debiendo respetarse de forma imperativa por el acreedor hipotecario.

2. REFORMAS LEGALES ATINENTES AL DERECHO PROCESAL

Los cambios más significativos, en torno al crédito inmobiliario y la hipoteca, se han producido en el ámbito del Derecho Procesal. Ante el impago por miles de deudores de las cuotas hipotecarias de sus préstamos, la crisis se caracterizó por la presencia de una «marea roja» de ejecuciones hipotecarias. Era lógica y respetable, conforme al llamado *ius distraendi*, la facultad que ostentaba el acreedor hipotecario para ejecutar la garantía real y satisfacer su derecho de crédito. El problema estribaba en el hecho de que el proceso existente para ello, el proceso especial de ejecución hipotecaria⁴⁵ (Capítulo V del Título IV del Libro III de la LEC), constituía, por aquel entonces –aunque todavía puede ser objeto de críticas–, un mecanismo tildado de «antisocial, injusto y desproporcionado» respecto a la posición del deudor hipotecario, por la regulación legal existente sobre diferentes aspectos (tasación, subasta, porcentajes de adjudicación, producto obtenido insuficiente para el pago íntegro del préstamo hipotecario, ausencia de oposición ante la existencia de cláusulas abusivas, etc.).

De hecho, entre los escenarios más rechazados, estaba la posibilidad que ostentaba la entidad bancaria de adjudicarse la vivienda habitual por la mitad del valor de subasta (en ausencia de postores) y, tras la adjudicación, tener la opción de venderla para obtener una plusvalía, que, de ningún modo, servía para sufragar el importe restante de la deuda que, al finalizar el proceso de ejecución hipotecaria, debía pagar el deudor hipotecario⁴⁶. Un escenario que compor-

⁴⁵ No obstante, aunque ésta haya sido la práctica común, el acreedor también podía hacer uso del proceso de ejecución común u ordinario de la LEC.

⁴⁶ «[...] parece que uno de los principales motivos que sustentan estos planteamientos radica en la percepción de que se producen comportamientos abusivos por parte de los

taba el lanzamiento de la vivienda habitual, abocando a los deudores a una situación de exclusión social. Con tal el resultado, ciertos jueces llegaron a efectuar una impopular interpretación de los preceptos legales a favor del deudor hipotecario⁴⁷. Su voz crítica, la necesidad de aliviar la situación de los deudores hipotecarios –a través de instrumentos eficaces para la protección de la vivienda habitual– y las reprimendas del TJUE⁴⁸, sirvieron para recapacitar sobre una necesaria reforma del proceso de ejecución hipotecaria. Y, finalmente, tras la oportuna reflexión del legislador y la consideración de los intereses socio-económicos afectados, se dictaron, de forma sucesiva, diversas leyes en auge reformista de diversos preceptos en materia procesal⁴⁹.

acreedores hipotecarios (entidades financieras). Tras contratar préstamos hipotecarios para la compra de vivienda con consumidores en unas condiciones claramente abusivas y, a veces, conociendo la escasa viabilidad financiera de la operación, se dirigen contra el deudor en caso de impago y, al amparo de la regulación positiva en materia de ejecución hipotecaria, se adjudican el bien por un valor irrisorio, muy inferior a la deuda pendiente, para posteriormente continuar persiguiendo otros bienes del deudor». MARTÍNEZ ESCRIBANO, *InDret*, 2014, p. 4. *Vid.* CORDERO LOBATO, *DLL*, 2012.

⁴⁷ Auto de 13 de noviembre del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Estella [La Ley 350462/2009]; Auto 111/2010, de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre, [La Ley 227016/2010]; Auto de 4 de febrero de 2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 44 de Barcelona [La Ley 1692/2011]; Auto de la Audiencia Provincial de Girona de 14 de septiembre de 2011; etc. *Vid.* BASTANTE GRANELL, 2012, pp. 899-916.

⁴⁸ STJUE, de 14 de marzo de 2013, en el asunto C-415/11, caso Mohamed Aziz vs. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (en la actualidad Catalunya Banc, S. A.); STJUE de 17 de julio de 2014, asunto C-169/14, caso Banco Bilbao Vizcaya Argentaria; etc.

⁴⁹ Real Decreto-Ley 8/2011 del 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; 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 reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas; Real Decreto-ley 7/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación; RD-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social; Ley 9/2015, de 25 de mayo, de Medidas Urgentes en Materia Concursal; La Ley 19/2015, de 13 de julio, de Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, que introdujo la subasta electrónica; Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; 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; Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Tales reformas han sido comentadas por abundante doctrina: CASTILLEJO MANZANARES, *Act. Civ.*, 2014; SENÉS MOTILLA, 2014, pp. 149-166; ADÁN DOMÈNECH, *RDBB*, 2013, pp. 203-222; ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, 2012, pp. 43-92; RUIZ-RICO RUIZ, 2018, pp. 1029-1134; Moral Moro, *RGDP*, 2014; RODRÍGUEZ LÓPEZ, *El siglo de Europa*, 2012, p. 65; CARRASCO PERERA, *CESCO*, 2013, pp. 58-65; CALLEJO CARRIÓN, *Act. Civ.*, 2015, pp. 4-27; GÓMEZ SALCEDO, 2017, pp. 165-183; etc.

2.1 El procedimiento de ejecución hipotecaria: hacía un régimen especial para la vivienda habitual

El Derecho post-crisis ha provocado múltiples cambios dentro del proceso especial de ejecución hipotecaria en favor del deudor hipotecario. En particular, podemos incluso decir que actualmente existe un «régimen especial» cuando la ejecución hipotecaria afecta a la vivienda habitual. De las reformas legales efectuadas debemos poner especial énfasis en aquellas que repercuten directamente en la obligación crediticia y en la hipoteca. Nos referiremos, de forma ordenada, a las que han afectado al trámite de oposición, a la tasación del bien inmueble hipotecado, al sistema de subasta y al establecimiento de una quita parcial de la deuda restante; pues afectan a la cobertura de responsabilidad del deudor hipotecario.

Desde la entrada en vigor de la LEC, el régimen legal de oposición a la ejecución hipotecaria se mantuvo de forma intacta, con causas tasadas, para fomentar la agilidad y rapidez del proceso. Si bien, tras el mandato judicial de la STJUE (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013⁵⁰, se reformó el artículo 695 LEC⁵¹, estableciendo como causa de oposición a la ejecución hipotecaria –apreciable a instancia de parte o de oficio por el juez⁵²–, el posible «carácter abusivo de una cláusula contractual», cuando constituya el fundamento de la ejecución hipotecaria o hubiese determinado la cantidad exigible⁵³. Este avance ha supuesto que el ejecutado pueda solicitar la apertura de un proceso declarativo para dirimir el carácter abusivo de cláusulas insertas en el préstamo hipotecario⁵⁴,

⁵⁰ STJUE (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, Asunto C-415/2011, Mohamed Aziz contra Catalunya Caixa.

⁵¹ Se modifica por el artículo 7.14 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. El apartado 4 del artículo 395 LEC, relativo al recurso de apelación frente al auto de sobreesimiento, fue modificado posteriormente por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

⁵² STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Asunto Banco Primus, S. A. y Jesús Gutiérrez García: «La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores –EDL 1993/15910–, se opone a una normativa interna que, en el marco de una acción ejercitada por un profesional contra un consumidor y fundada en un contrato celebrado entre ellos, prohíbe al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula inserta en dicho contrato».

⁵³ Vid. ACHÓN BRUÑÉN, *DLL*, 2016; DOMÍNGUEZ RUIZ, *DLL*, 2015; FORTEA GORBE, 2017; JIMÉNEZ PARÍS, *RCDI*, 2015, pp. 982-1004; SOLAZ SOLAZ, *PdT*, 2014; CARRASCO PERERA, *CESCO*, 2013; MORENO GARCÍA, 2019; etc.

⁵⁴ Debe señalarse que los procedimientos ejecutivos en curso a la entrada en vigor de la LCCI deberán seguir lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de la citada norma, donde se recoge un «un incidente extraordinario de oposición».

quedando en suspenso el proceso de ejecución hipotecaria⁵⁵. Piénsese que numerosas cláusulas pueden afectar a la ejecución de la garantía real y también a la cuantía del préstamo exigible frente al deudor hipotecario (cláusulas de vencimiento anticipado, índices de referencia –IRPH, Euríbor, etc.–, tipo de interés, intereses moratorios, valor de tasación del bien inmueble hipotecado, etc.). Resuelta la oposición mediante Auto, si el juez estima la existencia de una cláusula abusiva –y su nulidad–, debe determinar si es posible o no proceder al despacho de la ejecución hipotecaria. En consecuencia, la inaplicación de ciertas cláusulas, como la de vencimiento anticipado⁵⁶, puede provocar la imposibilidad de continuar con el proceso. Otras veces, en cambio, la ejecución hipotecaria proseguirá, pero alterándose la cantidad reclamada (valga como ejemplo que se estime abusiva una cláusula sobre intereses moratorios). De ser así, el acreedor hipotecario deberá reclamar la deuda por otros cauces procesales.

Iniciado el proceso de ejecución hipotecaria, uno de los aspectos fundamentales para proceder a la subasta del bien inmueble hipotecado, como la vivienda habitual, es su valor de tasación. Anteriormente, la LEC no regulaba un proceso de avalúo de bienes inmuebles hipotecados dentro de tal proceso, exigiéndose, en el ex artículo 682.2.1.º, la previa existencia de valoración en la escritura de constitución del préstamo hipotecario para poder acudir al procedimiento. De este modo, el precio fijado inicialmente por acreedor y deudor era el precio fijado para la subasta. Tal requisito perseguía, como señalaba Montero, «simplificar la tramitación del procedimiento [...] y, también, evitar parte de las costas que se producen en éste»⁵⁷. Pero a pesar de tal ventaja –de mera celeridad procesal–, el precepto establecía un sistema de fijación del valor de subasta en detrimento del deudor hipotecario. El tipo de subasta nunca se negociaba con el deudor, fijándolo de forma unilateral el acreedor hipotecario, por lo que éste podía establecer un valor inferior al valor real de la finca⁵⁸. No había límite para el tipo de subas-

⁵⁵ Una situación que no afecta al acreedor, pues éste puede adoptar medidas legales para asegurar la garantía.

⁵⁶ No obstante, esta cuestión está planteando ciertas dudas tras la STJUE de 26 de marzo de 2019 que considera que el juez nacional, en aplicación de principios del derecho de los contratos, puede mantener la cláusula de vencimiento anticipado y sustituir su elemento abusivo por una disposición supletoria de derecho nacional (el artículo 693.2 LEC). Una sustitución que solo será posible bajo dos condiciones: 1) que la declaración de nulidad total de la cláusula de vencimiento anticipado obligara al juez nacional a anular el contrato de préstamo en su totalidad, y 2) que el consumidor quedara expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización.

⁵⁷ MONTERO AROCA, 2012, p. 353.

⁵⁸ Si bien, ello no ocurría con la tasación los préstamos hipotecarios que se fueran a titularizar en el mercado hipotecario, pues el artículo 8.2 del Real Decreto 716/2009, que viene a desarrollar la Ley 2/1981, del Mercado Hipotecario (LMH), exige que coincidan tipo de

ta. Había una ausencia de vinculación obligatoria entre tasación y tipo de subasta. Tal circunstancia justificó la modificación del artículo 682.2.1.º LEC⁵⁹, estableciéndose que el valor de tasación a efectos de la subasta no podrá ser inferior al 75 por cien del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo⁶⁰. Un precepto que, según la DGRN, se aplica a toda clase de hipotecas, estén o no sometidas a la Ley del Mercado Hipotecario⁶¹.

Con tal reforma legal, es cierto que se evitan abusos por los acreedores, fijando un porcentaje mínimo de subasta que, de no respetarse, puede impedir al acreedor acudir al proceso especial de ejecución hipotecaria (al haberse convertido en un «requisito de procedibilidad»). Sin embargo, plantea ciertos inconvenientes. Una vivienda hipotecada es susceptible de aumentos o disminuciones de valor, según los cambios del mercado inmobiliario. El precepto no atiende a la oscilación del valor de los bienes inmuebles y, menos aún, permite que el deudor hipotecario pueda exigir una actualización del valor de tasación (Valga por ilustración, en caso de reforma de la vivienda, mejora del barrio donde se encuentra ubicada, etc.), una facultad que sí otorga el artículo 9.1 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, a ciertos acreedores hipotecarios. Sin embargo, el aspecto más criticable es no haber impuesto la necesaria coincidencia entre valor de tasación y valor de subasta, al menos cuando el bien hipotecado sea la vivienda habitual⁶².

subasta y tasación oficial. Además, el importe de los préstamos que se vayan a titularizar no puede exceder del 60% del valor de tasación del inmueble (el 80% si era vivienda habitual).

⁵⁹ Se modificó por el artículo 7.11 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo y, posteriormente, por el artículo 1.22 de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

⁶⁰ Artículo 682.2.1.º LEC: «Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o 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». Sobre esta materia, véanse Díaz Fraile, 2016, pp. 345-388; ESTEBAN-HANZA NAVARRO, 2014, pp. 677-698; QUESADA LÓPEZ, 2018, pp. 1179-1203; RUIZ-RICO RUIZ y ACEBES CORNEJO, *DLL*, 2017; BASTANTE GRANELL, *Act. Civ.*, 2014; GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, 2014, pp. 167-178; NICASIO JARAMILLO, 2016, pp. 81-102; etc.

⁶¹ RDGRN, de 7 de octubre de 2015, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Avilés n.º 2, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de constitución unilateral de hipoteca; RDGRN, de 14 de septiembre de 2016, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación suscrita por la registradora de la propiedad de Jumilla, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de constitución de hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito.

⁶² Una medida que fue presentada como enmienda por el Grupo parlamentario del Partido Socialista, concretamente la enmienda n.º 243, que proponía el siguiente texto: «[...] 2. Cuando se persigan bienes hipotecados, las disposiciones del presente capítulo se aplicarán siempre que, además de lo dispuesto en el apartado anterior, se cumplan los requisitos siguientes: 1.º Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mer-

Luego, en los artículos atinentes al proceso de subasta, aparecen otras de las reformas post-crisis más relevantes. Por una parte, la inserción de la subasta electrónica (art. 648 LEC⁶³); y, por otra, los cambios habidos en los porcentajes de adjudicación. La primera, ha supuesto dotar la subasta de bienes hipotecados de una mayor publicidad y, como efecto, lograr una mayor concurrencia de postores (de pujas electrónicas), una situación que implica que el bien inmueble pueda ser subastado por un precio mayor. De este modo, se logra que la deuda restante –si la hubiera– del deudor hipotecario sea lo más mínima posible o, en su caso, inexistente⁶⁴. En cuanto a los porcentajes de adjudicación dentro del proceso de subasta, los arts. 670 y 671 LEC –relativos a la subasta con y sin postores, respectivamente– padecieron diversos cambios de forma paulatina –y con una criticada y mejorable técnica legislativa– atendiendo al clamor social derivado de la crisis económica⁶⁵.

Respecto a la subasta (art. 670 LEC), ha sido objeto de reformas, pero sin hacer referencia o distinción según el bien inmueble hipotecado sea o no vivienda habitual⁶⁶. Ello posiblemente por haber potenciado la subasta electrónica y, en un principio, la presencia de subasteros, en beneficio del ejecutado. El precepto legal expone diversos escenarios posibles, desde posturas –por subasteros o ejecutante– iguales o superiores al 70 % del valor de subasta, pasando por posturas inferiores a dicho porcentaje, hasta llegar a pujas por un importe superior o inferior al 50 % del valor de subasta, último escenario donde la norma recoge la posibilidad de que la cantidad ofrecida por algún postor no sea suficiente para cubrir la cantidad por la que se haya despachado la ejecución. El artículo 670 LEC busca con el sistema de pujas que se cubra la totalidad o la mayor parte de la deuda del ejecutado. No obstante, cuando ello no es posible –no cubriéndose la cantidad por la que se despachó ejecución– la aprobación del remate final será valorada por el Letrado de la Administración de Justicia atendiendo a diversas cir-

cado Hipotecario». No obstante, por disposición del artículo 8.2 del Real Decreto 716/2009, si debe existir coincidencia entre valor de tasación y valor de subasta cuando se trate de créditos y préstamos titulizables.

⁶³ Precepto introducido por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, modificado posteriormente por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁶⁴ No obstante, el nuevo sistema de subasta electrónica adolece de ciertas deficiencias. *Vid.* LÓPEZ CHOCARRO y DAVÍ NAVARRO, *DLL*, 2016; SANTOS DEL VALLE y FUERTES LÓPEZ, 2018, pp. 11-18; FONT DE MORA RULLÁN, *DLL*, 2018; etc.

⁶⁵ JUAN GÓMEZ, *Act. Civ.*, 2018; GONZÁLEZ CABALLERO, *DLL*, 2018; ENRILE DE ROJAS, 2016, pp. 585-604; etc.

⁶⁶ Ley 13/2009, de 3 de noviembre; Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio; Ley 1/2013, de 14 de mayo; Ley 19/2015, de 13 de julio; Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

cunstancias⁶⁷. Por tanto, cabe la posibilidad de que el bien inmueble hipotecado salga a subasta por el 75 % de su valor de tasación y, además, que un postor se lo adjudique por un porcentaje inferior al 50 % del valor de subasta (que sería menos del 50 % de ese 75 % del valor de subasta).

No obstante, aunque se pretenda potenciar el sistema anterior, en la práctica habitual ocurre lo contrario, pues la subasta suele declararse desierta, no concurriendo ningún postor, activándose la aplicación del artículo 671 LEC. Por tal motivo, y ante las injusticias que presentaba el precepto anterior –al permitir que el acreedor pudiera pedir la adjudicación de la vivienda habitual por el 50 % de su valor de tasación–, dicho precepto fue modificado por diversas leyes. Primero, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre permitió que el acreedor pudiera pedir la adjudicación por cantidad igual o superior al 50 % de su valor de tasación o por la cantidad que se le debiera por todos los conceptos. El Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio vino a elevar dicho porcentaje al 60 %. Y después llegó la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que culminó los cambios relativos a los porcentajes de adjudicación, con base al siguiente fundamento:

«La atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones, exige la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios. El esfuerzo colectivo [...] requiere que, del mismo modo y desde todos los sectores, se continúen adoptando medidas para garantizar que ningún ciudadano es conducido a una situación de exclusión social. Con este fin, es necesario [...] perfeccionar y reforzar el marco de protección a los deudores».

Con esta última reforma, el artículo 671 LEC⁶⁸ hace mención expresa a la adjudicación de «vivienda habitual», estableciendo que, si el bien inmueble subastado reúne tal categoría, la adjudicación a favor del acreedor ejecutante deberá hacerse por importe igual al 70 % del valor de subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 %. Pero claro, puede ocurrir –como ya ha sucedido– que la cantidad debida

⁶⁷ «[...] resolverá sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor» (artículo 670.4, párrafo 3.º LEC).

⁶⁸ No obstante, posteriormente se cambiaron ciertos aspectos procesales por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio y la Ley 42/2015, de 5 de octubre.

sea inferior al 70 %, por ejemplo, una cantidad que suponga un 65 % del valor de subasta, y que el acreedor se adjudique la vivienda habitual por el 60 %, quedando deuda pendiente (el 5 %). Por tal razón, la DGRN ha desarrollado una interpretación teleológica y sistemática –cuestionada por cierta doctrina⁶⁹–, en virtud de la cual, si la cantidad que se le debe al acreedor es inferior al 70 %, éste se deberá adjudicar la vivienda habitual por la cantidad que se le debe por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al 65 % de su valor de subasta. Es decir, si el deudor debe, pongamos por caso, el 65 % del valor de subasta, el acreedor hipotecario deberá adjudicarse el bien inmueble por dicho porcentaje, no por el 60 %⁷⁰. De esta forma, la DGRN interpreta el precepto en protección y salvaguarda del deudor hipotecario.

Sin embargo, en numerosas ocasiones, tras la adjudicación de la vivienda habitual, el remate aprobado resulta insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho de crédito del ejecutante. Ante ello, el acreedor prosigue la ejecución de la cantidad restante por la vía ordinaria (art.579.1 LEC), quedando «encadenado» el deudor a nuevos y futuros embargos. Por tal razón, y con el objeto de aliviar tal situación, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, introdujo el apartado segundo del artículo 579 LEC, que viene a establecer que, aunque tal ejecución no se suspenda, debe someterse a ciertas especialidades. Primero, si en el plazo de cinco años desde la aprobación del remate o adjudicación el ejecutado satisface el 65 % de la cantidad total pendiente –incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el

⁶⁹ FONT DE MORA RULLAN, MOYA DONATE, MIÑANA LLORENS, BAÑON GONZÁLEZ, DE LA RÚA NAVARRO y LONGAS PASTOR, *DLL*, 2018; etc.

⁷⁰ «Con base en los principios generales de interpretación de normas jurídicas recogido en el artículo 3 del Código Civil que señala que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» parece, que la interpretación del artículo 671 no puede ser la puramente literal, ya que puede producir un resultado distorsionado, cuando, como es el caso del presente expediente, por el hecho de que la deuda sea ligeramente inferior al 70 % del valor de subasta, se permita al acreedor adjudicarse la finca por el 60 % y seguir existiendo un saldo a su favor, o deuda pendiente a cargo del ejecutado que se ve privado de su vivienda habitual, siendo así que si la deuda fuera del 70 % la adjudicación se realizaría por dicho importe, quedando pagada la deuda, mientras que si el saldo de la deuda fuera algo inferior al 70 % del valor por el que hubiera salido a subasta, la adjudicación se produciría por el 60 %. Por ello, debe también atenderse al espíritu y finalidad de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que fue la de aumentar la protección a los ejecutados en el caso de ejecución de su vivienda habitual, así como a los criterios de interpretación sistemática y contextual, comparando la redacción de los artículos 670 y 671 citados, y concluyendo que la redacción literal del artículo 671 ha de ser interpretada en el mismo sentido que la del artículo 670, es decir, que el ejecutante tiene derecho a pedir la adjudicación del inmueble por el 70 % del valor de subasta, o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por la cantidad que se le debe por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al sesenta por ciento de su valor de subasta» (RDGRN de 12 de mayo de 2016). En este mismo sentido, RDGRN de 21 de septiembre de 2016, de 21 de octubre de 2016, de 5 de julio de 2017 o de 23 de mayo de 2018.

momento del pago— quedará liberado del resto de la deuda (del 35 %). Lo mismo acontecerá si en el plazo de diez años satisface el 80 % (quedando liberado del 20 % de la deuda restante). Estamos ante una quita parcial que busca aliviar la situación posterior del deudor y, a su vez, motivarle para el pago de la deuda pendiente, en beneficio del acreedor. Como segunda especialidad, se indica que en caso de adjudicación de la vivienda habitual a favor del ejecutante —de terceros a los que hubiera cedido su derecho o sociedades de su grupo—, si enajena la misma dentro del plazo de 10 años desde la aprobación del remate (venta, etc.) y obtiene una plusvalía, el 50 % de ésta se destinará a reducir la deuda restante del deudor hipotecario. Con tal medida se evita que el deudor quede al margen de posibles ganancias, en caso de que el acreedor hipotecario venda el bien inmueble por un precio superior tras la finalización del proceso especial de ejecución hipotecaria⁷¹.

Por último, cabe señalar otros derechos procesales de relevancia por la protección dispensada al deudor hipotecario de vivienda habitual. Por un lado, la rehabilitación del préstamo hipotecario y la enervación de la acción hipotecaria en el artículo 693.3 LEC, que permite al deudor, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta vencida (principal e intereses⁷²), sin el consentimiento del acreedor. Una facultad que podrá utilizar en ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años entre la fecha de la liberación del bien y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor; y que le permite, mediante la búsqueda de ingresos, evitar la pérdida de la vivienda habitual. Por otro lado, destaca la medida extraordinaria de paralización de los lanzamientos dentro de los procesos de ejecución hipotecaria —prorrogada en varias ocasiones—, a través de una moratoria aplicable a las familias que, según la normativa, se encuentren en situación de especial vulnerabilidad⁷³.

⁷¹ Anteriormente ciertas ejecuciones hipotecarias se convirtieron en un negocio de interés económico por parte de entidades bancarias. Éstas se adjudicaban el bien inmueble por la mitad del valor de tasación y luego lo vendían por un precio mayor, llegando a obtener una ganancia económica. Mientras tanto, el deudor hipotecario seguía endeudado, dado que el resultado de la subasta no le permitió satisfacer la deuda en su totalidad. Siendo tal la situación, algunos Tribunales llegaron a sopesar la posible existencia de «enriquecimiento injusto» por parte del acreedor hipotecario.

⁷² Tal cantidad se ve incrementada por los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte.

⁷³ Véase el 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 reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de 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; Real Decreto-Ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Código de Buenas Prácticas (RDL 6/2012) y la Ley para reforzar la protección de los deudores hipotecarios (Ley 1/2013).

2.2 Procedimientos extrajudiciales para la resolución de conflictos hipotecarios

En principio, el único cauce procesal para solucionar el «conflicto hipotecario» era el proceso especial de ejecución hipotecaria. No obstante, ante su deficiencia e inmoralidad, y hasta que llegó su reforma legal, se produjeron dos fenómenos de singular importancia. Por una parte, la aparición del proceso de mediación hipotecaria; y, por otra, el mayor interés hacia el proceso de venta notarial del bien inmueble hipotecado. Ambos procesos, que se inician *ex post* del impago del préstamo hipotecario y de carácter extrajudicial, han vivido –y están viviendo– su particular evolución. El primero ha surgido de forma incipiente por iniciativa de organismos públicos y privados, sin un marco legal, pero apunta a cobrar relevancia en el Derecho Procesal en un futuro próximo. El segundo, ha sufrido ciertos cambios, en cierta medida, parejos a las modificaciones del proceso de ejecución hipotecaria. Su mención aquí debe ser resaltada por los efectos que sus resultados pueden tener, no solo respecto al crédito inmobiliario, sino en relación con la garantía hipotecaria. De esta forma, se hace necesario observar las reformas legales que les han afectado –o pueden afectarles–.

2.2.1 FOMENTO DE LA MEDIACIÓN HIPOTECARIA Y LA «CULTURA DEL DIALOGO»

Ante los lamentables efectos del proceso de ejecución hipotecaria, la crisis trajo consigo la «cultura del diálogo» en el «conflicto hipotecario». Distintas instituciones comenzaron a ofrecer servicios de intermediación entre entidades bancarias y particulares en búsqueda de una solución que evitara la pérdida de la vivienda o, en su caso, aceptando su pérdida, pero en las «mejores» condiciones posibles (dación en pago, etc.). A partir de entonces, se habla de la llamada «mediación hipotecaria»⁷⁴, un proceso autocompositivo de resolución de controversias, en el que, con la ayuda de un

⁷⁴ Sobre la mediación hipotecaria, véanse BASTANTE GRANELL, *AD*, 2013, pp. 180-213; CEBALLOS PEÑA, *RM*, 2013, pp. 22-29; BALLUGERA GÓMEZ, 2012, en www.notarios-registradores.com; ADÁN DOMÈNECH, 2016, pp. 367-378; ADÁN DOMÈNECH, «¿Resulta conforme a derecho, la instauración de una mediación hipotecaria autonómica?», 2016, pp. 199-207; BLANCO GARCÍA, *RIEDPA*, 2015, pp. 1-27; BLASCO GASCÓ, 2000; COBAS COBIELLA, *CEFLegal*, 2014, pp. 5-40; ARANDA RODRÍGUEZ, 2016, pp. 239-261; ADÁN DOMÈNECH, *DLL*, 2015; GUTIÉRREZ SANTIAGO, *RJUL*, 2015, pp. 3-69; Figueroa Denche, *RSI*, 2017, pp. 14-19; Domínguez Cano, *Mediatio*, 2015; Pérez Daudí, *J: RDP*, 2017, pp. 263-294; Castillo Felipe, 2016, pp. 649-670; QUESADA LÓPEZ, 2017, pp. 197-225; Fernández-Figares Morales, 2018, pp. 1273-1292; BASTANTE GRANELL, 2018, pp. 1293-1308; etc.

tercero, deudor y acreedor hipotecarios intentan alcanzar de forma voluntaria un acuerdo de reestructuración del préstamo (u otros acuerdos)⁷⁵, que permitan al primero continuar con el pago de la hipoteca o, en su caso, paliar su estado de sobreendeudamiento, intentando siempre preservar la vivienda. Tal proceso se ha instaurado en numerosas partes del territorio español, siendo objeto de regulación en diversas Comunidades Autónomas⁷⁶. Si bien, la mediación hipotecaria, dada su especialidad, necesita un reglamento especial, eficaz, con principios y reglas propios⁷⁷.

Sus ventajas, como apunta la doctrina citada, son indiscutibles, pues permite, a través de la negociación, preservar el préstamo hipotecario y, evitar con ello, la pérdida de la vivienda habitual. Pero recordemos que estamos ante un proceso voluntario, dependiendo su curso y resultado de la voluntad del acreedor, quien, de forma consciente, considera oportuno no proceder al inicio del proceso de ejecución hipotecaria, sino acudir a tal proceso extrajudicial. Ello significa que, aunque puede ejercitar el *ius distrahendi*, opta por paralizar tal derecho en aras a la preservación del contrato de préstamo⁷⁸. No obstante, y al parecer, tal proceso puede tener gran relevancia en un futuro próximo, al ser dotado de carácter obligatorio, al menos el intento de acudir a la mediación. El 11 de enero de 2019 se publicó el Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación, cuyo artículo segundo pretende modificar la LEC, en concreto el artículo 681.1, introduciendo el siguiente texto: «El intento de mediación será requisito necesario para el ejercicio de la

⁷⁵ La mediación hipotecaria en Andalucía busca a petición del consumidor poder alcanzar un acuerdo con la entidad bancaria, capaz de aunar medidas (reestructuración de deuda, periodos de carencia, condonación parcial de la deuda, cambio del tipo de interés, venta extrajudicial del bien hipotecado, rehabilitación del préstamo hipotecario, dación en pago, etc.) que permitan al deudor conservar su vivienda o, en caso de no poder, acabar tras la ejecución del bien inmueble hipotecado con la menor deuda posible.

⁷⁶ Artículo 17 de la Ley andaluza 3/2016, de 9 de junio, destinada a la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda; Arts. 132-1 ss. Del Código de Consumo Catalán; Arts. 59 bis y 59 ter de la Ley murciana 6/2015 de la Vivienda de la Región de Murcia, concretamente como medida política de protección pública de la vivienda; etc.

⁷⁷ No obstante, si la mediación hipotecaria se cataloga como una especialidad de mediación en consumo, deberá tener en cuenta la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Esta norma –a través de la Disposición final séptima– modifica la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, extrayendo la mediación de consumo de las distintas clases de mediación que estaban excluidas de su ámbito de aplicación, pudiéndose entender que a partir de ahora le será de aplicación el contenido de dicha Ley. Ello comportaría el respeto de los principios fijados en mediación, determinaría la eficacia de los acuerdos alcanzados, etc.

⁷⁸ En ocasiones, puede que exista un ánimo social en colaborar dentro de la mediación hipotecario como acreedor. En otras, existirá un interés económico, pues a veces la ejecución de la hipoteca y, posiblemente, la posterior adjudicación del bien inmueble, puede no ser una actuación rentable para la entidad bancaria, dada la situación del mercado inmobiliario.

acción para exigir el pago de deudas garantizadas por hipoteca constituida sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del deudor o de su familia». De ser así, la mediación hipotecaria, cuando el préstamo tenga por objeto la financiación de la vivienda habitual, se convertirá en un proceso extrajudicial preceptivo al proceso especial de ejecución hipotecaria. Ello a pesar de las críticas de diversa doctrina⁷⁹. De hecho, constituiría un nuevo «requisito de procedibilidad», ralentizando la tutela ejecutiva privilegiada del acreedor hipotecario. Si bien, con dicha propuesta, el legislador expone de forma patente la intención de fomentar el «intento de negociación» ante el «conflicto hipotecario», para evitar la pérdida de la vivienda habitual.

2.2.2 LA VENTA EXTRAJUDICIAL ANTE NOTARIO DEL BIEN INMUEBLE HIPOTECADO

Como alternativa al proceso especial de ejecución hipotecaria, el artículo 1.858 CC y el artículo 129 LH permiten que la acción hipotecaria también pueda ejercitarse a través del proceso de venta extrajudicial ante notario del bien hipotecado. No obstante, no ha brillado por su uso durante la crisis, dado que para su inicio era necesario que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca, así como la falta de pago de la cantidad garantizada. Pero como expone Navas, «con la grave crisis de morosidad [...] comienza a ser considerado como una alternativa de ejecución más rápida y barata que la judicial»⁸⁰. Por tal razón, diversas reformas legales post-crisis han intentado impulsar tal proceso, introduciendo cambios que, en gran parte, pretenden favorecer al deudor hipotecario⁸¹.

Entre los cambios más destacados se encuentran la venta en única subasta, de carácter electrónico (siguiendo las reglas de la LEC); el control de cláusulas abusivas por parte del notario (y consiguiente suspensión de la venta extrajudicial por impugnación judicial); la aplicación de la quita parcial del artículo 579.2 LEC o la exigencia de que el valor de subasta no puede ser distinto al fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni ser inferior al 75 % del valor de tasación (extraído según lo dispuesto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipoteca-

⁷⁹ COBAS COBIELLA, *CEFLegal*, 2014, pp. 29-30; CALLEJO CARRIÓN y DE PRADA RODRÍGUEZ, 2016, p. 617.

⁸⁰ NAVAS OLÓRIZ, *RDC*, 2014, pp. 121.

⁸¹ Tal precepto fue modificado por las Leyes 1/2013, de 14 de mayo y 19/2015, de 13 de julio. La última reforma se ha producido por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. *Vid.* ADÁN DOMÈNECH, *CDC*, 2017, pp. 83-134; GARCÍA VILA, *La notaria*, 2013, pp. 20-27; GOMÁ LANZÓN, *CDC*, 2014, pp. 197-222; BIELA CASTRANADO, 2014, pp. 257-316; etc.

rio). No obstante, éste último requisito de procedibilidad ha sido alterado por la LCCI, estableciéndose que el valor de subasta debe ser igual al valor de tasación. Tal medida beneficia al deudor hipotecario al permitir la salida a subasta del bien inmueble por el mismo valor de tasación, incrementando las posibilidades de que el producto obtenido sea suficiente para el pago de la deuda. Sin embargo, no se comprende tal reforma si subsiste en el artículo 682.2.1.º LEC la posibilidad de que en el proceso de ejecución hipotecaria el valor de subasta del bien hipotecado sea del 75 % respecto al valor de tasación⁸². Si el acreedor desea pactar un tipo inferior al valor de tasación –que será lo habitual–, no tendrá interés en estipular en el préstamo hipotecario el uso del proceso de venta extrajudicial en caso de impago. Con ello, se desincentiva tal proceso ante notario y se discrimina la posición de los deudores hipotecarios según sea el proceso ejecutivo utilizado. La vivienda habitual merece la misma protección, ya sea en sede judicial o extrajudicial.

3. REFORMAS LEGALES ATINENTES AL DERECHO CONCURSAL

Una de las reformas más tardías y esperadas tras iniciarse la crisis, fue la instauración de un *fresh start* en España. En 2015, tras diversas reformas legales⁸³, se introdujo en el artículo 178 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), el anhelado beneficio de la exoneración del pasivo restante, a favor de personas naturales (con o sin actividad empresarial). Con tal regulación –falta de acogida y no exenta de críticas y deficiencias prácticas⁸⁴–, nuestro Derecho ofrece al deudor insolvente de buena fe una «segunda oportunidad», pudiendo optar a una liberación parcial de sus deudas dentro del proceso concursal. En la práctica habitual, para poder alcanzar tal beneficio legal, los deudores insolventes suelen atravesar diversas fases dentro del proceso con el fin de alcanzar la liberación de deudas. Primeramente, se inicia –e intenta– un acuerdo extrajudicial de pagos ante notario –o mediador concursal– (AEP) (arts. 231 a 242 LC). De no ser aprobado o por falta de viabilidad,

⁸² Vid. CABANAS TREJO, *DLL*, 2019.

⁸³ Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social y Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

⁸⁴ CUENA CASAS, *REDS*, 2015, pp. 16-39; CUENA CASAS, *CDC*, 2016, pp. 575-639; BERROCAL LANZAROT, 2016, pp. 109-263; CASANELLAS BASSOLS, *DLL*, 2016; CARDO HERRERO, *AJA*, 2016, p. 9; CONDE FUENTES, *CEEJ*, 2015-2016, pp. 19-34; RUBIO VICENTE, *RcP*, 2016, pp. 99-131; FERNÁNDEZ SEIJO, 2015; MONTILLA ARJONA, *RGDP*, 2018; JIMÉNEZ PARÍS, *RCDI*, 2015, pp. 2365-2384; etc.

según el artículo 242.bis.10.º LC se procede –por concurso consecutivo– a la apertura de la fase de liquidación (arts. 142 ss. de la LC). Tales fases no serán necesarias ante la insuficiencia de masa activa, es decir, la ausencia de ingresos y bienes del deudor (art. 176 bis LC). Una vez liquidados todos sus bienes, se inicia el trámite relativo a la exoneración del pasivo restante, con base a la concurrencia de ciertos requisitos exigidos dentro del artículo 178 bis LC. La cuestión, por la materia a examinar, es cómo afecta esta nueva regulación a la hipoteca de vivienda habitual o crédito hipotecario⁸⁵.

3.1 El concurso de persona física (no empresaria) y la hipoteca sobre vivienda habitual

El deudor persona natural (no empresaria) que se encuentre en estado de insolvencia (conforme al art. 2 de la LC) o que no pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, respecto a sus acreedores –entre ellos, el acreedor con garantía real sobre la vivienda habitual–, puede solicitar la apertura del AEP si reúne los presupuestos exigidos en el artículo 231 de la LC, un instituto preconcursal, que ofrece un espacio de arreglo de deudas –dirigido por notario o mediador concursal– entre deudor y acreedores. Dentro de esta fase, destaca que el inicio del expediente provoca la paralización de ejecuciones judiciales o extrajudiciales –como el proceso especial de ejecución hipotecaria– sobre el patrimonio del deudor, como la vivienda habitual, durante un plazo de dos meses (arts. 242 bis.1.8.º y 235.2.a) de la LC). Con tal medida se pretende fomentar un marco de negociación que desemboque en un plan de pagos viable para el deudor insolvente que, podrá contener, los siguientes acuerdos: a) Esperas por un plazo no superior a diez años; b) Quitas y c) Cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos (arts. 242. bis.1.7.º y 236.1 de la LC)⁸⁶. Tal acuerdo deberá ser aprobado atendiendo al sistema de mayorías dispuesto en el artículo 238 de la LC. En cuando a los acreedores hipotecarios, por un «efecto de arrastre» –previsto en el artículo 238 bis.3 de la LC–, pueden quedar vinculados al contenido del convenio e, incluso, podría llegar a aprobarse una dación en pago de la vivienda habitual.

⁸⁵ Vid. JIMÉNEZ PARÍS, *RCDI*, 2017, pp. 1043-1064; ÁVILA RODRÍGUEZ, 2018, pp. 225-247 SÁNCHEZ GARCÍA, *Revista de Derecho vLex*, 2015; QUESADA PÁEZ, *RCDI*, 2016, pp. 3193-3207; Palacios, *AJA*, 2019; etc.

⁸⁶ A través de las negociaciones se pretende que los acreedores sean proclives a condonar parte de las deudas, fijar moratorias (de principal e intereses), reestructurar la deuda, etc. No obstante, existen dos límites: «En ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del deudor para satisfacción de sus deudas ni podrá alterar el orden de prelación de créditos legalmente establecido, salvo que los acreedores postergados consientan expresamente» (art. 236.1 de la LC).

Si en el plazo de dos meses no es posible alcanzar un acuerdo, se abre directamente la fase de liquidación, tendente al desarrollo de las operaciones necesarias para la realización de los activos del deudor (art. 149 de la LC), como la vivienda habitual. Si el acreedor no hubiera iniciado la acción hipotecaria antes de la declaración del concurso, la vivienda se liquida dentro del proceso concursal –en caso contrario, podría ejecutar el bien inmueble de forma separada– (art. 57.3 de la LC). De ser así, al estar ante un crédito con privilegio especial, la realización de la vivienda se llevaría a cabo «en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda» (art. 155.4 de la LC). El acreedor hipotecario hará suyo el montante resultante de la ejecución de la vivienda habitual. Si bien, hay que advertir que el privilegio especial solo alcanza la parte del crédito que no exceda del valor de la garantía real –valor sustraído de un informe de tasación conforme al artículo 94.5 de la LC–. El importe del crédito que exceda de tal privilegio, será calificado según su naturaleza (art. 90.3 de la LC). Quiere ello decir, que, si la deuda hipotecaria no se hubiera satisfecho en su totalidad con la realización de la garantía real, la deuda restante tendrá la consideración de crédito ordinario o subordinado. Un aspecto a tener en cuenta, de vital importancia, para la posterior aplicación del beneficio de la exoneración del pasivo restante.

En principio, para la conclusión del concurso (art. 176 de la LC)–y también para poder optar al beneficio de la «segunda oportunidad (art.178 bis.1 de la LC)– es necesaria la liquidación total de los bienes del deudor, incluida la vivienda habitual como bien inmueble. No obstante, según el criterio de ciertos jueces, existe la posibilidad de excluir la vivienda del activo liquidable. Según expone un comunicado de unificación de criterios, de 15 de junio de 2016, de jueces de lo Mercantil y Primera Instancia n.º 50 de Barcelona:

«Se podrá valorar que no sea necesario, para acordar la exoneración, que los bienes y derechos sujetos al pago de créditos con privilegio especial sean objeto de realización siempre y cuando conste que se está atendiendo su pago con cargo a la masa, que se pueden abonar todos los créditos contra la masa y que el valor de la garantía es superior al valor razonable del bien sobre el que está constituido la garantía».

De este modo, si el deudor persona natural tiene capacidad para pagar las cuotas del préstamo hipotecario y el juez considera razo-

nable y justificada la conservación de la vivienda habitual, ésta podrá quedar excluida, según cierta jurisprudencia, como activo realizable dentro de la fase de liquidación. En este sentido, se manifiesta por ciertos Tribunales:

«En principio no puede excluirse la vivienda habitual de la liquidación en un concurso de persona física. Ello no obstante, no es descartable que el valor de la garantía exceda del valor del bien o que resulte previsible que la enajenación en ningún caso cubrirá el crédito hipotecario (recordemos que tras la Reforma de 2015 es preciso consignar el valor de la garantía ex art. 155.5.º LC). Si así fuera, teniendo en cuenta que el préstamo no se ha dado por vencido y que las cuotas se están abonando puntualmente, el juez podrá autorizar, previo traslado al titular del crédito y a los demás acreedores personados, que el bien no salga a subasta. La realización forzosa, no beneficiaría al resto de acreedores. En estas circunstancias parece que lo más razonable es descartar la enajenación» (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, de 16 de octubre de 2018)⁸⁷.

No obstante, si tal opción no es posible, debiendo procederse a la realización del bien inmueble hipotecado –junto al resto de activos del deudor– la fase de liquidación puede concluir con o sin la suficiencia de los bienes para el pago de la totalidad de los créditos concursales, incluido el préstamo hipotecario. De no haber sido suficientes –o de haberse declarado la insuficiencia de masa activa durante el proceso concursal–, el deudor podrá solicitar el beneficio de la exoneración del pasivo restante (art. 178 bis.1 de la LC), la liberación de las deudas. Un *fresh start* parcial a favor del deudor persona física, que nace con el siguiente fundamento:

«En este ámbito se enmarca de manera muy especial la llamada legislación sobre segunda oportunidad. Su objetivo no es otro que permitir lo que tan expresivamente describe su denominación: que

⁸⁷ «Bankia solicita no sólo la inclusión del bien en la masa activa, sino el sometimiento de la vivienda al plan de liquidación propuesto para realizar otros bienes de la Sra. Silvia. Consideramos que esa segunda petición no puede prosperar o, por lo menos, no puede hacerlo de modo automático ya que, integrada la vivienda en la masa activa del concurso, el administrador concursal deberá ponderar si se dan los requisitos y circunstancias previstos en el artículo 155.2 de la LC, sometiendo esa decisión al trámite procesal correspondiente dentro del concurso, con todas las garantías previstas en dicho precepto. Por otra parte, caso de no ser posible o viable el pago con cargo a la masa de la deuda derivada del préstamo hipotecario sobre la vivienda, el plan de liquidación deberá ponderar si concurren en el deudor los requisitos socioeconómicos que permitirían su reconocimiento como persona en riesgo de exclusión social, o persona integrada en un colectivo especialmente vulnerable. El plan de liquidación deberá proponer las medidas adecuadas para adecuar la realización de la vivienda habitual a las medidas que prevé tanto el RDL 6/2012 como la Ley 1/2013. Por tanto, el administrador concursal deberá elaborar un nuevo plan de liquidación en el que se atienda a todos los requerimientos fijados en esta resolución» (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, n.º 72/2018, de 20 de junio de 2018). *Vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, n.º 584/2019, de 29 de enero de 2019).

una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer»⁸⁸.

La cuantía de las deudas objeto de liberación dependerá del intento previo de acuerdo extrajudicial de pagos. Si el deudor persona física ha celebrado –o, al menos, intentado celebrar un AEP– y, además, ha satisfecho la totalidad de los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, podrá beneficiarse de una liberación íntegra de los créditos ordinarios y subordinados. Si no hubiera intentado tal AEP, para disfrutar de tal exoneración el deudor deberá pagar asimismo un 25 % de los créditos ordinarios (art. 178 bis.3.4.º de la LC). De cumplirse tales requisitos se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho (se excluyen créditos públicos y derecho de alimentos). De seguirse la primera vía, ello significa, en principio, que, si tras la subasta judicial o venta del bien inmueble hipotecado queda deuda pendiente, ésta pasará a tener carácter de crédito ordinario u subordinado (según cual sea su naturaleza), formando parte de las deudas que serían, entonces, objeto de liberación. De esta forma, el acreedor hipotecario solo vería satisfecho su crédito en la cuantía que represente el precio obtenido en la ejecución del bien hipotecado. De quedar deuda pendiente, y calificarse como crédito ordinario o subordinado, sería objeto de exoneración, quedando liberado el deudor de la misma⁸⁹. Es cierto, como señala Cuenca, que

⁸⁸ Preámbulo 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.

⁸⁹ Sobre esta cuestión, objeto de controversia, puede verse SÁNCHEZ JORDÁN, 2016, pp. 117 ss. Señala dicha autora: «A partir de la inclusión del artículo 178 bis LC, la situación es diferente de la apenas descrita. Ahora, para acceder a la exoneración del pasivo insatisfecho, y como ya se ha explicado, el deudor dispone de dos alternativas: la primera es la vía del previo pago de un umbral mínimo de pasivo, que se encuentra regulada en el artículo 178 bis, 3.4.º LC y en la que, de entrada, parece no haber lugar a la liberación de la deuda hipotecaria, puesto que para la concesión del beneficio se exige que ya se hayan abonado todos los créditos contra la masa y los privilegiados, entre los que se comprenden los hipotecarios. Por si ello no bastara, la norma establece que si el deudor no hubiera intentado el acuerdo extrajudicial de pagos, además de los anteriores habrá debido satisfacer también al menos un 25 % de los créditos ordinarios. De lo expuesto se deduce que si el obligado se inclinara por esta opción, el único pasivo que podría quedar liberado es el ordinario pendiente y todo el subordinado, puesto que el abono de las deudas enunciadas por la norma –entre las que, como se acaba de decir, están las privilegiadas– se constituye en condición para la exoneración del pasivo insatisfecho, dejando por lo tanto fuera del ámbito de aplicación del régimen de segunda oportunidad todas las deudas aseguradas. A favor de esta tesis podría esgrimirse, además, que la afirmación expresa de la posibilidad de liberar la parte impagada del crédito garantizado (con prenda o hipoteca) tras la ejecución de la garantía parece estar reservada únicamente a los casos en los que el obligado se inclinara por la siguiente alternativa (la que le brinda el artículo 178 bis, 3.5.º LC), ya que de conformidad con lo previsto en el número 5.2.º del artículo 178 bis LC, el beneficio de exoneración se extenderá a la parte de los créditos enumerados en el artículo 90.1 LC que no hubiera podido satisfacerse con la ejecución de la garantía (siempre que no deban incluirse en alguna categoría distinta a la de crédito ordinario o subordinado), cuando el

«no hay técnicamente «dación en pago» como remedio al sobreendeudamiento hipotecario». El deudor debe soportar el lanzamiento y posteriormente debe cumplir todos los requisitos legales y de conducta que se prevén en el artículo 178 bis de la LC⁹⁰. Si bien, en cuanto al efecto conseguido, queda liberado del crédito inmobiliario restante tras la venta de la vivienda, de no ser suficiente el precio obtenido. Especifica un Tribunal:

«Los créditos privilegiados especiales no satisfechos con los activos garantizados han pasado a ser ordinarios y subordinados, por lo que caen dentro de la exoneración del pasivo (art. 157.2 L. C. y art. 178bis 5.2.º L. C)» (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián (Provincia de Guipúzcoa), n.º 293/2015, de 8 septiembre [JUR 2016\5522]).

La vía anterior hace referencia al «cauce general» previsto en el artículo 178 bis.3.4.º de la LC. Si el deudor no tiene capacidad económica para satisfacer la cuantía y porcentaje de los créditos descritos, podrá someterse a un plan de pagos durante un periodo de cinco años⁹¹, un cauce excepcional y alternativo que se abre a favor de deudores sin recursos (art. 178 bis.3.5.º de la LC). Tras cumplir el plan de pagos se beneficiará de la liberación de deudas⁹², que se extiende a la parte insatisfecha de ciertos créditos: «[...] respecto a los créditos enumerados en el artículo 90.1, la parte de los mismos

deudor hubiera empleado la opción regulada en el artículo 178 bis. 3.5.º LC. Sin embargo, creo que si la vía del previo pago de un umbral mínimo de pasivo permite la exoneración de una parte de los créditos ordinarios pendientes, y que para llegar hasta la fase de liberación del pasivo insatisfecho es precisa la ejecución de las garantías, cabría sostener que al menos una parte de los créditos garantizados que no han quedado cubiertos tras la realización del valor de los bienes asegurados podrán ser considerados créditos ordinarios –con los matices que se expondrán a continuación– y, por lo tanto, serían susceptibles de quedar exonerados también cuando el consumidor concursado utilizara la posibilidad que le brinda el artículo 178 bis. 3.4.º LC». SÁNCHEZ JORDÁN, «Deudas derivadas de la adquisición de la vivienda y exoneración concursal del pasivo insatisfecho», 2016, p. 976 ss.

⁹⁰ CUENA CASAS, *RcP*, [La Ley 2037/2015].

⁹¹ «El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho concedido a los deudores previstos en el número 5.º del apartado 3 se extenderá a la parte insatisfecha de los siguientes créditos: 1.º Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, y exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos. 2.º Respecto a los créditos enumerados en el artículo 90.1, la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada salvo que quedara incluida, según su naturaleza, en alguna categoría distinta a la de crédito ordinario o subordinado» (art. 178 bis.5 de la LC).

⁹² También podrá, atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, declarar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriesen en el deudor las circunstancias previstas en el artículo 3.1, letras a) y b), del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada salvo que quedara incluida, según su naturaleza, en alguna categoría distinta a la de crédito ordinario o subordinado» (art. 178 bis.5 de la LC). Por tanto, podría exonerarse de la deuda pendiente, si la hubiera, tras la ejecución de la garantía real.

No obstante, siga el deudor el cauce general –vía del previo pago de un umbral mínimo de pasivo– o alternativo –vía del plan de pagos–, debe cumplir no solo unos requisitos objetivos (relativos a la cuantía y porcentaje de créditos pagados, celebración o no del AEP, etc.), sino también subjetivos. El beneficio de la exoneración del pasivo restante se concede únicamente a un «deudor de buena fe», cuyo concurso no haya sido declarado culpable y que no haya sido condenado por ciertos delitos en los últimos diez años⁹³. Además, de someterse al plan de pagos del cauce excepcional, no debe: a) haber incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el artículo 42 de la LC; haber obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años; c) haber rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad; y, por último, debe aceptar, de forma expresa, que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de cinco años⁹⁴. Recordar, igualmente, que el beneficio de la exoneración del pasivo restante puede ser objeto de revocación si concurren las circunstancias previstas en el artículo 178 bis.7 de la LC.

V. EL RESULTADO: LA TRANSMUTACIÓN SOCIO-JURÍDICA DE LA HIPOTECA SOBRE VIVIENDA HABITUAL

Retomando la metáfora del Derecho como «ser vivo», queda patente que éste ha sido un paciente –en crisis– que ha sufrido múltiples «vacunas» para dotarlo de una mayor moralidad. Qué mayor propósito para su creador (el legislador) que conferir al sistema un mayor sentido de la justicia. Pero por mucho que se pensara que tales tratamientos iban a afectar a determinados «órganos» (leyes) o células (normas), se han producido «efectos secundarios» que han afectado, de forma directa o indirecta, a otras partes del Dere-

⁹³ Delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores.

⁹⁴ Para conocer con más exactitud la exigencia de buena fe, véase BASTANTE GRANELL, 2016, 252 pp.; SANJUÁN Y MUÑOZ, 2015, pp. 771-803; etc.

cho. En particular, a la hipoteca, aunque sus preceptos básicos no hayan sido objeto de reforma legal. Cuando dicho derecho real de garantía recae sobre una vivienda habitual, la nueva legislación provoca la desactivación y deceleración del *ius distrahendi* y, asimismo, el sistema promueve una hipoteca (*de iure* e indirecta) de responsabilidad limitada, sin pacto expreso. Y, todo ello, por la naturaleza y destino del objeto hipotecado, su consideración de vivienda habitual. Es momento, entonces, de «monitorizar» el estado de la hipoteca en España.

1. LA DESACTIVACIÓN Y DECELERACIÓN DEL *IUS DISTRAHENDI*

El titular del derecho de hipoteca, el acreedor hipotecario, ostenta diversas facultades (conservativas, de aseguramiento y ejecución⁹⁵). Pero entre ellas, destaca la facultad o el derecho a enajenar el bien hipotecado, cuando la obligación garantizada ha vencido y no ha sido satisfecha, para pagar la deuda⁹⁶. Una facultad, recogida en el artículo 1858 CC y conocida como *ius distrahendi*, concebida al acreedor para poder satisfacer su derecho de crédito y, sin la cual, el derecho de hipoteca quedaría vacío de contenido, sin su esencia intrínseca⁹⁷. Es cierto que el Derecho post-crisis no ha erradicado,

⁹⁵ El derecho a ejercitar la acción de devastación del artículo 117 LH, la acción declarativa confesoria o de constatación de la existencia de la garantía, a transmitir la hipoteca, a imponer la ampliación de la garantía, a abstenerse de votar en el proceso concursal, etc.

⁹⁶ Se prohíbe el pacto comisorio. Artículo 1859 CC: «El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas».

⁹⁷ Dice la DGRN: «Por tanto, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el acreedor puede ejercer el «ius distrahendi» inherente a su derecho mediante el ejercicio de la acción directa, o de la ordinaria, prevista en la norma ritual sujetas al control de jueces y tribunales. De este modo se hace efectiva la responsabilidad del deudor sobre el bien objeto de garantía desembocando en su enajenación forzosa por la vía de apremio. Por ello ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo que la facultad del acreedor hipotecario para instar la enajenación forzosa del bien objeto de garantía forma parte del contenido estructural del derecho de hipoteca. La atribución del «ius vendendi» al acreedor no es un elemento añadido o circunstancial, sino que integra el contenido esencial de su derecho (Resolución de 13 de abril de 2012). Esta misma doctrina pone de manifiesto que el ejercicio de esa facultad consustancial del derecho del acreedor no puede ser llevada a cabo por su titular de forma unilateral dada la proscripción en nuestro derecho del pacto comisorio (artículos 1858 y 1884 del Código Civil) por lo que es preciso que su ejercicio se acomode a los procedimientos legalmente preestablecidos ya sean judiciales o extrajudiciales. Sólo de este modo la actuación del acreedor en ejercicio de su derecho recibe el amparo del ordenamiento jurídico y obtiene el reconocimiento de las consecuencias de él derivadas» (RDGRN de 15 de julio de 2013, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Granollers n.º 3 a inscribir una escritura de novación de un préstamo hipotecario). «La legitimación activa le corresponde al acreedor o titular de un derecho de crédito garantizado con la hipoteca, que como tal debe aparecer en la escritura de constitución de la hipoteca, debidamente registrada. La inscripción registral legitima al acreedor a poder reclamar la realización del bien garantizado, cumpliéndose, de esta forma, las directrices contenidas en el Art. 130 de la Ley hipotecaria, al manifestar que el procedimiento

ni muchos menos, tal facultad del acreedor, pero si ha provocado su «desactivación» en sede contractual y su «deceleración» en sede procesal. Cuando el acreedor es titular de una hipoteca cuyo objeto ostenta la categoría de vivienda habitual, el *ius distrahendi* pierde sus notas esenciales: la eficacia inmediata y la celeridad.

«Desactivación» en sede contractual. El *ius distrahendi* es un derecho derivado de la titularidad de la hipoteca, cuya activación jurídica pende del vencimiento de la obligación asegurada. De modo que, si la obligación no se incumple por el deudor, tal facultad no se activa. El poder de realización se hallaría, pues, en estado latente. Nuestro legislador, con las medidas aprobadas, ha permitido que el ejercicio del *ius vendendi* del acreedor se dilate en el tiempo e, incluso, que se desactive.

Anteriormente, el sistema legal permitía que el acreedor hipotecario pudiera ejercitar tal derecho de producirse el vencimiento anticipado del préstamo, incluso por el impago de una o tres cuotas hipotecarias. Tras la LCCI, su artículo 24 establece que tal vencimiento solo se podrá producir por el impago de 12 o 15 cuotas del préstamo. Es decir, el *ius distrahendi* no se puede ejercitar hasta que transcurra más de un año desde que el deudor incumplió sus obligaciones de pago. Además, después o antes de suceder el vencimiento total de la deuda garantizada, el *ius distrahendi* puede quedar paralizado o, bien, dilatarse su activación, respectivamente, de forma voluntaria o forzosa. Ello dependerá del deudor hipotecario, de su comportamiento y situación socio-económica. Si resulta de aplicación el CBP, el acreedor –que se halle adherido– deberá intentar llevar a cabo una reestructuración del préstamo –pudiendo dilatarse dos meses como mínimo–, que siendo viable supondrá una novación «voluntaria» y objetiva del préstamo hipotecario y, en consecuencia, inhibirá la posibilidad de iniciar la ejecución hipotecaria. Lo mismo ocurre si el deudor acude al AEP, como instituto preconcursal, implicando la prohibición de inicio y la paralización de ejecuciones hipotecarias sobre vivienda habitual durante el plazo de dos meses. Y así sucederá también si finalmente se aprueba el Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación, con-

de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo, resultando patente una vez más que la inscripción registral condiciona la correcta constitución de la litis, pues la misma sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida, –Art. 104 de la Ley Hipotecaria y Art. 1.876 del Código Civil–, concediendo al acreedor hipotecario un derecho esencial, consistente en poder vender (realizar) el bien hipotecado (*ius vendendi*), con el consecuente derecho de cobrarse el crédito garantizado con el precio de la venta (*ius distrahendi*)» (SAP de Cádiz, Sección 5.^a, de 12 de junio de 2006).

virtiendo el intento de mediación hipotecaria en un paso previo y obligatorio para poder acudir al proceso especial de ejecución hipotecaria. En ese caso, el plazo para ejercitar el *ius distrahendi* dependerá, en principio, de cada legislación autonómica. Por último, destáquese que incluso después de haberse ejercitado tal facultad de realización de la vivienda habitual, procediendo a la apertura y desarrollo del proceso de ejecución hipotecaria, el deudor puede optar a la rehabilitación del préstamo hipotecario, sin consentimiento del acreedor, antes de que se cierre la subasta (art. 693.3 LEC). Aunque el *ius distrahendi* se active, el deudor tiene la facultad legal, si cumple ciertos requisitos, de oprimir y desconectar el derecho del acreedor.

Lo anterior muestra una clara intención del legislador de demorar la activación del *ius distrahendi* por dos propósitos básicos. Por una parte, conceder un periodo de «respiro» y de recuperación económica al deudor con la regulación de la LCCI sobre las cláusulas de vencimiento anticipado. De este modo, el deudor gozará de un periodo de tiempo para obtener ingresos y saldar las cuotas impagadas. Y, por otra, preservar el lazo contractual, fomentando la «cultura del diálogo» o la reestructuración de deudas, a través del CBP o la mediación (hipotecaria y concursal), evitando, con ello, la ejecución del préstamo hipotecario⁹⁸. En ambos casos se observa cómo la facultad de realización de bien inmueble se dilata o paraliza en aras a la preservación del contrato. Solo manteniendo su eficacia contractual, será posible evitar la ejecución de la vivienda habitual, sin abocar al deudor a una situación de exclusión social. La lucha por la «perennidad» del contrato inhibe la eficacia inmediata y ejercicio del *ius distrahendi*. Busca dejarlo en estado latente a favor del deudor hipotecario.

«Deceleración» en sede procesal. No hay derecho sin cauce legal para su defensa y realización. Por ende, nuestro legislador instauró cauces procesales específicos para el ejercicio legítimo del *ius distrahendi*. Como dispone el artículo 129 LH, el acreedor podrá ejercitar la acción hipotecaria en sede judicial o extrajudicial. En el texto original de la Ley Hipotecaria de 1946, los acreedores consiguieron que el legislador estableciera un proceso especial de ejecución (ex art. 131 LH), que les otorgaba una tutela judicial privilegiada para proceder a la enajenación del bien hipotecado. Tal proceso se insertó posteriormente en la Ley 1/2000, de 7 de enero (LEC) (artículos 681 a 698). Igualmente, se estableció el proceso de venta extrajudicial de bienes hipotecados (art. 129 LH). La intención de su creación legal era –y es– ofrecer a los acreedo-

⁹⁸ Lo mismo ocurre con la rehabilitación del préstamo hipotecario en sede judicial.

res un proceso de apremio especial y privilegiado para favorecer la realización inmediata de los bienes hipotecados, sin contradicción y en la menor brevedad posible. Dicho con otras palabras, el propósito es que tales procesos se caractericen por su celeridad y la eficiencia en el cobro, sirviendo como un cauce óptimo para el ejercicio del *ius distrahendi*. Sin ellos, tal derecho carecería de eficacia inmediata y rapidez. Por tal motivo, para evitar dilataciones, se suprime el trámite de avalúo del bien hipotecado (haciendo referencia al valor de tasación) y se exige un domicilio a efectos de notificaciones del deudor (art. 682 LEC). Aparecen como una *conditio iuris* de acceso.

Sin embargo, tras el Derecho post-crisis, los cambios legales en el interior del proceso de ejecución hipotecaria han provocado la «deceleración» del *ius distrahendi*. La ausencia de contradicción (de alegaciones) y de medios de defensa del deudor hipotecario eran rasgos distintivos que dotaban al proceso de una mayor celeridad. Si bien, la introducción de una nueva causa de oposición (poder alegar la existencia ciertas cláusulas abusivas) –apreciable de oficio por el juez– (art. 695 LEC) y una interpretación abierta de las causas de suspensión (696 y 697 LEC)⁹⁹, han inducido una transformación del proceso de ejecución hipotecaria y la merma de su celeridad. La oposición por cláusulas abusivas se convierte en un «cajón de sastre» para alegar la abusividad de cláusulas del préstamo hipotecario e iniciar, así, un proceso declarativo, lo que comporta la apertura de un incidente con efecto suspensivo. El efecto para el acreedor es abrumador, pues conlleva una ralentización del proceso ejecutivo, a veces por motivos que podrían ser infundados (en la búsqueda de dilatar la pérdida de la vivienda habitual o, bien, poder proceder a la rehabilitación del préstamo vencido). Tal situación podría plantear un quebranto de la tutela judicial del acreedor. El Derecho *pro debitoris* ha supuesto el paso de un proceso hipotecario, sumario y rápido, a un proceso «cuasicontradictorio» y lento, en detrimento de los intereses del acreedor¹⁰⁰. De hecho, actualmente el proceso de ejecución hipotecaria puede durar entre uno o dos años –e, inclu-

⁹⁹ Por prejudicialidad civil, por existencia de un proceso declarativo, por sucesión procesal, por inicio de proceso concursal, por petición de asistencia jurídica gratuita, etc.

¹⁰⁰ En cierta parte, ello sucede también dentro del proceso de venta extrajudicial ante notario de bienes hipotecados, pues dentro del apartado segundo, letra f), del artículo 129, se ha insertado, a través de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, la posibilidad de suspender el proceso extrajudicial por la posible existencia de cláusulas abusivas. Señala CARRASCO PERERA: «La causa específica de oposición del art. 695.4.º exige, a diferencia de las demás, un verdadero juicio contradictorio incrustado en el hipotecario; para tal viaje no se necesitan alforjas, y bastaba aplicar ordinariamente el elenco de causas de oposición de los arts. 557 y 559 LEC y el régimen ordinario de apelaciones y de tercerías». CARRASCO PERERA, *El Notario del Siglo XXI*, 2014.

so más tiempo—, según las circunstancias existentes. Como resultado, la reforma procesal ha desprovisto —por la necesaria protección del consumidor y su vivienda— al *ius distrahendi* de una nota esencial: su celeridad¹⁰¹.

2. HACIA UNA HIPOTECA (*DE IURE*) CON DEUDA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Generalmente —por no decir siempre—, los préstamos hipotecarios se suscriben sin responsabilidad limitada. Ello significa que, si tras la realización forzosa del bien hipotecado el saldo obtenido no es suficiente para el pago de la obligación dineraria, el acreedor, con base al principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 CC, puede perseguir otros bienes del deudor. Así lo establece el artículo 105 LH, cuando especifica que la hipoteca «no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo mil novecientos once del Código Civil». No obstante, existe la posibilidad de pactar en sede contractual una cláusula en virtud de la cual la obligación garantizada «se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados» (art. 140 LH). De este modo, como dispone tal precepto, «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». Dicho de otra forma, el deudor solo responderá con el valor de su vivienda habitual. Afirma acertadamente Serra que «el art. 140 LH no autoriza un pacto de limitación de responsabilidad sino de concreción de la misma al bien hipotecado»¹⁰². En efecto, a los acreedores no les interesa tal pacto, se trata de una «entelequia». En la práctica actual no se celebran contratos que configuren un préstamo —o una hipoteca— con deuda de responsabilidad limitada, por mucho interés que tenga el deudor¹⁰³.

¹⁰¹ Piénsese que «el control de abusividad se torna prioritario ante una ejecución hipotecaria en que esté comprometida la vivienda del consumidor ejecutado, pues puede ocurrir que una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución sea abusiva, de manera que pueda verse así injustamente privado de su vivienda. No hay que perder de vista que esa eventual privación vía lanzamiento hipotecario afecta negativamente a un derecho, cual es el derecho a la vivienda, que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia reconoce esencial y garantizado por el artículo 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea 48 (en adelante, CDFUE), que los jueces nacionales deben tener en cuenta al aplicar la Directiva 93/13 49, y en tanto que es así el Tribunal de Justicia se erige como supervisor de su cumplimiento y respeto». DOMÍNGUEZ ROMERO, 2018, p. 54.

¹⁰² SERRA RODRÍGUEZ, *AJI*, 2017, p. 331.

¹⁰³ «En este momento hay que hacer notar que esta hipoteca se ha podido pactar perfectamente a lo largo de los últimos años, pues proviene de la redacción de 1946 de la

No obstante, la carencia de tales pactos en sede contractual y el perjuicio ocasionado al deudor han incentivado que ciertas reformas legales se dirijan a imponer –de forma encubierta–, en mayor o menor medida, una hipoteca con deuda de responsabilidad limitada. El Derecho post-crisis ha elevado el valor de subasta de los bienes hipotecados en sede judicial y notarial (igual o superior al 75 % del valor de tasación e igual al valor de tasación, respectivamente); ha concedido, en virtud del CBP, una dación en pago a favor de deudores sin recursos; ha establecido quitas parciales de la deuda hipotecaria –algunas voluntarias y otras forzosas– (dentro del marco de negociación del CBP y en el art. 579.2 LEC); y ha permitido, con base al artículo 178 bis de la LC, que los deudores de buena fe puedan verse exonerados de la deuda pendiente tras la liquidación de la vivienda habitual en sede concursal. Es cierto que con algunas reformas no se evita que el deudor siga respondiendo con su patrimonio (como la relativa al incremento del valor de subasta en el proceso de ejecución hipotecaria). Pero otras medidas, como la dación en pago del CBP o el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, permiten que el deudor responda únicamente con el valor del bien inmueble hipotecado. Nuestro Derecho parece dirigirse, de forma progresiva, al reconocimiento –trasversal y legal– de una hipoteca con deuda de responsabilidad limitada al bien hipotecado. Y, ello, sin modificar, de forma directa, la Ley hipotecaria.

Si la limitación de responsabilidad al valor del bien hipotecado no fluye mediante pacto en sede contractual, el legislador parece querer insertarlo *de iure* –o imponerlo– en sede ejecutiva. Ante ello, puede que en un futuro el pacto de «concreción de responsabilidad limitada» sea un derecho irrenunciable e imperativo a favor del deudor con hipoteca sobre vivienda habitual. Se pasaría, entonces, de una hipoteca voluntaria a una «hipoteca legal de responsabilidad limitada». Mientras tanto, habrá que conformarse con el intento legal de incentivar que el valor del bien hipotecado sea suficiente –en su totalidad o en la mayor parte posible– para satisfacer el derecho de crédito del acreedor hipotecario.

LH, pero en la realidad económica vemos que nadie la pacta, pues disminuye la garantía al eliminar la subsistencia de la responsabilidad del 1911 CC, encareciendo el préstamo. Es lógico, si limitamos la responsabilidad al valor del bien hipotecado, cualquier disminución de dicho valor implicará la de la responsabilidad, y por tanto y si baja dicho valor por debajo del montante de la deuda, ello significa una quita para el deudor, porque no hay posibilidad de extender luego la responsabilidad por la parte de deuda no cubierta a otros bienes, muebles o inmuebles. En cualquier caso, implica menos garantía, lo que da lugar a mayor riesgo, y por tanto ello determina un mayor precio del dinero». LACRUZ MANTECÓN, *RDC*, 2014, pp. 89-103.

3. EL GÉNESIS DE UNA «HIPOTECA ESPECIAL» SOBRE VIVIENDA HABITUAL

Las reformas legales habidas tras la crisis –de Derecho civil, Procesal y Concursal– han generado de forma indirecta –con o sin tal objetivo– una legislación específica, un régimen jurídico propio, sobre la hipoteca cuyo objeto sea la vivienda habitual del deudor hipotecario. De hecho, dada la abundancia de cambios, podría decirse que existe la «hipoteca especial sobre vivienda habitual». La garantía real, con base a la condición del bien inmueble, se somete no solo a las normas comunes, también a nuevas normas especiales¹⁰⁴. Ante tal situación, el acreedor, al conceder un crédito hipotecario, no debe respetar únicamente las normas relativas a la contratación de un préstamo para la adquisición de vivienda (como la LCCI), sino también valorar el beneficio de constituir una hipoteca como garantía de la obligación, atendiendo a las nuevas normas del mercado hipotecario. La condición de «vivienda habitual» del bien inmueble hipotecado comporta, en consecuencia, nuevas «reglas del juego» en sede contractual y ejecutiva que la entidad bancaria debe examinar. Tal es así, que ahora, más que nunca, tiene especial importancia preguntar al cliente el destino del bien inmueble que pretende adquirir con el préstamo hipotecario. La naturaleza del objeto hipotecado, su condición de vivienda habitual, puede transformar el *ius distrahendi* del acreedor y la extensión de la responsabilidad hipotecaria. Con el Derecho post-crisis no será lo mismo ejecutar un bien inmueble genérico, que una vivienda habitual. Como efecto, cambiarán las políticas de concesión del crédito y las «estrategias» de la banca en sede ejecutiva.

Con el propósito de asegurar la aplicación de dicho régimen especial es importante hacer constar que la vivienda constituye la residencia o domicilio permanente del deudor. Por tal razón, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, introdujo un nuevo apartado en el artículo 21 de la LH, que dispone: «En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque». Por su tenor literal, parece un deber impuesto a las partes contratantes, cuyo cumplimiento debe observar el notario e, incluso, el registrador, pudiendo comportar una calificación negativa. Al constar tal carácter en la escritura de préstamo, se presume «salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual». La constancia registral es decisiva porque «determinará de

¹⁰⁴ Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, 2018, pp. 241-334.

futuro el conjunto normativo aplicable a la vivienda»¹⁰⁵. No obstante, el transcurso del tiempo puede provocar un cambio en el destino del bien inmueble¹⁰⁶. De ser así, y de producirse en sede ejecutiva, el acreedor deberá probar tal circunstancia para evitar la aplicación del régimen especial. Asimismo, puede suceder a la inversa, adquiriendo el bien inmueble en un futuro la condición de vivienda habitual. De modo que, si el deudor hipotecario desea beneficiarse del régimen especial, deberá probar tal condición con los medios probatorios oportunos. Así pues, su constancia registral es un dato relevante, pero no definitivo¹⁰⁷. De hecho, durante la vida del préstamo las partes pueden modificar o alterar la condición del bien inmueble. Siendo así, y a pesar de la labor de control de notarios y registradores, el deudor debe vigilar la inclusión de tal cláusula en la escritura de préstamo hipotecario para gozar de una mayor protección jurídica.

4. LA «MACRODEPENDENCIA» EN LA RELACIÓN CRÉDITO-HIPOTECA

En efecto, la naturaleza del objeto gravado –de vivienda habitual– transforma el *corpus iuris* de la hipoteca y su contenido. Si bien, la transmutación del derecho real de garantía no proviene exclusivamente de la condición del objeto gravado, sino también de una «macrodependencia» con la obligación garantizada. Como dijimos, la hipoteca pende del crédito inmobiliario. No obstante, el Derecho y jurisprudencia post-crisis ha generado una fuerte dependencia –colosal influencia– hipoteca-crédito. Ello se debe a que las leyes aplicables al préstamo y su práctica judicial, sobre todo cuando una parte es consumidora, afectan sustancialmente al derecho real de garantía (TRLGDCU, LCGC, LCCI, etc.). Antes, la dependencia parecía limitarse al cumplimiento o incumplimiento de la obligación garantizada. Ahora se ha visto potenciada por la creación de derechos imperativos de carácter irrenunciable (como las cláusulas de vencimiento anticipado) y por los efectos derivados de la existencia de cláusulas abusivas. Respecto a esto último, el carácter abusivo de ciertas cláusulas financieras (cláusulas suelo, intereses de demora, índices de referencia, etc.) puede alterar de forma sustancial el *quantum* garantizado con la hipoteca (determi-

¹⁰⁵ RDGRN, de 26 de noviembre de 2013 [RJ 2014/23829]; RDGRN, de 19 de diciembre de 2013 [RJ 2013/8378]; etc.

¹⁰⁶ Sobre tal asunto, destaca la controversia en torno a una posible cláusula que limite o impida el cambio de destino del bien inmueble hipotecado, sobre la que se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de septiembre de 2015. Véase ALBIEZ DOHRMANN, *RLM*, 2016, pp. 35 a 42.

¹⁰⁷ DOMÍNGUEZ LUELMO, 2018, pp. 326 ss.

nado en la escritura pública conforme al art. 12 LH); e, incluso, afectar al *ius distrahendi*¹⁰⁸ o, bien, provocar la ineficacia de la ejecución hipotecaria, ya finalizada, del bien inmueble hipotecado¹⁰⁹ (posibles efectos derivados de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado). Lo anterior evidencia la repercusión de la legislación *pro consumatore* en el desarrollo y ejecución del derecho real de garantía. Tal es así, que puede apreciarse el contrasentido de observar cómo la hipoteca, nacida en beneficio del acreedor, se diluye o muta con base a normas *pro debitoris* de origen legal, pero de base contractual, en detrimento de aquel.

VI. CAUSAS EXEGÉTICAS DE LA TRANSMUTACIÓN SOCIO-JURÍDICA

Es innegable la afectación –directa o indirecta– del Derecho post-crisis sobre la hipoteca. Diversa legislación especial ha alterado el contenido y funcionamiento de dicho derecho real de garantía, provocando una auténtica transmutación jurídica (desactivación o deceleración del *ius distrahendi*, el progreso hacia una hipoteca de responsabilidad limitada, la creación de un régimen jurídico especial e, inclusive, la generación de una relación «macro-dependiente»). Finalmente, la «vacuna jurídica» para dotar al sistema de mayor moralidad está provocando el advenimiento de una *hypotheca specialis* en nuestro Derecho. Ahora bien, debemos analizar el «compuesto» o las «sustancias» de tal vacuna, pues la transformación o cambio se está produciendo por el apogeo y la tímida entrada de nuevos principios, pensamientos y teorías; y, que, al parecer, están llamados a cobrar un gran protagonismo.

¹⁰⁸ Actualmente, la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado plantea diversos interrogantes tras la STJUE, 26 de marzo de 2019 (Asuntos acumulados: Abanca Corporación Bancaria, S. A. y Alberto García Salamanca Santos (C-70/17); Bankia, S. A. y Alfonso Antonio Lau Mendoza, Verónica Yuliana Rodríguez Ramírez (C-179/17)). Si bien, la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado es un problema de carácter procesal que afecta al ejercicio del *ius distrahendi*. Y ello, porque, según tal sentencia, la nulidad puede comportar la imposibilidad de acudir al proceso especial de ejecución hipotecaria, salvo que, por decisión del consumidor, éste prefiera seguir tal cauce procesal y evitar que la ejecución del contrato se desarrolle por la vía ordinaria, que puede resultar un cauce menos favorable a sus intereses económicos. Destáquese cómo la abusividad de una cláusula ha provocado que el *ius distrahendi*, una facultad del acreedor, penda de la decisión del deudor. No obstante, recuérdese que tal pronunciamiento judicial es aplicable a ejecuciones hipotecarias pasadas, existiendo una nueva regulación de cláusulas de vencimiento anticipado en la LCCI. Vid. ADÁN DOMÈNECH, *DLL*, 2019.

¹⁰⁹ SOT TORRES, *RSI*, 2017, pp. 24-27.

1. LOS «DERECHOS SOCIALES» EN EL DERECHO DE CONTRATOS Y DE GARANTÍAS

Si tal «inyección jurídica» de moralidad en el sistema español ha sido posible –que no suficiente– se debe a la exaltación por el clamor social de los derechos humanos durante la crisis. En concreto, a la demandada defensa del derecho a una vivienda digna ante la pérdida del bien inmueble hipotecado. Tal derecho se recoge en el artículo 47 de nuestra Carta Magna, que dispone lo siguiente:

«Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho».

Por su parte, el artículo 34.3 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), manifiesta:

«[...] la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales».

Realmente no nos encontramos *stricto sensu* ante «derechos fundamentales», sino ante principios rectores de la política social y económica de España (art. 53.3 CE) y, en efecto, de la Unión Europea (art. 52 CDFUE). No obstante, con base al contenido del artículo 7 de la CDFUE, el TJUE ha llegado a reconocer, al juzgar un conflicto en materia de ejecuciones hipotecarias y cláusulas abusivas, que el derecho a una vivienda digna tiene el carácter de derecho fundamental¹¹⁰:

«En efecto, la pérdida de la vivienda familiar no sólo puede lesionar gravemente el derecho de los consumidores (sentencia Aziz, EU: C:2013:164, apartado 61), sino que también pone a la familia del consumidor en una situación particularmente delicada [...]. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estimado que la pérdida de una vivienda es una de las más graves lesiones del derecho al respeto del domicilio y que toda persona que corra el riesgo de ser víctima de ella debe en principio poder obtener el examen de la proporcionalidad de dicha medida (véanse las sentencias del TEDH, McCann c. Reino Unido, demanda n.º 19009/04,

¹¹⁰ En su momento, algún autor consideraba de aplicación el derecho consagrado en el artículo 7 de la CDFUE, precepto que dispone: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones». Vid. CHEREDNYCHENKO, 2014, pp. 197-199. En tal caso, estamos ante un auténtico «derecho fundamental» que, de interpretarse tal precepto como defensor del derecho a la vivienda digna, cobraría especial relevancia ante la colisión de derechos entre acreedores y deudores hipotecarios. Vid. MEDINA GUERRERO, TRC, 2015, p. 280.

apartado 50, y Rousk c. Suecia, demanda n.º 27183/04, apartado 137). En el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13» (STJUE, De 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13, caso Monika Kušionová y Smart Capital, a.s.)¹¹¹.

Dentro del régimen español, la protección del derecho a la vivienda digna es un principio que «informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», siendo alegables ante la jurisdicción ordinaria «de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen» (art.53.3 CE). Con todo, el legislador y los jueces no pueden ignorar lo dicho por el TJUE. Por tal razón, y a pesar de la poca intensidad en la aplicación de tal derecho en las políticas públicas, la legislación post-crisis se ha preocupado, en parte, de dotarlo de una mayor efectividad y protagonismo. El derecho a la vivienda digna ha iniciado su entrada en la solución del conflicto hipotecario, recogiéndose tal preocupación en diversas leyes. Basta, para ello, apreciar el contenido de sus preámbulos¹¹².

¹¹¹ «Así ocurre con mayor razón cuando, como en el litigio principal, el bien que constituye el objeto de la garantía hipotecaria es la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia, puesto que el mencionado mecanismo de protección de los consumidores, limitado al pago de una indemnización por daños y perjuicios, no es adecuado para evitar la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda» (STJUE, de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, Mohamed Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa).

¹¹² «En la Unión Europea, cuyo derecho goza del principio de primacía frente al derecho nacional, la vivienda está reconocida como un derecho fundamental, tal como reconoce expresamente el apartado 65 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13, donde con toda contundencia se manifiesta que «En el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13». La normativa europea se refiere a los créditos celebrados con consumidores que estén garantizados mediante hipoteca u otro tipo de garantía, en relación con bienes inmuebles de uso residencial, es decir, su objeto es la protección de los consumidores» (Preámbulo de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario). «La atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones, exige la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios. Si bien la tasa de morosidad en nuestro país es baja, hay que tener muy presente el drama social que supone, para cada una de las personas o familias que se encuentran en dificultades para atender sus pagos, la posibilidad de que, debido a esta situación, puedan ver incrementarse sus deudas o llegar a perder su vivienda habitual» (Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social). «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 actual» (Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios).

El derecho social a la vivienda digna ha informado diversa legislación hipotecaria (LCCI, CBP, La Ley 1/2013, de 14 de mayo, etc.), la práctica de nuestros Tribunales (al desarrollar interpretaciones jurídicas en defensa del deudor hipotecario, al plantear cuestiones prejudiciales al TJUE), así como la actuación de los poderes públicos (como la inserción de la mediación hipotecaria en defensa de la preservación de la vivienda habitual). De hecho, es innegable su influencia en la reforma de aspectos contractuales y procesales (la nueva regulación del vencimiento anticipado, la posibilidad de rehabilitar el préstamo hipotecario en sede ejecutiva, la paralización de las ejecuciones hipotecarias durante la mediación concursal, etc.)¹¹³. Tal derecho, de inicio fundamental según el TJUE, está irradiando un leve influjo dentro del préstamo hipotecario y, al mismo tiempo, en la hipoteca –al inspirar nuevas reglas contractuales y al alterar el desarrollo del *ius distrahendi*, respectivamente–. Antes de la crisis el derecho a la vivienda era «papel mojado» a la hora de solventar los problemas hipotecarios en sede ejecutiva o legislativa. Ahora, por el contrario, estamos siendo testigos de la repercusión paulatina de tal derecho social en el Derecho de contratos y garantías, al menos cuando se trata de asuntos hipotecarios¹¹⁴.

La crisis económica puso en entredicho –una vez más– la defensa deliberada del individualismo económico y el sistema capitalista. La caída de la sociedad, tras miles de ejecuciones hipotecarias, abrió un fuerte debate sobre la posición jurídica del acreedor hipotecario. El resultado fue la exaltación de los «derechos humanos», los derechos a la dignidad y a una vivienda digna. No era momento de pensar en la seguridad jurídica, sino en un «orden público humanista»:

«En temps de crise, la promotion des droits de l’homme ou plus largement des droits fondamentaux est un thème autour duquel un consensus peut être recherché. Les droits de l’homme constituent en quelque sorte un ordre public humaniste qui met

¹¹³ No obstante, como bien afirma la doctrina, debemos ir más allá en beneficio del consumidor de vivienda: «Postulamos dejar atrás la inusitada integración del Derecho español a la que venimos asistiendo –forzada, tardía e ineficiente–, para avanzar hacia otra cuyo eje vertebrador sea realmente el contexto social que debiera nutrir al concreto contenido legal, y cuyo material fueran las reglas normativas y modélicas que, desde el Derecho europeo y comparado, hemos expuesto por contraste a las que, rigiendo aquí, no se han mostrado tuitivamente eficaces para frenar el abuso que sufren los consumidores en la contratación masiva, especialmente en la adquisición de vivienda». *Vid.* DOMÍNGUEZ ROMERO, 2018, p. 507.

¹¹⁴ Como propuesta, para desarrollar la función social de la vivienda, DOMÍNGUEZ ROMERO observa la necesidad crear un sistema más eficiente frente a cláusulas abusivas, dada la situación de macrodependencia y la afectación de sus efectos respecto a la hipoteca. *Vid.* DOMÍNGUEZ ROMERO, 2018, pp. 507.

au sommet de la hiérarchie des valeurs le respect de la personne humaine»¹¹⁵.

El Derecho post-crisis muestra como el Derecho de contratos y garantías acoge, en mayor medida, los derechos sociales. No puede decirse, por el momento, que el contrato de crédito inmobiliario sigue un discurso socialista, ni siquiera la hipoteca como garantía. Si bien, un «espíritu social» está penetrando en nuestra legislación hipotecaria, en busca de un reequilibrio de intereses. Dicho de otra forma, los «derechos humanos» están inspirando el equilibrio de las instituciones. La finalidad es frenar los posibles embistes del mercado hipotecario ante una cuestión social, la defensa de la vivienda habitual de los ciudadanos. Para ello, estamos asistiendo a una progresiva «humanización» del conflicto hipotecario. Podemos decir, así, que la crisis nos ha hecho tomar una mayor conciencia de la necesaria protección de los débiles. El ser humano debe ser el centro de toda reforma legal. El Derecho carecería de esencia si no buscara la protección de la persona. Puede que sea el momento de permitir la entrada de una corriente humanista y solidaria a favor de deudores hipotecarios, de forma excepcional, cuando se trate de proteger la vivienda habitual. No se trata de resolver la mera dicotomía entre el *favor debitoris* o el *favor creditoris*, sino de reequilibrar la balanza por respeto a los derechos del ser humano. El Derecho de contratos y garantías debe verse impregnado, en cierto modo, por la dignidad humana. Y ello, a pesar de la posible perturbación de los intereses económicos de los acreedores. Sin embargo, humanizar el Derecho en materia hipotecaria puede comportar ciertos peligros, que deben ser sofocados *a priori*.

Es indiscutible que el Derecho de contratos y garantías está padeciendo el influjo de los «derechos humanos», cuya esencia se comienza a imprimir en la fase contractual y ejecutiva de todo préstamo hipotecario celebrado con la finalidad de adquirir una vivienda habitual. Si bien, nos encontramos ante una influencia moderada dentro del conflicto hipotecario, pero que aspira a alcanzar un mayor protagonismo y repercusión en nuestro Derecho. La cuestión es saber hasta dónde llegará la «humanización» del Derecho en materia hipotecaria.

¹¹⁵ МЕККИ, *RDC*, 2010, p. 383.

2. SOLIDARISME Y PÉRENNITÉ CONTRACTUAL EN LA TEORÍA DE LOS CONTRATOS

La desactivación del *ius distrahendi* ha sido posiblemente uno de los efectos más importantes generado por el Derecho post-crisis. Tal es así, que está provocando, en parte, la desnaturalización de la hipoteca. El legislador, a través de múltiples reformas, pretende inhibir la activación de tal facultad *creditoris* (aumentando los plazos para el vencimiento anticipado del préstamo; fomentando la reestructuración del contrato a través del CBP, la mediación hipotecaria o concursal; permitiendo la rehabilitación del préstamo en sede ejecutiva, etc.) y, ello, por una razón: la búsqueda de la perennidad del contrato para evitar la pérdida de la vivienda habitual. Si el contrato sigue vigente, frenando su incumpliendo, se inhibe la ejecución de la garantía, conservando el *ius distrahendi* en un estado de latencia. Con tales reformas se observa, como veremos, la tímida y acompasada puesta en escena de la llamada doctrina francesa del *solidarisme contractuel*¹¹⁶ en el conflicto hipotecario.

En el Derecho español ha predominado siempre una concepción clásica del contrato, una visión individualista y liberal, apoyada en dos principios tradicionales del Derecho civil: la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria de los contratos. Con base a tales principios, el contrato se erige como un acuerdo entre partes que persiguen intereses opuestos, siendo dotado de fuerza de ley por el debido respeto a la palabra dada. Si bien, el transcurso del tiempo ha permitido comprobar que el contrato no es una simple armonía de libertades¹¹⁷. Las oscilaciones del capitalismo, el advenimiento de eventos externos con repercusión en el contrato —provocando desequilibrios económicos—, bien, la superioridad de una parte —en perjuicio de la parte débil— son escenarios que desmontan la venerada «justicia conmutativa», supuestamente inherente dentro del orden contractual. En numerosas ocasiones, generalmente de crisis, la defensa de la «libertad contractual» ha supuesto el destierro de la justicia en el ámbito contractual y, como resultado, hemos aprendido que el contrato no es justo por definición¹¹⁸. La labor del jurista no podía centrarse en mantener la coexistencia de libertades, a pesar de generar injustos resultados. Como ha manifestado Jamin, mantener tal concepción clásica del contrato supondría dar un enfoque bastante optimista de la

¹¹⁶ Tal doctrina fue analizada en torno al sobreendeudamiento de los particulares. Vid. BASTANTE GRANELL, *ADCo*, 2016, [BIB 2016\80235].

¹¹⁷ JAMIN, 2003, p. 9.

¹¹⁸ JAMIN, 2004, p. 160.

naturaleza humana y, además, hacer un discurso científico alejado de la realidad social¹¹⁹. Por tal razón, la defensa de un acogimiento acérrimo a tal concepción supondría el amparo de situaciones discordantes con el valor de justicia social.

Y así ha ocurrido tras la crisis en el Derecho español, pues tal resultado se ha podido apreciar, de forma irrefutable, en el desarrollo y ejecución de los múltiples préstamos. Miles de familias, por causas externas generalmente, no pudieron pagar las cuotas hipotecarias. El contrato se incumplió y, como resultado, se produjo la dramática pérdida de la vivienda habitual. Siendo así, tuvimos –y tenemos– que replantearnos la visión del contrato.

2.1 La doctrina del *solidarisme contractuel*: Concepto y fundamento

Como concepción opuesta a la tradicional, nació la doctrina civilista del «solidarismo contractual»¹²⁰:

«[...] doctrina, teoría y/o filosofía civilista que reivindica el acogimiento – legal, judicial y doctrinal – de una concepción social, fraternal y humanista del contrato, caracterizada por el enaltecimiento de principios –algunos nuevos, y otros renovados– que suponen una atemperación de los dogmas tradicionales (principio de equilibrio contractual, de buena fe, de justicia contractual y social, de adaptación del contrato, de proporcionalidad, etc.); por el ensanchamiento ético-jurídico de los deberes contractuales (deber de actuar de buena fe, de cooperación, de lealtad, etc.); por la pre-

¹¹⁹ Id. pgs. 443 a 445.

¹²⁰ «Sus comienzos se remontan a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX. En esta época primaba un fuerte liberalismo económico, cuyos ideales se plasmaron en el Derecho a través de la confección de dos reglas fundamentales: la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria de los contratos. Tales dogmas denotaban una concepción individualista, una especie de voluntarismo simple, en materia contractual. El individuo ostentaba la facultad de crear su propia ley, inquebrantable –en principio– por el Estado o los jueces. Sin embargo, se observó que ciertos contratos dependían – y se desenvolvían – según la parte contratante más fuerte. No existía, in origine, un verdadero equilibrio contractual. Este liberalismo galopante provocó la aparición de una filosofía socio-política, cuyos propulsores comenzaron a usar palabras como “solidarité” o “solidarisme”. Destacan Bourgeois o Bouglé, predicando este la necesaria rectificación del individualismo, con base a una idea social. Sin embargo, aunque se trataba de ideas más bien políticas y sociales, consiguieron infiltrarse finalmente en el Derecho de los contratos. Apareció así, aunque con reducido éxito – dada la dominancia de valores del liberalismo jurídico –, una versión civilista del solidarismo de la mano de Duguit, Saleilles o Demogue. Más tarde, lejos de caer en el olvido y gracias a autores como Mazeaud, esta doctrina se ha revitalizado en las últimas décadas, gozando de aplicación – a nivel judicial y legal – en distintas materias (Derecho de Consumo, Derecho Administrativo, etc.); e, igualmente, sirviendo de inspiración en la reciente reforma del Derecho de contratos francés. Brotó así, y pervive, el solidarismo jurídico en la esfera contractual». BASTANTE GRANELL, *ADCo*, 2016. *Vid.* BOURGEOIS, 1896; BOUGLÉ, 1907; DUGUIT, 1908; DEMOGUE, 1925. Sobre la influencia de tales autores, *Vid.* RÉMY, 2004, pp. 6 ss.; GRYNBAUM, 2004, pp. 30 ss.; MAZEAUD, *D.*, 2005, p.1828; MAZEAUD, *RDC*, 2003 [RDCO2003-1-066], etc.

disposición a la maleabilidad del contrato; y, finalmente, por su deseo de conciliar o readaptar las ideas civiles con la realidad social y económica imperante en la actualidad. Y ello, con miras a ofrecer herramientas de actuación frente a desequilibrios contractuales, elevando como postulado una posible desigualdad entre partes contratantes. Supone, pues, el destierro en el pensamiento jurídico de una alienación individualista y hermética del contrato, en pro de una concepción social y permeable, capaz de favorecer su posible y justificada adaptabilidad»¹²¹.

Tal doctrina demanda un nuevo orden contractual¹²² y, sin duda, siguiendo palabras de Jamin, constituye una de las doctrinas fundamentales del Derecho contemporáneo de contratos¹²³. Ello se debe a que, tomando como base el principio de buena fe en materia contractual, persigue una exaltación y potenciación de los deberes contractuales de las partes. En particular, pretende fomentar las exigencias de lealtad, de buena fe, fraternidad, colaboración o solidaridad, como parámetros éticos que deben guiar a las partes a colaborar dentro del Derecho de contratos¹²⁴. Se reivindica, por tanto, la configuración del contrato como un «instrumento colaborativo». Para la doctrina francesa el contrato representa «une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun»¹²⁵. Dicho con palabras de Durkheim, «le contrat est par excellence, l'expression juridique de la coopération»¹²⁶, es decir, un medio de colaboración entre las partes contratantes. Se trata de defender una «concepción cooperativa del contrato», tomando como base un principio de fraternidad¹²⁷-. Dicha teoría busca suscitar un «civisme contractuel fait d'éthique contractuelle», un cierto altruismo que pretende excluir en las relaciones entre las partes contractuales el egoísmo o la indiferencia¹²⁸. Sin embargo, destaca la descripción del solidarismo recogida por Mazeaud, para quien tal doctrina consiste en:

«[...] une exigence de civisme contractuel qui se traduit, pour chaque contractant, par la prise en considération et par le respect de l'intérêt légitime de son cocontractant. Cette éthique contractuelle s'exprime concrètement, entre autres par les idées d'altruisme, de décence, de cohérence, de proportionnalité et de coopération, et elle exclut l'égoïsme, l'indifférence, la désinvolture et le cynisme»¹²⁹.

¹²¹ BASTANTE GRANELL, *ADCo*, 2016.

¹²² MAZEAUD, *RDC*, [RDCO2003-1-066].

¹²³ JAMIN, 2004, p. 171.

¹²⁴ GRYNBAUM, 2004, p. 26.

¹²⁵ DEMOGUE, 1925, n.º 3. En este mismo sentido, SALEILLES, 1901, pp. 228-229.

¹²⁶ DURKHEIM, 1893, p. 93.

¹²⁷ THIBIERGE-GUELFUCCI, *RTD civ.*, 1997, p. 375.

¹²⁸ HAUSER, 2004, p. 198.

¹²⁹ MAZEAUD, 2004, p. 59.

Hasta aquí, los postulados de tal doctrina pueden ser coherentes con la concepción del principio de buena fe. No obstante, lo que dota a tal doctrina de notoriedad es que pretende un alargamiento de los deberes contractuales –fuera de su concepción tradicional– en busca de soluciones que van más allá del Derecho de contratos –con base a conceptos como la buena fe o, bien, el interés económico común¹³⁰– en lo referente a la revisión o adaptación del contrato en supuestos de imprevisión o de desequilibrios económicos de origen externo que incidan en la esfera contractual. De producirse infortunios que afecten a la economía y cumplimiento del contrato, el solidarismo postula obrar con fraternidad y lealtad en aras a la conservación del contrato, de su utilidad económica y de su causa. En síntesis, el postulado principal de partida de tal doctrina sería la instauración –en palabras mayúsculas– de una «obligación de colaborar»¹³¹. Se demanda, pues, una «nueva cultura contractual»¹³² que permita un verdadero «reequilibrado» del contrato. Jamin señala lo siguiente¹³³:

«[...] ce solidarisme contractuel a en définitive pour fonction principale d'accompagner, et de légitimer de facon indirecte, l'évolution actuelle de la société capitaliste en acceptant d'en corriger les nombreux excés, plus particulièrement d'ailleurs dans le domaine des contrats déséquilibrés et de longue durée»¹³⁴.

2.2 Postulados ético-jurídicos en defensa de la adaptación o revisión del contrato

Para la doctrina del *solidarisme contractuel*, la revisión o adaptación del contrato se sustenta en tres postulados ético-jurídicos: el deber

¹³⁰ RÉMY, 2004, p. 3.

¹³¹ GRYNBAUM, 2004, p. 28.

¹³² MAZEAUD, 2003, p. 136.

¹³³ Es cierto, como indica MAZEAUD, que el contrato no es todavía un «lieu de sociabilité et de solidarité», pero como advierte, la trilogía «loyauté, solidarité, fraternité» constituye la «nouvelle devise contractuelle». MAZEAUD, 1999, p. 609.

¹³⁴ JAMIN, 2003, p. 26. Para comprender tal concepción del contrato, puede resultar atractivo traer a colación un ejemplo que expuse en otro trabajo: «El solidarismo contractual concibe el contrato como una especie de “tándem” cuyos pasajeros deben efectuar un viaje en común para alcanzar una misma meta que, en términos jurídicos, sería la utilidad económica del contrato. Esta última, e incluso el recorrido conjunto, interesan a ambas partes por la ganancia a obtener. Siendo así, si una parte perece en el intento o se lesiona, o si los pedales de una dejan de funcionar, difícilmente sea posible mantener la causa del contrato, algo que puede afectar al bienestar socio-económico de una o, en su caso, de ambas partes. Ante esta situación caben dos opciones, finalizar el recorrido o, bien, exigir a la parte no afectada una actitud de sacrificio y cooperación». BASTANTE GRANELL, ADCo, 2016.

de colaboración; la preservación de la utilidad económica o causa del contrato; y, por último, la búsqueda de una mayor justicia social.

La buena fe debe desplegar sus efectos cuando, en la ejecución de un contrato, aparece un evento imprevisto, ajeno a la voluntad de los contratantes, provocando un desequilibrio contractual que convierte la ejecución de las obligaciones excesivamente onerosa para una de las partes¹³⁵. Aparece, en este momento, una de las facetas más dinámicas de la buena fe, un «*devoir de coopération*», que engloba un deber de tolerancia, de sacrificio o de renegociación. Como la doctrina civilista considera que el contrato debe guiarse por un principio de solidaridad –como si fuera de una sociedad donde las partes colaboran para obtener un fin común–, el acreedor tiene dos deberes jurídicos: el deber negativo de no sobrecargar al deudor y la obligación positiva de facilitarle –e incluso cooperar– en la ejecución del negocio jurídico¹³⁶. Este aspecto es puntualizado por Grymbaud, al señalar que «no colaborar» no significa únicamente no ejecutar tu propia prestación, sino también rechazar colaborar con la otra parte para que pueda ejecutar cabalmente la suya¹³⁷. Siendo así, en caso de imprevisión o desequilibrio económico, el acreedor debe hacer gala de un correcto deber de tolerancia y de renegociación¹³⁸, adaptando el contrato a las nuevas circunstancias sobrevenidas¹³⁹. Se trata de cooperar para mantener la utilidad económica del contrato. Si el negocio jurídico se asemeja a un contrato de asociación, se lograría crear una fuente de justicia interna dentro del contrato¹⁴⁰. Si el acreedor adopta una conducta colaborativa, resignándose, y permite la adaptación del contrato, estaríamos ante un «*solidarisme consenti*» o voluntario.

No obstante, la doctrina civilista es consciente de que tal «concepción cooperativa» del contrato no subyace todavía en la conciencia social, donde prima aún una concepción «competitiva y egoísta»

¹³⁵ Vid. MAZEAUD, *LPA*, 2004, [PA200409209], n.º 18; PICOD, *JC (Civil Code)*, 2013, párrafo n.º 99.

¹³⁶ DEMOGUE, 1925, pp. 273 ss.

¹³⁷ GRYNBAUM, 2004, p. 39. Dicha cooperación, en el momento de ejecución del contrato, debe caracterizarse por intentar obtener una ejecución «*saine et utile*» para las dos partes, pudiéndose hablar de «*coopération en vue de la meilleure exécution du contrat*». CHABAS, 2002, p. 392.

¹³⁸ *Id.* Vid. también, LAVEFVE LABORDERIE, 2005, p. 407.

¹³⁹ «À l'étape de l'exécution et de l'extinction du contrat, ces principes se transforment en devoirs de proportionnalité et de cohérence. Courdier soutient qu'en ce qui concerne la protection de l'équilibre, le solidarisme contractuel va plus loin que la vision libérale du contrat, en ce qu'il permet l'arrivée de deux autres devoirs: le devoir de tolérance vis-à-vis du contractant qui éprouve des difficultés à exécuter ses prestations contractuelles, et celui d'adaptation du contrat soumis au changement de circonstances qui lui sont extérieures. Il s'agit d'un ensemble de mesures de collaboration qui permettent de concevoir et de préserver l'équilibre contractuel». TABI TABI, *RDUS*, 2014, p. 80.

¹⁴⁰ Vid. JAMIN, 2004, p. 160.

en la ejecución de los contratos. Al no haber sido absorbido el «voluntarismo social» en la mentalidad del «hombre contractual», tal doctrina propone la práctica de lo que denominan un «solidarisme contraint», forzoso o coaccionado¹⁴¹. Si el acreedor no cumple los deberes éticos de renegociación que postula la «teoría social del contrato»¹⁴², será, entonces, un tercero quien deberá intervenir en el negocio jurídico en aras a garantizar el equilibrio y la justicia contractual. Aparece aquí el juez –usando palabras de Mazeaud– como el «bras armé»¹⁴³ del llamado solidarismo contractual, es decir, como la autoridad que lucha frente al desequilibrio contractual. Como señala la doctrina, «il est vrai que le respect de ces devoirs contractuels nécessite l’immixtion du juge»¹⁴⁴. Esta intromisión judicial se patrocina con el objeto de facilitar una actuación generalmente rechazada por la doctrina individualista tradicional. Nos referimos a la revisión y adaptación judicial del contrato. En concreto, «le coeur des applications du solidarisme [...] paraît être dans la révision des contrats pour imprévision»¹⁴⁵. A pesar de estas discrepancias, existe «un corazón doctrinal favorable a la intervención del juez en los contratos»¹⁴⁶. Asimismo, el «solidarisme contraint» puede reflejarse a través de la ley, que puede actuar como instrumento limitador de la fuerza obligatoria de los contratos¹⁴⁷. Piénsese que no es la voluntad lo que confiere fuerza obligatoria a las estipulaciones, sino más aún la reglamentación legal del Código Civil. Siendo así, otra norma puede despojar de esa fuerza a la libertad individual. Como explica adecuadamente Mazeaud, el «solidarismo contractual» pretende cristalizarse donde existe desigualdad y contratos de larga duración¹⁴⁸.

La exaltación del deber de colaboración se explica a través del principio moral de buena fe en la ejecución de los contratos, cuya imprecisión permite imponer nuevos deberes contractuales a las partes –de tolerancia y renegociación– y conferir facultades de intervención al juez¹⁴⁹. Si bien, la doctrina del *solidarisme contractuel* toma como base otras razones para justificar la revisión o adaptación del contrato. Entre ellas, una nueva concepción de la causa del contrato y su utilidad económica. Tal doctrina dota a la causa de

¹⁴¹ GRYNBAUM y NICOD, 2004, p. VII. En este mismo sentido, LEVENEUR, CCC, 2004, comm. 151.

¹⁴² Así es denominada por ciertos autores. Vid. JAMIN, 2003, p. 13.

¹⁴³ MAZEAUD, 2004, p. 59.

¹⁴⁴ CHAZAL, 2003, p. 123.

¹⁴⁵ LEVENEUR, 2004, p. 184.

¹⁴⁶ GRYNBAUM, 2004, p. 37.

¹⁴⁷ Vid. ANCEL, 2003, p. 163 ss.

¹⁴⁸ MAZEAUD, 2004, p. 59.

¹⁴⁹ GRYNBAUM, 2004, p. 38.

una concepción teleológica o subjetiva¹⁵⁰, entendida como el objetivo común de las partes. Se considera, pues, que si el contrato pierde la causa de su constitución –al no poder ser ejecutado y ser un requisito de validez–, el negocio jurídico deberá adaptarse para preservar su utilidad económica. Dicho con otras palabras, ante la ruptura del equilibrio inicial, si desaparece el objetivo o interés económico del contrato, deberá mantenerse la coherencia interna del contrato. La causa vendría a justificar, de esta forma, la necesidad de adaptación contractual¹⁵¹. Sobre tal cuestión, afirma Delmas-Saint-Hilaire:

«[...] cette adaptation du contrat moralement obligatoire est, en même temps, économiquement utile... l'adaptation du contrat est économiquement préférable à sa disparition pure et simple: contrairement aux apparences, adapter le contrat, c'est donc sauvegarder sa stabilité en le faisant échapper à l'anéantissement qui le menace»¹⁵².

Con tales palabras, dicha doctrina eleva la causa como el verdadero fundamento de la fuerza obligatoria del acto jurídico¹⁵³. En concreto, postula un desplazamiento del «fundamento voluntarista» del contrato hacia un «fundamento económico», siendo dicho principio un medio para alcanzar esa utilidad¹⁵⁴. Si la utilidad económica del contrato desaparece, la causa justifica su adaptación, garantizando, así, el equilibrio inicial roto. Por este motivo, la causa es calificada como «embajadora» del solidarismo contractual¹⁵⁵. De esta forma, la buena fe y la causa aparecen como instrumentos ético-jurídicos del solidarismo contractual, garantizando la eficacia del contrato, aunque ésta haya debido ser restaurada.

No obstante, la adaptación del contrato busca sobre todo la obtención de un fin social. Al *solidarisme contractuel* no le preocupa únicamente preservar el equilibrio económico, sino alcanzar un mayor equilibrio o justicia social. Tal teoría pretende conciliar intereses particulares y sociales¹⁵⁶. El fin esencial es asegurar la protección del más débil en el lazo contractual¹⁵⁷, apostando por una concepción más social del contrato¹⁵⁸. La desigualdad entre clases –a pesar de la igualdad legal– y las oscilaciones de los ciclos económicos –derivadas del amparo de un sistema capitalista–, provocan en ocasiones que no exista armonía entre el Derecho civil y la

¹⁵⁰ MAZEAUD, 2003, p. 143.

¹⁵¹ LAVEFVE LABORDERIE, 2005, pp. 398 y 399.

¹⁵² DELMAS-SAINT-HILAIRE, 1960, p. 189.

¹⁵³ CHABAS, 2002, p. 441.

¹⁵⁴ Vid. THIBIERGE-GUELFUCCI, *RTD civ.*, 1997, párrafo n.º 12.

¹⁵⁵ MAZEAUD, 2003, p. 147.

¹⁵⁶ SAVAUX, 2004, pp. 47 ss.

¹⁵⁷ LEVENEUR, 2004, p. 188.

¹⁵⁸ JAMIN, 2001, pp. 450 ss.

realidad social¹⁵⁹. El solidarismo contractual hace un llamamiento a una mayor intervención del Derecho civil en aras a salvaguardar un equilibrio social o de clases. Tales autores arguyen sobre la necesaria entrada de un periodo que tienda a la «contractualización de los derechos fundamentales» en el ámbito privado¹⁶⁰. Como indica Jamin, el Derecho de los contratos no puede dar la espalda a los derechos de los hombres¹⁶¹, tales como el derecho a la dignidad humana o, bien, el derecho a una vivienda digna. La teoría de los contratos debe verse inspirada por tales derechos cardinales. Tal es así, que la revisión del contrato busca cada vez menos salvaguardar el negocio jurídico, sino más bien proteger al deudor en dificultad contra el riesgo de precariedad y exclusión social¹⁶². Aun así, debe advertirse que esa búsqueda de justicia social suele ir ligada a la concurrencia imprescindible de buena fe en el deudor¹⁶³. La adaptación del contrato opera, pues, por una preocupación social. El «solidarismo» ansía una concepción más moral, social y humanista del contrato, con una finalidad determinada: proteger la fragilidad de ciertos contratantes.

2.3 *Solidarisme* voluntario y forzoso en el ámbito hipotecario

Aunque el *solidarisme contractuel* parezca una doctrina «anti-sistema» y moral del Derecho de contratos, la crisis que ha padecido España ha provocado, en cierta medida, su acogimiento en el ámbito hipotecario. De inicio, diversas entidades bancarias –más bien los directores de sus oficinas– han desarrollado una labor de renegociación con el deudor ante el incumplimiento del pago, que desembocó en la reestructuración de múltiples préstamos hipotecarios. Tal labor –no visibilizada con suficiencia– manifestó la cooperación de ciertos acreedores hipotecarios. Si bien, fuera de la esfera *inter partes*, el legislador, con diferentes reformas legales, ha promovido el solidarismo voluntario en el conflicto hipotecario. Destáquese la reestructuración del préstamo hipotecario dentro del CBP, el fomento y uso de la mediación hipotecaria por organismos públicos y ciertos acreedores –que puede convertirse en un proceso previo y obligatorio a la ejecución hipotecaria– e, igualmente, la búsqueda de un plan de pagos viables en el AEP, dentro de la mediación concursal. Con ello, el legislador –nacional o autonómi-

¹⁵⁹ JAMIN, 2004, pp. 162 y 165.

¹⁶⁰ DIJOUX, 2012, 582 pp.

¹⁶¹ JAMIN, 2001, pp. 450 ss.

¹⁶² MAZEAUD, *LPA*, 2005, [PA200512902].

¹⁶³ *Vid.* ANCEL, 2003, pp. 173 ss.

co— expresa su deseo de incentivar la renegociación del contrato e, indirectamente, llama a los acreedores a obrar con solidaridad. El Derecho post-crisis muestra su rechazo hacia la concepción clásica del contrato, a su fuerza de ley, e incentiva una «concepción social y maleable» del préstamo hipotecario, ante la situación de fragilidad de los deudores y el necesario respeto al derecho a una vivienda digna. Ha sido un llamamiento a la necesidad cohesionar libertad individual y solidaridad. La adaptación del contrato de préstamo se ha convertido en una preocupación legal y social.

Sin embargo, el Derecho post-crisis representa una tímida y leve acogida de las ideas del *solidarisme contractuel*. Por el momento, el «*solidarisme contraint*» o forzoso no ha hecho su aparición en el ordenamiento jurídico y, menos aún, para fomentar la revisión judicial del préstamo hipotecario. Si bien, podría considerarse que el beneficio legal de la excusión del pasivo insatisfecho, previsto en el artículo 178 bis de la LC, limita la fuerza obligatoria del contrato y la extensión de su responsabilidad inicial. Pero, aun así, lo cierto es que ninguna autoridad —salvo los jueces aplicando la cláusula *rebus sic stantibus*— ostenta actualmente la facultad de revisar y adaptar el contrato de crédito inmobiliario, ante un cambio de las circunstancias socio-económicas del deudor hipotecario y, el consiguiente, desequilibrio contractual. Tal posibilidad —que he demandado en otros trabajos¹⁶⁴— debería ser objeto de debate y reflexión. El poder legislativo debe plantearse otorgar a una autoridad administrativa —notario, mediador hipotecario o concursal—, con la supervisión del juez; o, bien, a la autoridad judicial, la posibilidad de intervenir en el contrato de préstamo hipotecario, procediendo a su revisión y adaptación, cuando se trate de un deudor de buena fe y, con ello, se consiga preservar la vivienda habitual. Es decir, debe preverse la posibilidad de implementar un «plan de pagos forzoso» de forma excepcional en el ámbito hipotecario. Si llega tal momento, el «*solidarisme contraint*» hará su entrada en el Derecho español.

Es comprensible el rechazo que genera tal petición. Tal medida supondría la quiebra de los principios tradicionales que gobiernan nuestro Derecho. Posiblemente, como indica Demogue, el individualismo es peligroso, pero igualmente puede serlo una concepción social de la teoría del contrato¹⁶⁵. Leveneur señala los principales peligros de este «mito», mencionado especialmente dos: por un lado, la inseguridad jurídica y la imprevisibilidad; y, por otro, el

¹⁶⁴ BASTANTE GRANELL, BASTANTE GRANELL, *ADCo*, 2016, [BIB 2016\80235]; BASTANTE GRANELL, *RcP*, 2016, pp. 441-448.

¹⁶⁵ DEMOGUE, 1925.

riesgo de potenciar de forma excesiva la protección del deudor¹⁶⁶. Podría decirse que la previsión otorga justicia al contrato y que la solidaridad vendría a arruinar la seguridad jurídica. No obstante, como manifiesta Mazeaud, uno de los principales solidaristas contemporáneos, el *solidarisme contractuel* no debe rimar con inseguridad jurídica o imprevisibilidad, simplemente viene a demandar un Derecho más flexible, menos rígido y más humano¹⁶⁷. No implica la muerte del contrato, sino la llegada de una crisis que cambia su percepción¹⁶⁸. Por ello, se habla de una teoría social del contrato, se demanda una renovación de los postulados clásicos hacia una concepción más solidaria. La libertad individual y la obligatoriedad de los contratos no pueden considerarse dogmas absolutos. El valor de la justicia nos obliga a conjugar libertad y solidaridad¹⁶⁹, por mucho que la revisión del contrato afecte a la seguridad jurídica. Debemos pasar de una seguridad absoluta, intransigente, a una seguridad flexible, de conciliación, que se preocupe de los intereses antagónicos en presencia, no por los dominantes¹⁷⁰. Si consideramos justa la voluntad inicial de las partes, respetando su inmovilismo, supondría cerrar los ojos a la verdadera justicia ante la influencia de la realidad social sobre el lazo contractual. Por estas razones, los solidaristas son proclives a la revisión del contrato¹⁷¹. En este sentido, Chazal manifiesta de forma acertada lo siguiente:

«La sécurité juridique n'est pas en soi un argument suffisant pour bannir de la sphère contractuelle l'intervention du juge, la

¹⁶⁶ Vid. LEVENEUR, 2004, pp. 184 ss. Respecto a este primer punto, dicho autor teme que estos conceptos permitan liberar el contrato al juez, existiendo un riesgo de arbitrariedad. El contrato debe ser un acto previsible. Si se siguieran estas nuevas reglas, este sería cada vez menos obligatorio para el deudor y menos previsible para el acreedor, arruinando la seguridad en nombre de la solidaridad. *Ibid.*, p. 186.

¹⁶⁷ MAZEAUD, 2004, p. 59.

¹⁶⁸ JAMIN, 2003, pp. 7 a 8. Dicha crisis constituye un tema actual en la doctrina civilista: «Les débats entre classiques et modernes, partisans d'une conception volontariste ou libérale et tenants d'une conception sociale, solidariste ou encore «commutative» du contrat [...] n'ont toutefois pas cessé, les premiers critiquant l'angélisme supposé des seconds, et les seconds reprochant aux premiers de s'arc-bouter sur une conception aussi obsolète que simpliste du contrat [...]. Tant est si bien que l'on en est venu à s'interroger sur le point de savoir si la crise n'affectait pas en réalité la doctrine elle-même». Vid. LATINA, 2013, párrafo n.º 80.

¹⁶⁹ JAMIN, 2001, p. 449.

¹⁷⁰ CHAZAL, 2003, p. 123 ss. En este mismo sentido, THIBIERGE-GUELFUCCI, *RTD civ.*, 1997, párrafo n.º 11.

¹⁷¹ «Parce qu'un contrat s'inscrit parfois dans la durée et que le monde qui l'entoure ne se fige pas lors de sa conclusion, il est, lui aussi, soumis aux variations économiques, monétaires, politiques et sociales qui perturbent l'environnement dans lequel il évolue et qui sont susceptibles de déjouer les prévisions des contractants, voire de provoquer une crise qui frapera de plein fouet l'un d'entre eux. La révision apparaît alors, dans une perspective de pérennité contractuelle, comme un remède contre l'instabilité, et, dans une optique de solidarité sociale, comme un remède contre la précarité». MAZEAUD, *LPA*, 2005, párrafo n.º 22.

recherche de la justice et partant la création de devoirs imposés aux contractants»¹⁷².

La crisis y sus efectos nos han mostrado la fuerte repercusión que las oscilaciones económicas pueden tener en los contratos de préstamo hipotecario, en la posición del deudor. No obstante, ha puesto de manifiesto la frágil pendencia del derecho a la vivienda digna del devenir de un contrato. La Moral nos muestra la injusticia de mantener la seguridad jurídica, la fuerza obligatoria de los contratos, en detrimento de valores sociales, como la humanidad y la solidaridad. El deudor hipotecario merece una segunda oportunidad, pero no en el ámbito concursal –a través del beneficio de la excusión del pasivo insatisfecho–, sino en el contractual, mediante la reestructuración forzosa del préstamo hipotecario. La buena fe y la llegada de desequilibrios económicos deben justificar, de forma excepcional en este ámbito, la entrada en nuestro Derecho de la revisión forzosa del contrato de crédito inmobiliario. No hablamos de un contrato cualquiera, sino de un contrato del que pende la vida y hogar de una persona. Debe procederse a una relectura de las ideas civiles tradicionales que permita luchar frente a las desigualdades que, desde una perspectiva económica o social, provocan desequilibrios contractuales injustos, de carácter inadmisibles. En suma, hay que potenciar una «conceptualización social y maleable del contrato» que garantice la obtención de una mayor justicia y equilibrio contractual. Con base a tales ideas, se espera la entrada del «solidarisme contraint» o forzoso en el ámbito hipotecario. En este sentido, manifiesta Méndez-Pinedo:

«En definitiva, es necesario reformar el *modus operandi* de un capitalismo financiero que abusa de un ordenamiento jurídico que se pretende neutralista pero que –tras la crisis económica– es fundamentalmente injusto hacia los deudores de buena fe por castigar el impago con severidad y ejemplaridad sin considerar circunstancias externas [...]. La recuperación de doctrinas como la muerte del crédito, conceptos como «pacta sunt servanda... rebus sic stantibus», o «cambio de circunstancias» avanza en esta dirección. Junto a una reforma contractual a nivel europeo, hay que reconsiderar los derechos procesales civiles en el ámbito de ejecuciones forzosas de créditos hipotecarios. Lo primero, hay que determinar el bien jurídico a proteger. En este caso, procede proteger a los deudores en situación de precariedad, el orden social y otros derechos fundamentales (derecho a la vivienda, dignidad). Para no perjudicar la estabilidad del sistema financiero y bancario basados en una economía de crédito, hay que otorgar a los jueces competencias para adaptar los contratos ya firmados a las nuevas circunstancias de

¹⁷² CHAZAL, 2003, p. 123 ss. En este mismo sentido, THIBIERGE-GUELFUCCI, *RTD civ.*, 1997, párrafo n.º 11.

precariedad sobrevenida siempre que se den determinadas circunstancias. En todo caso, la futura legislación europea y nacional contra la precariedad ha de superar un test triple (Iturmendi Morales, 1980): la legalidad, la justicia y la legitimidad»¹⁷³.

Siguiendo tales ideas, se pronuncia Sáinz-Cantero, aludiendo a la necesaria facultad del juez para reequilibrar la justicia contractual en los préstamos hipotecarios:

«De todo lo expuesto se concluye claramente que en los sistemas de contratación europeos del siglo XXI la seguridad jurídica contractual no puede basarse en la intangibilidad de lo pactado, sino en el cumplimiento de la función económico-social del contrato (su causa), por lo que deben, todos ellos, arbitrar instrumentos efectivos que garanticen el equilibrio de las partes en el momento de la contratación y en el de cumplimiento del contrato, atendiendo a la buena fe y a la equidad⁴⁰. Y ello es, desde luego, ineludible cuando una de las partes es consumidor, y es obligado defenderlo para los Derechos nacionales de los países miembros de la Unión Europea. De este planteamiento no puede escapar nuestro el sistema de contratación y garantía hipotecarias: el cumplimiento de su función económico-social reclama el control judicial del equilibrio contractual en el momento de la contratación, pero también en el momento del cumplimiento. De modo que es preciso considerar, no solo la concurrencia de condiciones abusivas a la hora de contratar, también la concurrencia de circunstancias sobrevenidas que afecten a la relación causal que garantiza la hipoteca y la oportunidad de aplicar, o no, determinadas normas, en atención a la buena fe y a la prohibición del abuso del derecho»¹⁷⁴.

2.4 La aspiración de «perennidad contractual» en el préstamo hipotecario

Nuestra sociedad y el legislador –con el fomento legal del solidarismo voluntario– promueven, en parte, la «perennidad contractual» del préstamo hipotecario, pero tomando como base una concepción renovada de la teoría clásica del contrato. Efectivamente, tal teoría, atendiendo a la autonomía de la voluntad, integra un pensamiento esencialmente individual que postula un «contrato ideal de larga duración». No obstante, a pesar de su duración, el contrato siempre mira al pasado. Se olvida la «concepción evolutiva del contrato». De ahí que aparezca la perennidad contractual, como imperativo que promueve la conservación del contrato en el tiempo, de forma eficaz en su ámbito económico y moral, reforzando las bases de la confian-

¹⁷³ MÉNDEZ-PINEDO, *AFD (Universidad de La Laguna)*, 2014, p. 52.

¹⁷⁴ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *RCDI*, 2014, p. 3131.

za mutua entre los contratantes durante su ejecución¹⁷⁵. Como afirma Lavefve, existen instrumentos técnicos y éticos que justifican la perennidad contractual. El contenido y la causa de todo contrato deben ser observados como los motivos que explican la necesidad de que el negocio jurídico se mantenga en el tiempo y con equilibrio en su ambiente económico y social, al cual debe adaptarse su contenido. Al mismo tiempo, la buena fe y la equidad, la búsqueda de lo útil y justo –así como los postulados del *solidarisme contractuel*– llevan a defender un mecanismo de adaptación contractual, ya sea convencional o judicial, capaz de amoldar las relaciones contractuales a los embistes del tiempo, apostando por una actitud dinámica de los actores al servicio del equilibrio durable del contrato¹⁷⁶.

Lavefve ultima que la perennidad contractual es un imperativo que impone límites a las condiciones y efectos de resolución de los contratos. Por una parte, porque hace un llamamiento a la ejecución eficaz de las convenciones en el tiempo y, por otra, por el deseo de una relación contractual perdurable y constructiva al servicio de su ejecución. Debe protegerse y mantenerse el lazo contractual, fluctuante por las relaciones económicas y sociales, a fin de evitar su incumplimiento, que comprometería la utilidad del contrato¹⁷⁷. Realmente, tales postulados son comprensibles. Si la utilidad del contrato no se encuentra en peligro, desarrollando ciertas medidas con base a consideraciones morales de lealtad y cooperación, siendo posible preservar su eficacia a través de su adaptación, la resolución debería evitarse. Como afirma la autora, se debe «reencontrar un equilibrio más justo entre la inejecución del contrato y las medidas que lo sancionan»¹⁷⁸. La estabilidad del contrato no debe implicar su intangibilidad o inmovilismo, sino más bien debe hacer referencia a un estado que se mantiene de forma perdurable en el tiempo, pero con eficacia. De esta forma, deberán ser los actores del contrato –las partes– u otros externos –legislador y jueces–, quienes, con base a consideraciones de justicia contractual, deban apostar por la perennidad contractual. El régimen relativo al incumplimiento y resolución de los contratos debe transformarse, pues todo contrato que sea de larga duración «constituait un acte juridique capable de traverser le temps, de le reformuler, de s’y adapter»¹⁷⁹.

Acoger la perennidad contractual en nuestro Derecho, especialmente en el ámbito hipotecario, nos permitiría generar un movimiento hacia la moralización contractual. No se trataría de un aco-

¹⁷⁵ Sobre la «pérennité contractuelle», véase LAVEFVE LABORDERIE, 2005, 661 p.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 417.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 472.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 474.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 547.

gimiento general, sino de un acogimiento específico para tratar el conflicto hipotecario, concretamente para fomentar la reestructuración del préstamo hipotecario si concurren causas sociales o económicas que lo aconsejen en protección del deudor y su vivienda habitual. Es cierto que distintas reformas legales han fomentado el *solidarisme* voluntario o renegociación, lo que denota un acercamiento al imperativo de la perennidad contractual. No obstante, nuestro sistema debe avanzar hacia medidas que representen un *solidarisme* forzoso. Si el acreedor hipotecario no desea renegociar, siendo viable la reestructuración del crédito inmobiliario, mantener la utilidad del contrato, una autoridad –administrativa o judicial– debe ostentar la facultad de proceder a la revisión o adaptación del contrato. La buena fe del deudor, el derecho a la vivienda digna y valores –como la solidaridad y la justicia– son factores que deben promover la búsqueda plena de la perennidad contractual en el ámbito hipotecario. Nos hallamos en una fase intermedia que requiere su culminación. Mientras tanto, esta tímida apuesta del Derecho post-crisis por el *solidarisme* voluntario y, de forma indirecta, por la perennidad contractual –aunque no con la máxima exaltación–, ha sido una de las causas que ha promovido la desactivación del *ius distrahendi* del acreedor hipotecario.

La medida «estrella» para paliar los efectos de la crisis económica no era la dación en pago, era –y lo será– el establecimiento de medidas legales capaces de implementar la cultura de la renegociación y, en su defecto, la revisión o adaptación del préstamo hipotecario por una autoridad competente. En defensa de la perennidad contractual del préstamo hipotecario se ha pronunciado, igualmente, Quesada, con las siguientes palabras:

«No cabe duda de que la conservación del *statu quo* de la eficacia del contrato y las obligaciones accesorias que lleva consigo (entre otras la hipoteca) pasan por el cumplimiento del mismo a manos de los prestatarios para evitar la ejecución. Si ante el incumplimiento, cualquiera que sea y con independencia de la magnitud, se pasa a la ejecución directa que ocasionaría la resolución con la obligación de devolver la totalidad principal y los intereses, se estaría claramente destruyendo el equilibrio económico de las partes, con los prejuicios recíprocos que se ocasionaría (aumento del *stock* inmobiliario de las entidades bancarias, colapsador de la liquidez interna, y pérdida de la vivienda habitual de los particulares con la correspondiente deuda anexa que falte de la ejecución hipotecaria. Es por ello por lo que, bajo nuestra opinión, la ejecución de la hipoteca debe pasar a considerarse la última ratio en los casos de incumplimiento del pago de la deuda garantizada con hipoteca, debiéndose modular en determinadas ocasiones expresamente previstas por la ley que podrían tratarse de ejecuciones de viviendas habituales en casos de impago temporal, pudiendo establecerse un

mecanismo procesal para que el acreedor hipotecario llegue a la ejecución verdaderamente tras descartar voluntariamente todas las alternativas económicamente posibles [...]»¹⁸⁰.

3. LA MITIGACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL

Tras la crisis, al drama de perder la vivienda se le sumaba, en la mayoría de las ocasiones, el hecho de que el deudor continuara obligado a sufragar la parte de la deuda no satisfecha tras la ejecución hipotecaria. Una obligación acorde con el principio de responsabilidad patrimonial universal recogido en los arts. 1911 CC y 105 LH. Si bien, la inmoralidad del sistema jurídico provocó que diversa jurisprudencia llevara a cabo una interpretación «rebelde» y criticada¹⁸¹ en sede ejecutiva para limitar la responsabilidad al producto obtenido en la subasta. E, incluso, algunos jueces han llegado a calificar como abusiva la cláusula que recoge el principio legal de responsabilidad patrimonial universal del deudor (el prestatario)¹⁸². Sin embargo, con el Derecho post-crisis el legislador se ha convertido, en parte, en agente precursor del cambio, buscando la mitigación del principio de responsabilidad patrimonial.

Para comenzar, diversas medidas legales buscan que la responsabilidad del préstamo hipotecario se ciña al valor de la vivienda, intentando evitar, con ello, la activación del principio de responsabilidad patrimonial universal. En particular, destaca la subida del valor de subasta en el proceso especial de ejecución hipotecaria y en la venta extrajudicial ante notario, aunque no se comprenda que el mínimo legal exigido sea distinto en sede judicial y extrajudicial. Igualmente, otro cambio legal aprobado, con la misma intención, ha sido la elevación progresiva de los porcentajes de adjudicación dentro del trámite relativo a la subasta de los bienes hipotecados. Tales reformas pretenden facilitar la mitigación del principio de responsabilidad patrimonial universal. Sin embargo, según cuales sean los factores concurrentes (cantidad del préstamo pagado antes de la ejecución, concurrencia de postores, valor de la vivienda, etc.), puede no lograrse tal objetivo. Por supuesto, en comparación con la regulación anterior, el sistema es más beneficioso para el deudor hipotecario.

¹⁸⁰ QUESADA LÓPEZ, 2017, pp. 213.

¹⁸¹ BASTANTE GRANELL, *F: RCJS*, 2014, pp. 899-916; JIMÉNEZ PARÍS, *RCDI*, 2012, pp. 2947-2971.

¹⁸² BALLUGERA GÓMEZ, *DLL*, 2017.

Si el producto obtenido en la subasta no es suficiente para satisfacer la totalidad del crédito hipotecario, se activa el principio de responsabilidad patrimonial universal. Pero aquí el legislador ha insertado las medidas previstas en el artículo 579.2 LEC: la quita parcial (de un 20% o 35% según haya satisfecho parte de la deuda restante en un plazo de 10 o 5 años, respectivamente) y la posible reducción de la deuda restante si el ejecutante obtiene una plusvalía con la venta del bien inmueble adjudicado. Tales medidas buscan aminorar los perjuicios derivados de tal principio, aliviando la carga financiera del deudor tras la ejecución del bien inmueble. Igualmente, debe mencionarse el incremento, a través del Real Decreto-ley 8/2011, del patrimonio inembargable cuando la venta de la vivienda habitual resulta insuficiente para satisfacer la deuda. De esta forma se aminoran los embistes de embargos posteriores¹⁸³.

Aunque tales medidas pretendan moderar o suavizar la responsabilidad patrimonial universal del deudor hipotecario –*ex ante* o *ex post* de la venta o ejecución del bien inmueble–, el Derecho post-crisis ha traído consigo medidas que logran la desactivación total de tal principio del Derecho civil. Por un lado, la dación en pago prevista en el CBP y, por otro, el beneficio de excusión del pasivo insatisfecho (art. 178 bis LC). En cuanto a ésta última medida, y como se explicó antes, puede lograr que, tras la liquidación de la vivienda habitual, la deuda restante –de no haber sido suficiente el producto obtenido para pagar al acreedor hipotecario– quede completamente exonerada a favor del deudor concursado. Como señala Berrocal, «esta remisión opera como una excepción a la regla general que, es la responsabilidad patrimonial universal contenida en el citado artículo 1911 del Código Civil»¹⁸⁴. El objetivo era evidente: «En este ámbito se enmarca de manera muy especial la llamada legislación sobre segunda oportunidad. Su objetivo no es otro que permitir lo que tan expresivamente describe su denominación: que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer»¹⁸⁵. Gracias a tal medida se logra evitar la discriminación jurídica que sufría el deudor persona física, evitando que se

¹⁸³ «Sin embargo, podría argumentarse, en sentido contrario, que el espíritu de la norma es resolver la problemática de los deudores hipotecarios con una limitación del principio de responsabilidad patrimonial universal por la vía de ampliar el patrimonio inembargable del deudor ejecutado». JIMÉNEZ PARÍS, *RCDI*, 2013, p. 282.

¹⁸⁴ BERROCAL LANZAROT, 2016, p. 113.

¹⁸⁵ Preámbulo 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.

vea inmerso en una situación de exclusión social y económica, y consiguiendo que siga «vivo» como consumidor.

El Derecho post-crisis otorga a favor del deudor hipotecario cauces o medidas que pueden suavizar e, incluso, desactivar los efectos naturales del decimonónico principio de responsabilidad patrimonial. No se ha reconocido de forma directa una dación en pago general, pero de forma indirecta la mitigación de tal principio ha comportado que la obligación garantizada del préstamo dependa, en ocasiones, de forma exclusiva del valor del bien inmueble hipotecado. Siendo así, es posible que una hipoteca que nace en sede contractual sin limitación de responsabilidad, se transforme *ex lege* en una hipoteca con deuda de responsabilidad limitada, sin el consentimiento del acreedor. Y ello, dependerá del cauce de realización de la vivienda hipotecada, así como de circunstancias objetivas y subjetivas (situación económica-social del deudor hipotecario, concurrencia de la buena fe, etc.). La hipoteca, la cobertura de su responsabilidad, puede mutar según sea el devenir del préstamo hipotecario y su contexto exterior. Tal situación evidencia «un querer» legislativo de limitar la responsabilidad del deudor hipotecario al valor de la vivienda, pero falta esa valentía legal para una completa instauración. El pacto de «concreción de responsabilidad limitada» debe erigirse como un derecho irrenunciable e imperativo a favor del deudor con hipoteca sobre vivienda habitual. Es momento de pasar de una hipoteca voluntaria a una «hipoteca legal de responsabilidad limitada». En este sentido, se han pronunciado otros autores:

«A pesar de ser una medida discutida, debería valorarse la posibilidad de limitar en estos casos la responsabilidad del deudor al valor de la vivienda hipotecada, sin alcanzar a los demás bienes de su patrimonio: al menos, cuando se trate de la adquisición de la primera vivienda habitual (y, por supuesto, siempre que la vivienda siga manteniendo el carácter de habitual en el momento de la ejecución)»¹⁸⁶.

Aunque algún autor considera que la destrucción de la responsabilidad patrimonial universal conduce a una sociedad irresponsable, perjudicando seriamente los intereses de los acreedores; o, bien, que la dación necesaria tiene como nicho ecológico los periodos de crisis¹⁸⁷, lo cierto es que fomentar o implementar, en caso de vivienda habitual, una hipoteca de responsabilidad limitada, puede ser eficiente por diversos motivos según su configuración. Si se implementa en sede ejecutiva, dicha medida sería oportuna si nos encontramos ante deudores de buena fe sin patrimonio embargable

¹⁸⁶ DOMÍNGUEZ LUELMO, 2018, p. 334.

¹⁸⁷ LACRUZ MANTECÓN, *RDC*, 2014, pp. 99 ss.

y ausencia de ingresos económicos. Se trataría de una medida social, en aras a preservar la dignidad de la persona y su «encadenamiento» a embargos futuros (aunque actualmente, si el deudor tiene más créditos podría acudir al proceso concursal y solicitar la liberación de deudas, pero tal salvación no debe pender del número de acreedores). Con dicha medida se fomentaría, a su vez, la búsqueda de la «perennidad contractual» –de forma convencional u otros cauces extrajudiciales–, ante la falta de interés de los acreedores en ejecutar la vivienda y, como efecto, el deseo de mantener vivo el préstamo, por las ganancias a obtener (intereses, etc.). La hipoteca de responsabilidad limitada promueve la preservación de la vivienda en sede contractual, garantizando el derecho a una vivienda digna. Otra solución sería obligar a las entidades bancarias a ofrecer hipotecas con deuda de responsabilidad limitada, según concurren ciertos requisitos, como un adecuado valor de tasación de la vivienda y, sobre todo, la entrega de un porcentaje determinado para su compra. Con tal medida se daría tal opción a los consumidores, no siendo un producto excepcional o imposible; y, al mismo tiempo, supondría un incentivo del ahorro para la compra de la vivienda habitual.

4. INFLUENCIA INDIRECTA DEL PRINCIPIO *PRO DEBITORIS* Y DEL PRINCIPIO *PRO CONSUMATORE* EN EL DERECHO DE GARANTÍAS

Con carácter general, nuestro Derecho hipotecario –en particular, los cauces para la ejecución del bien hipotecado– ha apostado, sin duda, por el «favor creditoris». Si bien, tras la crisis y sus efectos, el Derecho post-crisis y la jurisprudencia –nacional y europea– se centraron en la protección de la parte débil, en detrimento –y con restricción– de los derechos de los acreedores, con especial énfasis en el ámbito contractual (CBP, protección de los prestatarios ante las cláusulas abusivas, etc.). Nuestra legislación se ha visto, así, informada e inspirada por el principio *pro debitoris*, en particular por el principio *pro consumatore*¹⁸⁸. Sobre éste último postulado, señala la jurisprudencia lo siguiente:

«Es preciso tener en cuenta que esa legislación protectora y «pro consumatore» responde a un principio constitucional, que es rector de la política social y económica española, por la cual la defensa de los consumidores adquiere «rango constitucional». En el artículo 51 de la Constitución española, se establecen las siguientes obligaciones de los poderes públicos: «Los poderes públicos

¹⁸⁸ Vid. MARCOS FRANCISCO, *InDret*, 2015, pp. 5 ss.

garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos...»). En el artículo 53.3 del texto constitucional se dispone que el principio de defensa de los consumidores «informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» (STSJ de Asturias 1/2015, de 30 de Enero de 2015, Recurso n.º 4/2014).

Si bien, no solo hemos asistido a la aparición de normas en protección del deudor hipotecario, sino que las resoluciones de nuestros Tribunales –e, incluso, de la DGRN– se han inspirado en tales principios, llegando a interpretar los preceptos legales en materia hipotecaria con base a un principio *in dubio pro debitoris* o *pro consumatore*. Igualmente, nuestros poderes públicos han creado sistemas en defensa del deudor hipotecario –piénsese en el fomento de la mediación hipotecaria por los organismos públicos–. Tal principio, emanado de nuestra Carta Magna, vive una etapa de exaltación jurídica. De hecho, a pesar de la singularidad y el *favor creditoris* que inspira el proceso de ejecución hipotecaria, el TJUE ha manifestado que tal principio es de necesaria aplicación en tal cauce procesal:

«[...] los procedimientos de ejecución nacionales, tales como los procedimientos de ejecución hipotecaria, están sujetos a las exigencias relativas a la protección efectiva de los consumidores que se deducen de la citada jurisprudencia del Tribunal de Justicia» y en la conclusión 47 dispone que «las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no constituyen un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13» (STJUE de 17 de julio de 2014, asunto C?169/14, caso Banco Bilbao Vizcaya Argentaria)¹⁸⁹.

La corriente *pro* consumidor propugna un mayor equilibrio contractual dentro de los préstamos hipotecarios. Ahora bien, tal corriente afecta, de forma indirecta, al Derecho de garantías. Sería un contrasentido hablar de una hipoteca *pro debitoris* o, bien, *pro consumatore*, básicamente porque como garantía nace en beneficio e interés del acreedor hipotecario. No obstante, la relación de «macrodependencia» entre el crédito y la hipoteca provoca que las vicisitudes que sufra el préstamo hipotecario, en sede contractual o ejecutiva –a través del Derecho o la práctica judicial–, como resultado del principio *pro consumatore* influyan, de forma indirecta, sobre la hipoteca. Ello se plasma en diversas situaciones: 1) con la

¹⁸⁹ ÁLAMO GONZÁLEZ, DLL, [La Ley 7896/2014].

introducción de una causa de oposición sobre cláusulas abusivas¹⁹⁰ en el proceso de ejecución hipotecaria y en la venta extrajudicial ante notario, afectando a la celeridad de la satisfacción del crédito, de la ejecución de la garantía, al propio *ius distrahendi*; 2) Aceptando, ante la nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado, que sea el consumidor, el deudor, y no el acreedor, quien decida el trámite procesal para la satisfacción del crédito hipotecario (el *ius distrahendi* pende de la voluntad del deudor); 3) con la paralización de las ejecuciones hipotecarias durante la tramitación del AEP en sede concursal, con la finalidad de obtener un plan de pagos; etc. La búsqueda del equilibrio entre las partes dentro del conflicto hipotecario ha causado una alternación del contenido de la hipoteca. La tutela privilegiada del acreedor que, en principio, emana de la hipoteca, se ha diluido de forma progresiva. La ponderación de intereses ha repercutido en la hipoteca.

VII. LA POSIBLE EVOLUCIÓN DEL SISTEMA ESPAÑOL: ¿HACIA EL MODELO FRANCÉS?

El Derecho post-crisis ha sido el detonante de la transmutación socio-jurídica de la hipoteca, en particular cuando su objeto es un bien inmueble con la consideración de vivienda habitual. No obstante, sería más oportuno hablar de una (*quasi*)transmutación, pues posiblemente nos encontremos en una fase intermedia, ante posibles cambios en un futuro próximo. De hecho, la observancia de otros sistemas jurídicos nos permite dirigir la mirada hacia otras medidas que, por el momento, parecen impensables dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En concreto, basta examinar algunas de las previstas en el Derecho francés.

1. LA REVISIÓN FORZOSA DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO POR DIFICULTADES DE PAGO DEL DEUDOR

En Francia, si un deudor hipotecario atraviesa dificultades económicas (desempleo, crisis matrimonial, incapacidad, etc.) que le

¹⁹⁰ «La ley del Estado democrático ha devuelto la dignidad a las personas consumidoras. Esa ley sopla como un viento a favor de ellas. Ahora a los bancos les puedes aplicar, salvando las distancias, lo que en Martín Fierro se guardaba para los pobres: «la ley es como el cuchillo [...] y corta sin ver a quién». Con el sello de los principios constitucionales «pro consumatore» y pro adherente que nos reconoce la ley española, este peligro de la ley es para los bancos: la ley es como el cuchillo, ofende al que usa cláusulas abusivas, no a los simples ciudadanos». GÓMEZ, *DLL* [La Ley 9953/2016].

impidan reembolsar el préstamo de crédito inmobiliario, tiene dos mecanismos para evitar la resolución del contrato, mantener su vigencia y, en consecuencia, paralizar la pérdida de la vivienda habitual. Nos referimos, por un lado, al plazo de gracia (*délai de grâce*), recogido en el artículo 1343-5 del *Code Civil*; y a las medidas para reducción de deudas que pueden establecerse dentro del procedimiento de *surendettement des particuliers* (arts. L. 711-1 ss. del *Code de la consommation* –en adelante, *C.consom*–).

1.1 El plazo de gracia (*délai de grâce*) en créditos inmobiliarios

En Francia, cuando un deudor tiene dificultades para pagar las cuotas de un préstamo (sea personal o hipotecario) –no tras el vencimiento de la totalidad del préstamo, siendo éste exigible– se dirige al banco o entidad financiera con la finalidad de solicitar una reestructuración del crédito (*Faire des propositions aux créanciers pour rééchelonner l'échéancier*), salvo que tenga un seguro de crédito inmobiliario que cubra las dificultades de pago por desempleo, despido, enfermedad, etc. No obstante, el prestamista no tiene la obligación de aceptar dicha renegociación. De no proceder a la reestructuración del pago de forma amistosa¹⁹¹, el consumidor tiene la posibilidad de requerir la aprobación de un plazo de gracia (*délai de grâce*) al *Tribunal d'instance*. Señala el artículo L. 314-20 *C.consom*: «La ejecución de las obligaciones del deudor puede ser, particularmente en caso de despido, suspendida por resolución del juez de instancia en las condiciones previstas en el artículo 1343-5 del Código Civil. La resolución puede disponer que, durante el plazo de gracia, las sumas debidas no produzcan intereses». En concreto, el plazo de gracia viene recogido en el artículo 1343-5 *Code Civil*:

«Le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner,

¹⁹¹ Si bien, con carácter general, la banca francesa es proclive a la renegociación, por las medidas que se comentarán a continuación. «Le contrat de crédit immobilier se caractérise par sa longue durée. Il est possible que les prévisions des parties se modifient en cours d'exécution de la convention et que l'une d'elle (l'emprunteur) souhaite une renégociation [...]. Cette dernière se présente principalement dans deux hypothèses. La première est celle dans laquelle un emprunteur, confronté à des difficultés financières, souhaite obtenir une modification des conditions d'exécution du contrat de crédit immobilier. Les établissements de crédit acceptent alors parfois de rediscuter des modalités du contrat, ce qui débouche sur une modification de la durée, du taux ou des échéances. Les prêteurs ont parfois intérêt à accorder un allègement de la dette de l'emprunteur, dans le but d'éviter une procédure de surendettement qui leur serait plus défavorable. La seconde est plus ponctuelle. Elle est la conséquence de la forte baisse des taux d'intérêts intervenus ces dernières années. Les emprunteurs qui avaient conclu à des taux élevés ont voulu également bénéficier de cette baisse des taux. Pour éviter le développement des rachats de prêts, de nombreux établissements de crédit ont accepté de réduire le taux initialement stipulé». PIEDELIEVRE, 2016, párrafo n.º 174.

dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues. Par décision spéciale et motivée, il peut ordonner que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit au moins égal au taux légal, ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital. Il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement par le débiteur d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette. La décision du juge suspend les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier. Les majorations d'intérêts ou les pénalités prévues en cas de retard ne sont pas encourues pendant le délai fixé par le juge. Toute stipulation contraire est réputée non écrite. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux dettes d'aliment»¹⁹².

A la hora de aprobar la concesión de un plazo de gracia, el juez valora la situación del deudor –debiendo tratarse de un deudor desafortunado y de buena fe¹⁹³–, así como las necesidades del acreedor. Si admite su concesión, procede a aprobar una reestructuración de las sumas debidas (nuevos *délais de paiement*), aunque el plazo de gracia no puede exceder los dos años¹⁹⁴. De forma especial y motivada, el juez puede acordar que las cantidades vencidas devenguen intereses tomando como referencia un tipo reducido igual al tipo del interés legal o, bien, que los pagos se apliquen primero sobre el capital. Incluso, según el artículo L. 314-20 *C.consom*, el juez puede ordenar que durante tal periodo las sumas debidas no generen ningún tipo de interés. No obstante, la aprobación del plazo de gracia puede estar subordinada al cumplimiento por el deudor de actos dirigidos a facilitar o garantizar la deuda. Su aprobación comporta la suspensión de los procesos de ejecución que hubiera iniciado el

¹⁹² A pesar del rigor del Derecho común de los contratos sobre la obligación de pago del deudor, la existencia de tal precepto se remonta al artículo 1244-2 del Code Civil de 1804, un precepto que ha sufrido diversas modificaciones (*La loi du 20 août 1936*; *loi n.º 85-1097 du 11 octobre 1985*; etc.), habiéndose instalado finalmente en el artículo 1343-5 *Code Civil*, tras la reforma del Derecho de obligaciones y contratos.

¹⁹³ «La demande de suspension du remboursement des emprunts sur ce fondement juridique n'a donc pas lieu d'être. A titre subsidiaire, sur le fondement plus général de l'article 1244-1 du code civil, force est de constater que les époux X... ne s'expliquent nullement sur leur situation financière et professionnelle actuelle, interdisant par là même à la cour d'apprécier leur situation prétendue de débiteurs malheureux et de bonne foi. Madame X... ne dit rien de sa situation personnelle ou professionnelle et monsieur X... depuis son licenciement de 2009 ne dit rien de ses recherches d'emploi. Aucun document fiscal ne vient attester de la modeste revendiquée de leur train de vie» (*Cour d'appel de Lyon, 8ème chambre, Audience publique du mardi 24 avril 2012, n.º de RG: 11/01108*). Véase *Cour de cassation, chambre civile 3, Audience publique du mercredi 14 octobre 1992, n.º 91-10780*; *Cour de cassation, chambre commerciale, Audience publique du jeudi 20 juin 1963*.

¹⁹⁴ «En ce qui concerne les délais de paiement réclamés par Madame G... elle soutient que cette demande est irrecevable puisque que l'arrêt de cette cour en date du 16 février 2017 a suspendu le paiement des échéances et que les articles 1244-1 et suivants anciens du code civil, applicables à la cause, limitent à deux ans les délais de grâce que le juge peut accorder» (*Cour d'appel d'Orléans, Audience publique du jeudi 25 avril 2019, n.º de RG: 18/009011*).

acreedor¹⁹⁵. Durante el plazo de gracia el retraso en el pago no genera intereses. Lo interesante es que tal plazo es un derecho del consumidor, no admitiéndose pacto contractual en contrario que limite la posibilidad de acogimiento a este beneficio.

En el Derecho francés, la fuerza obligatoria del contrato se manifiesta igualmente con tal mecanismo de suspensión. Se prioriza la paralización del contrato por encima de la posible resolución del mismo. La suspensión tiene, así, un «efecto redentor»¹⁹⁶. Aunque el acreedor desee resolver el contrato, el juez –con base a la perennidad contractual– mantiene la vigencia del contrato a través del *délai de grâce* si concurren determinadas condiciones en la situación del deudor. La suspensión busca salvar el contrato, obligando a las partes a mantener su obligación de compromiso y lealtad respecto a sus obligaciones, pues «à la fin de la période de suspension, l'exécution du contrat, momentanément interrompue, va reprendre»¹⁹⁷. Resolver el contrato, por dificultades económicas, sería una respuesta desproporcional. De esta forma, como manifiesta Rakotovahiny, «le maintien forcé du contrat apparaît comme une adaptation de la réalité contractuelle aux impératifs économiques»¹⁹⁸.

La facultad moderadora y el fundamento del artículo 1343-5 *Code Civil* se refleja, de forma tímida e insuficiente, en nuestra Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles. En particular, en el artículo 11, precepto que permite a los jueces «con carácter excepcional y por justas causas apreciadas discrecionalmente, tales como desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otros infortunios», señalar «nuevos plazos o alterar los convenidos, determinando, en su caso, el recargo en el precio por los nuevos aplazamientos de pago». Tal disposición es de aplicación a los préstamos para adquirir bienes muebles, quedando excluido el préstamo hipotecario. Tal exclusión –o la ausencia de creación de un precepto similar en el ámbito hipotecario– no es comprensible dada la relevancia de la vivienda habitual. La empatía del legislador hacia el deudor de créditos de consumo, en contraste con la empatía mostrada hacia el deudor hipotecario no resulta admisible. Se prefiere apostar por un CBP restrictivo –a

¹⁹⁵ «Que ces éléments justifient l'octroi du délai de grâce de six mois sollicité par l'appelant; qu'en application des dispositions des articles 1244-1 et 1244-2 du code civil, il convient en conséquence de reporter le paiement des sommes restant dues au 13 avril 2010, la procédure de saisie immobilière se trouvant suspendue pendant ce temps; que le jugement déferé sera en conséquence infirmé en ce qu'il a débouté M. X... de sa demande de délai; Attendu qu'il convient de renvoyer l'affaire devant le juge de l'exécution du Mans à l'audience d'orientation du 27 avril 2010» (*Cour d'appel d'Angers, 1ère chambre a, Audience publique du mardi 13 octobre 2009, n° de RG: 09/01877*).

¹⁹⁶ TREILLARD, 1960, p. 59.

¹⁹⁷ RAKOTOVAHINY, *LPA*, 2011, [PA201115302].

¹⁹⁸ *Id.*

merced de la voluntad de los acreedores hipotecarios–, y por una ampliación del plazo de las cláusulas de vencimiento anticipado, cuando esto último afecta a los intereses de los deudores hipotecarios, pues fomenta la generación de intereses de demora por las cuotas impagadas sin dar una respuesta a las dificultades de pago durante dicho periodo. Siendo así, nuestro legislador debería plantearse la inclusión en nuestro sistema de un precepto similar al artículo 1343-5 *Code Civil*.

1.2 Las «medidas forzosas» en el proceso de *surendettement*: especial referencia al préstamo hipotecario

A pesar del beneficio legal previsto en el artículo 1343-5 *Code Civil*, puede suceder que el plazo de dos años sea insuficiente para aliviar la posición financiera del deudor o, bien, que su situación económica sea más grave. En tal caso, el deudor puede depositar un *dossier* –o solicitud– ante una comisión administrativa (llamada comisión de sobreendeudamiento) y así iniciar el proceso de sobreendeudamiento de particulares, recogido en los arts. L. 711-1 ss. *C.consom*), dividido en dos fases: el proceso de reducción de deudas –o *désendettement*– (de carácter administrativo, desarrollado ante la comisión) y el proceso judicial de «recuperación personal». El primero busca el diseño de un plan de pagos que permita al deudor reembolsar sus deudas (situaciones remediables) –el objetivo es mantener la actividad del deudor, buscando reducir el pasivo– y el segundo, se centra en la venta y liquidación de los bienes del deudor, pudiendo optar, tras ello, a una liberación de deudas –por tanto, tiende a evitar la exclusión social por fines humanitarios¹⁹⁹.

El deudor puede acudir a tal proceso de estar en una situación de sobreendeudamiento que se caracterice por la imposibilidad manifiesta de pagar el conjunto de sus deudas (no profesionales), exigibles o a vencer (arts. L. 711-1 et L. 712-2 *C.consom*) –gastos corrientes de agua, luz, electricidad, créditos, etc.–. Además, debe tratarse de un deudor de buena fe (no culpable del endeudamiento), lo que implica que tal imposibilidad se deba a infortunios de la vida (como desempleo, despido, incapacidad, enfermedad, crisis matrimonial, etc.). El acceso al proceso depende de la buena conducta del deudor y de su situación económica. Respecto a esto último, el artículo L. 711-1 *C.consom* señala que el solo hecho de ser propietario de la residencia principal, cuyo valor estimado a la fecha de depósito de la solicitud sea igual o superior al conjunto de

¹⁹⁹ SOUWEINE, *La Semaine Juridique*, 2014, párrafo n.º1.

las deudas, no será obstáculo para que se pueda considerar que el deudor particular se halla en una situación de sobreendeudamiento. El deudor hipotecario puede beneficiarse de tal procedimiento²⁰⁰. De hecho, como afirma Mazeaud, dicho proceso contiene normas que otorgan un tratamiento específico al consumidor de crédito inmobiliario con medidas que persiguen su alivio crediticio²⁰¹.

Si dentro del proceso administrativo fracasa la fase amistosa – dirigida a la obtención de un plan de pagos, mediante el acuerdo de deudor y acreedores (arts. L. 732-1 ss.)²⁰², destaca la posibilidad, bajo petición del deudor, de que la comisión pueda imponer distintas medidas a los acreedores (*mesures imposées*). No obstante, se establecen dos clases de medidas. Para empezar, las medidas de *droit commun* (que se pueden imponer sin motivar la decisión); y, segundo, las medidas *soumises à décision spéciale et motivée*. Tales medidas suponen una revisión forzosa de los contratos por parte de un órgano administrativo, incluido el préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda habitual.

Las primeras medidas, previstas en el artículo L. 733-1, buscan aligerar la obligación de pago del deudor, adaptándola a su capacidad financiera, ya sea alargando el plazo de amortización o disminuyendo el montante de la deuda. En concreto, se establecen las siguientes medidas: 1) Reestructuración de la deuda (aplazamiento del pago, lo que comporta modificar la duración del préstamo; o alteración del importe de las cuotas)²⁰³; 2) imputar los pagos sobre el capital (lo que comporta un pago más rápido de la deuda); 3) ordenar que las cantidades de los vencimientos aplazados o reestructurados devenguen un interés acorde con un tipo reducido (Dicho tipo porcentual no puede ser superior al interés legal); y 4) suspender la exigibilidad de los créditos (excluyendo las deudas por alimentos) por un plazo que no exceda los dos años, con la finalidad de que en ese periodo el deudor pueda mejorar y examinar su situación económica pasado dicho periodo de tiempo (Tal

²⁰⁰ De aceptarse la solicitud, se procede a la suspensión y prohibición inmediata de las ejecuciones, incluida la ejecución hipotecaria, durante un plazo que no puede exceder los dos años (art. L722-2 y L722-2 C. *Consum*). De tratarse de un embargo inmobiliario, y haberse señalado la fecha de adjudicación, esta puede aplazarse por *causes graves et dûment justifiées* (art. L722-4 C. *Consum*).

²⁰¹ MAZEAUD, 2012, párrafos n.º 24 y 131.

²⁰² Entre las medidas que se suelen incluir dentro del plan de recuperación podemos destacar el aplazamiento de deudas, la reestructuración de pagos, la liberación de éstas, la reducción e incluso supresión de intereses; y, por último, la creación o sustitución de garantías (art. L732-2 C. *consum*). Tales medidas se pueden establecer durante un plazo máximo de siete años, aunque tal plazo puede ser mayor cuando se trate de un préstamo destinado a la adquisición de la vivienda habitual, a fin de evitar la *cession du bien immobilier* (L732-3 C. *consum*).

²⁰³ Esta medida no se puede acumular con el plazo de gracia del artículo 1343-5 *Code Civil*.

moratoria comporta la suspensión del pago de intereses. Solamente las cantidades debidas a título de capital puede generar intereses, cuyo tipo no podrá exceder el interés legal del dinero)²⁰⁴. La duración de tales medidas no puede exceder el plazo de siete años, salvo que se trate de un préstamo destinado a la adquisición de la vivienda habitual, a fin de evitar la cesión del bien inmueble (art. L. 733-3 *C.consom*)²⁰⁵. La comisión administrativa puede acumular, combinar o utilizar parte o la totalidad de las medidas, atendiendo a la situación financiera del deudor²⁰⁶.

Luego se encuentran las medidas cuya implantación requieren una decisión especial y motivada de la comisión administrativa (art. L. 733-4 *C.consom*), cuya aprobación procede cuando las medidas anteriores no son suficientes. En concreto, la comisión puede imponer a los acreedores las siguientes medidas: 1) La reducción del saldo restante tras la venta forzosa o amistosa de la vivienda habitual del deudor; 2) La reducción de los intereses aplicando un tipo inferior al interés legal del dinero; y, por último, la liberación parcial de las deudas (proporcional sobre el conjunto de las deudas; afectando a la totalidad de ciertas deudas; o, bien, combinando la liberación total de ciertas deudas con la liberación parcial de otras²⁰⁷). La primera medida se aplica cuando, habiéndose acordado la venta –forzosa o amistosa– de la vivienda principal, el precio obtenido no es suficiente para pagar el préstamo concerniente a un establecimiento de crédito (préstamos gravados con una garantía inmobiliaria). En ese caso, el precio obtenido se imputa primero sobre el capital y el pago del saldo restante debido se reestructura –conforme a las medidas previstas en el artículo L. 733-1 y con una duración máxima de siete años– para que sea

²⁰⁴ Artículo L733-1: «En l'absence de mission de conciliation ou en cas d'échec de celle-ci, la commission peut, à la demande du débiteur et après avoir mis les parties en mesure de fournir leurs observations, imposer tout ou partie des mesures suivantes: 1° Rééchelonner le paiement des dettes de toute nature, y compris, le cas échéant, en différant le paiement d'une partie d'entre elles, sans que le délai de report ou de rééchelonnement puisse excéder sept ans ou la moitié de la durée de remboursement restant à courir des emprunts en cours; en cas de déchéance du terme, le délai de report ou de rééchelonnement peut atteindre la moitié de la durée qui restait à courir avant la déchéance; 2° Imputer les paiements, d'abord sur le capital; 3° Prescrire que les sommes correspondant aux échéances reportées ou rééchelonnées porteront intérêt à un taux réduit qui peut être inférieur au taux de l'intérêt légal sur décision spéciale et motivée et si la situation du débiteur l'exige. Quelle que soit la durée du plan de redressement, le taux ne peut être supérieur au taux légal. 4° Suspender l'exigibilité des créances autres qu'alimentaires pour une durée qui ne peut excéder deux ans. Sauf décision contraire de la commission, la suspension de la créance entraîne la suspension du paiement des intérêts dus à ce titre. Durant cette période, seules les sommes dues au titre du capital peuvent être productives d'intérêts dont le taux n'excède pas le taux de l'intérêt légal».

²⁰⁵ *Vid.* PIEDELIEVRE, 2016, párrafos n.º 170 ss.

²⁰⁶ MARTINEAU-BOURGNINAUD, 2018, pp. 294 ss.

²⁰⁷ VIGNEAU, BOURIN y CARDINI, 2012, párrafo n.º 535.

compatible con las cargas y recursos del deudor (Piénsese que se busca que el deudor pueda realojarse en otra vivienda y tal carga no sea un obstáculo para ello²⁰⁸). Sobre esta medida, manifiesta la doctrina francesa:

«[...] cette recommandation est possible dans le cas suivant: le débiteur a acheté son logement principal au moyen d'un prêt immobilier consenti par un établissement de crédit: celui-ci a fait inscrire un privilège ou une hypothèque sur ledit logement; à la suite de la défaillance du débiteur, l'établissement de crédit procède à la vente forcée du logement ou provoque sa vente à l'amiable pour éviter une saisie immobilière: mais le prix ainsi obtenu est insuffisant pour éponger la totalité de la dette, de sorte que le débiteur, après avoir perdu la propriété de son logement, est encore redevable d'une fraction de la somme qui avait servi à l'acheteur. Cette situation est hélas fréquente. Les immeubles des débiteurs défaillants sont généralement vendus en dessous de leur valeur, parce que la mise à prix est fixée par le créancier poursuivant et que celui-ci est déclaré adjudicataire à défaut d'enchérisseur [...]. Une fois l'immeuble vendu, la dette résiduelle risque d'être écrasante pour les personnes surendettées et obligées de se loger ailleurs. Le législateur a donc accordé en pareil cas, une protection particulière au débiteur»²⁰⁹.

El texto no precisa si la reducción del saldo restante puede ser total. No obstante, los Tribunales han admitido tal posibilidad²¹⁰, atendiendo a la situación y cargas económicas del deudor. Las medidas de los arts. L. 733-1 y L. 733-4 *C.consom* pueden ser combinadas por la comisión administrativa. Tras producirse su aprobación, los acreedores no pueden iniciar ejecuciones sobre los bienes del deudor durante el desarrollo de las medidas (art. L. 733-16).

Los acreedores pueden recurrir la decisión adoptada por la comisión ante el juez del tribunal de instancia (art. L. 733-10 ss.). Lo llamativo, tras la reforma operada por la Ley n.º 2016-1547, de 18 noviembre de 2016, es el hecho de que el juez adopta un rol subsidiario, solo interviene en caso de contestación por los acreedores. Anteriormente, ante la imposición de las *recommandations de droit commun* el juez verificaba que su contenido era conforme al

²⁰⁸ «Le code de la consommation a prévu une recommandation spécifique en cas de vente du logement du débiteur. Le prix dégagé est insuffisant pour rembourser l'intégralité du prêt restant à courir. Le but de cette recommandation est d'éviter que le consommateur ne continue à rembourser un prêt pour l'acquisition d'un logement dont il n'a plus la propriété, alors qu'il sera obligé de se reloger». PIEDELIEVRE, 2016, párrafo n.º 183 ss.

²⁰⁹ CALAIS-AULOY y STEINMETZ, 2000, párrafo n.º 536.

²¹⁰ *Cour de cassation, chambre civile 1, 13 juin 1995, n.º 93-04247*. En este mismo sentido, se manifiesta: «Mais attendu que la faculté laissée au juge de réduire le montant de la fraction des prêts immobiliers restant due après la vente, dans des proportions telles que son paiement, assorti d'un échelonnement, soit compatible avec les ressources et les charges du débiteur, permet une remise totale de la dette si cette mesure est seule compatible avec les ressources et charges du débiteur» (*Cour de cassation, chambre civile 1, 4 avril 1995, n.º 93-04181*).

C.consom. Si se trataba de medidas forzosas, de mayor gravedad, tales medidas requerían homologación judicial. Actualmente, si no se produce contestación por los acreedores, no hay intervención judicial. De hecho, en ausencia de contestación, las medidas se imponen a los acreedores, salvo a aquellos cuya existencia no haya sido comunicada por el deudor o que no hayan sido avisados de las medidas por la comisión (art. L733-9). Se observa, como el Derecho francés ha investido a comisiones administrativas de un poder que les permite revisar, de forma forzosa, los contratos ante una situación de sobreendeudamiento. Tal reforma se realizó debido a que el 98 % de las recomendaciones eran homologadas de forma favorable por los jueces, buscando una desjudicialización de tales asuntos²¹¹. No obstante, puede ocurrir que los acreedores hagan un mayor uso del trámite de oposición en defensa de sus intereses económicos.

El sistema francés muestra la insuficiencia y la posible evolución de nuestro Derecho. En primer lugar, el CBP, que pende de la voluntad de los acreedores, se nos presenta como un sistema demasiado restrictivo, con medidas limitadas y plazos demasiado cortos para remediar la situación del deudor hipotecario. Tal Código de buenas prácticas debería suprimirse, instalando medidas más favorables dentro de la mediación concursal e hipotecaria. En segundo lugar, tras la observancia del modelo francés, se comprueba la posibilidad, dentro de nuestro Derecho, de dotar al notario (dentro de la mediación concursal) o a los organismos públicos encargados de la mediación hipotecaria –si hubiera una regulación legal común y uniforme–, de la facultad de revisar, de forma forzosa, el contrato de préstamo hipotecario. Tales propuestas de *lege ferenda* son viables dentro del sistema español. Si bien, se requiere una voluntad de cambio por parte de nuestro poder legislativo.

1.3 El proceso judicial de «recuperación personal» con liquidación del bien inmueble hipotecado: la liberación de deudas

Cuando el deudor se encuentra en una situación «irremediablemente comprometida», a nivel socio-económico, impidiendo la puesta en marcha de las medidas previstas en el plan de *désendettement* (voluntario o forzoso), la comisión administrativa o el juez –e, incluso, el propio deudor– pueden decidir que resulte necesario acogerse al proceso judicial de «recuperación personal» (arts. L. 741-1 *C.consom*). Tal proceso –con o sin liquidación de los bienes, según la situación patrimonial del deudor– concluye con la liberación total de las deudas

²¹¹ PIEDELIEVRE, 2016, párrafos n.º 164 ss.; MARTINEAU-BOURGNINAUD, 2018, pp. 308 ss.

no profesionales, salvo determinadas excepciones, cuando el producto resultante de la liquidación de los bienes no es suficiente para el pago total de los créditos (arts. L. 742-21 y L. 742-22 *C.consom*)²¹².

Tratándose de un deudor con un préstamo hipotecario –entre otras deudas–, como norma general se procederá a la apertura de un proceso de «recuperación personal» con liquidación del bien inmueble hipotecado. Siendo así, el liquidador dispone de un plazo de doce meses –prorrogable según el artículo R. 742-26– para vender el bien inmueble de forma amistosa (a través de la llamada *vente de gré à gré*), regulada en los arts. R. 742-21 ss. *C.consom*; y, en su defecto, procederá a la venta forzosa (arts. R. 742-27 ss.), a la que le resulta de aplicación las condiciones previstas en los Títulos I y II, del Libro III del *Code des procédures civiles d'exécution (C.pr.civ)*. El primer cauce es más aconsejable puesto que permite la venta por un precio superior. De hecho, será el juez del tribunal de instancia quien determine el precio mínimo de venta²¹³. Lo mismo ocurre en caso de venta forzosa (art. R. 742-31)²¹⁴. Tras la venta del bien inmueble

²¹² Existe la posibilidad de que el proceso concluya con la liberación de las deudas si el deudor no dispone de bienes embargables, ello por razones de humanidad. En este sentido, ha señalado la Corte de Casación lo siguiente: «la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que la procédure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire, qui emporte l'effacement des dettes, n'a ni pour objet ni pour effet d'entraîner la privation du droit de propriété du créancier au sens de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, que ces mesures qui limitent ou font obstacle au recouvrement des créances par leurs titulaires portent atteinte aux conditions d'exercice du droit de propriété, qu'il est admis que le législateur peut limiter les conditions d'exercice de ce droit pour des motifs d'intérêt général, qu'en l'espèce, le dispositif critiqué répond à un objectif d'intérêt général de lutte contre la précarité et l'exclusion sociale en permettant le traitement de la situation de surendettement des débiteurs en grande précarité dont la situation, irrémédiablement compromise, rend impossible l'apurement du passif par l'adoption d'autres mesures, que le prononcé de la mesure, qui présente un caractère subsidiaire lui ôtant tout caractère d'automatisme, est entouré de garanties de procédure et de fond permettant au créancier de la contester pour la préservation de ses droits, que l'atteinte ainsi portée est proportionnée à cet objectif» (*Cour de cassation, chambre civile 2, 19 déc. 2013, n° 13-40.065*).

²¹³ Artículo R. 742-23 *C.consom*: «En cas de vente de gré à gré d'un bien immobilier grevé d'une hypothèque ou d'un privilège, le juge du tribunal d'instance détermine le montant minimum du prix de vente. Le paiement du prix conforme à ce montant, des frais de la vente et des droits de mutation purge l'immeuble de toute hypothèque et de tout privilège pris du chef du débiteur».

²¹⁴ Hay que destacar que dentro del *saisie immobilière*, el deudor puede acudir al juez con el fin de que establezca un precio de salida en subasta acorde con el valor real o de mercado, siempre y cuando resulte insuficiente el montante del precio de salida fijado por el acreedor, por constituir este un precio irrisorio (art. L. 322-6 *Code des procédures civiles d'exécution*). Este artículo permite: en primer lugar, que el deudor, a instancia de parte, pueda solicitar una revisión del precio de salida en subasta del bien inmueble conforme a los criterios del mercado; en segundo lugar, que sea el juez el encargado de efectuar dicha nueva valoración mediante el peritaje correspondiente; y en tercer lugar, impide la tendencia que existía anteriormente por parte de los acreedores de hacer coincidir el valor de salida en subasta con la cantidad de crédito debida por el deudor, en vez de fijar el precio de salida atendiendo al valor venal del bien inmueble, lo que provocaba la existencia de un número importante de adjudicaciones a precios muy inferiores al valor de mercado, afectando seriamente a los intereses del deudor, los cuales podían continuar endeudados. Sin embargo, se

hipotecado²¹⁵ pueden ocurrir dos situaciones: que el producto resultante sea suficiente para el pago del crédito inmobiliario o, bien, que no lo sea. En este último caso, disponiendo el deudor únicamente de bienes necesarios para subsistir, el juez ordena el cierre del proceso por insuficiencia de activo y dictamina la liberación de deudas –*l'effacement des dettes*–, llamada la purga de deudas²¹⁶, y la consiguiente extinción de las obligaciones (art. L. 742-22 *C.consom.*). Se permite, como indica la doctrina, «l'effacement total des dettes garanties»²¹⁷. Esto implica la posibilidad de verse liberado de la deuda hipotecaria tras la venta del bien inmueble, salvo que se trate de una garantía suscrita con *caisses de crédit municipal* (art. L. 711-5 *C.consom*)²¹⁸. Si observamos el sistema francés, el Derecho de garantías quiebra en protección del deudor sobreendeudado.

1.4 La primacía del Derecho de sobreendeudamiento sobre el Derecho de garantías

El Derecho de sobreendeudamiento afecta y diluye el Derecho de garantías y, por efecto, los privilegios de los acreedores. Así se indica, de forma expresa, tras una reforma del Código Civil francés –con base a la *Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés*–, en el artículo 2287, un precepto que establece, como regla común a garantías personales y reales, lo siguiente:

«Les dispositions du présent livre ne font pas obstacle à l'application des règles prévues en cas d'ouverture d'une procédu-

puede observar que dicha solicitud puede realizarse única y exclusivamente cuando el precio de salida sea insuficiente para paliar el endeudamiento del deudor. *Vid.* PAISANT, *RTD com*, 1998, p. 237. «Cette disposition a pour objet d'informer le débiteur saisi de la faculté qui lui est offerte de demander une augmentation de la mise à prix de cet immeuble, si celle-ci s'avère manifestement insuffisante». GALLET, *AJDI*, 1998, p. 256. Sobre esta posibilidad se manifiesta: «La vente forcée du logement principal est toujours une tragédie pour le propriétaire emprunteur qui l'habite avec sa famille et qui doit en déguerpir. L'effet en est redoublé lorsque le prix d'adjudication n'est pas suffisant pour couvrir la dette. Non seulement l'emprunteur a perdu la propriété et l'usage de son logement, mais encore il doit continuer à en payer le prix. Le législateur ému par cette situation a eu le souci de l'atténuer, en premier lieu en créant les conditions d'une adjudication au meilleur prix, ensuite en permettant d'effacer le solde de la dette [...]. Sur le premier point il a cru trouver une solution par une modification judiciaire de la mise à prix». RAYMOND, *D*, 1999, p. 205. Lo importante al observar este sistema, a pesar de las críticas que puedan hacerse también del mismo, es que permite una actualización del valor del bien inmueble conforme a los criterios de mercado en sede ejecutoria, potencia el interés en las subastas con el sistema de bajadas sucesivas y, sobre todo, y lo más importante, se ha elaborado para impedir que el producto resultante sea insuficiente para cubrir el nivel de endeudamiento del deudor.

²¹⁵ Sobre la hipoteca y la realización del bien hipotecado, véase ALBIGES y DUMONT-LEFRAND, 2017.

²¹⁶ *Vid.* SOUSTELLE, 2012, párrafo n.º 85.

²¹⁷ BOURASSIN, *LPA*, 2012, p. 4 ss.

²¹⁸ A tales préstamos tampoco les resulta de aplicación las medidas previstas en el apartado 2º del artículo L. 733-7 y los artículos L. 741-2, L. 741-6 et L. 741-7 *C.consom.*

re de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou encore en cas d'ouverture d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers».

Las medidas y reglas que recoge en Derecho de sobreendeudamiento en protección del deudor suponen la quiebra de ciertos privilegios reconocidos por el Derecho francés a los acreedores con garantías reales. De hecho, el *Code de la consommation* contiene reglas propias. Primero, prohíbe la creación de nuevas garantías (art. L. 722-5). Segundo, la apertura y desarrollo del proceso implica la paralización del *droit de poursuite* del acreedor frente al bien inmueble hipotecado (art. L. 722-2), un suspenso que puede durar hasta ocho años si se aprueba un plan de *désendettement* por la comisión administrativa (L733-16). Se produce, pues, un aplazamiento de la exigibilidad del crédito. De hecho, incluso tras haberse aprobado la venta forzosa del bien inmueble hipotecado, es posible posponer la fecha de adjudicación por causas graves y justificadas (art. L. 722-4). Tercero, el crédito garantizado puede verse aminorado por la aprobación de diferentes medidas (modificación de intereses, reducción del saldo restante debido tras la venta del bien inmueble, etc.). Cuarto, el crédito hipotecario se puede ver afectado por la liberación de deudas dentro del proceso de «recuperación personal» (art. L. 742-22), salvo si se trata de un crédito suscrito con cajas de crédito municipal. Quinto, el acreedor no podrá elegir el momento y modo de realización de la garantía hipotecaria, su elección dependerá de la comisión de sobreendeudamiento o del juez, desarrollándose conforme a los plazos y reglas del *Code de la consommation*.

Con esta posibilidad se ha asistido a una evolución jurídica que, basada en objetivos como la solidaridad social, la dignidad de la persona, etc.; ha propiciado la derogación de las reglas comunes en materia de derechos de garantía, limitando y restringiendo sus efectos, a favor del deudor sobreendeudado. De este modo, «le sacrifie des créanciers titulaires de sûretés paraît inévitable»²¹⁹, pues deben soportar en ocasiones la suspensión y, en otras, la extinción de las obligaciones, un efecto que arrastra consigo a las propias garantías suscritas. Se rompe, con ello, la función propia de las garantías, asegurar el pago de lo debido, haciendo que devengan un instrumento inútil ante la normativa en materia de sobreendeudamiento. Por tal motivo, manifiesta Bourassin que el Derecho

²¹⁹ «Le traitement du surendettement s'accompagne d'entorses à la force obligatoire des contrats et au droit de gage général des créanciers. Le droit du surendettement mérite à cet égard d'être rapproché du droit des entreprises en difficulté, même si, nous le verrons, l'égalité entre les créanciers y est moins prégnante et l'organisation collective moins développée». Vid. BOURASSIN, *LPA*, 2012, párrafo n.º 27.

de sobreendeudamiento se aproxima al Derecho aplicable a las empresas con dificultad²²⁰. La garantía ha perdido, pues, su carácter perpetuo, otorgándosele, en contra de su finalidad y su naturaleza, un carácter efímero en protección de aquellas personas que se encuentran en una situación de sobreendeudamiento. En tal sentido, afirma la autora antes mencionada:

«[...] la perte d'efficacité qu'elles subissent toutes dans le cadre des procédures de surendettement semble inéluctable compte tenu des objectifs impérieux –solidarité sociale, justice distributive, dignité humaine– qui imposent aux créanciers des sacrifices en vue de la réinsertion financière et sociale du débiteur»²²¹.

VIII. CONCLUSIONES

Desde hace más de una década, «hipoteca» y «crisis» son palabras que representan una pareja circunstancial. Ambas «iban de la mano» en los textos de diversa doctrina, leyes e, incluso, sentencias. El término jurídico «hipoteca» no solo representaba una institución de garantía, también era símbolo de la caída social de miles de deudores hipotecarios. No obstante, la hipoteca se nos mostraba como una «institución intocable», erigida en defensa de los intereses económicos de los acreedores. Por tal razón, nunca se ha producido una reforma «directa» de tal institución –como derecho real de garantía o de contrato–, a pesar del drama social de las ejecuciones hipotecarias. Si bien, la realidad social puso de relieve la necesidad de dotar nuestro Derecho de mayor justicia. Estábamos ante un sistema jurídico –falta de humanidad y cegado por la objetividad–, que dio la espalda al orden moral. Para remediar tal problema –y superar los efectos perversos que generaba un sistema eminentemente *pro creditoris*–, nuestro legislador introdujo una «vacuna» en el ordenamiento jurídico –a través de diferentes reformas legales– para dotarlo de una mayor ética, cuya composición–nuevos pensamientos, principios y teorías– ha generado efectos secundarios capaces de alterar tal institución de garantía. De forma indirecta, hemos activado una auténtica (*quasi*)transmutación socio-jurídica de la hipoteca, aunque tal tratamiento no se dirigiera concisamente a reformar su esencia jurídica primigenia.

El derecho real de hipoteca ha dotado, durante siglos, al acreedor de una facultad esencial –el *ius distrahendi*–, que le permite

²²⁰ *Ibid.*, párrafo n.º 5.

²²¹ *Ibid.*, párrafo n.º 136.

realizar el bien hipotecado para satisfacer su derecho de crédito, de forma célere e inmediata. Por tal razón, se afirma que la hipoteca tiene carácter unidireccional, pues está concebida para satisfacer los intereses del acreedor²²². Además, si el valor del bien no es suficiente para satisfacer la deuda, la hipoteca nunca ha supuesto, como regla general, una cortapisa para activar el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC). Sin embargo, tras el Derecho post-crisis –que se ha dispersado en el Derecho civil, Procesal y Concursal, entre otras ramas– existen tres elementos externos a tal derecho real de garantía capaces de provocar la mutación de su contenido esencial –aunque algunos autores se refieran al «equilibrio del mecanismo hipotecario»²²³–. Nos referimos a las circunstancias que rodean un elemento personal –la situación socioeconómica del deudor–, su objeto –la condición del bien hipotecado como vivienda habitual– y la relación crediticia que garantiza –la relación de «macrodependencia» con el préstamo hipotecario–.

La concurrencia de uno o varios de tales elementos es capaz de generar distintas consecuencias: 1) La «desactivación» o «deceleración» del *ius distrahendi*, perdiendo su eficacia inmediata y celeridad (debido al nuevo plazo para el vencimiento anticipado de los préstamos inserto en el artículo 24 LCCI; la paralización de las ejecuciones hipotecarias fijada en diversos preceptos; el fomento de la «cultura del diálogo» en la mediación hipotecaria y concursal; el nuevo cauce de oposición en sede ejecutiva por existencia de cláusulas abusivas del artículo 695 LEC; la enervación de la acción hipotecaria en el artículo 693.3 LEC; etc.); 2) la transformación *ex post* de una hipoteca, nacida en sede contractual sin limitación de responsabilidad, en una hipoteca con deuda de responsabilidad limitada, sin el consentimiento del acreedor (a través de la dación en pago dentro del CBP o del beneficio legal de la exoneración del pasivo insatisfecho del artículo 178 bis de la LC); 3) la ampliación de la cobertura de la responsabilidad hipotecaria (auspicada por el aumento progresivo de los porcentajes del valor de subasta y adjudicación en sede ejecutiva); 4) la configuración de la hipoteca como una *hypotheca specialis*, por ostentar el bien inmueble hipotecado la consideración de vivienda habitual, lo que supondría la aplicación de un régimen especial, diferente del régimen general, menos favorable para el acreedor; y, finalmente, 5) la modificación de la cuantía de la obligación garantizada *a posteriori* –u otros aspectos de la hipoteca–, a pesar del contenido inicial inscrito en el Registro de la Propiedad (art. 12 LH) (como consecuencia de los

²²² MÁRTINEZ DE AGUIRRE, 2016, p. 264.

²²³ *Ibid.*, p. 296 ss.

efectos derivados de la nulidad de cláusulas abusivas insertas en el contrato de préstamo hipotecario). Se observa, pues, como tales elementos pueden convertirse en una «atadura» para la eficacia de la hipoteca o, bien, oprimir o alterar su contenido esencial.

El devenir de la hipoteca ya no pende del contenido del contrato inicial, sino de causas externas y posteriores. La hipoteca, en su concepción clásica como derecho real de garantía *pro creditoris*, puede «enfermar» tras los cambios legales introducidos a favor del deudor hipotecario. Ante ello, estamos asistiendo a la quiebra inicial del Derecho de garantías o, si se prefiere, a la llegada de un régimen excepcional en el ámbito hipotecario. La exaltación, en sede contractual y ejecutiva, de los derechos sociales del hombre –derecho a la dignidad y derecho a una vivienda digna–, la entrada de nuevas teorías e imperativos –como los postulados ético-jurídicos del *solidarisme contractuel* o la perennidad contractual–, el pensamiento tendente a una mitigación del principio de responsabilidad patrimonial universal y la influencia de los principios *pro debitoris* y *pro consumatore* en el Derecho, son las causas que han impulsado el inicio de un cambio de paradigma jurídico en el Derecho de garantías y, por consiguiente, la restricción de los derechos de los acreedores hipotecarios. La hipoteca, como instrumento de garantía, comienza a diluirse en manos de los acreedores. Su eficacia parece o se transforma por razones humanas y solidarias. Si bien, puede que el Derecho post-crisis nos haya colocado en una fase intermedia de tal transformación jurídica, debiendo plantearnos diferentes cuestiones al observar otros sistemas jurídicos, como el modelo francés: Dónde estamos y hacia dónde vamos.

No puede discutirse que el nuevo sistema es más favorable para el deudor hipotecario. Ahora bien, a pesar de la intención del poder legislativo de no alterar «los elementos fundamentales de la garantía hipotecaria»²²⁴, el resultado final está comenzando a reflejar lo contrario. De forma indirecta, nuestro legislador ha conseguido atemperar el Derecho de garantías, en particular la eficacia de la hipoteca. El problema subyace en la presencia de ciertas deficiencias. Por lo pronto, el Derecho post-crisis es el reflejo de una técnica legislativa apresurada. Aunque las leyes muestran el propósito de proteger al deudor hipotecario y la vivienda habitual, el legislador se ve paralizado, no queriendo perturbar –por «miedo» o «interés»– los intereses del acreedor. Ello ha provocado la creación de medidas «a medio camino» que denotan cierta incoherencia, pudiendo ser mejorables. A modo de ejemplo, la ampliación del

²²⁴ Un propósito reflejado en el preámbulo del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

plazo para el vencimiento anticipado del préstamo busca preservar la vivienda. Mientras tanto, el legislador permite que los intereses de demora aumenten (aunque se hayan reducido). Si dicha medida no evita que la activación del *ius distrahendi* del acreedor se dilate en el tiempo, ¿no sería más adecuado imponer una reestructuración forzosa del préstamo, que impida la generación de intereses, facilitando igualmente la preservación de la vivienda habitual? Por otra parte, las medidas y beneficios legales –mejorables– requieren una mayor uniformidad. Con ello, me refiero a que los deudores hipotecarios gozan de un tratamiento jurídico diferente según sea la voluntad del acreedor y el cauce procesal seguido para ejecutar el crédito²²⁵. Como ocurre en Francia, debe establecerse un régimen unitario que asegure el mismo nivel de protección a todo deudor hipotecario sobreendeudado de buena fe y sin recursos; o, si se prefiere, varios cauces –según la existencia o no de otros créditos– que contengan las mismas medidas y beneficios con la finalidad de preservar la vivienda del deudor. Mientras tanto, es cierto que estamos ante un Derecho más social, pero asimismo discriminatorio.

Es imposible vaticinar que puede ocurrir en próximos años, pero hemos sido testigos de una (*quasi*)transmutación socio-jurídica de la hipoteca ante la necesaria protección del deudor hipotecario. Sin embargo, la evolución de nuestro sistema legal no ha tocado techo. Ello dependerá de la realidad social y de la voluntad del legislador. Puede que el *solidarisme* forzoso, la revisión y adaptación de los préstamos hipotecarios, sea posible en poco tiempo, otorgando tal facultad a las autoridades que se encarguen de la mediación hipotecaria o concursal; o, en su caso, a los jueces (apostando, así, por la perennidad contractual, la imposición de un plan de pagos forzoso que evite la pérdida de la vivienda). Puede que dicho plan forzoso recoja medidas similares a las establecidas en el modelo francés, más protectoras del deudor hipotecario (afectando, en un mayor grado, al *ius distrahendi* del acreedor). Es posible que la hipoteca sobre vivienda habitual se instaure como una hipoteca legal con deuda de responsabilidad limitada al valor del bien inmueble. Puede ocurrir, gracias al principio del *favor debitoris*, que un precepto otorgue al deudor hipotecario la posibilidad de solicitar al juez que el valor de subasta del bien inmueble pueda actualizarse en sede ejecutiva atendiendo al valor del mercado.

²²⁵ A modo de ilustración, algunos podrán beneficiarse de la mediación hipotecaria. Otros de las medidas previstas en el CBP. El valor de subasta podrá ser distinto según la vivienda habitual se haya liquidado en el proceso de ejecución hipotecaria o en el proceso extrajudicial ante notario. Dependiendo de que el préstamo se ejecute en sede ejecutiva o concursal, el deudor hipotecario podrá beneficiarse de una quita parcial de la deuda restante o, en su caso, de su exoneración total.

Incluso, puede suceder que la dación en pago sea una medida de carácter obligatorio o que la vivienda habitual tenga la consideración de bien inmueble inembargable. Sin embargo, todo ello son meras suposiciones. Hasta el momento, puede afirmarse que hemos asistido a una mutación socio-jurídica de la hipoteca en defensa del deudor hipotecario, sin olvidar que puede que estemos ante una pre-mutación que puede ir a más, como ha ocurrido en Francia.

A pesar de lo anterior y de la indudable mejora de las medidas *pro debitoris*, nuestro Derecho puede –y debe– dirigirse hacia una conversión en un Derecho más social y flexible, capaz de equilibrar los intereses socio-económicos del deudor y el acreedor hipotecarios. Debe apostar, con mayor valentía, por la instauración de medidas que fomenten la perennidad contractual. Es cierto que ello supondrá la desactivación y deceleración del *ius distrahendi* –una facultad esencial e intrínseca en el contenido del derecho real de hipoteca–, pero debemos recordar que la hipoteca es un elemento accesorio del contrato de préstamo. La eficacia contractual debe prevalecer sobre la garantía por dos razones principales: mantener la utilidad económica del contrato y obtener un efecto social, evitar la pérdida de la vivienda habitual y la consiguiente exclusión social del deudor particular. Humanizar el Derecho no lo despoja de fundamento. Al contrario, lo fortalece ante la consecución de fines sociales y de justicia. La «medida estrella» no es la dación en pago, es la instauración del *solidarisme* forzoso. Éste último es capaz de evitar la ejecución del bien inmueble. Al fin y al cabo, el deudor no merece solo una segunda oportunidad en sede ejecutiva, merece una «segunda oportunidad en sede contractual».

BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑÉN, María José: «Todo lo que hay que saber sobre la oposición a la ejecución o la declaración de oficio de cláusulas abusivas en el procedimiento hipotecario», *Diario La Ley*, n.º 8755, 2016.
- ADÁN DOMÈNECH, Frederic: «¿Ejecuciones hipotecarias por tres impagos? STJUE 26 de marzo de 2019, sobre el vencimiento anticipado», *Diario La Ley*, n.º 9401, 2019.
- «¿Instauración de una ejecución hipotecaria especial en Cataluña?», *Diario La Ley*, n.º 8631, 2015.
- «¿Resulta conforme a derecho, la instauración de una mediación hipotecaria autonómica?», en *Nuevos horizontes del derecho procesal: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, Barcelona, 2016, pp. 199-207.
- «Defensa del consumidor en los procesos declarativos en los que se ejercita el vencimiento anticipado», *Diario La Ley*, n.º 9152, 2018.

- «LA MEDIACIÓN EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: ¿ES LEGAL, válida, es posible?», en *Los desafíos de la justicia en la era post crisis*, Barcelona, 2016, pp. 367-378.
- «La reforma de la ejecución hipotecaria», *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año n.º 32, n.º 132, 2013, pp. 203-222.
- «La venta extrajudicial del bien inmueble hipotecado», *Cuadernos de derecho y comercio*, 2017, pp. 83-134.
- AGÜERO ORTIZ, Alicia: «Comentario al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario», *La Ley mercantil*, n.º 42, Diciembre, 2017.
- ÁLAMO GONZÁLEZ, Daniel Pedro: «El principio pro-consumatore comunitario frente a la tutela privilegiada del acreedor hipotecario: la STJUE de 17 de julio de 2014 (C-169/14)», *Diario La Ley*, [La Ley 7896/2014].
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Primerísimas observaciones al Anteproyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 20, 2016.
- «Una vacatio legis común para la futura Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», *Diario La Ley*, n.º 9120, 2018.
- «Reflexiones transversales sobre el préstamo hipotecario responsable de viviendas», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Cizur Menor (Navarra), Vol. 1, 2014, pp. 169-221.
- «La cláusula de autorización por el Banco del destino profesional de la vivienda residencial o habitual hipotecada (a propósito de la STS 23 diciembre 2015)», *Revista Lex Mercatoria*, n.º 1, 2016, pp. 35 a 42.
- ALBIGES, Christophe; DUMONT-LEFRAND, Marie-Pierre: *Droit des sûretés*, Paris, 2017.
- ALONSO PÉREZ, María Teresa: «El Código de Buenas Prácticas de reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual. Naturaleza jurídica y su análisis como supuesto específico de sobreendeudamiento de particulares», *Revista de Derecho civil*, vol. 2, n.º 2, 2015, pp. 31-67.
- ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo: «Crisis y ejecución hipotecaria: propuesta de reforma», *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo 23, 2012 (Ejemplar dedicado a: Conferencias del curso académico 2011/12), pp. 43-92.
- ANCEL, Pascal: «La force obligatoire: Jusqu'ou faut-il la défendre?», en *La nouvelle crise du contrat*, Paris, 2003, p. 163 ss.
- ARANDA RODRÍGUEZ, Remedios: «La mediación hipotecaria», en *Tipología contractual de los mecanismos alternativos de solución de conflictos*, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 239-261.
- ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María: «Medidas de protección de la vivienda habitual de personas naturales insolventes: de la reestructuración de la deuda hipotecaria al mecanismo de la segunda oportunidad», en *Servicios de interés general y protección de los usuarios*, Madrid, 2018, pp. 225-247.
- BALLUGERA GÓMEZ, Carlos: «El servicio de ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi y la mediación en préstamos hipotecarios», Bilbao, 26 de abril de 2012, en www.notariosyregistradores.com.
- «Ni la responsabilidad patrimonial universal ni la fianza impiden la dación en pago o la limitación de la responsabilidad al precio del piso hipotecado: comentario de la SJM núm. 10 de Barcelona de 7 de diciembre de 2016», *Diario La Ley*, n.º 8913, 2017.
- BASTANTE GRANELL, Víctor: «Derecho hipotecario, jurisprudencia menor y justicia en el contexto social generado por la crisis económica», en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor José González García*, Pamplona, 2012, pp. 899-916.

- «La abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado en el procedimiento de ejecución hipotecaria», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año n.º 91, n.º 750, 2015, pp. 2420-2454.
- «La doctrina del solidarismo contractual y la quiebra del consumidor», *Anuario de derecho concursal*, n.º 39, 2016, [BIB 2016\80235].
- «La necesaria configuración de un «plan de pagos forzoso «ex ante» a favor del consumidor insolvente», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, n.º 24, 2016, pp. 441-448.
- «La valoración de bienes inmuebles hipotecados tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo: ¿una reforma suficiente en protección del deudor hipotecario?», *Actualidad civil*, n.º 2, 2014.
- «Legislación de crisis frente al drama hipotecario. Familia, justicia vs. seguridad jurídica», *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, vol. 17, n.º 1, 2014, pp. 13-59.
- «Mediación hipotecaria: una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares», *Anales de derecho*, n.º 31, 2013, pp. 180-213.
- *El «deudor de buena fe» en la Ley de segunda oportunidad: origen, fundamento y significado*, Granada, 2016, 252 pp.
- «La mediación hipotecaria en Andalucía», en *Los contratos de crédito inmobiliario*, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 1293-1308.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo; Quicios Molina, María Susana; Moralejo Imbernon, Nieves (Coord.): *Tratado de contratos*, Valencia, 2.ª ed., 2013.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «Consideraciones generales en torno al Proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», *Actualidad civil*, n.º 1, 2018.
- «La reforma del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos por la Ley 1/2013, de 14 de mayo», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, n.º 4, 2014 (Ejemplar dedicado a: Insolvencia y familia), pp. 88-111.
- «Las últimas reformas normativas para la defensa del deudor hipotecario. El nuevo régimen legal del acuerdo extrajudicial de pagos y el mecanismo de segunda oportunidad», en *El Préstamo Hipotecario y el Mercado del Crédito en la Unión Europea*, Madrid, 2016, pp. 109-263.
- «Líneas maestras del proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», *Diario La Ley*, n.º 9097, 2017.
- «Reflexiones sobre el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», *Consultor inmobiliario: Revista mensual de actualidad para profesionales*, n.º 134, 2012, pp. 3-28.
- BIELA CASTRANADO, Miguel: «Las alteraciones normativas en la venta extrajudicial del bien hipotecado. El nuevo artículo 129 de la Ley hipotecaria», en *Vivienda y crisis económica: estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica*, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 257-316.
- BLANCO GARCÍA, Ana Isabel: «La intermediación hipotecaria: la mejor opción contra ejecución hipotecaria», *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, n.º 2, 2015, pp. 1-27.
- BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Valencia, 2000, [TOL163.203].

- BOURASSIN, Manuella: «Sûreté et surendettement des particuliers», *Petites affiches*, 10 octobre 2012, n.º 203.
- BOURGEAIS, Léon: *Solidarité*, Paris, 1896.
- BOUGLÉ, Célestin: *Le Solidarisme*, Paris, 1907.
- CABANAS TREJO, Ricardo: «La nueva Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», *Diario La Ley*, n.º 9386, Sección Doctrina, 28 de Marzo de 2019.
- «La nueva Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario ¿el final de un largo y turbulento vuelo o solamente un aterrizaje de emergencia?», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, n.º 84, 2019, pp. 26-35.
- «La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el vencimiento anticipado y la nueva Ley del Crédito Inmobiliario ¿en verdad, problema resuelto?», *Diario La Ley*, n.º 9404, 2019.
- CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank: *Droit de la consommation*, Paris, 5.ª ed. 2000.
- CALLEJO CARRIÓN, Soraya: «Pasado, presente y ¿futuro? de la ejecución hipotecaria. A propósito de la deriva hipotecaria», *Actualidad civil*, n.º 12, 2015, pp. 4-27.
- CALLEJO CARRIÓN, Soraya; DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes: «Mediación y ejecución hipotecaria: ¿Una convivencia posible?», en *Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Madrid, 2016, pp. 597-624.
- CARDO HERRERO, Ángel M.: «¿Está funcionando la Ley de Segunda Oportunidad?», *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 922, 2016, p. 9.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Cinco años de acoso y derribo de la hipoteca española», *El Notario del Siglo XXI*, n.º 57, 2014.
- «La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 6, 2013, pp. 58-65.
- CASADO ROMÁN, Javier: «Análisis procesal del Real Decreto Ley de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios», *Diario La Ley*, n.º 7991, 2012.
- CASANELLAS BASSOLS, Raimon: «La ley de segunda oportunidad: una oportunidad perdida», *Diario La Ley*, n.º 8763, 2016.
- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel: «La inoperante reforma de la ejecución hipotecaria», *Actualidad civil*, n.º 7-8, 2014.
- CASTILLO FELIPE, Rafael: «Mediación obligatoria y proceso de ejecución hipotecaria: una visión crítica», en *Vivienda, préstamo y ejecución*, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 649-670.
- FERNÁNDEZ CARRÓN, Carolina del Carmen: «Un paso más en la consideración de la cláusula de vencimiento anticipado hipotecario y su posible abusividad», *Actualidad civil*, n.º 9, 2018.
- CEBALLOS PEÑA, David: «La mediación hipotecaria: un nuevo fenómeno de afrontamiento de conflictos en un entorno de crisis social», *Revista de mediación*, n.º 12, 2013, pp. 22-29.
- CHABAS, Cécile: *L'inexécution licite du contrat*, Paris, 2002.
- CHAZAL, Jean Pascal: «Les nouveaux devoirs des contractants: Est-on allé très loin?», en *La nouvelle crise du contrat*, Paris, 2003.
- CHEREDNYCHENKO, Olha O.: «Fundamental Rights, European Private Law, and Financial Services», en *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford University Press, Micklitz, Hans-W., 2014, pp. 170-209.

- COBAS COBIELLA, María Elena: «La intermediación hipotecaria en sede de ejecuciones hipotecarias: luces y sombras sobre la cuestión», *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, n.º 160, 2014, pp. 5-40.
- CONDE FUENTES, Jesús: «La segunda oportunidad tras la Ley 25/2015: otra oportunidad perdida», *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, n.º 5, 2015-2016, pp. 19-34.
- CORDERO LOBATO, Encarna: «Enriquecimientos injustos y adjudicaciones inmobiliarias en procedimientos de ejecución», *Diario La Ley*, n.º 7972, 2012.
- CUENA CASAS, Matilde: «El nuevo régimen de segunda oportunidad para la persona física insolvente», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n.º 6, 2015, pp. 16-39.
- «La exoneración del pasivo insatisfecho», *Cuadernos de derecho y comercio*, n.º Extraordinario-2016, Diciembre 2016, pp. 575-639.
- «Notas de urgencia al nuevo régimen de segunda oportunidad para la persona física insolvente», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, [La Ley 2037/2015].
- DELMAS-SAINT-HILAIRE, Jean-Pierre: «L'adaptation du contrat aux circonstances économiques», en *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Paris, LGDJ, 1960.
- DEMOGUE, René: *Traité des obligations en general*, París, 1925.
- DÍAZ FRAILE, Juan María: «La deuda hipotecaria ante su ejecución: la tasación del bien hipotecado», en *Vivienda, préstamo y ejecución*, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 345-388.
- DÍAZ GARCÍA, Rubén: «La nueva ley hipotecaria», *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, n.º 189, 2019, pp. 6-11.
- DÍEZ PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, Madrid, 2013, vol. III, t. II.
- DIJOUX, Ruth: *La contractualisation des droits fondamentaux*, Paris, 2012.
- DOMÍNGUEZ CANO, Anabel: «La mediación en los procesos de desahucios. Mediación hipotecaria», *Mediatio: mediación*, n.º 7, 2015.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Especialidad de la vivienda habitual como objeto de la hipoteca», en *Vivienda e hipoteca*, Madrid, 2018, pp. 241-334.
- DOMÍNGUEZ ROMERO, Javier: *Adquisición de vivienda y cláusulas abusivas. La integración del Derecho español a través del Derecho europeo y comparado*, Madrid, 2018.
- DOMÍNGUEZ RUIZ, Lidia: «La oposición por existencia de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria», *Diario La Ley*, n.º 8454, 2015.
- DUGUIT, Léon: *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état: conférences faites à l'École des hautes études sociales*, Paris, 1908.
- DURKHEIM, Émile: *De la division du travail social*, Paris, 1893.
- ENRILE DE ROJAS, Mercedes: «La protección de la vivienda del deudor hipotecario en la subasta judicial tras las últimas reformas normativas», en *Vivienda, préstamo y ejecución*, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 585-604.
- ESTEBAN-HANZA NAVARRO, Emilio: «El significado e importancia del valor de tasación en la ejecución hipotecaria», en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias*, Madrid, 2014, pp. 677-698.
- FERNÁNDEZ CARRÓN, Clara: «Protección del consumidor en caso de enajenación de su vivienda habitual en virtud de una cláusula de vencimiento anticipado: Auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 46, 2018.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José María: *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2015.

- FERNÁNDEZ-FÍGARES MORALES, María José: «Alcance y referencias comparativas de la mediación hipotecaria sobre la vivienda en Andalucía», en *Los contratos de crédito inmobiliario*, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 1273-1292.
- FIGUEROA DENCHE, Raquel: «La mediación hipotecaria», *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, n.º 177, 2017, pp. 14-19.
- FONT DE MORA RULLÁN, Jaime: «El talón de Aquiles de la subasta judicial electrónica: la notificación de la convocatoria de la subasta a los demandados no personados. Crítica al artículo 645 de la LEC», *Diario La Ley*, n.º 9203, 2018.
- FONT DE MORA RULLAN, Jaime; MOYA DONATE, Pedro; MIÑANA LLORENS, Vicente; BAÑÓN GONZÁLEZ, Alejandro M.; DE LA RÚA NAVARRO, Alicia María y LONGAS PASTOR, Begoña: «Sobre la doctrina progresiva de la DGRN en materia de adjudicación en protección del deudor y la necesidad de una reforma legal para su consolidación definitiva», *Diario La Ley*, n.º 9142, Sección Doctrina, 19 de febrero de 2018.
- FORTEA GORBE, José Luis: *La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas*, Las Rozas (Madrid), 2017.
- FUENTES FERNÁNDEZ, Isabel: «Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario: ventajas y desventajas», *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, n.º 190, 2019, pp. 6-11.
- GALLET, Charles-Henri: «Surendettement et saisie immobilière», *AJDI*, 1998.
- GARCÍA VILA, José Antonio: «La venta extrajudicial del bien hipotecado tras la Ley 1/2013», *La notaria*, n.º 2, 2013, pp. 20-27.
- GOMÁ LANZÓN, Fernando: «El procedimiento extrajudicial notarial de venta de bien hipotecado: Informe de situación», *Cuadernos de derecho y comercio*, n.º Extra 1, 2014, pp. 197-222.
- GÓMEZ SALCEDO, Agustín: «Problemas suscitados en la ejecución hipotecaria y propuestas de reformas», en *La hipoteca en el desarrollo del modelo económico*, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 165-183.
- GÓMEZ, Josu: «La renegociación de las cláusulas abusivas de intereses de demora», *Diario La Ley*, [La Ley 9953/2016].
- GONZÁLEZ CABALLERO, Conrado Javier: «Aplicación del artículo 671 de la LEC a la luz de la reciente doctrina de la DGRN sobre la adjudicación hipotecaria de vivienda habitual», *Diario La Ley*, n.º 9164, 2018.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, Manuel: «La tasación de la finca hipotecada después de la Ley 1/2013, de 14 de mayo», en *La protección del deudor hipotecario*, Granada, 2014, pp. 167-178.
- GRYNBAUM, Luc: «La notion de solidarisme contractuel», en *Le solidarisme contractuel*. Paris, 2004, pp. 25-38.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: «Mecanismos “alternativos” frente al desahucio hipotecario de la vivienda habitual», *Revista Jurídica de la Universidad de León*, n.º 2, 2015, pp. 3-69.
- HAUSER, Jean: «Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité», en *Le solidarisme contractuel*, Paris, 2004, pp. 193-199.
- JAMIN, Christophe: «Le procès du solidarisme contractuel: brève réplique», en *Le solidarisme contractuel*, Paris, 2004, pp. 159-168.
- «Quelle nouvelle crise du contrat? Quelques mots en guise d'introduction», en *La nouvelle crise du contrat*, Paris, 2003.
- «Plaidoyer pour le solidarisme contractuel», en *Études offertes à Jacques Ghestin: le contrat au début du XXIe siècle*, Paris, 2001.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «El acuerdo extrajudicial de pagos, tras la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, y el crédito hipotecario», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, n.º 760, 2017, pp. 1043-1064.

- «El incidente de oposición en la ejecución hipotecaria por existencia de cláusulas abusivas y las SSTJUE de 17 de julio de 2014 y 21 de enero de 2015», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año n.º 91, n.º 748, 2015, pp. 982-1004.
 - «El régimen de segunda oportunidad introducido por el RD-ley 1/2015, de 27 de febrero», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, n.º 750, 2015, pp. 2365-2384.
 - «La defensa del deudor hipotecario y el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año n.º 89, n.º 735, 2013, pp. 273-358.
 - «Nuevas aportaciones de la Jurisprudencia a la defensa del deudor hipotecario. La moderación del principio de responsabilidad patrimonial universal», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 733, septiembre 2012, pp. 2947-2971.
- JUAN GÓMEZ, Mateo C.: «Ejecución hipotecaria, adjudicación y posesión del bien hipotecado: crónica de una técnica legislativa distraída», *Actualidad civil*, n.º 9, 2018.
- LACRUZ MANTECÓN, Miguel Luis: «La moderna dación en pago», *Revista de Derecho civil*, vol. I, núm. 3 (julio-septiembre, 2014), Ensayos, pp. 89-103.
- LATINA, Mathias: *Contrat (Généralités)*. Dalloz, Répertoire de droit civil, 2013.
- LAVEFVE LABORDERIE, Anne-Sophie: *La pérennité contractuelle*, Paris, 2005.
- LEVENEUR, Laurent: «Le solidarisme contractuel: un mythe», en *Le solidarisme contractuel*, Paris, 2004, pp. 173-188.
- «Une bonne leçon de liberté contractuelle...», en *Contrats Concurrence Consommation*, n.º 11, Novembre 2004.
- LÓPEZ CHOCARRO, Ignacio; DAVÍ NAVARRO, Ramón: «La nueva subasta electrónica, crónica de un vía crucis inexplicable: reflexiones de cara a una posible reforma de los artículos 645 ss. LEC», *Diario La Ley*, n.º 8710, 2016.
- LORENTE HOWELL, José Luis: «Ámbito de aplicación del Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 940, 2018, pp. 9-9.
- MARCOS FRANCISCO, Diana: «Consumidores, sujetos privilegiados en el nuevo paradigma de justicia civil europea: medidas procesales y extraprocesales para su protección», *Indret*, n.º 3/2015, pp. 1-56.
- MARQUÉS MOSQUERA, Cristina: «El vencimiento anticipado por impago en los préstamos hipotecarios: incertidumbre a la espera de la decisión del TJUE», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, n.º 83, 2019, pp. 18-23.
- MARTINEAU-BOURGNINAUD, Véronique: *Procédures de surendettement des particuliers et rétablissement personnel*, Paris, LGDJ, 2018.
- MÁRTINEZ DE AGUIRRE, Carlos: «Principios inspiradores de la hipoteca, crisis económica y normas de excepción», en *Vivienda, préstamo y ejecución*, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 259-301.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «La depreciación del inmueble en la ejecución hipotecaria: tensiones entre acreedor y deudor y las últimas reformas legales», *Indret*, 2/2014, pp. 1-28.
- MARTOS CALABRÚS, María Angustias: «Deudor hipotecario y unidad familiar en el Real Decreto-Ley 6/2012», en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor José González García*, Pamplona, 2012, pp. 1015-1026.
- MAZEAUD, Denis: «Crédit immobilier», *Rép. com. Dalloz*, 2012.
- «La révision du contrat», *Petites affiches*, 30 juin 2005, n.º 129, [PA200512902].

- «Le nouvel ordre contractuel», *Revue des contrats*, 1 décembre 2003, n° 1, [RDCO2003-1-066].
 - «Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel: Ne risque-t-on pas d'aller trop loin?», en *La nouvelle crise du contrat*, Paris, 2003.
 - «Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?», en *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*. PUF, 1999, p. 609.
 - «Mais qui a peur du solidarisme contractuel?», *Recueil Dalloz*, 2005 p.1828.
 - «Regards positifs et prospectifs sur Le nouveau monde contractuel», *Petites affiches*, 07 mai 2004 n° 92, n° 5, [PA200409209].
 - «Solidarisme contractuel et réalisation du contrat», en *Le solidarisme contractuel*, Paris, 2004, pp. 57-71.
- MÉDICIS BERNAL, Eva María: «Aspectos novedosos de la reciente y aprobada Ley Reguladora de Contratos de Crédito Inmobiliario», *Diario La Ley*, n.º 9391, 2019.
- MEDINA GUERRERO, Manuel: «Derecho a la vivienda y desahucios: la protección del deudor hipotecario en la jurisprudencia del TJUE», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 36, 2015, pp. 261-282.
- MEKKI, Mustapha: «Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise», *Revue des contrats* (Lextenso), n° 1, p. 383 [RDCO2010-1-051].
- MÉNDEZ-PINEDO, Elvira: «Crisis económica, burbuja inmobiliaria y derecho a la vivienda en España: Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE sobre cláusulas abusivas y crédito hipotecario», *Anales de la Facultad de Derecho (Universidad de La Laguna)*, Año 2014, pp. 29-52.
- MONTERO AROCA, Juan: *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Valencia, 2012.
- MONTILLA ARJONA, Luis: «Perspectivas de la ley de segunda oportunidad de la persona física», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 46, 2018.
- MORAL MORO, María José: «Mejoras en el procedimiento de ejecución hipotecaria», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 33, 2014.
- MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: *El contrato de hipoteca inmobiliaria*, Pamplona, 2010.
- MORENO GARCÍA, Lucía: *Las cláusulas abusivas: Tratamiento sustantivo y procesal*, Valencia, 2019.
- MUNAR BERNAT, Pedro Antonio: «Código de buenas prácticas, reestructuración de la deuda y dación en pago», en *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*, Granada, 2014, pp. 77-86.
- MUÑIZ ESPADA, Esther: *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario. Una ulterior evolución doctrina hacia la vivienda colaborativa*, Navarra, 2018.
- NICASIO JARAMILLO, Isabel María: «El control judicial del valor de tasación de la finca en el procedimiento de ejecución hipotecaria», en *Vivienda, préstamo y ejecución*, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 81-102.
- NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro: «Medidas «arrendaticias» del Real Decreto-Ley 6/2012 a favor del deudor hipotecario», en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor José González García*, Pamplona, 2012, pp. 1143-1156.
- ORDÁS ALONSO, Marta: «La complejidad normativa en la contratación del crédito inmobiliario y la inexistente voluntad de poner fin a la misma», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 4, 2019.
- PAISANT, Gilles: «Surendettement et saisie immobilière: à propos de la loi n.º 98-46 du janvier 1998», *RTD com.* n.º 51(2), abril-junio 1998.

- PALACIOS, Silvina: «Vivienda y exoneración del pasivo insatisfecho en la Ley de Segunda Oportunidad», *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 948, 2019.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente: «La mediación en el proceso de ejecución hipotecaria», *Justicia: revista de derecho procesal*, n.º 1, 2017, pp. 263-294.
- PICOD, Yves: «Contrats et obligations», *JurisClasseur Civil Code*, fasc. unique, 10 Avril, 2013.
- PIEDELIEVRE, Stéphane: *Répertoire de droit immobilier. Credit immobilier*. Dalloz, octubre de 2016.
- PUCHOL SORIANO, Teresa: «La nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado en las hipotecas contraídas con un consumidor», en *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*, Navarra, 2018, pp. 171-192.
- QUESADA PÁEZ, Abigail: «La dación en pago frente al mecanismo de segunda oportunidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 758, Noviembre 2016, pp. 3193-3207.
- QUESADA LÓPEZ, Pedro Manuel: «La integración de los medios de solución autocompositivos en el procedimiento de ejecución hipotecaria problemáticas desde la perspectiva procesal y propuesta de fase prerealizatoria», en *La mediación como método para la resolución de conflictos*, Madrid, 2017, pp. 197-225.
- «¿Qué le dice la ejecución hipotecaria al dios de la muerte? –Hoy no». El vencimiento anticipado y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Diario La Ley*, n.º 9393, 2019.
- «La tasación del inmueble de cara a su ejecución en la modalidad del procedimiento sobre bienes hipotecarios. Impacto del Derecho europeo», en *Los contratos de crédito inmobiliario*, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 1179-1203.
- RAKOTOVAHINY, Marie-Andrée: «Le maintien forcé du contrat ou l'éviction de la volonté individuelle», *Petites affiches*, n.º 153, 2011, [PA201115302].
- RALUCA STROIE, Iuliana; FERNÁNDEZ BENAVIDES, Miguel: «Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo por el que se aprueban medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 2, 2012 (Ejemplar dedicado a: Vacaciones y Derecho de consumo), pp. 207-211.
- RAYMOND, Martin: «Surendettement, exclusion et saisie immobilière», *Recueil Dalloz*, 1999.
- RÉMY, Philippe: «La genèse du solidarisme», en *Le solidarisme contractuel*, Paris, 2004.
- ROCA SASTRE, Ramón María: *Derecho hipotecario*, Barcelona, t. IV, 6.ª ed., 2008.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Julio: «Las insuficientes reformas de los procesos de ejecución hipotecaria», *El siglo de Europa*, n.º 995, 2012, p. 65.
- RUBIO VICENTE, Pedro J.: «Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida de la Ley Concursal», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, n.º 24, 2016, pp. 99-131.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel; ACEBES CORNEJO, Raúl: «Sobre la posible ilegalidad y abusividad de la cláusula sobre fijación del valor de tasación del inmueble hipotecado en los préstamos hipotecarios», *Diario La Ley*, n.º 9026, 2017.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda: «Implicaciones jurídicas en la aplicación del Real Decreto-Ley 27/2012 de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios», *Diario La Ley*, n.º 7994, 2013.

- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: «La reforma del proceso de ejecución hipotecaria: aspectos civiles», en *Los contratos de crédito inmobiliario* (Dir. Por Klaus Jochen Albiez Dohrmann, María Luisa Moreno-Torres Herrera; coord. por María Jesús López Frías, Belén Casado Casado), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2018, pp. 1029-1134.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, María Belén: «La justicia contractual en la contratación y la ejecución de la garantía hipotecaria, tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 746, 2014, pp. 3109-3144.
- SALEILLES, Raymond: *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand* (Art. 116 à 144), Pichon, 1901.
- SÁNCHEZ GARCÍA, Jesús María: «El procedimiento de segunda oportunidad de la persona natural regulado en el RDL 1/2015 y la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual», *Revista de Derecho vLex*, n.º 130, Marzo 2015.
- SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena: «Deudas derivadas de la adquisición de la vivienda y exoneración concursal del pasivo insatisfecho», en *Vivienda, préstamo y ejecución*, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- *El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado: en especial, su aplicabilidad a las deudas derivadas de la adquisición de vivienda*, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique: «El concepto de buena fe en supuestos de segunda oportunidad», en *Presente y futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para consumidores/as y empresarios/as*, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 771-803.
- SANTOS DEL VALLE, Luis Fernando; FUERTES LÓPEZ, F. Javier: «Posturas con pago aplazado en las subastas judiciales electrónicas (Sobre la disfunción entre normativa, aplicación y efectos)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2, 2018, pp. 11-18.
- SAVAUX, Eric: «Solidarisme contractuel et formation du contrat», en *Le solidarisme contractuel*, Paris, 2004, pp. 43-55.
- SENÉS MOTILLA, Carmen: «La reforma de la ejecución ordinaria e hipotecaria», en *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*, Granada, 2014, pp. 149-166.
- «La Ley de los contratos de crédito inmobiliario: aspectos sustantivos y procesales», *Revista Justicia*, n.º 1, 2019, pp. 23-78.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «El pacto de concreción de responsabilidad en la hipoteca», *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 6, 1, 2017.
- SOLAZ SOLAZ, Esteban: «La nueva regulación de la oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria», *Práctica de Tribunales*, n.º 106, Enero-Febrero 2014, [La Ley 11051/2013].
- SOT TORRES, Daniel: «El desahuciado puede recuperar su casa si se aprecian cláusulas abusivas en su hipoteca», *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, n.º 174, 2017, pp. 24-27.
- SOUSTELLE, Philippe: «Surendettement des particuliers.- Suspension des voies d'exécution», *JurisClasseur*, fasc. n.º 480, 2 Abril 2012.
- SOUWEINE, Carole: «La protection du logement du débiteur en difficulté. Droit des procédures collectives versus droit du surendettement», *La Semaine Juridique*, n.º 17, 28 Avril 2014, doct. 521.

- TABI TABI, Ghislain: «Ajustement nécessaire du volontarisme contractuel: du volontarisme ou solidarisme?», *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, n.º 44, 2014.
- THIBIERGE-GUELFUCCI, Catherine: «Libres propos sur la transformation du droit des contrats», *RTD civ.*, 1997.
- TREILLARD, Jacques: «De la suspension des contrats», en *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, *Études de droit privé*, Paris, 1960.
- VIGNEAU, Vincent; BOURIN, Guillaume Xavier y CARDINI, Cyril: *Droit du surendettement des particuliers*, Paris, 2012.