

ROSA M. ANGUIA RÍOS

CONSTITUCIÓN Y
EJECUCIÓN DEL CRÉDITO
HIPOTECARIO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2008

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
ABREVIATURAS	9
INTRODUCCIÓN	13

CAPÍTULO PRIMERO

CONSTITUCIÓN DEL CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

I. CONFORMACIÓN CONTRACTUAL DEL CRÉDITO HIPOTECARIO	21
1. Fase precontractual.....	21
2. Fase contractual.....	23
3. Vigencia del préstamo hipotecario	24
4. Aspectos críticos	25
II. CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS CON GARANTÍA HIPOTECARIA	30
1. Marco conceptual	32
2. Aplicación a los contratos con garantía hipotecaria.....	33
A. Medidas de control legal.....	38
a) Cláusula de redondeo.....	38
b) Cláusulas sobre atribución de gastos y pagos al adherente.....	40
a') Subrogación en la hipoteca del profesional.	40
b') Gastos de documentación	43

	Pág.
c') Comisión de apertura.....	45
d') Suscripción de seguros.....	47
c) Cláusulas de vencimiento anticipado	49
a') Evolución	49
b') Análisis	54
B. Medidas de control judicial.....	63
a) Cláusulas penales excesivas. Referencia a los intereses	67
C. Medidas de control extrajudicial.....	74
III. EL COSTE ECONÓMICO NOTARIAL Y REGISTRAL EN LA FORMALIZACIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO. SIGNIFICADO DE LA INTERVENCIÓN NOTARIAL.....	83
1. La necesaria intervención del notario y del registrador ...	87
2. El coste y la agilización de los trámites.....	91
IV. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD DE LOS TITULARES REGISTRALES	93
1. Potestad de calificación (art. 222 apart. 6 LH).....	100
2. Interés legítimo (art. 332 apart. 3 RH).....	103
3. Control del solicitante	105

CAPÍTULO SEGUNDO

EJECUCIÓN O REALIZACIÓN DE VALOR DEL CRÉDITO HIPOTECARIO

I. PROBLEMAS Y ESPECIALIDADES EN LA EJECUCIÓN DIRECTA SOBRE BIENES INMUEBLES HIPOTECADOS	117
1. Reducción de trámites	118
A. Tasación de los bienes.....	118
B. Cambios en el domicilio señalado para requerimientos y notificaciones	123
2. Comunicación registral a terceros	126
3. Sistemas alternativos de realización de valor.....	128
A. Convenio privado de realización.....	130
B. Realización por persona o entidad especializada.....	133
4. Regulación de la subasta judicial.....	136
5. Vivienda familiar hipotecada	139

	Pág.
6. Desalojo de los ocupantes	143
7. Cancelación de cargas	146
II. REFERENCIA A LA EJECUCIÓN NOTARIAL HIPOTECARIA	151
1. Significado de la ejecución notarial hipotecaria en el tiempo	152
A. Antecedentes	152
B. Fundamento	155
2. El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria tras el RD 290/1992 de Modificación del Reglamento hipotecario	158
3. La ejecución notarial hipotecaria en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil	161
A. Regulación legal	161
B. Aspectos críticos de la regulación	164
BIBLIOGRAFÍA	171
ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS, AUTOS Y RESOLUCIONES CITADAS	181

INTRODUCCIÓN

Partiendo de que es imposible abordar todos los problemas de una figura tan compleja como el crédito hipotecario en una única monografía, nos ceñimos a destacar algunas cuestiones que por su persistencia (condiciones generales de los préstamos hipotecarios), utilidad (realización del valor del bien hipotecado) o actualidad (coste económico y protección de los derechos de la intimidad) merecen una mención aparte. La sistemática a seguir para su análisis atiende a los dos momentos clave de todo crédito hipotecario: su nacimiento y su fin. El uno porque es determinante de su existencia y contenido. El otro porque pone en funcionamiento toda la maquinaria procedimental dirigida al cobro del crédito garantizado.

En torno a la temática seleccionada se abordan cuestiones de gran interés, como la falta de claridad de las escrituras que han pasado a ser un conglomerado de datos jurídicos, hipotecarios y, sobre todo, contables. Esta oscuridad es debido a la ausencia de voluntad de una de las partes a la hora de negociar este contrato con garantía hipotecaria. Estamos inmersos, dice CAZORLA PRIETO, en la sociedad de consumo, en que los bienes están, cada vez más, en manos de las grandes sociedades que desde sus posiciones privilegiadas imponen su ley, formalizando sus relaciones jurídicas por la vía del contrato de adhesión, la indefensión del consumidor y los abusos cometidos con él han llegado así a situaciones insospechables¹.

¹ La Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de

La refundición de la legislación de consumo y la reforma del mercado hipotecario han prestado atención, como no podía ser de otra manera, a esta problemática contractual marcándose como objetivo la modernización del régimen de protección mediante la búsqueda de la transparencia. A ambas disposiciones, al RDL 1/2007 de 16 de noviembre y a la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, nos referimos a lo largo del presente estudio.

Los contratos de crédito hipotecario quedan sometidos a la legislación especial sobre condiciones generales de la contratación y de defensa del consumidor, siempre que las condiciones redactadas por el profesional sean incorporadas a una pluralidad de contratos, aceptadas sin que exista negociación y el destino de lo prestado o del crédito disponible sea ajeno a la actividad profesional. El carácter abusivo de una garantía vendrá dado por su carácter no proporcional al riesgo asumido, atendidas todas las circunstancias que rodean al contrato.

Abordamos los criterios generales para determinar la abusividad de una condición. No nos centramos en la catalogación de cláusulas, sino que vamos más allá fijando parámetros que permitan evaluar cualquier condición o pacto. Este examen es desde una perspectiva civil, sin entrar en cuestiones fiscales o mercantiles.

Hay que tener presente que la legislación de consumo ha introducido reformas en la legislación hipotecaria aumentando la información y el asesoramiento que Notarios y Registradores deben dispensar acerca del cumplimiento de la ley, control y conocimiento del contenido de las condiciones generales y de los medios más adecuados para la consecución del fin perseguido por el interesado.

La accesibilidad de las escrituras depende de la redacción de sus cláusulas pero también de la información que *in situ* facilite el No-

crédito al consumo (*DOCE* núm. L 42, de 12 de febrero de 1987), establecía entre sus objetivos: *a*) Protección al consumidor frente a los abusos del prestamista (que puede ser una entidad crediticia o un comerciante) y, *b*) armonizar las condiciones generales de los Estados miembros, a fin de unificar y facilitar la obtención de crédito por parte del consumidor en un Estado distinto del suyo. Si bien es cierto que los créditos al consumo no suelen ser avalados con hipoteca, sus normas valdrían como orientadoras en la protección del consumidor.

tario. Es decir, hay que buscar una clara redacción e interpretación fiel, y no meramente semántica, de lo que allí se refleja. Este trabajo, lejos de recoger una crítica al papel del Notariado, lo que hace es potenciar su intervención gracias a su faceta informadora y asesora.

Por consiguiente, en el control extrajudicial de las condiciones abusivas destaca el papel del Notario, próximo a las partes y a la redacción del documento público, convirtiéndose en un elemento más de la protección del consumidor. Controla la legalidad, asesora técnicamente sobre el contrato que se celebra y garantiza el grado de conocimiento y consentimiento válido sobre el negocio. La información que suministra el Registrador va dirigida a posibilitar la inscripción del dominio o del derecho real. El Notario atiende al documento en todo su conjunto técnico-jurídico para explorar el interés y voluntad de los sujetos, aspectos que no puede valorar el Registrador de la Propiedad.

No obstante, las reformas legales no le otorgan nuevos poderes al Registrador para consolidar la protección del prestatario suscriptor de un contrato de crédito hipotecario. Su control alcanza a la calificación de la escritura pública, para que a través de los principios de determinación y legalidad aprecie la buena fe y el equilibrio de las prestaciones. El Registrador puede apreciar las bases conceptuales de una cláusula abusiva pero no es competente para valorar su nulidad, ya que desconoce las particularidades del servicio o del bien que se contrata, ni puede reintegrar el contenido del contrato para suplir la ausencia de la estipulación sancionada. Las medidas que puede adoptar consisten en denegar la inscripción de la cláusula cuando ha sido declarada nula judicialmente o cuando así la considera la Ley, siempre que no afecte a la integridad del contrato, conceder un plazo para la subsanación del defecto o declarar su ilicitud, nunca la nulidad del pacto.

La calificación registral permite depurar las escrituras públicas que acceden al Registro así como evaluar el interés de terceros en obtener información registral. Esto nos lleva a analizar los distintos puntos de conexión entre la normativa registral y el derecho a la protección de datos para confirmar la suficiente protección de la privacidad que dispensa el Registro de la Propiedad aún después de la informatización de sus archivos y alertar del peligro que implica el

acceso sin intermediación que autoriza la Ley a autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen por razón de su oficio o cargo, de quienes se presume el interés en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos.

Los avances de la informática y la existencia de empresas especializadas en la comercialización de datos personales han trasladado un problema más al Registro respecto a la limitación de la información registral en aras del derecho a la intimidad. El que consulta el Registro accede a la situación patrimonial o económica del titular, pero también a una información algo más sensible perteneciente a la esfera de la intimidad. Datos de la esfera íntima y privada de las personas físicas o jurídicas que se ponen al descubierto ante terceros extraños, ante personas distintas a las que se ha depositado y confiado dicha información.

Así pues, destaca la importancia de la publicidad registral y el derecho a la intimidad debido al desarrollo tecnológico de los Registros de la Propiedad, la relevancia del contenido inmobiliario publicado y el aumento de la titulación del crédito y la propiedad urbana. El derecho fundamental a la intimidad y el valor constitucional de seguridad jurídica quedan entremezclados en la labor del Registrador compelido a facilitar una información clara y veraz de lo anotado en los libros, proteger la intimidad del titular registral y permitir al tercero el acceso al contenido registral de los derechos inscritos.

Tras su análisis podremos concluir que no son necesarios otros mecanismos que los facilitados por el Registrador para proteger la intimidad del titular registral. El consentimiento del titular del derecho únicamente se requiere para aquello que escapa a la finalidad del Registro y, por ende, de la autoridad del Registrador. El interesado tiene que acreditar que tiene un interés legítimo de acuerdo con el sentido y función de la institución registral, que valorará este funcionario público y archivará durante un período de tres años.

Con relativa frecuencia el valor inicial que se le otorga al inmueble deja mucho que desear llegado el momento de su realización: unas veces porque la subasta no es el medio ideal para mantenerlo, y otras porque durante el largo período de vida del crédito hipotecario resulta difícil mantener la finca en su integridad mate-

rial y abstracta, con un equilibrado rendimiento productivo y sin gravámenes que empeoren aún más la situación de la finca frente a terceros adjudicatarios. Por estos motivos nos ocupamos de esa fase de ejecución manteniendo el criterio inicial de análisis de todas aquellas cuestiones que rodean el comienzo y el fin del crédito hipotecario.

Tomamos en consideración la realización de valor, pues siempre se ha considerado como asignatura pendiente, perfilando los nuevos sistemas que recoge la Ley dirigidos, según la intención del legislador, a agilizar las ejecuciones judiciales, atender de forma más satisfactoria los intereses de acreedores y deudores, intentando llegar al mayor número posible de personas. No obstante, la subasta judicial sigue siendo la vía preferente del ejecutante y del ejecutado consecuencia de su nueva regulación y de la desconfianza que aún levantan los nuevos sistemas.

La entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil dio lugar a una reestructuración normativa de la hipoteca en fase ejecutiva. La realización de valor de este derecho real se ha trasladado a la ley procesal, excepto su ejecución notarial, respaldada por la nueva redacción del art. 129 de la LH, que mantiene su regulación en el Reglamento hipotecario a la espera de una reforma que la adapte a las nuevas pautas de la ejecución.

La legislación procesal ha sido respetuosa con las especialidades derivadas de los principios hipotecarios y ha ahondado en la notificación a terceros. No obstante, podía haber regulado las modificaciones en la valoración de los bienes antes de la ejecución para adaptarlos a las circunstancias físicas existentes permitiendo un mayor rendimiento del bien, y haber hecho extensible la hipotecabilidad del derecho del remate a la subasta privada o el convenio privado de realización una vez aprobado por el Juez.

También recogemos una breve referencia a la ejecución notarial hipotecaria, sobre la que consideramos que no es un verdadero proceso de ejecución, sino una alternativa para la realización de valor legitimada en el *ius distrahendi* del acreedor hipotecario. Medidas para incentivar la utilización de este sistema de ejecución serían que el Notario pueda continuar con la tramitación aunque no haya existido contestación al requerimiento de pago del deudor y que, aún siendo conveniente, no se trate como condición indispensable su

previsión en la escritura de constitución para el ejercicio de la ejecución notarial.

Con la efectividad de la hipoteca ante el incumplimiento de la obligación, a través del procedimiento de ejecución directa de bienes hipotecados y de la ejecución notarial hipotecaria, se cierra el presente trabajo que desarrollamos a continuación.