

## **LA HIPOTECA. ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS.**

El objeto de la presente exposición es el estudio de la hipoteca, no sólo desde un punto de vista jurídico, sino también económico.

Para ello, se ha de partir de un análisis histórico de los derechos de garantía real hasta la configuración moderna de la hipoteca, lo cual nos exige un estudio de los principios fundamentales en que se asienta nuestro sistema hipotecario.

Fundamental resultará también un estudio comparativo de las ventajas que supone el crédito hipotecario frente a la generalidad del principio de responsabilidad patrimonial universal, y el estudio de las estadísticas proporcionadas por la Dirección General de Registros y Notariados en los últimos veinte años.

### **ANÁLISIS HISTÓRICO**

Todo el sistema actual obedece a la evolución histórica de los derechos de garantía real. En el Derecho Romano, los derechos de garantía real se desenvuelven a través de tres instituciones :

-la fiducia, que transmitía al acreedor la propiedad de la cosa dada en garantía, con lo que podía enajenarla válidamente en caso de incumplimiento de la obligación asegurada.

-el pignus, que transmitía no la propiedad, sino la posesión, con lo que se obviaban los inconvenientes de la figura anterior, pero aparecen otros, de los cuales el más importante era el que se privaba al deudor del uso de determinados bienes, con lo que disminuía su potencial económico y consiguientemente la posibilidad de pagar su débito.

-el pignus convencional, donde no se transmite ni la propiedad ni la posesión, sino que la cosa se constituye en garantía por la simple convención de las partes.

Su origen y desarrollo es obra del pretor, que otorga al acreedor el “ interdictum salvarum “ , completado más tarde por la “ acciones serviana et quasiserviana “ , momento en que el pignus convencional se convierte en un derecho típico, recogido en la Compilación Justiniana con el nombre de “ hipoteca “ , la que se protegía con la “ actio in rem hipotecaria “ , y aunque el pignus y la hipoteca estaban íntimamente ligados, pues las dos tenían una función de garantía y reacción sobre todo tipo de bienes, la prenda era real y la hipoteca convencional, con lo que abundaban las hipotecas tácitas y generales, dada la inexistencia de un régimen de publicidad.

Unido a la prenda y a la hipoteca se permite el pacto anticrético, que autoriza al acreedor a aprovecharse de los frutos de la cosa en garantía, aplicándolos a los intereses y después al capital. Su polémico desarrollo posterior dará lugar al nacimiento de un derecho real independiente.

En Derecho Germánico, las instituciones de garantía real sufren una evolución bastante paralela a la del Derecho Romano, si bien cronológicamente retardada :

-la “ Fastverkauf” fue la primera garantía real que surge, similar a la fiducia romana, de la que se diferenciaba en que en ella era transmitida la propiedad de la cosa dada en garantía, aunque bajo condición resolutoria de extinción de la deuda, en cuyo caso la propiedad de la cosa dada en garantía revertía automáticamente al deudor.

Más tarde aparece la

-“ altere Satzung “, o prenda sobre muebles, similar al pignus romano, y la “ neve Saltzung “, circunscrita a los inmuebles y sin desplazamiento posesorio, que resultaba innecesario, dado el sistema de publicidad implantado por los “ Kopiaal bücher “, que desde el siglo XII se llevan en los Juzgados y Consejos, y que, constituyen el antecedente del moderno Registro de la Propiedad.

En nuestro Derecho, podemos diferenciar tres etapas :

- 1) Primera etapa de confusión que se refleja en las Partidas, que bajo la denominación de “ Peño “ confunden prenda e hipoteca.
- 2) Etapa de clarificación, que se refleja en la Ley 66 de Toro, donde se diferencia terminológicamente lo que era prenda y lo que era hipoteca.

En 1861, con el proceso codificador, se plasma en la Ley Hipotecaria la diferencia, pues la prenda recae sobre muebles y exige desplazamiento posesorio y la hipoteca recae sobre inmuebles y no exige tal desplazamiento. Además, se introduce por primera vez el principio de publicidad registral.

- 3) Etapa de desenvolvimiento de los esquemas clásicos por las necesidades derivadas de tráfico jurídico y económico y por los nuevos planteamientos doctrinales, que admiten la prenda sin desplazamiento y la hipoteca mobiliaria.

## LA LEY HIPOTECARIA DE 1861

¿ Por qué se promulga en nuestro país la primera Ley Hipotecaria en 1861?

La publicidad de los gravámenes se inicia en España mediante la Pragmática de D. Carlos y D<sup>a</sup> Juana, donde se creaba un libro que recogiera los contratos de censo e hipoteca, los cuales, no registrados, no serían oponibles al ulterior adquirente de la finca, ni tampoco podrían alegarse en juicio.

La disposición de 1539 y otras posteriores que recuerdan su vigencia, quedaron totalmente incumplidas, hasta que en 1768 se crean las Contadurías de Hipotecas.

El contexto jurídico, económico y social de la época nos obliga a tener en cuenta que las disposiciones sobre las Contadurías de Hipotecas no podían satisfacer las necesidades del tráfico y el crédito inmobiliarios, sobretodo porque no garantizaban la titularidad que se pretendía transferir o gravar, pero también el que prestaba con hipoteca había de fiarse de que el concedente fuera verdadero dueño de la finca gravada, pues caso de no serlo, la hipoteca era ineficaz, aunque se hubiera tomado razón de ella en la Contaduría. Además, afectaban al inmueble y se sobreponían al derecho del acreedor hipotecario las llamadas hipotecas legales, que la ley concedía a ciertos acreedores privilegiados sobre todos los bienes del deudor, sin necesidad de tomar razón de ellas en la Contaduría, y que una vez establecidas seguían a los bienes a través de cualesquiera manos por las que pasasen.

Si semejante sistema podía funcionar, era porque la economía y la sociedad, hasta fines del siglo XVIII, no pedían urgentemente más : porque la enajenación no era demasiado frecuente, y porque la demanda de capitales era reducida, y así, los inconvenientes del sistema quedaban paliados por su escasa aplicación.

Tras el Proyecto de Código Civil de 1851, se emprendió como tarea urgente, la formulación de una ley de Hipotecas o de aseguración de la propiedad territorial, por imponerlo imperiosas razones, preponderantemente de tipo económico, que las leyes de entonces vigentes sobre la materia dejaban sin satisfacer. Así lo ordenó el Real Decreto de 8 de Agosto de 1855.

El empuje económico que se produjo en España al tiempo de dictarse ésta, impuso la necesidad de promulgar una serie de leyes de finalidad relevantemente económica. La desamortización empezaba a mover la propiedad inmueble, las inversiones de dinero extranjero en empresas mineras, ferroviarias, y de otra índole, requerían una seguridad que solamente una Ley Hipotecaria y un Código de Comercio podían proporcionar, a la par que procedía la creación de Bancos de crédito territorial e hipotecarios.

En palabras de Luis Figa Faura, en “ La Ley Hipotecaria de 1861 y la Economía Nacional “, Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo XIV conmemorativo del Centenario de la Ley Hipotecaria ( 1861-1961 ), “ la ley Hipotecaria aparece realmente como acorde final del rigodón desamortizador. (...)toda revolución verdadera exige ineludiblemente la promulgación de una Ley Fundamental que establezca el estatuto de las nuevas titularidades y las ampare contra cualquier veleidad reaccionaria(...) Los compradores de bienes nacionales se han convertido en propietarios protegidos, gracias al Código de Napoleón. Lo mismo podemos decir de la Ley Hipotecaria respecto de los compradores de bienes desamortizados, (...) el Código Napoleón y la Ley Hipotecaria son textos respetables, no porque legitimen una expoliación, sino porque en realidad reflejan o inauguran en sus normas una nueva organización social, triunfante tanto por su bondad como por la existencia de una nueva clase, que en su interés propio la apoyará con todas sus fuerzas. Si nos preguntamos cuál es esta nueva visión de las cosas - nueva organización social -, a cuyo servicio se coloca la Ley Hipotecaria de 1861, deberemos contestar que se trata de un capitalismo liberal o lo que ha sido llamada revolución capitalista “.

En el contexto de finales del siglo XIX, es clara la correlación entre las leyes desvinculadoras y desamortizadoras, y el aumento de circulación que supusieron, con la necesidad de dotar de garantías y seguridad al mercado inmobiliario y al crédito territorial. Se trataba de brindar los medios adecuados para fomentar las inversiones de capital en la agricultura, conciliando la posibilidad de obtención de capitales a precios razonables, con la necesidad de seguridad en la devolución para quienes los facilitan.

La Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 dio respuesta a estas exigencias, y como expresaba de modo insuperable su Exposición de Motivos, “ el fin de la legislación hipotecaria es asentar el crédito territoriales sobre la base de la seguridad de la hipoteca y del pago de lo ofrecido. El que presta con hipoteca, más bien que a la persona puede decirse que presta a la cosa ; el valor de la finca hipotecada es la causa por la que entra en la obligación; el deudor es sólo el representante de la propiedad , al prestamista lo que le importa es que la finca baste en su día para reintegrarle de lo que le dio. Su crédito no es un crédito personal, es un crédito real ; no depende de la persona del deudor, no está sujeto a sus vicisitudes.; lo que importa al acreedor es que la hipoteca no desaparezca ; adherido, por el contrario, su crédito a la finca, no se altera por la pérdida de crédito personal de su dueño. El crédito territorial queda así suficientemente garantido ; cada uno sabe hasta dónde alcanza la preferencia que puede tener sobre los demás acreedores ; está en el mismo caso

que si se hubiese señalado una parte del precio de la finca para el día en que se hiciera el pago, y esto sin temor a privilegios de hipotecas desconocidas por él, puesto que nunca puede perjudicarle lo que no constare en el Registro. Con la adopción de este sistema, los capitales tendrán un empleo sólido y fácil, el propietario gozará de un crédito proporcional a su verdadera riqueza, se activará la circulación, bajará el interés del dinero y nacerán nuevas fuentes de riqueza y prosperidad “.

Dicha Ley ya integra como tipo específico, con sus actuales perfiles, a la hipoteca. Las ulteriores reformas legislativas sólo han perfeccionado esta institución, prácticamente sin alterarla, lo que consagra la permanencia de su estructura.

Por primera vez se consagran con esta Ley los principios de publicidad y de especialidad :

-publicidad : desaparecieron las hipotecas ocultas. Frente a la clandestinidad, la publicidad impide que existan cargas ocultas sobre un inmueble, y que estas cargas puedan afectar a tercero. Las hipotecas tácitas se convirtieron en hipotecas legales, pero expresas.

-especialidad . se rechazan las hipotecas generales, es decir, los pactos entre las partes en los que, casi como cláusula de estilo, se incluían en los contratos, en el sentido de que quedaban hipotecados todos los bienes del deudor, incluidos los futuros, en garantía del cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato. Se exige, pues, que la hipoteca recaiga sobre bienes determinados al tiempo de su constitución y en otro aspecto, se rechaza la hipoteca solidaria, exigiendo la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre todas las fincas hipotecadas en garantía de un mismo crédito.

A causa de la novedad del sistema, y de la publicación del Código Civil, que instaura por primera vez el carácter constitutivo de la inscripción en sede de hipoteca, se exigió la adaptación de la legislación hipotecaria, lo cual tuvo lugar en 1869, y 1909, respectivamente.

De este modo llegamos a la última gran reforma y la legislación hoy vigente, en 1944-46 : los principales motivos de esta reforma fueron

-el hecho de que, tras más de 80 años de existencia de legislación hipotecaria, sólo estuviese inscrita un 40 % de la propiedad inmobiliaria.

-la necesidad de fomentar el crédito territorial y de regular nuevas formas de hipoteca, como por ejemplo el pacto de limitación de responsabilidad a los bienes hipotecados.

La vigente ley hipotecaria ha implantado el actual sistema, fundado en sólidos principios, que son :

- principio de inscripción
- principio de publicidad
- principio de legitimación
- principio de prioridad

- principio de tracto sucesivo
- principio de rogación
- principio de legalidad
- principio de especialidad

## VENTAJAS DEL CRÉDITO TERRITORIAL O HIPOTECARIO

En la actualidad, como decíamos antes, las bases sentadas en 1861 conservan toda su fuerza, y sigue siendo la hipoteca un poderoso instrumento de crédito territorial ; el crédito es la confianza en la seguridad del reintegro del dinero dado a préstamo ( o de otro modo acreditado ), y provoca la movilización de capitales dinerarios. Esa seguridad la proporciona la garantía hipotecaria inmobiliaria.

Las ventajas del crédito territorial pueden, con Roca Sastre, estudiarse desde un triple punto de vista : respecto del que necesita dinero, respecto del que lo presta, y respecto la economía general del país.

1) Para el que necesita dinero, la garantía hipotecaria le permite obtener capital y racionalizar sus deudas de corto vencimiento, a través de la hipoteca concedida por el tiempo que le permita mayor desahogo.

A diferencia de los préstamos personales, cuyos plazos de amortización son necesariamente mucho más cortos, lo que exigiría desembolsos imposibles de asumir por el prestatario, en el préstamo asegurado con hipoteca, precisamente por la mayor seguridad que esta garantía ofrece al acreedor, el plazo de amortización puede llegar hasta 30 años, lo que permite al deudor amortizaciones mensuales a su medida.

Para la propiedad urbana, la hipoteca favorece la construcción y promoción de viviendas, y su adquisición.

E indudablemente funciona también como instrumento potenciador de la producción agraria.

2) Para quien dispone de dinero para invertir, el préstamo con hipoteca supone un modo de colocación de dinero a rédito con acusada seguridad, especialmente si se trata de primera hipoteca. Pero el mayor volumen de préstamos con hipoteca dimana de los establecimientos dedicados a su concesión en serie o en masa, por disponer de importantes sumas de dinero que se van renovando con las graduales devoluciones de los préstamos amortizables, lo cual les permite contar siempre con disponibilidades para nuevos préstamos con hipoteca, aparte de los incrementos obtenidos con los intereses producidos.

Por otra parte, el riesgo de desvalorización monetaria se desvanece pactando cláusulas de interés variable con referencia a tipos objetivos.

3) Para la economía del país en general, un buen sistema hipotecario es indudable que redunde en beneficio de la economía del país, pues conduce a mejorar las condiciones de la contratación de los préstamos, reduciendo la exigencias a veces onerosas de los capitalistas ( intereses y duración, especialmente ). Un buen sistema hipotecario es el antídoto de la usura, puesto que la seguridad que proporciona la hipoteca hace inútiles las gravosas cláusulas cobertoras de riesgos, todo lo cual repercute en bien de la economía. Al tiempo, se fomenta la construcción de viviendas y permite aumentar la producción agrícola, acometer inversiones o mejoras, desarrollar la industria y el comercio, etc.

En suma, la garantía hipotecaria aparece como el derecho real que mejor se adapta a los intereses tanto de los acreedores como de los deudores, y desde el punto de vista

del acreedor, como la garantía preferida, por la mayor seguridad y estabilidad que proporciona.

Frente a la generalidad del principio de responsabilidad patrimonial universal, la hipoteca se configura como derecho real que pesa sobre la finca, cualquiera que sea su titular.

Aunque se pretendiera ver en la responsabilidad patrimonial universal una responsabilidad “ real “ o de cosa, estimando como tal cosa afectada la resultante del conjunto unificado de dichos bienes, entonces ocurriría que por el juego de la fungibilidad de estos bienes el acreedor no contaría con la seguridad que entraña un derecho real de garantía, ya que el deudor responsable podría reducir su activo patrimonial a un volumen de valor mínimo, realizando enajenaciones gratuitas, o por precio, incluso, pero dado el carácter escamoteable del dinero, el acreedor podría resultar perjudicado : para neutralizar tales actos deberá ejercitar la acción pauliana, para lo que se exigen ciertos requisitos que no siempre existen. No siendo así, el acreedor no podrá perseguir los bienes enajenados, debido a que contra ellos no dispone del “ ius persecuendi “ que frente a terceros sí otorgan en cambio los derechos reales de garantía, de modo tal que los elementos eliminados o enajenados por parte del deudor quedarían libres de responsabilidad.

La fungibilidad de los elementos del activo del patrimonio del deudor es lo que proporciona fluidez o inseguridad a la garantía que este patrimonio representa para el acreedor.

Precisamente para evitar las posibles consecuencias liberatorias del deudor, así como el juego de preferencias credituales y la ley del dividendo, en casos de concurrencia de créditos sobre un activo patrimonial insuficiente en caso de concurso o quiebra, existe la hipoteca : ésta vincula o adscribe inexorablemente el valor de una cosa determinada a la satisfacción de un crédito. El crédito queda garantizado precisamente como resultado de la seguridad que para el acreedor significa tal vinculación, siendo indiferente que la cosa sea enajenada, puesto que la hipoteca, como derecho real, sigue a la cosa donde quiera que ésta vaya.

La responsabilidad patrimonial universal fluye como derivación de la relación obligacional, emana institucionalmente de la misma obligación, sin requerir acto alguno específico que la establezca. En cambio, la responsabilidad real no existe sin un acto expreso de constitución, a partir del cual existe como gravamen actual.

Como expresa el Doctor Rafael Ballarín Hernández en su libro “ La Hipoteca ( Génesis de su estructura y función ) “, un derecho o interés relativo podrá ser reforzado de dos modos :

-dentro de su propio campo de los derechos personales -“ homogeneidad entre relación jurídica garantizada y dispositivo de la garantía “ -, en cuyo caso no se hace sino multiplicar el campo de proyección del artículo 1911 del Código Civil, aumentando el número de sujetos obligados y, consecuentemente, el de patrimonios con los cuales el acreedor verá aumentadas sus posibilidades de agresión a efectos de exigir responsabilidad al cumplimiento de los créditos que ostenta frente al obligado. En estos casos - fianza -, el derecho puesto al servicio de aquel interés que se pretende proteger y reforzar no es absoluto, sino de igual naturaleza al de éste.

-En cambio, cosa bien distinta ocurre cuando , tratando de dotar al derecho personal de una firmeza superior a la que por naturaleza le corresponde, se colocan al servicio de su eficacia piezas y dispositivos procedentes del campo de los derechos reales - “ heterogeneidad “-; surge entonces un crédito hipotecario, cuya complejidad supera la mera yuxtaposición de los derechos, personal y real que lo

integran.

La hipoteca aparece en nuestro sistema como un derecho conectado al crédito, y que sigue su suerte : no puede corresponder a persona distinta del titular del crédito garantizado, ni transferirse con independencia del crédito, el pago de éste provoca su extinción, etc.

## VISIÓN ECONÓMICA DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA

Visto este análisis histórico y general de la hipoteca, no podemos desconocer que en los últimos veinte años se ha producido el nacimiento y desarrollo de una nueva disciplina , en muchos de nuestros países de nuestro orden y que ha sido denominada “ análisis económico del Derecho “. Desde este punto de vista, el Derecho y la Economía son considerados como realidades que tienen aspectos comunes. La idea básica sobre las que gravita este enfoque es el análisis económico de las instituciones jurídicas, el cual se realiza sobre la base tres premisas fundamentales :

- comportamiento maximizador
- equilibrio de mercado
- preferencias estables

La aspiración de esta disciplina es que las instituciones que tienen que ver de alguna forma con los intercambios, y específicamente el Derecho, se articulen para hacer posible que todo funcione efectivamente, que se cumplan las condiciones de una competencia perfecta, y que se impongan las soluciones que el tipo de mercado ideal habría producido.

¿ Cómo contribuye la hipoteca al cumplimiento efectivo de tales premisas ?

En nuestro sistema, la hipoteca es un derecho esencialmente unido al Registro de la Propiedad, no sólo porque sea de constitución registral, sino incluso antes de su nacimiento: el Registro de la Propiedad asegura la titularidad dominical - o de otro tipo de derecho - sobre la finca, y su estado de cargas, lo cual interesa a la entidad prestamista, y en segundo lugar concede estabilidad y seguridad en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a través del procedimiento de ejecución hipotecaria, que se basa en los pronunciamientos registrales y en el más escrupuloso respeto del principio de prioridad registral.

Todo lo analizado resulta además del informe del Banco Mundial de 1996: “ From Plan to Market, World Development Report “, que afirma taxativamente : “ un Registro de la Propiedad resulta fundamental y esencial para el desarrollo de una economía de mercado que funcione. Mejora la seguridad de la titularidad y de la tenencia, disminuye los costes de las transferencias de bienes y proporciona un mecanismo de bajo coste para resolver las eventuales disputas sobre los bienes “.

El Registro de la Propiedad actúa sobre uno de los elementos centrales del sistema económico, como es la atribución y protección de los derechos de propiedad. Sin derechos de propiedad no hay mercado, puesto que los agentes no podrían intercambiar los bienes si no existiese una vinculación entre los propietarios y esos bienes; sin derechos de propiedad eficientes no hay mercados eficientes, y sin estos últimos no hay crecimiento económico. Existen otros sistemas alternativos para conseguir estos objetivos, como el sistema de seguros norteamericano, pero en ellos el objeto garantizado nunca es el derecho mismo, sino su valor económico y además genera unos costos muy superiores para el consumidor final, y no cumple la

finalidad cautelar de prevención de litigios que en cambio sí garantiza el Registro de la Propiedad.

La incertidumbre en los mercados tiene su origen en la falta de información. El análisis económico del Derecho ha tratado la importancia de la confianza y el problema de su protección desde un planteamiento económico. Este planteamiento aspira a mantener el gasto en costes de información al nivel más bajo posible. Para conseguir esta meta, se requiere que las informaciones necesarias para la conclusión de un contrato perfecto las proporcione aquel a quien le resulte posible hacerlo con el coste más reducido.

En sentido amplio, la protección de la confianza se refiere a la tarea general del ordenamiento jurídico de garantizar la seguridad y la agilidad del tráfico jurídico, y especialmente del intercambio de bienes y servicios. A tal fin, el Derecho ha desarrollado un gran número de institutos e instituciones jurídicas, en parte por la ley, y en parte por la doctrina legal. Como ejemplo de disposiciones legales de protección de la confianza, hay que mencionar, sobre todo, el Registro de la Propiedad, que ofrece seguridad y agilidad al tráfico negocial y, en último lugar, protección de la confianza, siendo la configuración muy diferente en cada caso concreto, pues depende de que la inscripción sea constitutiva, como lo es en nuestro país la hipoteca, conduciendo entonces a una protección absoluta del tráfico.

Una clara definición y protección de los derechos de propiedad promueve inversiones eficientes, disminuye el riesgo de expropiación, incrementa las expectativas de recuperación de las inversiones de capital, disminuye el riesgo para los acreedores hipotecarios, y, en consecuencia, los tipos de interés de los créditos hipotecarios; disminuyen, igualmente, los costes de tramitación y ejecución hipotecarias, en su caso, lo que, a su vez, aumenta la liquidez y las inversiones inmobiliarias.

Por ello la hipoteca se ha revelado como el instrumento idóneo en una economía de mercado para la movilización del crédito territorial. Ninguna entidad financiera presta sin una sólida garantía que ponga a cubierto sus intereses, garantía que presta el Registro de la Propiedad.

El precio del préstamo ( interés ) varía en función de la garantía ofrecida, siendo mayor cuanto menos específica sea esta garantía.

Teniendo en cuenta los datos ofrecidos por la Asociación Hipotecaria Española, en la primera quincena de Enero de 2003, los índices del mercado hipotecario se encontraban en un nivel equivalente al mínimo histórico alcanzado en Mayo de 1999. Esta situación no se había producido en ningún país europeo, cuando menos en los últimos 36 años. A comienzos de 1996, se produjo un proceso sostenido de descenso de los tipos de los mercados hipotecarios de Europa, que fue más intenso en España por las especiales circunstancias de competencia interna en las entidades de crédito. Esta coyuntura de tipos ha hecho posible el acceso al crédito hipotecario de segmentos de la población cada vez más amplios y con menor poder adquisitivo.

La evolución positiva de la economía y del empleo, especialmente entre la población menor de 40 años, unido a tan excepcional circunstancia financiera, ha generado un volumen de demanda real de vivienda en propiedad inimaginable hace sólo 6 años. Esto ha exigido un espectacular crecimiento de las disponibilidades crediticias al que el sistema financiero español ha respondido muy satisfactoriamente.

Según los datos de la Asociación Hipotecaria Española, la tasa interanual de crédito hipotecario gestionado se sitúa en torno al 20 %, y el saldo a Diciembre superará los



375.500 millones de euros, frente a los 110.500 millones que había a comienzos de 1996. Así pues, el incremento del saldo de crédito hipotecario en este período ha sido del orden de 265.000 millones de euros, habiéndose multiplicado por 3, 4. Las formalizaciones de préstamos hipotecarios se han aproximado a los 135.000 millones de euros, frente a los 41.500 formalizados en 1996.

Según los datos resultantes de la Estadística proporcionada por la Dirección General de Registros y Notariado, en 1980 se constituyeron 132.315 hipotecas, con un capital total asegurado de 379.964.404.957 pesetas.

En el año 2002, la cifra total de hipotecas constituidas fue de 683.996, y los capitales asegurados 13.436.241.496.271 pesetas.

En otras palabras, el número de hipotecas constituidas ha crecido pues, en los últimos veinte años, en un 417 %, y el capital asegurado en un 3436 %.

El sistema, como decíamos antes, no sería completo sin una regulación de un procedimiento ágil y expeditivo de ejecución, tendente a la pronta satisfacción del acreedor.

Dicho sistema, anteriormente llamado procedimiento judicial sumario, hoy aparece regulado en el seno de la Ley de Enjuiciamiento Civil como proceso de ejecución dineraria con ciertas especialidades, bajo el título de “ ejecución directa sobre bienes hipotecados o pignorados “. La nueva Ley de Enjuiciamiento civil 1 / 2000, de 7 de Enero, mantiene prácticamente inalterados los trámites del anterior procedimiento judicial sumario, pues como expresa su Exposición de Motivos, introducir cambios sustanciales podría alterar gravemente el mercado del crédito hipotecario, lo que no parece en absoluto aconsejable.

Así, se respeta el esquema clásico del procedimiento, caracterizado por la ausencia de contradicción y la drástica limitación de las causas de oposición del ejecutado y de los supuestos de suspensión, sin merma de las garantías para el ejecutado, puesto que cualquier otra causa no contemplada tendrá su cauce en el proceso declarativo que corresponda. Una vez más, el Registro de la Propiedad cumple en esta fase un papel esencial, puesto que la ejecución descansa siempre en los pronunciamientos registrales, desde su inicio, hasta su conclusión, puesto que la calificación registral se centra en que los titulares registrales que puedan ser afectados por la ejecución hayan tenido la intervención en el procedimiento que legalmente procede, por exigirlo así el principio de legitimación registral.

Como novedades importantes introducidas por la citada Ley procesal, redundantes sin duda en una mayor agilidad en la ejecución y mejora de su rendimiento, cabe destacar la introducción de sistemas de enajenación alternativos a la clásica pública subasta - convenios de realización, o enajenaciones por persona o entidad especializada -, así como el régimen de audiencia y eventual desalojo de los ocupantes de las fincas ejecutadas, cuestión ésta que trataremos más extensamente después, cuando hablemos de las posibles quiebras del sistema. Otra importante novedad es la posibilidad de hipotecar el derecho del rematante, que se convertirá en hipoteca sobre la finca en el momento en que el rematante haga efectivo el total precio de remate, e inscriba su dominio, lo que le permite buscar financiación con la garantía que supone la hipoteca.

## LEGISLACIÓN DE CARÁCTER ECONÓMICO-SOCIAL

La enorme importancia y frecuencia que en los últimos años han asumido

determinados préstamos hipotecarios, con la finalidad fundamental de financiar la construcción y adquisición de viviendas, ha dado lugar a una legislación y reglamentación que pertenece al ámbito del Derecho Público, de carácter económico y social, con el fin de tutelar al destinatario de tales operaciones: debemos contemplar, pues, la Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 ( modificada por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1998 ), la Ley de 23 de Marzo de 1995, de Crédito al Consumo, la Ley de 13 de Abril de 1998, de Condiciones Generales de la Contratación, las Órdenes de 12 de Diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, y de 5 de Mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y, en cierto modo, la Ley de 30 de Marzo de 1994, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios cuenta con una Disposición Adicional Primera cuyo apartado IV ( introducida por la Ley de Condiciones generales de la Contratación ), relativo a “ garantías “, presume que no existe desproporción en la imposición de tales garantías en los contratos de financiación, o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica.

Respecto a la Ley de Crédito al Consumo, sus normas sólo son aplicables parcialmente a los contratos de crédito asegurados con hipoteca inmobiliaria, salvo lo referente a oferta vinculante, publicidad, coste total del crédito y tasa anual equivalente.

Y en cuanto a las Órdenes citadas, establecen un conjunto de obligaciones específicas aplicables a las relaciones contractuales entre las entidades de crédito y sus clientes, siendo especialmente interesante la de 5 de Mayo de 1994, ya que se circunscribe a los préstamos en los que la garantía hipotecaria recae sobre una vivienda - operación financiera típica, generalmente asociada a su adquisición-, y a tal efecto la Orden prevé detalladamente los actos preparatorios de los préstamos hipotecarios ( folleto informativo, tasación, gastos y servicios accesorios, y oferta vinculante ), y el documento contractual, con las cláusulas financieras del contrato, separadas del resto de estipulaciones, sobre tipos de interés variable, índices de referencia, elección y deberes del Notario, etc.

Finalmente, en cuanto a la Ley sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, trató de desarrollar ampliamente la institución jurídica de la subrogación de acreedor, siempre que se tratase de una entidad financiera, a instancias del deudor, bajo ciertos requisitos, estimulándola mediante beneficios fiscales y rebajas arancelarias, y lo mismo respecto a las novaciones modificativas, con la finalidad última, una vez más, de fomentar el crédito territorial. La finalidad básica de esta Ley es la consecución por el deudor de una mejora en las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, pues como expresa su Exposición de Motivos, “ el descenso generalizado de los tipos de interés experimentado en los últimos meses ha repercutido, como es lógico, en los de los préstamos hipotecarios, y parece razonable y digno de protección que los ciudadanos que concertaron sus préstamos con anterioridad a la bajada de los tipos puedan beneficiarse de las ventajas que supone este descenso “.

Como estímulo para la subrogación prevista, se adoptaron por la citada Ley varias medidas :

-rechazar el sistema de cancelar el crédito hipotecario anterior con la consiguiente constitución de otro nuevo, porque ello implicaría una duplicidad de gastos, además de una mejora del rango registral de las posibles hipotecas, que se antepondrían con superioridad de rango a la nueva hipoteca que se constituyera.

-se establece la procedencia de la subrogación a instancias del deudor respecto de todos los préstamos hipotecarios, cualquiera que sea la fecha de su formalización y aunque en ellos no conste la posibilidad de amortización anticipada, y se limita la comisión de amortización anticipada al 1 % del capital que se amortiza.

-se establecen exenciones fiscales.

-se reducen los honorarios notariales y registrales.

De iguales beneficios goza la mejora de las condiciones del tipo de interés pactada entre la entidad financiera que concedió el préstamo y el deudor.

La intromisión de la Administración en el sistema de libre mercado proclamado por el artículo 38 de la Constitución se justifica por implicar una mejora del sistema jurídico-institucional, para adecuar la ordenación del mercado a las necesidades de cada momento.

Pese al detallado y cada vez más perfeccionado sistema hipotecario que rige en nuestro país, cabe acusar ciertas deficiencias, que en algunos casos se están ya tratando de paliar y en otros son el resultado inevitable de conjugar diversos intereses en juego. Entre estas “ quiebras “, podemos enumerar:

-la falta de base física en el Registro de la Propiedad español; el adjudicatario o rematante de la finca ejecutada tiene la seguridad de adquirir la propiedad, pero no de la existencia ni descripción física de la finca, debido a la ausencia de correlación entre los datos registrales y los catastrales en nuestro país durante largos años.

Este problema ha venido a ser atajado, sin embargo, desde la ley 13 / 1996, de 30 de Diciembre, sobre todo para las fincas que en el futuro se inscriban por vez primera en el Registro, al exigir que se acompañe una certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca. Subsiste no obstante el problema, especialmente para gran número de fincas rústicas inscritas antes de la citada ley sin referencia alguna a datos catastrales, por lo que su ubicación física resulta en ocasiones muy difícil.

También es destacable, por otra parte, que el tradicional problema de falta de identificación física de las fincas en el Registro de la Propiedad se está intentando paliar a través del Proyecto Geobase en el cual se intenta identificar físicamente las fincas mediante un sistema de fotografías vía satélite, desarrollado por el Colegio de Registradores y actualmente en período de prueba con resultados satisfactorios en algunos Registros de la provincia de Valladolid o Castellón, entre otras.

-las hipotecas legales tácitas, afecciones reales preferentes y los créditos preferentes al del acreedor hipotecario : pese al principio de prioridad registral y la cuasiabsoluta preferencia del acreedor hipotecario, diversos intereses de orden económico y social han establecido, bien criterios de preferencia “ real “ sobre la hipoteca inscrita ( hipoteca legal tácita a favor de los Municipios por el Impuesto de Bienes Inmuebles, regulada en el artículo 194 de la Ley Hipotecaria, y afección real del piso o local de un edificio en propiedad horizontal al pago de los gastos señalados por el artículo 9.1 e) de la Ley de Propiedad Horizontal ), bien criterios de preferencia creditual, que pueden perjudicar al acreedor hipotecario.

Sin embargo, debido a la perturbación que para el crédito territorial supondría el juego del mecanismo extintivo derivado de la ejecución de tales hipotecas legales y

afecciones reales respecto de hipotecas inscritas con anterioridad, el legislador ha establecido, respecto de las primeras, el criterio de subsistencia de las hipotecas inscritas con anterioridad, si bien rebajando en la tasación el valor de la finca en el de las cargas y gravámenes anteriores. Y en caso de que el crédito hipotecario que deba subsistir absorba el valor de la finca, entonces se practicará la subasta sin rebaja de la hipoteca, subsistiendo ésta, pero reduciendo su importe al valor real de la finca, con deducción del importe de la deuda perseguida, en caso de que se adjudique a la Hacienda Pública.

Y respecto a la afección real preferente del artículo 9.1 e ) de la ley de Propiedad Horizontal por gastos generales de la comunidad de propietarios, la Dirección General de Registros y Notariado ha establecido la doctrina de que es necesario demandar al acreedor hipotecario inscrito con anterioridad para que aquella afección real pueda afectar al crédito hipotecario; si la demanda no se dirigió contra dicho titular, entonces podrá anotarse la demanda, pero sin constancia registral de su preferencia respecto al crédito hipotecario inscrito con anterioridad, sin perjuicio de que la comunidad pueda interponer la correspondiente tercería de mejor derecho.

En otro orden de cosas, están los créditos sin afección real pero declarados por ley de pago preferente al acreedor hipotecario, como los créditos salariales superprivilegiados del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores; éstos, sin embargo, tendrán que acudir a una tercería de mejor derecho para hacer efectiva su preferencia, sin alterar de modo alguno el juego de la prioridad registral.

-los arrendamientos concertados con posterioridad a la hipoteca : la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil trata de solventar este problema, principalmente estableciendo medidas adecuadas para que pueda conocerse, antes de la enajenación de la finca ejecutada, si existen o no ocupantes y si tienen o no título para continuar en la finca después de la ejecución, y medidas judiciales para lograr su desalojo, previa siempre su audiencia, y a los solos efectos de la ejecución, si el propio juez ejecutor considera sin título, o sin título suficiente, al ocupante de que se trate.

-diferentes criterios de los Registradores en cuanto a la calificación e inscripción de determinadas cláusulas e incluso de determinadas formas novedosas de hipoteca ; debido a la independencia en la función calificadora, los Registradores han pecado en ocasiones de excesiva heterogeneidad en su función, resultando sin duda desestabilizador para las entidades crediticias el hecho de que ciertas estipulaciones, o ciertas formas de hipoteca sean admitidas e inscritas en determinados Registros, y no lo sean en cambio en otros.

Sin embargo, la última gran reforma realizada por la Ley 24 / 2001, de 27 de Diciembre, del sistema registral, puede terminar con estas prácticas y notas discordantes, al establecer el carácter vinculante de las Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado para todos los Registradores, siempre que se trate de los mismos supuestos de hecho contemplados por las Resoluciones.

Especialmente problemático ha sido el supuesto de las hipotecas globales o flotantes, surgidas precisamente por la tendencia de las entidades financieras a utilizar el mecanismo flexible y eficiente que les brinda la hipoteca para asegurar todo tipo de obligaciones que pudieran ostentar frente a la parte prestataria, que decididamente hoy ya no son inscribibles en ningún Registro gracias a la doctrina sentada por la Dirección General de Registros y Notariado, que impide que la mera reunión contable de diversas operaciones de crédito existentes entre dos personas pueda generar el nacimiento de una obligación independiente por el saldo resultante,

por lo que no cabe su cobertura hipotecaria, al vulnerar el principio de accesoria de la hipoteca respecto del crédito garantizado y las exigencias inherentes al principio de especialidad .

La técnica hipotecario-inmobiliaria se ha revelado tan fecunda y provechosa para la economía de mercado que ha sido utilizada por el legislador para otorgar protección y seguridad al tráfico de otro tipo de bienes, tendencia que cristalizó en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento de 1954, así como en la Ley de 13 de julio de 1998 de Venta a plazos de Bienes Muebles, y en el Real Decreto de 3 de Diciembre de 1999, cuya Disposición Adicional Única prevé la creación de Registros de Bienes Muebles, los cuales, mientras no se ejecute el proyecto de demarcación registral que los configure como Registros independientes, continuarán a cargo de los Registros Mercantiles. Con ello se pretende trasladar los principios clásicos hipotecarios, en la medida de lo posible, al tráfico mobiliario.

## BIBLIOGRAFÍA

- Derecho Hipotecario, Tomo I, VII y VIII, año 1998, Roca-Sastre, R.M y Roca-Sastre Muncunill, L.
- Derecho Inmobiliario Registral, 1991, Lacruz Berdejo, J.L. y Sancho Rebullida, F.
- Lecciones de Derecho Hipotecario, 2000, Gómez-Gállego, F.J., y Del Pozo Carrascosa, P.
- La Hipoteca ( Génesis de su estructura y función ), 1980, Ballarín Hernández, R.
- Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año 2002, nº 671 , artículo publicado por Méndez González, F.P., con el título " La función económica de los sistemas registrales ".
- Introducción al análisis económico del Derecho, año 1994, Roemer, A.
- Introducción al análisis económico del Derecho, año 1985, Polinsky, A.M.
- Sistema Jurídico y Economía, año 1989, Pastor Santos.
- La economía del delito y las penas : un análisis crítico, año 1998, Montero Soler, A. y Torres López, J.
- Derecho de los Bienes Muebles, año 2002, García Solé, F. y Gómez Gállego, F.J.

Cristina Carbonell Llorens  
Registradora de la Propiedad