



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

## El impacto de la crisis financiera y económica en los deudores con préstamos hipotecarios concedidos para la adquisición de una vivienda. Estudio comparado entre España y Puerto Rico

Glorymar Orta Rodríguez

**ADVERTIMENT.** La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) i a través del Dipòsit Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

**ADVERTENCIA.** La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) y a través del Repositorio Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

**WARNING.** On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) service and by the UB Digital Repository ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



**Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política  
Línea de Investigación: Derecho Civil**

**EL IMPACTO DE LA CRISIS FINANCIERA Y ECONÓMICA EN LOS DEUDORES  
CON PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CONCEDIDOS PARA LA ADQUISICIÓN DE  
UNA VIVIENDA. ESTUDIO COMPARADO ENTRE ESPAÑA Y PUERTO RICO**

**Directora: Dra. D<sup>a</sup> Prof. Esther Arroyo Amayuelas**

**GLORYMAR ORTA RODRÍGUEZ**

**BARCELONA 2021**

## Resumen:

La mayoría de las historias exitosas relacionadas con la adquisición de una vivienda por una familia han incluido procesos nacionales de formulación de políticas, impulsadas y coordinadas por el Estado. La crisis económica de 2008 se manifestó de forma muy particular en el sector de la vivienda. Los problemas en la economía comenzaron a raíz de la crisis financiera de 2007 con la caída en el valor de los productos financieros relacionados con los préstamos hipotecarios. La fuerte caída del valor de dichos productos financieros provocó el cierre de bancos, generó cuantiosas pérdidas y tuvo el efecto de desatar un aumento sin precedente en los procesos de ejecución de hipotecas. Como resultado muchos consumidores comenzaron a perder sus viviendas enfrentando procesos de ejecución hipotecaria rígidos y expeditivos. En este trabajo analizamos los aspectos más sobresalientes de la aplicación de la doctrina de cláusulas abusivas en España como: la falta de transparencia y la abusividad de las cláusulas del préstamo hipotecario. La hipoteca en Puerto Rico tiene las características de la hipoteca española y el Registro de la Propiedad. El Derecho hipotecario español y el Derecho procesal de EE. UU. convergen en Puerto Rico desde hace más de un siglo, particularmente, en el tema de la hipoteca. La presente tesis compara las legislaciones de Puerto Rico y España analizando: (a) el trasfondo histórico de la Ley Hipotecaria española y su aplicación en Puerto Rico, (b) el derecho real de hipoteca de España y Puerto Rico con el *mortgage* de EE. UU., (c) la financiación de la vivienda en EE. UU. y su impacto en Puerto Rico y España, (d) la ingeniería financiera en la cesión de créditos hipotecarios en EE. UU. y su efecto en Puerto Rico y España, (e) el préstamo hipotecario concedido para la adquisición de una vivienda, (f) la regulación privada del mercado hipotecario y sus efectos en la gestión y administración de un préstamo hipotecario, (g) los procesos de ejecución de hipotecas, (h) la Directiva 2014/17/UE y su obligada transposición en España y (i) las reformas de los préstamos hipotecarios en Puerto Rico. A través de este trabajo presentamos una visión comparativa entre Puerto Rico y España, comentamos las decisiones tomadas y algunos errores de enorme valor relacionados con el crédito obtenido para la adquisición de una vivienda. La forma en la cual se titulizaron las hipotecas tiene un impacto directo en los deudores a la hora de éstos buscar alternativas para modificar los términos y condiciones de sus préstamos hipotecarios. En Puerto Rico, por décadas no ha cambiado la manera en la cual los bancos atienden los asuntos relacionados con los derechos de los consumidores y es evidente la deficiencia que existe en la protección de un bien tan crítico como la vivienda.

## Abstract:

Most success stories related to family homeownership have involved national policy-making processes, driven and coordinated by the State. The 2008 economic crisis manifested itself in a very particular way in the housing sector. The problems in the economy began in the wake of the 2007 financial crisis with the fall in the value of financial products related to mortgage lending. The sharp fall in the value of these financial products caused banks to close, generated heavy losses and triggered an unprecedented increase in foreclosure proceedings. Many consumers lost their homes, facing rigid and expeditious foreclosure processes. This paper analyses the most salient aspects of applying the doctrine of unfair terms in Spain, such as the lack of transparency and the unfairness of mortgage loan clauses. Mortgages and the Land Registry or Property Registry in Puerto Rico are similar to those of Spain. Spanish mortgage law and US procedural law have been converging in Puerto Rico for more than a century, particularly on the subject of mortgages. This thesis compares the legislation of Puerto Rico and Spain by analysing: (a) the historical background of the Spanish Mortgage Law and its application in Puerto Rico, (b) the Spanish and Puerto Rican mortgage law with the US *mortgage*, (c) US housing finance and its impact on Puerto Rico and Spain, (d) financial engineering in the assignment of mortgage loans in the US and its effect on Puerto Rico and Spain and its effect on Puerto Rico and Spain, (e) the mortgage loan granted for the purchase of a home, (f) private regulation of the mortgage market and its effects on the management and administration of a mortgage loan, (g) mortgage foreclosure processes, (h) Directive 2014/17/EU and its mandatory transposition in Spain and (i) mortgage loan reforms in Puerto Rico. This paper presents a comparative view between Puerto Rico and Spain, commenting on the decisions taken and some valuable mistakes related to loans taken out to purchase a home. How mortgages were securitised directly affected debtors when they sought alternatives to modify the terms and conditions of their mortgage loans. In Puerto Rico, how banks deal with consumer rights issues has not changed for decades, and the deficiency in the protection of such a critical asset as housing is evident.

## ÍNDICE

### **CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN**

1. La hipoteca y el préstamo hipotecario	15
2. La concesión de préstamos hipotecarios: Crisis financiera y económica	16
3. Procesos de ejecución de hipotecas	
3.1 España	19
3.2 Puerto Rico	21
4. Los deudores hipotecarios en Puerto Rico y la ejecución de la vivienda de un consumidor	23

### **CAPÍTULO II: EL DERECHO HIPOTECARIO EN PUERTO RICO: CONVERGENCIA DEL DERECHO HIPOTECARIO ESPAÑOL Y EL *MORTGAGE* DE EE. UU**

1. El Derecho hipotecario puertorriqueño: Origen y evolución	27
2. La Hipoteca en Puerto Rico	29
3. La Ley Hipotecaria española y su aplicación en Puerto Rico	
3.1 España	31
3.2 Puerto Rico	35
4. El Registro de la Propiedad: España y Puerto Rico	40
4.1 Inscripción constitutiva	40
4.2 Especialidad o determinación	42
4.3 Accesoriedad	43
4.4 Publicidad	44
5. El <i>mortgage</i> de Estados Unidos de América (EE. UU.)	45
5.1 Origen de la hipoteca en EE. UU.	45
5.2 Registro de la hipoteca en EE. UU.	49
5.2.1 Race	51
5.2.2 Notice	52
5.2.3 Race-Notice	52
5.2.4 Period of Grace Acts	52
5.3 Mortgage Electronic Registrations Systems (MERS)	53
5.4 Seguro de Título	55
6. Diferencias entre el Derecho hipotecario de España y Puerto Rico con el <i>mortgage</i> de EE. UU.	57

### **CAPÍTULO III: EL CONTRATO DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA**

1. El préstamo hipotecario en Puerto Rico	60
1.1 La amortización de capital y los intereses asegurados mediante hipoteca	62
1.2 El diseño del préstamo hipotecario	64
2. Diferencias entre el préstamo hipotecario de Puerto Rico y el préstamo hipotecario de España	64
2.1 Puerto Rico	65
2.2 España	67
3. Titulización de créditos hipotecarios: Ingeniería financiera en la cesión de créditos hipotecarios en EE. UU. y su efecto en Puerto Rico y España	68
1. Puerto Rico	69

3.1.1 El proceso de titulización hipotecaria	69
3.1.2 El desregulado proceso de titulización de hipotecas en EE. UU. y su impacto en Puerto Rico	73
2. España	80
3.2.1 Cédulas hipotecarias	81
3.2.2 Bonos hipotecarios	83
3.2.3 Participaciones hipotecarias y las Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización	84
3.2.3.1 Participaciones hipotecarias	84
3.2.3.2 Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización	89
4. La regulación privada del mercado hipotecario y sus efectos en la gestión y administración del préstamo hipotecario	90
4.1 La administración del préstamo hipotecario en Puerto Rico: El negocio del <i>mortgage servicer</i> norteamericano	91
4.1.1 Deberes del administrador de un préstamo hipotecario	94
4.1.2 ¿Cómo se determinan los ingresos que recibe el administrador de un préstamo hipotecario?	96
4.1.3 Gastos y anticipos al administrador de un préstamo hipotecario	97
4.2 La administración del préstamo hipotecario en España	98

#### **CAPÍTULO IV: CRISIS DE LA VIVIENDA EN EE. UU.**

1. Financiación de la vivienda en EE. UU.: Opacidad en el proceso de titulización de hipotecas en EE. UU. y su impacto en el mercado de la vivienda	99
2. Origen y evolución del mercado hipotecario español: El impacto de la financiación de la vivienda estadounidense en el mercado inmobiliario español	122
3. El financiamiento de la vivienda en Europa a través del sistema de “ <i>covered bonds</i> ” y la inexistencia de un mercado secundario de hipotecas en España	128
4. El impacto de la crisis de la vivienda en el sistema bancario	130
4.1 Puerto Rico	130
4.2 España: Consecuencias de la concesión en masa de préstamos hipotecarios y la titulización de hipotecas	132

#### **CAPÍTULO V: COMERCIALIZACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO EN PUERTO RICO Y ESPAÑA: PRÁCTICAS IRRESPONSABLES EN LA CONCESIÓN DE UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO**

1. La falta de información o asesoramiento	137
1.1 Puerto Rico	138
1.2 España	140
2. No valoración de la solvencia del deudor	142
2.1 Puerto Rico	143
2.2 España	143
3. Tying and bundling practices	144
3.1 Puerto Rico	145
3.2 España	147
4. Las cláusulas abusivas: La Directiva 93/13/CEE sobre protección a los consumidores y su impacto en los préstamos hipotecarios	147

4.1 Falta de transparencia	155
4.1.1 Cláusula Suelo	156
4.1.2 Cláusula IRPH	170
4.1.3 Préstamos en moneda extranjera	174
4.2 La abusividad de las cláusulas	176
4.2.1 Cláusula de intereses moratorios	176
4.2.2 Cláusula de vencimiento anticipado	186
4.2.3 Cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios	202
5. La tasación del inmueble	204
5.1 Puerto Rico	205
5.2 España	207
6. Diferencias y coincidencias en Puerto Rico y España sobre la comercialización del préstamo hipotecario	212

## **CAPÍTULO VI: PROCESOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA**

1. Puerto Rico: Ejecución judicial	214
1.1 Requisitos del proceso judicial de ejecución de hipotecas	215
1.2 Oposición a la ejecución hipotecaria	216
1.3 Subasta del inmueble hipotecado	217
1.4 El <i>mortgage servicer</i> de EE. UU. en los procesos de ejecución de hipotecas en Puerto Rico	219
1.4.1 Gastos incurridos por el administrador de un préstamo hipotecario en el procedimiento de ejecución de hipoteca	219
1.4.2 Gastos incurridos por el administrador de un préstamo hipotecario luego de la ejecución de hipoteca	220
2. España: Pluralidad de sistemas de ejecución	220
2.1 Procedimiento especial hipotecario: ejecución directa sobre bienes inmuebles	220
2.1.1 Requisitos del proceso especial de ejecución de hipotecas	223
2.1.2 Oposición a la ejecución hipotecaria	226
2.1.3 Subasta del bien hipotecado	230
2.2 La venta extrajudicial del bien hipotecado	233
2.2.1 Requisitos de la venta extrajudicial	234
2.2.2 Oposición a la venta extrajudicial	236
2.2.3 Subasta del bien hipotecado en la venta extrajudicial	237
2.3 Ejecución ordinaria	238
2.3.1 Requisitos del proceso de ejecución ordinaria	239
2.3.2 Oposición a una ejecución hipotecaria realizada por la vía ordinaria	242
2.3.3 Subasta del bien hipotecado	243
3. España: Medidas para la protección de los deudores hipotecarios sin recursos	245
4. Puntos especialmente importantes en fase ejecutiva: Aspectos problemáticos en ambas jurisdicciones	250
4.1 El tipo mínimo de la subasta	250
4.1.1 Puerto Rico	252
4.1.2 España	253
4.2 La inoperancia del pacto de responsabilidad patrimonial limitada	261
4.2.1 Puerto Rico	263
4.2.2 España	265

4.3 La dación en pago	266
4.3.1 Puerto Rico	267
4.3.2 España	268
4.4 La deuda residual	270
4.4.1 Puerto Rico	270
4.4.2 España	270
5. Diferencias en los procedimientos de ejecución hipotecaria: Puerto Rico y España	272
5.1 Puerto Rico	272
5.2 España	274

## **CAPÍTULO VII: LA DIRECTIVA 2014/17/UE Y SU TRANSPOSICIÓN EN ESPAÑA**

1. ¿Por qué es necesaria la Directiva 2014/17/UE?	275
2. La protección de los consumidores y el mercado hipotecario: Más allá de la protección de la vivienda	280
3. Directiva 2014/17/UE: ¿Quién es consumidor? ¿Cuál es el inmueble protegido?	285
4. LCCI: Una oportunidad perdida para brindar mayor protección a la vivienda habitual	288
5. La Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN)	293
5.1 Directiva 2014/17/UE: La FEIN como un periodo de reflexión	293
5.2 LCCI: La FEIN como oferta vinculante	296
6. La tasación del inmueble: El deber de establecer normas fiables de tasación en la concesión del crédito y al momento de su ejecución	301
6.1 Directiva 2014/17/UE	301
6.2 LCCI	302
7. La obligación de evaluar en profundidad la solvencia de los consumidores	303
7.1 Directiva 2014/17/UE	304
7.2 LCCI	305
7.3 ¿Qué sanciones se imponen al prestamista que incumple con la evaluación de la solvencia de un consumidor?	307
8. El rol de Notario Público español	312
9. La imperatividad de algunas normas del LCCI	318
9.1 Norma de intereses moratorios	320
9.2 Norma de vencimiento anticipado del préstamo	328
9.3 Norma de gastos del préstamo	334

## **CAPÍTULO VIII: LAS REFORMAS DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS EN PUERTO RICO**

1. El deber de informar al consumidor cuando solicita un préstamo hipotecario. Los precedentes	336
1.1 Truth in Lending Act (TILA)	336
1.2 Real Estate Settlement Procedure Act (RESPA)	337
1.3 Dodd-Frank Act y el Consumer Financial Protection Bureau (CFPB)	338
2. Información precontractual y evaluación de la solvencia del deudor	340
2.1 Información precontractual	340
2.2 Evaluación de la solvencia	341
2.3 Sanciones al prestamista que incumple con la valoración de la solvencia del deudor	343



3. El derecho a la protección del hogar principal y el hogar familiar	345
4. Reformas implementadas en atención a la crisis económica de 2008	349
4.1 Aplicación en Puerto Rico del <i>loss mitigation procedure</i> de EE. UU.	350
4.2 Ley para la Mediación Compulsoria y Preservación de tu Hogar en los procesos de Ejecuciones de Hipoteca de una Vivienda Principal	357
4.3 Ley de Ayuda al Deudor Hipotecario	359
5. La falta de atención en Puerto Rico al estudio de medidas que promuevan mayores beneficios para los consumidores	359
5.1 La exclusiva tasación del inmueble en el momento de la contratación del préstamo hipotecario	359
5.2 La imposición al deudor de los gastos del préstamo hipotecario	360
5.3 La falta de legislación sobre las cláusulas del préstamo hipotecario	361
5.3.1 Los intereses moratorios	361
5.3.2 El vencimiento anticipado o cláusula de aceleración	361
5.4 El rol del Notario Público puertorriqueño	363
5.5 El énfasis en la renegociación de la deuda hipotecaria sin atender la deuda residual	365

## **CAPÍTULO IX: UNA VISIÓN COMPARATIVA ENTRE PUERTO RICO Y ESPAÑA**

1. Una visión comparativa general entre Puerto Rico y España	371
2. El contraste entre Puerto Rico y España: ¿Qué se hizo para atender la crisis de los deudores hipotecarios?	373
2.1 Semejanzas entre Puerto Rico y España	373
2.1.1 Legislación de mínimos	373
2.1.1.1 Puerto Rico	373
2.1.1.2 España	374
2.1.2 Información precontractual para el consumidor	374
2.1.2.1 Puerto Rico	375
2.1.2.2 España	376
2.1.3 Lo ocurrido con los préstamos hipotecarios morosos y los inmuebles utilizados como garantía	376
2.1.3.1 Puerto Rico	376
2.1.3.2 España	385
2.1.4 La responsabilidad patrimonial universal del deudor	389
2.2 Diferencias entre Puerto Rico y España	390
2.2.1 Personal a cargo de la tasación del inmueble	390
2.2.2 Los gastos de un préstamo hipotecario	391
2.2.3 Cláusula de intereses moratorios	391
2.2.4 Cláusula de vencimiento anticipado	392
2.2.5 Notario Público	392
2.2.6 Modificación de los términos y condiciones de un préstamo hipotecario en mora	393
2.2.6.1 Puerto Rico	393
2.2.6.2 España	394
2.2.7 Sanciones ante el incumplimiento con la evaluación de la solvencia de los prestatarios	394
2.2.7.1 Puerto Rico	394
2.2.7.2 España	394

<b>CAPITULO X: CONCLUSIONES</b>	
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	
<b>ANEXOS</b>	

396
408
437

## ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
ABS	Asset-Backed Securities
ADICAE	Asociación de Consumidores
AP	Audiencia Provincial
AQB	Appraiser Qualification Board
ARRA	American Recovery and Reinvestment Act
ATA	American Title Association
art.	artículo
BCE	Banco Central Europeo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CBP	Código de Buenas Prácticas
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000
CDO	Collateralized Debt Obligation
CDS	Credit Default Swaps
CE	Constitución Española
CFPB	Consumer Financial Protection Bureau
CGPJ	Consejo General del Poder de España
CORPME	Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España
DASP	Distressed Asset Stabilization Program
DGRN	Dirección General de los Registros y el Notariado
DGSJFP	Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
Directiva 93/13/CEE	Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores
Directiva 2008/48/CE	Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo
Directiva 2014/17/UE	Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes

inmuebles de uso residencial, por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) número 1093/2010

Dodd-Frank Act	Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948
EESA	Emergency Economic Stabilization Act of 2008
EE. UU	Estados Unidos de América
EURIBOR	Euro Interbank Offered Rate
EVS	European Valuation Standards
FAB	Fondos de Activos Bancarios
Fannie Mae	Federal National Mortgage Association
FDCPA	Fair Debt Collection Practices Act
FEIN	Ficha Europea de Información Normalizada
FHA	Federal Housing Administration
FHLBank	Federal Home Loan Bank
FiAE	Ficha de Advertencias Estandarizadas
Freddie Mac	Federal Home Loan Mortgage Corporation
FROB	Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria
GAO	Government Accountability Office
GFE	Good Faith Estimate
Ginnie Mae	Government National Mortgage Association
GSE	Government Sponsored Enterprises
HAMP	Affordable Modification Program
HARP	Home Affordable Refinance Program
HERA	Housing and Economic Recovery Act
HUD	US Department of Housing and Urban Development
IAJD	Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
IBE	Informe del Banco de España
INE	Instituto Nacional de Estadísticas de España
IPREM	Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples
IRPH	Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios

IVSC	Comité Internacional de Normas de Valoración
LCC	Ley de Contratos de Crédito al Consumo
LCCI	Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario
LCGC	Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
LH	Ley Hipotecaria
LIC	Life Insurance Company
LMH	Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario
MBS	Mortgage Backed Securities
MERS	Mortgage Electronic Registrations Systems
MMIF	Mutual Mortgage Insurance Fund
MoU	Memorando de Entendimiento sobre Condiciones de Política Sectorial Financiera (Memorandum Of Understanding)
NSO	Neighborhood Stabilization Outcome
OCIF	Oficina del Comisionado de Instituciones Financieras del Estado Libre Asociado de Puerto Rico
PIDESC	Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976
PSA	Pooling and Service Agreement
REO	Real Estate Owned o REO property
RESPA	Real Estate Settlement and Procedures Act
RH	Reglamento Hipotecario
RICS	Royal Institution of Chartered Surveyors
RMH	Reglamento Mercado Hipotecario
SEC	Securities and Exchange Commission
SFLS	Single-Family Loan Sale Program
SPV	Special Purpose Vehicle
STJUE	Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TARP	Troubled Asset Relief Program

TEGoA	Grupo Europeo de Asociaciones de Tasadores
TILA	Truth in Lending Act
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
UCC	Uniform Commercial Code
USPAP	Normas Uniformes de Estándares de Practica Profesional de Tasación
VA	Veterans Administration

## I. INTRODUCCIÓN:

La mayoría de las historias exitosas relacionadas con la adquisición de una vivienda por una familia han incluido procesos nacionales de formulación de políticas, impulsadas y coordinadas por el Estado. En muchos casos dichos procesos han logrado que las familias tengan acceso a una vivienda. El Derecho a la vivienda se recoge en el art. 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948,<sup>1</sup> el art. 11.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1976,<sup>2</sup> y en el art. 34.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) del año 2000.<sup>3</sup>

La crisis económica de 2008 se manifestó de forma muy particular en el sector de la vivienda. Los problemas en la economía comenzaron a raíz de la crisis financiera de 2007 con la caída en el valor de los productos financieros relacionados con los préstamos hipotecarios. La fuerte caída del valor de dichos productos financieros provocó el cierre de bancos, generó cuantiosas pérdidas a inversionistas y aseguradoras, y tuvo el efecto de desatar un aumento sin precedente en los procesos de ejecución de hipotecas. Como resultado muchos consumidores comenzaron a perder sus viviendas enfrentando procesos de ejecución de hipotecas rígidos y expeditivos. El aumento en los casos de ejecución de hipotecas ocurrió en muchos países, pero de forma muy significativa en España, Estados Unidos de América (EE. UU.) y Puerto Rico, en donde la legislación relacionada con los préstamos hipotecarios es la utilizada en los EE. UU. Antes de 1898, Puerto Rico era un territorio de Ultramar de España, pero cuando España pierde la guerra Hispanoamericana frente a EE. UU., Puerto Rico pasó a ser un territorio o colonia de los EE. UU., por lo que la legislación norteamericana y la española convergen en Puerto Rico en materia de Derecho hipotecario.

La presente tesis compara las legislaciones de Puerto Rico y España analizando: (a) el trasfondo histórico de la Ley Hipotecaria española (en adelante LH de España) y su aplicación en Puerto Rico, (b) el derecho real de hipoteca de España y Puerto Rico con el

---

1 *Cfr.* UN General Assembly. “Universal Declaration of Human Rights.” United Nations, 217 (III) A, 1948, Paris, art. 25, <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. (consulta 28 de abril de 2021).

2 *Cfr.* UN General Assembly, “International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights,” 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, art. 11.1, [https://treaties.un.org/doc/treaties/1976/01/19760103%2009-57%20pm/ch\\_iv\\_03.pdf](https://treaties.un.org/doc/treaties/1976/01/19760103%2009-57%20pm/ch_iv_03.pdf). (consulta 28 de abril de 2021).

3 *Cfr.* Unión Europea, “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 26 Octubre 2012, art. 34.3, <https://refworld.org/es/docid/5c6c40d04.html>. (consulta 28 de abril de 2021).

*mortgage* de EE. UU., (c) se analiza la financiación de la vivienda en EE. UU. y su impacto en el mercado hipotecario de Puerto Rico y España, (d) la ingeniería financiera en la cesión de créditos hipotecarios en EE. UU. y su efecto en Puerto Rico y España, (e) el préstamo hipotecario concedido para la adquisición de una vivienda, (f) la regulación privada del mercado hipotecario y sus efectos en la gestión y administración de un préstamo hipotecario, (g) los procesos de ejecución de hipotecas, (h) la Directiva 2014/17/UE y su obligada transposición en España y (i) las reformas de los préstamos hipotecarios en Puerto Rico. Se presenta una visión comparativa entre Puerto Rico y España sobre las reformas implementadas en los préstamos hipotecarios. La legislación en EE. UU. promulgada en respuesta a las ejecuciones hipotecarias tiene un impacto en Puerto Rico. Sin embargo, como consecuencia de la tradición española del *civil law* en la legislación hipotecaria de Puerto Rico, considero importante analizar la legislación española actual y las reformas llevadas a cabo en dicho país con el fin de aliviar la situación de los deudores hipotecarios. Lo anterior, para saber si de algún modo dichas reformas pudieran ser de utilidad en Puerto Rico. A través de este trabajo comento las decisiones tomadas y algunos errores de enorme valor relacionados con el crédito obtenido para la adquisición de una vivienda.

## **1. La hipoteca y el préstamo hipotecario**

Históricamente, la hipoteca ha promovido la economía y la seguridad jurídica. A través de la hipoteca el acreedor asegura la satisfacción de una obligación principal mediante el poder directo e inmediato sobre la cosa hipotecada en favor de su crédito. Tan importante es la hipoteca, que el acreedor en caso de incumplimiento de la obligación principal puede instar la venta forzosa del inmueble hipotecado para cobrar con el precio de la venta el saldo de su crédito. Más aun, la hipoteca es un derecho real que vincula lo hipotecado, cualquiera que sea su titular, a la satisfacción del crédito concedido, así como a la adopción de medidas dirigidas a salvaguardarlo. La garantía real de la hipoteca no excluye que el deudor responda con todo su patrimonio si la garantía no es suficiente (art. 1.911 CC de España y art. 1.156 CC de Puerto Rico de 2020<sup>4</sup>). Esto es así porque la garantía hipotecaria amplía la responsabilidad del deudor, esa es su función y de esta forma asegura o favorece el cobro del crédito al acreedor. La hipoteca representa un poderoso instrumento de crédito y ha sido eficaz como garantía de pago de la cantidad prestada. La hipoteca como derecho real de

---

<sup>4</sup> En EE. UU. la legislación aplicable a los contratos de hipoteca se regirá por la ley federal y la ley de la jurisdicción en la cual se encuentre localizada la propiedad inmueble.



garantía es de carácter accesorio, indivisible, de constitución registral y grava el bien inmueble ya sea de titularidad del deudor hipotecario o de un tercero. No obstante, aunque la hipoteca ofrece seguridad, dicha seguridad no es suficiente para el acreedor, por lo que se hizo necesario arbitrar un mecanismo que permite la circulación del crédito hipotecario a través de la propiedad inmueble.

Por su parte, el contrato de préstamo con garantía hipotecaria goza de visos de privilegio y el mismo comenzó a tomar un rol importante en la banca comercial que utilizó el préstamo hipotecario para la captación de ingresos.<sup>5</sup> A mediados de los años 90 los bancos comenzaron a darse cuenta de que a través del préstamo hipotecario había una dimensión de negocio financiero que podía fácilmente vincularse con la hipoteca. Es en dicho periodo cuando los bancos y las entidades financieras comienzan la oferta de productos y servicios a las familias a través del préstamo hipotecario. Bajo la comercialización del préstamo hipotecario se desarrollaron productos y servicios que conforman una de las estrategias de negocio más importantes en la historia reciente de la banca. Esta estrategia de la banca comercial consideró el préstamo hipotecario como un producto ideal para acaparar el ingreso familiar. La hipoteca se ha utilizado como vehículo para vincular otros productos con los que se intentó fidelizar al consumidor con un banco o entidad financiera. Así, durante los últimos años de la década de los 90 y hasta mediados de la primera década del 2000, era frecuente obtener un préstamo hipotecario y a la vez un contrato de tarjeta de crédito, seguro de vida, líneas de crédito, entre otros. La hipoteca le permitió a los bancos y entidades financieras conocer los ingresos y gastos de una familia, a través del acceso a sus nóminas, ingresos recurrentes y gastos periódicos. Todo esto le proporcionó a los bancos e instituciones financieras un gran conocimiento sobre la capacidad de ahorro y endeudamiento de los consumidores. Este control y conocimiento de la economía familiar no sólo originó uno de los negocios más estratégicos de la banca, sino que además promovió el desarrollo de los mercados financieros, particularmente el mercado secundario de hipotecas, el cual sin duda es uno de los mercados más competitivos y lucrativos a nivel global.

## **2. La concesión de préstamos hipotecarios: Crisis financiera y económica**

---

<sup>5</sup> ALBERDI BARALIDES y PEÑA IRENE, Panorámica del mercado hipotecario español, Presente y Futuro del Mercado Hipotecario Español: Un análisis económico y jurídico, (coords.) GANUZA, JUAN JOSÉ y GÓMEZ POMAR, FERNANDO, Aranzadi (2018) p. 206. “En España la demanda de vivienda aumentó exponencialmente como también lo hizo la oferta, con promotores y constructores beneficiándose igualmente de condiciones favorables de financiación. Desde principios de 2000, se generaliza el uso de tipos de interés variable y las hipotecas son entendidas por las entidades financieras como un instrumento de captación de clientes.”

El tradicional arraigo en Puerto Rico, al igual que en España, a la adquisición de una propiedad a ser utilizada como vivienda en lugar del alquiler junto a la fluidez e incremento en la circulación y acceso al dinero sobre la base de créditos hipotecarios, facilitó la concesión de préstamos con garantía hipotecaria. El objetivo fundamental de la actividad crediticia generada previo a la última crisis económica de 2008 fue la financiación de la compra de una vivienda por los consumidores. A medida que transcurrían los años y ante el auge de esta actividad crediticia, se fue favoreciendo la oferta de productos que avanzaban por el camino de una mayor asunción de riesgos. Los problemas de los préstamos hipotecarios concedidos antes de la crisis económica de 2008 tienen su origen en las prácticas irresponsables llevadas a cabo por los bancos e instituciones financieras a la hora de diseñar préstamos hipotecarios con nuevos parámetros en la forma y manera de amortización del préstamo. De un porcentaje de 80% como cantidad a financiar en la compra del inmueble hipotecado se pasó a la utilización de otros valores y productos con distintos tipos de amortización, distintos tipos o tasas de interés, incluso la utilización de moneda extranjera y su cambio para el cómputo del pago mensual de una hipoteca. Estos factores unidos a la falta de información, falta de asesoramiento y la falta de evaluación de la solvencia de los prestatarios provocó que se concedieran préstamos a consumidores que no tenían capacidad de pago.

En España Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario (en adelante LMH), estableció la posibilidad de que las instituciones financieras pudieran emitir títulos o valores bajo la cobertura de los préstamos hipotecarios que concedían. A través de la LMH se creó un mercado de crédito dinámico apoyado en una estructura legal de productos, procesos y mecanismos de financiación para los títulos valores.

La ingeniería financiera en la cesión de créditos hipotecarios en EE. UU es el origen de los problemas que desencadenaron en la crisis financiera de 2007. La cesión de hipotecas titulizadas generó problemas estructurales debido a que el proceso de titulización de hipotecas se fue desregulando, poco a poco, y esto ocurrió tanto en EE. UU. como en España. En el caso de España el problema estructural se presentó luego de haberse adoptado en la LMH la figura del fideicomiso (*trust*) financiero del sistema anglosajón debido al difícil encaje de esta figura en la cesión de créditos que establece el Derecho civil de España. El propósito de estas nuevas técnicas financieras era obtener liquidez para poder invertir en la financiación de nuevos préstamos hipotecarios, lo que produjo un cambio sustancial en la regulación del mercado hipotecario y con ello se animó a los consumidores para que éstos

apostarán por la compra de su residencia en lugar del alquiler de un inmueble. Es decir, ocurrió un cambio de actitud en el sistema financiero español que pasó a considerar el préstamo hipotecario como un valor estratégico utilizado como palanca de apoyo para la captación de ingresos y el suministro de las necesidades financieras de las familias. Uno de los resultados de este cambio de actitud fue que en la década de 1996 a 2006 en España se creó una importante banca minorista cuyo resultado fue el crecimiento económico del sector financiero español.

La demanda de los títulos hipotecarios respondía básicamente a dos razones principales: primero, a su buena rentabilidad que para esas fechas era superior a la de los títulos con renta fija, y segundo, a su calificación crediticia que era similar y comparable a la de otros títulos que circulaban en el mercado financiero. La estrategia seguida por muchos bancos y entidades financieras, para financiar la fuerte expansión de sus balances, fue recurrir a los mercados de capitales realizando múltiples titulizaciones de carteras de préstamos. Y luego, vender los préstamos a terceros, pero manteniendo la gestión administrativa (*servicing*) de dichos préstamos, entendiéndose el cobro. La regulación privada del mercado hipotecario tiene un efecto directo en la gestión y administración de los préstamos concedidos para la adquisición de una vivienda. El exceso de crédito provocó que el mercado secundario de hipotecas funcionará en la dirección inversa, es decir, exactamente al revés cayendo de golpe a niveles muy bajos en toda su larga historia.

### **3. Procesos de ejecución de hipotecas**

La hipoteca tiene como uno de sus principales atractivos el derecho a la ejecución de la garantía (derecho real), la cual se lleva a cabo mediante los procedimientos de ejecución de hipotecas, por lo que estos procedimientos son de gran importancia en la contratación bancaria. Algunas sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) han puesto de relieve que los procedimientos de ejecución de hipotecas, en particular el procedimiento especial de ejecución hipotecaria de España, no se ajustaba a las exigencias de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante Directiva 93/13/CEE). El TJUE identificó a través de sus sentencias el uso de cláusulas abusivas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria. Una de dichas sentencias es el caso de Mohamed Aziz v. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11. Antes de la Sentencia Aziz no era posible aplicar la Directiva 93/13/CEE de

protección al consumidor a los préstamos hipotecarios. La aplicación de la Directiva 93/13/CEE a los procesos de ejecución hipotecaria trajo consigo varias reformas legislativas que cambiaron el escenario de los deudores hipotecarios en España. Los aspectos más sobresalientes de la aplicación de la doctrina de cláusulas abusivas que analizamos en este trabajo son: la falta de transparencia en los préstamos hipotecarios concedidos a los consumidores para la adquisición de una vivienda, y la abusividad de las cláusulas del préstamo hipotecario y su repercusión en los procesos de ejecución hipotecaria.

Aunque en la Unión Europea se ha planteado la protección jurídica hacia los consumidores en materia de garantías reales y se promulgó la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) número 1093/2010, (en adelante la Directiva 2014/17/UE), al presente no existe una regulación uniforme en los procesos de ejecución hipotecaria de un préstamo concedido para la adquisición de la vivienda de un consumidor.

Además, se analiza el problema que presenta la tasación del inmueble tanto en el momento de la concesión del préstamo hipotecario como en el proceso de ejecución hipotecaria. A excepción de la ejecución ordinaria de España el valor asignado al inmueble no puede ser variado o modificado para que se ajuste al valor real del inmueble a la fecha de la ejecución forzosa. Por lo que, la tasación de inmueble hipotecado presenta un problema para el deudor que tiene que responder con todos sus bienes presentes y futuros de la deuda que corresponde a la diferencia entre la cantidad adeudada en el contrato de préstamo hipotecario y el precio por el cual el inmueble fue vendido en subasta, lo que se conoce como la deuda residual.

En el presente trabajo analizo las reformas en los procesos de ejecución de hipotecas implementadas en España, comenzando con la aplicación de la Directiva 2014/17/UE y su transposición en España a través de la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (LCCI). La LCCI debió reforzar las garantías de los consumidores en el préstamo concedido para la adquisición de la vivienda habitual o residencia principal, y al menos, introducir pautas o criterios a utilizarse en los procesos de ejecución de hipotecas para brindar mayor protección a la vivienda habitual de los consumidores y evitar así la pérdida de la vivienda.

### **3.1 España**

Para efectos de presentar datos estadísticos en esta tesis utilizaremos los datos del año 2019 debido a la especial situación ocurrida en 2020 por la crisis sanitaria ocasionada por la enfermedad coronavirus 2019 (COVID-19) que ha provocado que la evolución en el número de ejecuciones hipotecarias presentadas sobre propiedades residenciales sea distinta durante los diferentes periodos del año 2020.

En España el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) publica las cifras oficiales sobre ejecuciones hipotecarias. Los resultados que ofrecen las estadísticas publicadas por el INE brindan información sobre las ejecuciones hipotecarias que se inician durante cada trimestre en España. La información sobre las certificaciones de ejecuciones hipotecarias se obtiene a partir de los datos contenidos en los Registros de la Propiedad de todo el territorio de España. El Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España (CORPME) suministra de forma centralizada la información al INE mediante soporte informático.<sup>6</sup> Es de notar que según los datos del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) las cifras sobre los procesos de ejecución de hipotecas, desde junio de 2017 hasta marzo de 2018, en los juzgados especializados sobre contratos de financiación con garantías reales, recibieron 196,111 asuntos sobre cláusulas suelo, cláusula de vencimiento anticipado, cláusula de intereses moratorios, gastos de formalización de hipoteca o hipotecas multidivisa, lo que provocó un elevado porcentaje de sentencias estimatorias en toda España (97,6%).<sup>7</sup>

Para el año 2014 el total de ejecuciones hipotecarias en España fue de 18,422. En 2014 las Comunidades Autónomas con el número más alto de ejecuciones hipotecarias eran: Andalucía con 4,747, Canarias con 1,083, Catalunya con 3,448, Comunidad Valenciana con 2,972 y Región de Murcia con 1,031.

Las estadísticas sobre ejecuciones hipotecarias para el cuarto trimestre de 2019 indican que las ejecuciones hipotecarias iniciadas sobre vivienda habitual bajaron un 12,3%, pero el 60,5% de las ejecuciones hipotecarias iniciadas sobre viviendas corresponde a hipotecas constituidas entre 2005 y 2008.<sup>8</sup> El número de inscripciones en los registros de la propiedad de ejecuciones hipotecarias iniciadas en el cuarto trimestre de 2019 es de 12,882, lo que supone un 4,1% más que el trimestre anterior y un 19,1% menos que el mismo trimestre de

---

6 *Vid.* CGPJ – Estadísticas sobre ejecuciones hipotecarias – Poder Judicial. <https://www.poderjudicial.es/estadisticasobreejecuciones...> (consulta 9 de agosto de 2019).

7 MÚRTULA LAFUENTE, VIRGINIA Cuestiones actuales sobre los intereses remuneratorios y de demora en los préstamos hipotecarios, Vivienda e Hipoteca, DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS (coord.), Ed. Tecnos (2018), p. 449.

8 *Vid.* INE – Estadísticas sobre ejecuciones hipotecarias – Notas de prensa 4 de diciembre de 2019. <https://www.ine.es/daco/daco42/eh/eh0319.pdf>. (consulta 24 de enero de 2020).

2018. Las comunidades con mayor número de certificaciones sobre ejecuciones hipotecarias en el cuarto trimestre son: Comunitat Valenciana (2,785), Andalucía (2,606) y Cataluña (2,454). Como puede observarse en cinco años (2014 a 2019) el número de ejecuciones hipotecarias en España se ha reducido, de un total de 18,422 ejecuciones en 2014 a un total de 12,882 ejecuciones en 2019, lo que equivale a una reducción de 5,540. Sin embargo, esta reducción no necesariamente se debe a una baja en la morosidad de los préstamos hipotecarios o a una mejor condición económica de los deudores españoles. La presentación de recursos sobre cuestiones prejudiciales por los distintos Tribunales de España ante el TJUE ocasionó la paralización de los procesos de ejecución hipotecaria iniciados y la presentación de casos adicionales. Por tanto, las estadísticas sobre ejecuciones hipotecarias en España hay que observarlas e interpretarlas con cautela.

### **3.2 Puerto Rico**

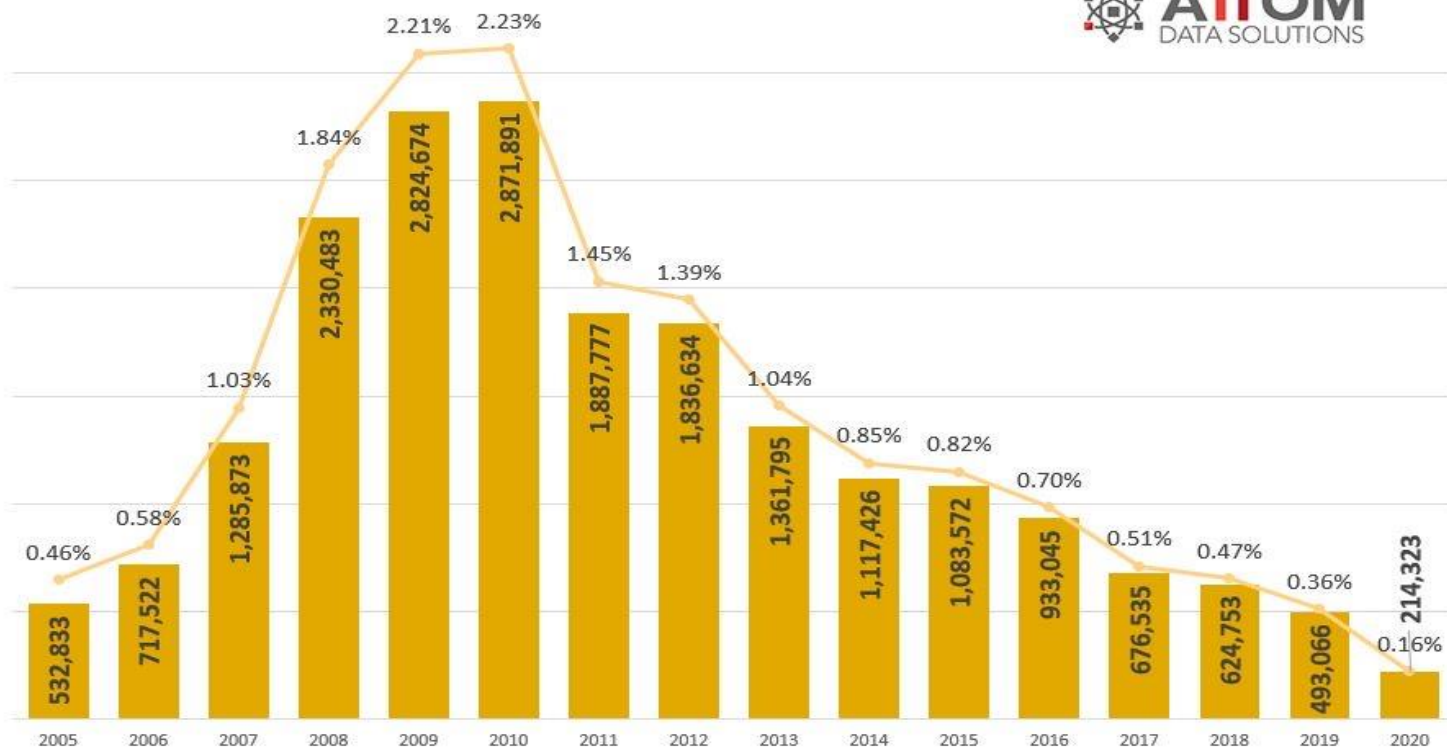
Los datos sobre ejecuciones hipotecarias tanto en EE. UU. como en Puerto Rico aumentaron a partir del año 2008. La siguiente figura ilustra los datos históricos de las ejecuciones hipotecarias en EE. UU. desde el primer trimestre del año 2005 hasta el tercer trimestre del año 2020, en donde los años con mayor número de ejecuciones hipotecarias son el 2009 y 2010.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> *Vid.* U.S. Foreclosure Activity Drops to 16-Year Low in 2020, ATTOM Data Solutions. ATTOM Data Warehouse, a multi-sourced national property database that blends property tax, deed, mortgage, foreclosure, environmental risk, natural hazard, health hazards, neighborhood characteristics and other property characteristic data for more than 150 million U.S. residential and commercial properties. The ATTOM Data Warehouse delivers actionable data to businesses, consumers, government agencies, universities, policymakers, and the media in multiple ways, including bulk file licenses, APIs and customized reports. <https://www.attomdata.com/news/market-trends/foreclosures/attom-data-solutions-2020-year-end-u-s-foreclosure-market-report/> (consulta 2 de mayo de 2021).

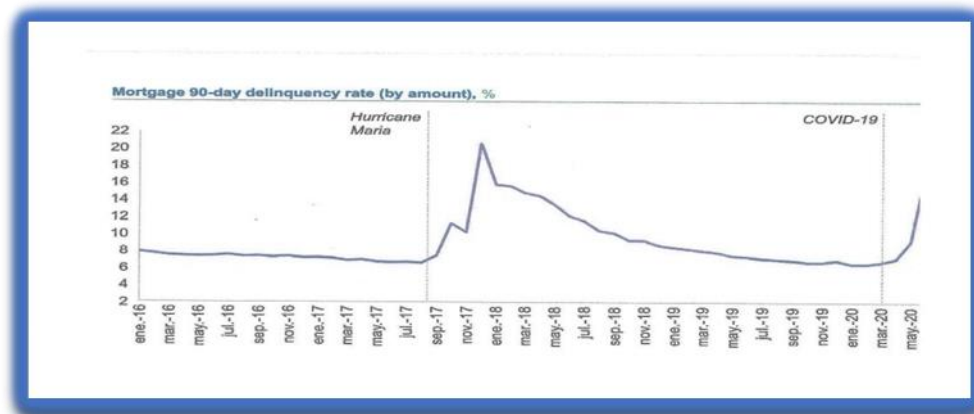
## U.S. Historical Foreclosure Activity and Rates

■ U.S. Properties with Foreclosure Filings      — Foreclosure Rate (Pct of Housing Units)



Por su parte, en Puerto Rico la Oficina del Comisionado de Instituciones Financieras (OCIF) recopila los datos de las ejecuciones hipotecarias. Según los datos y estadísticas recopilados por la OCIF el número de ejecuciones hipotecarias presentadas hasta el mes de diciembre para los años 2014 al 2019 fueron las siguientes: 2014 (19,131), 2015 (20,150), 2016 (15,871), 2017 (13,597), 2018 (11,655) y 2019 (13,449). En Puerto Rico las estadísticas preparadas por OCIF sobre préstamos hipotecarios en mora indican que para septiembre de 2017 el 3% de los préstamos hipotecarios se encontraba con más de 90 días de atrasos y a diciembre de 2017 dicho porcentaje subió a 18% lo que demuestra que luego del paso del huracán María por Puerto Rico, el número de préstamos hipotecarios en mora aumentó considerablemente. La Junta de Supervisión y Administración Financiera impuesta en Puerto Rico mediante la ley federal “*Puerto Rico Oversight, Management and Economic Stability Act*,” 48 U.S.C. § 2101 et seq. conocida como “PROMESA” por sus siglas en inglés, preparo la siguiente gráfica:<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Vid. <https://www.noticel.com/economia/top-stories/20201212/la-morosidad-de-hipotecas-en-p-r-aumento-durante-la-pandemia-a-niveles-cercanos-a-los-del-huracan-m/> (consulta 2 de mayo de 2021)



Como puede observarse en los meses posteriores al paso del huracán María la tasa de morosidad de los préstamos hipotecarios en Puerto Rico era de un 8% a un 20%. Luego de decretada la pandemia por la COVI-19 desde marzo hasta julio de 2020 la tasa de morosidad de los préstamos hipotecarios aumentó de un 8% a un 18%. Conforme a las estadísticas antes citadas vemos que los datos sobre las ejecuciones hipotecarias en Puerto Rico son altos y requieren atención inmediata.

El hecho de que la crisis económica de 2008 repercuta sobre la vivienda hace necesario que se replantee el estudio del contrato de préstamo hipotecario y los distintos procedimientos que se utilizan para la ejecución de la garantía hipotecaria. A mi juicio existe la necesidad de poner sobre la mesa de estudio los principios a través de los cuales se apoyan los procedimientos de ejecución hipotecaria y examinar las prácticas utilizadas por los bancos y entidades financieras en los procedimientos de ejecución. En el presente trabajo examinaremos cada uno de los procedimientos de ejecución de hipoteca utilizados en la legislación de España y Puerto Rico considerándolos bajo el estudio de dos grandes órdenes: jurídico y económico. A través de nuestro estudio veremos cómo bajo el Derecho hipotecario se observa la protección de los intereses de los acreedores lo que ha desembocado en un sistema de alta perfección técnica apoyado en conceptos de especialidad y publicidad. A su vez, el avance competitivo de la circulación y cesión del crédito hipotecario a través de la titulación de las hipotecas ha generado dos importantes errores: la gestión del riesgo y la medida de la rentabilidad.

#### **4. Los deudores hipotecarios en Puerto Rico y la ejecución de la vivienda de un consumidor**



En Puerto Rico las reformas legislativas implementadas para atender el aumento en los casos de ejecución de hipotecas son muy limitadas. A pesar de que aplican los procesos de mitigación de pérdida (*loss mitigation*) de la legislación de EE. UU., ante el escenario económico que atraviesa Puerto Rico dichos procesos no son suficientes, además, los mismos se implementan de forma restringida y son controlados por los acreedores a través de la figura del administrador del préstamo hipotecario (*mortgage servicer*), es decir, son controlados por la industria bancaria.

En Puerto Rico no se ha cuestionado que las cláusulas incluidas en los préstamos hipotecarios reflejen el uso de prácticas que constituyan, induzcan o engañen a los consumidores. Sin embargo, a la luz de la crisis económica de 2008 entendemos que los términos y condiciones de los préstamos hipotecarios concedidos en Puerto Rico, en específico aquellos que se concedieron antes de la crisis financiera de 2007, deben ser revisados. En particular, el contenido de la cláusula de intereses moratorios, la cláusula de vencimiento anticipado y la cláusula de gastos para la formalización de los préstamos hipotecarios. Las ayudas al deudor hipotecario puertorriqueño se basan en los programas que establece el Gobierno Federal de EE. UU. a través del *Department of Housing and Urban Development* (HUD) y la *Federal Housing Administration* (FHA). Sin embargo, las ayudas son limitadas desde el punto de vista de la protección de un consumidor que tiene un alto nivel de endeudamiento. El reglamento de *loss mitigation* le impone al administrador del préstamo hipotecario (*mortgage servicer*) la obligación de evaluar al deudor en todas las opciones de mitigación de pérdida disponibles para el deudor, pero le provee mucha flexibilidad en la coordinación de las opciones de *loss mitigation*. El propio reglamento de *loss mitigation* establece que los administradores de los préstamos hipotecarios (*mortgage servicer*), los prestamistas y los inversionistas no están obligados a ofrecer opciones específicas de mitigación de pérdidas, y esto es una deficiencia que debería revisarse porque deja al consumidor en desventaja y a su vez establece un marco muy amplio para los acreedores, o en su caso a los *mortgage servicer*, a la hora de evaluar medidas que eviten la ejecución de la vivienda de los consumidores. El presente trabajo llama a la atención al estudio de la figura del administrador del préstamo hipotecario (*mortgage servicer*) para el desarrollo de iniciativas que ayuden a los consumidores.

Actualmente en Puerto Rico no se han modificado los porcentajes de la deuda residual, no se ha modificado el cómputo de los intereses moratorios y no se ha modificado el cómputo de las costas o cargos incurridos durante el proceso de ejecución. A parte del proceso de *loss mitigation*, a grandes rasgos, en Puerto Rico sólo se ha implementado un proceso de

mediación compulsoria durante el proceso de ejecución de hipoteca para agotar las alternativas a la ejecución de la vivienda de un consumidor. En Puerto Rico el deudor hipotecario es responsable de la deuda residual con todos sus bienes presentes y futuros. La situación de los deudores hipotecarios en Puerto Rico es muy difícil y el escenario económico que atraviesa la isla es igualmente difícil, con lo cual los deudores hipotecarios en Puerto Rico se enfrentan a una situación de desequilibrio. La situación de los deudores hipotecarios en Puerto Rico y el problema que genera la ejecución de la vivienda de un consumidor son asuntos impostergables que merecen atención y análisis.

En España las reformas para atender la situación de los deudores hipotecarios se han implementado en el proceso de ejecución de hipoteca a través del aumento en el número de cuotas o mensualidades para solicitar la ejecución, limitando el cómputo de los intereses moratorios, la cuantía de costas a cobrar y los porcentajes de la deuda residual, entre otras reformas. No obstante, a mi juicio la reforma más importante realizada en España en los procesos de ejecución hipotecaria es la evaluación de las cláusulas del préstamo hipotecario para determinar la existencia de cláusulas abusivas que limiten los derechos y la protección de los consumidores, conforme establece la normativa europea a través de la Directiva 93/13/CEE.

Con el presente estudio pretendo enfatizar la importancia del desarrollo de reformas legislativas que amplifiquen los derechos de los consumidores puertorriqueños. Actualmente los procedimientos de ejecución de hipotecas son rígidos, expeditivos y producen serias desventajas para los consumidores, y para demostrarlo analizo si las soluciones implementadas en Puerto Rico para aliviar la situación de los deudores hipotecarios son suficientes, si las soluciones previstas en España pudieran incluirse en Puerto Rico, o si la legislación de EE. UU. es la única solución viable.

A través de esta tesis pretendo evaluar si el diseño del préstamo hipotecario y la posterior cesión del crédito hipotecario ha puesto al deudor (consumidor) en una situación difícil y cómo el impacto del mercado secundario de hipotecas y los procedimientos de ejecución hipotecaria, en conjunto, han afectado los derechos de los consumidores.

Nuestra tesis pretende documentar la necesidad de un continuo estudio sobre el tema del crédito hipotecario. El propósito es exponer qué tanto importan las políticas de regulación de los mercados financieros en la vida de la gente común y corriente. Intentamos ilustrar que no tan sólo es importante proteger a los consumidores, sino que el crecimiento económico no puede sustentarse en una concesión generosa e irresponsable del crédito y cuánto mayores sean las garantías que pueda agredir un acreedor, menores serán los

incentivos para que éste asuma riesgos y realice una adecuada valoración del riesgo crediticio. Aunque el Derecho en España y Puerto Rico es diferente, sin duda, ambos países se enfrentan a desafíos similares.

## **II. EL DERECHO HIPOTECARIO EN PUERTO RICO: CONVERGENCIA DEL DERECHO HIPOTECARIO ESPAÑOL Y EL MORTGAGE DE EE. UU.**

En este capítulo intereso comentar el trasfondo histórico de la LH española y su aplicación en Puerto Rico, para luego introducir las características del Registro de la Propiedad y las diferencias de la hipoteca (“*mortgage*”) de EE. UU. con la hipoteca de Puerto Rico y España. Se trae a la atención el origen del Derecho hipotecario en Puerto Rico, la influencia española y posteriormente la vigencia del Derecho procesal de EE. UU. en el Derecho hipotecario de Puerto Rico. Los temas antes presentados se analizan en clave de Derecho comparado en los ordenamientos jurídicos de España y Puerto Rico. En este capítulo pretendo realizar una comparación entre la hipoteca española, el Registro de la Propiedad y el *mortgage* de EE. UU. para con este trasfondo introducir la crisis hipotecaria de EE. UU. y su efecto en Puerto Rico y España. Lo anterior debido a que los consumidores, en ambos países, han enfrentado problemas que en gran medida se deben a la existencia de prácticas irresponsables en la evaluación y concesión de préstamos hipotecarios y a la especulación sobre el valor de las propiedades hipotecadas.

### **1. El Derecho hipotecario puertorriqueño: Origen y evolución**

En Puerto Rico la publicidad inmobiliaria que concede el Derecho hipotecario comenzó a instrumentarse a partir del siglo XVIII cuando desde España se promovió el fomento del comercio y la agricultura, lo que permitió la llegada masiva de extranjeros a Puerto Rico junto con el reparto gratuito de tierras. Antes de esta época, en el siglo XVII, la publicidad del estado jurídico de los inmuebles en Puerto Rico fue prácticamente inexistente debido a que a raíz de la conquista española era innecesaria la publicidad de la situación de los inmuebles porque las tierras tenían condición de bienes patrimoniales de la Corona española. Citando a la historiadora LOIDA FIGUEROA, en el siglo XVII Puerto Rico era una colonia deprimida con una población dedicada principalmente a una precaria economía de subsistencia en la que imperaba la arbitrariedad y la falta de reglamentación.<sup>11</sup> Para fomentar el desarrollo del comercio y la agricultura era necesario el establecimiento de algunos controles y fue entonces cuando se creó un sistema de libros llevados mediante folio real con el propósito de identificar el nombre de cada colono, el día de su llegada y admisión,

---

<sup>11</sup> FIGUEROA, LOIDA, Breve historia de Puerto Rico, Vol. I, Río Piedras Ed. Edil (1979), p. 101-104.

la familia y su procedencia. Sin embargo, la inestabilidad política de España tuvo repercusiones en Puerto Rico y para compensar la pérdida de las colonias continentales, en 1836 se derogó la Real Cédula de Gracia, y se estableció una ley arancelaria que impuso en Puerto Rico fuertes impuestos sobre el comercio. Luego entró en vigor la Ley Hipotecaria para las Provincias de Ultramar, que comentaremos más adelante en este capítulo. La Ley Hipotecaria para las Provincias de Ultramar facilitó la inscripción, cancelación de gravámenes y la agilización de los procesos en beneficio de los titulares inscritos. Dentro de los cambios más destacados que se establecen con la Ley Hipotecaria para las Provincias de Ultramar, fue la regulación en Puerto Rico del procedimiento ejecutivo sumario como un instrumento rápido y económico para la satisfacción del crédito hipotecario.

En 1898 con la invasión norteamericana la situación de Puerto Rico cambió dramáticamente, y entre otras cosas, se instauran en Puerto Rico dos sistemas jurídicos. A la fe pública registral heredada del sistema del *civil law* de España se le añade la obligada convivencia con el seguro de título de EE. UU. De esta manera el capital norteamericano impuso otro método para garantizar el tráfico jurídico inmobiliario en Puerto Rico.<sup>12</sup> En 1900 con la Ley Foraker<sup>13</sup> hubo varios intentos de reforma a la LH de Puerto Rico, pero ninguna de las enmiendas alteró el contenido sustantivo del Derecho hipotecario puertorriqueño que continuaba siendo de influencia española. En 1911 se llevó a cabo la revisión de los Estatutos de la Isla, y una vez más, sobrevivió la LH de Puerto Rico de origen español. En 1917 la LH de Puerto Rico fue ratificada por la Ley Jones que es la ley que establece las relaciones federales de EE. UU. con Puerto Rico.<sup>14</sup> En 1941 fue publicada una nueva edición de los Estatutos Revisados y una vez más se copió el texto de la LH de Puerto Rico y su Reglamento con las enmiendas que existían hasta ese momento.<sup>15</sup> Luego, el 25 de julio de 1952, la LH de Puerto Rico y su Reglamento fue ratificada por medio de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. En 1979, se promulga la Ley 198/1979, conocida como la Ley hipotecaria y del Registro de la Propiedad y su Reglamento,

---

12 RIVERA RIVERA, LUIS RAFAEL, Derecho Registral Inmobiliario Puertorriqueño, 2da Ed., Jurídica Editores (2002), p. 26.

13 *Cfr.* Ley Orgánica Foraker del 12 de abril de 1900, (cap. 191, 31 Stat.77) (1 L.P.R.A. Documentos Históricos) surge luego de dos años de gobierno militar en Puerto Rico, mediante esta ley se establece un gobierno civil que dispuso de un gobernador nombrado por el presidente de EE. UU., una legislatura bicameral, y un Tribunal Supremo y asuntos tributarios.

14 *Cfr.* El Acta Jones (Carta Orgánica de 1917 de Puerto Rico), fue aprobada el 2 de marzo de 1917, Capítulo 145, 39 Stat. 951; (Algunos artículos quedaron en vigor el 3 de julio de 1950, Capítulo 446, 64 Stat. 319) (1 L.P.R.A. Documentos Históricos). Esta ley es conocida como la Ley de Relaciones Federales con Puerto Rico, y en la misma, por ejemplo, se le otorgó la ciudadanía americana a los puertorriqueños.

15 RIVERA RIVERA, LUIS RAFAEL, *op. cit.* p. 27 y BRAU DEL TORO, HERMINIO, Apuntes para un curso sobre el estado del Derecho Inmobiliario Registral Puertorriqueño bajo la Ley Hipotecaria de 1893, 48 Rev. Jur. U.P.R. 113, 133-134 (1979).

la cual luego de varias enmiendas adicionales, mantuvo una continuidad con los principios tradicionales de la antigua ley hipotecaria de origen español, pero presentó modificaciones en las áreas de especialidad, legalidad, prioridad y publicidad.<sup>16</sup> En 1980, a la LH de Puerto Rico se le añadieron algunas enmiendas, pero habían sido pocos los cambios al Derecho hipotecario puertorriqueño de origen español, hasta la llegada de la Ley 210/2015, de 8 de diciembre, conocida como la Ley del Registro de la Propiedad Inmobiliaria del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. La Ley 210/2015 derogó la Ley 198/1979 que seguía el modelo de la LH española de 1944-1946. No obstante, debemos mencionar que la LH de 198/1979 representó un paso importante hacia el desarrollo del Derecho hipotecario en Puerto Rico y a través de ésta se derogada la antigua Ley Hipotecaria para las Provincias de Ultramar que aplicaba las leyes hipotecarias para Cuba, Puerto Rico y Filipinas e imponía un régimen inmobiliario conforme al CC español.

## **2. La Hipoteca en Puerto Rico**

La hipoteca es un contrato que se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación en el cual la cosa hipotecada permanece bajo la propiedad del que la hipoteca (“deudor”) manteniendo éste la libre disposición del bien hipotecado o hallándose legalmente autorizado para disponer del bien hipotecado. El CC de Puerto Rico establece que la hipoteca es un derecho real de garantía que puede constituirse sobre bienes inmuebles<sup>17</sup> que continúan en poder del deudor o de un tercero, para asegurar toda clase de obligaciones. (art. 1.011 del CC de Puerto Rico de 202018) La obligación asegurada mediante una hipoteca cubre el principal y los intereses, o al menos en parte la cantidad a cobrar por concepto de intereses. En Puerto Rico es requisito indispensable que el contrato de hipoteca se constituya en escritura pública y se inscriba en el Registro de la Propiedad ya que el crédito que garantiza

---

<sup>16</sup> RIVERA RIVERA, LUIS RAFAEL, *op. cit.* p. 27.

<sup>17</sup> En Puerto Rico serán hipotecables: los derechos inscribibles y enajenables, el usufructo, la nuda propiedad, los bienes o derechos anteriormente hipotecados, el derecho de superficie, el derecho de arrendamiento inscrito, las concesiones administrativas y aquellos derechos comprendidos en contratos de alianzas público privadas susceptibles a inscribirse, los bienes vendidos con pacto de retro, el derecho de retracto convencional, los bienes litigiosos, los bienes sujetos a condiciones resolutorias que consten inscritos en el Registro de la Propiedad, el edificio u obra construida en suelo ajeno pero sin perjuicio del derecho del propietario del terreno y entendiéndose sujeto a tal gravamen solamente el derecho que el mismo que edificó tenga sobre lo edificado, los apartamentos de un edificio bajo el régimen de propiedad horizontal y las unidades de vivienda integrantes de un inmueble sometido al régimen de vivienda de cooperativa de titulares. (art. 59 LH de Puerto Rico). En cambio, no son hipotecables: las servidumbres prediales a menos que éstas se hipotequen, conjuntamente, con el predio dominante, sobre los usufructos legales, excepto el concedido al cónyuge viudo por el Código Civil de Puerto Rico, el uso y la habitación, y los bienes y derechos que no estén incluidos en el art. 59 de la LH de Puerto Rico. (art. 60 LH de Puerto Rico).

<sup>18</sup> *Vid.* art. 1.773 del CC de Puerto Rico de 1930.

una escritura de hipoteca que no conste inscrita en el Registro de la Propiedad es tan sólo un crédito personal.<sup>19</sup> (art. 1.014 del CC de Puerto Rico de 2020)

La constitución de una hipoteca es un acto de disposición, que supone el nacimiento de un gravamen actual y a la misma vez supone una disposición futura, lo anterior en caso de que llegue a realizarse el valor de la finca hipotecada para dar cumplimiento a la obligación asegurada. En la escritura e inscripción de la hipoteca debe constar la causa, la cantidad y el vencimiento de la obligación garantizada. La causa será principalmente un préstamo, un crédito o un reconocimiento de deuda. La cantidad es el importe de la obligación garantizada y el vencimiento es la fecha o el plazo máximo de duración.<sup>21</sup> Si existe escritura pública pero falta la inscripción el acreedor no tendrá derecho real alguno y no podrá servirse de los procedimientos especiales de protección del crédito hipotecario.

La hipoteca se extiende a las accesiones naturales, a las mejoras, a los frutos pendientes, a las rentas no percibidas al vencer la obligación y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al deudor por los aseguradores de los bienes hipotecados. El crédito hipotecario que surge de un contrato de hipoteca puede ser enajenado o cedido a un tercero en todo o en parte, conforme a las formalidades que exige la ley. (art. 1.015 del CC de Puerto Rico de 2022)

Por tanto, la hipoteca es un derecho real de garantía que vincula o sujeta inmuebles al cumplimiento de una obligación y permite al acreedor hipotecario obtener un derecho de realización del valor con eficacia *erga omnes* y con preferencia sobre cualquier otro acreedor.<sup>23</sup>

En un contrato de hipoteca pueden existir varios acreedores, lo que se conoce como pluralidad de acreedores, en cuyo caso es necesario especificar la participación que en el crédito corresponde a cada uno de los acreedores y si la misma es mancomunada o solidaria. (art. 1.092 y art. 1.096 del CC de Puerto Rico de 2020)<sup>24</sup> Si el crédito es mancomunado debe determinarse la participación que corresponde a cada acreedor, pero si el crédito es solidario basta con así especificarlo sin necesidad de expresar las cuotas en que se halla

---

19 Rosario Pérez vs. Registrador, 115 DPR 491 (1984).

20 *Vid.* art. 1.776 del CC de Puerto Rico de 1930.

21 DE LA CÁMARA GARCÍA, FERNANDO, Las garantías reales en la contratación bancaria: La hipoteca mobiliaria e inmobiliaria, octubre 2007, pp. 1181-1251, <http://vlex.com/vid/39087330>. <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/garantias-hipoteca-mobiliaria-inmobiliaria-39087330>. (consulta 17 de abril de 2021).

22 *Vid.* art. 1.777 del CC de Puerto Rico de 1930.

23 DÍEZ-PICAZO, LUIS, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo II, Madrid (1978), p. 71.

24 *Vid.* art. 1.090 y art. 1.093 del CC de Puerto Rico de 1930.

dividido el crédito. El contrato de hipoteca no asegura intereses si ello no se pacta expresamente en la escritura.

Cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un sólo crédito debe determinarse la cantidad o parte del gravamen al que cada una deba responder. (art. 71 de la LH de Puerto Rico) De lo contrario, cada una de las fincas hipotecadas responderá de la totalidad de la suma asegurada, que es lo que se conoce como hipoteca solidaria y en dicho caso sobre cada una de las fincas penderá la amenaza de ejecución si no se paga el crédito asegurado. Es por eso, que se dice que la distribución de responsabilidad es ineludible y no admite renuncia ni estipulación alguna en contrario, por razones de interés público y para evitar el fraude.<sup>25</sup>

En general en una escritura de hipoteca en Puerto Rico se indica: que el deudor hipotecario es dueño de la propiedad o finca a ser hipotecada, en el acto de otorgar la Escritura de Hipoteca se constituye un documento escrito denominado como “pagaré” en el cual se indica la cantidad que el acreedor hipotecario presta al deudor y los intereses que devengará el préstamo hasta el saldo total de la cantidad prestada. Dicho pagaré deberá ser pagadero a la orden del acreedor hipotecario o al portador, el pago de la cantidad prestada se hará en plazos mensuales que incluyen tanto el principal como los intereses indicando que dichos pagos comenzarán en una fecha determinada hasta el pago total de la deuda. En la Escritura de Hipoteca se identifica tanto al deudor como al acreedor hipotecario, se describe la finca hipotecada junto con sus cargas y gravámenes, se incluye el balance de cancelación de los gravámenes previos y se relaciona el pagaré emitido con el número de testimonio del Notario Público ante el cual se constituye la Escritura de hipoteca y el pagaré.

### **3. La Ley Hipotecaria española y su aplicación en Puerto Rico**

#### **3.1 España**

GONZALO DE LAS CASAS, expresaba que la historia de la legislación hipotecaria de España se divide en tres periodos. El primer periodo comienza desde el Fuero Juzgo hasta las Partidas, periodo en el cual la propiedad inmueble no podía constituirse ni desarrollarse verdaderamente, unas veces por la invasión de los godos y otras por las continuas luchas de la reconquista. El segundo periodo, incluye desde las Partidas hasta el siglo XVI, ya en esta época en el año 1539 se le daba mayor importancia a la hipoteca en lugar de la prenda. Y el

---

<sup>25</sup> ROCA SASTRE, Derecho Hipotecario, Tomo VIII, 8ª ed., Barcelona (1998), p. 217.



tercer periodo, que comienza desde el siglo XVI hasta la nobilísima ley. En este tercer periodo la propiedad agrícola se constituyó definitivamente y el legislador otorgó más garantías. Dichas garantías eran el principal objeto de las pragmáticas de los monarcas de aquella época en España, garantías que reflejaban las nuevas tendencias, las nuevas necesidades de los pueblos, el resultado de la reforma política y el resultado de las leyes de desamortización civil y eclesiástica. Cabe destacar que en este periodo para el año 1539, Don Carlos y Doña Juana, habían establecido registros para las hipotecas en Toledo. Por lo que, puede decirse que fue en el año 1539 que en España se introdujo el sistema de publicidad de las hipotecas.

En el caso de España, se decía que el proyecto de la reforma de la Ley Hipotecaria (en adelante LH de España) era reclamado con unanimidad por todos los jurisconsultos, por la experiencia de medio siglo y por la necesidad reconocida de asentar el crédito territorial sobre la propiedad del suelo.

El primer intento legislativo para reformar el sistema inmobiliario español aparece con el proyecto de Código Civil (en adelante CC) del año 1836 que, si bien fue aprobado por el Gobierno de España y sometido a la deliberación de las Cortes con fecha de 16 de noviembre de 1836, el mismo no llegó a discutirse. El proyecto del CC español del año 1836 se limitó a regular el derecho real de hipoteca y los Registros u oficios de hipotecas estableciendo el cargo de Conservadores.

Luego, la Comisión General de Codificación creada por Real Decreto de 19 de agosto de 1843, elaboró un proyecto de Ley de Bases del Código Civil dedicando tres Bases, la 50, 51 y 52 al régimen hipotecario. Pero no fue hasta el 11 de abril de 1849, mediante Real Orden circular del Ministro de Gracia y Justicia que se reconoce en España la necesidad de una reforma hipotecaria. En principio dicha reforma de la LH se remitió a la época en que se publicaría el CC español. No obstante, la LH de España se publicó antes que el CC debido a la premura con la cual se quería dar movilidad al crédito territorial y por las presiones que ejercía la clase económica dominante de aquella época.

El objeto de la LH en España era movilizar el crédito territorial, se entendía que lo esencial era que el Registro de la Propiedad diera a conocer las fincas gravadas y el importe de los gravámenes, sin que fuese absolutamente necesario que se designaran las personas que tienen derechos a exigir el cumplimiento de la obligación garantizada, ya que ello se podía acreditar en el Juzgado cuando fuese promovida la realización del crédito a través de la venta forzosa del inmueble hipotecado. Y en medio de este debate, había necesidad por parte de los capitalistas de prestar dinero con garantía hipotecaria. Se apostaba a que era seguro que la

reforma de la LH combinada con una tasa de interés flexible, mejoría las condiciones existentes de aquel momento. Y es que, además, para darle vitalidad y vigorosidad al crédito territorial (ahora crédito hipotecario) era preciso añadirle a la hipoteca una doble garantía - la acción real y personal al acreedor - puesto que con el censo reservativo que se utilizaba en aquella época, sólo se producía a favor del acreedor la acción real y únicamente sobre la finca gravada. Bajo el censo reservativo, la acción personal era admisible para el pago de las pensiones atrasadas y de los daños e intereses cuando hubiere lugar a ellos. Por tanto, no había duda de que la acción hipotecaria tenía que ser real. La necesidad de afianzar el crédito territorial no consentía implicar al acreedor hipotecario en pleitos, sino que exigía una acción expeditiva y directa contra los bienes del obligado.

Luego a través del Real Decreto de 8 de agosto de 1855, se nombró una Comisión para que redactara una Ley Hipotecaria o de “Aseguramiento de la Propiedad Territorial,” pero la misma quedó disuelta. Según reflejan los datos históricos, el Gobierno de España del año 1855 decidió emprender la reforma hipotecaria impulsado por razones de carácter económico. El propósito de la LH era atraer capitales hacia la agricultura, favorecer y desarrollar el crédito territorial. Por lo que, puede decirse que la LH se ordenó para garantizar la propiedad inmobiliaria, fomentar el crédito territorial, promover la circulación de la riqueza, moderar el interés del dinero a ser prestado, facilitar la adquisición de una propiedad inmueble y para dar seguridad a los que prestan dinero. Consecuentemente, el Gobierno español en su propósito de lograr una reforma de la LH emite el Real Decreto de 8 de agosto de 1855, que establece que se dedique con preferencia la formulación de un proyecto de LH para presentarlo a las Cortes Constituyentes y a esos efectos el 10 de agosto de 1855, se consignan los principios que debían incluirse en la futura LH. Pero no fue hasta el Real Decreto de 1 de octubre de 1856, que se aprobó en España el proyecto de Ley Hipotecaria que fue elevado al Gobierno y más tarde aprobado por las Cortes y publicado como Ley el 8 de febrero de 1861. Dicha Comisión elevó al Gobierno de España el proyecto del Reglamento para la ejecución de la LH que fue aprobado el 21 de junio del mismo año. La Exposición de Motivos de la LH fue escrita por Pedro Gómez de la Serna.

La reforma de la LH debía ofrecer una estabilidad mayor, para brindar confianza a los prestamistas, quienes estaban atemorizados con el espectáculo de los procesos para la realización del crédito que sobre los bienes inmuebles se habían dado con ocasión del sistema hipotecario previo a la reforma de 1861. Para acabar con la incertidumbre que presentaban los procedimientos para la realización del crédito, vemos como en los motivos y fundamentos de la LH de 8 de febrero de 1861 se expresaba que:

“Con sobrado motivo se decía que nuestras leyes hipotecarias están condenadas por la ciencia y por la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales. En esta situación, añadía el Gobierno que la reforma era urgente e indispensable para la creación de Bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos en la cosa, para poner límites a la mala fe, y para liberar al propietario del yugo de usureros despiadados.”

Así las cosas, el 13 de marzo de 1869, el Ministerio de Gracia y Justicia a través de Don Antonio Romero Ortiz, presentó a las Cortes Constituyentes el proyecto de reforma de la LH de España. La Ley de 8 de febrero de 1861 reformó la antigua legislación hipotecaria que regía en España. A través de la LH de 1861 se aceptó el sistema de publicidad y especialidad de las hipotecas debido al éxito que había tenido este sistema en otros países, así con la inscripción de los bienes inmuebles se implementó en España el principio de la publicidad y especialidad de todos los derechos sobre la propiedad inmueble. Con ello nos encontramos ante el origen de los cimientos del crédito territorial. Todo esto bajo la premisa de que era necesario para que la agricultura, como principal fuente de riqueza, saliera del estado de decaimiento en la cual se encontraba. Entretanto continuaban creciendo los deseos y la necesidad de establecer el crédito territorial y el 29 de mayo de 1868 se autorizó al Gobierno español para plantear la LH sobre las bases más convenientes a los intereses de España. Esta vez se modificó la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) y la LH de España. Estos cambios se hicieron para propósitos de crear un Banco único de crédito territorial, pero en ese estado se hallaba LH cuando ocurrió la revolución de septiembre.

Luego en el año 1909 se reformó todo el sistema hipotecario de España. No obstante, CAMPUZANO Y HORMA comenta que se había dejado intacto el sentido arcaico de la primitiva LH de 1861, a pesar de que para el año 1909 ya eran conocidas las leyes prusianas de 1872, el vigente Código alemán, el Acta de Torrens y aún el Código suizo, tan sencillo, moderno y asequible al temperamento latino. CAMPUZANO Y HORMA, argumentaba que dejar algunos aspectos en la LH sin cambio era un fenómeno que sólo se explicaba por el exagerado respeto de hacer de la LH un tabú inabordable. En la época de la publicación de la LH de 1861 era comprensible la resistencia al cambio debido a sus hondas novedades, pero ya para el año 1909 dicha resistencia era insostenible ante los progresos de la técnica jurídica y las exigencias económicas y sociales. Con la reforma de la LH de 1909 se introdujeron

modificaciones y novedades importantes entre las cuales se encuentran la llamada hipoteca de máximo, a las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de créditos y dio nueva regulación a las hipotecas en garantía de títulos endosables al portador. Sin embargo, la reforma de 1909 no resolvió los problemas a que se enfrentaba el sistema hipotecario desde que fue establecido por la LH de 1861. Para esa fecha más del 60% de la propiedad inmobiliaria en España se encontraba sin inscribir en el Registro de la Propiedad. Es por eso, que, entendemos que fue precisamente la reforma de 1909 la que agilizó la inscripción de las hipotecas en el Registro de la Propiedad, modificó el procedimiento de liberación de cargas y gravámenes y estableció un procedimiento judicial sumario para hacer efectivos los créditos hipotecarios.

La reforma de la LH del año 1909 fue bien recibida, primero porque luego de la publicación del CC había normas dispersas y variadas que afectaban el sistema hipotecario que exigían adaptar la LH para evitar disposiciones contradictorias, y segundo, porque debido al tiempo transcurrido desde la última reforma ya se tenía experiencia con los fallos del sistema y se podían implantar reformas.

La LH de España fue reformada nuevamente en el año 1944, con el propósito de lograr mayor eficacia. Para lograr que el sistema registral español fuese más eficaz era necesario conceder mayor protección a los derechos inmobiliarios inscritos y mayor facilidad para mantener de forma paralela la realidad jurídica con la realidad registral. Se pretendía eliminar del Registro de la Propiedad numerosas cargas que entorpecían la contratación. Con la reforma de la LH del año 1944 se reformó el procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca y se reformó el Reglamento Hipotecario mediante el Real Decreto de 17 de marzo de 1959. Entre las novedades más importantes incluidas al Reglamento modificado del año 1947, se encuentran las cláusulas de estabilización de valor de los préstamos hipotecarios. Así las cosas, luego de la crisis económica de 2008 España ha tenido que reformar su LH a través de varias legislaciones que estaremos discutiendo en los próximos capítulos de esta tesis.

### **3.2 Puerto Rico**

En relación con Puerto Rico, como trasfondo de este trabajo presentaré brevemente la historia de la legislación hipotecaria desde sus inicios cuando la Isla de Puerto Rico era considerada un territorio de Ultramar de España. Bajo el régimen español en Puerto Rico se observó con especial énfasis el desarrollo del crédito territorial y sobre esta materia, el

Derecho utilizado en Puerto Rico era igual al Derecho promulgado en la Península de España.

La historia nos relata que el 16 de abril de 1783, en España se ordenó el establecimiento de Oficios de Hipotecas en todas las cabezas de partido. Para lograr esta encomienda se delegó en las Audiencias, para que estas a su vez, establecieran las disposiciones complementarias que se necesitaban para el establecimiento de los Oficios de Hipotecas. A través de la Real Cédula de 9 de mayo de 1778, se dispuso que, en todos los dominios de Ultramar se anotaran en los Oficios de Hipotecas todas las escrituras de actos o contratos que afectaban la propiedad tales como: las hipotecas, los censos, los vínculos, las redenciones y los trasposos, entre otros. Para el desempeño de este encargo, la Pretorial de México circuló en el año 1784 una Instrucción que consignaba las funciones de los Anotadores de hipotecas. Dicha Instrucción fue aprobada y se circuló a las demás Provincias ultramarinas mediante la Real Cédula de 25 de agosto de 1802. Por lo que, en Puerto Rico rigieron las Reales Ordenes de los años 1778, 1784 y 1802, habiéndose comenzado a organizar el régimen hipotecario a partir del 16 de enero de 1838 y 22 de diciembre de 1854.

La LH de Puerto Rico tiene su origen en la LH de España. En principio, a través del Real Decreto de 6 de diciembre de 1878 y 16 de mayo de 1879, se dispuso que la LH vigente en la Península, se publicara en la Provincia de Puerto Rico y en la Isla de Cuba respectivamente con las modificaciones propuestas por la Comisión y que una y otra empezaran a regir el 1 de enero de 1880. Luego esta disposición fue modificada por el Real Decreto de 19 de diciembre de 1879, que determinó que empezara a regir la LH de España el 1 de mayo de 1880. Por su parte, el Reglamento para la ejecución de la LH en Puerto Rico fue aprobado en 28 de febrero de 1879.

Al implementar las disposiciones antes mencionadas, se observa que no fue hasta el 1 de julio de 1893, que el contenido de la LH de España se vuelca con leves variantes en la llamada Ley Hipotecaria de Ultramar aplicada directamente en Cuba, Puerto Rico y Filipinas. En relación con Puerto Rico fue el 16 de noviembre de 1878, a través del Ministerio de Ultramar que se decretó en España la Ley Hipotecaria para la Provincia de Puerto Rico, que denominaré como la LH de Puerto Rico. Esta ley proviene a su vez del Real Decreto de 8 de septiembre de 1855, con el cual se estableció la LH de España puesto que en aquella época se entendía, de forma general, que las reformas de orden civil y económico de más interés y urgencia eran las leyes hipotecarias.

Como dato histórico, es importante mencionar que, para la última década de los años 1800, Cuba y Puerto Rico como provincias de España alcanzaron un importante desarrollo

económico. Dichas provincias basaban su economía en la agricultura, esencialmente en el azúcar de caña, el café y el tabaco. En aquella época Cuba se convirtió en la primera productora de azúcar del mundo, y por su parte, en Puerto Rico la agricultura fue un factor esencial en la economía y desarrollo de la Isla. Por tanto, la agricultura fue el punto de partida para el estudio de la propiedad inmueble y el desarrollo del crédito territorial en Puerto Rico.

La Exposición realizada por el Ministerio de Ultramar, el 6 de diciembre de 1878, señalaba lo siguiente:

“En Puerto Rico, lo mismo que en la Península, la Ley Hipotecaria, descartada del cúmulo de disposiciones incoherentes del antiguo sistema, ofrecerá a la propiedad territorial medios suficientes de atraer los capitales que son indispensables a su desenvolvimiento. La agricultura, que hoy languidece en aquella zona, llegará, al amparo de esta ley, al grado de desarrollo que reclama su importancia, sumando sus naturales fuerzas con las que facilita el progreso de la ciencia. Recursos tan costosos están sólo al alcance del crédito territorial, que crea una buena legislación hipotecaria, única garantía segura de los fondos que a tales empresas se consagren.”

El art. 1 del Real Decreto que promulgó la LH de Puerto Rico establecía que la LH de 21 de diciembre de 1869, vigente en la Península de España, se publicará en Puerto Rico con algunas modificaciones propuestas por la Comisión y la misma empezará a regir a partir del 1 de enero de 1880. Por lo que, en el año 1880 entró en vigor en Puerto Rico la LH de España y con ella el Registro de la Propiedad. Con el establecimiento de la LH de Puerto Rico se establecieron mecanismos elaborados y eficientes para movilizar el crédito territorial creando nuevas presiones e intereses sobre la titularidad de la propiedad. Uno de los principales propósitos de la LH de Puerto Rico - y sigue siendo el mismo hoy - fue dotar de una protección real a los proveedores del capital, consistente en garantizarle a éstos la ejecución en pública subasta, en caso de incumplimiento por los deudores, de aquellos terrenos ofrecidos en garantía del pago de los empréstitos. Para darle efectividad a ese crédito territorial, era indispensable crear un sistema de registro de títulos en el cual se pudiera confiar. La LH de Puerto Rico complementó ese cometido por una doble vía, por un lado, estimuló la inscripción de los títulos pues de lo contrario se dificultaba la adquisición de los préstamos y, por otro lado, le otorgó una eficacia extraordinaria a la inscripción de títulos en tanto protegía de forma inexpugnable a todo aquel que adquiriera título oneroso o derechos sobre los inmuebles de buena fe y de quien aparecía como titular inscrito en el Registro de la Propiedad.

Además, la LH de Puerto Rico en su Exposición indicaba que:

“...la idea del Gobierno español de llevar a las Antillas la legislación de la Madre Patria respetó, en general, el sistema hipotecario que tiene por base la publicidad y la especialidad de las hipotecas, y por fin, asentar el crédito territorial en la seguridad de las mismas, para el pago de lo ofrecido con su garantía, sistema que aceptado por la Comisión de Códigos en su proyecto de Ley Hipotecaria de 1860, comenzó a regir a los dos años y se práctica desde entonces con éxito en la Península.”

La Ley Hipotecaria de Ultramar del año 1878 posteriormente fue sustituida por la Ley promulgada el 14 de julio de 1893, que unificó todas las leyes hipotecarias de Ultramar e instituyó formalmente la Sección de los Registros y del Notariado. Dicho órgano fue el encargado de redactar la Resolución de 15 de enero de 1898, sobre las garantías de la cédula hipotecaria y la naturaleza de las compañías de crédito territorial. Con la creación del Registro de la Propiedad se inscribieron los títulos traslativos o declarativos de dominio y los títulos de los derechos reales. De este modo el dominio y los derechos reales sobre inmuebles pasó a ser público y reflejaba la realidad de la situación del bien inmueble, en cada momento. Y sobre dicha realidad registral podían prestar confiadamente los acreedores hipotecarios. Todo ello bajo el principio de que lo no inscrito, no perjudicará a tercero.

Una década tras la promulgación de la LH de Puerto Rico, España aprobó la extensión del CC español a Puerto Rico, Cuba y Filipinas, y el mismo entró en vigor el 1 de enero de 1890. En su preámbulo, el Real Decreto de 31 de julio de 1889 señalaba que:

“Ni en las Antillas ni en Filipinas hay derecho civil peculiar y diferente del que rigió en la Península, ni la organización de la familia y de la propiedad en aquellas lejanas provincias demanda especialidad alguna de reglas para una vida que en lo privado se desenvuelve lo mismo que en el resto de la Nación, porque aquellos pueblos que tienen su sentido propio, y en algo distinto, del pueblo español, se acomodan desde luego en sus relaciones civiles a las leyes que allí llevaron nuestros conquistadores y misioneros, que eran las mismas de su propia patria española.”

En el año 1898 España pierde la guerra Hispanoamericana frente a los EE. UU. y como resultado de esa guerra, España pierde a Cuba, la base oriental de las Filipinas y Puerto Rico. Para ese entonces año 1899, el Ministro de Guerra norteamericano, Elihu Root, al rendir cuentas de los sucesos relativos a su ministerio aconsejó que se siguiera el ejemplo de los ingleses en Quebec a mediados del siglo XVIII y de los norteamericanos en Luisiana a inicios del siglo XIX. En ambos lugares el conquistador impuso su Derecho público y procesal, pero dejó vigente lo esencial del Derecho privado. El Ministro de Guerra Root afirmaba que el

Derecho español vigente en Puerto Rico a fines del siglo XIX era occidental, de corte económico liberal y que no se justificaba descartarlo. El control político no requería descartar el CC o la LH.

Como puede observarse, los últimos años de dominación española fueron extraordinariamente importantes para el Derecho puertorriqueño. Luego en 1902 cuando el CC de Puerto Rico fue revisado bajo la nueva soberanía de EE. UU., se le insertó el art. 351 - sacado del Código Civil de Luisiana - equivalente al art. 276 del CC de Puerto Rico de 1930 y actualmente al art. 243 del CC de Puerto Rico de 2020 que reitera que:

“Los individuos tienen la libre disposición de la propiedad que legítimamente hubiesen adquirido, sin más restricciones que las establecidas por este Código.”

El estudio del crédito territorial es importante debido a que dicho crédito admitió y permitió la utilización de la propiedad inmueble como garantía. El capital obtenido con las operaciones crediticias sobre bienes inmuebles se reinvertió en la tierra, de manera que fue el cultivo de la tierra y su producto lo que proporcionó el rendimiento necesario para hacer frente a la devolución de los capitales prestados. El crédito territorial fue, por lo tanto, el motor del desarrollo de la agricultura y la economía. No obstante, no podía admitirse cualquier derecho real que funcionara como garantía del crédito. Si bien algunos derechos reales de garantía estaban extendidos por los territorios de ultramar, como los censos o la compraventa a carta de gracia, ninguno de ellos reunía los requisitos necesarios para poder asegurar la propiedad suficientemente, ni tenían medios para dar certeza al dominio. Se pensó que la hipoteca era la única institución jurídica que una vez convenientemente regulada podía reunir los requisitos necesarios para promover la captación de capitales. El crédito con garantía hipotecaria debía tener también unas características determinadas, tales como: realizarse a un bajo interés y tener una amortización dilatada en el tiempo. Es decir, para beneficiar al mayor número de agricultores se estableció una generalización del crédito territorial que aumentaría el rendimiento de los inmuebles rurales y urbanos para que las condiciones del préstamo se ajustaran a las posibilidades y necesidades de los terratenientes. La amortización dilatada en el tiempo era algo consustancial al crédito territorial ya que la devolución del dinero prestado a un agricultor dependía directamente del rendimiento de sus tierras. Si el rendimiento de las tierras y el cultivo era lento y dilatado en el tiempo, el terrateniente no tenía otra opción más que reinvertir la cantidad obtenida producto del cultivo



de sus tierras, para continuar y/o aumentar la producción de sus tierras y poder así pagar el préstamo sin que le ejecutaran el inmueble utilizado como garantía.

#### **4. El Registro de la Propiedad: España y Puerto Rico**

Los sistemas registrales son conjuntos de normas que en cada ordenamiento jurídico regulan la publicidad de los derechos reales sobre bienes inmuebles a través del Registro de la Propiedad.<sup>26</sup> En los últimos años del siglo XVIII y todo el siglo XIX el orden legislativo se caracterizó por la tendencia en todos los países de reunir una misma materia en Cuerpos legales sistemáticos u orgánicos lo que conocemos hoy día como Códigos, tal actividad codificadora en orden al Derecho inmobiliario tuvo la importante encomienda de establecer los principios de publicidad y especialidad de las hipotecas en los Registros de la Propiedad.<sup>27</sup>

En Puerto Rico para el estudio del sistema registral se utiliza la doctrina española<sup>28</sup> y en lo referente a este trabajo comentaremos el criterio más importante del Registro de la Propiedad: la publicidad

##### **4.1 Inscripción constitutiva**

Según hemos mencionado, la hipoteca es de naturaleza constitutiva, para que la misma sea válida y efectiva es indispensable su otorgamiento mediante escritura pública, como también su inscripción en el Registro de la Propiedad. La mera presentación de la Escritura de Hipoteca en el Registro no satisface las exigencias de este requisito. La hipoteca no surte efectos jurídicos mientras no haya superado los rigores de la calificación del Registrador y éste verifique la escritura ante su consideración de manera que la hipoteca cumpla con todos los requisitos de la LH. Por tanto, la inscripción constitutiva de la hipoteca hace que el derecho real nazca en el Registro de la Propiedad.

---

26 RIVERA RIVERA, LUIS RAFAEL, *op. cit.* p. 29.

27 CAMPUZANO Y HORMA, FERNANDO, Principios Generales del Derecho Inmobiliario y Legislación Hipotecaria, Instituto 2da Edición Tomo II, Editorial Reus, Madrid (1941), p. 321.

28 RIVERA RIVERA, LUIS RAFAEL, *op. cit.* pp. 35-36. “El nombre que trata la publicidad inmobiliaria a través de la institución del Registro de la Propiedad ha evolucionado. Roca Sastre y Hernández Gil han denominado esta materia del derecho como Derecho Hipotecario, nombre que obedece al título de la ley que originalmente regulaba esta materia. De esta manera la expresión Derecho hipotecario tiene una aceptación amplia equivalente a Derecho registral inmobiliario. También se ha hablado de Derecho Inmobiliario Registral pues en 1945 Ignacio de Casso se refería a un Derecho Inmobiliario Registral.”

Cuando se habla del principio de inscripción se quiere aludir al valor y los derechos de la inscripción en cuanto a la existencia del derecho real.<sup>29</sup> Citando a CHICO Y ORTIZ, quien explica la inscripción constitutiva de la siguiente forma:

“La inscripción es constitutiva cuando se exige como requisito necesario o *sine qua non* para que la transmisión del dominio de inmuebles o la constitución o transmisión de un derecho real inmobiliario se produzca. La inscripción es declarativa cuando la misma no es necesaria para que dichos actos se produzcan, asumiendo el valor de simple medio exteriorizador de una transferencia o gravamen ya operado.”<sup>30</sup>

Debe destacarse que la legislación española separó del CC la materia relativa a las hipotecas. El CC de España<sup>31</sup> establece como requisito necesario para la constitución válida del derecho de hipoteca, la inscripción en el Registro de la Propiedad del documento que constituye la hipoteca. (art. 1.875 del CC de España)

El jurista español ROCA SASTRE, indica que la legislación hipotecaria ha reforzado, robustecido o consolidado la hipoteca al establecer la inscripción como constitutiva:

“La inscripción carece, pues, de valor como factor operativo de la transferencia ya efectuada al complementar la tradición el contrato de finalidad traslativa. La inscripción se limita a exteriorizar o publicar una transmisión anteriormente efectuada en virtud del modo de adquirir la propiedad por negocio jurídico que regula el Derecho civil puro, sin perjuicio, naturalmente, como ya se ha dicho, del refuerzo o robustecimiento que la inscripción registral significa en orden a los principios de legitimación y de fe pública registral, y de que principalmente en materia de hipotecas la inscripción sea constitutiva.”<sup>32</sup>

Además, la inscripción del derecho de hipoteca hace que la misma sea oponible contra terceros, incluidos los acreedores en caso de concurrencia de créditos. Por ello, la afirmación de que la inscripción de la hipoteca tiene carácter constitutivo sólo es correcta si está se refiere a la oponibilidad frente a terceros del derecho de hipoteca, no a la validez del contrato.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> *Ibid.* p. 40.

<sup>30</sup> CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA, Estudios sobre Derecho Hipotecario, Tomo I, 3ra Ed. (1994), p. 213.

<sup>31</sup> En cuanto a la hipoteca el CC de España también requiere que la hipoteca se inscriba para resolver los casos de doble venta de inmuebles a favor del titular que antes haya inscrito en el Registro (art. 1.473 del CC de España).

<sup>32</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN M.<sup>a</sup> y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, Derecho Hipotecario, Tomo I, 8va Ed. (1995), p. 309.

<sup>33</sup> CARRASCO PERERA, ÁNGEL, CORDERO LOBATO, ENCARNA y MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS, Tratado de los Derechos de Garantía, Tomo I, 3ra Ed. Thompson Reuters Aranzadi (2015), p. 678.

La inscripción constitutiva<sup>34</sup> se ha considerado como el logro de un perfecto sistema de publicidad de los negocios inmobiliarios en armonía con la necesaria movilización de los valores territoriales.<sup>35</sup> Ofrece plena protección a los terceros y concede a la inscripción el carácter de constitutiva que parte de la idea de que el simple consentimiento de las partes es insuficiente para transmitir el dominio o provocar una modificación de carácter real.<sup>36</sup>

Para poder inscribir la hipoteca o cualquier otro derecho inscribible en el Registro de la Propiedad, el principio de rogación requiere que la parte interesada inicie el procedimiento registral. Al presentar dichos derechos en el Registro de la Propiedad se creará un asiento de presentación. En dicho asiento se hará constar la fecha y hora en que se presentaron dichos documentos. Tal fecha es decisiva para la preferencia exclusiva o de superioridad de rango del derecho presentado y para determinar el momento en el que el derecho inscrito afectará a terceros. En *Rigores vs. Registrador*,<sup>37</sup> el TS de Puerto Rico hizo constar que la fecha de inscripción de un título en el Registro de la Propiedad se retrotrae al momento de la presentación. Es decir, la fecha de inscripción de un título es la fecha en que se presentaron los documentos ante el Registro de la Propiedad.

La inscripción registral constituye un medio de publicidad del derecho real, y con ello se pretende evitar las hipotecas ocultas o desconocidas.

#### **4.2 Especialidad o determinación**

En cuanto a la especialidad o determinación se debe tener en cuenta que la hipoteca no solo ha de aparecer inscrita en el Registro de la Propiedad, sino que debe encontrarse perfectamente descrito el bien inmueble sobre el que recae la hipoteca, impidiéndose con ello la inscripción de hipotecas generales.

El principio de especialidad o de determinación está relacionado con el carácter constitutivo de la hipoteca mediante la inscripción registral, ya que este principio exige una perfecta determinación del contenido de lo publicado en el Registro de la Propiedad. (arts. 12 y 119 LH de Puerto Rico y art. 216 et seq. RH de Puerto Rico)

---

Estos autores citan a los tratadistas Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill, *Derecho Hipotecario*, Tomo I p. 190-192, Tomo III pp. 1, 18-23 y Tomo VII pp. 525-528.

<sup>34</sup> El sistema registral de inscripción constitutiva también se le conoce como el sistema alemán.

<sup>35</sup> RIVERA RIVERA, LUIS RAFAEL, *op. cit.* p. 30.

<sup>36</sup> *Ibid.* p. 31.

<sup>37</sup> *Rigores vs. Registrador*, 165 DPR 710 (2005).

Se trata de un principio de organización registral que para garantizar la eficacia del sistema (oponibilidad y fe pública registral)<sup>38</sup> requiere que queden perfectamente determinados la finca sobre la que recae la hipoteca, el crédito garantizado y la suma por la cual responde la finca hipotecada.<sup>39</sup> Por ejemplo, si se constituye una hipoteca sobre varias fincas, el principio de especialidad atiende la distribución de la responsabilidad y el crédito hipotecario entre las distintas fincas. Este principio no puede ser renunciado ya que burlaría uno de los propósitos del Registro de la Propiedad y la LH.<sup>40</sup> Así también, el principio de determinación desempeña un papel importante en la hipoteca porque a través de la hipoteca se pueden asegurar toda clase de obligaciones, en ese sentido es indispensable que se fije el importe de estas en una cantidad de dinero determinada o que se determine la cantidad máxima de dinero por la cual responderá el bien hipotecado. (art. 147.1 RH de Puerto Rico)

### 4.3 Accesoriedad

El principio de accesoriedad de la hipoteca respecto al crédito garantizado significa que la hipoteca no puede existir de manera independiente, sino que está queda vinculada desde que nace el crédito que garantiza y solo se transmite y extingue con dicho crédito. (arts. 1.857.1, 1.876 y 1.528 CC de España) Este principio impide, lo que la doctrina española llama “*la hipoteca del propietario.*” Es decir, aquella hipoteca que nace sin crédito al que garantizar y para la cual el propietario de la finca hipotecada se reserva la facultad de elegir qué obligación quedará garantizada con la misma.<sup>41</sup> La accesoriedad ofrece matices especiales cuando se trata de una hipoteca en garantía de una obligación condicional o futura, ya que bajo ese tipo de hipoteca suele explicarse que el principal efecto frente a tercero es una “reserva de rango” si el crédito llegará a nacer.<sup>42</sup>

Existe una tendencia hacía la flexibilización de los principios de accesoriedad y determinación. Por ejemplo, en España se han promulgado leyes que han ido abriendo el camino hacia la flexibilización de los principios de accesoriedad y determinación. Primero, a

---

38 RIVERA RIVERA, LUIS RAFAEL, *op. cit.* p. 95. “El legislador puertorriqueño, siguiendo la tradición germánico-española ha dotado al contenido del Registro de una presunción *iuris tantum* de corrección. De esta manera, el tercero que adquiere tras confiar en el Registro de la Propiedad goza de la protección y dicha apariencia se conoce como fe pública registral.”

39 PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> ÁNGELES, Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario, *Rev. Crit. Der. In.*, Núm. 711, enero – febrero 2009, pp. 262-348.

40 Galiñanes Hnos. vs. Registrador, 65 DPR 576 (1946).

41 PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> ÁNGELES, *op. cit.* pp. 262-348.

42 *Ibid.* pp. 262-348.

través de la Ley 2/1994 de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, que introdujo la posibilidad de la subrogación de la posición del acreedor sin el consentimiento del antiguo acreedor y facilitó ciertas modificaciones de hipotecas. Segundo, mediante la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, de reforma a la regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero.

#### **4.4 Publicidad**

Las formas de publicidad desarrolladas en la antigüedad que hoy parecen rudimentarias constituyeron el germen del Registro de la Propiedad y de la figura de la hipoteca.<sup>43</sup> El jurista español AMORÓS GUARDIOLA define el concepto de la publicidad del Derecho civil de la siguiente forma:

“Partiendo de la idea de que la publicidad en general no es otra cosa que la actividad tendente a que algo sea público, lo que equivale a ser manifiesto, conocido o notorio, Díez Picazo señala que cuando se habla de publicidad en el Derecho privado se alude a una fundamental necesidad de que determinados actos o negocios jurídicos entre partes puedan ser conocidos por la comunidad o, por lo menos, que se faciliten los medios para que puedan serlo. La importancia de la publicidad en la constitución y en la transferencia de los derechos reales, en especial cuando recaen sobre bienes inmuebles, es evidente. La mayor o menor seguridad del tráfico está precisamente en función de la publicidad. Toda la evolución histórica de la publicidad inmobiliaria es una lucha por alcanzar la seguridad del tráfico y por superar el secreto o el carácter privado de los actos y negocios relativos a bienes inmuebles hasta alcanzar una publicidad legitimadora o constitutiva.”<sup>44</sup>

Actualmente, en Puerto Rico y según mencionáramos previamente, luego de 36 años de la Ley 198/1979, la Asamblea Legislativa de Puerto Rico aprobó la Ley 210/2015, de 8 de diciembre, Ley del Registro de la Propiedad Inmobiliaria del Estado Libre Asociado de Puerto Rico (en adelante, Ley 210/2015, de 8 de diciembre).<sup>45</sup> En la exposición de motivos de la nueva LH de Puerto Rico, el legislador puertorriqueño comentó que: “en muchos aspectos sustantivos y procesales, la Ley 198/1979 ... no responde a los tiempos y las nuevas formas de hacer negocios que caracterizan el tráfico jurídico de bienes inmuebles en el Puerto Rico del Siglo 21.” La nueva Ley 210/2015, de 8 de diciembre, creó el Registro Inmobiliario

---

43 MORO SERRANO, ANTONIO, Los orígenes de la publicidad inmobiliaria, R.C.D.I., núm. 603, marzo-abril 1991, pp. 535-573.

44 AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL, La teoría de la publicidad registral y su evolución, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid (1998), p. 27.

45 30 LPRA § 6001-6561 (2016).

Digital, mediante el cual se habilitó la inscripción de documentos por la vía electrónica y el acceso a las constancias del Registro Inmobiliario Digital para quienes tengan interés en conocer el estado jurídico de los derechos, actos y contratos relacionados con los bienes inmuebles. La nueva LH de Puerto Rico adoptó un sistema de registro digital denominado *Karibe*, el cual está disponible a través de la internet. Además, la nueva LH de Puerto Rico derogó expresamente varios estatutos que impactan el quehacer del notario puertorriqueño al intervenir en los negocios jurídicos relativos al Derecho Inmobiliario Registral.<sup>46</sup> La nueva LH de Puerto Rico pretende atender la necesidad de redefinir el sistema de registro puertorriqueño mediante el uso de nuevas tecnologías que faciliten el tráfico jurídico, a la vez que resuelve algunas incongruencias sustantivas que agobiaban al público general al momento de hacer negocios.<sup>47</sup>

Aprobada la nueva LH de Puerto Rico vigente desde el 8 de marzo de 2016, no fue hasta el 14 de septiembre de 2016 que se aprobó el Reglamento general para la ejecución de la Ley del Registro de la Propiedad Inmobiliaria del Estado Libre Asociado de Puerto Rico (en adelante Reglamento Núm. 8814).<sup>48</sup>

## **5. El *mortgage* de Estados Unidos de América (EE. UU.)**

### **5.1 Origen de la hipoteca en EE. UU.**

La hipoteca de EE. UU. o *mortgage* no es igual a la hipoteca española o puertorriqueña. En EE. UU. no existe una normativa uniforme que incluya a todas las hipotecas concedidas en cada uno de sus Estados y territorios, de manera que difícilmente el *mortgage* de EE. UU. puede calificarse como una hipoteca norteamericana propiamente. Como característica principal del *mortgage* de EE. UU. se destaca que la misma se utiliza para llevar a cabo la titulización de hipotecas (“*securitization*”), proceso que explicaremos más adelante en esta tesis. Por lo que, puede decirse que las hipotecas en EE. UU. se constituyen para la titulización y cesión en el mercado secundario de hipotecas. La naturaleza jurídica del *mortgage* de EE. UU. es distinta en cada uno de sus Estados y territorios, tanto en cuanto a su constitución, cesión y ejecución. En EE. UU. el Derecho hipotecario es estatal y no federal.

---

46 QUINTANA LLORÉNS, LOURDES I., Análisis Legislativo: El impacto de la nueva Ley Hipotecaria en la función notarial, 86 Rev. Jur. U.P.R. 715, (2017)

47 *Ibid.*

48 *Cfr.* <http://www.justicia.pr.gov/wpcontent/uploads/2016/04/Borrador-de-Reglamento-General-para-la-ejecucion-de-la-Ley-Núm.-210-2015.pdf>. (consulta 2 de mayo de 2021).

Como características del *mortgage* de EE. UU. se pueden mencionar las siguientes: (a) proviene de la *mortgage* inglesa y se comporta jurídicamente como ésta pero entre ambas existen diferencias importantes, (b) se define como la transmisión de un derecho sobre un inmueble en garantía del cumplimiento de una obligación, (c) se constituye de dos formas distintas, *lien theory* que implica la existencia de un derecho de garantía a favor del acreedor (*mortgagee*) sin que exista desplazamiento del deudor (*mortgagor*) del inmueble hipotecado y (d) el *title theory* que implica la transmisión del título.<sup>49</sup> El *mortgage* de EE. UU. consta principalmente de dos partes: el *promissory note*<sup>50</sup> y el *mortgage obligation* o *security interest*.<sup>51</sup>

En EE. UU. cuando un individuo obtiene un préstamo para comprar una propiedad y utiliza dicha propiedad como garantía del préstamo, a esa transacción se le llama *purchase money loan* o *purchase money security interest*.<sup>52</sup> Un *purchase money loan* es el préstamo que se establece a través de la escritura de hipoteca (*Mortgage Deed*) y en dicho documento se indica la fecha, lugar de otorgamiento y los términos y condiciones de la hipoteca. En EE. UU. el préstamo puede adquirirse mediante la financiación a través de un banco, institución

---

49 NASARRE AZNAR, SERGIO, Los años de la crisis de la vivienda. De las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa, Tirant Lo Blanch, Valencia (2020), pp. 103-104.

50 Para más detalles sobre el significado de “Note” *cfr.* [https://www.hud.gov/program\\_offices/housing/sfh/model\\_documents](https://www.hud.gov/program_offices/housing/sfh/model_documents). (consulta 2 de mayo de 2021).

51 Security Instrument means this document, in which the date and place of execution are stated on page number one, together with all Riders to this document executed by the Borrower. *Cfr.* [https://www.hud.gov/program\\_offices/housing/sfh/model\\_documents](https://www.hud.gov/program_offices/housing/sfh/model_documents). (consulta 2 de mayo de 2021).

52 La definición del *purchase money loan* según la sección 9-107 del Uniform Commercial Code es la siguiente: “(a) A security interest in goods [including fixtures] is a “purchase money security interest” to the extent that the collateral (“purchase money collateral”) secures an obligation incurred by an obligor as the price of the collateral or for value given to enable the debtor to acquire rights in the collateral (“purchase money obligation”) if the value is in fact so used.” El término *purchase money loan* también se le denomina como: *purchase money security interest*, *purchase money collateral* o *purchase money obligation*. *Cfr.* Black’s Law Dictionary (9<sup>th</sup> ed. 2009) - A “purchase-money mortgage” is a mortgage that a buyer gives the seller when the property is conveyed to secure the unpaid balance of the purchase price.” El Tribunal de Quiebras para el Distrito Sur de Illinois (United States Bankruptcy Court, S.D. Illinois) en el caso de *In re Short*, 170 B.R. 128 (1994) hace referencia a la definición de *purchase money loan*, citando el caso de *Pristas v. Landaus of Plymouth, Inc.* (*In re Pristas*), 742 F.2d 797, 800 (3d Cir. 1984) e indica que un *purchase money loan* es: “A security interest is a “purchase money security interest” to the extent that it is (a) taken or retained by the seller of the collateral to secure all or part of its price, or (b) taken by a person who by making advances or incurring an obligation gives value to enable the debtor to acquire rights in ... collateral...” *Cfr.* *Purchase Money Mortgage*, Restatement of Law Third, Property Mortgages, The American Law Institute (1997), p. 458. “In real estate transactions, it is common for a vendor of real estate to convey title to the purchaser, receive part of the purchase price in cash, and take back a mortgage on the real estate to secure a promissory note for the balance of the purchase price. Such a mortgage is frequently referred to as a “vendor purchase money mortgage.” In an alternative and more common form of the transaction, third party institutional financing is used to “cash out” the vendor. In this situation, the vendor receives part of the purchase price in cash from the purchaser and the balance in cash form a third party lender who takes the purchaser’s promissory note secured by a mortgage on the purchaser’s newly acquired real estate. This type of mortgage is usually termed a “third party purchase money mortgage. Some land transactions utilize both types of purchase money mortgages.”

financiera o incluso a través de una fuente privada de ingresos que puede ser el vendedor de la propiedad, en cuyo caso se denomina financiación por el propietario.

El pagaré o *promissory note* es el documento que firma el deudor en la misma fecha en que firma la hipoteca y el mismo será pagadero a la orden del acreedor o al portador. En el pagaré se establece la cantidad adeudada más los intereses a una tasa anual. A través del pagaré (*promissory note*) e hipoteca (*security interest*) el deudor se compromete a pagar la deuda del préstamo hipotecario en pagos periódicos regulares y se compromete a pagar la deuda total no más tarde de la fecha que se establezca en la hipoteca (*security interest*).

En EE. UU. para que la hipoteca se convierta en un derecho real de garantía dependerá de las leyes de cada Estado (*real-property recording laws*). En aquellos Estados en donde se permita registrar la hipoteca en los Registro Públicos, el acreedor de la hipoteca estará en riesgo si no se registra la hipoteca, mientras que el pagaré se rige por las disposiciones que establece el *Uniform Commercial Code* (UCC) de EE. UU. Esto quiere decir que el pagaré que forma parte del préstamo hipotecario, a este instrumento sólo le aplican las disposiciones del UCC, por lo que los derechos de los dueños y futuros adquirientes del pagaré no están en riesgo si la hipoteca no se registra. En el año 1999 el art. 9 del UCC fue revisado y dicha revisión produjo una enmienda que fue adoptada en los 50 Estados de EE.UU. entre los años 1999 al 2001.<sup>53</sup> La enmienda estableció que la titularidad de los acreedores y de las personas y entidades que compren un pagaré que se utilizó o formó parte de un préstamo hipotecario, los derechos de dichas personas y entidades estarán protegidos sin que sea necesario ningún tipo de registro o inscripción.<sup>54</sup> Esta disposición del art. 9 del UCC es importante en el contexto de un proceso de ejecución de hipoteca por razón de que la misma

---

53 HUNT, JOHN PATRICK, STANTON, RICHARD and WALLACE, NANCY, *Rebalancing Public and Private in the Law of Mortgage Transfer*, 62 Am. U. L. Rev. 1529 (2013), *vid.* note 10 “We follow convention in calling these amendments the “1999 revisions,” even though they were approved by the membership of the American Law Institute and by the Uniform Law Commissioners in 1998.” *Cfr.* WHITE, JAMES J. and SUMMERS, ROBERT S., *Uniform Commercial Code: Practitioner’s Treatise Series* § 30-1 at 2, 6<sup>th</sup> Ed. 2010. The revisions were adopted in all states by the end of 2001. *Cfr.* MCDONNELL, JULIAN B., *Entering a New Period of Reevaluation*, in *Secured Transactions Under the UCC* § 1A.01, Matthew Bender Ed., 2013, *Vid.* D. FRISCH, *The Recent Amendments to UCC Article 9: Problems and Solutions*, 45 U. Rich. L. Rev. 1009, *op. cit.* note 3 (2011). “Noting that the revised Article 9 went into effect in forty-five states and the District of Columbia by July 1, 2001 and in all fifty states by January 1, 2002.” *Vid.* MCDONNELL, JULIAN B., *Is Revised Article 9 a Little Greedy?* 104 Com. L. J. 241 (1999). “Stating that at least six states had adopted amendments in 1999. Article 3 of the Uniform Commercial Code also contains provisions relevant to transfer of mortgage and note. *Cfr.* Report of the Permanent Editorial Board for the Uniform Commercial Code: *Application of the Uniform Commercial Code to Selected Issues Relating to Mortgage Notes 4-7* (2011) [http://www.uniformlaws.org/Shared/Committees\\_Materials/PEBUCC/PEB\\_Report\\_111411.pdf](http://www.uniformlaws.org/Shared/Committees_Materials/PEBUCC/PEB_Report_111411.pdf). (consulta 2 de mayo de 2021).

54 U.C.C. § 9-203(g), 9-308(e), 9-607(b) (2011). *Vid.* HUNT, JOHN PATRICK, STANTON, RICHARD and WALLACE, NANCY, *Rebalancing Public and Private in the Law of Mortgage Transfer*, 62 Am. U. L. Rev. 1529 (2013). “The UCC and real-property recording statutes thus may give different answers to the question whether the buyer’s ownership interest is protected.”



rige la transferencia del pagaré y dicha transferencia recae sobre quién tiene derecho a ejercer, presentar y solicitar la ejecución hipotecaria.<sup>55</sup>

En EE. UU. a través de los años se ha observado que las disposiciones del UCC y las leyes estatales que regulan la hipoteca interaccionan entre sí. Esta interacción pone de manifiesto que los pagarés que forman parte de los préstamos hipotecarios, no se registran ni en el momento en el cual se origina el préstamo hipotecario, ni después. Por tanto, las disposiciones sobre bienes inmuebles no aplican a los pagarés.<sup>56</sup> En ese sentido, en esta parte del trabajo debemos distinguir algunos términos para comprender mejor el impacto que tiene el UCC sobre los préstamos hipotecarios en Puerto Rico. Por ejemplo, a la persona o entidad que adquiere o compra un pagaré se le denomina como parte asegurada “*secured party*,”<sup>57</sup> la persona o entidad que vende el pagaré se le denomina de la misma forma que la persona que toma dinero en forma de préstamo y da el pagaré como prenda de la obligación, es decir el deudor<sup>58</sup> y el pagaré que constituye la transacción del préstamo hipotecario se le denomina como garantía o colateral (*collateral*).<sup>59</sup> Bajo las disposiciones del UCC la titularidad de la persona que compra o adquiere el pagaré se perfecciona cuando el pagaré se adjunta o se traspa mediante compra o transferencia.<sup>60</sup> Por tanto, conforme al UCC cuando el pagaré que forma parte del préstamo hipotecario, se vende o traspa, a ese pagaré por analogía, le cobijan los beneficios que proporciona el derecho real de garantía. Es decir, la hipoteca sigue al pagaré.<sup>61</sup>

---

55 HUNT, JOHN PATRICK, STANTON, RICHARD and WALLACE, NANCY, *Rebalancing Public and Private in the Law of Mortgage Transfer*, 62 Am. U. L. Rev. 1529 (2013). “These ambiguities in the law received little attention in a recent, influential report, *Application of the Uniform Commercial Code to Selected Issues Relating to Mortgage Notes*, prepared by the Permanent Editorial Board for the Uniform Commercial Code. The report affirms the importance of the Article 9 rules, stating that the rules determine matters that are important in the context of enforcement of mortgage notes and the mortgages that secure them and govern the transfer and enforcement of notes secured by a mortgage on real property.”

56 *Ibid.* “The history of the interaction of the UCC and state real-property recording law helps put the 1999 revisions’ no-filing-required rule in perspective. The real-property recording statutes do not apply to promissory notes. Instead, the UCC has governed how security interests in promissory notes are created and perfected.”

57 U.C.C. § 9-102(a)(72)(D) (2011).

58 U.C.C. § 9-102(a)(28)(B) (2011).

59 U.C.C. § 9-102(a)(12)(B) (2011).

60 HUNT, JOHN PATRICK, STANTON, RICHARD and WALLACE, NANCY, *Rebalancing Public and Private in the Law of Mortgage Transfer*, 62 Am. U. L. Rev. 1529 (2013). “In the language of Article 9, the statement that a note buyer’s interest in the mortgage is automatically protected as soon as the buyer buys the note could be phrased: “The secured party’s security interest in the mortgage is automatically perfected when the security interest in the associated note attaches.”

61 *Ibid.* “When a security interest in the note attaches, and the UCC contains specific requirements for attachment of such an interest, the prerequisites for attachment of a security interest and, thus, applicability of the Article 9 rules are: (1) the seller must have rights (or the power to transfer rights) in the note; (2) the buyer must give “value”; and (3) either an authenticated security agreement must describe the note or the buyer must possess the note.”

## 5.2 Registro de la hipoteca en EE. UU.

EE. UU. brinda poca importancia a los registros públicos de títulos y documentos. Lo anterior, porque no existe la obligación de registrar la hipoteca para que la misma tenga validez. No obstante, la falta de registro y tracto de los pagarés de los préstamos hipotecarios fue un problema en EE. UU. que quedó evidenciado durante la presentación de demandas de ejecución de hipotecas en el periodo inmediatamente posterior al estallido de la burbuja inmobiliaria. En EE. UU. las transferencias realizadas en el mercado secundario de hipotecas y la falta de documentación y registro (*recordkeeping*) revelaron el incumplimiento con las disposiciones de las leyes estatales sobre transacciones con bienes inmuebles y el incumplimiento con las disposiciones del *Uniform Commercial Code* (UCC) de EE. UU.<sup>62</sup> Con la crisis económica de 2008 se pudo observar que las partes involucradas en la cadena de titulización (“*securitization*”) de hipotecas, aseguraron las hipotecas titulizadas brindando garantías de cobro y dichas garantías fueron infringidas porque las hipotecas tuvieron problemas por falta de registro o tracto de la transferencia del pagaré hipotecario y con ello surgieron inconvenientes para determinar quién tenía derecho de ejercer la acción de ejecución de hipoteca.

En EE. UU. para conocer los documentos sujetos a inscripción hay que consultar la legislación y la jurisprudencia de cada Estado. Según de qué Estado se trate podemos encontrar que para que surjan efectos frente a terceros adquirentes se tienen que inscribir todos los contratos sobre bienes inmuebles, mientras que en otros Estados se establecen los actos sujetos a inscripción.

En EE. UU. los documentos relacionados con la propiedad inmueble pueden inscribirse en el Registro Público del lugar en donde este localizado el inmueble. Además, de verificar el estado jurídico del inmueble en el Registro Público, en EE. UU. es necesario consultar en las Secretarías de Ayuntamientos, de Juzgados y de Tribunales, y Agencias de Recaudación. Los libros que se llevan en los Registros Públicos son de dos clases: (a) inscripciones, que son los libros en donde se transcriben los documentos presentados y (b) los índices, que permiten descubrir en donde están inscritos los documentos. A su vez, los índices pueden ser de varias clases: (1) de vendedores o “*Grantor Index*,” (2) de compradores o “*Grantee*

---

<sup>62</sup> *Ibid.* “Problems with recordkeeping in the mortgage securitization industry suggest that parties may not have documented their compliance with these requirements.” *Vid.* BRESCIA, RAYMOND H., Leverage: State Enforcement Actions in the Wake of the Robo-Sign Scandal, 64 Me. L. Rev. 18, 24-27 (2011); RENUART, ELIZABETH, Property Title Trouble In Non-Judicial Foreclosure States: The Ibanez Time Bomb?, 4 Wm. & Mary Bus. L. Rev. 111, 131 (2013); WHITE, ALAN M., Losing the Paper-Mortgage Assignments, Note Transfers and Consumer Protection, 24 Loy. Consumer L. Rev. 468, 484-85 (2012).

*Index*,” (c) de acreedores hipotecarios o “*Mortgagor Index*” y (d) de deudores hipotecarios o “*Mortgagee Index*.”

A grandes rasgos el proceso de inscripción de documentos en los Registros Públicos de EE. UU. se realiza de la siguiente forma: a medida que llegan los documentos al Registro se les asigna un número de entrada y se hace constar el día, mes, año, hora y minuto de presentación. El documento se lleva primero a un Libro Diario Provisional o “*Daily Sheet*,” en el que se anota el nombre del comprador, vendedor y la naturaleza del acto o contrato. Una vez extendido este asiento, éste pasa a los índices, primero al de vendedores y luego al de compradores. Los libros índices constituyen una colección de grandes volúmenes, generalmente, uno para cada letra del alfabeto. Los libros de índices tienen por finalidad ayudar a los interesados en la búsqueda del estado jurídico de los inmuebles. En EE. UU. la jurisprudencia ha establecido que corresponde al comprador o acreedor hipotecario comprobar si el documento está o no debidamente inscrito. Lo anterior para asegurar el eslabonamiento de las transmisiones y proporcionar “*notice*” de los derechos sobre los bienes inmuebles. Por ello toda persona que contrate con un no poseedor asume el riesgo y debe asegurarse investigando la realidad jurídica que resulte del Registro Público.<sup>63</sup>

Los Registros en EE. UU. son públicos en el sentido de que pueden ser examinados por cualquier interesado. La publicidad que proporcionan los Registros Públicos de EE. UU. se conoce con el nombre de “*constructive notice*” y es tan eficaz para la protección de los derechos de las partes, como la que procede del conocimiento por cualquier otro medio.<sup>64</sup>

Los mecanismos de protección registral en EE. UU. son los siguientes: (a) la opinión del Abogado, (b) el “*Abstractor Attorney Method*,” (c) “*Abstractor*” más la opinión del Abogado, (d) el certificado y (e) el seguro del derecho.<sup>65</sup> Los cuatro mecanismos funcionan en base a un mismo presupuesto que es el examen del Registro Público para conocer la titularidad y legitimación del transmitente. En este examen juegan un papel muy importante los abogados de EE. UU.

El sistema de registro de bienes inmuebles en los EE. UU. es una mezcla o combinación de Registros Públicos junto con un sistema paralelo de seguros de títulos.

A continuación, exponemos los datos históricos del sistema de registro inmobiliario de EE. UU., con la intención de que dichos datos nos ayuden a presentar el contraste entre el sistema utilizado en los EE. UU. y el Derecho hipotecario utilizado en Puerto Rico y España.

---

<sup>63</sup> Toland v. Corey, 6 Utah 392 (1890).

<sup>64</sup> MORO SERRANO, ANTONIO, *op. cit.* p. 68.

<sup>65</sup> *Ibid.* p. 76.

El pueblo norteamericano desde sus orígenes buscó establecer un sistema registral que evitara los actos fraudulentos a la vez que permitiera a todo interesado conocer el estado jurídico de los bienes inmuebles. La historia del sistema de registro inmobiliario en los EE. UU. nos muestra que se pensaba que la inscripción de los actos jurídicos sobre los bienes inmuebles en un registro público era el mejor medio de prueba para que los interesados pudieran conocer el estado jurídico de los inmuebles.<sup>66</sup> La legislación de EE. UU. quiso desviarse del modelo inglés del *common law* de “*first in time, first in right*,” por lo que la inscripción en los registros públicos de los actos jurídicos sobre bienes inmuebles en EE. UU. se conoce con el nombre de “*recording system*” o “*registration of deeds*.”<sup>67</sup>

La historia del sistema de registro de bienes inmuebles en los EE. UU. se remonta al año 1627, año en el que la colonia inglesa de Plymouth dispuso, por primera vez, que las compraventas de inmuebles se hicieran constar en un libro registro.<sup>68</sup> Con referencia al año 1640, FIFLIS transcribe el siguiente precepto de la legislación de Plymouth que dice:

“No mortgage, bargain, sale or grant hereafter to be made of any houses, lands, rents, or other hereditaments, shall be of force against any other person except the granter and his heirs, unless the same be recorded, as is here after exposed.”

El concepto tradición en EE. UU. descansa sobre el principio de que todo interesado pueda llegar a conocer a través del Registro Público, si el transmitente es o no dueño del derecho que transmite, las condiciones, circunstancias, y la naturaleza y extensión del derecho sobre el bien inmueble. Hoy día todos los Estados de EE. UU. tienen leyes de *recording* habiéndose publicado todas ellas dentro del siglo XIX.<sup>69</sup>

En cuanto a la clasificación de las leyes de *recording*, hay que mencionar citando a MORO SERRANO quien a su vez cita JOHNSON, que la doctrina las ha clasificado en categorías tales como: (a) *race*, (b) *notice*, (c) *race-notice* y (d) *period of grace acts*.

### 5.2.1 Race

En la categoría de *race* el primer documento inscrito prevalece sobre los no inscritos, con independencia de la antigüedad y de la buena o mala fe del tercero que inscribe. Bajo el régimen de *race* el primero que inscribe el documento se convierte en titular del derecho

---

<sup>66</sup> *Ibid.* pág. 55.

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> *Ibid.* pág. 56.

<sup>69</sup> *Ibid.*

frente a todos, aun cuando tenga conocimiento de que el titular anterior ya había transmitido el derecho a un tercero que no registró el documento. Esta legislación guarda similitud con las antiguas leyes coloniales, en cuya elaboración influyó de manera dominante la idea de suplir con la inscripción, la publicidad y la entrega posesoria (“*livery of seisin*”), la cual posteriormente cayó en desuso.<sup>70</sup> Sin embargo, esta categoría de leyes tiene visos de ser contraria a los objetivos del *registration*, al favorecer indiscriminadamente tanto a los adquirentes de buena fe como a los de mala fe.

### 5.2.2 Notice

El sistema de *notice* se creó a partir de interpretaciones judiciales. Bajo este sistema si el segundo adquirente tenía conocimiento de que ya había ocurrido una transmisión anterior que no constaba en el Registro, dicho adquirente no puede convertirse en titular, aunque registre el documento primero. En este sistema se protege al adquirente ulterior que ignora la transmisión anterior no registrada. El problema principal de esta categoría de *notice* radica en la dificultad de determinar cuándo el segundo adquirente tuvo conocimiento de la transmisión del derecho sobre el bien inmueble. Aunque esta categoría no es del todo eficiente, la misma es el modelo seguido en aproximadamente la mitad de los Estados en EE. UU. La categoría de *notice* solo se limita a proteger a los adquirentes de buena fe, hayan inscrito éstos primero o no.

### 5.2.3 Race-Notice

La tercera categoría de *race-notice* nace de la combinación de las categorías de *race* y *notice*. Esta categoría se estima como la más justa y adecuada. La misma es utilizada en aproximadamente la mitad de los Estados en los EE. UU.

### 5.2.4 Period of Grace Acts

La cuarta categoría es el *period of grace acts*. Esta concede al adquirente un periodo de gracia o plazo para inscribir y solo protege al adquirente posterior de buena fe en caso de que el anterior no inscriba dentro del plazo de tiempo previsto.

---

<sup>70</sup> *Ibid.* p. 58.

### 5.3 *Mortgage Electronic Registrations Systems (MERS)*

El *Mortgage Electronic Registration System (MERS)* fue creado como un sustituto para el registro de cesiones, transferencias o traspasos de los pagarés hipotecarios (*promissory note*) y el mismo consiste de una base electrónica o digitalizada de los datos nacionales mediante los cuales se transcribe el tracto de la transferencia y titularidad de los pagarés hipotecarios.<sup>71</sup> El sistema MERS se compone de las distintas entidades que forman parte de la industria hipotecaria en EE. UU. y estas entidades registran los pagarés hipotecarios en el sistema MERS.<sup>72</sup> MERS no es un originador de hipotecas, no es un administrador de hipotecas y no es un inversionista. La idea de MERS fue presentada por primera vez en una convención anual de bancos hipotecarios en 1993 y fue auspiciada, en un principio, por *Fannie Mae*, *Freddie Mac* y el *Mortgage Bankers Association of America*. La creación de MERS se hizo con la finalidad de acelerar el registro y la cesión del pagaré hipotecario en el mercado secundario de hipotecas.<sup>73</sup> MERS, Inc. fue creada efectivamente en 1995, su sistema lanzado oficialmente en 1997 y a su sistema se añadieron posteriormente las hipotecas “*subprime*” titulizadas, que estaremos discutiendo en esta tesis.

MERS es una entidad o sociedad privada cuya finalidad es llevar un registro de los pagarés hipotecarios en el cual consta la titularidad de los pagarés hipotecarios y se realiza a beneficio de sus miembros que son los acreedores hipotecarios tales como los prestamistas e inversionistas. MERS fue diseñada de forma tal que MERS, Inc. actúa como acreedor hipotecario y como agente común para todos los miembros de MERS, de manera que el registro del pagaré hipotecario se hace en nombre de MERS, Inc. con lo cual se entendía que el continuo registro del tracto de las transferencias del pagaré hipotecario era innecesario.<sup>74</sup> En teoría, la base digitalizada de datos actúa como un registro público que divulga la

---

71 HUNT, JOHN PATRICK, STANTON, RICHARD and WALLACE, NANCY, *op. cit.* note 132. “Problems in Mortgage Servicing from Modification to Disclosure, Hearing Before the Comm. on Banking, Housing, & Urban Affairs, 111th Cong. 65 (2010) statement of R.K. Arnold, President and Chief Executive Officer, MERSCORP Holdings, Inc. describing MERS as a mortgage assignment tracking system... [A]t certain time periods, the flow of assignments were [sic] overwhelming the county recorder system, resulting in long backlogs, and in some cases, taking the county recorder over a year to record an assignment.” *Vid.* DAVIDSON, NESTOR M., *New Formalism in the Aftermath of the Housing Crisis*, 93 B.U. L. Rev. 389 (2013) *op. cit.* “MERS was arguably critical to creating the kind of secondary market that exploded during the housing boom, not only because it reduced the transaction costs of transferring the ownership of mortgage debt and servicing rights, but also because it created a forum for trading rights in the secondary market.”

72 *Cfr.* MERSCORP Holdings, Inc., MERS® System Rules of Membership, r.2 (2013). <https://www.mersinc.org> (consulta 29 de julio de 2018).

73 NASARRE AZNAR, SERGIO, *Los años de la crisis de la vivienda...* *op. cit.* p. 119.

74 HUNT, JOHN PATRICK, STANTON, RICHARD and WALLACE, NANCY, *Rebalancing Public and Private in the Law of Mortgage Transfer*, 62 Am. U. L. Rev. 1529 (2013).

existencia del pagaré hipotecario y quién de los miembros de MERS es titular de dicho pagaré, los datos incluidos en la base digitalizada de MERS deben indicar quién es el “verdadero” titular del pagaré hipotecario.<sup>75</sup>

El propósito de MERS fue crear un sistema de registro para la cesión de créditos hipotecarios en el mercado secundario de hipotecas reduciendo dramáticamente el costo económico relacionado con los procesos de inscripción en los Registros Públicos de EE. UU. y el tiempo asociado a los procesos burocráticos de las transferencias y cesiones de créditos hipotecarios. MERS es un sistema diseñado técnicamente para evadir los impuestos sobre rentas internas de las transacciones relacionadas con la cesión de créditos hipotecarios y favorece a los operadores del mercado hipotecario.<sup>76</sup> MERS es quien aparece como poseedor del pagaré hipotecario hasta que se cede el crédito hipotecario a un no socio de MERS, de manera que no es necesario que los diferentes titulares del pagaré hipotecario paguen los impuestos correspondientes a la inscripción, transferencia y cesión de los créditos hipotecarios.

MERS es un depositario o “*nominee*” del pagaré hipotecario y no brinda información al deudor hipotecario sobre quién es el “verdadero” acreedor hipotecario. MERS es usualmente quien se encarga de llevar a cabo las ejecuciones hipotecarias en nombre de sus miembros, con lo cual no es necesaria la creación de un fideicomiso (“*trust*”) para ceder el pagaré hipotecario a un administrador de préstamos hipotecarios (*mortgage servicer*) y proceder con la presentación de la acción de ejecución de hipoteca. Esta situación trajo consigo inconvenientes cuando ocurrió el aumento en los casos de ejecución hipotecaria en EE. UU. luego de iniciada la crisis económica en 2008, puesto que se evidenció que MERS no llevaba un registro actualizado de las cesiones de los pagarés hipotecarios, así como tampoco tenía la facultad de representar al “verdadero” acreedor hipotecario en un proceso de ejecución de hipotecas. En *Jackson v. Mortgage Elec. Registration Sys., Inc.*,<sup>77</sup> el Tribunal Supremo de Minnesota señaló que MERS era la antítesis de un registro público, dado que a través de MERS se podía ocultar la identidad del acreedor hipotecario y esta falta de transparencia hace que MERS no cumpla con la *Fair Debt Collection Practices Act* (FDCPA) de 1977, ley que fue creada para exigir un buen comportamiento a los cobradores o recolectores de deuda (“*debt collectors*”) que no son los “verdaderos” acreedores.

---

<sup>75</sup> *Ibid. op. cit.* “Under MERS’s current rules, in the event of foreclosure, MERS, Inc. assigns the mortgage to the foreclosing party so that that party has legal title at the time of foreclosure. *Cfr.* MERSCORP Holdings, Inc., MERS® System Rules of Membership, r.8 (2013). Prior to a rule change in summer 2011, MERS, Inc. would foreclose in its own name. <https://www.mersinc.org> (consulta 29 de julio de 2018).

<sup>76</sup> NASARRE AZNAR, SERGIO, Los años de la crisis de la vivienda... *op. cit.* p. 119.

<sup>77</sup> 770 N.W.2d 487, 503-504 (Minn. 2009).

## 5.4 Seguro de Título

El seguro de título en EE. UU. se ha desarrollado como un sistema alternativo de protección de los derechos reales. El seguro de título se suscribe por los acreedores al momento de la concesión del contrato de hipoteca y en algunos casos en contratos de arrendamiento a largo plazo.

La importancia que han alcanzado las compañías aseguradoras de título en EE. UU. esta fuera de toda duda e incluso dichas compañías aseguradoras administran y manejan importantes sumas de dinero. Las pólizas de seguro de título surgieron para garantizar la identidad, capacidad y buena fe de las partes contratantes, así como para proteger a los adquirientes y acreedores hipotecarios frente a falsificaciones y falta de capacidad.<sup>78</sup>

Las pólizas de seguro de título se utilizan de forma generalizada debido a la fuerte demanda de este tipo de póliza por parte de bancos y organismos del Estado, tales como el *Federal Housing Administration* (FHA) o el *Veteran Administration* (VA).

Como dato histórico podemos mencionar que la primera compañía de seguro de título en EE. UU. se constituyó en Filadelfia en el año 1876, con motivo de la celebración en dicha ciudad de la feria comercial conocida con el nombre de “*Centennial Exposition*.”<sup>79</sup> Para aquella época la especulación en el precio del terreno era tan intensa que llevó a varios abogados a asociarse constituyendo la sociedad llamada “*The Real State Title Insurance Company*.” Luego en el año 1881 se formó en Nueva York la compañía “*Title Guaranty Trust Company*.” Y para el año 1958, en EE. UU. existían aproximadamente 160 compañías de seguros de títulos.

Básicamente, existen dos modalidades de pólizas de seguro de título: (1) la “*Life Insurance Company*” (LIC) y (2) la “*American Title Association*” (ATA). La duración de estas pólizas, tanto la de propietario como la del acreedor hipotecario, se extienden por un periodo de tiempo prolongado que termina para las pólizas de propietario al transmitirse el derecho, mientras que para el acreedor hipotecario se extiende hasta extinguirse la deuda. La póliza de seguro de título de los acreedores suele contener una cláusula que prolonga la vida del seguro, en el supuesto de que habiéndose procedido a la ejecución de la hipoteca se adjudique la finca a persona distinta al acreedor.

---

<sup>78</sup> MORO SERRANO, ANTONIO, *op. cit.* p. 76.

<sup>79</sup> *Ibid.* p. 85.



Los riesgos cubiertos bajo la póliza de seguro de título y por los cuales el asegurado está protegido por lo general son: (a) defectos en el proceso de examen de la titulación, (b) restricciones que tenga la propiedad que hubiesen podido descubrirse si el asegurador hubiese inspeccionado el inmueble, (c) defectos resultantes de antecedentes del Registro Público no investigados y (d) defectos que no se ponen de manifiesto al examinar el Registro Público o el mismo inmueble.<sup>80</sup>

Las pólizas de seguro de título exceptúan de manera expresa los siguientes riesgos: (a) los que aparecen claramente del examen del derecho o de la inspección directa del bien inmueble, (b) los derivados de hechos posteriores a la suscripción de la póliza, (c) los derivados de causas que el asegurado ya conocía y (d) en algunos casos los créditos privilegiados o derechos del cónyuge sobre el patrimonio, cuando dicho matrimonio no consta en el Registro Público.<sup>81</sup>

Las compañías aseguradoras que expiden pólizas de seguro de título tienen que estar autorizadas, constituidas y sometidas a las leyes del Estado en el cual se localiza el bien inmueble objeto de la póliza de seguro de título. El régimen jurídico de estas compañías aseguradoras es semejante al que rige para las compañías de seguros de daños. A las compañías de seguro de título se les prohíbe realizar actividades mercantiles distintas de las estrictamente dirigidas a la protección de los derechos sobre los inmuebles y se les prohíbe expresamente garantizar préstamos o realizar actividades bancarias. Además, se les exige la constitución de un fondo de reserva para garantizar su estabilidad financiera. Esta exigencia no sólo se debe al interés del acreedor hipotecario de proteger su crédito, sino también a que el seguro de título es requisito indispensable para que un crédito hipotecario pueda acceder al mercado secundario de hipotecas de EE. UU.

Para los acreedores hipotecarios (bancos y entidades financieras) este seguro de título les libera de la posible pérdida que éstos puedan tener debido a errores que surgen por la falta de seguridad que tienen los Registros Públicos en los EE. UU. Por lo que, si posterior al otorgamiento del *mortgage* se descubre un gravamen oculto, con el seguro de título el acreedor hipotecario obtendría una indemnización. En adición, estas pólizas de seguro de título no deben ser consideradas como una garantía de que el título del inmueble es perfecto y carece de cualquier gravamen. El seguro de título lo que garantiza es que si en un momento posterior al otorgamiento del *mortgage*, se demuestra que hay algún defecto en el título de la propiedad respecto a los términos bajo los cuales se había asegurado, el acreedor hipotecario

---

<sup>80</sup> *Ibid.* p. 88.

<sup>81</sup> *Ibid.*

tendrá derecho a recibir una indemnización. No obstante, a pesar de que se haya constituido una póliza de seguro de título y de que se haya pagado la misma, la referida indemnización no se produce automáticamente por el mero hecho de que aparezca el defecto en el título del inmueble. Para recibir la indemnización que ofrecen estas pólizas de seguro de título, será necesario que, como consecuencia de tal defecto, el asegurado (acreedor hipotecario, bancos o entidad financiera) sufra una pérdida económica.

Las pólizas de seguro de título básicamente son dos: (a) de propietario, que son las que aseguran el bien inmueble contra los vicios de falsificación, falta de entrega e incapacidad y pueden garantizar la negociabilidad del derecho adquirido, y (b) de acreedor hipotecario, que es más extensa en su cobertura, se contrata normalmente a solicitud de las instituciones bancarias, esta póliza es obligatoria para los acreedores hipotecarios en EE. UU. y Puerto Rico, la paga el acreedor hipotecario y la misma genera un tráfico mercantil importante.

## **6. Diferencias entre el Derecho hipotecario de España y Puerto Rico con el *mortgage* de EE. UU.:**

Cuando hablamos de las diferencias entre el Derecho hipotecario de Puerto Rico, España y EE. UU. tenemos que indicar que la más importante es el Registro de la Propiedad. Según mencionamos previamente en Puerto Rico y España existe el Registro de la Propiedad, no así en EE. UU. La doctrina jurídica desarrollada a través de la inscripción constitutiva de la hipoteca en el Registro de la Propiedad no es equiparable con el *mortgage* de EE. UU. Es en el Registro de la Propiedad en donde se origina el derecho real que concede la hipoteca y esta característica unida a la publicidad que garantiza la inscripción de documentos supera las garantías que brindan los seguros de título de EE. UU.

Otra diferencia o distinción adicional entre el Derecho hipotecario de Puerto Rico, España y el *mortgage* de EE. UU. son los profesionales que intervienen en las transacciones con bienes inmuebles que son utilizados como garantía de un préstamo hipotecario, a saber:

- a. Abogados – En EE. UU. los abogados que intervienen en las transacciones con bienes inmuebles no son Notarios Públicos. Cada Estado de EE. UU. y sus territorios es responsable de regular las cualificaciones de los profesionales que trabajan las transacciones con bienes inmuebles.
- b. Notario Público – En Puerto Rico y España el Notario Público tiene una función de asesoramiento especial que es diferente al papel del abogado estadounidense.

En Puerto Rico y España el Notario Público es abogado, lo que quiere decir que un profesional en el campo del derecho. En EE. UU. no existe un Notario Público que supervise la transacción del préstamo hipotecario. En Puerto Rico y España el Notario Público representa a ambas partes que comparecen en una Escritura de Hipoteca, está obligado a indagar en el consentimiento de las partes y a explicar los términos y condiciones de la Escritura de Hipoteca.

Por último, otra diferencia importante son las compañías de seguros de títulos. En EE. UU., y por ende en Puerto Rico, las compañías de seguro de título realizan una búsqueda en los Registros Públicos locales donde se archivan las escrituras, hipotecas y otros documentos relacionados con los bienes inmuebles. Uno de los propósitos de esta búsqueda es determinar la prima requerida para la póliza en función de la evaluación de riesgo de la transacción que involucra el bien inmueble. La compañía de seguro de título emite una póliza de seguro que cubre cualquier defecto en el título de la propiedad inmobiliaria que exista en el momento en que se emite la póliza, pero en ningún caso la compañía de seguro de título revisa o comenta los términos del préstamo hipotecario, no comenta sobre los riesgos en caso de incumplimiento con el préstamo hipotecario o la idoneidad de un préstamo hipotecario. En cuanto a la hipoteca la compañía de seguro de título actúa como agente y fiduciario, pero únicamente para el prestamista. Por tanto, en EE. UU. el papel de la industria de seguros de títulos en las transacciones inmobiliarias e hipotecarias es muy diferente al rol del Notario Público del *civil law* de España y Puerto Rico.

Como comentaremos más adelante en este trabajo, luego de la crisis económica de 2008, podemos observar que en EE. UU. se utilizaron prácticas irresponsables en la concesión de hipotecas, particularmente, en las hipotecas de alto riesgo o hipotecas *subprime*. Y aunque en España también se utilizaron prácticas irresponsables en la concesión de préstamos hipotecarios, existen diferencias importantes relacionadas con la protección de los consumidores. Un ejemplo de ello es la Directiva 93/13/CEE sobre protección a los consumidores y usuarios de la normativa de la Unión Europea que comentaremos en el Capítulo V de esta tesis.

En fin, posiblemente si los inversionistas internacionales hubieran prestado atención a las diferencias que existen en el Derecho hipotecario utilizado en EE. UU. y las prácticas utilizadas para la titulización de hipotecas del sistema anglosajón, sin duda, hubieran comprendido mejor los riesgos que incluían las hipotecas de alto riesgo o hipotecas *subprime*. El Derecho hipotecario en los países del *civil law* frente al *mortgage* de EE. UU. es muy

diferente. Sin embargo, a pesar de las diferencias en el Derecho hipotecario en las jurisdicciones que estudiamos en esta tesis, entiéndase Puerto Rico y España, los prestatarios que obtuvieron hipotecas de alto riesgo no pudieron apreciar el riesgo de este tipo de hipotecas. Como veremos en este trabajo en EE. UU., país que originó las hipotecas de alto riesgo o *subprime*, la regulación de los préstamos hipotecarios con la cual deben cumplir los prestamistas demostró que es controlada por las fuerzas del mercado.

### **CAPÍTULO III: EL CONTRATO DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA**

Como antecedente a la discusión del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, recordemos que Puerto Rico fue un territorio de ultramar de España hasta el año 1898. Bajo el dominio español se aprobó la extensión del CC español a Puerto Rico que entró en vigor el 1 de enero de 1890. Luego de 1898 Puerto Rico comenzó a ser influenciado por el *common law* de EE. UU. En 1930 el CC de Puerto Rico fue revisado y al mismo se introdujeron cambios menores continuando vigente el CC de España de 1902. En Puerto Rico para el estudio e interpretación del CC se ha utilizado la doctrina española y a través de dicho estudio se han aplicado y desarrollado las normas jurídicas que rigen en Puerto Rico. Actualmente el CC de Puerto Rico fue revisado para incluir las enmiendas que se han incorporado a través de los años y la Ley 55/2020, de 1 de junio, enmendó el CC de Puerto Rico cuya vigencia comenzó a partir del 28 de noviembre de 2020.<sup>82</sup>

#### **1. El préstamo hipotecario en Puerto Rico**

Aunque el contrato de préstamo tiene una singular importancia en la economía, el mismo no cuenta con una regulación que detalle todas las vicisitudes de su cumplimiento. El préstamo civil se caracteriza por la restitución o devolución al acreedor del dinero prestado (art. 1.324 CC de Puerto Rico<sup>83</sup>) y no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado. (art. 1.328 CC de Puerto Rico<sup>84</sup>). Mediante el contrato de préstamo una parte posibilita a otra la utilización de recursos que no tiene o de los que no puede disponer efectivamente y de esta relación surge lo que se conoce como el crédito.<sup>85</sup> El préstamo lo que produce es una posición de simple devolución o de puro crédito, y no podemos olvidarnos que el crédito por más que intentemos codificarlo o definirlo no es un bien físico en el sentido literal de la palabra, sino en todo caso es un derecho a obtener la realización de un valor a través de una cantidad de dinero. En el contrato de préstamo la entrega del dinero

---

<sup>82</sup> El articulado incluido en este nuevo CC de Puerto Rico, además de la doctrina española, incluye artículos que provienen del CC de Argentina y Perú.

<sup>83</sup> *Vid.* art. 1.644 del CC de Puerto Rico de 1930.

<sup>84</sup> *Vid.* art. 1.646 del CC de Puerto Rico de 1930.

<sup>85</sup> YSÁS SOLANES, MARÍA, Algunas consideraciones en torno al contrato de mutuo con interés, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Nbr. 618, septiembre - octubre (1993), pp. 1365-1390.

es imprescindible. Citando a DÍEZ PICAZO y GULLÓN el derecho de propiedad del prestamista se transforma en un simple derecho de crédito.<sup>86</sup>

El préstamo con garantía hipotecaria es el contrato de préstamo más utilizado por los consumidores para la adquisición de una vivienda. En este tipo de contrato, el deudor debe ser el dueño o persona con facultad legal para disponer y/o enajenar el inmueble que será utilizado como garantía hipotecaria. El contrato se efectúa mediante la entrega de dinero por parte de una entidad de crédito o institución financiera en el momento de la concesión del préstamo hipotecario.

En Puerto Rico cuando se concede un préstamo con garantía hipotecaria se constituye un pagaré (*note o promissory note*) que evidencia la obligación dineraria. Dicho pagaré se constituye como garantía de la obligación que nace cuando se concede el préstamo hipotecario, sirve para evidenciar el crédito y, además, tiene como característica que es accesorio a una deuda u obligación existente o principal. El pagaré hipotecario deberá ponerse en posesión del acreedor o de un tercero de común acuerdo. En Puerto Rico el crédito que se deriva de un pagaré es un derecho personal ajeno al derecho real, pero si el crédito que se deriva del contrato de préstamo es nulo o se extingue, también será nulo o quedará extinguido el derecho real que concede la hipoteca. El TS de Puerto Rico en el caso de Liechty v. Descartes<sup>87</sup>, expresó que el carácter accesorio de una hipoteca tiene como consecuencia que, extinguido el crédito, se extingue la hipoteca, transmitido el crédito se transmite la hipoteca y la nulidad o ineficacia del crédito provoca la nulidad o ineficacia de la hipoteca. No es el régimen de la hipoteca como derecho real el que absorbe al crédito, sino que es a la inversa, es la hipoteca como derecho real la que debe ajustarse a las peculiaridades inherentes del crédito. La hipoteca no puede subsistir de forma independiente frente a la invalidez del crédito.<sup>88</sup> Por eso la hipoteca se puede anular si no se perfecciona el contrato de préstamo. Y si tomamos en cuenta que, en la mayoría de los contratos de crédito no

---

86 DÍEZ PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO, Sistema de Derecho Civil, Vol. II, El Contrato en General, La Relación Obligatoria, Contratos en Especial, Cuasi Contratos, Enriquecimiento sin Causa y Responsabilidad Extracontractual, Tecnos, 6ta Ed., (1989), p.460.

87 109 DPR 496, 502 (1980).

88 Sin embargo, el crédito puede permanecer inalterado y la hipoteca menoscabada en los siguientes supuestos: (a) en cuanto a la división de la hipoteca y su correspondiente distribución de responsabilidad hipotecaria entre las distintas fincas hipotecadas procedentes de la hipoteca original, art. 122 LH de España y art. 74 de la LH de Puerto Rico, (b) la posposición del rango hipotecario ganado mediante la inscripción, (c) la modificación de la extensión objetiva de la hipoteca regulada por el art. 1.877 CC de España y el art. 1.014 del CC de Puerto Rico de 2020, art. 1.776 del CC de Puerto Rico de 1930 y los arts. 109, 110, 111, 112 y 113 de la LH de España y los arts. 61, 62, 63, 64 y 65 de la LH de Puerto Rico, que tratan sobre la extensión natural por accesiones, mejoras, indemnizaciones por concepto de expropiación forzosa o de aseguradoras y el exceso de cabida, (d) la modificación de las cifras de las responsabilidades accesorias y (e) la modificación de aquellas causas de vencimiento anticipado del crédito que gocen de transcendencia real por incidir directamente en la garantía.

existen garantías reales mediante las cuales se confiera cierta seguridad, en el caso de la hipoteca el inmueble utilizado como garantía minimiza al menos una parte importante del riesgo asumido por el acreedor hipotecario.

En el préstamo hipotecario la contraprestación a la entrega de la cantidad prestada es su devolución más los intereses, pero éstas no son las únicas obligaciones derivadas del préstamo hipotecario puesto que la hipoteca exige una serie de obligaciones accesorias que afectan tanto al prestamista como al prestatario. Estas obligaciones accesorias van, por ejemplo, desde la información que debe presentar el prestamista al prestatario como el tipo de interés o el deber del prestatario sobre la conservación del inmueble utilizado como garantía.

### **1.1 La amortización del capital y los intereses asegurados mediante hipoteca**

La obligación de devolver el capital, lo que también se denomina como el principal en el contrato de préstamo, se hace mediante vencimientos fraccionados en mensualidades que generalmente son calculados por una anualidad junto con los intereses correspondientes, de forma tal que a cada vencimiento el deudor satisface la misma cantidad, pero por dos conceptos distintos: la amortización de capital y el pago de intereses.<sup>89</sup> La imputación de pago a cada uno de estos conceptos varía a lo largo de la vigencia del contrato de préstamo y los intereses comprenderán tanto la actualización del capital como el pago del servicio del préstamo. En el pago de los intereses es necesario hacer una diferenciación entre la deuda por concepto de capital y la deuda por concepto de intereses. En el tema de intereses es imprescindible establecer un doble enfoque: económico y jurídico.<sup>90</sup> Lo anterior porque en el aspecto jurídico los intereses se han definido como la compensación por la utilización de un capital ajeno, pero bajo el enfoque económico tradicional los intereses son el rendimiento de uno de los factores de producción que es el capital.<sup>91</sup> La deuda por concepto de intereses es accesoria al préstamo durante su devengo, pero a partir del momento en que la deuda de intereses es exigible, se observa claramente su carácter de obligación independiente. A su vez, el tiempo es el elemento principal en el devengo de los intereses unido al factor de riesgo propio de los negocios onerosos que será mayor o menor en función del plazo establecido para su restitución.

DÍEZ PICAZO explicaba que en términos económicos se denomina “*interés*” al

---

<sup>89</sup> YSÁS SOLANES, MARÍA, *op. cit.* pp. 1365-1390

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> *Ibid.*

precio o remuneración que una persona ha de pagar por la utilización o disfrute de bienes de capital de pertenencia ajena, pero en términos jurídicos el concepto de interés es más estricto, jurídicamente son intereses las cantidades de dinero que deben ser pagadas por la utilización y el disfrute de un capital consistente también en dinero.<sup>92</sup> Esta noción sobre los intereses no se aplica a los intereses moratorios ni a los legales. En cuanto a los intereses moratorios adelantamos que son objeto de análisis en este trabajo y estaremos comentando los mismos en los próximos capítulos de esta tesis.

Ahora bien, la deuda por concepto de intereses en un préstamo con garantía hipotecaria presenta la situación de si la hipoteca garantiza en adición al pago del principal, el pago de la totalidad de los intereses del préstamo hipotecario. En la legislación de Puerto Rico cuando existe un tercero que pueda resultar perjudicado, el pago de los intereses estará limitado a los últimos dos años transcurridos y a la parte vencida de la anualidad corriente.<sup>93</sup> (art. 66 LH de Puerto Rico) La figura de este tercero es una excepción a la regla general ya que en ausencia de dicho tercero el pago de los intereses será extensivo a la totalidad de los intereses pactados en el préstamo hipotecario. En otras palabras, cuando existan terceros con interés en el inmueble hipotecado, como por ejemplo en caso de ejecución hipotecaria, el acreedor podrá cobrar la totalidad del principal más los intereses correspondientes a los últimos dos años y la anualidad corriente. Sin embargo, se puede pactar que esa cantidad se aumente hasta cinco años, en cuyo caso el acreedor hipotecario sólo podrá sacar del producto de la venta en pública subasta los intereses correspondientes a esos cinco años. (art. 66 LH de Puerto Rico) Los demás intereses se siguen adeudando, pero no están garantizados con la hipoteca. En ausencia de terceros el acreedor puede cobrar el principal más todos los

---

92 DIEZ-PICAZO, LUIS, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. I, 2da Ed., Editorial Tecnos S. A., Madrid (1983) p. 488.

93 La LH de Puerto Rico establece que: “Salvo pacto en contrario la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue intereses sólo asegurará, con perjuicio a tercero, además del capital, los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente. En ningún caso podrá estipularse que la hipoteca asegure intereses por un plazo superior a cinco años. Cuando se fije en la escritura una cantidad global para responder del pago de intereses no podrá el mismo exceder del importe correspondiente a los intereses de cinco anualidades.” *Cfr.* art. 166 de la LH de Puerto Rico y art. 114 de la LH de España. El art. 68 de la LH de Puerto Rico expresamente establece que el acreedor hipotecario podrá repetir contra los bienes hipotecados para el pago de los intereses vencidos, cualquiera que sea la época en que deba verificarse el reintegro del capital; más si hubiere un tercero interesado en dichos bienes, a quien pueda perjudicar la repetición, no podrá extender la cantidad que reclama a más de cinco años. Por lo que, ambos artículos establecen expresamente que cuando exista un tercero que pueda verse perjudicado, el plazo para cobrar los intereses asegurados será de cinco años. Los topes que establecen los artículos de la LH persiguen eliminar la incertidumbre a la que podría enfrentarse un tercero poseedor de la finca o el titular de un nuevo derecho real sobre la finca, en caso de que el acreedor ejecute la hipoteca. Por ejemplo, con el sistema de garantía de tope máximo se establecen los períodos de interés que pueden garantizarse y se tiene la seguridad de saber exactamente la cantidad por la que responde la cosa hipotecada.



intereses anteriores que excedan de esos cinco años siempre que el cobro de los intereses no haya prescrito.<sup>94</sup>

## **1.2 El diseño del préstamo hipotecario**

En cuanto al diseño del préstamo hipotecario en Puerto Rico comenzamos por indicar que Puerto Rico es parte del mercado hipotecario de EE. UU. y los préstamos hipotecarios se conceden de forma similar a los concedidos en los distintos Estados de EE. UU. En Puerto Rico la mayoría de los préstamos hipotecarios se pactan a un tipo de interés fijo que, aunque pueda tener como resultado que el préstamo hipotecario sea más costoso, proporciona estabilidad a los consumidores porque éstos saben la cuantía exacta que pagarán durante la vigencia del préstamo. Para la concesión de préstamos hipotecarios, en los distintos Estados de EE. UU. y Puerto Rico, los bancos utilizan formularios o modelos específicos que son provistos por el Gobierno Federal de EE. UU. Dichos formularios son utilizados porque la mayoría de los préstamos hipotecarios incluyen subsidios y garantías provistas por el Gobierno Federal de EE. UU. Estos formularios o modelos incorporan cláusulas cuyos términos y condiciones no pueden ser modificados por los bancos ni por los consumidores, por lo que podemos decir que el préstamo hipotecario en Puerto Rico y EE. UU. es un contrato de adhesión. Los formularios o modelos de los contratos de préstamo varían según el tipo de préstamo y conforme al origen de los dineros utilizados para su concesión. Por ejemplo, si el préstamo hipotecario se concede utilizando dineros o fondos del *Federal Housing Administration* de EE. UU. (FHA), en el caso de Puerto Rico se utiliza un modelo que incluye los términos y condiciones específicas para la concesión de ese tipo de préstamo hipotecario. Esto se debe a que el préstamo hipotecario aprobado con los dineros de la FHA provee un seguro para el préstamo concedido. La FHA asegura la mayoría de las hipotecas concedidas para la adquisición de viviendas en todos los Estados de EE. UU. y sus territorios, y actualmente es una de las mayores aseguradoras de hipotecas desde su creación en el año 1934. Igual situación ocurre con el modelo de contrato de un préstamo hipotecario asegurado por el *Veterans Administration* (VA).

## **2. Diferencias entre el préstamo hipotecario de Puerto Rico y el préstamo hipotecario de España**

---

<sup>94</sup> MARTÍNEZ MOYA, ENID, Análisis del Término 2000-01 del Tribunal Supremo de Puerto Rico, 71 Rev. Jur. U.P.R. 607 (2002).

## 2.1 Puerto Rico

La transferencia o traspaso del pagaré hipotecario (*note* o *promissory note*) es la diferencia más importante entre un préstamo hipotecario concedido en Puerto Rico frente a un préstamo hipotecario concedido en España. Según hemos mencionado previamente en Puerto Rico cuando se concede un préstamo hipotecario se constituye un pagaré hipotecario y una escritura de hipoteca. Esta escritura recoge los términos y condiciones tanto del pagaré hipotecario como de la obligación pactada en el préstamo hipotecario y los asuntos relacionados con el inmueble utilizado como garantía hipotecaria.

En Puerto Rico para que nazca el derecho real que concede la hipoteca la escritura de hipoteca se presenta e inscribe en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, desde la perspectiva de la accesoriadad de la hipoteca y sobre cómo se transmite la hipoteca en EE. UU. tenemos que decir que la doctrina está dividida. Por un lado, la hipoteca se transmite a través del *note* o *promissory note* porque se entiende que la hipoteca no puede existir separadamente de la obligación. Bajo esta teoría lo importante es determinar quién tiene el *note*<sup>95</sup> para poder identificar quién tiene derecho a ejercer la acción de ejecución hipotecaria. Por otro lado, la doctrina establecida por el *Restatement of the Law, Property: Mortgage*<sup>96</sup> indica que el *note* y el *mortgage deed* pueden separarse. Bajo esta teoría si en una cadena de endosos posteriores el *note* y el *mortgage deed* se unen nuevamente y recaen sobre la misma persona o entidad, dicha persona o entidad podrá ejercer la acción de ejecución de hipoteca, en esta teoría para poder ejecutar la garantía hipotecaria se necesitan ambos el *note* y el *mortgage deed*.<sup>97</sup> Así también, la discusión sobre cómo se cede o transmite una hipoteca se extiende al *Uniform Commercial Code* (UCC) de EE. UU. en el cual su Junta Editorial Permanente advierte sobre las diferencias que existen en las reglas para la transferencia de los pagarés hipotecarios en EE. UU.

En Puerto Rico cuando el tenedor de un pagaré hipotecario negocia válidamente el pagaré como un “instrumento negociable,” la hipoteca queda automáticamente transferida al nuevo tenedor. Esto responde al principio que establece el Derecho cambiario acerca de que

---

95 *Vid.* *Carpenter v. Longan*, 83 US 271, 275 (1872), *In re Vargas*, 396 BR 511, 516, 517 (Bankr. CD. Cal, 2008), *Bellistri v. Ocwen Loan Servicing LLC*, 284 S.W.3d 619, 623-24 (Mo. Ct. App. 2009), *Bain v. Metropolitan Mortg. Group, Inc.*, 2012 WL 3517326 (Wash. 2012) y *Niday v. GMAC Mortgage*, 2012 WL 2915520 (or. Ct. App. 2012).

96 *Cfr.* American Law Institute, *Restatement of the Law (Third), Property: Mortgage, Transfer of Mortgage and Obligations Secured by Mortgages*, (1996) pp. 380-389.

97 *Vid.* *Edelstein v. Bank of New York Mellon*, 128 Nev. Adv. Op. 48 (September 27, 2012).

la hipoteca persigue al pagaré.<sup>98</sup> En Puerto Rico el marco jurídico de las transacciones garantizadas cambio drásticamente tras la implementación del art. 9 del *Uniform Commercial Code* (UCC)<sup>99</sup> de EE. UU. el cual fue incluido en la Ley de Transacciones Comerciales de Puerto Rico de 1996.<sup>100</sup> El art. 9 del UCC aplica a una transacción garantizada por un pagaré aunque este, a su vez, este garantizado por una hipoteca cuya constitución se rija por la LH de Puerto Rico.<sup>101</sup> En Puerto Rico la negociación de un pagaré hipotecario debe cumplir con los requisitos de “instrumento negociable” conforme establece la Ley de Transacciones Comerciales de 1996, según enmendada por la Ley 21/2012, de 17 de enero. Por lo que, la hipoteca persigue al pagaré debido a que ésta es accesoria a la obligación principal que la garantiza.<sup>102</sup> En Puerto Rico no se concibe una hipoteca sin un pagaré hipotecario que garantice una obligación principal. Este principio se recoge en el Derecho hipotecario de Puerto Rico al establecer que “cuando la hipoteca se hubiere constituido para garantizar títulos transferibles por endoso o al portador, el Derecho hipotecario se entenderá transferido sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor, ni de hacerse constar la transferencia en el Registro de la Propiedad.” (art. 91 LH de Puerto Rico)<sup>103</sup>

---

98 *Vid.* Des. Caribe v. Ven-Lour Enterprises, 198 DPR 290 (2017); Carpenter v. Longan, 83 US 271, 275-276 (1872) que indica: “The transfer of the note carries with it the security, without any formal assignment or delivery, or even mention of the latter... [...] Accessorium non ducit, sequitur principale.”

99 *Cfr.* Capítulo 9 sobre “Transacciones Garantizadas” de la Ley de Transacciones Comerciales de 1996, Ley 208/1995, de 17 de agosto, añadido por la Ley 241/1966, de 19 de septiembre de 1996.

100 *Cfr.* Ley 21/2012, de 17 de enero, para adicionar un nuevo Capítulo 9, y enmendar las Secciones 1-105(2), 1-201(9), 1-201(32), 1-201(37), 3-210(c), 5-118, 8-106, 8-110, 8-301(a), 8-302, y 8-510 de la Ley 208/1995, de 17 de agosto, según enmendada, mejor conocida como la “Ley de Transacciones Comerciales”.

101 *Cfr.* Sección 9-109(b), 19 LPRa sec. 2219(b) y Hawkland’s Uniform Commercial Code Series Sec. 9-104:11 (2001) *op. cit.* “A security interest in a secured obligation such as the pledge of a note that is itself secured by a real estate mortgage, is also a security interest in personal property.” *Vid.* SEC v. Elliot, 953 F.2d 1560, 1580 (11mo Cir. 1992) *op. cit.* “It is apparent that the drafters of the U.C.C. intended for Article 9 to apply to the creation of a security interest in a note secured by real estate” y O’Neil v. Carlson, 608 A.2d 858, 860 (1992) *op. cit.* “Although the mortgage is itself secured by a transaction or interest to which this Article does not apply, the security interest in the mortgage is well within the ambit of the article.”

102 *Vid.* art. 1.011 del CC de Puerto Rico de 2020; Liechty v. Descartes, 109 DPR 496, 502 (1980); WHALEY, DOUGLAS J., Mortgage Foreclosures, Promissory Notes, and the Uniform Commercial Code, 3 W. St. U.L. Rev. 313, 326 (2012) *op. cit.* “The common law was clear that the mortgage contract and the mortgage deed are mere ‘security’ for the payment of the promissory note (the ‘debt’). It is a common law maxim that ‘security follows the debt’ [...] The courts are more or less unanimous on this.”

103 *Vid.* art. 195 de la LH de Puerto Rico de 1979, Ley Núm. 143 de 14 de junio de 1980, según enmendada, 30 LPRa §2614. Además, con la adopción en Puerto Rico del art. 9 del UCC se dispuso expresamente que “la constitución de una garantía mobiliaria sobre el derecho al pago o el cumplimiento de una obligación garantizada por la garantía mobiliaria u otro gravamen sobre propiedad mueble o inmueble también incluirá los derechos a la garantía mobiliaria, la hipoteca u otro gravamen. 19 LPRa sec. 2233(g). En lo pertinente, el comentario oficial a esta sección del art. 9 del Uniform Commercial Code informa que lo que hace esta disposición nueva es meramente codificar “the common-law rule that a transfer of an obligation secured by a security interest or other lien on personal or real property also transfers the security interest or lien.” UCC Sec. 9-203, Comment 9 (2014). La nueva ley extiende automáticamente la perfección de la garantía mobiliaria a los derechos sobre una hipoteca en que subyace un pagaré, para que surta efecto en cuanto a terceros, como otros acreedores hipotecarios e hipotecantes no deudores. 19 LPRa sec. 2258.

Consecuentemente, la naturaleza accesoria de la hipoteca hace que la transferencia del pagaré hipotecario también afecte el derecho real que concede la hipoteca.<sup>104</sup>

## 2.2 España

En España la mayoría de los préstamos hipotecarios se constituyen mediante una hipoteca con tasa de interés variable, que es un préstamo cuyos montos o cuantías de deuda fluctúan según la tasa de interés que se encuentre vigente en el mercado lo que hace que los pagos mensuales puedan subir o bajar anualmente. En un préstamo hipotecario con interés variable, el tipo de interés a pagar por el deudor oscila a lo largo del tiempo y se fija mediante la adición de dos sumandos: (1) el tipo o índice de referencia, que es un tipo de interés, oficial o no, que fluctúa en el tiempo (el más frecuente es el *Euro Interbank Offered Rate* (EURIBOR) a un año) y (2) el diferencial o porcentaje fijo que se adiciona al tipo de referencia.<sup>105</sup> En consecuencia, la fórmula para determinar el interés a pagar por el prestatario es la siguiente: interés de referencia + diferencial = interés a pagar.<sup>106</sup>

En España la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) antes Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN) ha admitido las cláusulas de interés variable siempre que éstas cumplan con los siguientes requisitos: (1) que hagan referencia a un módulo objetivo que ilustre el alza y la baja y (2) que se fije un máximo de responsabilidad por intereses en cantidad o en porcentaje. La hipoteca puede garantizar intereses variables siempre que se determinen por un factor objetivo y se señale un máximo de responsabilidad hipotecaria sin que el índice de referencia pueda ser fijado unilateralmente por la entidad acreedora, además, se debe expresar siempre la fórmula matemática que permita calcular las cuotas variables a satisfacer.<sup>107</sup>

Sin embargo, aunque en España la adquisición de una vivienda se ha financiado de forma mayoritaria a través de los préstamos a interés variable, en los últimos años se produjo un cambio de tendencia con un aumento significativo en la contratación de préstamos a

---

104 SHAW, GREGORY M., *Security Interest in Notes and Mortgages: Determining the Applicable Law*, 79 Colum. L. Rev. 1414, 1428-1429 (1979) *op. cit.* “Given the Uniform Commercial Code’s intent to make Article 9 applicable to the security interest in the note, it follows that Article 9 must also apply to the security interest in the mortgage.”

105 STS 9 de mayo de 2013 RJ 241/2013, Fundamento Primero, punto 2 y 3.

106 STS 9 de mayo de 2013 RJ 241/2013, Fundamento Primero, punto 2 y 3. *Vid.* MÚRTULA LAFUENTE, VIRGINIA, *op. cit.* pp. 454-456.

107 GÓMEZ GALLIGO, FRANCISCO JAVIER, Artículo 104 a 130 de la Ley Hipotecaria, Tomo VII. Vol. 6to, enero 2000, <http://vlex.com/vid/230322> (consulta, 1 de mayo de 2018).

interés fijo.<sup>108</sup> Este cambio podríamos atribuirlo, entre otras razones, a los problemas judiciales que se plantearon en torno a las cláusulas de interés variable en los préstamos hipotecarios concedidos antes de la crisis financiera de 2007 cuyos tipos de interés fueron objeto de prácticas irresponsables unido a la comercialización abusiva de los préstamos hipotecarios por parte la industria bancaria española.<sup>109</sup> La cláusula de interés variable más controvertida en España fue la cláusula suelo incluida en los préstamos hipotecarios concedidos para la adquisición de la vivienda habitual de los consumidores. La cláusula suelo unido a las prácticas llevadas a cabo para la comercialización de los préstamos hipotecarios es tema de estudio en esta tesis y en los próximos capítulos estaremos analizando la cláusula suelo desde la perspectiva de su aplicación y desarrollo en España.

### **3. Titulización de créditos hipotecarios: Ingeniería financiera en la cesión de créditos hipotecarios en EE. UU. y su efecto en Puerto Rico y España**

La titulización es un término que se origina en el ordenamiento norteamericano y que en inglés es conocido como “*securitization*.”<sup>110</sup> Bajo la técnica de la titulización el mercado secundario de hipotecas funciona como un mercado de valores mediante el cual se proporciona liquidez a los créditos hipotecarios.<sup>111</sup> La titulización tradicionalmente ha sido definida de forma descriptiva como “un proceso relativamente complejo que comienza con la conversión de un activo financiero poco líquido, en general un préstamo, en otro activo más líquido y que por tanto tiene mayores posibilidades de poder ser colocado entre un conjunto significativo de inversionistas, este proceso termina con la recuperación de los recursos

---

108 MÚRTULA LAFUENTE, VIRGINIA, *op. cit.* nota 3, p. 452. Cfr. Boletín Económico del Banco de España, 1/2017, p. 22. [https://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/boletines/Boletin\\_economic/](https://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/boletines/Boletin_economic/). (consulta, 3 de abril de 2019)

109 MÚRTULA LAFUENTE, VIRGINIA, *op. cit.* nota 3, p. 452.

110 AWREY, DAN, Complexity, Innovation, and the Regulation of Modern Financial Markets, 2 Harv. Bus. L. Rev. 235 (2012) *op. cit.* “In very broad terms, securitization is a financing technique that transforms non-liquid assets such as mortgages and loan receivables into more readily alienable ABS (or MBS in the case of mortgages).”

111 DODD, RANDALL, El abecé de los mercados extrabursátiles, Finanzas & Desarrollo Publicación Trimestral del Fondo Monetario Internacional, Vol. 45 Núm. 2, junio (2008) *op. cit.* “Los mercados financieros son organismos complejos cuyas estructuras económicas e institucionales son esenciales para determinar, o “descubrir”, los precios y para dotar de orden y estabilidad a los mercados. Básicamente, los mercados financieros son bursátiles o extrabursátiles, pero ciertos sistemas electrónicos recientes han difuminado esta distinción. Todos los valores y derivados involucrados en la actual crisis financiera se negociaron en mercados extrabursátiles. Los mercados extrabursátiles nunca han sido “lugares” sino más bien redes de negociación menos formales, pero a menudo bien organizadas, con uno o más operadores como eje. Los operadores son agentes creadores de mercado que cotizan los precios a los que están dispuestos a vender (oferta) o comprar (demanda) valores a otros operadores y a los clientes de estos. En pocas palabras, los mercados extrabursátiles son menos transparentes y tienen menos reglas que las bolsas.”

utilizados en la concesión del préstamo.”<sup>112</sup> Es decir, la titulización es un proceso financiero que consiste en transformar cualquier activo susceptible de generar ingresos recurrentes en títulos o valores negociables.

### **3.1 Puerto Rico**

#### **3.1.1 El proceso de titulización hipotecaria**

En EE. UU. y Puerto Rico no existe una reglamentación uniforme para ceder los créditos hipotecarios. Cada Estado de EE. UU., incluido Puerto Rico por razón de formar parte del mercado financiero e hipotecario de EE. UU., tienen normas para ceder los créditos hipotecarios lo que convierte la cesión del crédito hipotecario en una tarea compleja. En el proceso de cesión y posterior titulización de las hipotecas no existen reglas para saber exactamente cómo se ceden masivamente las hipotecas. Esta situación se debe a las distintas normas que existen en cada uno de los Estados de EE. UU. unido a la doctrina que establecen los distintos tribunales y el Derecho federal en EE. UU. Por tanto, existe disparidad en EE. UU. sobre las normas para la cesión del crédito hipotecario y la titulización de hipotecas. Esta disparidad, a nuestro entender, fue una de las causas que provocó la crisis financiera de

---

112 MADRID PARRA, AGUSTÍN, Régimen General del Mercado Hipotecario en Tratado de Derecho Mercantil, Inversión Colectiva, Mercado Hipotecario, Titulización, T. XII, Marcial Pons Ed. Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid (2017), pp. 472, 479 y 502. Este autor cita en la p. 472 a Ma. T. Noguera Lozano, La financiación del mercado hipotecario español desde 1981, Madrid, UNED, 1996, Cap. IV, El proceso de titulización de préstamos hipotecarios, pp. 126-127. *Vid.* TAPIA HERMIDA, ALBERTO JAVIER, Instituciones financieras para la mejora del mercado inmobiliario: los fondos de titulización (en particular, los fondos de titulización hipotecaria) y las instituciones de inversión colectiva inmobiliarias (en particular, los fondos de inversión inmobiliaria), *Rev. Der del Mercado de Valores*, Núm. 3, 2008, pp. 35-57, 41; *Cfr.* Estudios de Derecho Mercantil homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez, Vol. I, Ed. Valladolid, (1998), p. 887-906; *Vid.* BAUMS, T. and WYMEERSCH, EDDY, Asset-backed Securitization in Europe, *Kluwer Law International*, (1996), pp. 207-226; *Vid.* GARCÍA RODRÍGUEZ, ANA y GARCÍA SILVESTRE, IGNACIO, Nuevas tendencias en el mercado de la titulización de activos: El fomento de la titulización sintética en España, *Rev. Der. Del Mercado de Valores*, Núm. 16, 2015, *op. cit.* p. 3. “La titulización sintética se ha definido como un instrumento de financiación estructurada que permite traspasar el riesgo de crédito de una cartera de activos sin que se produzca la venta de los activos y sin que estos salgan del balance del originador, mediante la utilización de instrumentos diseñados para transferir total o parcialmente el riesgo de crédito de un determinado activo.” La titulización sintética se recoge en el art. 19.1 de la Ley 5/2015 como: “Los fondos de titulización podrán titular de forma sintética préstamos y otros derechos de crédito, asumiendo total o parcialmente el riesgo de crédito de los mismos, mediante la contratación con terceros de derivados crediticios, o mediante el otorgamiento de garantías financieras o avales en favor de los titulares de tales préstamos u otros derechos de crédito.” *Cfr.* ASHURT, Titulización sintética, marzo 2004, [www.ashurst.com/doc.aspx?id\\_Content=853](http://www.ashurst.com/doc.aspx?id_Content=853). Por su parte, el art. 2.1 (c) del Reglamento (UE) 236/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo, define este instrumento de titulización sintética (CDS, permuta de cobertura por impago) como un contrato derivado por el cual una parte paga a otra una prima a cambio de un pago u otra prestación en caso de que se produzca un evento de crédito ligado a la entidad de referencia, o cualquier otro incumplimiento en relación con dicho contrato derivado que tenga un efecto económico similar.

2007 y como dato estadístico mencionamos que en EE. UU. en el año 2000 las hipotecas de alto riesgo o *subprime*<sup>113</sup> titulizadas constituían aproximadamente el 50.4% del total de hipotecas titulizadas cifra que aumentó en un 81.2% para el año 2005.<sup>114</sup>

Las hipotecas titulizadas en los distintos Estados de EE. UU., incluido Puerto Rico, se agrupan en fondos (*pools*). En Puerto Rico el pagaré hipotecario que será objeto de titulización (*note o promissory note*) circulará en el mercado financiero y a su poseedor o tenedor se le brindarán las protecciones incluidas en la Escritura de Hipoteca, Escritura de Fideicomiso (*Deed of Trust*) o Escritura de Garantía Colateral (*Security Deed*). El pagaré o un interés parcial del pagaré, conjuntamente, con la hipoteca puede ser vendido una o más veces sin aviso previo al deudor. Dicha venta puede resultar en un cambio en la entidad conocida como el administrador del préstamo hipotecario (*mortgage servicer*) e incluso puede haber uno o más cambios de administrador del préstamo hipotecario no relacionados con la venta del pagaré.

En el proceso de titulización de hipotecas se crea un fideicomiso (*trust*) al cual se asignan las hipotecas agrupadas. La diferencia más importante en la cesión del crédito hipotecario a través de un fondo de hipotecas titulizadas es que el crédito hipotecario se trata como un activo y el mismo puede estar englobado en su totalidad, o en parte, en cada uno de los fondos que se creen, y a su vez dichos fondos no tienen personalidad jurídica separada, con lo cual permanece inalterada la obligación jurídica entre las partes que originan el préstamo hipotecario.<sup>115</sup> Una de las características de la titulización es que el crédito aportado, aunque fuera del balance de los libros, sigue o continua en el patrimonio del acreedor que originó el préstamo. Es por eso, que en el proceso de titulización de hipotecas los límites entre la titulización de los préstamos hipotecarios (activos hipotecarios) y la cesión de crédito que genera el préstamo con garantía hipotecaria es difusa. Esta falta de precisión

---

113 *Vid.* Black's Law Dictionary (10th ed. 2014), loan - subprime loan (1993). A loan, esp. a mortgage or home-equity loan, made to one whose financial condition and creditworthiness are poor, creating a high risk of default. A subprime loan usually has an adjustable interest rate that is low at inception, to help a financially weak borrower qualify, then rises over the life of the loan.

114 ZYWICKI, TODD J. and ADAMSON, JOSEPH D., The Law and Economics of Subprime Lending, 80 U. Colo. L. Rev. 1, 52-53 (2009).

115 SCHWARCZ, STEVEN L., Regulating Complexity in Financial Markets, 87 Wash. U. L. rev. 211 (2009) y Securitization, Structured Finance, and Covered Bonds, 39 J. Corp. L. 129 (2013). Para una explicación sobre el concepto de la cesión del crédito hipotecario a través de un fondo de hipotecas titulizadas *cfr.* LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ M.<sup>a</sup>, CASASOLA DÍAZ, JOSÉ M.<sup>a</sup> y TORRES CASERO, JOSÉ ANTONIO, La cesión y titulización del crédito hipotecario, Ed. Wolters Kluwer España, S. A. España (2017), p. 111.

se observa en la forma y manera en la cual se constituye el fideicomiso (*trust*) y en la aportación de activos hipotecarios al fondo de hipotecas (*pool*).<sup>116</sup>

La ingeniería financiera en la cesión de créditos hipotecarios en EE. UU. se fundamenta en tres factores: (1) la cesión rápida para evitar que los inversionistas del mercado financiero se vean afectados por la insolvencia del originador de los préstamos hipotecarios, (2) una cesión a bajo costo y (3) la creación del *servicing* sobre la gestión y administración del préstamo hipotecario.

En la titulización de créditos hipotecarios nos encontramos instituciones en donde lo que se cede efectivamente no es el crédito en sí, sino la contraprestación que pueda obtenerse del mismo. En lugar de proceder a la cesión del crédito con las formalidades del contrato de cesión lo que se hace es que se vende a un tercero la liquidez obtenida de los pagos de dicho crédito.<sup>117</sup> En este escenario tampoco nos encontramos bajo los supuestos de una auténtica cesión de créditos sino ante una figura atípica que deja en la mayoría de los casos inalterada la relación entre el acreedor original y el deudor.<sup>118</sup> La titulización de préstamos hipotecarios en EE. UU y Puerto Rico, de forma general, no equivale estrictamente a una cesión de créditos debido a que lo que se ha enajenado no son créditos concretos sino carteras de préstamos definidas y estas carteras de préstamos a menudo incluyen importes no detallados.<sup>119</sup> En general, existen dos modalidades en la titulización de préstamos hipotecarios: (1) adquirir la plena titularidad de los créditos de la cartera de préstamos o (2) adquirir sólo los resultados o derechos económicos derivados de la cartera de préstamos.<sup>120</sup> A través de la venta de estos derechos económicos el vendedor (banco de inversiones) transmite al inversionista todas las cantidades que consiga cobrar de los créditos de la cartera de préstamos hipotecarios. La gestión y administración de la cartera de préstamos hipotecarios se hace mediante un contrato de gestión que en inglés se conoce como un “*servicing agreement*.” En dicho contrato de gestión se detallan las prácticas y políticas que el banco comercial que concedió los préstamos hipotecarios o la institución financiera designada

---

<sup>116</sup> *Ibid.* y *Cfr.* LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ M.<sup>a</sup>, CASASOLA DÍAZ, JOSÉ M.<sup>a</sup> y TORRES CASERO, JOSÉ ANTONIO, *op. cit.* pp. 92-93.

<sup>117</sup> *Ibid.* y *Cfr.* LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ M.<sup>a</sup>, CASASOLA DÍAZ, JOSÉ M.<sup>a</sup> y TORRES CASERO, JOSÉ ANTONIO, *op. cit.* p. 113.

<sup>118</sup> *Ibid.* y *Cfr.* LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ M.<sup>a</sup>, CASASOLA DÍAZ, JOSÉ M.<sup>a</sup> y TORRES CASERO, JOSÉ ANTONIO, *op. cit.* pág. 113.

<sup>119</sup> *Ibid.* y *Cfr.* LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ M.<sup>a</sup>, CASASOLA DÍAZ, JOSÉ M.<sup>a</sup> y TORRES CASERO, JOSÉ ANTONIO, *op. cit.* pág. 105.

<sup>120</sup> *Ibid.* y *Cfr.* LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ M.<sup>a</sup>, CASASOLA DÍAZ, JOSÉ M.<sup>a</sup> y TORRES CASERO, JOSÉ ANTONIO, *op. cit.* p. 105.



deberá seguir y adoptar para lograr la optimización y mayor rendimiento de la cartera de préstamos que administra bajo el contrato de gestión o “*servicing agreement*.”

Otra característica importante sobre la cesión de los créditos hipotecarios es que en el mercado secundario de hipotecas la transmisión de la hipoteca se realizará a través de anotaciones contables o por transferencia contable. Esta característica tiene como ventaja una reducción en el costo de la financiación de los préstamos hipotecarios y supone una mejor gestión del riesgo del crédito. La transferencia contable produce los mismos efectos que la tradición, pero en ella interviene un miembro o integrante del mercado financiero. En adición, la cesión del crédito que forman las hipotecas titulizadas se hace a través de un endoso ya que la declaración escrita exigida para la transmisión del título nominativo no necesariamente ha de constar en el propio título y el endoso puede figurar en un documento separado que en inglés se le conoce como “*allonge*” el cual debe mantenerse en todo momento adherido al pagaré.

En EE. UU. y Puerto Rico los aspectos de la titulización de hipotecas no requieren una regulación específica porque la titulización de hipotecas se basa en conceptos legales generales relacionados con la titulización de activos en el mercado financiero. Estos conceptos generales de la titulización de activos hacen que la cesión del crédito sea flexible, lo que permite incorporar diversas modificaciones para ajustar la titulización hipotecaria y convertir la misma en una transacción diseñada a la medida del banco que concede el préstamo hipotecario y posteriormente lo tituliza. Estas modificaciones pueden incluir desde la creación de una garantía inmobiliaria sin ninguna notificación al deudor hipotecario basado en las regulaciones que establece la *Real Estate Settlement and Procedures Act* (RESPA), que son regulaciones que aplican a los prestamistas e industria bancaria. Sin embargo, una vez creadas las modificaciones en las transacciones relacionadas con la titulización de hipotecas, se debe tener especial cuidado e incorporar solamente aquellas modificaciones que sean necesarias para evitar deficiencias. La crisis financiera de 2007 nos demuestra que, en el proceso de titulización hipotecaria, particularmente en la titulización de hipotecas de alto riesgos o *subprime*, hubo deficiencias en la creación de los fondos de activos a ser titulizados y estas deficiencias provocadas por las modificaciones realizadas con las hipotecas *subprime* produjeron mayor flexibilidad en la cesión de las hipotecas titulizadas, y en su consecuencia se mezclaron o contaminaron los activos o hipotecas de buena calidad con activos o hipotecas de mala calidad.

En Puerto Rico, según hemos mencionado previamente por influencia española rige el Derecho civil y la cesión de crédito en el ámbito civil tiene como presupuesto la salida del

crédito de la esfera patrimonial del acreedor original hacia un tercero. En el caso de Puerto Rico, la cesión del crédito de las hipotecas titulizadas es enrevesada porque la aplicación de los mecanismos que establece el Derecho civil para la cesión de créditos no aplica en el sistema de derecho de EE. UU. En el caso de la cesión y aportación de créditos hipotecarios como activos a los fondos de hipotecas titulizadas, la titularidad de los créditos no se afecta porque no sale completamente del patrimonio del acreedor original.<sup>121</sup>

### 3.1.2 El desregulado proceso de titulización de hipotecas en EE. UU. y su impacto en Puerto Rico

En Puerto Rico el proceso de titulización hipotecaria comienza con el banco que origina y concede un préstamo hipotecario a un consumidor. Luego de concedido el préstamo el banco tituliza la hipoteca convirtiendo la misma en un activo financiero. Esta transacción se recoge en un “*Pooling and Service Agreement*” que es el contrato que establece los derechos y obligaciones entre las partes sobre un grupo de préstamos hipotecarios que han sido titulizados.<sup>122</sup> Las hipotecas titulizadas posteriormente se traspasan a un fideicomiso (*trust fund*)<sup>123</sup> el cual emite valores para ser ofertados a inversionistas. El banco de inversiones es quien crea el fideicomiso (*trust*) como un vehículo financiero (*special purpose vehicle*) (SPV) en donde los préstamos hipotecarios se agrupan y titulizan para la emisión de valores hipotecarios. Estos valores hipotecarios luego son comercializados a través de un *underwriter*, quien se encarga de organizar toda la emisión de los valores hipotecarios y de realizar tareas que van desde buscar los bancos que conceden

---

121 *Ibid.* y *Cfr.* LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ M.<sup>a</sup>, CASASOLA DÍAZ, JOSÉ M.<sup>a</sup> y TORRES CASERO, JOSÉ ANTONIO, *op. cit.* p. 111.

122 Para propósitos de entender el alcance de este contrato debemos mencionar que en EE. UU. y Puerto Rico el mismo surge luego del proceso de titulización de los préstamos hipotecarios a través de un acuerdo conocido como “*Pooling and Servicing Agreement*” (PSA). Por tanto, teniendo en cuenta que el mercado hipotecario se integra en el mercado financiero de EE. UU. a través de las titulizaciones y que esto ocurre cuando se coloca la cartera de préstamos hipotecarios de un originador de préstamos hipotecarios mediante la venta a terceros de dichos préstamos, a esta venta que se conoce como “la venta de bonos de titulación.” En la venta de los bonos de titulación realizada a terceros se transmiten los riesgos asociados con los préstamos que han sido titulizados. De este modo se obtienen recursos adicionales que se traducen en ganancias que toman la forma de comisiones tanto para el originador del préstamo hipotecario, los bancos de inversión, los agentes hipotecarios (“*brokers*”) y hasta las compañías aseguradoras involucradas en este tipo de transacción. *Vid.* WISHNIA, JOSHUA D., *Servicing of Residential Mortgage Loans in Securitization Transactions*, 266-OCT N.J. Law. 36 (2010) y *Black’s Law Dictionary* (10th ed. 2014), *pooling agreement* (1907) “A contractual arrangement by which corporate shareholders agree that their shares will be voted as a unit. — Also termed voting agreement; shareholder voting agreement; shareholder-control agreement.”

123 *Vid.* *Black’s Law Dictionary* (10th ed. 2014), *trust fund* (18c) The property held in a trust by a trustee; CORPUS (1) - common trust fund (1852) A trust fund set up within a trust department to combine the assets of numerous small trusts to achieve greater investment diversification. Common trust funds are regulated by state law.

préstamos hipotecarios, establecer el fideicomiso (*trust*), realizar las cesiones de hipotecas, preparar toda la documentación y contratos, y finalmente, efectuar la emisión de los valores hipotecarios. Es así como las hipotecas titulizadas se separan de los créditos hipotecarios de los bancos comerciales que concedieron los préstamos hipotecarios.

El fideicomiso (*trust*) vende (“*true sale*”) a diferentes inversionistas el derecho de crédito sobre la deuda garantizada con las hipotecas.<sup>124</sup> Con la venta de estos valores a inversionistas, se elimina la deuda del préstamo hipotecario del balance de obligaciones de los bancos y se expande la capacidad de los bancos para poder conceder préstamos de forma más rápida.<sup>125</sup> Los ingresos futuros que recibirán los inversionistas serán aportados por la garantía que proveen los flujos de efectivo de los pagos mensuales de las hipotecas. Estos flujos de efectivo son independientes del fideicomiso (*trust*), por lo tanto, el rol del fideicomiso se limita a emitir los valores y a poseer el activo subyacente que son las hipotecas titulizadas. El fideicomiso (*trust*) a su vez contrata un *swap*, el cual sirve para cubrir los riesgos de tipo de interés y del tipo de cambio. Todo el proceso es supervisado por una agencia acreditadora o calificadora de crédito comúnmente conocida como (*rating agency*) de EE. UU., la cual asigna una clasificación a los valores creados en el fondo de hipotecas. En caso de que el banco que origina y concede la hipoteca quiebre o se torne insolvente, los activos subyacentes (hipotecas titulizadas) que mantiene el fideicomiso (*trust*) siguen siendo válidos debido al principio de subsidiaridad.

En EE. UU. y Puerto Rico la titulización (*securitization*) que se produce en el mercado financiero provee acceso directo a los mercados de capitales sin necesidad de que los bancos tengan que tomar cantidades prestadas para el financiamiento de los préstamos que conceden o recurrir al préstamo interbancario para obtener capital. Es en el mercado secundario de hipotecas en donde se ceden de forma masiva las hipotecas concedidas y dicha cesión se hace a través de un mercado organizado en donde el banco comercial que concedió el préstamo hipotecario traspasa a un banco de inversiones los préstamos hipotecarios concedidos. Esto permite la diversificación geográfica de las hipotecas incluidas como

---

124 *Vid.* Deutsche Bank Nat. Trust Co. v. Brock, 430 Md. 714, 63 A.3d 40, 80 UCC Rep. Serv.2d 232. “*Securitization*” of mortgages starts when a mortgage originator sells a mortgage and its note to a buyer, who is typically a subsidiary of an investment bank; the investment bank bundles together the multitude of mortgages it purchased into a “special purpose vehicle,” usually in the form of a trust, and sells the income rights to other investor.” *Vid.* Ukaegbu v. Select Portofolio Servicing, Inc., Case No. PWG-16-3415, op issue July 7, 2017 US District Court D. Maryland, Southern Division, 2017 WL 2930465; Powell v. Countrywide Bank, FSB, Civil Action No. PX 16-1201, op issue October 4, 2016 US District Court D. Maryland, 2016 WL 5815884 and Danso v. Ocwen Loan Servicing, LLC, Mortgage Electronic Registration Systems, Inc. Civil Action No. PX-1601396, op issue August 23, 2016, US District Court D. Maryland, 2016 WL 4437653.

125 En cuanto a la definición de titulización *cf.* HULL, JOHN C., Introducción a los Mercados de futuros y opciones, 8va Ed. Pearson (2014).

activos en los fondos de cobertura (“*pools*”) que crea el fideicomiso (*trust*) y que se incluyen en un *special purpose vehicle* (SPV). Es importante destacar que la función del fideicomiso (*trust*) es que esta figura se estructura como un *insolvency-remoteness vehicle* al cual no le afectan las deudas o posible insolvencia de los bancos que concedieron los préstamos hipotecarios titulizados. Bajo este sistema de titulización, el fideicomiso (*trust*) se diseña mediante tramos (*tranches*) para brindar diferentes grados de seguridad a los inversionistas a través de los *credit enhancements* que normalmente son los seguros de cobertura o *credit default swaps* (CDS).

En la titulización hipotecaria ocurre lo que se denomina como la “*estratificación del riesgo de crédito*” que es el pago secuencial a los inversionistas conforme al valor o certificado de transmisión hipotecaria adquirido. Así, las distintas series de valores o certificados de titulización se emiten con una determinada estructura de subordinación, creando una cascada de pagos que será determinante a la hora de establecer en qué orden se absorben las pérdidas de los préstamos hipotecarios agrupados. Los distintos niveles o categorías de valores emitidos implican diferentes niveles de riesgo y por lo tanto distintos niveles de rentabilidad. Es en los valores emitidos en donde se estratifica el riesgo del crédito. Dicho riesgo también queda reflejado en las calificaciones que otorgan las agencias de acreditadoras de crédito (*rating agencies*) de EE. UU. Desde el punto de vista del riesgo del crédito la titulización hipotecaria admite una definición más amplia pues no se trata de una mera transformación de activos financieros, sino de un mecanismo que permite estratificar el riesgo del crédito de una cartera o grupo de préstamos. El mecanismo utilizado para la transferencia y estratificación del riesgo del crédito de una cartera o grupo de préstamos posibilita clasificar las titulizaciones entre “*titulizaciones tradicionales*” y “*titulizaciones sintéticas.*” Las titulizaciones tradicionales se relacionan con el mecanismo a través del cual se realiza la transmisión del riesgo del crédito y se produce la venta de los activos titulizados a una entidad o vehículo especial (*special purpose vehicle*), mientras que en las titulizaciones sintéticas se transfiere el riesgo del crédito, pero no el activo en sí mismo.<sup>126</sup>

Antes de la crisis financiera de 2007, tanto en EE. UU y Puerto Rico, la técnica para la titulización de hipotecas más utilizada fue la *titulización sintética*. El alto volumen observado de valores creados con la *titulización sintética* se debió a que este proceso

---

126 LACABA SÁNCHEZ, FERNANDO, La titulización de créditos hipotecarios. Nueva controversia en nuestro derecho hipotecario, Revista de Derecho vLex - Nbr. 144, May (2016), <http://vlex.com/vid/titulizacion-creditos-hipotecarios-nueva-640668417> (consulta, 30 de agosto de 2018).

incorpora la posibilidad de que los cedentes puedan transferir el riesgo a partir de derivados de crédito, mientras mantienen los activos en el balance de los libros a diferencia de la *titulización tradicional*. La permanencia de estos activos es especialmente significativa porque en la *titulización sintética* el crédito se mantiene en el balance de la entidad y lo que se cede, a un tercero, es el riesgo inherente al crédito. La transmisión del riesgo se hace a través de un *credit default swap* (CDS), que aporta una garantía para la entidad que como titular de los activos mantiene el riesgo en su balance. En cuanto al balance del fideicomiso (*trust*), el activo está integrado por un *credit default swap* (CDS) para los activos que la entidad generadora mantiene en su balance y por parte del pasivo un *collateralized debt obligation* (CDO)<sup>127</sup> lo que le permite apalancarse (“*leverage*”) y transferir grandes

---

127 “A collateralized debt obligation (CDO) is a structured financial product that pools together cash flow-generating assets and repackages this asset pool into discrete tranches that can be sold to investors. A collateralized debt obligation is named for the pooled assets — such as mortgages, bonds and loans — that are essentially debt obligations that serve as collateral for the CDO. The tranches in a CDO vary substantially in their risk profiles. The senior tranches are generally safer because they have first priority on payback from the collateral in the event of default. As a result, the senior tranches of a CDO generally have a higher credit rating and offer lower coupon rates than the junior tranches, which offer higher coupon rates to compensate for their higher default risk. CDOs subsequently exploded in popularity, with CDO sales rising almost tenfold from \$30 billion in 2003 to \$225 billion in 2006. But their subsequent implosion, triggered by the U.S. housing correction, saw CDOs become one of the worst-performing instruments in the broad market meltdown of 2007–2009. The bursting of the CDO bubble inflicted losses running into hundreds of billions on some of the biggest financial institutions, resulting in them either going bankrupt or being bailed out through government intervention, and contributing to escalation of the global financial crisis during this period” *Cfr.* <https://www.investopedia.com/terms/c/cdo.asp> (consulta 18 de agosto de 2018). *Vid.* Black’s Law Dictionary (10th ed. 2014), collateralized mortgage obligation (1989) Securities. A bond secured by a group of mortgage obligations or pass-through securities and paid according to the payment schedule of its class (or tranche). CMOs are issued by the Federal Home Loan Mortgage Corporation, and benefit from predictable payments of interest and principal. *Cfr.* EXPÓSITO, R. Lecciones de Historia: La Crisis de las Hipotecas Suprime, Cap. III La Titulización. <http://www.economiapuntos.blogspot.com/2013/03/leccionesdehistorialacrisisdelaahipotecassubprime>. (consulta 16 de agosto de 2018). “Los bancos crearon unos productos financieros denominados CDO (Collateralized Debt Obligation - Obligaciones de Deuda Colateralizada). Los CDO eran unos “paquetes” donde se incluían hipotecas de todo tipo junto a otros activos bancarios (préstamos para el consumo, créditos a estudiantes, etc.). Los CDO formados por hipotecas se denominaron MBS (Mortgage Backed Securities - Obligaciones Garantizadas con Hipotecas-) y, como cualquier activo financiero, eran títulos negociables (de ahí que el proceso se denominara titulización). Los bancos vendían inmediatamente estos paquetes MBS a unas entidades denominadas conduits (entidades “vehículo”). De esta forma, entraba liquidez en los bancos y éstos transferían los riesgos fuera de sus balances. Sin embargo, los conduits no eran más que entidades filiales (normalmente fondos de inversión) creadas por los propios bancos para escapar a la normativa contable que sólo afectaba a las entidades bancarias. Es decir, se trataba de una estratagema para “blanquear” las cuentas de los bancos y cumplir la normativa internacional. Aún peor, los conduits aumentaron el riesgo soportado por el sistema, ya que pedían créditos a otros bancos para conseguir el dinero con el que comprar los paquetes MBS, con lo que aumentaban aún más el endeudamiento de los bancos. El propósito de los conduits era vender rápidamente los MBS que tenían en su poder, generando así una nueva fuente de beneficios. Para ello, recurrieron a los servicios de los bancos de inversión, que los vendieron a otros bancos, fondos de inversión, fondos de pensiones, sociedades de capital riesgo, aseguradoras, etc. A su vez, estas entidades vendían y revendían estos paquetes, que acabaron distribuyéndose por todo el mundo. A menudo, los bancos de inversión elaboraban paquetes CDO que contenían otros paquetes CDO y MBS, de modo que al final nadie sabía a ciencia cierta el producto que en realidad estaba comprando. Para explicar la actuación tan deficiente de las agencias de calificación debemos volver a mencionar el problema de los incentivos. Al igual que en el resto del sector financiero, los incentivos de las agencias de calificación estaban muy distorsionados: quienes pagaban a las

cantidades de riesgo al inversionista. Al haber una doble intermediación financiera, los bancos y entidades financieras que por un lado otorgaron el préstamo hipotecario y por el otro titulizaron los créditos hipotecarios concedidos, reciben doble beneficio, ya sea a través del diseño del producto financiero o préstamo hipotecario, o como una cuota por el servicio y posterior administración del préstamo hipotecario (*servicing*).

Por tanto, el proceso de titulización de hipotecas en EE. UU. y Puerto Rico trata de un conglomerado de distintos activos subyacentes o distintas hipotecas, que se compone de distintos niveles o tramos (*tranches*) a los que se les asignan distintas cualidades o calificaciones crediticias, en función del riesgo. A los tramos (*tranches*) o niveles superiores se les denomina tramo preferente (“*senior*”) porque son los primeros en cobrar los flujos de efectivo generados por las hipotecas como activo principal y, por ende, adquieren la mejor calificación normalmente AAA. En el segundo tramo (*tranche*) se encuentran los niveles o bloques *mezzanine*, cuya calidad crediticia oscila entre BBB ó B. Y en tercer lugar se encuentra el bloque de acciones ordinarias, el cual no se califica porque no es una deuda, sino acciones. En el proceso de titulización hipotecaria no todos los tramos (*tranches*) se encuentran en la misma proporción dentro del activo subyacente.<sup>128</sup> En la estructura de pagos en cascada los ingresos de las mensualidades de los préstamos hipotecarios llegan al *special purpose vehicle* y se paga a los inversionistas según el orden y categoría de los *tranches*. Un *tranch* con categoría AAA será el primero en cobrar. Sin embargo, antes de que los inversionistas cobren, normalmente cobra primero el *trustee* del *special purpose vehicle*, los *brokers* o agentes de la emisión y las agencias acreditadoras de crédito (*rating agencies*), luego se pagan los *credit default swaps* (CDS), los *servicers* encargados de la gestión de los préstamos hipotecarios y por último los inversionistas.<sup>129</sup>

Es importante destacar que en EE. UU. los *special purpose vehicle* (SPV), generalmente, son las agencias cuasi-gubernamentales de EE. UU. conocidas como los

---

agencias de calificación eran precisamente los bancos que creaban los paquetes que había que calificar. La competencia entre las distintas agencias hizo el resto: si una agencia de calificación no daba la nota que se pedía, los bancos de inversión podrían recurrir a una de sus competidoras. De esta forma, cientos de bancos y millones de personas en todo el mundo invirtieron en estas hipotecas o en sus productos derivados creyendo que se trataba de una inversión segura. En gran medida, todo fue posible gracias a que las autoridades financieras habían relajado la supervisión y la regulación de los mercados financieros.”

128 GARCÍA ALCOBA, M.<sup>a</sup> LUCÍA (autora) y CORONADO VACA, MARÍA, (directora), La crisis de titulización del 2007 con especial consideración a los casos de EE. UU. y Europa, Trabajo Fin de Grado, Universidad Pontificia ICAI ICADE, Madrid, marzo 2015, p. 15. <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/4331> (consulta 28 de abril de 2021)

129 NASARRE AZNAR, SERGIO, Los años de la crisis de la vivienda... *op. cit.* p. 203.

*Government Sponsored Enterprises*<sup>130</sup> (GSE) que incluyen la *Federal National Mortgage Association (Fannie Mae)* y la *Federal Home Loan Mortgage Corporation (Freddie Mac)*.<sup>131</sup> Las GSE permiten que los riesgos asociados a los créditos hipotecarios se pasen a éstas entidades a través de agrupaciones en cartera lo que se denomina como un producto financiero que se ha desarrollado a través de la técnica conocida como el “*pass-through*.” Los valores que se generan a través de la titulización de hipotecas pueden ser emitidos en diversas series, cada una de ellas con determinadas condiciones y facultades lo que permite diseñar valores hechos a la medida de las necesidades de los bancos e instituciones financieras.

Previo a la crisis financiera de 2007, la cesión de créditos hipotecarios en EE. UU. se centralizó en la financiación de préstamos hipotecarios y su posterior titulización. Los valores resultantes de esta operación financiera son los denominados *mortgage backed securities* (MBS). En este punto, cabe señalar que los *mortgage-backed securities* son certificados respaldados por activos que están asegurados por hipotecas o agrupaciones de hipotecas, estos certificados son evaluados por las agencias acreditadoras de crédito (*rating agencies*) de EE. UU., quienes clasifican dichos certificados para que éstos sean emitidos en el mercado secundario.<sup>132</sup> Los *mortgage-backed securities* prometen devolver la inversión

---

130 Es importante destacar que, con la llegada de la crisis financiera de 2007, la titulización de hipotecas en EE. UU. se afectó grandemente y el negocio de la titulización hipotecaria a través de las GSE tuvo deudas importantes que ocasionaron que en septiembre de 2008 las GSE fueron colocadas en *conservatorship* o reorganización, situación que continúa en 2020. Cfr. <http://www.freddiemac.com/governance/corporate-governance.html>. (consulta 17 de octubre de 2020).

131 El Government National Mortgage Association (Ginnie Mae) es una de las 3 entidades de EE. UU. que se encargan de la titulización de préstamos hipotecarios, pero esta entidad es una corporación pública. Cfr. <http://ginniemae.gov>. “The Housing and Urban Development Act of 1968 subsequently split Fannie Mae into two separate corporations: Fannie Mae, to purchase conventional (non-U.S. government-insured or government-guaranteed) mortgages that conformed to specific underwriting standards, and the Government National Mortgage Association (GNMA), or Ginnie Mae, whose full faith and credit guaranty would provide liquidity to lenders while broadening the market for mortgage loan investment beyond portfolio ownership. These loans are insured or guaranteed by the FHA, the U.S. Department of Housing and Urban Development’s (HUD), Office of Public and Indian Housing (PIH), the U.S. Department of Veterans Affairs’ (VA) Home Loan Program for Veterans, the U.S. Department of Agriculture’s (USDA) Rural Development Housing, and Community Facilities Programs and Rural Development Guaranteed Rural Rental Housing Program (RD). Ginnie Mae remains a self-financing, wholly owned U.S. Government corporation within HUD.” (consulta 17 de octubre de 2020).

132 SCHILL, MICHAEL H., Uniformity or Diversity: Residential Real Estate Finance Law in the 1990s and the Implications of Changing Financial Markets, 64 S. Cal. L. Rev. 1261 (1991) *op. cit.* “Since 1970, a bewildering array of mortgage-backed securities have been created to appeal to a wide variety of investors. Nevertheless, the basic design of a mortgage-backed security remains the same. An agency or private entrepreneur pools hundreds of home mortgage loans and issues a security that entitles the holder to receive interest and principal payments. Typically, the payments of interest and principal are guaranteed by a secondary mortgage market agency or a private institution. Several varieties of mortgage-backed securities, such as the collateralized mortgage obligation, differ from GNMA pass-through certificates in that the holder of the instrument is not deemed to own an undivided interest in each of the pooled mortgages. Instead, each security is divided into several classes or tranches that correspond to the demand of investors for instruments of varying maturities.

que se realiza a través de pagos periódicos similares a los que se establecen en el certificado o cupón. Una de las características más importantes que tienen los *mortgage-backed securities* es que las hipotecas que aseguran estos certificados deben haber sido originadas por una institución financiera regulada y autorizada conforme a la legislación de EE. UU. Los *mortgage-backed securities* representan porciones indivisas de interés y principal sobre las agrupaciones de préstamos hipotecarios y otros *mortgage-backed securities*.

A través del proceso de titulización, el fideicomiso (*trust*) que crea los *mortgage backed securities* emite los valores hipotecarios a un vehículo financiero “*special purpose vehicle*” (SPV) y estas entidades a su vez pasan los riesgos a los inversionistas a través de los *mortgage backed securities*. Así los *mortgage backed securities* (MBS) se formaron como un tipo de bono titulado cuyo activo principal era un *pool* o conjunto de hipotecas. Los *mortgage backed securities* (MBS) son un derivado de crédito, y al igual que todos los activos titulizados, se divide en diferentes tramos o bloques atendiendo al nivel de riesgo de pago de los flujos de efectivo generados por las hipotecas titulizadas. Los pagos de los *mortgage backed securities* (MBS) provienen de los intereses y la amortización del principal de la hipoteca. En EE. UU. y Puerto Rico existen dos tipos de *mortgage backed securities* (MBS) que varían según su emisor: (1) los *guaranty fee* o “pago de garantía” los cuales en 2007 y 2010 reunían las características establecidas por *Government Sponsored Enterprise* (GSE) lo que hacía que estos préstamos tuviesen una garantía superior porque el Gobierno de EE. UU. respondía en caso de impago de la contrapartida y (2) los *private label* o “etiqueta privada” que son títulos caracterizados por hipotecas que no cumplen con las características de las *Government Sponsored Enterprise* (GSE) lo que supone más riesgo y menos garantías para el inversionista. Antes de la crisis financiera de 2007 los *mortgage backed securities* (MBS) fueron el instrumento financiero más utilizado en el mercado de derivados y alcanzaron el nivel máximo de contratación en 2008 con 10,6 billones de dólares. El incumplimiento generalizado con el pago de los préstamos hipotecarios como contrapartida, que tuvo lugar a partir del 2008, tuvo graves consecuencias través de todo el mundo tanto para las agencias de acreditadoras de crédito (*rating agencies*) de EE. UU. como para los inversionistas.<sup>133</sup>

---

Most holders of the security receive periodic payments of interest. However, principal payments and prepayments are not distributed pro rata to all security holders. Instead, holders of the first class (short-term interests) are entitled to all principal payments and prepayments until their investments are paid off. Additional principal payments and prepayments are then assigned to holders of longer term interests until all security owners have been repaid their capital.”

133 GARCÍA ALCOBA, M.<sup>a</sup> LUCÍA (autora) y CORONADO VACA, MARÍA (directora), *op. cit.* pp. 25-26.



El sistema de titulización de hipotecas de EE. UU. carece de una regulación uniforme y su marco legal consiste en normas del *common law*, *equity* y las prácticas comerciales que han desarrollado un modelo de control de financiamiento privado en donde las agencias acreditadoras de crédito de EE. UU. (*rating agencies*) desempeñan un rol importante.

En fin, el sistema de titulización hipotecaria utilizado en EE. UU. y Puerto Rico, como técnica y desde una perspectiva jurídica, no es seguro. Aunque la titulización brinda como beneficio los diferenciales en los tipos de interés entre los préstamos hipotecarios y los valores emitidos. Puede observarse que la titulización hipotecaria de EE. UU. y Puerto Rico, se mantiene sin una ley específica que la sustente. Se trata de un proceso que se basa en una serie de normas dispersas que hacen que el proceso sea difuso y sin coherencia dejando demasiado margen a la negociación contractual privada en los procesos de titulización. Es de notar que todo este sistema de titulización hipotecaria se originó en el 1999 con la *Glamm-Leach-Bliley Act* que permitió que la banca comercial (*retail banking*) asumiera los riesgos inherentes de la banca de inversiones (*investment bank*) trasladándose así los riesgos en la concesión de préstamos hipotecarios, y con ello que la banca comercial y la banca de inversiones se dedicaran a la titulización de las hipotecas *subprime* o *non-conforming*. Fue así como los bancos concedieron préstamos hipotecarios a deudores con un pobre historial de crédito. Recordemos que antes de la *Glamm-Leach-Bliley Act* desde el 1933 hasta el 1999 la banca comercial y la banca de inversiones de EE. UU. y Puerto Rico estaban legalmente separadas.

Las ventajas del proceso de titulización hipotecaria utilizado en EE. UU. y Puerto Rico se vieron mermadas a la luz de la crisis financiera de 2007. Luego de la crisis financiera de 2007 se hicieron modificaciones en la normativa recogida en Basilea II y Basilea III. Las modificaciones de Basilea II y Basilea III fueron realizadas para atajar la gestión del balance de deuda de los bancos que titularon hipotecas de alto riesgo o *subprime* y para implementar nuevas regulaciones sobre las reservas de capital que deben mantener los bancos en los procesos de titulización.

### **3.2 España**

La LMH de España establece tres instrumentos o valores mediante los cuales se cede el crédito hipotecario. Estos tres instrumentos son: las cédulas, los bonos y las participaciones hipotecarias.

### 3.2.1 Cédulas hipotecarias

Los derechos fundamentales que incorporan las cédulas hipotecarias son la recuperación del principal (capital) y el cobro de los intereses. Conforme nos indica MADRID PARRA las cédulas hipotecarias son valores que confieren un derecho de crédito frente a la entidad emisora. Tienen la naturaleza de una obligación, en cuanto instrumentan una operación de endeudamiento del emisor para la captación de recursos, pero la LMH no las contempla como tales y no establece un régimen jurídico específico para éstas. A las cédulas hipotecarias no les aplica el régimen general de las obligaciones de la Ley de Sociedades de Capital de España. El art. 12 de la LMH establece que el capital y los intereses de las cédulas hipotecarias estarán especialmente garantizados, sin necesidad de inscripción registral, por hipoteca sobre todas las que en cualquier tiempo consten inscritas a favor de la entidad emisora y que no estén afectas a emisión de bonos hipotecarios.<sup>134</sup> El valor del crédito está respaldado económicamente por las cédulas hipotecarias emitidas y dicho valor viene dado tanto por el nominal de la obligación como por el hecho de que el crédito cuenta con una garantía hipotecaria. Su valor en el mercado dependerá de la función de los tipos de interés y de la solvencia de la entidad emisora.<sup>135</sup> La garantía de las cédulas hipotecarias son los títulos que gravan los derechos de crédito (garantizados por hipoteca) que tiene la entidad emisora frente a sus clientes. (art. 14 LMH). Esta garantía de las cédulas hipotecarias viene dada por la cobertura económica de la cartera de créditos hipotecarios de la entidad emisora (excluidos los créditos afectados a una emisión de bonos o participaciones hipotecarias), sobre la cual los cedulistas tienen preferencia de cobro como acreedores especialmente privilegiados. (art. 14 LMH). Como medida de garantía y seguridad, el art. 16 de la LMH impone como límite de emisión de cédulas hipotecarias el 80% del importe de los créditos hipotecarios no afectados a una emisión de bonos y que no sean objeto de participaciones hipotecarias. Si luego ocurre una emisión de cédulas hipotecarias que supere esa proporción, la entidad emisora ha de proceder a la adquisición de cédulas o al aumento de su cartera de créditos hipotecarios hasta restablecer la proporción del 80%. (art. 18 LMH).

---

134 *Vid.* Art. 12 de la LMH, “El capital y los intereses de las cédulas estarán especialmente garantizados, sin necesidad de inscripción registral, por hipoteca sobre todas las que en cualquier tiempo consten inscritas a favor de la entidad emisora y no estén afectas a emisión de bonos hipotecarios, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial universal de la misma y, si existen, por los activos de sustitución contemplados en el apartado dos del art. 17 y por los flujos económicos generados por los instrumentos financieros derivados vinculados a cada emisión, en las condiciones que reglamentariamente se determinen.”

135 MADRID PARRA, AGUSTÍN, *op. cit.* p. 375.

Las cédulas hipotecarias pueden representarse mediante títulos (papel) o mediante anotaciones en cuenta (registro electrónico).<sup>136</sup>

El problema de las cédulas hipotecarias surge del nexo entre la garantía del crédito hipotecario y la garantía que se constituye a favor de los cedulistas. En la configuración jurídica de la garantía de los cedulistas, la LMH permite una ejecución preferente y privilegiada (art. 14 LMH) sobre los créditos hipotecarios mientras éstos permanecen en el patrimonio de la entidad emisora. Sin embargo, un crédito hipotecario puede salir del patrimonio de la entidad emisora, lo que trae como consecuencia que la garantía de los cedulistas no pueda hacerse efectiva sobre el crédito hipotecario que ha sido cedido. Además, en el Registro de la Propiedad no consta la constitución de gravamen alguno sobre determinado crédito hipotecario y el tercero que adquiere ese crédito hipotecario lo recibe libre de cargas. Así las cosas, la garantía que las cédulas hipotecarias proporcionan a sus titulares descansa en el patrimonio de la entidad emisora y en la preferencia que gozan respecto a una parte de ese patrimonio. El contenido concreto de los derechos en cada cédula dependerá de las condiciones en que se haya hecho la emisión. Las características principales de las cédulas hipotecarias son: (a) títulos valores que representan un derecho de crédito contra el emisor (sólo pueden ser emitidas por entidades de crédito) que gozan de una garantía especial sobre los créditos hipotecarios pertenecientes a la entidad emisora, (b) pueden ser títulos nominativos, a la orden o al portador, o anotaciones en cuenta con amortización periódica o no, a corto o largo plazo con posible amortización anticipada y (c) son emitidas en serie o singularmente.<sup>137</sup> Para el caso de que el deudor emisor no pague, el cedulista cuenta con una acción ejecutiva para exigir el pago.<sup>138</sup> (art. 14 LMH y art. 517 LEC). Así lo expresa el art. 14 de la LMH que establece que los titulares de los valores hipotecarios gozan de acción ejecutiva para dirigirse solo contra el emisor. Esta acción no es la acción hipotecaria del art. 129 de la LH porque las cédulas hipotecarias no gozan de una garantía de naturaleza real, y por tanto no cuentan con una verdadera garantía hipotecaria como lo sería una subhipoteca.<sup>139</sup>

---

<sup>136</sup> *Vid.* Art. 6 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (TRLMV).

<sup>137</sup> MADRID PARRA, AGUSTÍN, *op. cit.* p. 352.

<sup>138</sup> *Ibid.* pp. 316-317.

<sup>139</sup> *Ibid.* pp. 378-379 *op. cit.* “Las cédulas hipotecarias no incorporan una acción real para perseguir el objeto de la garantía, doquiera este se encuentre (por ejemplo, en poder de un tercero al que la entidad emisora hubiera cedido el crédito hipotecario); el art. 14 de la LMH solo concede una acción personal contra el emisor, aunque el cedulista este favorecido por el hecho de que la cédula lleve aparejada ejecución. Pero en todo caso se tratará de una acción personal, que no real. Tan es así, que el mismo legislador, consciente de ello, recurre en el mismo art. 14 de la LMH a reconocer a los titulares de cédulas y bonos hipotecarios la preferencia del art. 1.923.3 de

El derecho a ejercitar la garantía de la cual gozan los cedulistas no puede afectar a los deudores hipotecarios puesto que el objeto de la garantía de las cédulas hipotecarias son los créditos hipotecarios y no los inmuebles utilizados como garantía. Se trata de dos créditos distintos y dos relaciones jurídicas diferentes. La acción hipotecaria contra los inmuebles sólo procederá cuando el deudor hipotecario incurra en incumplimiento con sus obligaciones y no pague el importe que corresponda en concepto de intereses y amortización del préstamo hipotecario. Cuando se trata de cédulas hipotecarias procede aplicar las disposiciones del CCom de España y se excluye la aplicación del procedimiento de ejecución hipotecaria contemplado en la LH de España.<sup>140</sup> (art. 129, 154 y 155 de la LH)

### 3.2.2 Bonos hipotecarios

Los bonos hipotecarios son valores que otorgan un derecho de crédito contra el emisor y cuentan con la garantía de determinados créditos hipotecarios que se incluyen (afectan) como cobertura de la emisión. (art. 13 y 14 LMH). La diferencia principal entre los bonos y las cédulas hipotecarias se encuentra en la estructura legal de los bienes que constituyen su cobertura. En el caso de los bonos hipotecarios la cobertura se lleva a cabo por grupos de créditos hipotecarios.

El valor actualizado de los bonos hipotecarios deberá ser inferior al 2% del valor actualizado de los préstamos y créditos hipotecarios afectados. (arts. 13, 14 y 17 LMH). Si el emisor deudor incumple su obligación de pago a los bonistas, éstos tienen acción ejecutiva contra la entidad emisora para exigirle el pago. (art. 14 LMH y art. 517 LEC). Los titulares de bonos tienen el carácter de acreedores especialmente privilegiados con preferencia sobre los acreedores hipotecarios. (arts. 13 y 14 LMH). Se puede constituir un sindicato de titulares de bonos cuando éstos se emitan en serie y será de aplicación subsidiaria el régimen jurídico de las obligaciones establecido en la Ley de Sociedades de Capital de España.<sup>141</sup> (art. 13 LMH y arts. 18 y 19 RMH). Sin embargo, desde el punto de vista de su regulación, a

---

CC. Lógicamente tal reconocimiento hubiera sido innecesario si claramente los titulares de dichos valores hipotecarios tuvieran la condición de acreedores hipotecarios. Quizás también por la misma razón el legislador ve la necesidad de disponer en el art. 14 de la LMH que cedulistas y bonistas gozarán del privilegio especial establecido en el art. 90.1.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC). Además, en la concurrencia de tenedores de cédulas y de bonos sobre créditos afectados a éstos, se concede prelación a los bonos sobre las cédulas. Una supuesta subhipoteca legal, tácita y general pugna contra los principios de publicidad registral y de especialidad en cuanto que todas las hipotecas garantizarán todas las cédulas, lo que justifica la interpretación restrictiva que se hace. Al no existir inscripción, no se puede tratar de la subhipoteca a que se refieren los arts. 107.4 de la LH y 175.4 del RH.”

<sup>140</sup> *Ibid.* pp. 372-373.

<sup>141</sup> *Ibid.* p. 317.

partir de 2007, los bonos hipotecarios pierden la publicidad registral de la garantía hipotecaria y ganan en transparencia mediante la implantación de un nuevo instrumento que ha de llevar la propia entidad emisora a través de un registro contable.<sup>142</sup>

### **3.2.3 Participaciones hipotecarias y las Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización**

#### **3.2.3.1 Participaciones hipotecarias**

En España se buscaba establecer una alternativa para que las entidades financieras vencieran los obstáculos que presentaba la cesión de un crédito regulado por el CC, y para ello se utilizó la LMH mediante la cual se comenzó a desreglamentar el mercado hipotecario español a través de la titulización de los créditos hipotecarios, particularmente, a través de las participaciones hipotecarias.

Las participaciones hipotecarias son valores nominativos que representan los derechos que el emisor (entidad participante en el mercado hipotecario) transmite a su titular (partícipe) sobre un crédito hipotecario de su cartera, en donde la parte cedida se expresa en términos de un porcentaje sobre el crédito participado.<sup>143</sup> Las participaciones hipotecarias aparecieron como instrumento jurídico y financiero con la LMH y su modelo proviene del modelo utilizado en EE. UU. El concepto de las participaciones hipotecarias es la de hacer participar a terceros en un crédito hipotecario en el que el emisor conserva también para sí un porcentaje.<sup>144</sup> En todo caso, lo esencial es que, en los casos de participaciones hipotecarias la titulización implica que la entidad cedente deja de ser la acreedora del crédito que ha sido cedido a un fondo de titulización.<sup>145</sup> En las participaciones hipotecarias el nexo o relación jurídico-económica del partícipe ha de estar referida al crédito o créditos participados.

Las entidades que pueden emitir participaciones hipotecarias son todas las admitidas a participar en el mercado hipotecario. Conforme al art. 29.1 del RMH las participaciones

---

<sup>142</sup> *Ibid.* p. 407.

<sup>143</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, CELIA, *Cesión y Titulización de Créditos Hipotecarios*, Vivienda e Hipoteca, Domínguez Luelmo, Andrés (coord.), Ed. Tecnos, (2018), p. 584 *op. cit.* “Las participaciones hipotecarias no pueden transmitirse directamente a los mercados, sino que es preciso que el emisor las transfiera a un fondo de titulización hipotecaria, que es un patrimonio separado y cerrado, carente de personalidad jurídica, y administrado por una sociedad gestora. El activo de estos patrimonios son las participaciones hipotecarias y el pasivo son los valores emitidos en cuantía y condiciones tales que el valor patrimonial del fondo sea nulo.”

<sup>144</sup> MADRID PARRA, AGUSTÍN, *op. cit.* p. 412.

<sup>145</sup> CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN, Algunas consideraciones sobre la titulización de créditos garantizados con hipoteca y el proceso de ejecución hipotecaria en Derecho español, *Rev. Boliv. Der.*, Núm. 24, julio 2017, p. 140-169, 162.

pueden ser de dos clases: (1) las participaciones no limitadas o libres, que son las que se anotan en el Registro de la Propiedad y que pueden ser adquiridas por cualquier persona y libremente transmitidas<sup>146</sup> y (2) las participaciones limitadas, que son las que no constan en el Registro de la Propiedad y que sólo pueden ser adquiridas y transmitidas entre las entidades financieras que operan en el mercado hipotecario y otras entidades de ahorro institucional (inversionistas profesionales). En las participaciones hipotecarias se da una conexión con un determinado crédito hipotecario, cosa que no ocurre con las cédulas (que respaldan toda la cartera de créditos de cobertura) ni con los bonos (que garantizan un grupo de créditos afectados a una emisión). El partícipe cuenta con la garantía hipotecaria que recae sobre el inmueble relativo al crédito hipotecario participado.<sup>147</sup> Aunque formalmente el crédito hipotecario participado está en la cartera del emisor lo que se ha producido es una transmisión parcial, o total, del contenido económico y el riesgo del mismo.<sup>148</sup> (art. 15 LMH y art. 27.3 RMH) La emisión de participaciones está referida a un concreto y determinado crédito hipotecario que se refinancia mediante cesiones parciales. Los derechos del partícipe recaen siempre sobre un concreto crédito hipotecario.<sup>149</sup>

Según la Comisión Nacional del Mercado de Valores de España,<sup>150</sup> los fondos de inversión consisten en un patrimonio formado por las aportaciones de un número variable de

---

146 *Vid.* Auto del Juzgado de Primera Instancia Núm. 1 de Fuenlabrada, de 6 de marzo de 2015, contiene un buen resumen de la evolución normativa en la materia, incluyendo los preceptos de la Ley 5/2015, de 27 de abril. Se hace una síntesis de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales, inclinándose por la consideración de la participación hipotecaria como una cesión ordinaria de crédito.

147 MADRID PARRA, AGUSTÍN, *op. cit.* pp. 317-318.

148 *Ibid.* p. 412.

149 *Ibid.* p. 413.

150 Real Decreto por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de Admisión a Negociación de Valores en Mercados Secundarios Oficiales, de Ofertas Públicas de Venta o Suscripción y del Folleto Exigible a tales Efectos (Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre). Disposiciones generales – “Este real decreto desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Esta materia ha sido objeto de modificación mediante la aprobación del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que ha dado nueva redacción al régimen establecido en la Ley 24/1988, de 28 de julio, para la regulación de las ofertas públicas y para la admisión a cotización en mercados secundarios oficiales de valores en España. La reforma operada en la Ley 24/1988, de 28 de julio, por el mencionado Real Decreto-Ley perseguía, en primer lugar, trasponer la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE (Directiva de folletos). El Artículo 44 de este Real Decreto-Ley establece las facultades de la Comisión Nacional del Mercado de Valores – “La CNMV deberá asegurarse de que los emisores cuyos valores negocian en un mercado secundario oficial español o en mercados regulados cumplen las obligaciones establecidas por la legislación comunitaria en relación con la información regulada y de que se proporciona información equivalente a los inversores y de que el emisor concede un trato equivalente a todos los tenedores de valores que se encuentran en la misma posición en todos los Estados miembros donde se haga la oferta al público o negocien los valores.” La Comisión Nacional de Mercado de Valores de España realiza diversas funciones relacionadas con los mercados secundarios oficiales de valores españoles y los sistemas multilaterales de negociación. El objetivo de la Comisión Nacional de Mercado de Valores de España es velar por la correcta formación de precios de los valores, la integridad de los mercados y que la negociación en los

inversionistas denominados partícipes.<sup>151</sup> El fondo de inversión es creado por una entidad gestora que invierte de forma conjunta las aportaciones de los inversionistas en diferentes activos financieros. La naturaleza jurídica de los fondos de inversión se basa en su carácter fiduciario. El emisor conserva la custodia y administración de los créditos, con lo cual estará obligado a realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del crédito y, además, deberá llevar a cabo la ejecución de la hipoteca en caso de incumplimiento.<sup>152</sup>

La configuración reglamentaria de la participación hipotecaria muestra un instrumento financiero destinado a facilitar la cesión de créditos principalmente entre entidades financieras.<sup>153</sup> El negocio que da lugar a la emisión de participaciones hipotecarias puede ser variado e incluso la emisión de una participación puede obedecer a la captación de fondos provenientes de inversionistas a través de un proceso de titulización. La entidad emisora continúa como acreedor hipotecario llevando a cabo la gestión del crédito hipotecario y recibiendo los pagos que hace el deudor hipotecario (*servicing*).<sup>154</sup> La entidad emisora se obliga a pagar al partícipe las cantidades correspondientes a la amortización del crédito y al pago de intereses según los términos establecidos en la participación. Por lo general, se pacta un tipo de interés inferior al del crédito participado de forma que la diferencia en los porcentajes en la tasa de interés constituye la retribución de una cantidad por la intermediación de su gestión. En caso de que el emisor no cumpla con su obligación de pasar al partícipe las cantidades correspondientes sobre la amortización de capital e interés ya abonados por el deudor hipotecario, el partícipe dispone de la acción ejecutiva que establece el art. 517.2 LEC, para dirigirse contra el emisor. Por el contrario, cuando sea el deudor hipotecario quien no efectúa el pago, el partícipe podrá compeler al emisor para que ejercite la acción hipotecaria contra el deudor.

---

mercados de valores de España se produzca de forma continua y ordenada. Los mercados secundarios oficiales de valores en España (mercados regulados según MiFID) son las Bolsas de Valores de: Madrid, Barcelona, Bilbao y Valencia, que participan en el capital de la Sociedad de Bolsas, gestora del mercado continuo (SIB). La Comisión Nacional de Mercado de Valores regula: el mercado de deuda pública en anotaciones, el mercado oficial de futuros y opciones “MEFF Exchange” y el mercado oficial de deuda AIAF. Los sistemas multilaterales de negociación (SMN) españoles son: Mercado Alternativo Bursátil, Latibex, Mercado Alternativo de Renta Fija y Senaf. *Cfr.* <http://www.cnmv.es> (consulta, 2 de agosto de 2018).

151 LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ M.<sup>a</sup>, CASASOLA DÍAZ, JOSÉ M.<sup>a</sup> y TORRES CASERO, JUAN ANTONIO, *op. cit.* p. 109.

152 TORO GARCÍA, ELENA, Derecho de retracto de créditos litigiosos y ejecución de los préstamos hipotecarios cedidos a los Fondos Titulizados. *Cfr.* <https://www.bufetebuades.com/derecho-de-retracto-de-creditos>. (consulta 2 de agosto de 2018).

153 MADRID PARRA, AGUSTÍN, *op. cit.* p. 418.

154 *Ibid.* p. 425.

Citando a SÁNCHEZ CALERO, las participaciones hipotecarias tienden a facilitar la movilización del crédito hipotecario.<sup>155</sup> El art. 15 LMH contiene la estructura básica de las participaciones hipotecarias, admitiendo en principio las dos modalidades de participaciones hipotecarias que existen en el mercado hipotecario de EE. UU., a saber: las participaciones en un determinado crédito hipotecario o en un grupo de hipotecas (como los valores hipotecarios tipo “*pass through*”). Las participaciones hipotecarias se emiten a través de la titulización hipotecaria, por lo que se puede afirmar que se produce un fenómeno similar al de la cesión del crédito, pero bajo un esquema jurídico distinto, en donde el cedente no desaparece, sino que pasa a convertirse en el fiduciario que se encarga de la gestión del crédito hipotecario.<sup>156</sup> Por tanto, la cesión que se instrumenta a través de la emisión de participaciones hipotecarias es de naturaleza fiduciaria y constituye un fideicomiso financiero.<sup>157</sup> La entidad emisora refinancia así el préstamo o crédito concedido, pero sin que ello afecte la relación jurídica existente con el deudor hipotecario. Este continúa teniendo su deuda con el acreedor hipotecario emisor de la participación, quien sigue actuando como tal acreedor, si bien con la obligación de ejercer los derechos en beneficio del partícipe en los términos pactados en la participación hipotecaria.<sup>158</sup>

Conforme al RMH se le reconoce a la entidad emisora la titularidad de solo la parte del crédito hipotecario que no haya sido objeto de participación. En la estructura fiduciaria que se crea con las participaciones hipotecarias se mantiene asignada a la entidad emisora las facultades de custodia y administración de todo el crédito hipotecario en beneficio de los partícipes, esta estructura es muy parecida al *mortgage servicer* de EE. UU. La relación jurídica y las facultades de la entidad emisora respecto al deudor hipotecario no se ven afectadas por el hecho de la emisión de las participaciones hipotecarias. No obstante, con la figura de las participaciones hipotecarias existe una menor tutela registral o carencia de ella, poniéndose de manifiesto la dificultad de encajar en el ordenamiento jurídico español la figura del fideicomiso (*trust*) de EE. UU.<sup>159</sup> Las participaciones hipotecarias no representan

---

155 SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, El mercado de títulos hipotecarios: líneas esenciales de su regulación en España, Rev. Der. Bancario y Búrsatil, Núm. 7 (1982), p. 587.

156 MADRID PARRA, AGUSTÍN, *op. cit.* p. 439.

157 NASARRE AZNAR, SERGIO, La regulación de la fiducia como un instrumento con utilidad financiera, El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, GARRIDO MELERO, MARTÍN y FUGARDO ESTIVILL, JOSEPH M.<sup>a</sup> (coords.), T. III, Barcelona, Bosch, (2005), pp. 651-687.

158 MADRID PARRA, AGUSTÍN, *op. cit.* pp. 439-440.

159 *Ibid.* pág. 437 *op. cit.* “El legislador español conocía la figura de las participaciones hipotecarias basadas en la institución del *trust* angloamericano. Conocía la operatividad económico-financiera de las participaciones, así como su estructura jurídica, con la doble versión de participaciones en una determinada hipoteca o en un grupo (*pool*) de hipotecas. Dada la utilidad de la figura, se le quiso dar entrada en nuestro sistema, para lo que no existía ningún obstáculo socioeconómico. Sin embargo, sí que lo hay jurídico, en nuestro ordenamiento no



per se una deuda de la entidad emisora e incluso la entidad emisora puede contratar un seguro para las mismas (*credit default swap*) (art. 27.3 y art. 34 RMH), práctica que es habitual de los EE. UU. de donde proviene esta figura.

Al igual que sucede en EE. UU., el legislador español estableció el nexo y los límites de la participación respecto al crédito participado en cuanto a tipo de interés y periodo de amortización, entre otros. Sin embargo, al no revelarse el título por el que se otorga la acción para concurrir con el acreedor hipotecario en la ejecución hipotecaria o para subrogarse en su lugar se produce una inevitable confusión al no ser subsumible y explicable este régimen jurídico en figuras que regulan la cesión de créditos en España como son: el mandato o la representación.<sup>160</sup>

El partícipe tiene derecho a percibir los pagos en concepto de amortización del capital, pero no directamente del deudor hipotecario, sino a través de quien realiza la gestión del crédito participado. De ahí que si el deudor hipotecario no paga el partícipe tendrá acción contra él bien concurriendo con el acreedor hipotecario gestor o subrogándose en el lugar de este. Pero si habiendo pagado el deudor hipotecario la entidad fiduciaria no pasa su importe a los partícipes, éstos pueden exigir a la entidad emisora el cumplimiento de la obligación de la entidad emisora frente al partícipe, pero esta acción es distinta de la obligación que tiene el deudor hipotecario. El RMH dispone, por una parte, que reembolsado anticipadamente o extinguido el crédito participado nace para la entidad emisora la obligación de reembolsar o amortizar la participación (arts. 28.3 y 33.1 RMH) pero, por otra parte, el partícipe conserva acción contra el emisor hasta el cumplimiento de sus obligaciones (arts. 33.1 RMH).

Citando al jurista NASARRE AZNAR, quien expresa que en España se “*inventaron*” las participaciones hipotecarias en el art. 15 LMH y en el primer RMH 685/1982, tal y como quedaron, puesto que esa figura jurídica no tenía precedentes en el Derecho español y las participaciones hipotecarias al final quedaron como un instrumento financiero que no aclara suficientemente si implica o no una cesión del crédito hipotecario “*participado*.” Financieramente es fundamental que las participaciones hipotecarias queden fuera del balance de la entidad de crédito que concedió el préstamo hipotecario objeto de titulización para evitar que los partícipes se vean afectados por la posible insolvencia de la entidad emisora, y que es ahí en donde radica la fortaleza de las participaciones hipotecarias. Sin

---

existe, ni tiene encaje, la figura del *trust*, institución en que se basa la estructura de las participaciones. En consecuencia, el legislador tiene que acudir a establecer un régimen jurídico sui generis que, suponiendo una utilización y a la vez modificación de instituciones jurídicas acuñadas, permita como resultado una estructuración jurídica de las participaciones similar al modelo angloamericano y, en definitiva, que cumpla similar función socioeconómica.”

<sup>160</sup> *Ibid.* pp. 437-438.

embargo, como las participaciones hipotecarias no cumplen los requisitos del Derecho civil éstas no pueden considerarse una auténtica cesión civil de crédito, al tiempo que no interesa que lo sean frente al deudor, quien desconoce que el crédito ha sido “*participado*” y sigue todas sus relaciones con el originador del crédito.<sup>161</sup> Por tanto, es difícil determinar cuál es la naturaleza jurídica de las participaciones hipotecarias en tanto que son un modo de transmitir masivamente créditos hipotecarios a una entidad o vehículo especial (*special purpose vehicle*) sin tener que cederlos con todas las formalidades que exige el Derecho civil. Las participaciones hipotecarias provocan el efecto de “*transmitir sin ceder.*”<sup>162</sup>

### 3.2.3.2 Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización

En España las Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización tienen por objeto la constitución, administración y representación legal de los fondos de titulización y de los fondos de activos bancarios (FAB) regulados en la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito<sup>163</sup> (art. 25.1 y 26 de la Ley 5/2015 de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial).<sup>164</sup> La Sociedad Gestora es la entidad que mantendrá el fondo de hipotecas titulizadas con todo lo que ello conlleva en términos de ingresos para los inversionistas, representará al fondo de titulización y lo administrará, pero no será la propietaria del patrimonio que constituye y forma el fondo de titulización.<sup>165</sup> La propiedad o patrimonio corresponde a los partícipes que ostenten la condición de beneficiarios en una relación fiduciaria en la que a los inversores corresponde la titularidad que sobre los activos del fondo les otorgue su título jurídico.<sup>166</sup> Lo relevante en

---

161 NASARRE AZNAR, SERGIO, El insuficiente marco legal de los valores hipotecarios y similares en el nuevo mercado hipotecario post-crisis y en un contexto europeo, Presente y Futuro del Mercado Hipotecario Español: Un Análisis Económico y Jurídico, Aranzadi (2018) p. 513.

162 NASARRE AZNAR, SERGIO, Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria, Rev. Crítica Der. Inmobiliario, Núm. 727, septiembre 2011, págs. 2665-2737.

163 LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ M.<sup>a</sup>, CASASOLA DÍAZ, JOSÉ M.<sup>a</sup> y TORRES CASERO, JOSÉ ANTONIO, *op. cit.* p. 72.

164 *Vid.* Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial. Sociedades gestoras de fondos de titulización. Artículo 25 - Objeto social “Las sociedades gestoras de fondos de titulización tienen por objeto la constitución, administración y representación legal de los fondos de titulización, y de los fondos de activos bancarios en los términos previstos en la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. Además, en relación con la actividad que constituye su objeto social, las sociedades gestoras serán responsables frente a los tenedores de los valores y restantes acreedores de los fondos que representan por todos los perjuicios que les cause el incumplimiento de sus obligaciones.”

165 Conforme al art. 27.2 de la Ley 5/2015, para que la sociedad gestora pueda dar comienzo a su actividad, esta debe inscribirse en el Registro Mercantil y en el Registro de la CNMV, esta inscripción ha de producirse en el plazo de seis meses a partir de la concesión de la autorización.

166 *Vid.* Auto 127/2015, de 9 de diciembre de la Audiencia Provincial de Valladolid, que en una línea más coherente con la naturaleza fiduciaria de la participación hipotecaria revoca la resolución dictada en Primera

todo caso, es que la contraparte de los inversionistas no es la Sociedad Gestora de Fondos de Titulización sino los deudores que han de aportar los flujos económicos al fondo, con lo cual, estamos en presencia del *trust* anglosajón en la modalidad de fideicomiso financiero.<sup>167</sup>

A través de la titulización de hipotecas la Sociedad Gestora de Fondos de Titulización gestiona y controla enormes sumas de capital. Las entidades emisoras, que son los bancos e instituciones financieras que concedieron los préstamos hipotecarios titulizados, no tienen que asumir los riesgos sobre el tipo de interés, la liquidez o la insolvencia, debido a que esto recae sobre los partícipes del crédito hipotecario.

Los términos y condiciones del contrato de gestión de las Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización son cruciales para delimitar la configuración de la cesión que se lleva a cabo. En este contrato se recogen las características de los créditos que son objeto de cesión, así como las condiciones o garantías que acompañan la cesión. En función de los términos del contrato de gestión se reparten entre acreedor cedente e inversores tanto los recursos económicos provenientes de los deudores como el riesgo de impago de los préstamos hipotecarios. En este contrato de gestión se tendrán que prever mecanismos de sustitución de créditos para que los posibles impagos o amortizaciones anticipadas no afecten el normal desenvolvimiento del Fondo de Titulización. Por lo que, el problema se encuentra cuando ocurren impagos de forma recurrente, como efectivamente ocurrió luego de la crisis financiera de 2007, lo que generó un efecto sistémico y puso en peligro la estabilidad del sistema financiero a nivel global.<sup>168</sup>

#### **4. Administración del préstamo hipotecario: La regulación privada del mercado hipotecario y sus efectos en la gestión y administración del préstamo hipotecario**

La figura del administrador de un préstamo hipotecario está relacionada con el concepto de financiación estructurada que trata del diseño de operaciones financieras que requieren un alto nivel de apalancamiento (*leverage*) como son los préstamos hipotecarios y su proceso de titulización. En este capítulo presentamos al administrador de un préstamo hipotecario como operador económico con el propósito de introducir su rol en la gestión de los préstamos hipotecarios concedidos antes de la crisis económica de 2008. Nos interesa

---

Instancia para autorizar la cesión de remate al fondo de titulización, sobre la base de que la titularidad del préstamo y de la garantía hipotecaria que le es accesoria, lo es en todo momento del banco ejecutante y no del referido fondo de titulización.

167 MADRID PARRA, AGUSTÍN, *op. cit.* p. 510.

168 *Ibid.* p. 491. *Vid.* HIJAS CID, E., ¿Se puede adaptar el trust al ordenamiento jurídico español?, *El Notario del Siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, Núm. 72, marzo-abril de 2017, p. 183-187.

analizar la administración de los préstamos hipotecarios, particularmente: ¿Cómo se han gestionado los préstamos hipotecarios concedidos en los años previos a la crisis económica de 2008?

#### **4.1 La administración del préstamo hipotecario en Puerto Rico: El negocio del *mortgage servicer* norteamericano**

En Puerto Rico la entidad financiera que concede un préstamo hipotecario que luego tituliza y agrupa en una cartera de préstamos hipotecarios, usualmente, continúa administrando los préstamos cedidos, aunque dichos préstamos sean propiedad de un fondo de hipotecas titulizadas. De forma general con este tipo de financiación estructurada el cedente actúa como el administrador de los préstamos. En Puerto Rico dentro de la financiación estructurada y su conjunto de normas y operaciones relacionadas con los préstamos hipotecarios se encuentra la figura del administrador del préstamo hipotecario de EE. UU. que se conoce como el *mortgage servicer*.

Un administrador de un préstamo hipotecario, en Puerto Rico, es la entidad que procesa los pagos del préstamo, responde a las interrogantes que pueda tener el deudor hipotecario, lleva un registro del principal y los intereses pagados, maneja la cuenta de depósito en garantía (*escrow account*)<sup>169</sup> y puede iniciar el proceso de ejecución de hipoteca cuando el deudor no realiza el pago del préstamo hipotecario.

La figura del administrador del préstamo hipotecario, lógicamente, surge luego de la concesión del préstamo hipotecario y en muchas ocasiones luego de la titulización (*securitization*) de los préstamos hipotecarios. El administrador de un préstamo hipotecario tiene el deber de hacer cumplir los términos y condiciones que se establecen en el préstamo hipotecario. Esta figura ha existido siempre e incluso en instancias en donde el propio

---

<sup>169</sup> *Vid.* Black's Law Dictionary (10th ed. 2014), *escrow* - 1. A legal document or property delivered by a promisor to a third party to be held by the third party for a given amount of time or until the occurrence of a condition, at which time the third party is to hand over the document or property to the promisee (the agent received the escrow two weeks before the closing date). 2. An account held in trust or as security (the earnest money is in escrow). — Also termed *escrow account*; *impound account*; *reserve account*. See *escrow account* under *Account*. 3. The holder of such a document, property, or deposit (the attorney performed the function of escrow). Although an escrow holder is often termed an “escrow agent,” the holder is not an agent as defined by the common law. 4. The general arrangement under which a legal document or property is delivered to a third person until the occurrence of a condition (creating an escrow). — *escrow*, vb. “Like “scroll” and “scrawl,” the word “escrow” is derived from the Norman-French word for a writing or a written instrument. It has come in practice to refer to a security device: one or both parties to a transaction deposit property or an instrument with a third party until some condition has occurred. The property or instrument may be referred to as “the escrow;” the delivery is said to be “in escrow.” Restatement (Second) of Contracts § 103 cmy. A (1979). See also *impound account*. (1961) An account of accumulated funds held by a lender for payment of taxes, insurance, or other periodic debts against real property. — Also termed *escrow*; *escrow account*; *reserve account*.

acreedor hipotecario era el encargado de cobrar el préstamo. Antes de la crisis del mercado financiero de 2007, la figura del administrador del préstamo hipotecario no había sido objeto de mucho análisis ello a pesar de la relación que tienen los administradores de los préstamos hipotecarios con los dueños de los títulos hipotecarios titulizados de las hipotecas concedidas para la adquisición de la vivienda de un consumidor.<sup>170</sup>

Un administrador de un préstamo hipotecario tiene amplia libertad y está llamado a evaluar cómo proceder cuando un préstamo hipotecario se encuentra en mora teniendo que analizar una serie de factores tales como: (1) si modifican los términos del préstamo con garantía hipotecaria para permitir que el deudor pague la deuda y se mantenga en su vivienda, (2) si no se ofreció o el deudor no aceptó la modificación del préstamo hipotecario cuál debe ser la estrategia más adecuada para la administración del préstamo y (3) si la hipoteca se ejecuta entonces tienen que analizar cómo lograr revender el inmueble recuperado luego de un proceso de ejecución de hipoteca.<sup>171</sup> Además, si el administrador del préstamo hipotecario considera realizar una modificación al préstamo éste debe determinar cuáles son los términos más apropiados para la modificación del préstamo. Lo anterior sin ninguna responsabilidad por las repercusiones que pudiera tener la modificación de un préstamo, con lo cual, si observamos este asunto en retrospectiva antes de última la crisis económica de 2008, podemos cuestionar algunas de las decisiones tomadas por los administradores de los préstamos hipotecarios ya sea para no ofrecer la modificación del préstamo hipotecario o por los términos ofrecidos para llevar a cabo la modificación.

En EE. UU. para que surja la figura del administrador del préstamo hipotecario es necesario que el acreedor del crédito hipotecario asigne sus derechos a un administrador y a su vez que el administrador del préstamo hipotecario delegue todas sus obligaciones a un depositante (*depositor*) quien asignará sus derechos y obligaciones a un síndico (*trustee*) en beneficio de un fideicomiso (*trust fund*),<sup>172</sup> todo ello de conformidad con un *Pooling and Service Agreement* (PSA). El fideicomiso mantendrá en un fondo la titulización de las hipotecas que se establecen en el PSA cuyos activos consistirán en los préstamos hipotecarios titulizados y cualquier otro activo que se establezca en dicho fideicomiso.

---

170 WISHNIA, JONATHAN, *Servicing of Residential Mortgage Loans in Securitization Transactions*, 266-OCT N.J. Law. 36 (2010).

171 *Ibid.*

172 *Vid.* Black's Law Dictionary (10th ed. 2014), trust fund (18c) The property held in a trust by a trustee; CORPUS (1) - common trust fund (1852) A trust fund set up within a trust department to combine the assets of numerous small trusts to achieve greater investment diversification. Common trust funds are regulated by state law.

El contrato que establece los términos y condiciones de la administración de un préstamo hipotecario se conoce en inglés como un *Securitization Servicing Agreement*.

El dinero cobrado de los préstamos hipotecarios se mantiene bajo la custodia del administrador del préstamo hipotecario en beneficio del fideicomiso que posee el fondo de hipotecas titulizadas. Ese dinero se deposita en cuentas en plica (*escrow accounts*) a beneficio del fideicomiso y el uso de esos dineros se establece en el contrato para la administración de los préstamos hipotecarios (*Securitization Servicing Agreement*). En ocasiones el fideicomiso designa a un *master servicer*<sup>173</sup> para que actúe a nombre del fideicomiso en la supervisión de los cobros realizados de los préstamos hipotecarios y este tipo de entidad usualmente adelanta fondos al fideicomiso cuando los préstamos hipotecarios titulizados se encuentran en mora.

En general, en EE. UU. el modelo de compensación para los administradores de préstamos hipotecarios es muy rentable en tiempos en donde no existen atrasos en el pago de los préstamos hipotecarios. Sin embargo, un aumento en la morosidad de los préstamos hipotecarios puede dar vuelta a la ecuación y los administradores de los préstamos hipotecarios pueden enfrentarse rápidamente a cuantiosas pérdidas debido a que éstos tienen que incurrir en gastos operacionales sin ningún tipo de compensación adicional. De hecho, no fue hasta que se produjo la crisis económica de 2008 que trajo consigo un aumento en las ejecuciones hipotecarias que muchos de los administradores de préstamos hipotecarios se percataron de lo costosa que es la administración y gerencia de un préstamo hipotecario residencial que forma parte de un fondo de hipotecas titulizadas. Esto se debe principalmente a la forma y manera en la cual se pactaron los términos y condiciones en los contratos de administración de los préstamos hipotecarios (*Securitization Servicing Agreement*) previo a la crisis económica de 2008, ya que el *mortgage servicer* está sujeto a las transacciones relacionadas con la titulización de préstamos hipotecarios recogidas en los acuerdos de PSA y según los datos revelados luego de la crisis financiera de 2007 muchas de las hipotecas titulizadas eran hipotecas de alto riesgo como las hipotecas *subprime*.

Los acuerdos para la administración de préstamos hipotecarios, ya sean a través de un PSA o acuerdos independientes sobre venta y administración de préstamos hipotecarios, incluyen obligaciones generales, pero dichos acuerdos no incluyen detalles específicos sobre los deberes del *mortgage servicer* en cuanto a la administración de los préstamos hipotecarios

---

<sup>173</sup> El administrador de un préstamo hipotecario deberá indemnizar al *Master Servicer*, si aplica, y a cada uno de sus respectivos directores, oficiales, empleados, agentes y al fideicomiso, y mantendrá indemnes a cada uno de ellos contra cualquier pérdida que surja de o se fundamente en la incapacidad del administrador para desempeñar sus deberes y obligaciones.

de forma separada.<sup>174</sup> Más aun muchas de las disposiciones que incluyen los *Securitization Servicing Agreement* no pueden ser adaptadas a las necesidades de los administradores de los préstamos hipotecarios para un tipo de hipoteca en particular, debido a que los fideicomisos de los fondos de hipotecas titulizadas a menudo incluyen cientos o miles de préstamos hipotecarios. En vista de ello, la administración de los préstamos hipotecarios se hace utilizando unos estándares o reglas generales que son consideradas como las prácticas aceptadas en la industria. Este conjunto de principios generales que siguen los administradores de los préstamos hipotecarios se les conoce como los *Accepted Servicing Practices*.<sup>175</sup> Que se trata de un conjunto de reglas o prácticas prudentes generalmente aceptadas para la administración de los préstamos hipotecarios llevadas a cabo por instituciones similares en una jurisdicción y dichas prácticas siguen los requisitos que establecen las leyes federales, estatales y locales aplicables en materia de hipoteca. En términos prácticos, esto significa que los *mortgage servicers* tienen amplia libertad de actuación y en muchos casos incluso sin restricciones específicas sobre cómo llevar a cabo la administración (*servicing*) de un préstamo hipotecario concedido para la adquisición de una vivienda o sobre cómo estas entidades son estructuradas.<sup>176</sup>

#### **4.1.1 Deberes del administrador de un préstamo hipotecario**

Para entender las obligaciones y deberes de un *mortgage servicer*, primero debemos entender el negocio de la administración de un préstamo hipotecario y luego considerar cómo funcionan y cuál es su estructura gerencial y operacional.

Como parte de sus obligaciones el administrador de un préstamo hipotecario tendrá la posesión física de cualquier documento del préstamo con garantía hipotecaria, esto para facilitar la administración del préstamo hipotecario y dicha retención y posesión deberá ser en capacidad de custodio solamente. En Puerto Rico la titularidad de los créditos hipotecarios (hipoteca y pagaré hipotecario) permanecerá como propiedad del fideicomiso, en beneficio de los inversionistas (*certificate holders*)<sup>177</sup> que adquieran los títulos, participaciones y certificados de transmisión de los créditos hipotecarios.

---

174 WISHNIA, JONATHAN, *Servicing of Residential Mortgage Loans in Securitization Transactions*, 266-OCT N.J. Law. 36 (2010).

175 *Ibid.*

176 *Ibid.*

177 *Vid.* Black's Law Dictionary (10th ed. 2014), *certificate* (15c) 1. A document certifying the bearer's status or authorization to act in a specified way. 2. A notice by one court to another court of the action it has taken. 3. A transferable security consisting of an official voucher showing ownership of a share, as in a joint-stock

Como parte de sus responsabilidades, el *mortgage servicer* deberá establecer prácticas con miras a lograr la maximización del cobro de los préstamos hipotecarios sobre una base de valor presente neto<sup>178</sup> (*net present value*), lo anterior en el mejor interés del fideicomiso. El administrador de un préstamo hipotecario no puede: (1) permitir ninguna modificación del préstamo hipotecario cuando dicha modificación pueda cambiar la tasa de interés del préstamo hipotecario, (2) cambiar el rango de la hipoteca a una hipoteca de menor rango en prioridad, (3) condonar el pago de cualquier cantidad de principal o intereses del préstamo hipotecario, (4) reducir la cantidad pendiente de pago del principal del préstamo hipotecario, (5) aceptar pagos del deudor hipotecario por una cantidad menor al balance pendiente de pago como satisfacción final del préstamo y (6) extender la fecha final de vencimiento de un préstamo hipotecario bajo su administración.<sup>179</sup>

Otros deberes de un *mortgage servicer* es determinar y estimar las contribuciones anuales impuestas sobre el inmueble, las primas de seguro contra incendios, las primas de seguro hipotecario y demás cargos pactados en la hipoteca, los cuales serán pagados por los deudores hipotecarios a través de las cuotas mensuales y este deber tiene que ejercerlo con mucho cuidado. El administrador del préstamo hipotecario deberá observar que las cuotas antes mencionadas sean suficientes para pagar dichos cargos a la fecha de su vencimiento.<sup>180</sup> Para lograr este deber, el *mortgage servicer* utilizará los dineros cobrados por principal e

---

company. 4. A document in which a fact is formally attested. See certificate of holder of attached property. A certificate given by a person who holds — but does not own — property attached by a sheriff. The certificate sets forth the holder’s interest in the property.

178 El valor presente neto es un método estándar para la consideración del valor del dinero a largo plazo o en un periodo de tiempo específico y determinado.

179 En adición a lo aquí mencionado un administrador del préstamo hipotecario no hará y no permitirá ninguna modificación, exención o enmienda de cualquier término de un préstamo hipotecario, cuando dicha modificación, exención o enmienda cause que la inversión hipotecaria (“*real estate mortgage investment conduit*”) comúnmente conocida por sus siglas en inglés como REMIC, no cualifique como una inversión hipotecaria según la definición de la Sección 860 del Código de Rentas Internas Federal. Esta inversión hipotecaria o REMIC se crea y se establece en el “*Pooling and Service Agreement*.” El administrador del préstamo hipotecario tampoco hará modificaciones, exenciones o enmiendas de cualquier término de un préstamo hipotecario que resulte en la imposición de contribuciones bajo la Sección 860F (a) o Sección 860 (d) del Código de Rentas Internas Federal. El administrador del préstamo hipotecario no podrá sin el consentimiento escrito: (1) iniciar cualquier acción, demanda o procedimiento a nombre del fideicomiso sin indicar que lo hace en capacidad representativa o (2) tomar cualquier acción con la intención de causar que el fideicomiso tenga que registrarse para hacer negocios en el lugar donde este localizada la propiedad utilizada como garantía del préstamo hipotecario.

180 El administrador de un préstamo hipotecario mantendrá durante el plazo del “*Securitization Servicing Agreement*,” a su propio costo, una fianza de cumplimiento (“*fidelity bond*”) con amplia cobertura y de forma tal que satisfaga los requisitos de *Fannie Mae* o *Freddie Mac*, en cuanto a todos los oficiales, empleados u otras personas que actúen en cualquier capacidad con respecto a los préstamos hipotecarios. Dicha fianza se requiere para actividades relacionadas con el manejo fondos, dinero y documentos relacionados con los préstamos hipotecarios y contra cualquier pérdida que pueda derivarse con respecto a cualquier préstamo hipotecario bajo el “*Securitization Servicing Agreement*.”



intereses del préstamo hipotecario y pagará de las primas de seguro y los impuestos que se establezcan sobre los inmuebles hipotecados.

#### **4.1.2 ¿Cómo se determinan los ingresos que recibe el administrador de un préstamo hipotecario?**

Los ingresos que recibe el administrador de un préstamo hipotecario se componen de: (1) cargos por servicio, es decir los ingresos que reciben por realizar la función de cobrar el préstamo, (2) de los ingresos generados por los intereses acumulados sobre el dinero que mantienen en sus cuentas, dinero que reciben y mantienen en beneficio del fideicomiso e (3) ingresos complementarios. El administrador de un préstamo hipotecario cobra por sus servicios de forma mensual por cada préstamo hipotecario que logre cobrar, este ingreso puede ser una cantidad fija en dólares (típicamente \$7 a \$12 por préstamo hipotecario) o a través de un por ciento del balance adeudado de un préstamo hipotecario (que usualmente es entre un 0,25% a 0,50% anual). Por ejemplo, un préstamo hipotecario con un balance de deuda de \$100,000, el administrador del préstamo hipotecario puede cobrar por un mes de servicio el 0,25% anual, lo que equivale a unos \$20.83 al mes, y si el administrador tiene a su cargo la administración de 1,000 préstamos su ingreso mensual es de \$20,830.<sup>181</sup>

El pago mensual que recibe el administrador de un préstamo hipotecario, por lo general, se toma de la partida de intereses cobrados en cada préstamo hipotecario, por lo que la falta de pago de una cuota mensual significa que el administrador del préstamo hipotecario no cobrará su cargo mensual por administrar el préstamo hasta que el pago incumplido sea cobrado, lo anterior, aunque sea de forma tardía, por ejemplo, cuando el préstamo hipotecario es liquidado.<sup>182</sup>

Otros ingresos complementarios que reciben los administradores de los préstamos hipotecarios son por concepto de cargos por demora.<sup>183</sup>

Por tanto, con este tipo de contratación se observa que el administrador del préstamo hipotecario siempre estará motivado a cobrar de forma íntegra la mensualidad del préstamo ya que su remuneración depende directamente del cobro de la porción de los intereses del préstamo. Este tipo de remuneración levanta posibles conflictos de interés a la hora de

---

181  $[.025 \times 30 = .075 \times \$100,000 = \$7,500/30/12 = \$20.83]$

182 WISHNIA, JONATHAN, Servicing of Residential Mortgage Loans in Securitization Transactions, 266-OCT N.J. Law. 36 (2010).

183 *Ibid.*

evaluar alternativas para los deudores que se encuentran en incumplimiento con el pago de sus préstamos hipotecarios.

#### 4.1.3 Gastos y anticipos al administrador de un préstamo hipotecario

El administrador de un préstamo hipotecario deberá pagar todos los gastos razonables derivados del ejercicio de sus actividades (incluidos los gastos generales como los sueldos de los empleados).<sup>184</sup> El *mortgage servicer* no tendrá derecho al reembolso de gastos salvo que se estipule expresamente en el *Securitization Servicing Agreement*. Los gastos del administrador de un préstamo hipotecario se componen de los gastos generales, otros costos asociados con la gerencia y operación de la entidad, y el costo de los adelantos y pagos realizados al fideicomiso y otras entidades. Los dineros adelantados o pagados por el administrador del préstamo hipotecario se pueden describir usando cuatro categorías: (1) anticipos para el pago de impuestos y seguros sobre los inmuebles hipotecados, (2) anticipos de dinero dirigidos a la protección de la propiedad hipotecada, (3) anticipos al fideicomiso del fondo de hipotecas titulizadas por el principal e intereses cobrados a través de las mensualidades de los préstamos hipotecarios y (4) los pagos efectuados con respecto a intereses compensatorios.<sup>185</sup>

Los adelantos para el pago de impuestos y seguro de hipoteca se realizarán cuando el deudor no cumpla con el pago del préstamo hipotecario ya sea por falta de pago de las mensualidades de la hipoteca o por falta de pago directamente a la autoridad o entidad correspondiente.

Los adelantos realizados para la protección de la propiedad se componen generalmente de los costos, gastos y honorarios legales asociados con el cumplimiento de los términos y condiciones del préstamo hipotecario. Por ejemplo, los honorarios de abogados para el trámite del ejercicio de la acción de ejecución de hipoteca y los gastos realizados luego de la ejecución de la propiedad para el mantenimiento de la propiedad hasta la reventa. Estos pagos se consideran adelantos al administrador del préstamo hipotecario por su servicio

---

184 Además, en la mayoría de los contratos de “*Securitization Servicing Agreement*,” el administrador de un préstamo hipotecario es responsable de remitir al síndico un anejo sobre la cantidad de principal e intereses (“P&I” por sus siglas en inglés) que desglose los adelantos y pagos de ciertos gastos relacionados con las funciones asignadas al administrador tales como: (1) los honorarios de los abogados contratados para el trámite de las ejecuciones de hipotecas, (2) la contratación de tasadores que evalúen y actualicen el valor de la propiedad, (3) los gastos de mantenimiento de las propiedades vacantes, (4) el pago de los impuestos sobre la propiedad y (5) el pago de seguros cuando se extingue la póliza del dueño o titular de la propiedad.

185 WISHNIA, JONATHAN, *Servicing of Residential Mortgage Loans in Securitization Transactions*, 266-OCT N.J. Law. 36 (2010).

(*servicing advances*) si dichos gastos incurridos son necesarios para la adecuada protección del inmueble hipotecado.<sup>186</sup>

#### **4.2 La administración del préstamo hipotecario en España**

En el caso de España la administración del préstamo hipotecario es realizada por el banco que concede el préstamo hipotecario y el balance de deuda de la hipoteca no sale de los libros del banco que concede el préstamo hipotecario. Por tanto, la administración de un préstamo hipotecario en España y Puerto Rico es diferente. En España la administración del préstamo hipotecario no es un negocio separado a la concesión de préstamos hipotecarios.

---

<sup>186</sup> *Ibid.*

## CAPÍTULO IV: CRISIS DE LA VIVIENDA EN EE. UU.

### 1. Financiación de la vivienda en EE. UU.: Opacidad en el proceso de titulación de hipotecas en EE. UU. y su impacto en el mercado de la vivienda

En el año 1929 ocurrió una profunda recesión en la economía mundial que terminó en diferentes momentos a partir de los años 30 o principios de los años 40. Esta recesión económica se le conoce como la “*Gran Depresión*” y fue el motivo por el cual en EE. UU. se realizaron reformas en el sistema financiero. Una de las respuestas a la crisis de 1929 fue la *Glass-Steagall Act (Banking Act)* que entró en vigor el 16 de junio de 1933 y mediante la cual se separó la banca de depósitos de la banca de inversión para que los prestamistas no pudieran especular con el dinero de los depositantes. Antes de la Gran Depresión, la mayoría de las hipotecas en EE. UU. eran a corto plazo e incluían al final del préstamo un pago que generalmente era por una cuantía mucho más grande en comparación con los pagos previos realizados durante la vigencia del préstamo y este último pago final se utilizaba para saldar el principal del préstamo.<sup>187</sup> Este pago final que se realizaba por una cantidad mayor a los pagos periódicos previos se conoce como (*lump-sum payment or balloon payment*)<sup>188</sup> y el mismo se emitía a los tres o cinco años luego de haberse concedido el préstamo con garantía hipotecaria. Durante la Gran Depresión la crisis financiera hizo que muchos deudores no pudieran refinanciar estos préstamos hipotecarios, con lo cual no pudieron refinanciar el *balloon payment* a la fecha de su vencimiento, lo que desencadenó en un aumento en los casos de ejecución de hipotecas. Dicho aumento en las ejecuciones hipotecarias tuvo un impacto directo en otras áreas de la economía. Ante esta situación, el Gobierno Federal de EE. UU. tomó la decisión de realizar una serie de medidas para mejorar la liquidez y la estabilidad del mercado financiero y las hipotecas, y dichas medidas fueron las que proporcionaron las bases para construir el mercado hipotecario que existe en EE. UU.,<sup>189</sup> y a su vez, en Puerto Rico por ser un territorio de EE. UU.

---

187 O’SHELDERS, REGINALD T., *Reforming America’s Mortgage Market: What comes after Fannie Mae and Freddie Mac?*, 16 N.C. Banking Inst. 99 (2012), *op. cit.* U.S. Dep’t of the Treasury, Report of the Secretary of the Treasury on Government Sponsored Enterprises A-1 (1990).

188 *Vid.* Black’s Law Dictionary (10th ed. 2014) Balloon payment (1935) A final loan payment that is usual much larger than the preceding regular payments and that discharges the principal balance of the loan. See Balloon note (1938) A note requiring small periodic payments but a very large final payment. The periodic payments usually cover only interest, while the final payment (the balloon payment) represents the entire principal.

189 O’SHELDERS, REGINALD T., *Reforming America’s Mortgage Market: What comes after Fannie Mae and Freddie Mac?*, 16 N.C. Banking Inst. 99 (2012).

El origen de las bases del mercado de hipotecas en EE. UU. se remonta al año 1932, cuando el Gobierno Federal de EE. UU. establece el *Federal Home Loan Bank* (FHLBank)<sup>190</sup> como un sistema central para la obtención de crédito para la adquisición de una vivienda. Este sistema promovía, y actualmente promueve, la utilización de prácticas responsables en la concesión de préstamos hipotecarios, conjuntamente, con la disponibilidad de oportunidades para los acreedores para el financiamiento de los préstamos utilizados para la adquisición de una vivienda. El sistema del *Federal Home Loan Bank* se compone de once bancos regionales<sup>191</sup> que funcionan como una cooperativa en donde sus socios-accionistas son los distintos bancos de ahorro y crédito localizados en cada una de las once regiones de EE. UU. Para efectos del mercado financiero estos bancos se regulan como una institución financiera y la Oficina de Finanzas del *Federal Home Loan Bank* actúa como agente fiscal y agente de emisión de deuda.<sup>192</sup> En sus inicios los bancos de ahorro y crédito (*thrifts*) eran los principales miembros o socios del *Federal Home Loan Bank*, aunque también eran miembros las compañías de seguros. El *Federal Home Loan Bank* delegó la función de supervisión a los miembros de su Junta de Directores.<sup>193</sup>

A través de los años, el Congreso de EE. UU. fue ampliando la gama o variedad de los miembros elegibles para formar parte del *Federal Home Loan Bank* y a esos efectos se incluyeron los bancos comerciales, las cooperativas de ahorro y crédito (*credit unions*) y las instituciones financieras de desarrollo comunitario (*community development financial*

---

190 *Vid.* Federal Home Loan Bank Act, 12 U.S.C.A. § 1421-1449 (2018).

191 El sistema del Federal Home Loan Bank se compone de once regiones a través del territorio de EE. UU., estos bancos recaudan fondos en los mercados financieros globales y distribuyen los ingresos entre sus miembros. Las once regiones y sus miembros son: (1) Atlanta – Alabama, District of Columbia, Florida, Georgia, Maryland, North Carolina, South Carolina y Virginia; (2) Boston – Connecticut, Maine, Massachusetts, New Hampshire, Rhode Island y Vermont; (3) Chicago – Illinois y Wisconsin; (4) Cincinnati – Kentucky, Ohio y Tennessee; (5) Dallas – Arkansas, Louisiana, Mississippi, New Mexico y Texas; (6) Des Moines – Alaska, Guam, Hawai, Idaho, Iowa, Minnesota, Missouri, Montana, North Dakota, Oregon, South Dakota, Utah, Washington y Wyoming; (7) Indianapolis – Indiana y Michigan; (8) New York – New York, New Jersey, Puerto Rico y Virgin Islands; (9) Pittsburgh – Delaware, Pennsylvania y West Virginia; (10) San Francisco – Arizona, California y Nevada; y (11) Topeka - Colorado, Kansas, Nebraska and Oklahoma. *Cfr.* <http://www.fhlbanks.com> (consulta 26 de julio de 2018).

192 O'SHIELDS, REGINALD T., *Reforming America's Mortgage Market: What comes after Fannie Mae and Freddie Mac?*, 16 N.C. Banking Inst. 99 (2012) *op. cit.* nota 19 "Other than state and local housing finance authorities and agencies, only shareholders of an FHLBank are authorized to borrow from the FHLBank and access the FHLBank's other products and services. 12 U.S.C. § 1430, 1430(b) (2006). The FHLBanks are cooperatives, in which the shareholder and customer base are the same. The FHLBanks also possess the other primary attributes of a cooperative: (i) they are owned and controlled by their customers; (ii) their primary focus is to provide their services to their shareholder-customers, not the general public; (iii) they are democratically controlled by their customers; and (iv) their primary purpose is to maximize the benefits to their shareholder-customers, rather than to earn higher profits. See Charles T. Autry & Roland F. Hall, *The Law of Cooperatives* 1 (2009)."

193 *Ibid. op. cit.* nota 19 "Treasury Report, *supra* note 16, at C-1. Thrifts were required to remain members of the FHLBanks until 1999 under the Gramm-Leach-Bliley Act. *Vid.* Gramm-Leach-Bliley Act § 604, Pub. L. No. 106-102, 113 Stat. 1338, 1451-52 (1999) (amending 12 U.S.C. § 1430 (1994))."

*institutions*).<sup>194</sup> Aunque los miembros del *Federal Home Loan Bank* mantienen una gestión independiente, la deuda que emiten es una obligación consolidada entre todos sus miembros, entiéndase que la deuda se emite sobre la base conjunta de los fondos y el capital de todos sus miembros y dicha deuda no está garantizada por el Gobierno de EE. UU.<sup>195</sup> Los fondos obtenidos a través de las emisiones de deuda que realiza el *Federal Home Loan Bank* se utilizan para conceder préstamos a sus miembros y promover la concesión de préstamos con garantía hipotecaria debido a que ese es uno de los objetivos primarios del establecimiento del *Federal Home Loan Bank*. Cada entidad miembro del *Federal Home Loan Bank* debe asegurar y mantener reservas con las cuales pueda realizar el pago de los préstamos hipotecarios concedidos por el *Federal Home Loan Bank*, además cada entidad miembro debe adquirir los instrumentos de deuda que emite el *Federal Home Loan Bank* y debe mantener garantías de capital elegibles siguiendo las disposiciones y requisitos que establece la Junta de Directores del *Federal Home Loan Bank*. Un ejemplo de los instrumentos que deben adquirir los miembros del *Federal Home Loan Bank* son los préstamos hipotecarios concedidos para la adquisición de una vivienda.<sup>196</sup> Una de las ventajas que tiene el sistema del *Federal Home Loan Bank* es que le provee a sus miembros unas tasas de interés, a unos tipos, que les permite protegerse de los movimientos adversos y las fluctuaciones del mercado sobre las tasas de interés. Esto a su vez permite que los miembros puedan mantener

---

194 *Ibid. op. cit.* nota 22 “Commercial banks were authorized to join the FHLBanks as part of the Financial Institutions Reform, Recovery and Enforcement Act of 1989 (FIRREA). Financial Institutions Reform, Recovery, and Enforcement Act of 1989 § 714, Pub. L. No. 101-73, 103 Stat.183 (1989) (amending 12 U.S.C. § 142(a) (1998). Community development financial institutions were permitted to join as part of the Housing and Economic Reform Act of 2008 (HERA). Housing and Economic Reform Act of 2008 § 1206, Pub. L. No. 110-289, 122 Stat. 2654, 2787 (amending 12 U.S.C. § 1424(a) (2006)).”

195 *Vid.* 12 U.S.C.A. § 1431 Powers and duties of Banks - § 1431 (b) Issuance of consolidated Federal Home Loan Bank debentures; restrictions - The Office of Finance, as agent for the Banks, may issue consolidated Federal Home Loan Bank debentures which shall be the joint and several obligations of all Federal Home Loan Banks organized and existing under this chapter, in order to provide funds for any such bank or banks, and such debentures shall be issued upon such terms and conditions as such Office may prescribe...”

196 *Vid.* 12 U.S.C.A. § 1430 Advances to members (2) Purposes of advances - A long-term advance may only be made for the purposes of (A) providing funds to any member for residential housing finance; and (B) providing funds to any community financial institution for small businesses, small farms, small agri-businesses, and community development activities. (3) The Collateral - A Bank, at the time of origination or renewal of a loan or advance, shall obtain and maintain a security interest in collateral eligible pursuant to one or more of the following categories: (A) Fully disbursed, whole first mortgages on improved residential property (not more than 90 days delinquent), or securities representing a whole interest in such mortgages; (B) Securities issued, insured, or guaranteed by the United States Government or any agency thereof (including without limitation, mortgage-backed securities issued or guaranteed by the Federal Home Loan Mortgage Corporation, the Federal National Mortgage Corporation, and the Government National Mortgage Association); (C) Cash or deposits of a Federal Home Loan Bank; (D) Other real estate related collateral acceptable to the Bank if such collateral has a readily ascertainable value and the Bank can perfect its interest in the collateral and (E) Secured loans for small business, agriculture, or community development activities or securities representing a whole interest in such secured loans, in the case of any community financial institution.

en sus cuentas y estados financieros los préstamos con garantía hipotecaria, préstamos cuya característica principal es que son a largo plazo y con una tasa de interés fija.

En 1934 entró en vigor el *National Housing Act*<sup>197</sup> y se crea la Administración Federal de Vivienda conocida como *Federal Housing Administration* (FHA), esta entidad se creó con el fin de fomentar la concesión de préstamos hipotecarios asegurados por la *Federal Housing Administration* para los cuales el periodo de amortización era de 30 años.<sup>198</sup> La *Federal Housing Administration* también estableció la creación de asociaciones nacionales de hipotecas, y en 1938 se establece el *Federal National Mortgage Association* comúnmente conocida como “*Fannie Mae*.”<sup>199</sup> Esta entidad fue creada como una agencia del Gobierno de EE. UU. o agencia cuasi-gubernamental denominada como un *Government Sponsored Enterprise* (GSE).<sup>200</sup> El propósito inicial de *Fannie Mae* era comprar y vender las hipotecas aseguradas por la *Federal Housing Administration*. Luego a partir de 1948, se crea la Administración de Veteranos conocida como *Veterans Administration* (VA) la cual fue creada con iguales propósitos a los de *Fannie Mae*, es decir comprar y vender hipotecas aseguradas. Para que *Fannie Mae* pudiera comprar y vender hipotecas se autorizó a que ésta obtuviera dinero a través del acceso a fondos y préstamos concedidos por el Tesoro Federal de EE. UU. (*US Treasury Department*),<sup>201</sup> además obtuvo dinero mediante la venta de

---

197 *Vid.* 12 U.S.C.A. § 1701 et seq. National Housing Act (June 27, 1934, c. 847, 48 Stat. 1246).

198 O’SHELDERS, REGINALD T., *Reforming America’s Mortgage Market: What comes after Fannie Mae and Freddie Mac?*, 16 N.C. Banking Inst. 99 (2012). *Cfr.* U.S. Dep’t of the Treasury, Report of the Secretary of the Treasury on Government Sponsored Enterprises A-1 (1990). *Vid.* SCHILL, MICHAEL H., *Uniformity or Diversity: Residential Real Estate Finance Law in the 1990s and the Implications of Changing Financial Markets*, 64 S. Cal. L. Rev. 1261 (1991) *op. cit.* “To induce the thrifts to originate long-term, self-amortizing home mortgage loans with relatively low down payments, the federal government established the Federal Housing Administration (FHA) in 1934. The primary function of FHA is to insure mortgagees against the risk of borrower default. In addition to shielding thrifts from the risk of default, the federal government addressed the problem of liquidity by creating a government-owned agency called the Federal National Mortgage Association (FNMA) in 1938. FNMA’s mission was to create a secondary market for the sale and purchase of FHA-insured mortgage loans.” *Cfr.* Edson & B. Jacobs, *Secondary Mortgage Market Guide* § 5.01, at 5-3 (1990).

199 *Fannie Mae* is the Federal National Mortgage Association (FNMA) a United States government-sponsored enterprise (GSE).

200 O’SHELDERS, REGINALD T., *Reforming America’s Mortgage Market: What comes after Fannie Mae and Freddie Mac?*, 16 N.C. Banking Inst. 99 (2012). *Cfr.* U.S. Dep’t of the Treasury, Report of the Secretary of the Treasury on Government Sponsored Enterprises A-1 (1990).

201 The history of the Department of the Treasury began in the turmoil of the American Revolution when the Continental Congress at Philadelphia deliberated the crucial issue of financing a war of independence against Great Britain. The First Congress of the United States was called to convene in New York on March 4, 1789, marking the beginning of government under the Constitution. On September 2, 1789, Congress created a permanent institution for the management of government finance. Then the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled, enacted that there shall be a Department of Treasury, in which shall be the following officers, namely: Secretary of the Treasury, to be deemed head of the department; Comptroller, Auditor, Treasurer, Register and an Assistant to the Secretary of the Treasury, which assistant shall be appointed by the said Secretary. Alexander Hamilton took the oath of office as the first Secretary of the Treasury on September 11, 1789. Hamilton had served as George

bonos.<sup>202</sup>

En 1954 el *National Housing Act* fue enmendado para concederle facultades de entidad separada a *Fannie Mae*.<sup>203</sup> Con esta facultad la misión de *Fannie Mae* se amplió e incluyó proveer de forma suplementaria liquidez al mercado secundario de hipotecas.<sup>204</sup> Para 1954 *Fannie Mae* había sido autorizada para comprar, vender y administrar las hipotecas aseguradas por el *Federal Housing Administration* y el *Veterans Administration*. Asimismo *Fannie Mae* también fue facultada para emitir deuda que no estaba explícitamente garantizada por el Gobierno de EE. UU.<sup>205</sup> Por tanto, en 1954 la facultad de *Fannie Mae* como entidad gubernamental separada comienza a sufrir cambios y de forma gradual fue ocurriendo la transferencia de la propiedad de *Fannie Mae* al sector privado e incluso se le requirió a los vendedores de hipotecas del sector privado que compraran acciones de *Fannie Mae*.<sup>206</sup> En consecuencia, *Fannie Mae* pasó de ser una agencia del Gobierno de EE. UU. a transformarse en una entidad privada similar al *Federal Home Loan Bank*.

Luego en 1968 el Congreso de EE. UU. aprobó legislación para reorganizar a *Fannie Mae* y la convirtió en una corporación pública que cotiza en bolsa de valores.<sup>207</sup> Es

---

Washington's aide-de-camp during the Revolution and was of great importance in the ratification of the Constitution. The management of the money resources of the United States has always been the primary function of the Department of the Treasury. Whether it is regulating national banks, determining international economic policy, collecting income and excise taxes, issuing securities, reporting the government's daily financial transactions, or manufacturing coins or bills for circulation, the one concern that still ties together the activities of the Department of the Treasury is money. However, over the decades the functions of the Department have expanded and grown more sophisticated to meet the needs of a developing nation. *Cfr.* <https://www.treasury.gov/connect/Pages/contact-us.aspx> (consulta el 30 de julio de 2018).

<sup>202</sup> O'SHIELDS, REGINALD T., *Reforming America's Mortgage Market: What comes after Fannie Mae and Freddie Mac?*, 16 N.C. Banking Inst. 99 (2012). *Cfr.* U.S. Dep't of the Treasury, Report of the Secretary of the Treasury on Government Sponsored Enterprises A-1 (1990).

<sup>203</sup> *Ibid.* *Cfr.* 29 U.S. Dep't of the Treasury, Report of the Secretary of the Treasury on Government Sponsored Enterprises A-1 (1990).

<sup>204</sup> *Vid.* 12 U.S.C.A. § 1717 (2018) - Federal National Mortgage Association and Government National Mortgage Association.

<sup>205</sup> *Vid.* 12 U.S.C.A. § 1719(b) (2018) Secondary market operations. § 1719(b) Obligations of the Corporation – For the purposes of this section, the corporation is authorized to issue, upon the approval of the Secretary of the Treasury, and have outstanding at any one time obligations having such maturities and bearing such rate or rates of interest as may be determined by the corporation with the approval of the Secretary of the Treasury, to be redeemable at the option of the corporation before maturity in such manner as may be stipulated in such obligations. The corporation shall insert appropriate language in all of its obligations issued under this subsection clearly indicating that such obligations, together with the interest thereon, are not guaranteed by the United States and do not constitute a debt or obligation of the United States or any agency or instrumentality thereof other than the corporation. The corporation is authorized to purchase in the open market any of its obligations outstanding under this subsection at any time and at any price.

<sup>206</sup> O'SHIELDS, REGINALD T., *Reforming America's Mortgage Market: What comes after Fannie Mae and Freddie Mac?*, 16 N.C. Banking Inst. 99 (2012). *Cfr.* U.S. Dep't of the Treasury, Report of the Secretary of the Treasury on Government Sponsored Enterprises A-1 (1990).

<sup>207</sup> *Ibid.* *Cfr.* U.S. Gov't Accountability Office, GAO-09-782, Report to Congressional Committees: *Fannie Mae and Freddie Mac: Analysis of Options for Revising the Housing Enterprises' Long-Term Structures* 13 (2009). *Vid.* 12 U.S.C.A. § 1716b Partition of Federal National Mortgage Association into Federal National Mortgage Association and Government National Mortgage Association; assets and liabilities; operations – The



entonces cuando se creó una nueva agencia gubernamental, la *Government National Mortgage Association* mejor conocida como *Ginnie Mae*,<sup>208</sup> y esta entidad asumió el rol de *Fannie Mae* en la financiación de las hipotecas aseguradas por la *Federal Housing Administration* y el *Veterans Administration*. Mientras tanto *Fannie Mae* mantuvo su misión y facultad de apoyo al mercado secundario de hipotecas. La legislación de 1968 introdujo a *Fannie Mae* bajo la regulación del *Department of Housing and Urban Development* de EE. UU. (HUD), en lugar de incluirlo bajo la regulación de las instituciones bancarias. En adición a lo anterior, la legislación 1968 también autorizó a *Fannie Mae* a emitir valores respaldados por hipotecas lo que se conoce como *mortgage-backed securities* (MBS) o *asset-backed securities* (ABS).<sup>209</sup>

Según mencionáramos previamente, antes de 1970, las hipotecas eran financiadas principalmente a través de los bancos de ahorro y crédito quienes mantenían los balances de los préstamos hipotecarios en sus libros.<sup>210</sup> Antes de 1970, las hipotecas eran financiadas principalmente a través de la combinación de depósitos y préstamos que tenían una tasa de interés baja y estos préstamos y depósitos provenían del *Federal Home Loan Bank*. Este sistema es conocido como el modelo *originate-to-hold*.<sup>211</sup> Bajo el sistema de *originate-to-*

---

purposes of this title include the partition of the Federal National Mortgage Association as heretofore existing into two separate and distinct corporations, each of which shall have continuity and corporate succession as a separated portion of the previously existing corporation. One of such corporations, to be known as Federal National Mortgage Association, will be a Government-sponsored private corporation, will retain the assets and liabilities of the previously existing corporation accounted for under section 1719 of this title, and will continue to operate the secondary market operations authorized by such section 1719. The other, to be known as Government National Mortgage Association, will remain in the Government, will retain the assets and liabilities of the previously existing corporation accounted for under sections 1720 and 1721 of this title, and will continue to operate the special assistance functions and management and liquidating functions authorized by such sections 1720 and 1721. Pub. L. 90-448, Title VIII, § 801, Aug. 1, 1968, 82 Stat. 536.

208 Ginnie Mae is the Government National Mortgage Association (GNMA).

209 Los bancos en EE. UU. crearon unos productos financieros denominados obligaciones de deuda garantizada conocidos en inglés como collateralized debt obligation (CDO). Estas obligaciones consistían en la formación de unos paquetes donde se incluían hipotecas de todo tipo junto con otros activos bancarios. Las obligaciones de deuda garantizada comúnmente se le denomina como mortgage-backed securities. *Vid.* O'SHIELDS, REGINALD T., Reforming America's Mortgage Market: What comes after Fannie Mae and Freddie Mac?, 16 N.C. Banking Inst. 99 (2012). *Cfr.* U.S. Gov't Accountability Office, GAO-09-782, Report to Congressional Committees: Fannie Mae and Freddie Mac: Analysis of Options for Revising the Housing Enterprises' Long-Term Structures 13 (2009).

210 O'SHIELDS, REGINALD T., Reforming America's Mortgage Market: What comes after Fannie Mae and Freddie Mac?, 16 N.C. Banking Inst. 99 (2012). *Cfr.* U.S. Dep't of the Treasury, Report of the Secretary of the Treasury on Government Sponsored Enterprises A-1 (1990).

211 SCHILL, MICHAEL H., Uniformity or Diversity: Residential Real Estate Finance Law in the 1990s and the Implications of Changing Financial Markets, 64 S. Cal. L. Rev. 1261 (1991) *op. cit.* "The thrift usually held the loan in its portfolio until it matured, the borrower defaulted, or the borrower prepaid the debt. Interest rates and the supply of credit were sensitive to local economic conditions, as well as national economic trends. Several economists have characterized real estate finance markets during this period as "segmented. Several empirical studies examining interest rate data for this period found that widespread regional differences existed in interest rates. Typically, interest rates were lowest in capital rich areas of the country such as the northeast and highest in growing areas such as the west." *Cfr.* L. GREBLER, D. BLANK & L. WINNICK, Capital Formation in

*hold* los acreedores que originaban y concedían préstamos hipotecarios mantenían dichos préstamos en sus balances, lo que resultaba en un mercado de crédito hipotecario regional, específicamente localizado, que tenía variaciones en los términos y condiciones dentro de las distintas regiones que componían el *Federal Home Loan Bank*.<sup>212</sup>

Durante todo este período de tiempo que hemos comentado los estadounidenses observaron como la hipoteca con una tasa de interés fija y con un periodo de amortización de 30 años se convirtió en el producto financiero principal en EE. UU. Sin embargo, antes de 1970 toda la estructura del mercado de préstamos hipotecarios se apoyaba en una reglamentación gubernamental estricta que vigilaba de cerca los depósitos y las tasas de interés de los préstamos con garantía hipotecaria, unido al acceso de sus miembros a adelantos de dinero a una tasa de interés fija que le proveía el *Federal Home Loan Bank*. Esto proporcionó a los acreedores, en particular a los bancos de ahorro y crédito, la capacidad de gestionar el riesgo de sus préstamos con garantía hipotecaria. Además, como los préstamos con garantía hipotecaria eran concedidos a un tipo de interés inherentemente atado a la naturaleza de un préstamo que se concede a largo plazo con una tasa de interés fija, todo este sistema se tradujo en la obtención de beneficios para los acreedores hipotecarios.<sup>213</sup>

Los años 70 y 80 fueron el inicio de la transformación del mercado hipotecario en EE. UU., el cual pasó de ser un mercado basado en el depósito y financiamiento bancario, a ser un mercado basado en los mercados de capital y la titulización de hipotecas, es decir un modelo de *originate-to-distribute*.<sup>214</sup> En estos años ocurre la desreglamentación bancaria en EE. UU. lo que trae consigo cambios dramáticos en las tasas de interés y en los bancos de ahorro y crédito.<sup>215</sup> Es en este periodo en donde comienza la titulización de hipotecas en el

---

Residential Real Estate 221, 229 (1956) showing that regional differentials in interest rates remained in 1940, but are less than in 1890); *Cfr.* FREDRIKSON, The Geographic Structure of Residential Mortgage Yields, in 2 Essays on Interest Rates 187, 195-96 (J. Guttenberg ed. 1971) Loans sampled in 1963 support the finding that yields on conventional mortgage loans are typically lower in the east and midwest than in the south and west.; LONGBRAKE & PETERSON, Regional and Intra-regional Variations in Mortgage Loan Rates, 31 J. Econ. & Bus. 75, 80 (1979) (using 1971 data to reach the same conclusion as FREDRIKSON, *supra*); SCHAAF, Regional Differences in Mortgage Financing Costs, 21 J. Fin. 85, 93 (1966) (A substantial part of regional variation in interest rates is explained by the distance of the borrower from northeastern capital markets.). Recent studies have found that although differences in interest rates charged in states for home mortgage loans remain, they are smaller and no longer follow regional patterns.

<sup>212</sup> O'SHIELDS, REGINALD T., Reforming America's Mortgage Market: What comes after Fannie Mae and Freddie Mac?, 16 N.C. Banking Inst. 99 (2012). *Cfr.* U.S. Dep't of the Treasury, Report of the Secretary of the Treasury on Government Sponsored Enterprises A-1 (1990).

<sup>213</sup> HOFFMAN, SUSAN M. and CASSELL, MARK K., Mission Expansion in the Federal Home Loan Bank System, SUNY Press (2010), p. 45-49.

<sup>214</sup> *Ibid.*

<sup>215</sup> SCHILL, MICHAEL H., Uniformity or Diversity: Residential Real Estate Finance Law in the 1990s and the Implications of Changing Financial Markets, 64 S. Cal. L. Rev. 1261 (1991). "During the late 1960s, savings and loan institutions, the predominant source of home mortgage credit in the United States, began to experience

mercado financiero, creando a su vez un mercado secundario de hipotecas y desde entonces en EE. UU. comenzó a utilizarse, de forma recurrente la titulización de hipotecas para emitir títulos o valores hipotecarios. Esta técnica de la titulización de hipotecas se ha empleado en los EE. UU. desde hace más de 50 años. Sin embargo, la misma es un fenómeno más reciente en lo que concierne a Europa.<sup>216</sup>

En 1970 el Congreso de EE. UU. creó a *Freddie Mac*<sup>217</sup> y al mismo tiempo autorizó a *Fannie Mae* a comprar préstamos hipotecarios convencionales.<sup>218</sup> Los préstamos hipotecarios convencionales son hipotecas consideradas por *Fannie Mae* y *Freddie Mac* como hipotecas que tienen tipos de interés y características (en términos de calidad y clase) que cumplen con los estándares de compra establecidos por los inversionistas privados.<sup>219</sup>

---

financial difficulties. As inflation increased, thrifts had to pay higher rates to attract time deposits. The industry's profits were squeezed due to the fact that it had to pay depositors high interest rates while its income was tied to long-term loans that earned relatively low rates. In response, the federal government, through a measure known as "Regulation Q," sought to assist thrifts by placing a ceiling on the rates that savings and loans and commercial banks could pay depositors. Nevertheless, the condition of thrifts deteriorated as entrepreneurs offered alternative investment vehicles such as money market funds that paid interest at rates above the ceiling permitted by Regulation Q. In a process called "disintermediation," savings and loan depositors withdrew their funds from thrifts and invested them in these alternative instruments. The Depository Institutions Deregulation and Monetary Control Act of 1980 (Pub. L. No. 96-221 Stat. 132 (1980) phased out Regulation Q deposit rate ceilings, permitted thrifts to invest in a wide variety of activities other than housing, and preempted state anti-usury laws for primary residence mortgage loans (12 U.S.C. § 1464, 1735f-7 (1988)). The Garn-St. Germain Depository Institutions Act of 1982 (Pub. L. 97-320, 96 Stat. 1469 (1982) further deregulated the thrift industry by increasing thrifts' lending powers, preempting state laws that prohibited the enforcement of due-on-sale clauses, and permitting the acquisition of failing institutions by thrifts in other states (12 U.S.C. § 1464, 1701j-3, 1823 (1988)). *Vid.* POZDENA, RANDALL JOHNSTONE, *The Modern Economics of Housing*, Westport, CT Quorum Book (1988), pp. 161-162.

<sup>216</sup> LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ M.<sup>a</sup>, CASASOLA DÍAZ, JOSÉ M.<sup>a</sup> y TORRES CASERO, JOSÉ ANTONIO, *op. cit.* p. 31. *Vid.* MARQUES IBAÑEZ, DAVID, *Securitisation, credit risk and lending standards revisited*, European Central Bank, Research Bulletin, Núm. 32, Marzo (2017) *op. cit.* "In contrast to the United States, where securitisation has been used for over 50 years, in Europe securitisation has been a relatively recent and sudden phenomenon (see Figure below); it started very slowly in the late 1990s and developed significantly between 2004 and 2007. Following the start of the financial crisis securitisation issuance almost ground to a halt, and the majority of new issuances have been retained by originating banks. In recent years in Europe there have been asset-backed securities (ABS) created only to be pledged as a collateral at the central bank." *Cfr.* <http://www.ecb.europa.eu/pub/economic-research/resbull/2017/html/rb170330...> (consulta 2 de agosto de 2018).

<sup>217</sup> Freddie Mac is the Federal Home Loan Mortgage Corporation (FHLMC) a United States public government-sponsored enterprise (GSE). *Vid.* NASARRE AZNAR, SERGIO, *El insuficiente marco legal de los valores hipotecarios y similares en el nuevo mercado hipotecario post-crisis y en un contexto europeo, Presente y Futuro del Mercado Hipotecario Español: Un Análisis Económico y Jurídico*, Aranzadi (2018) p. 485 *op. cit.* nota 8: "Las GSEs fueron intervenidas en 2008 por no poder hacer frente a todos los pagos que habían asumido (y siguen estándolo en 2018). El 15 de julio de 2008 la Securities and Exchange Commission (SEC) emitió una orden urgente prohibiendo temporalmente la venta de los valores de Fannie Mae y Freddie Mac, entre otros, a los bancos comerciales y de inversiones. Poco tiempo después, el 7 de septiembre de 2008, la FHFA tomó el control de Fannie Mae y Freddie Mac, mediante la figura del *conservatorship*."

<sup>218</sup> *Vid.* Black's Law Dictionary (10th ed. 2014), Mortgage - Conventional Mortgage (1822) A mortgage, not backed by government insurance, by which the borrower transfers a lien or title to the lending bank or other financial institution. These mortgages, which feature a fixed periodic payment of principal and interest throughout the mortgage term, are typically used for home financing. Also termed conventional loan.

<sup>219</sup> *Vid.* 12 U.S.C.A. § 1719(a) Secondary market operations – (a) Purchase and sale of mortgages; secondary market operations; advance of funds or origination of loans; settlement or extinguishment of borrower's rights (1) To carry out the purposes set forth in paragraph (a) 1716 of this title, the operations of the corporation under

No obstante, *Fannie Mae* y *Freddie Mac* fueron restringiendo la compra de préstamos que tuviesen una participación de menos de un veinte por ciento en el valor de la propiedad (a menos que estuvieran asegurados por compañías privadas u otras formas que aumentaran el valor del crédito concedido) y también fueron restringiendo la compra de préstamos realizados por encima de una cantidad determinada, cantidad que se fijaba y actualmente continua fijándose de forma anual (esto es lo que se conoce como el límite del préstamo “conforming”).<sup>220</sup>

*Fannie Mae* y *Freddie Mac* han compartido por años el deber de proporcionar estabilidad al mercado secundario de hipotecas de EE. UU. Dicha estabilidad se observó desde los años 70 hasta principios de la crisis financiera en 2007 y la misma era implementada a través del proceso de financiación que realizaban *Fannie Mae* y *Freddie Mac*, las cuales compraban préstamos hipotecarios que han sido objeto de combinaciones o agrupaciones de distintos préstamos hipotecarios, lo que se conoce como *mortgage-backed securities*<sup>221</sup> (MSB). En principio los *mortgage-backed securities* eran garantizados por

---

this section shall be confined, so far as practicable, to mortgages which are deemed by the corporation to be of such quality, type, and class as to meet, generally, the purchase standards imposed by private institutional mortgage investors. In the interest of assuring sound operation, the prices to be paid by the corporation for mortgages purchased in its secondary market operations under this section, should be established, from time to time, within the range of market prices for the particular class of mortgages involved, as determined by the corporation. The volume of the corporation's purchases and sales, and the establishment of the purchase prices, sale prices, and charges or fees, in its secondary market operations under this section, should be determined by the corporation from time to time, and such determinations should be consistent with the objectives that such purchases and sales should be effected only at such prices and on such terms as will reasonably prevent excessive use of the corporation's facilities, and that the operations of the corporation under this section should be within its income derived from such operations and that such operations should be fully self-supporting. Nothing in this subchapter shall prohibit the corporation from purchasing, and making commitments to purchase, any mortgage with respect to which the Secretary of Housing and Urban Development has entered into a contract with the corporation to make interest subsidy payments under section 1715z-8 of this title.

<sup>220</sup> Conforming loan is a loan with certain set of characteristics contained within a home loan. For example, a conventional loan can be either conforming or non-conforming. In order for a mortgage loan to be conforming, it must meet the specific criteria that allow Fannie Mae and Freddie Mac to purchase the loan. The most significant of these criteria is the loan limit, which refers to the maximum amount of the loan that Fannie Mae or Freddie Mac will purchase. The loan limit can change from year to year. For example, on 2006 the Federal Housing Finance Agency (FHFA) increased the conforming loan limit for a single-family (one-unit property) from \$417,000 to \$424,100. Certain areas of United States such as Alaska and Hawaii have a higher loan limit due to their higher-priced housing markets. Since Fannie Mae and Freddie Mac are managed by FHFA, they align with FHFA's loan limits. *Cfr.* PennyMac, Loan Services LLC a United States mortgage provider en <https://www.pennymacusa.com/blog/conforming-vs-non-conforming-loans> (consulta 28 de julio de 2018). *Cfr.* Prashant Gopal & Jody Shenn, Banks May Soften Blow of Jumbo Loan Limits, Bloomberg (June 28, 2011) <http://www.bloomberg.com/news/2011-06-28/banks-appetite-for-jumbos-may-soften-blow-of-new-loan-limits.html>. The conforming loan limit was temporarily raised to \$729,750 in 2008 to support the housing market during the financial crisis, but those temporary increases expired in October 2011.

<sup>221</sup> *Vid.* Black's Law Dictionary (10th ed. 2014), mortgage-backed security, see security (4) – 4. An instrument that evidences the holder's ownership rights in a firm (e.g., a stock), the holder's creditor relationship with a firm or government (e.g., a bond), or the holder's other rights (e.g., an option). A security indicates an interest based on an investment in a common enterprise rather than direct participation in the enterprise. Under an important statutory definition, a security is any interest or instrument relating to finances, including a note, stock, treasury stock, bond, debenture, evidence of indebtedness, certificate of interest or participation in a

*Fannie Mae* y *Freddie Mac*. Las obligaciones de las hipotecas agrupadas bajo los *mortgage-backed securities* no eran consideradas como pasivos (obligaciones) para los bancos que emitían los *mortgage-backed securities*, lo que quiere decir que eran obligaciones fuera de sus libros o balances lo que en inglés se conoce como transacciones *off-balance-sheet*. Como garantía, *Fannie Mae* y *Freddie Mac* se comprometían a realizar el pago de intereses a los inversionistas sobre los préstamos agrupados bajo los *mortgage-backed securities* y este pago a los inversionistas se realizaba de forma puntual, aunque las entidades que administraban los préstamos hipotecarios (*mortgage servicer*) agrupados bajo los *mortgage-backed securities* no cobraran la mensualidad de los préstamos hipotecarios a tiempo o no remitieran de forma puntual el pago mensual de las hipotecas que administraban. Los fondos de *Fannie Mae* y *Freddie Mac*, a su vez, también se utilizaban para comprar los *mortgage-backed securities* que *Fannie Mae* y *Freddie Mac* mantenían como instrumentos pendientes de pago, junto con la compra de otros activos hipotecarios.

Además, *Fannie Mae* y *Freddie Mac* también han llevado a cabo procesos de financiamiento a través de la emisión de otras obligaciones generales como los bonos. Por tanto, puede decirse que una de las aportaciones más importantes de *Fannie Mae* y *Freddie Mac* como agencias del mercado secundario de hipotecas fue la forma en la cual estas entidades integraron los mercados inmobiliarios al mercado de capital mediante la titulización (*securitization*) de hipotecas.

En adición a lo anterior, durante los años 70 y 80, *Fannie Mae* cambió su estrategia de negocios y la misma se convirtió en una estrategia diferente en comparación con *Freddie Mac*. Mientras *Freddie Mac* centró sus actividades en la compra de préstamos o *mortgage-backed securities* mediante el pago de un seguro a los acreedores hipotecarios, lo que se conoce como *guarantee fee* o *g-fee*.<sup>222</sup> *Fannie Mae* se centró en la compra de préstamos

---

profit-sharing agreement, collateral trust certificate, preorganization certificate or subscription, transferable share, investment contract, voting trust certificate, certificate of deposit for a security, fractional undivided interest in oil, gas, or other mineral rights, or certificate of interest or participation in, temporary or interim certificate for, receipt for, guarantee of, or warrant or right to subscribe to or purchase any of these things. A security also includes any put, call, straddle, option, or privilege on any security, certificate of deposit, group or index of securities, or any such device entered into on a national securities exchange, relating to foreign currency. *Vid.* 15 U.S.C.A. § 77b(1). Also termed (in sense 4) evidence of indebtedness; evidence of debt. Cf. Share, n. (2) Stock (4).

<sup>222</sup> *Vid.* Black's Law Dictionary (10th ed. 2014), mortgage-guarantee insurance (1952) Insurance provided by the Mortgage Guarantee Insurance Company to mortgage lenders that grant mortgages to parties having less than a 20% down payment. The cost of the insurance is included in the closing costs. *Vid.* O'SHIELDS, REGINALD T., Reforming America's Mortgage Market: What comes after Fannie Mae and Freddie Mac?, 16 N.C. Banking Inst. 99 (2012) *op. cit.* nota 51 "U.S. Gov't Accountability Office, GAO-09-782, Report to Congressional Committees: Fannie Mae and Freddie Mac: Analysis of Options for Revising the Housing Enterprises' Long-Term Structures 13 (2009)." En principio los *guarantee fees* fueron diseñados para proveer crédito a los acreedores hipotecarios a través de la compra de los mortgages-backed securities, pero los ingresos

hipotecarios (*mortgage-backed securities*) y los mantenía como inversiones en sus libros y portfolio. Esto se consideraba un negocio de alto riesgo, pero a la misma vez era un negocio que brindaba mayor rentabilidad en comparación con la titulización de hipotecas.<sup>223</sup> Una posible explicación para entender el por qué *Fannie Mae* decidió utilizar esta estrategia de alto riesgo fue la necesidad de satisfacer las demandas de los inversionistas que solicitaban una mayor rentabilidad. Esta estrategia de negocio fue lo que llevo a *Fannie Mae* a la difícil situación financiera que enfrentó en los años 80.<sup>224</sup> *Freddie Mac*, por su parte, operaba bajo principios que podríamos denominar como cooperativos porque se enfatizaron en el valor que recibirían los accionistas a largo plazo y el acceso a mejores servicios para los inversionistas.<sup>225</sup> Como puede observarse se impuso el neoliberalismo desde la perspectiva de que “*la disciplina vendría del propio mercado.*”

En la década de los años 90, los bancos estadounidenses comenzaron a convertir las hipotecas a largo plazo, hipotecas pactadas por la mayoría de las familias estadounidenses, en productos financieros a corto plazo a través de lo que hemos explicado antes como el proceso de titulización (*securitization*).<sup>226</sup> En lugar de mantener los préstamos hipotecarios en el balance de deuda de los libros o estados financieros de la entidad que concedió el préstamo hipotecario, los bancos buscaron vender las hipotecas inmediatamente a entidades financieras que transformaron miles de hipotecas individuales en instrumentos financieros, estos instrumentos concedían derecho (al portador de los títulos hipotecarios) a los pagos que generaban las hipotecas, y en la práctica este tipo de instrumento financiero podía ser reestructurado arbitrariamente y revendido.<sup>227</sup> La facilidad de los bancos norteamericanos para titularizar activos obedece a ciertas ventajas sobre los bancos europeos gracias a las llamadas agencias hipotecarias *Fannie Mae* y *Freddie Mac*, las cuales antes de la crisis

---

de la compra de los mortgage-backed securities también se utilizaron para cubrir los gastos de los procesos de titulización, así como los gastos operacionales de los administradores de los préstamos hipotecarios. Además de lo anterior, ocurrió que en la mayoría de los casos *Fannie Mae*, *Freddie Mac* y *Ginnie Mae* comenzaron a los pagar las compras de los préstamos con garantía hipotecaria que se generaban y convertían en mortgage-backed securities con sus propios mortgage-backed securities que estaban pendientes de pago, lo que provocó que los bancos que concedían los préstamos con garantía hipotecaria podían vender o mantener los mortgage-backed securities adquiridos a través de los *Fannie Mae*, *Freddie Mac* o *Ginnie Mae*.

<sup>223</sup> O'SHIELDS, REGINALD T., *Reforming America's Mortgage Market: What comes after Fannie Mae and Freddie Mac?*, 16 N.C. Banking Inst. 99 (2012).

<sup>224</sup> *Ibid. op. cit.* nota 54 “U.S. Gov't Accountability Office, GAO-09-782, Report to Congressional Committees: *Fannie Mae and Freddie Mac: Analysis of Options for Revising the Housing Enterprises' Long-Term Structures* 13 (2009).

<sup>225</sup> *Ibid. op. cit.* nota 53 *cfr.* Charles T. Autry & Roland F. Hall, *The Law of Cooperatives* 1 (2009).

<sup>226</sup> WACHSPRESS, MEGAN, AGATSTEIN, JESSIE and MOTT, CHRISTIAN, In Defense of “Free Houses,” 125 Yale L.J. 1115 (2016) *op. cit.* “In the 1990s, banks began to convert long-term mortgages, familiar to most Americans, into short-term financial commodities, a process called securitization.”

<sup>227</sup> MORAN, EAMONN K., *Wall Street Meet Main Street: Understanding the Financial Crisis*, 13 N.C. Banking Inst. 5, 32-33 (2009).

financiera de 2007 permitieron que las hipotecas concedidas a sus clientes salieran de sus balances y se traspasaran a los balances de estas agencias.

En 1995, en el preámbulo a un documento que definía una estrategia para expandir la adquisición de viviendas en EE. UU., el Presidente de EE.UU., Bill Clinton instruyó al Secretario del *Department of Housing and Urban Development* (HUD), Henry G. Cisneros, para que se desarrollará un plan para fomentar la compra de viviendas en EE. UU., a esos efectos el *National Homeownership Strategy* expresaba lo siguiente:

“President Clinton directed HUD Secretary Henry G. Cisneros to work with leaders in the housing industry, representatives of nonprofit groups, and officials at all levels of government to develop a *National Homeownership Strategy* that would increase ownership opportunities among populations and communities with lower than average homeownership rates.

This unprecedented public-private partnership is founded on a deeply rooted and almost universally held belief that homeownership provides important advantages that merit continued public support. The *National Homeownership Strategy* cites four fundamental benefits:

Through homeownership, a family invests in an asset that can grow in value and generate financial security.

Homeownership enables people to have greater control and exercise more responsibility over their living environment.

Homeownership helps stabilize neighborhoods and strengthen communities.

Homeownership helps generate jobs and stimulate economic growth.”<sup>228</sup>

El *National Homeownership Strategy* establecía que para muchos compradores potenciales de viviendas en EE. UU. la falta de liquidez para reunir la cantidad inicial y afrontar los gastos de la escritura de un préstamo hipotecario son el principal obstáculo a la hora de adquirir una vivienda. Asimismo, el *National Homeownership Strategy* establecía que existía un gran número de familias que carecían de ingresos suficientes para satisfacer las mensualidades de las hipotecas financiadas a los tipos de interés de los préstamos hipotecarios. Pero ¿qué significó esto en la práctica? Que las estrategias de financiación se dirigieron tanto a los obstáculos financieros como a la adquisición de una vivienda.<sup>229</sup>

---

228 Cfr. [http://www.huduser.gov/publications/Urban Policy Brief, Number 2, August 1995](http://www.huduser.gov/publications/Urban%20Policy%20Brief,%20Number%202,%20August%201995) (consulta 23 de marzo de 2020).

229 RAJAN, RAGHURAM G., Grietas del sistema. Por qué la economía mundial sigue amenazada (traducción Blanca Ribera, título original *Fault Lines: How Hidden Fractures Still Threaten the World Economy*), Ed.

Así las cosas, el lobby bancario consiguió el objetivo de la desregulación con la aprobación en 1999 de la *Graham-Leach-Bliley Act* que permitió unificar la banca comercial con la banca de inversión, si bien con algunas limitaciones.<sup>230</sup>

Luego en los años 2000 a 2005, el Gobierno de EE. UU. en un esfuerzo continuo y bipartidista para promover oportunidades de acceso a la vivienda, expandió la capacidad de *Fannie Mae* y *Freddie Mac* para garantizar la compra de préstamos hipotecarios. Esto se hizo a través del *Department of Housing and Urban Development* (HUD) y aumentando el porcentaje en las compras de los préstamos hipotecarios concedidos a estadounidenses que tenían bajos ingresos o ingresos moderados, o sea aquellos estadounidenses que vivían en áreas de bajos ingresos. A la misma vez se compraron préstamos hipotecarios concedidos para la adquisición de propiedades de nueva construcción, en lugar del continuar con el modelo de refinanciamiento de los préstamos hipotecarios.<sup>231</sup>

Para desarrollar un plan para fomentar la compra de viviendas, el Gobierno de EE. UU. estableció como política pública que el sector financiero tenía que encontrar formas creativas para lograr que las familias de bajos ingresos pudieran adquirir una vivienda. La intención era disminuir la desigualdad provocada por un acceso desigual a una educación de calidad, fortalecer a las familias y comunidades, y expandir la clase media estadounidense. Para lograrlo el Gobierno de EE. UU. ayudaría o presionaría con el impulso en el aumento del crédito a la vivienda. Esta presión originó una grave fractura que distorsionó el crédito en el sector financiero. El ampliar el acceso a los créditos para la adquisición de una vivienda fue una forma fácil, popular y rápida de atajar las desigualdades.<sup>232</sup> ¿Cómo se logró? Controlando los tipos de interés a corto y largo plazo a través del *Federal Reserve System* de EE. UU., entidad que tiene un mandato del Congreso de EE. UU. de fomentar una economía saneada lo que se traduce en mantener un nivel de empleo máximo sostenible y precios estables. Además, el *Federal Reserve System* de EE. UU. desde su fundación en 1913 (tras el pánico de los banqueros de 1907), se le ha confiado la tarea de ayudar a garantizar la

---

Deusto, 2011, p. 53. *Cfr.* National Home Ownership Strategy, Cap. 4, Washington, D.C., Department of Housing and Urban Development, 1995.

230 CUENA CASAS, MATILDE, Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario, Presente y Futuro del Mercado Hipotecario Español: Un Análisis Económico y Jurídico, GANUZA, JUAN JOSÉ y GÓMEZ POMAR, FERNANDO (coords.), Aranzadi (2018) p. 524.

231 O'SHIELDS, REGINALD T., Reforming America's Mortgage Market: What comes after Fannie Mae and Freddie Mac?, 16 N.C. Banking Inst. 99 (2012) *op. cit.* nota 59 "U.S. Gov't Accountability Office, GAO-09-782, Report to Congressional Committees: Fannie Mae and Freddie Mac: Analysis of Options for Revising the Housing Enterprises' Long-Term Structures 13 (2009)."

232 RAJAN, RAGHURAM G., *op. cit.* p. 61.



estabilidad del sistema financiero de EE. UU.<sup>233</sup> Ahora bien, ¿cuál es la importancia de los tipos de interés? Los tipos de interés a largo plazo son de extrema importancia en la economía ya que un tipo de interés a largo plazo más bajo aumenta el valor de los activos a largo plazo como las acciones, bonos y viviendas debido a que los dividendos, el pago de los intereses y los servicios ofrecidos se descuentan a un tipo de interés más bajo. De este modo se incrementa el poder adquisitivo de las familias y, en consecuencia, el gasto. Un tipo de interés bajo y a largo plazo también hace que ahorrar sea menos atractivo para las familias y consumir más atractivo.<sup>234</sup> Por su parte, un tipo de interés a corto plazo puede llegar a tener incluso efectos directos sobre la actividad económica puesto que existe una diversidad de deudores que están vinculados a los tipos de interés a corto plazo. Por ejemplo, el pago de los intereses en hipotecas de tipo variable se desploma si el *Federal Reserve System* de EE. UU. reduce los tipos de interés dejando mayor margen de gasto a las familias. Asimismo, mediante una política de tipos de interés bajos, el *Federal Reserve System* de EE. UU. también puede indicar al mercado que pretende mantener las condiciones de liquidez, es decir, la capacidad de recurrir al préstamo fácil en el futuro. Por tanto, basado en estos supuestos sobre la fijación de tasas o tipos de interés, los bancos y las compañías financieras tienen un incentivo para realizar préstamos no líquidos a plazos debido a que están convencidos de que pueden refinanciar dichos préstamos en el mercado.<sup>235</sup>

El frenesí por el crédito hipotecario puede observarse particularmente en los años 2000-2001 luego de la caída del índice NASDAQ y la recesión subsiguiente. El *Federal Reserve System* de EE. UU. trató de compensar la pérdida de la inversión recortando los tipos de interés a corto plazo progresivamente. De un nivel del 6,5 en enero de 2001, los tipos de interés descendieron al 1% en junio de 2003. Y un nivel tan bajo envió una potente señal a la economía que se volcó en la compra de viviendas, conforme a la política pública establecida por el Gobierno de EE. UU., debido a que más gente podía hacer frente a los pagos de los préstamos hipotecarios. La mayor demanda de viviendas potenció una mayor construcción de casas cuyo sector en la economía acababa de recibir un impulso mediante una bajada en los tipos de interés en los préstamos para constructores.<sup>236</sup> El *Federal Reserve System* de EE. UU. no solo redujo los beneficios de tomar precauciones, sino que alentó implícitamente a los banqueros a tomar prestado a corto plazo al mismo tiempo que realizaban préstamos a largo plazo, lo anterior con la seguridad de que ésta intervendría si se agotaba la financiación,

---

<sup>233</sup> *Ibid.* p. 133.

<sup>234</sup> *Ibid.* p. 135.

<sup>235</sup> *Ibid.* p. 136.

<sup>236</sup> *Ibid.* p. 136.

lo que produjo como resultado un crecimiento en el apalancamiento (*leverage*) de todo el sistema.<sup>237</sup> Ahora bien, ¿por qué se produjo el frenesí del crédito hipotecario? y ¿por qué los bancos asumieron tantos impagos y riesgo de liquidez? Para explicar estas cuestiones presentamos como ejemplo lo ocurrido con el banco *New Century Financial* fundado en 1995 con unos 3 millones de dólares de capital de riesgo.<sup>238</sup> Al observarse un aumento en los precios de las viviendas los agentes del *New Century Financial* hicieron préstamos con tentadoras tasas iniciales de tipos de interés asequibles. El *New Century Financial* anticipaba que cuando los prestatarios tuvieran que realizar los pagos más elevados del préstamo hipotecario concedido, el precio de su vivienda habría aumentado, y los deudores podrían refinanciar de nuevo su vivienda a un interés bajo. Sin embargo, este escenario no era más que una máquina de hacer dinero virtual o irreal que se basaba en que el costo de la refinanciación podía ser barrido con una hipoteca nueva y más grande. La dirección del *New Century Financial* debió saber que los precios de las viviendas no aumentarían indefinidamente, entonces, ¿por qué continuaron realizando préstamos hipotecarios de alto riesgo (*subprime*) casi hasta el día en que se declararon en quiebra? Como respuesta, los datos ilustran que la empresa no se quedaba con las hipotecas que concedía, por el contrario, vendía dichas hipotecas como títulos valor contra el paquete de *Fannie Mae* y *Freddie Mac*, fondos de pensiones, compañías de seguro y bancos a través de todo el mundo.<sup>239</sup>

El frenesí por el crédito hipotecario ocasionó que, en EE. UU. y Puerto Rico, los bancos y las entidades de crédito evolucionaran rápidamente hacia sistemas avanzados de gestión de riesgo del crédito. Uno de los factores que impulsó a los bancos a introducir valores garantizados por hipotecas de alto riesgo o *subprime* fueron los bajos requisitos de capital respecto a los préstamos directos. De este modo, los bancos recaudaron mayores ganancias con este tipo de préstamo, al mismo tiempo que mantenían poco capital, obteniendo así una rentabilidad aparentemente saneada. La hipótesis que prevalecía era que si todo el mundo estaba expuesto al mismo riesgo, de forma generalizada cuando se materialice el riesgo, las autoridades no tendrán otra opción más que intervenir en apoyo a los bancos y el mercado, y con esto los bancos maximizaron los beneficios aumentando su exposición al riesgo.<sup>240</sup> Según mencionamos en el ejemplo del banco *New Century Financial* bajo el sistema de titulización de hipotecas utilizado en EE. UU. determinados

---

237 *Ibid.* p. 146.

238 New Century was the largest independent U.S. provider of “subprime” mortgages, or home loans to people with poor credit histories. <http://www.reuters.com/us-newcentury-bankruptcy> (consulta 23 de marzo de 2020).

239 RAJAN, RAGHURAM G., *op. cit.* p. 164.

240 *Ibid.* p. 192.

tramos (*tranches*) de los préstamos hipotecarios agrupados y titulizados se cedían a fideicomisos (*trust*) para ser gestionados, y en general dicha cesión la hacía la entidad de crédito que concedió el préstamo hipotecario. Al efectuarse el traspaso de las hipotecas titulizadas al fideicomiso (*trust*), las deudas de los préstamos hipotecarios titulizados se eliminaron de los balances en los libros de los bancos que habían concedido el préstamo hipotecario. Por tanto, los bancos y las entidades que concedían el préstamo hipotecario sólo corrían con el riesgo de la administración del préstamo hipotecario (*servicing*), de modo que el riesgo del crédito pasaba al inversionista y el mismo también se quedaba en el deudor hipotecario, librándose dichas entidades de enormes cantidades de deuda en su balance de pasivos y obligaciones. Luego de la titulización (*securitization*) de las hipotecas aunque el deudor continuaba realizando los pagos hipotecarios al banco que le concedió el préstamo, en muchas ocasiones dicho banco dejaba de ser el titular del crédito debido al proceso de titulización hipotecaria en donde una variedad de inversionistas poseen el derecho de crédito del préstamo hipotecario que fue agrupado en los fondos de titulización.<sup>241</sup> Además, la reducción en el tamaño de los préstamos agrupados o carteras de crédito permitía una menor utilización de los fondos propios por parte del banco que concedía el préstamo hipotecario. Este proceso de desintermediación permitió a las entidades de crédito mantener su cuota de mercado sin asumir la totalidad del riesgo derivado de las pérdidas potenciales que podrían ocurrir, como en efecto ocurrió, con el impago de los préstamos hipotecarios.

En EE. UU. la gestión y asignación del préstamo hipotecario es un ejemplo de cómo a través de la titulización (*securitization*) se crean estructuras financieras. La titulización integra los mercados hipotecarios con los mercados de capital permitiendo a los bancos de inversión crear grupos de préstamos, dividir los flujos de efectivo de esos préstamos y convertir los flujos de efectivo en bonos garantizados por las hipotecas.<sup>242</sup> A través de esta estructura financiera se incluyen dos niveles de transacción, uno con la asignación de los préstamos hipotecarios a un fideicomiso (*trust*) independiente, que tiene como resultado un segundo nivel en donde el grupo de préstamos es efectivamente separado o aislado del

---

241 WACHSPRESS, MEGAN, AGATSTEIN, JESSIE and MOTT, CHRISTIAN, In Defense of “Free Houses,” 125 Yale L.J. 1115 (2016) *op. cit.* “After securitization, although a homeowner would continue to make mortgage payments to the originating bank, that bank ceased to have a financial interest in receiving these payments. Instead, a variety of investors owned an interest in the pool of mortgage payments of which the homeowner’s is a part.”

242 Constitutional Law – Personal Jurisdiction – North Carolina Supreme Court Finds No Jurisdiction Over New York Trust – Skinner v. Preferred Credit, 638 S.E.2D 203 (N.C. 2006), Reh’g Denied, 643 S.E.2D 591 (N.C. 2007), 121 Harv. L. Rev. 636 (2007). *Vid.* ENGEL, KATHLEEN C. and MCCOY, PATRICIA A., Turning a Blind Eye: Wall Street Finance of Predatory Lending, 75 Fordham L. Rev. 2039, 2045 (2007) and LOONIN, DEANNE and RENUART, ELIZABETH, The Life and Debt Cycle: The Growing Debt Burdens of Older Consumers and Related Policy Recommendations, 44 Harv. J. on Legis. 167, 178 (2007).

acreedor original. Al fusionar los mercados hipotecarios y los mercados de capital, la titulización (*securitization*) aumentó el flujo de capital, lo que a su vez aumentó el crédito disponible.<sup>243</sup> El problema con la titulización hipotecaria se reflejó en la calidad de los préstamos que fueron agrupados en los fondos de titulización de hipotecas. Desde que comenzó a utilizarse esta estructura financiera, los acreedores y prestamistas obtuvieron beneficios mediante la transferencia de los préstamos hipotecarios a los inversionistas, lo que provocó la concesión de préstamos hipotecarios de forma descuidada.<sup>244</sup> A través de esta estructura financiera los acreedores de los préstamos hipotecarios pudieron ocultar las fallas en la evaluación de la solvencia del prestatario al cual le concedían crédito.

Por tanto, los hechos demuestran que la emisión de títulos, bonos y valores en el mercado secundario de hipotecas ofreció beneficios considerables a los inversionistas. El acceso a los mercados de capitales de las notas relacionadas con los préstamos hipotecarios redujo el costo de ciertos préstamos lo que proporcionó una ventaja en las tasas de interés. Sin embargo, esta ventaja también ocasionó un uso abusivo por parte de los bancos a la hora de evaluar y conceder préstamos hipotecarios. Dicho uso abusivo tomó la forma de prácticas engañosas en la concesión de préstamos hipotecarios con lo cual se concedieron préstamos hipotecarios a deudores que no tenían capacidad de pago. Los inversionistas dependían de que los deudores tuvieran capacidad económica para devolver los préstamos, apostaban a que el valor de la propiedad utilizada como garantía (colateral) continuaría en aumento y a que el deudor no tendría defensas disponibles ante un evento de incumplimiento. Por consiguiente, se pensaba que los altos precios de las viviendas utilizadas como garantías mitigarían o eliminarían gran parte de los posibles problemas de reembolso. Si el deudor no pagaba a tiempo, el aumento en el valor de la vivienda facilitaría un refinanciamiento o en caso de embargo cubriría el préstamo y los intereses. Se decía que, si los precios de las viviendas continuaban aumentando y las razones préstamo/valor bajaban, ¿qué podía salir mal?<sup>245</sup>

La estructura financiera mediante la cual se titulizaron (*securitization*) las hipotecas de alto riesgo o *subprime* creó más problemas debido a que, aunque los valores respaldados por las hipotecas eran emitidos por entidades patrocinadas por el Gobierno de EE. UU., las hipotecas de alto riesgo o *subprime* fueron colocadas en el mercado por las principales firmas de Wall Street, pero los títulos de estas hipotecas no tenían normas homogéneas. Durante los

---

243 *Ibid.* y PETERSON, CHRISTOPHER L., Predatory Structured Finance, 28 Cardozo L. Rev. 2185, 2213 (2007).

244 *Ibid.* y EGGERT, KURT, Held Up in Due Course: Predatory Lending, Securitization and the Holder in Due Course Doctrine, 35 Creighton L. Rev. 503, 550 (2002).

245 DODD, RANDALL y MILLS, PAUL, El flagelo de las hipotecas de alto riesgo, Finanzas & Desarrollo Publicación Trimestral del Fondo Monetario Internacional, Vol. 45, Núm. 2, junio (2008), pp. 14-18.

años previos al estallido de la burbuja inmobiliaria, las compañías y en especial *Freddie Mac*, se dedicaron a comprar *mortgage-backed securities* con categoría Alt-A.<sup>246</sup> Los préstamos Alt-A son préstamos que se tramitaban con poca documentación o documentación deficiente relacionada con los ingresos de los deudores. Estos préstamos incluían los índices *loan-to-value* o *debt-to-income* en sus cálculos, con lo cual se entendía que se trataba de préstamos hipotecarios *prime*. Este dato es importante porque el préstamo *prime* a través de los años ha sido el centro y corazón de las entidades dedicadas a la concesión de préstamos hipotecarios. Para el final de 2007, *Fannie Mae* y *Freddie Mac* mantenían en sus balances un total de \$313 mil millones en *mortgage-backed securities*, de los cuales \$219 mil millones eran de *Freddie Mac*.<sup>247</sup>

Los problemas o fallas en las prácticas utilizadas para la concesión de préstamos hipotecarios elevo considerablemente el costo de entender la información sobre las hipotecas *subprime*, así como las primas de seguro para mantener la confianza.<sup>248</sup> El modelo de calificación del riesgo resultó inadecuado para prever el incumplimiento no solo a nivel individual sino también de forma simultánea en los distintos mercados de vivienda en EE. UU. Esto imposibilitó calcular correctamente el riesgo del crédito en cada tramo (*tranch*) o capa del proceso de agrupación de obligaciones de deuda garantizada lo que ocasionó que los tramos (*tranches*) superiores, mejor calificados tuviesen poca correlación con los tramos (*tranches*) inferiores más arriesgados. Sin embargo, como los *mortgage-backed securities* (MBS) y los *collateral debt obligation* (CDO) eran instrumentos nuevos, complejos, estructurados y respaldados por conjuntos de valores, estos préstamos eran derivados de crédito cuyos flujos de caja se dividían en segmentos llamados tramos (*tranches*) con

---

246 Alt-A loans are generally considered in a lender's risk management diversification. Historically these loans have been known for high levels of default and their widespread defaults were a key factor leading to the 2008 financial crisis. One of the higher risks associated with Alt-A loans is lower quality loan documentation. While Alt-A loans have become less prevalent in the mortgage market they are still a loan classification issued by lenders. In addition to the lower documentation standards which were addressed from new regulations, these loans also had other alternative characteristics. These characteristics include higher loan-to-value ratio, low down payment and higher accepted debt-to-income ratios. Some Alt-A loans may have loan-to-value ratios of up to 100%. Debt-to-income ratios are usually higher than the standard 36% and may even exceed 43%. Also, it can be common for Alt-A loans to require no down payment. *Cfr.* <http://www.investopedia.com/terms/a/alt-a>. (consulta el 28 de julio de 2018).

247 *Cfr.* U.S. Gov't Accountability Office, GAO-09-782, *Fannie Mae and Freddie Mac: Analysis of Options for Revising the Housing Enterprises' Long-term Structures*, Sept. (2009); U.S. Dep't of the Treasury, *Report of the Secretary of the Treasury on Government Sponsored Enterprises A-1* (1990).

248 DODD, RANDALL y MILLS, PAUL, El flagelo de las hipotecas de alto riesgo, *Finanzas & Desarrollo* Publicación Trimestral del Fondo Monetario Internacional, Vol. 45, Núm. 2, junio (2008), pp. 14-18 *op. cit.* "La diligencia de los inversionistas, al igual que los consumidores, no fue suficiente ante una mayor carga de información. Para analizar la información y tomar la decisión de invertir, los inversionistas descansaron en la información provista por las agencias calificadoras del riesgo crediticio."

diferentes características de reembolso y rentabilidad.<sup>249</sup> A lo anterior, se añade que las hipotecas *subprime* eran nuevas y había poca información sobre sus resultados lo que trajo consigo deficiencias importantes a la hora de evaluar su comportamiento individual o en grupo. Debido al optimismo que había con respecto al desempeño de estos productos en el mercado financiero más del 90% de los préstamos hipotecarios *subprime* que fueron titulizados se convirtieron en valores con la calificación máxima de AAA.<sup>250</sup> En resumen, muchos creyeron en el nuevo paradigma de los mercados financieros. Las estrategias e inversión en activos más riesgosos era lo normal a pesar de que en muchos casos no se entendían bien los riesgos y no se disponía de capital suficiente para respaldar los riesgos asumidos.<sup>251</sup>

En un entorno financiero estable y con abundante liquidez, los inversionistas no prestaron mucha atención a los riesgos relacionados con los productos financieros complejos. Se preveía que el largo período de evolución favorable de los mercados financieros continuaría, el crecimiento mundial se había mantenido vigoroso y los excesos anteriores a la burbuja tecnológica (*dot-com crash*) parecían muy lejanos. Los inversionistas pensaron que, en caso de ser necesario, podían devolver o vender estos productos a otros inversionistas y confiaron en que las agencias acreditadoras de crédito (*rating agencies*) de EE. UU. evaluaban adecuadamente los riesgos, con lo cual se dio demasiada importancia a las calificaciones y muy poca a la documentación sobre los productos o a la investigación independiente de las titulaciones hipotecarias.<sup>252</sup>

Las dificultades más graves aparecieron cuando se descubrió que los métodos de financiación utilizados por los bancos para mantener estos productos de crédito tenían fallas puesto que eran productos ilíquidos y difíciles de valorar. La práctica observada era que para aprovechar el menor costo financiero que proveían estas operaciones muchos de estos productos financieros se mantenían en entidades fuera del balance de los libros de los principales bancos,<sup>253</sup> lo que permitió aumentar el apalancamiento (*leverage*) en otras

---

<sup>249</sup> *Ibid.*

<sup>250</sup> *Ibid.*

<sup>251</sup> KODRES, LAURA, Una crisis de confianza ... y mucho más, Finanzas & Desarrollo Publicación Trimestral del Fondo Monetario Internacional, Vol. 45, Núm. 2, junio (2008), pp. 9-13, *op. cit.* “Las presiones competitivas para emitir y vender estos productos eran tan intensas que — como señaló Charles Prince, Presidente y Director General de Citigroup, a un reportero a principios de julio de ese año — la Gerencia consideró: “Mientras la música suene, hay que seguir bailando.”

<sup>252</sup> *Ibid.*

<sup>253</sup> *Ibid. op. cit.* “Por lo general, estos productos se mantenían como vehículos de inversiones estructuradas (VIE) o fondos especiales (*conduits*). Un tema conexo es el incentivo del costo regulatorio de colocar activos y su financiamiento en vehículos fuera del balance, donde los riesgos son menos transparentes para los inversionistas de la institución financiera matriz, así como para los supervisores y las entidades reguladoras. Los

partidas del balance de los libros de los bancos. Por ejemplo, los fondos especiales formados con las titulaciones de las hipotecas de alto riesgo se financiaban con papeles comerciales garantizados con activos a corto plazo (*asset-backed commercial paper*<sup>254</sup> o ABCP por sus siglas en inglés). Los pasivos de las inversiones estructuradas o fondos especiales comprendían alrededor de una tercera parte (1/3) del papel comercial garantizado con activos a corto plazo y dos terceras partes (2/3) del financiamiento a largo plazo.<sup>255</sup> El problema principal fue la opacidad, ya que los inversionistas que adquirirían el papel comercial garantizado con activos a corto plazo no disponían de información exacta sobre estos productos e incluso algunos reguladores de la industria bancaria tampoco evaluaron adecuadamente la estrategia de financiamiento de esos activos a corto plazo.<sup>256</sup> Cuando la confianza se deterioró, muchos inversionistas se deshicieron de sus inversiones, redujeron el plazo de vencimiento que estaban dispuestos a aceptar o exigieron rendimientos más altos, especialmente si sospechaban que los productos financieros incluían hipotecas de alto riesgo o *subprime*.<sup>257</sup> Así las cosas, en agosto de 2007 se produjo una contracción en la liquidez en el mercado del papel comercial garantizado con activos a corto plazo, lo que dio lugar a una falta de liquidez general en el mercado interbancario. Los bancos transfirieron los activos de las inversiones estructuradas a sus balances para evitar el riesgo de dañar su reputación ante los inversionistas.<sup>258</sup> Sin embargo, a medida que los bancos comenzaron a tener dudas con

---

avances en el establecimiento de normas de suficiencia de capital más adecuadas para los bancos de todo el mundo — lo que se conoce como el marco de Basilea II — pueden ayudar a reducir el incentivo relacionado con estos vehículos, pero solo si los supervisores utilizan plenamente su discreción para juzgar si los riesgos se transfieren verdaderamente a estas entidades y si el banco puede, por lo tanto, obtener alivio de capital.”

<sup>254</sup> *Vid.* Black’s Law Dictionary (10th ed. 2014), *asset-backed security* (1982). A debt security (such as a bond) that is secured by assets that have been pooled and secured by the assets from the pool. Abbr. ABS; paper - Any written or printed document or instrument. A negotiable document or instrument evidencing a debt; esp., commercial documents or negotiable instruments considered as a group; commercial paper (1785). An instrument, other than cash, for the payment of money. Commercial paper — typically existing in the form of a draft (such as a check) or a note (such as a certificate of deposit) — is governed by Article 3 of the UCC. But even though the UCC uses the term commercial paper when referring to negotiable instruments of a particular kind (drafts, checks, certificates of deposit, and notes as defined by Article 3), the term long predates the UCC as a business and legal term in common use. Before the UCC, it was generally viewed as synonymous with negotiable paper or bills and notes. It was sometimes applied even to nonnegotiable instruments. — Also termed mercantile paper; company’s paper. See also, *Negotiable Instrument: Commercial paper*’ is rather a popular than a technical expression, often used, however, both in statutes and in decisions of courts, to designate those simple forms of contract long recognized in the world’s commerce and governed by the law merchant.” *Cfr.* RANDOLPH, JOSEPH F., *A Treatise on the Law of Commercial Paper* § 1, at 1 (2d ed. 1899).

<sup>255</sup> KODRES, LAURA, *Una crisis de confianza ... y mucho más*, Finanzas & Desarrollo Publicación Trimestral del Fondo Monetario Internacional, Vol. 45, Núm. 2, junio (2008), pp. 9-13.

<sup>256</sup> *Ibid.*

<sup>257</sup> *Ibid.*

<sup>258</sup> *Ibid.* *Vid.* DODD, RANDALL y MILLS, PAUL, *El flagelo de las hipotecas de alto riesgo*, Finanzas & Desarrollo Publicación Trimestral del Fondo Monetario Internacional, Vol. 45, Núm. 2, junio (2008), pp. 14/18, *op. cit.* “Northern Rock del Reino Unido, requirió fondos de emergencia del Banco de Inglaterra ya que no pudo titular ni vender las hipotecas que poseía, no pudo obtener efectivo de otros bancos y sus activos líquidos sólo le alcanzaban para unas pocas semanas. Bear Stearns sufrió una “corrida” del mercado al por mayor pese a que

respecto a su necesidad de liquidez, esto ocasionó falta de liquidez en el mercado interbancario y con ello la crisis financiera de 2007.<sup>259</sup> Además, si a la crisis de liquidez interbancaria se le añade que algunos aseguradores de bonos, lo que se conoce en la industria como las compañías “*mono línea*,” que antes se especializaban en ofrecer protección para el riesgo de crédito de los bonos municipales y de infraestructura, en el año 2003 comenzaron a asegurar valores respaldados por los *collateral debt obligation* (CDO) para reforzar las calificaciones AAA de los tramos (*tranches*) más seguros de los *mortgage backed securities*.

El aumento de la morosidad y las ejecuciones hipotecarias también provocó el desplome de estos valores e incrementó los pasivos de las aseguradoras. Se estima que dos de las aseguradoras más grandes, Ambac<sup>260</sup> y MBIA,<sup>261</sup> perdieron, aproximadamente, unos \$23,000 millones de dólares y se vieron obligadas a recaudar capital adicional.<sup>262</sup>

Los profesores ADAM J. LEVITIN y SUSAN M. WACHTER han argumentado que una explicación de la burbuja inmobiliaria fue el exceso de crédito para la vivienda causado por asimetrías de información en la titulización (*securitization*) hipotecaria, lo que permitió a

---

los supervisores garantizaban que su capital regulatorio excedía los requisitos. Bear Stearns agotó en tres días su reserva de liquidez por US \$17,000 millones, a pesar de que la Reserva Federal de Nueva York y JP Morgan Chase negociaban su rescate. Northern Rock y Bear Stearns ilustran la fragilidad de la confianza en los mercados al por mayor y la rapidez con que se puede agotar el dinero de una entidad cuando se mancha su reputación y los mercados están ilíquidos.”

<sup>259</sup> *Ibid. op. cit.* “Inicialmente, los bancos centrales proporcionaron liquidez de emergencia al sistema financiero, pero la necesidad ahora es crónica, lo que obligará a los bancos centrales a determinar nuevas formas de suministrar liquidez. Los principales bancos centrales han modificado sus operaciones —algunos en mayor medida que otros— para ajustarse a la actual contracción de la liquidez. En algunos casos, los bancos centrales han tenido que aceptar nuevos tipos de garantías, a veces de calidad inferior, para mantener el funcionamiento del mercado interbancario.”

<sup>260</sup> Ambac Financial Group, Inc. is a holding company whose subsidiaries, including its principal operating subsidiary, Ambac Assurance Corporation (“Ambac Assurance”), Everspan Financial Guarantee Corp., and Ambac Assurance UK Limited, provide financial guarantees to clients in both the public and private sectors globally. Ambac Assurance, including the Segregated Account of Ambac Assurance (in rehabilitation), is a guarantor of public finance and structured finance obligations. Ambac Financial Group, Inc. is also exploring opportunities involving the acquisition and/or development of new businesses. Ambac Financial Group Inc.’s common stock trades on the NASDAQ Global Select Market. *Cfr.* <http://www.ambac.com> (consulta 16 de agosto de 2018)

<sup>261</sup> MBIA Insurance Corporation and its wholly-owned subsidiary MBIA Mexico, S.A. de C. V., have insured and reinsured structured finance and international public finance obligations sold in the new issue and secondary markets. MBIA Insurance Corporation ceded all of its U.S. public finance business to another MBIA Inc. subsidiary, National Public Finance Guarantee Corporation, by entering into a Quota Share Reinsurance Agreement with National, effective January 1, 2009, and by assigning to National pursuant to a separate assignment agreement its rights, interests and obligations under the FGIC Reinsurance Agreement. The reinsurance enables covered policyholders and certain ceding reinsurers to make claims for payment directly against National in accordance with the terms of the cut-through provisions of the reinsurance agreement. MBIA Insurance Corporation has not written a meaningful amount of new business since 2008 and it is uncertain how or when it may reengage in the market. In 2008, the Company ceased insuring new credit derivative contracts except in transactions related to the remediation or reduction of existing insured credit derivative exposure. *Cfr.* <https://www.mbia.com> (consulta 16 de agosto de 2018).

<sup>262</sup> DODD, RANDALL y MILLS, PAUL, El flagelo de las hipotecas de alto riesgo, Finanzas & Desarrollo Publicación Trimestral del Fondo Monetario Internacional, Vol. 45, Núm. 2, junio (2008), pp. 14-18.



las instituciones financieras subestimar el riesgo a expensas de los inversionistas.<sup>263</sup> Al mismo tiempo, durante los comienzos de la década de 2000, hubo una proliferación de productos financieros tales como hipotecas de tasa ajustable con tasas de interés artificialmente bajas, préstamos auto-amortizables y otras opciones que eran insostenibles y difíciles de entender para muchos deudores.<sup>264</sup> En otras palabras, impero la opacidad en ambos procesos, en los procesos para conceder los préstamos hipotecarios y en el proceso de titulación de hipotecas. La falta de transparencia, la complejidad y la creciente variedad de productos de crédito estructurado ocultaron, incluso por las propias instituciones financieras, la ubicación, el tamaño y el apalancamiento (*leverage*) de las posiciones mantenidas.<sup>265</sup> Cuando en el mercado financiero se conoció la baja calidad de los préstamos hipotecarios de alto riesgo o *subprime* inmediatamente se redujo la calificación de las titulaciones hipotecarias y como resultado todos los títulos o valores hipotecarios comenzaron a perder valor lo que trajo como consecuencia que se produjera la crisis financiera de 2007.<sup>266</sup>

Asimismo, el daño también era imputable a las agencias como *Fannie Mae* y *Freddie Mac* quienes tenían que comprar un enorme porcentaje de valores garantizados por hipotecas *subprime* para cubrir la cuota impuesta por el Gobierno de EE. UU. y por organizaciones gubernamentales como la *Federal Housing Administration* (FHA) lo que contribuyó a la insostenible demanda en este segmento del mercado inmobiliario.

Los bancos centrales extranjeros también compraron activos en dólares para invertir su dinero en deuda con lo cual la protección implícita que disfrutaba la deuda de *Fannie Mae*

---

263 LEVITIN, ADAM J. and WACHTER, SUSAN M., Explaining the Housing Bubble, 100 Geo. L.J. 1177, 1203-10, 1128-32 (2012) *op. cit.* “professor argues that there were actually distinct phases in the period that is considered the housing bubble, with fundamental market forces explaining more of the price expansion from roughly 1997 through 2003, and only thereafter did housing prices become decoupled from those fundamentals.”

264 DAVIDSON, NÉSTOR M., New Formalism in the Aftermath of the Housing Crisis, 93 B.U. L. Rev. 389 (2013) *op. cit.* U.S. Gov’t Accountability Office, GAO-11-656, Mortgage Reform: Potential Impacts of Provisions in the Dodd-Frank Act on Homebuyers and the Mortgage Market 1, 8-9 (2011) (stating that the foreclosure crisis has been “fueled in part by the proliferation of mortgage products in the early to mid-2000s that have come to be associated with poorer loan performance,” such as “mortgages with interest rates that increased sharply after a few years, did not require a down payment or full documentation of income, or allowed borrowers to defer principal and interest payments, increasing their indebtedness over time”); cf. *id.* at 11 (observing that subprime and near-prime originations accounted for nearly forty percent of the market in 2006).”

265 KODRES, LAURA, Una crisis de confianza ... y mucho más, Finanzas & Desarrollo Publicación Trimestral del Fondo Monetario Internacional, Vol. 45, Núm. 2, junio (2008), pp. 9-13.

266 DODD, RANDALL y MILLS, PAUL, El flagelo de las hipotecas de alto riesgo, Finanzas & Desarrollo Publicación Trimestral del Fondo Monetario Internacional, Vol. 45, Núm. 2, junio (2008), pp. 14-18. *Vid. MÁRQUES IBÁÑEZ, DAVID, Securitisation, credit risk and lending standards revisited, European Central Bank, Research Bulletin, Num. 32, Marzo (2017) op. cit.* “The expansion of securitisation has been perceived as a major contributing factor to the 2007-09 financial crisis (Financial Crisis Inquiry Commission, 2011). Broadly, speaking there are two arguments for this claim. First, banks might have had an incentive to securitise loans of lower credit quality, as they tended to have more knowledge than investors about the credit quality of the loans they originate. Second, after securitisation, originating banks probably had fewer incentives to monitor the changing risk profile of borrowers whose loans were passed on to outside investors.”

y *Freddie Mac* los condujo a la compra de títulos valores que incluían las hipotecas *subprime* titulizadas. Además, los bancos centrales extranjeros confiaron en que *Fannie Mae* y *Freddie Mac* disfrutaban de la garantía implícita del Gobierno de EE. UU. y no se preocuparon demasiado por los riesgos que asumían las agencias cuasi-gubernamentales de EE. UU. o *Government Sponsored Enterprises* (GSE). Fue así como se expandió la crisis financiera hasta Europa y otros países. A lo anterior se añade que los inversionistas privados extranjeros como los *Landesbanks* alemanes, confiaron en las calificaciones de los valores garantizados por las hipotecas *subprime* y junto con *Fannie Mae* y *Freddie Mac* hicieron subir los precios de estos valores haciéndolos mucho más atractivos de lo que eran en realidad.<sup>267</sup>

La intensa participación del gobierno estadounidense en los préstamos hipotecarios, tanto de forma directa por medio de la *Federal Housing Administration* (FHA) e indirecta a través de *Fannie Mae* y *Freddie Mac*, hacía poco probable que el mercado hipotecario, especialmente el de alto riesgo, fuera abandonado a su suerte. Y lo anterior se materializó cuando el *Federal Reserve System* de EE. UU. y el *US Treasury Department* apoyaron y rescataron prácticamente a todos los bancos grandes de EE. UU. que optaron por asumir el riesgo de liquidez.<sup>268</sup>

No obstante, más allá de las consecuencias en el mercado financiero y en la economía global, el colapso de la industria inmobiliaria tuvo secuelas realmente significativas que generaron un aumento en las ejecuciones hipotecarias, particularmente, en los préstamos que fueron titulizados en el periodo antes de la crisis financiera de 2007. En EE.UU. y Puerto Rico el aumento en las ejecuciones de hipotecas se ha concentrado en los lugares o regiones que vieron un aumento en los precios de la vivienda durante el auge inmobiliario.<sup>269</sup> El

---

<sup>267</sup> RAJAN, RAGHURAM G., *op. cit.* p. 170.

<sup>268</sup> *Ibid.* p. 212.

<sup>269</sup> *Cfr.* Lender Processing Servs., LPS Mortgage Monitor: December 2012 Mortgage Performance Observations 6 (2012), available at <http://www.lpsvcs.com/LPSCorporateInformation/CommunicationCenter/DataReports/MortgageMonitor/201211MortgageMonitor/MortgageMonitorNovember2012.pdf>. The delinquency rate as of the end of December 2012 was 7.17%, a drop from the December 2011 rate of 9.11%. At the peak of the foreclosure crisis, in the fourth quarter of 2010, the average foreclosure rate on outstanding mortgages nationwide was 4.6%. Press Release, Mortg. Bankers Ass'n, Delinquencies and Foreclosures Decline in Latest MBA Mortgage Delinquency Survey (Feb. 16, 2012), disponible en <http://www.mortgagebankers.org/NewsandMedia/PressCenter/79827.htm>. These average figures obscure the depth of the crisis in particular states and communities, given that the foreclosure crisis has hit different housing markets in very different ways. *Cfr.* See 1.8 Million U.S. Properties with Foreclosure Filings in 2012, RealtyTrac (Jan. 14, 2012), <http://www.realtytrac.com/content/foreclosure-market-report/2012-year-end-foreclosure-market-report-7547> (reporting the concentration of foreclosures in states such as Arizona, Nevada, California, and Florida). *Vid.* PANCHUCK, KERRI ANN, Mortgage Delinquencies Tick up in December, Housingwire, <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ywTxmP7QpnMJ:https://www.housingwire.com/articles/mortgage-delinquencies-tick-december/+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=pr> (consulta 2 de mayo de 2021).

frenesí en la flexibilización del crédito hipotecario como mecanismo para lograr la adquisición de una vivienda acabo de la siguiente forma: (a) jubilados que fueron engañados para que asumieran una costosa hipoteca a una edad en la cual deberían vivir sin preocupaciones y sin estar expuestos al desahucio, (b) fondos de pensiones y compañías de seguros que tuvieron enormes pérdidas que redujeron la rentabilidad de las inversiones de todas las familias que confiaron en ellos y (c) en el contribuyente que con sus ingresos a través del pago de impuestos rescató a *Fannie Mae* y *Freddie Mac*, ambas entidades respaldadas por la *Federal Housing Administration* (FHA)<sup>270</sup> Es decir, los políticos en EE. UU. pretendieron lograr la meta de disminuir la desigualdad social fortaleciendo a las familias y comunidades junto con la expansión de la clase media estadounidense, a través de las agencias y los departamentos creados durante la Gran Depresión.<sup>271</sup> Tal vez si los políticos hubieran tenido menos prisa en ampliar la adquisición de viviendas por los más pobres, la concesión de préstamos hipotecarios habría sido más cuidadosa, el control de las agencias acreditadoras de crédito (*rating agencies*) de EE. UU. más riguroso y los compradores más cautelosos acerca de lo que compraban. En general, el crédito fácil no redistribuyó las riquezas y no eliminó la desigualdad.

## **2. Origen y evolución del mercado hipotecario español: El impacto de la financiación de la vivienda estadounidense en el mercado inmobiliario español**

En España la reforma a la LH del año 1944 marcó el inicio de la desestabilización de los valores de la propiedad inmueble. Luego en los años 60 se desarrollaron críticas al marco legal del crédito hipotecario español originadas en los círculos financieros que veían injusto que el Banco Hipotecario de España monopolizara el sector del mercado hipotecario. Lo anterior a pesar de las ventajas que había aportado el Banco Hipotecario de España en donde durante un siglo ni una sola de las cédulas hipotecarias<sup>272</sup> había quedado impagada.

Posteriormente, en 1980 la flexibilización del mercado financiero y el crecimiento global en los mercados de capital permitió la creación de prácticas empresariales que

---

270 RAJAN, RAGHURAM G., *op. cit.* p. 168.

271 *Ibid.* p. 61.

272 El informe de La Caixa, Banca Comercial, Núm. 181, julio 2003 sobre el fuerte crecimiento del mercado hipotecario europeo en la última década establece que: “El valor de las cédulas hipotecarias en la Unión Europea y Noruega se estimaba en 613 mil millones de euros al final de 2001, el 16% del total del saldo de préstamos hipotecarios.” *Cfr.* <http://vlex.com/vid/221506> (consulta, 2 de febrero de 2018). *Vid.* LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ M.<sup>a</sup>, CASASOLA DÍAZ, JOSÉ M.<sup>a</sup> y TORRES CASERO, JOSÉ ANTONIO, *op. cit.* p. 40. “Hay que precisar que en nuestro país los bonos garantizados “covered bonds” reciben la denominación de cédulas hipotecarias o territoriales, según cual sea el activo de garantía.”

establecieron nuevos modelos de negocio.<sup>273</sup> Para 1980 los principales modelos de financiación de hipotecas en Europa eran: (1) el sistema de depósitos que utilizaba la tasa de interés variable en el mercado para la concesión de préstamos, bajo este sistema, la financiación y posterior administración del préstamo hipotecario se mantenía en los libros del acreedor, este sistema ha sido utilizado en Reino Unido y (2) el sistema de bonos hipotecarios que produce un mercado hipotecario de tasa fija a medio plazo, que es el sistema utilizado en Alemania.<sup>274</sup>

Así el 25 de marzo de 1981, entró en vigor en España la Ley 2/1981, de regulación del Mercado Hipotecario (LMH), la cual establece la posibilidad de que las instituciones financieras que conceden préstamos con garantía hipotecaria puedan emitir títulos o valores bajo la cobertura de los préstamos hipotecarios que concedían.<sup>275</sup> La LMH abrió la posibilidad en España para que las entidades financieras pudieran emitir títulos hipotecarios con el fin de obtener liquidez para poder invertirla en la concesión de nuevos préstamos y créditos a particulares y empresas.<sup>276</sup> El objetivo que perseguía la LMH era ampliar el mercado al permitir que todas las instituciones financieras pudieran conceder préstamos hipotecarios y emitir los valores necesarios para su financiación.<sup>277</sup> Estas innovaciones demuestran como en España el crédito hipotecario sufrió una transformación radical al dejar de ser manejado exclusivamente por el Banco Hipotecario de España para ser manejado por bancos privados. Así las cosas, en el año 1981 el Banco Hipotecario de España perdió el monopolio como emisor de los títulos o valores hipotecarios.<sup>278</sup> Bajo este contexto, es

---

273 THOMAS, ROB, Creating a Government-Sponsored Enterprise for Europe - the European Mortgage Finance Agency (Emfa) Project. Cfr. [https://www.housingfinance.org/uploads/0409\\_EMF.pdf](https://www.housingfinance.org/uploads/0409_EMF.pdf) (consulta, 25 de octubre de 2019).

274 *Ibid.*

275 MADRID PARRA, AGUSTÍN, *op. cit.* p. 264. “Los valores hipotecarios que regula la Ley 2/1981 son instrumentos financieros básicos y específicos que permiten establecer el nexo entre los inversores, que acuden a los mercados de capitales para colocar sus fondos, y quienes necesitan financiación para la construcción o adquisición de viviendas. Con el respaldo del valor inmobiliario, cuya movilización se posibilita, se consigue atraer recursos hacia el sector hipotecario.”

276 LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ M.<sup>a</sup>, CASASOLA DÍAZ, JOSÉ M.<sup>a</sup> y TORRES CASERO, JOSÉ ANTONIO, *op. cit.* p. 45.

277 ALBERDI, BARALIDES y PEÑA, IRENE, Panorámica del mercado hipotecario español en Presente y Futuro del Mercado Hipotecario Español: Un análisis económico y jurídico, Aranzadi (2018) pág. 208.

278 MADRID PARRA, AGUSTÍN, *op. cit.* pp. 271-272. “El Decreto-Ley 34/1962, de 20 de julio, nacionalizó el Banco Hipotecario de España, adquiriendo el Estado todas las acciones del mismo. El Banco quedó como entidad estatal autónoma dependiente del Ministerio de Hacienda, a través del Instituto de Crédito a Medio y Largo Plazo, que luego pasaría a ser el Instituto de Crédito Oficial, conforme a la Ley 13/1971, de 19 de junio, sobre Organización y Régimen del Crédito Oficial. El Decreto-ley de nacionalización del Banco Hipotecario disponía la continuidad de la actividad del Banco realizando las mismas operaciones que antes (art. 2). Sin embargo, la estructura organizativa del Banco fue cambiada. Se fijaron los siguientes órganos de gobierno: presidente, director gerente, consejo general y comité ejecutivo (art. 4). Mediante la Ley 25/1991, de 21 de noviembre, por la que se establece una nueva organización de las Entidades de Crédito de Capital Público Estatal, se dispuso la creación de la “Corporación Bancaria de España, Sociedad Anónima,” luego con nombre

importante mencionar que el art. 25 de la LMH de España alude a unos “*Fondos de regulación del mercado de títulos hipotecarios*,” que tenían por misión lograr que las cotizaciones de los títulos hipotecarios se mantuviesen estables y que hubiera liquidez en todo momento, lo cual luego de la crisis financiera de 2007 hemos visto que no ocurrió. Estos fondos eran unas sociedades que en la práctica eran filiales constituidas por las grandes entidades financieras y que en su momento fueron consideradas como la principal novedad de la LMH de España, sociedades comparables con el sistema utilizado en EE. UU. Se trata de las Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización en donde el *pool* no lo componen directamente los créditos hipotecarios sino las participaciones hipotecarias (art. 15 LMH) y el *special purpose vehicle* (SPV) que viene a ser el fondo de titulización hipotecaria unido a las facultades delegadas a la Sociedad Gestora de Fondos de Titulización.<sup>279</sup>

En 1986 el mercado español inicia su despegue en un contexto de crecimiento económico y mayor estabilidad política tras la entrada de España en la Unión Europea, el 1 de enero de 1986, lo que determinó la incorporación al ordenamiento jurídico español de la normativa comunitaria europea.<sup>280</sup> La primera Directiva del Consejo de la Unión Europea sobre acceso y ejercicio de la actividad bancaria<sup>281</sup> fue propuesta, por primera vez en el año 1985, se trataba de elaborar una directiva sobre la libre prestación de servicios en el ámbito del crédito hipotecario. Esta Directiva trataba de incentivar la competencia y optimizar las condiciones del crédito a base de permitir que las instituciones financieras pudieran otorgar créditos asegurados con hipoteca sobre inmuebles situados en otros Estados miembros y participar en el mercado hipotecario conforme a las normas de cada uno de los Estados

---

comercial “Argentaria,” en la que quedó integrado el Banco Hipotecario de España. Tras un proceso de privatización, el día 30 de septiembre de 1998 Corporación Bancaria de España, S. A. se fusionó con sus filiales, Banco Exterior de España, S. A., Banco Hipotecario de España, S. A. y Caja Postal, S. A., cambiando su denominación social por el de Argentaria, Caja Postal y Banco Hipotecario, S. A. Tal fusión supuso la extinción formal y de hecho del Banco Hipotecario. Al año siguiente Argentaria se fusionó con el Banco Bilbao Vizcaya.”

<sup>279</sup> Destacamos que esto también ocurrió en España a través de un nuevo marco regulador para las titulizaciones hipotecarias bajo los arts. 15 a 42 de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento a la financiación empresarial.

<sup>280</sup> ALBERDI, BARALIDES y PEÑA, IRENE, *op. cit.* p. 205. *Vid.* FERNÁNDEZ SEIJO, JOSÉ M.<sup>a</sup>, La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias, Una aproximación desde del Derecho comunitario, Editorial Bosch, S. A. (2013), p. 50 *op. cit.* “Ahora bien, basta que exista una normativa comunitaria aplicable para que un Estado miembro tenga el deber de trasponer a su legislación la aplicación directa de la norma comunitaria y los jueces del Estado miembro deberán aplicar la normativa comunitaria. Por tanto, junto al marco jurídico de tutela de un consumidor establecido por la legislación interna de un Estado miembro hay que considerar el marco jurídico de tutela del consumidor que establece el derecho comunitario y la jurisprudencia de la Unión Europea.”

<sup>281</sup> ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, Rev. In Dret, Barcelona (2017) p. 5-6, *vid.* nota 10, First Council Directive 77/780/EEC of 12 December 1977, on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the taking up and pursuit of the business of credit institution (DOCE L 322, 17.12.1977) (texto no disponible *on line* en castellano).

miembros.<sup>282</sup> La Propuesta fue aprobada con enmiendas por el Parlamento Europeo,<sup>283</sup> pero fue retirada pocos años después. Entre 1986 y 1992 se llevó a cabo un proceso de liberalización con nuevos prestamistas entrando en el mercado, más financiación disponible y mejores condiciones para los prestatarios.<sup>284</sup> Además, como consecuencia de la normativa europea sobre instituciones financieras, en la legislación española se eliminaron a partir de 1988, las limitaciones geográficas de las cajas de ahorro para abrir sucursales en todo el territorio español.<sup>285</sup> En 1994 España aprobó la ley de subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios la cual contribuyó a que las entidades aumentarían rápidamente su número de clientes. Las instituciones financieras pasaron de financiar la compra de vivienda a financiar a los promotores inmobiliarios, sus desarrollos y en los últimos años del “*boom inmobiliario*” a financiar incluso la compra del suelo.<sup>286</sup> En este nuevo mercado hipotecario el cliente se convirtió en el centro de las entidades financieras y el préstamo hipotecario se utilizó como una poderosa herramienta de venta cruzada,<sup>287</sup> al igual que ocurrió en los EE. UU. La entrada en la Unión Económica y Monetaria Europea (UEM) a finales de los 90 y el acceso por parte de las entidades financieras a los mercados de capitales con márgenes muy bajos favoreció un creciente nivel de competencia entre las instituciones financieras españolas que impulsó una caída de los tipos de interés de las hipotecas.<sup>288</sup>

Posteriormente, la Comisión Europea adoptó la estrategia de implementación de la normativa para el crédito hipotecario a través del *soft law* y en el año 2001 recomendó un código de conducta voluntario sobre información precontractual.<sup>289</sup> Además, a principios de 2001 la Unión Europea aprobó el *European Mortgage Finance Agency Project* como una colaboración entre varios bancos, tales como: Abbey National,<sup>290</sup> Credit Agricole,<sup>291</sup> HypoVereinsbank<sup>292</sup> y BBVA.<sup>293</sup> El propósito de este proyecto era desarrollar una

---

282 ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito... *op. cit.* pp. 5-6, *vid.* nota 11, Proposal for a Council Directive on the freedom of establishment and the free supply of services in the field of mortgage credit (Brussels, 7.02.1985) (COM (84) 730 final) (DOCE C 42, de 14.2.1985) (texto no disponible *on line* en castellano). Véase especialmente arts. 3-5.

283 *Ibid.* pp. 5-6

284 ALBERDI, BARALIDES y PEÑA, IRENE, *op. cit.* p. 206.

285 *Ibid.* p. 208.

286 *Ibid.*

287 *Ibid.* p. 209.

288 *Ibid.* p. 206.

289 ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores... *op. cit.* p. 7.

290 El segundo banco hipotecario más grande de Gran Bretaña.

291 El banco hipotecario más grande de Francia.

292 El banco hipotecario más grande de Alemania.

293 El banco hipotecario más grande de España.

empresa patrocinada por el gobierno europeo y sus dos encomiendas principales eran: la gestión del riesgo del crédito y los tipos de interés.<sup>294</sup>

Así las cosas, en el 2005 con la aprobación del Libro Verde, la Comisión Europea perseguía hacer del mercado del crédito uno eficiente y competitivo, por lo que consideró entonces la posibilidad de hacer vinculante el código de conducta voluntario a la par que sugería medidas que podrían mejorarlo.<sup>295</sup> La protección de los consumidores era una finalidad, pero en vista del impacto que había tenido el Libro Verde y las ventajas económicas que ilustraban algunos informes económicos sobre de la integración,<sup>296</sup> la prioridad continuaba siendo integrar el mercado para dar entrada a nuevos productos hipotecarios en otros países, lo cual implicaba dar entrada a la concesión de hipotecas *subprime*.<sup>297</sup> Además, el Libro Verde sugería la posibilidad de crear una eurohipoteca.<sup>298</sup>

La vivienda se fue convirtiendo progresivamente en un bien para cuya construcción y adquisición requería de medios especiales de financiación y el instrumento jurídico al que se recurre para llevar a cabo esta actividad fue el préstamo hipotecario. En Europa los créditos hipotecarios con destino a la vivienda van adquiriendo una especial relevancia y desde la perspectiva de instrumentos de financiación pasan a ser considerados en función de su destino por su significado económico y social, ya que son el vehículo mediante el cual se realizaba el financiamiento de la construcción de la vivienda. Es decir, el préstamo hipotecario desempeña un papel clave en el sector financiero de la Unión Europea.

Después de la crisis financiera de 2007, en el 2008, en Europa las tasas de interés de los préstamos hipotecarios cayeron en casi todos los países de la Unión Europea. Además, esta caída en las tasas de interés es consecuencia de la demanda, pero también fue una reacción a la postura expansiva sobre política monetaria del Banco Central Europeo (BCE) y

---

294 THOMAS, ROB, Creating a Government-Sponsored Enterprise for Europe - the European Mortgage Finance Agency (Emfa) Project. *Cfr.* [https://www.housingfinance.org/uploads/0409\\_EMF.pdf](https://www.housingfinance.org/uploads/0409_EMF.pdf) (consulta, 25 de octubre de 2019)

295 ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores... *op. cit.* p. 8, *Cfr.* Libro Verde: El crédito hipotecario en la UE (Bruselas, 19.07.2005) (COM (2005) 327 final).

296 ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores... *op. cit.* p. 9. *Cfr.* Informe de la London Economics (2005), "The Costs and Benefits of Integration of EU Mortgage Markets" disponible en [http://ec.europa.eu/finance/finservices-retail/docs/home-loans/2005-report-integration-mortgage-markets\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/finance/finservices-retail/docs/home-loans/2005-report-integration-mortgage-markets_en.pdf); *Vid.* MERCER OLIVER WYMAN y la Federación Hipotecaria europea, "Study on the Financial Integration of European Mortgage Markets", disponible en: <https://www.nykredit.com/investorcom/ressourcer/dokumenter/pdf/Wymanreport.pdf>. (consulta 25 de octubre de 2019).

297 *Ibid.*

298 *Ibid.*

de otros bancos centrales de la Unión Europea.<sup>299</sup>

En España la elevada proporción del crédito ligado al sector inmobiliario facilitó la acumulación de anomalías durante la expansión inmobiliaria en los primeros años de la década del 2000. Con la aprobación de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, las entidades de crédito españolas quedaron legitimadas para titularizar a través de los certificados de transmisión de hipotecas, las “*hipotecas subprime*,” aquellas que no cumplían con los requisitos del art. 5 de la LMH (por ejemplo, las que tienen un *loan to value* muy elevado o las segundas hipotecas) esto contribuyó, primero, a la generalización del riesgo de impago de dichas hipotecas, y segundo, permitió a las entidades de crédito seguir prestando de forma “*más arriesgada*” porque al fin y al cabo el riesgo de impago era trasladado a los inversionistas.<sup>300</sup> La burbuja crediticia de esos años infló una sustancial burbuja inmobiliaria que multiplicó por tres el precio nominal de la vivienda en España.<sup>301</sup> En ese sentido se puede argumentar que la crisis hipotecaria española es consecuencia de un mecanismo basado en la reducción de los niveles de calidad crediticia exigidos para conceder préstamos hipotecarios hasta la aprobación de créditos sin documentación o con falta de información, como por ejemplo falta de información sobre los ingresos del solicitante. Los esquemas de incentivos por parte de la banca española, provocados por la fuerte competencia, se extendían desde la cúpula de los bancos hasta los últimos eslabones de la cadena de producción hipotecaria. La laxitud de las condiciones para la concesión de préstamos hipotecarios produjo un rápido crecimiento de la cartera de préstamos hipotecarios que requirió para su financiación de la emisión de grandes cantidades de títulos hipotecarios. A su vez, la subida artificial de los precios de los inmuebles a través de tasaciones incorrectas provocó una espiral inflacionista difícil de contener. Es más, puede decirse que en la medida en que la calidad de un crédito hipotecario dependía del *loan to value*, las actuaciones de las empresas de tasación en España son comparables con las actuaciones de las agencias acreditadoras de crédito (“*rating agencies*”) de EE. UU. En España los bancos apuntaron como activos de buena calidad unas hipotecas que realmente tenían una garantía (inmueble como colateral) cuyo valor no correspondía con la calidad de la

---

299 European Mortgage Federation and European Covered Bond Council, Hypostat 2014 A Review of Europe’s Mortgage and Housing Markets. *Cfr.* <http://www.hypo.org> (consulta 9 de abril de 2019).

300 NASARRE AZNAR, SERGIO, Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria, *Rev. Crítica Der. Inmobiliario*, Núm. 727, septiembre (2011), pp. 2665-2737.

301 GARCÍA MONTALVO, JOSÉ, Hipotecas “made in Spain”: pasado, presente y futuro, *Presente y Futuro del Mercado Hipotecario Español: Un análisis económico y jurídico*, GANUZA, JUAN JOSÉ y GÓMEZ POMAR, FERNANDO (coords.), Aranzadi (2018), p. 246.



hipoteca y esto les permitió a los bancos escapar de los requisitos de niveles de capital más elevados en sus libros y balances de cuenta.

### **3. El financiamiento de la vivienda en Europa a través del sistema de “covered bonds” y la inexistencia de un mercado secundario de hipotecas en España**

En Europa los títulos hipotecarios relacionados con las hipotecas no fueron plenamente reconocidos como instrumentos negociables hasta el siglo XX cuando la legislación relacionada a los derechos de propiedad se estabilizó.<sup>302</sup> Los derechos sobre la propiedad fueron expandiéndose vertiginosamente en Europa y los valores relacionados con las hipotecas se convirtieron en un instrumento que ayudó al desarrollo de la economía.<sup>303</sup> Europa tiene diferentes mercados nacionales y cada uno de ellos con sus propias características. Las diferencias en los mercados hipotecarios en Europa cubren aspectos tales como: (1) los sistemas de financiación, (2) las instituciones autorizadas a conceder préstamos hipotecarios, (3) los productos hipotecarios disponibles, (4) la estructura de precios de un préstamo hipotecario, (5) los productos suplementarios que se venden con las hipotecas y (6) el proceso de compra de una propiedad, entre otros.<sup>304</sup> En adición a lo anterior, todas estas diferencias deben ajustarse para cumplir con el Tratado de la Unión Europea, en particular, con el mercado interior europeo. El art. 26 del Tratado de la Unión Europea y su funcionamiento establece que:

“El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados.”<sup>305</sup>

En cuanto a la estructura del mercado de tipos de interés, la Unión Europea está fragmentada y es altamente diferenciada puesto que ofrece diferentes productos en cada uno de sus Estados miembros.<sup>306</sup> Además, Europa no tiene un mercado hipotecario uniforme

---

302 GUSEVA, YULIYA, Evolutionary Developments in Mortgage Securitization: Financial Law Reforms, Putative Beneficiaries, and Archetypal Economic Risks, 21 *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* 395 (2012).

303 *Ibid.*

304 THOMAS, ROB, Creating a Government-Sponsored Enterprise for Europe - the European Mortgage Finance Agency (Emfa) Project, [https://www.housingfinance.org/uploads/0409\\_EMF.pdf](https://www.housingfinance.org/uploads/0409_EMF.pdf) (consulta, 25 de octubre de 2019).

305 *Vid.* Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union art. 26, May 9, 2008, 2008 O.J. (C 83) 01.

306 *Cfr.* European Mortgage Federation and European Covered Bond Council, Hypostat 2014 A Review of Europe's Mortgage and Housing Markets. <http://www.hypo.org> (consulta 9 de abril de 2019).

debido a: (1) la fragmentación de los mercados hipotecarios europeos, (2) la falta de una institución de financiación que apoye la concesión de préstamos hipotecarios a largo plazo, (3) la falta de transparencia en los sistemas de financiación y (4) la falta de un mecanismo estandarizado para que los acreedores coloquen los balances de los préstamos hipotecarios fuera de sus libros.<sup>307</sup>

En Europa la titulización hipotecaria se basa en un sistema de *covered bonds*. Este sistema nació en Prusia en el siglo XVIII y actualmente está presente en prácticamente todos los países europeos. Bajo el sistema de *covered bonds* el riesgo de impago de los préstamos hipotecarios lo retiene la entidad emisora que en la mayoría de las jurisdicciones europeas es el prestamista que concedió el préstamo hipotecario. Los *covered bonds* se desarrollan en sistemas que están fuertemente reglamentados. No obstante, no todos los *covered bonds* tienen la misma reglamentación y tampoco existe una norma uniforme para los *covered bonds* en Europa, a parte de los estándares mínimos que establece el art. 52.4 de la Directiva 2009/65/EC del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009, sobre organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM).<sup>308</sup> Uno de los estándares mínimos que establece la Directiva 2009/65/EC de OICVM es que el emisor de los títulos o valores debe tener domicilio social en la Unión Europea y debe ser supervisado por una autoridad pública pensada o establecida para proteger a los inversionistas.

En España, los valores incluidos bajo el sistema de *covered bonds* son las cédulas hipotecarias (art. 12 LMH) y los bonos hipotecarios (art. 13 LMH), pero éstos valores no están incluidos en la lista de la Comisión Europea como valores que cumplen con los requisitos mínimos del art. 52.4 de la Directiva 2009/65/EC de OICVM.<sup>309</sup> Por lo que, en España el único instrumento que podría considerarse dentro de la estructura de un mercado secundario de hipotecas son las participaciones hipotecarias, que como mencionamos antes, su entrada en España se hizo a través de la LMH con la implementación de la figura del fideicomiso (*trust*) financiero en el sistema hipotecario español y esta figura proviene del modelo utilizado en EE. UU. Teóricamente, el proceso de titulización pretende mantener separados el mundo de los deudores y los inversionistas, por lo que la titulización no debería

---

307 THOMAS, ROB, Creating a Government-Sponsored Enterprise for Europe - the European Mortgage Finance Agency (Emfa) Project, [https://www.housingfinance.org/uploads/0409\\_EMF.pdf](https://www.housingfinance.org/uploads/0409_EMF.pdf) (consulta, 25 de octubre de 2019).

308 NASARRE AZNAR, SERGIO, Los años de la crisis de la vivienda... *op. cit.* p. 186. La Directiva 2009/65/EC de 13 de julio de 2009 (OICVM) fue modificada por la Directiva 2014/91/EU de 23 de julio de 2014. *Vid.* [http://ec.europa.eu/finance/investment/ucits-directive/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/finance/investment/ucits-directive/index_en.htm). (consulta 17 de octubre de 2020).

309 *Ibid.* pp. 186-187.

afectar al mundo del deudor debido a que las entidades que generan los créditos se relacionan con los deudores en el momento inicial del nacimiento del crédito, y posteriormente, llevando a cabo la gestión y administración del préstamo. El protagonismo en el lado del inversionista lo tiene la Sociedad Gestora del Fondo de Titulización y no la entidad que generó el crédito titulado, pero la condición de acreedor hipotecario la tienen los partícipes. Por tanto, ¿en dónde se establece el punto de equilibrio entre el deudor hipotecario, la entidad emisora de las hipotecas tituladas y los inversionistas que compraron participaciones hipotecarias? Se asume que este punto de equilibrio lo determina el mercado y las partes al momento de contratar, pero la crisis económica de 2008 y las ejecuciones hipotecarias demuestran lo contrario.

De todo lo anterior podemos concluir que en España no existe, propiamente, un mercado secundario de hipotecas porque las hipotecas tituladas no salen del balance de los libros de los bancos que conceden los préstamos hipotecarios. El proceso de titulización hipotecas que crea las participaciones hipotecarias es el único proceso en donde podría considerarse la existencia de un mercado secundario de hipotecas en España. Las participaciones hipotecarias sí hacen que las hipotecas salgan de las entidades que originaron el crédito y el crédito hipotecario se participa conforme establecen las disposiciones del art. 15 LMH y art. 16.1 Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento a la financiación empresarial. No obstante, a nuestro juicio tanto la titulización de hipotecas española a través de las participaciones hipotecarias como la titulización de hipotecas de EE. UU. son como un “castillo de naipes.”<sup>310</sup>

#### **4. El impacto de la crisis de la vivienda en el sistema bancario**

##### **4.1 Puerto Rico**

En septiembre de 2008, el banco de inversiones *Lehman Brothers* se desplomó junto con otras entidades bancarias de EE. UU. que tenían un alto volumen de negocio en el mercado hipotecario. El banco *Lehman Brothers* tuvo que ser rescatado con fondos públicos. La caída del sector financiero hizo que EE. UU. interviniera rápidamente aportando fondos públicos para contener el efecto dominó que se estaba incrementando en la medida en que la falta de confianza se expandía por todo el sistema financiero estadounidense. La primera

---

310 NASARRE AZNAR, SERGIO, Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria, Rev. Critica Der. Inmobiliario, Núm. 727, septiembre (2011), pp. 2665-2737

medida legislativa promulgada en EE. UU. para frenar los efectos devastadores de la crisis financiera de 2007, que se venían acumulando a través del 2008, fue la *Housing and Economic Recovery Act* (HERA).<sup>311</sup> Esta ley fue firmada por el Presidente Bush, el 30 de julio de 2008, para intervenir de forma especial en el mercado hipotecario. Fue la primera ley de rescate o “*bailout*” de EE. UU., quien junto a otros países europeos tuvieron que intervenir con rapidez forzados por el inminente riesgo sistémico que podía hacer colapsar el sistema financiero internacional. Así las cosas, el 6 de septiembre de 2008, Gobierno de EE. UU. tuvo que tomar bajo su custodia (*conservatorship*) a ambas agencias federales. Y el 7 de septiembre de 2008, el Gobierno de EE. UU. rescató y tomó el control de *Fannie Mae* y *Freddie Mac*, entidades que históricamente habían proporcionado liquidez al mercado hipotecario de EE. UU. Sin embargo, las medidas establecidas en la *Housing and Economic Recovery Act* (HERA) no dieron resultado para contener los efectos nocivos que amenazaban el mercado hipotecario de EE. UU. Y *Fannie Mae* y *Freddie Mac* pronto se encontraron en una situación en la que necesitaban recapitalización sin poder conseguir recursos en el mercado financiero. El rescate o “*bailout*” de *Fannie Mae* y *Freddie Mac* se llevó a cabo mediante la adquisición por el *US Department of the Treasury* de las acciones preferentes *senior* y de esta forma el Gobierno de EE. UU. se situó en una posición de preferencia crediticia en relación con los accionistas ordinarios previos.

Sin embargo, a pesar de las medidas paliativas la situación del sistema financiero de EE. UU. era de emergencia, por lo que había que proporcionar liquidez a las entidades financieras y sacar del mercado los productos tóxicos como las hipotecas *subprime*. Para ello se estableció la *Emergency Economic Stabilization Act of 2008* (EESA).<sup>312</sup> El instrumento más importante de la *Emergency Economic Stabilization Act of 2008* (EESA) fue la creación de un fondo de \$70,000 millones de dólares para financiar un programa de alivio para sacar los activos tóxicos del mercado hipotecario, programa que se denominó como el *Troubled Asset Relief Program* (TARP). Así las cosas, la crisis del sector bancario continuaba sin apaciguarse y se hizo necesaria la creación de medidas legislativas adicionales. El 21 de julio de 2010, el Presidente Barack Obama firmó la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010* (*Dodd-Frank Act*),<sup>313</sup> ley que estaremos comentando en otro capítulo de esta tesis, pero adelantamos que esta ley adopta e incorpora lo siguiente: (a) medidas de respuesta a la crisis económica y financiera en múltiples campos del

---

311 *Vid.* Public Law 110-289 July 30, 2008, 122 Stat. 2654 (codified at 12 U.S.C. § 4501 et seq.).

312 *Vid.* Public Law 110-343 October 3, 2008, 122 Stat. 3765, 12 U.S.C. § 5201-5261.

313 *Vid.* Public Law 111-203 July 21, 2010, 124 Stat. 1376, 12 U.S.C.A. § 5301 et seq.

ordenamiento jurídico, (b) se ocupa de la estabilidad financiera, (c) la liquidación ordenada de entidades financieras, bancarias o no, (d) establece regulaciones a los asesores de los *hedge funds* y otras instituciones de la *Securities and Exchange Commission* (SEC), (e) establece cambios en la regulación bancaria, la contabilidad y la transparencia en los mercados de *swaps*, (f) supervisa los pagos y sistemas de compensación, (g) protege a los inversionistas y (h) mejora la regulación de los mercados de valores, especialmente los *swaps* y los procesos de titulización, entre otros. Además, la *Dodd-Frank Act* creó una agencia de protección al consumidor en el ámbito financiero conocida como el *Consumer Financial Protection Bureau* (CFPB), modificó la normativa sobre la reserva del *US Department of the Treasury* y el programa de TARP, e hizo reformas al sistema hipotecario estadounidense, incluido Puerto Rico. La crisis hipotecaria y financiera de EE. UU. causó graves efectos negativos a través de todo el mundo y la misma, sin duda, tiene su origen en el manejo provisto por los bancos a las hipotecas de los consumidores.

#### **4.2 España: Consecuencias de la concesión en masa de préstamos hipotecarios y la titulización de hipotecas**

Conforme hemos mencionado previamente, en España la titulización de los préstamos hipotecarios no implicó para los bancos la baja del balance de la deuda hipotecaria concedida. La titulización de los préstamos hipotecarios en España permitió la financiación de la actividad crediticia y al mismo tiempo permitió que los bancos mantuvieran una estrecha relación con su clientela, lo que sin duda, es una de las características principales del sistema bancario español en el que predominaba la banca tradicional minorista.<sup>314</sup> Sin embargo, mantener la deuda hipotecaria en los balances de los bancos hizo que los bancos españoles tuvieran demasiada exposición y con el estallido de la burbuja inmobiliaria la solvencia de los bancos españoles se afectó directamente, lo que ocasionó la descapitalización del sistema financiero español.<sup>315</sup>

En el 2007 la mayoría de los préstamos hipotecarios en España representaban el 65% del balance de deuda de las entidades de crédito españolas. La alta exposición al crédito de

---

314 PÉREZ, DANIEL y CATARINEU, EVA, La titulización de activos por parte de las entidades de crédito: el modelo español en el contexto internacional y su tratamiento desde el punto de vista de la regulación prudencial, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2656680>. (consulta 25 de junio de 2020)

315 SÁNCHEZ EXPÓSITO, M.<sup>a</sup> JOSÉ, La Reestructuración del Sistema Financiero Español durante la Crisis, <http://tauja.ujaen.es/bitstream/10953.1/4185/1/TFG-Sanchez-Exposito,Maria.pdf>. (consulta 25 de junio de 2020).

los bancos españoles tuvo como consecuencia que éstos se vieron afectados por la crisis financiera de 2007.

Con la llegada de la crisis económica de 2008, España se destacó por una fuerte consolidación bancaria del sistema financiero español que inició en 2009. En ese año en España existían 50 entidades de crédito que tenían la mayor parte de los activos bancarios, de las cuales 7 eran bancos y 43 eran cajas de ahorros.<sup>316</sup> El objetivo de la consolidación bancaria en España fue el saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero para “limpiar” los balances bancarios y vender los activos inmobiliarios problemáticos. Para lograr dicho objetivo se impulsó la creación, a nivel de cada banco, de sociedades de gestión de activos para sacar de los balances los activos inmobiliarios problemáticos. El objetivo de estas entidades era cubrir la necesidad de vender los activos tóxicos generados por los préstamos hipotecarios concedidos antes de la crisis económica de 2008 los cuales se relacionan con el estallido de la burbuja inmobiliaria.

En España una vez comenzada la crisis inmobiliaria la primera entidad bancaria en caer debido a su exposición en el mercado inmobiliario fue Caja Castilla La Mancha en febrero de 2009.<sup>317</sup> El 26 de junio de 2009, para atender la crisis del sector bancario, el Gobierno español creó el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) mediante el Real Decreto-Ley 9/2009, cuya función fue la gestión de los procesos de reestructuración del sistema financiero español.<sup>318</sup> El objetivo principal del FROB fue gestionar los procesos de reestructuración de las entidades de crédito contribuyendo a reforzar los procesos de integración. A consecuencia de los balances de deuda acumulados por los préstamos hipotecarios concedidos antes de la crisis financiera de 2007, las cajas de ahorro se vieron forzadas a fusionarse con el objetivo de obtener liquidez mediante un proceso de reestructuración que redujo el número de entidades financieras en España y aumentó el tamaño de aquellas que permanecieron.<sup>319</sup> En 2010 se adoptaron medidas para reforzar de la solidez de las entidades bancarias y se llevó a cabo una reforma en el sector de las cajas de ahorro

---

316 RODRÍGUEZ LÓPEZ, JULIO, Las viviendas que pudieron hundir la economía española. La caída del mercado de vivienda y sus consecuencias. <http://dx.doi.org/10.5209/CRLA.54984> (consulta 15 de agosto de 2020).

317 ÁLVAREZ CUEVAS, ALBERTO (autor) y SIERRA FERNÁNDEZ, M.ª DEL PILAR, Efecto de la burbuja inmobiliaria en la banca española: SAREB. <https://buleria.unileon.es/handle/10612/3715?show=full>. (consulta 25 de junio de 2020)

318 GOZÁLBEZ GILABERT, IRENE (autora) y BLASCO RUÍZ, ANA (tutora), Los servicers en la gestión de activos inmobiliarios. Análisis y evolución de los principales servicers españoles. <https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/125189/Goz%C3%A1lbez%20-%20Los%20servicers%20en%20la%20gesti%C3%B3n%20de%20activos%20inmobiliarios.%20An%C3%A1lisis%20y%20evoluci%C3%B3n%20de%20los%20prin....pdf?sequence=2> (consulta 25 de junio de 2020)

319 *Ibid.*

mediante la cual se fusionaron las entidades menos solventes con otras de mayor solvencia. Esta reforma inició con el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio y su resultado fue la extinción de la mayoría de las cajas de ahorro, pasando de 45 entidades en 2005 a tan solo 2 en 2018, Caja Ontinyent y Caja Pollença.

Luego en junio de 2012, España solicitó formalmente a la Unión Europea ayuda financiera para la recapitalización de las entidades de crédito españolas por un importe de 100,000 millones de euros. En este rescate financiero participó el Fondo Monetario Internacional y las condiciones establecidas para el rescate se recogen en el Memorando de Entendimiento sobre Condiciones de Política Sectorial Financiera (*Memorandum Of Understanding* (MoU)).<sup>320</sup> El MoU fue firmado en junio de 2012 entre España y la Comisión Europea, y en el mismo el FROB actuaría como intermediario del Gobierno español para inyectar ayuda financiera a entidades con déficit.<sup>321</sup> Además, en 2012 se aprobó el Real Decreto-Ley para la creación de un “banco malo,” entendido como una sociedad de gestión de activos transferidos por las cuatro entidades nacionalizadas, (Bankia, Catalunya Banc, NCG Banco – Banco Gallego y Banco de Valencia), y por aquellas entidades en proceso de reestructuración. A través de este “banco malo” se separaron los activos improductivos de los balances de las entidades de crédito y se transfirieron a sociedades de gestión especializada.<sup>322</sup>

Como puede observarse, la elevada exposición al crédito fue la causa de la mayor reestructuración bancaria realizada en años recientes en España. La dramática reducción en el número de bancos en España pone en riesgo la competencia entre las distintas entidades que ofrecen préstamos hipotecarios. En España no existe un verdadero mercado hipotecario y la subsistencia de este se debe al dinero público que proviene del Banco Central Europeo.<sup>323</sup> Por tanto, puede decirse que el exceso de competencia del sector financiero, los problemas con la tasación de los inmuebles utilizados como garantía del préstamo hipotecario, la caída

---

<sup>320</sup> *Ibid.*

<sup>321</sup> ÁLVAREZ CUEVAS, ALBERTO (autor) y SIERRA FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> DEL PILAR, Efecto de la burbuja inmobiliaria en la banca española: SAREB, <https://buleria.unileon.es/handle/10612/3715?show=full>. (consulta 25 de junio de 2020)

<sup>322</sup> Las sociedades de gestión especializada también son impropriamente llamadas “bancos malos,” sobre este tema *vid.* ALONSO RODRÍGUEZ, PABLO, El uso de sociedades de gestión de activos como herramienta de resolución bancaria en la Unión Europea publicado en la Revista Universitaria Europea No 24. Enero-Junio (2016), pp. 125-158. En este artículo se analizan los esquemas de resolución de la crisis económica y la gestión de activos malos en varios países europeos, entre ellos: Irlanda, Gran Bretaña, Alemania, España y Eslovenia. <http://www.revistarue.eu/RUE/052016.pdf>. (consulta 12 de agosto de 2020)

<sup>323</sup> NASARRE AZNAR, SERGIO, Los años de la crisis de la vivienda... *op. cit.* p. 185. *Vid.* Banco de España, Memoria de la supervisión bancaria en España 2007, Madrid, 2008, p. 80.

del precio de la vivienda y el traslado de parte del riesgo a los deudores e inversionistas, han sido los factores que provocaron la crisis hipotecaria en España.



## **CAPÍTULO V: COMERCIALIZACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO EN PUERTO RICO Y ESPAÑA: PRÁCTICAS IRRESPONSABLES EN LA CONCESIÓN DE UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO**

Los préstamos hipotecarios concedidos antes de la crisis financiera de 2007 fueron préstamos pensados para obtener mayores rendimientos a través de los procesos de titulación de hipotecas y su posterior venta a inversionistas en los mercados financieros. Los resultados de la crisis financiera de 2007 en la economía reflejan problemas relacionados con el crédito, por lo que entendemos que uno de los problemas surge del contrato de préstamo. El contrato de préstamo con garantía hipotecaria incluye términos y condiciones que, a la luz de los hechos revelados a través de la crisis financiera de 2007, dichos términos y condiciones son inadecuados y en algunas ocasiones constituyen cláusulas abusivas cuando una de las partes del contrato es un consumidor. Por ejemplo los hechos nos demuestran que en el periodo previo a la crisis financiera de 2007 ocurrió lo siguiente: (a) se crearon nuevos productos de préstamo que cambiaron la forma tradicional de amortización del capital y los intereses en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, (b) hubo cambios en la tasas de interés, (c) cambios en el cómputo de los intereses, (d) el incumplimiento con el préstamo hipotecario provocó que se ejercieran las cláusulas sobre vencimiento anticipado de la deuda sin consideraciones adicionales a la falta de pago de las mensualidades del préstamo, (e) tasaciones infladas de los inmuebles utilizados como garantía del préstamo que han sido utilizadas como tipo mínimo en caso de subasta y (f) el pago de los gastos, costas y honorarios de abogados incurridos en un evento de incumplimiento lo que constituye el uso de cláusulas penales en los préstamos hipotecarios pactados con los consumidores.

Por otra parte, en EE. UU., en general, el prestatario no cuenta con la asistencia de un abogado durante el proceso de concesión de un préstamo hipotecario a diferencia de Puerto Rico y España en donde existe la figura del Notario Público en la otorgación de la escritura de hipoteca. El rol del abogado estadounidense es muy limitado, lo que provoca que se concedan préstamos hipotecarios que incluyen términos y condiciones que el prestatario no comprende y que no puede pagar. Así también los tribunales de los distintos Estados de EE. UU., incluido Puerto Rico, se niegan a modificar o a invalidar los términos del préstamo hipotecario, aunque dichos términos no reflejen el consentimiento subjetivo e informado de las partes.

En este capítulo analizaremos las prácticas irresponsables utilizadas en la concesión de préstamos hipotecarios, la comercialización abusiva de los préstamos hipotecarios y el problema de la tasación del inmueble utilizado como garantía del préstamo hipotecario.

## **1. La falta de información o asesoramiento**

La falta de información o asesoramiento presenta un problema en la contratación con los consumidores quienes, en muchas ocasiones, tienen exceso de confianza. Comenzamos por indicar que el exceso de confianza se ha definido por la literatura de la psicología como el exceso de optimismo o exceso de precisión.<sup>324</sup> La hipoteca es uno de los contratos más importantes para un consumidor a lo largo de su vida y las características de los préstamos hipotecarios concedidos antes de la crisis financiera de 2007 fueron los factores que contribuyeron a la crisis económica de 2008. Lo anterior porque los préstamos hipotecarios concedidos antes de 2007 tienen sesgos cognitivos para los deudores (consumidores). Por ejemplo, los préstamos hipotecarios incluyen costos que difieren en el futuro, de modo que dichos costos no se aplican y no se perciben inmediatamente, sino que se difieren en el tiempo. Este diseño contractual se realiza en respuesta al mercado y a la racionalidad imperfecta de los consumidores. La falta de comprensión por parte de los futuros deudores de este tipo de costo ocasiona que los casos de impago y ejecución hipotecaria aumenten, lo que impone costos adicionales para los deudores. Ahora bien, ¿qué hacen los bancos para explotar el exceso de confianza de los consumidores? Introducen fórmulas complicadas para la determinación del precio. Los prestamistas sofisticados como los bancos diseñan sus contratos en respuesta a los fallos de percepción de los consumidores. Citando a OREN BAR-GILL el diseño de los contratos de préstamo puede entenderse más cabalmente si se ve como el fruto de la interacción entre las fuerzas del mercado y la psicología de los consumidores. Las fuerzas del mercado obligan a los vendedores a prestar atención a la psicología de los consumidores, ya que ignorar sus sesgos y fallos de percepción los llevará a perder negocio, oportunidades de ingreso y beneficios.<sup>325</sup>

---

324 GRUBB, MICHAEL D., Overconfident Consumers in the Marketplace, *Journal of Economic Perspectives* 29 (2015) p. 9-36.

325 BAR-GILL, OREN, Contrato de préstamo hipotecario: Derecho, Economía y Psicología, *Presente y Futuro del Mercado Hipotecario Español: Un análisis económico y jurídico*, GANUZA, JUAN JOSÉ y GÓMEZ POMAR, FERNANDO (coords.) Aranzadi (2018), p. 130. Este artículo se basa en trabajos anteriores del autor BAR-GILL tales como: *Seduction by Contract: Law, Economics and Psychology in Consumer Markets* (2012) y *Consumer Transactions* (2014).

Vemos pues como un contrato complejo, como lo es el préstamo hipotecario, permite fijar precios en función del riesgo y encubrir el verdadero costo del producto a un consumidor con exceso de confianza. La complejidad sirve como herramienta para reducir el precio total percibido.<sup>326</sup> Además, entender la información de un contrato complejo como la hipoteca incide en el consumidor en términos de que éste tiene menos información o información incompleta para poder comprender el contrato. Puede ocurrir, que un consumidor que decide no invertir tiempo en leer y descifrar determinadas cláusulas del contrato no reconoce que las cláusulas no leídas operan en su contra. En consecuencia, una cláusula compleja o pasada por alto hará que un consumidor subestime el costo total del préstamo hipotecario.

Los sesgos cognitivos y el error de percepción de los consumidores conducen a una demanda artificial y esto se hace a través del diseño distorsionado de los contratos mediante la sobrecarga de los costos del préstamo hipotecario inflando así de forma artificial la demanda de financiación hipotecaria. La teoría propuesta por OREN BAR-GILL establece una relación causal entre el diseño contractual, la expansión del mercado de hipotecas *subprime* y la burbuja inmobiliaria.

Ante la falta de información o asesoramiento al consumidor cuando éste solicita un préstamo hipotecario, los problemas aumentan por la tendencia natural de los consumidores a confiar en el asesoramiento provisto por los bancos y entidades financieras. Este asesoramiento que proveen los trabajadores de la banca produce un conflicto de interés y los consumidores, muchas ocasiones, confían en lo que le informa su futuro acreedor, sin tener disponible otra alternativa.

## 1.1 Puerto Rico

Los contratos con tipos de interés atractivos (entiéndase bajos) durante los primeros años del préstamo hipotecario unido a los tipos de interés más altos en los años posteriores fue un elemento común en el mercado hipotecario *subprime*. Por ejemplo, un préstamo hipotecario al 5% de interés fijo vs. un préstamo hipotecario que ofrece un 3% durante los primeros 5 años y luego aumenta el interés al 10%. Este tipo de hipoteca riesgosa fue concedida tanto en EE. UU. como en Puerto Rico y es lo que en la industria se conoce como un préstamo hipotecario “*jumbo*”<sup>327</sup> de sólo interés. Este préstamo fue diseñado

---

<sup>326</sup> *Ibid.* p. 136.

<sup>327</sup> *Vid.* Black’s Law Dictionary (10th ed. 2014), *jumbo mortgage* (1983) A mortgage loan in a principal amount that exceeds the dollar limits for a government guarantee.

para atraer a aquellos consumidores que tenían un ingreso irregular. A través de este tipo de préstamo los bancos ofrecían al consumidor pagar solamente intereses durante los primeros años del préstamo. A esto se añade, el alto costo de la vivienda durante el periodo antes de la crisis financiera de 2007 lo que trajo como consecuencia que se otorgaran préstamos por cantidades mayores a las que podían pagar los consumidores. En EE. UU. y Puerto Rico se introdujo una hipoteca “*jumbo*” en aquellas regiones y sectores en donde el valor de los inmuebles era alto, lo que ocasionó que se ofrecieran y concedieran préstamos hipotecarios de más de \$625,000 en respuesta al mercado inmobiliario. Además, un préstamo hipotecario “*jumbo*” era concedido a una tasa de interés variable en donde el periodo acordado para pagar sólo los intereses del préstamo era entre 5 a 10 años. Luego de dicho periodo la tasa de interés variable se ajustaba anualmente y como resultado el deudor no sólo pagaba los intereses del préstamo, sino que también pagaba el capital o principal del préstamo a una tasa de interés variable más alta de lo que este había calculado o pensado.

Otro ejemplo de una hipoteca riesgosa concedida en Puerto Rico y EE. UU. fueron las hipotecas concedidas a personas sin ingresos, sin empleo y sin activos a través de préstamos hipotecarios de alto riesgo o *subprime* comúnmente conocidas en la industria como hipotecas tipo “*ninja*.” Bajo los préstamos hipotecarios tipo “*ninja*” inicialmente se ofrecían tasas de interés bajas y se ofrecía como incentivo otras condiciones tales como pagar únicamente intereses o una amortización negativa,<sup>328</sup> lo que hacía que estos préstamos hipotecarios tuviesen una apariencia de ser más asequibles a los deudores, quienes podían obtener una hipoteca mayor, pero con pagos pequeños al inicio y posteriormente pagos futuros más altos cuando el periodo de la tasa de interés baja expirase o cuando comenzara el periodo de pagos al principal.<sup>329</sup>

El optimismo sobre los ingresos futuros que puedan percibir hace que los consumidores sean optimistas en la probabilidad de sufrir contingencias adversas como son: la pérdida de empleo, sufrir una enfermedad o la disolución del vínculo familiar a causa del divorcio. Y estas situaciones, sin duda, colocan a los consumidores en dificultades para cumplir con sus obligaciones.

---

328 Una amortización negativa quiere decir que se hace el pago mínimo y en ese pago mínimo no se pagan los intereses del préstamo. Un acreedor puede ofrecer la opción de hacer un pago mínimo, pero dicho pago no cubre los intereses pactados en el contrato de préstamo. Por tanto, los intereses no pagados se suman a la cantidad adeudada lo que resulta en que la cantidad adeudada aumenta.

329 DODD, RANDALL y MILLS, PAUL, El flagelo de las hipotecas de alto riesgo, Finanzas & Desarrollo Publicación Trimestral del Fondo Monetario Internacional, Vol. 45, Núm. 2, junio (2008), pp. 14-18.

Además, en el caso de las hipotecas *subprime* la complejidad de estas hipotecas también se puede observar en las numerosas comisiones asociadas a este tipo de préstamo hipotecario las cuales se pueden dividir en dos categorías: (1) comisiones de originación y (2) comisiones posteriores a la originación.

Las comisiones de originación son las que incluyen los costos relacionados con el estudio de título y la tasación del inmueble, la póliza de riesgos como inundabilidad, los impuestos fiscales como los sellos de rentas internas, el análisis de la cuenta de reserva o cuenta en plica (*escrow*), el análisis de riesgo de crédito, los costos para preparación de la escritura de hipoteca y los gastos de mensajería por el envío de los documentos relacionados con los asuntos antes mencionados.

Las comisiones posteriores a la originación que debe asumir el prestatario son penalidades por retraso en el pago, los costos de la ejecución hipotecaria, los costos de la cancelación o amortización anticipada y los costos de arbitraje o resolución de controversias. Estas comisiones pueden ascender a miles de dólares y suponer hasta un 20% del principal del préstamo. Entre los costos aquí mencionados la opción de amortización anticipada, de especial importancia en las hipotecas *subprime*, complica aún más la valoración del costo real de estas hipotecas.<sup>330</sup>

## 1.2 España

En España luego de la crisis económica de 2008 se observó que hubo falta de información o asesoramiento para los consumidores que solicitaron préstamos hipotecarios para la compra de su vivienda.<sup>331</sup> Esta situación se origina previo a la crisis financiera de 2007 puesto que se concedieron hipotecas con garantías dudosas mediante las cuales se sobrevaloró el inmueble objeto del préstamo hipotecario y se utilizaron tasaciones que en muchas ocasiones excedían el precio de la vivienda. La tasación del inmueble utilizado como garantía del préstamo hipotecario es parte del análisis de este trabajo y estaremos abundando sobre este tema más adelante en este capítulo. No obstante, aunque las tasaciones de los inmuebles se realizaron por agentes externos a las entidades bancarias existen elementos del

---

<sup>330</sup> BAR-GILL, OREN, *op. cit.* p. 135.

<sup>331</sup> En España el derecho a la información del consumidor se encuentra consagrado en el art. 8(d) del Real Decreto Ley 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 (TRLGDCU). Este art. 8(d) del TRLGDCU indica que: “es un derecho básico del consumidor y usuario la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.” BOE Núm.287, de 30/11/2007.

préstamo hipotecario que fueron relevantes para los consumidores y entre dichos elementos podemos mencionar la tasa o tipo de interés incluido por las entidades bancarias en los préstamos hipotecarios.

En España se observó que los bancos establecieron condiciones imprecisas en sus préstamos hipotecarios tales como la cláusula suelo o la cláusula IRPH (Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios). El impacto de este tipo de cláusulas lo estaremos analizando más adelante en este capítulo, pero en esta parte del trabajo se introduce el tema de las cláusulas suelo y cláusulas IFPH para presentar la siguiente interrogante: ¿Era predecible para los bancos que concedieron préstamos hipotecarios con cláusula suelo y cláusula IRPH que los tipos de interés ofertados evolucionarían de tal forma que los consumidores no se beneficiarían de este tipo de oferta? Entendemos que la respuesta es en la afirmativa debido al conocimiento especializado que tiene la industria bancaria. Los bancos debido al constante flujo de información al cual tienen acceso debieron conocer la evolución de los tipos de interés, en comparación con los consumidores que usualmente desconocen este tipo de información técnica. En España con la dramática bajada del EURIBOR332 se suponía que la mensualidad del préstamo hipotecario debía bajar, pero esto no ocurrió porque se activó la cláusula suelo, y con ello muchos consumidores sintieron que esta cláusula no estaba a su favor. Al ser los bancos quienes incluían este tipo de cláusula en los préstamos hipotecarios se observó la falta de información o asesoramiento al consumidor cuando éste solicitaba un préstamo hipotecario. Esta situación dio lugar a que en España se generará un debate sobre si: ¿la cláusula suelo era abusiva o no? y ¿de ser considerada abusiva cuál sería su efecto?

En cuanto a la cláusula IRPH mencionamos que se trata de un tipo de interés medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de una vivienda y se utiliza como referencia las tasas de interés utilizadas por las cajas de ahorros y los bancos que conceden préstamos hipotecarios. Este tipo de interés se presentaba a los consumidores como

---

332 ¿Qué es el Euribor? - El EURIBOR es el acrónimo de Euro Interbank Offered Rate o “tipo europeo de oferta interbancaria.” El EURIBOR es el tipo medio de interés al que se prestan euros entre sí un gran número de bancos europeos (el panel de bancos). Para la determinación de los tipos EURIBOR se elimina el 15% más alto y el 15% más bajo de los tipos de interés recolectados. Todos los días laborales a las 11:00 CET se determinan los tipos de interés del EURIBOR y se transmiten a todos los interesados y a la prensa. El EURIBOR existe desde 1999, año de introducción del Euro. Antes, existían diferentes tipos de referencia nacionales como el PIBOR en Francia y el Fibor en Alemania. La cuantía de los tipos de interés EURIBOR se determina en primer lugar a partir de la oferta y la demanda. Existen diversos factores externos que afectan significativamente a la cuantía de los tipos de interés EURIBOR, por ejemplo, de las circunstancias económicas como el crecimiento de la economía, la tasa de inflación, la solvencia de los bancos, la confianza mutua y la confianza del consumidor. El EURIBOR se emplea asimismo con frecuencia como tipo de referencia para el cálculo de hipotecas e imposiciones a plazo. Existen incluso hipotecas en las que el tipo de interés se compone del EURIBOR más un suplemento fijo. Cfr. <https://es.euribor-rates.eu/que-es-el-euribor>. (consulta 3 de noviembre de 2019).

un tipo más estable en comparación con el EURIBOR. Por lo que, cuando el EURIBOR se desplomó en los años 2008-2009 el IRPH disminuyó, luego aumentó manteniéndose estable, pero el mismo no era favorable para los consumidores que veían como la mensualidad del préstamo hipotecario aumentaba mientras que los préstamos con tasa de interés EURIBOR disminuían debido a que el IRPH siempre estaría un punto porcentual (1%) por encima del EURIBOR. Luego en 2013 se añade el problema de la eliminación o desaparición de muchos de los bancos y cajas de ahorros que se utilizaban para hacer el cómputo del IRPH. Ante esta situación muchos consumidores entendían que el banco había faltado a su deber de brindar información o asesoramiento porque el banco no les informó sobre las desventajas de las cláusulas con IRPH. Por tanto, en cuanto a la cláusula suelo y cláusula IRPH lo que ocurrió fue la falta de información sobre el funcionamiento de este tipo de cláusula, además, de informar que el IRPH incrementa con un diferencial y esto hace que su cálculo sea muy complejo.

## **2. No valoración de la solvencia del deudor**

El comportamiento irresponsable de los participantes del mercado financiero, que incluye el sector hipotecario, se traduce en la falta de evaluación de la solvencia de los deudores quienes también, en algunas ocasiones, han asumido conductas irresponsables a la hora de solicitar un crédito. No obstante, no se trata de conductas equiparables puesto que entendemos que son los prestamistas como profesionales los que tienen el deber de conocer los riesgos que pueden asumir sus clientes y actuar con diligencia. Sin embargo, nos preguntarnos, ¿cómo es posible que los prestamistas hayan desarrollado un comportamiento irresponsable en la medida en que ellos son los primeros interesados en conceder un crédito solo en el supuesto de que el prestatario sea una persona solvente?<sup>333</sup>

Antes de la crisis financiera de 2007, en la práctica existía un estímulo al préstamo irresponsable porque los prestamistas han gozado de un sistema jurídico que carecía de controles adecuados y los pocos controles que existían no se habían hecho efectivos por las autoridades.<sup>334</sup> Antes de las reformas que comentaremos en el Capítulo VII y VIII de esta tesis, el prestamista que contrataba con un cliente conociendo que este no podía pagar y hacer

---

333 SERRANO FERNÁNDEZ, MARÍA, Efectos del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor. ¿Una oportunidad Perdida en el Proyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario?, Los Contratos de Crédito Inmobiliario, Novedades Legislativas y Problemas Prácticos, ALBIEZ DOHRMAN, KLAUS JOCHEN, (dir.) LÓPEZ FRÍAS, M.<sup>a</sup> JESÚS y CASADO CASADO, BELEN (dirs.), Aranzadi (2017), p. 386.

334 *Ibid.* p. 386.

frente a sus obligaciones no padecía de ninguna consecuencia negativa cuando, y como sucedía en el ámbito hipotecario, podía trasladar el riesgo al deudor o a un tercero. Como veremos todo comenzó con las fallas ocurridas en el proceso de concesión de préstamos hipotecarios.

A continuación, presentaremos, brevemente, como en ambas jurisdicciones (Puerto Rico y España) la no valoración de la solvencia del deudor era una práctica frecuente y los prestamistas hacían depender la cuantía de los salarios de sus empleados y sus expectativas de promoción laboral en base a la cantidad de un número determinado de contratos de préstamos hipotecarios concedidos. La presión ejercida sobre estos empleados de la industria bancaria explica, en parte, la concesión de créditos a personas que luego no podían hacer frente a sus obligaciones de pago.<sup>335</sup>

## 2.1 Puerto Rico

En EE. UU. y, por ende, Puerto Rico la caída o crisis del mercado financiero se produjo porque se flexibilizaron las normas para la concesión de préstamos lo que ocasionó que se concedieran préstamos hipotecarios de alto riesgo o préstamos tipo “Alt-A.” Para analizar la falta de valoración de la solvencia del deudor utilizaremos como ejemplo la figura del *mortgage broker* que se trata de un agente que cobraba una comisión dependiendo del número de hipotecas que conseguía y el tipo de interés que podía adjudicar al consumidor cliente. Si el *mortgage broker* lograba convencer a una familia que tenía un buen historial de crédito a aceptar una hipoteca *subprime*, el *mortgage broker* cobraba una comisión en función del diferencial en el tipo de interés entre una hipoteca *prime* y una hipoteca *subprime*, con lo cual la comisión del *mortgage broker* dependía de su capacidad para incrementar la probabilidad de que la familia contratará una hipoteca *subprime* que luego se refinanciaría en el futuro. A lo anterior se añade que los bancos tenían el incentivo de generar el mayor número posible de préstamos hipotecarios motivados por la tendencia de *originate-to-distribute*, ya que como resultado de esta tendencia la mayoría de las hipotecas que concedían los bancos saldrían del balance de sus libros cuando dichas hipotecas fueran titulizadas.

## 2.2 España

---

<sup>335</sup> *Ibid.* p. 387.



Por su parte, en España los directores de sucursal bancaria recibían una compensación variable en función del volumen de hipotecas que vendían y además se les concedía amplia discreción para tomar la decisión de conceder el préstamo hipotecario sin tener que pasar por la aprobación del Comité de Riesgo del banco, lo que provocó que se relajarán los estándares en la evaluación de la solvencia de los prestatarios unido a la concesión acelerada de préstamos hipotecarios debido al beneficio económico que recibían los profesionales del banco. Un estudio realizado en 2017 por GARCÍA MONTALVO y REYNAL QUEROL en el cual se evaluó más de medio millón de créditos, la mayoría de ellos hipotecarios producidos por tres cajas de ahorros en España desde el año 2001 hasta el 2008, demuestra que alrededor del 80% de las veces que el sistema de calificación crediticia de los bancos estudiados generaba un resultado de riesgo alto, el crédito acababa concediéndose a pesar de que las circulares internas del banco señalaban que debería rechazarse.<sup>336</sup> Dicho estudio también evidenció que hasta el año 2007 la proporción de créditos hipotecarios concedidos se hicieron a clientes con contratos de empleo temporeros con lo cual alrededor del 40% de las hipotecas concedidas se hicieron a compradores que tenían un contrato de empleo temporal.

### 3. Tying and bundling practices

Los *tying and bundling practices* se refieren a las prácticas de atar mediante las cuales se estimula a un cliente o futuro cliente para que este quede ligado a una única entidad de crédito o banco durante las diversas etapas de su vida.<sup>337</sup> Antes de la crisis financiera de 2007 los bancos y entidades de crédito aprovechando el fácil acceso al crédito que permeaba en el mercado comenzaron a implementar *tying and bundling practices* en el proceso de concesión del préstamo hipotecario. En los contratos de préstamo con garantía hipotecaria se incluyeron otros contratos que integraban prestaciones sobre productos o servicios accesorios tales como: la apertura de cuenta ya sea una cuenta corriente o de ahorro, tarjetas de crédito o la contratación de otros productos financieros derivados. En teoría estos servicios o productos accesorios disfrutaban de la esencia del contrato de crédito garantizado, pero los productos accesorios de los *tying and bundling practices* no guardan relación directa con el

---

336 GARCÍA MONTALVO, JOSÉ, *op. cit.* p. 254.

337 NASARRE AZNAR, SERGIO, Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria, *Rev. Crítica Der. Inmobiliario*, Núm. 727, septiembre (2011), pp. 2665-2737.

contrato principal.<sup>338</sup> Para el banco, los contratos accesorios al préstamo constituyen una oportunidad de negocio porque el producto accesorio normalmente es proporcionado por el banco prestamista o por una sociedad bajo su grupo empresarial. La colocación de productos adicionales es muy rentable para el banco y especialmente oportuna en un escenario de tipos de interés bajos.<sup>339</sup>

La crisis financiera de 2007 ha develado cómo a través de las prácticas de *tying and bundling practices* los bancos e instituciones financieras incluyeron productos financieros que no eran necesarios para la concesión del préstamo hipotecario e incluyeron cláusulas que generaron un desequilibrio en las prestaciones y este desequilibrio se materializó en el aumento sin precedente en los casos de ejecución de hipotecas. La práctica de *tying and bundling* se utilizó tanto en España como en los EE. UU., pero en el caso de Puerto Rico este tipo de práctica fue menos distendida.

### 3.1 Puerto Rico

En EE. UU. y Puerto Rico las *tying and bundling practices* se observaron más en el uso de prácticas depredadoras lo que en inglés se conoce como *predatory practices*. Con la crisis financiera de 2007 los *predatory practices* ocurrieron a través de la concesión de préstamos hipotecarios *subprime* y se observó que estas *predatory practices* ocurrieron con más frecuencia en las regiones donde vivían grupos de afroamericanos, latinos, ancianos y familias con bajos ingresos o ingresos moderados. Ante el auge en la industria inmobiliaria muchos bancos y entidades de crédito presionaban a estos grupos vulnerables con anuncios y propaganda dirigida a contratar productos financieros innecesarios o con precios muy altos. Además, los datos del *Center for Responsible Lending*<sup>340</sup> indican que los préstamos con términos depredadores tienen más probabilidad de terminar en una ejecución hipotecaria. Y

---

338 FLORES DOÑA, M.<sup>a</sup> DE LA SIERRA, Principios orientadores del contrato de crédito hipotecario en el Mercado Europeo, pp. 83-107, <http://vlex.com/vid/principios-orientadores-contrato-credito-642272625>. (consulta 21 de agosto de 2018).

339 LÓPEZ FRÍAS, ANA, La contratación de productos y servicios accesorios al crédito inmobiliario. La problemática de los seguros asociados a la hipoteca, Los Contratos de Crédito Inmobiliario, Aranzadi (2017) p. 603.

340 The Center for Responsible Lending (CRL) is a nonprofit, non-partisan organization that works to protect homeownership and family wealth by fighting predatory lending practices. The focus of the CRL is on consumer lending: primarily mortgages, payday loans, credit cards, bank overdrafts and auto loans. The CRL is currently supported by a number of organizations, including the Ford Foundation, Friedman Family Foundation, Gay & Lesbian Fund for Colorado, Norflet Progress Fund, Oak Foundation, Open Society Foundations, Prudential Foundation, Sandler Foundation, Silicon Valley Community Foundation, Triangle Community Foundation, W.K. Kellogg Foundation, and Z. Smith Reynolds Foundation. Cfr. <https://www.responsiblelending.org> (consulta 21 de agosto de 2018).

como se ha observado luego de la crisis económica de 2008, la ejecución de hipotecas fue devastadora y dejó a comunidades enteras con viviendas desocupadas.<sup>341</sup>

En EE. UU. antes de la crisis financiera de 2007 se observaron diferentes anuncios mediante los cuales los bancos y otras instituciones financieras ofrecían productos de inversión, productos de pensiones, cuentas de ahorros, viajes, computadoras, televisores y otros productos a cambio de que los consumidores los eligieran para refinanciar su hogar. La idea básica de los *predatory practices* es que cuando los consumidores no estiman adecuadamente el precio de un producto, dicho producto se puede colocar junto con otro producto complementario. Y si los consumidores no estiman adecuadamente sus gastos totales, un banco puede en teoría, reducir el precio de un producto colocando otros productos y con ello aumentar el precio del producto principal. La combinación de productos de crédito con otros servicios financieros significa para los bancos una mejor manera de diversificar su oferta y competir con otros bancos. Típicamente, las *predatory practices* van dirigidas a aquellos consumidores que tienen poca o ninguna experiencia, o a aquellos consumidores que tienen falta de conocimiento técnico que les permita entender las ramificaciones de la transacción que le está ofreciendo el banco. Los *tying and bundling practices* pueden ocasionar que el consumidor se confunda obteniendo un préstamo hipotecario y a su vez una mal llamada recompensa que consiste en obtener otros productos financieros. Los consumidores que se dejan llevar por la recompensa subestiman su capacidad de endeudamiento y al final pagan cantidades mayores de capital e interés.<sup>342</sup>

Desde la perspectiva del deudor los inconvenientes y dificultades derivados de la utilización de estos contratos son numerosos.<sup>343</sup> Por ejemplo, algunos productos accesorios vinculados al préstamo hipotecario elevan el costo de la financiación y muchas veces el deudor acepta este aumento en base a la creencia de que dicho contrato es obligatorio cuando en realidad dichos productos no son obligatorios. A ello se añade que la atención del deudor se dirige al contrato de préstamo hipotecario, que de por sí resulta suficientemente complejo, y no presta atención a las condiciones y consecuencias de los contratos accesorios.<sup>344</sup>

---

341 Hogares latinos en peligro préstamos hipotecarios predatorios. Cfr. <http://www.responsiblelending.org/es/hipotecas/analisis-e-informes/ob014...> (consulta 21 de agosto de 2018). “En el 2001, el Center for Responsible Lending estimó que las prácticas de los préstamos hipotecarios predatorios contribuyeron a despojar a los consumidores en Estados Unidos de más de \$9 mil millones del valor del capital de sus propiedades.”

342 SATZ, MICHAEL A., How the Payday Predator Hides Among Us: The Predatory Nature of the Payday Loan Industry and Its Use of Consumer Arbitration to Further Discriminatory Lending Practices, 20 Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev. 123 (2010).

343 LÓPEZ FRÍAS, ANA, *op. cit.* p. 603.

344 *Ibid.*

### 3.2 España

En España las *tying and bundling practices* se observaron mediante la colocación bajo el contrato de préstamo con garantía hipotecaria de diversos contratos para la adquisición de bienes de consumo como: la compra de un vehículo de motor, comprar paquetes vacacionales o incluso comprar bienes como televisores, computadoras, entre otros. A ello se añade que la comercialización de estos productos se incrementó para compensar el costo económico que tenían los bancos con las sentencias que declararon abusivas determinadas cláusulas en los préstamos hipotecarios como la cláusula suelo que analizaremos más adelante en este trabajo. Las prácticas de ventas vinculadas o no separables del contrato de préstamo (*tying*) y las prácticas de ventas combinadas o separables del contrato base (*bundling*) se mencionan en la Directiva 2014/17/UE que discutiremos en el Capítulo VII de esta tesis.<sup>345</sup> No obstante, adelantamos que en la Directiva 2014/17/UE el legislador europeo menciona directamente ciertos contratos como: seguro, apertura de cuenta, contrato de producto de ahorro y créditos adicionales al referirse al contenido de la obligación de información normalizada en la Sección 10 FEIN, Instrucciones. Anexo II. Parte B de la Directiva 2014/17/UE y en los Elementos de flexibilidad Sección 8 FEIN, Instrucciones. Anexo II. Parte B.<sup>346</sup>

#### 4. Las cláusulas abusivas: La Directiva 93/13/CEE sobre protección a los consumidores y su impacto en los préstamos hipotecarios

El principio de primacía en el Derecho europeo tiene un valor superior a los Derechos nacionales de los Estados miembros. Se trata de un principio fundamental del Derecho europeo que no está inscrito en los tratados, pero que ha sido consagrado por el TJUE desde la Sentencia Flaminio Costa v. ENEL, de 15 de julio de 1964, asunto C-1964/66, al declarar

---

345 ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, Crisis? What Crisis? Common EU Rules for Mortgage Credits, The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe, Europa Law Publishing (2017) p. 12 *op. cit.* “The Directive accepts that consumers can be offered credit under certain conditions; that is, only if they also purchase other products or services together with the loan. These tying and bundling practices are intended to reduce costs and make lending more profitable, and art. 12 refers to the way in which these practices are allowed. As a general rule bundling practices are always permitted because the components of the package can also be bought separately. On the other hand, tying practices, which consist in offering products or services that cannot be separated from the credit agreement, are not allowed, to prevent consumers from entering into credit agreements which are not in their best interests. Tied contracts should therefore be null and void; however, imposing this penalty is a task left to the national legislature, as the German and Dutch Reports clearly show.”

346 FLORES DOÑA, M.<sup>a</sup> DE LA SIERRA, Principios orientadores del contrato de crédito hipotecario en el Mercado Europeo, págs. 83-107, <http://vlex.com/vid/principios-orientadores-contrato-credito-642272625>. (consulta 21 de agosto de 2018).

que el Derecho procedente de las instituciones europeas se integra en los sistemas jurídicos de los Estados miembros, quienes vienen obligados a respetarlo, y que en virtud de la primacía del derecho europeo, si una norma nacional es contraria a una disposición europea, las autoridades de los Estados miembros deben aplicar la disposición europea. No obstante, ello no supone la anulación o derogación del Derecho nacional, sino que su carácter obligatorio queda suspendido.

La incorporación al ordenamiento jurídico español de la normativa comunitaria hace que en España sea de aplicación la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante Directiva 93/13/CEE). Las directivas son actos legislativos en los cuales se establecen objetivos que todos los países de la Unión Europea deben cumplir y corresponde a cada país miembro de la Unión Europea elaborar sus propias leyes para alcanzar los objetivos que establece una directiva. En la Directiva 93/13/CEE el mandato a los Estados miembros se centra en garantizar la no vinculación del clausulado abusivo, para lo cual los Estados miembros deben adoptar medidas para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, y si a pesar de ello figuran tales cláusulas, dichas cláusulas no deberán obligar al consumidor.

El TJUE en su Sentencia *Landelijke v. Staatssecretaris*, de 7 de septiembre de 2004, asunto C-127/02, recoge esta doctrina declarando que la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado establecido en una directiva es una obligación imperativa impuesta por el art. 249.3 del tratado de la CE y por la propia directiva.<sup>347</sup> (Fundamento Jurídico 65) Esta obligación de adoptar todas las medidas generales o particulares se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión en el marco de sus competencias, a las autoridades judiciales. Los jueces y tribunales nacionales deben, tener siempre en cuenta lo recogido por las directivas a la hora de abordar las cuestiones y controversias que lleguen a sus sedes. Así, el TJUE en su Sentencia *Safir*, de 7 marzo de 1996, asunto C-118/96, (Fundamento Jurídico 18), declaró expresamente que:

“Con carácter preliminar, debe señalarse que incumbe al órgano jurisdiccional nacional el deber de interpretar y aplicar el Derecho nacional, y en particular, las disposiciones de una ley nacional promulgada especialmente para ejecutar una

---

<sup>347</sup> *Vid.* STJUE *Eco Swiss*, de 1 de julio de 1999, asunto C-126/97, en donde el TJUE expresa que en la medida en que un juez nacional deba en aplicación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de las normas europeas.

directiva comunitaria, debe hacer todo lo posible a la luz de la letra y finalidad de la directiva, con el fin de alcanzar el resultado pretendido por esta y, de esta forma, atenerse a lo dispuesto en el párrafo tercero del art. 189 del Tratado.”<sup>348</sup>

La Directiva 93/13/CEE tiene por objeto el control de las cláusulas abusivas incluidas en los contratos suscritos por los consumidores. Comentamos, de forma muy general, que en la Unión Europea la doctrina de cláusulas abusivas en los contratos suscritos por los consumidores nace con el acuerdo de integración y cooperación económica para crear un mercado único en la Unión Europea. La Directiva 93/13/CEE pretende que las empresas o el profesional no puedan utilizar prácticas que induzcan o engañen a los consumidores. Cuando se determina que un contrato suscrito con un consumidor incluye cláusulas que pueden ser engañosas o incluye cláusulas que no le permiten al consumidor entender los riesgos de la transacción que está realizando, dicho contrato conlleva la aplicación de la doctrina de cláusulas abusivas.

La Directiva 93/13/CEE se basa en la idea de que el consumidor se encuentra en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referente tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información. La Directiva 93/13/CEE fue creada para que los adquirentes de bienes y servicios estén protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios en especial en los contratos de adhesión. Esta Directiva se basa en la idea de que el consumidor se encuentra en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referente tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información. Por tanto, con el fin de garantizar la protección a la que aspira la Directiva 93/13/CEE, el TJUE ha señalado en varias ocasiones que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. Esta intervención positiva incluye, en particular, el *control de oficio* por parte del juez competente sobre la existencia o inexistencia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.<sup>349</sup> Conforme establece la Sentencia Mostaza Claro, de 26

---

348 *Vid.* STJUE Von Colson y Kamann, de 10 de abril de 1984, asunto C-14/83, apartado 26 y la STJUE Faccini Dori, de 14 de julio de 1994, asunto C-91/92, apartado 26 y CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN, Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca, Negociación contractual, desequilibrio importante y protección del consumidor en la contratación bancaria, Tirant Lo Blanch, Valencia (2016), nota 29, pp. 201-202.

349 Sobre la obligación del juez de apreciar de oficio la nulidad de las cláusulas se pronuncian, entre otras, la STJUE Océano Grupo Editorial, de 27 de junio de 2000, asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98, STJUE Pannon GSM de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08, apdos. 31 y 32, STJUE Mostaza Claro, de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05, apdos. 27 y 38, STJUE VB Pénzügyi Lízing Zrt., 9 de noviembre de 2010, asunto C-137/08, STJUE Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság, 26 de abril de 2012, asunto C-472/10, STJUE Banif Plus Bank Zrt, 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11, STJUE Aziz, 14 de marzo de 2011, asunto C-415/11, STJUE Asbeek Brusse, 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, STJUE Sánchez

de octubre de 2006, asunto C-168/05, apdo. 36, el control de oficio para determinar la existencia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores es una disposición de carácter imperativo. Por su parte, la Sentencia VB Pénzügyi Lízing, de 9 de septiembre de 2010, asunto C-138/08, el TJUE establece que cuando se interroga sobre la abusividad de una cláusula le corresponde al juez indagar en la búsqueda de los elementos que le permitan entrar a valorarla, acordando de oficio diligencias de prueba para encontrar dichos elementos y apreciar *ex officio* su carácter eventualmente abusivo.<sup>350</sup>

El art. 1 de la Directiva 93/13/CEE establece como propósito la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. El concepto legal de cláusula abusiva de la Directiva 93/13/CEE se encuentra en el art. 3 que establece que:

“Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.”

La Directiva 93/13/CEE incorpora en su art. 4.2 la prohibición impuesta al juzgador de examinar el objetivo principal del contrato.

---

Morcillo, 17 de julio de 2014, asunto C-169/14, STJUE Tomášová, 14 de abril de 2016, asunto C-168/15 y STJUE Banco Primus, S.A., 26 de enero de 2017, asunto C-421/14.

350 De la jurisprudencia emitida por el TJUE sobre el examen *ex officio* de las cláusulas abusivas citamos la STJUE Cofidis, de 21 de noviembre de 2002, asunto C-473/00 que determina la aplicación del control de oficio sobre cualquier cláusula predispuesta en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, y extendió contundentemente esta doctrina a toda cláusula al declarar que la Directiva 93/13/CEE se opone a una normativa interna que en el marco de una acción ejercitada por un profesional contra un consumidor, dicha acción se fundamente en un contrato celebrado entre éstos. Antes de la STJUE Cofidis, la STJUE Océano Grupo Editorial, de 27 de junio de 2000, y los asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98 dejaba abierto el alcance sobre la aplicación de la doctrina de cláusulas abusivas a las cláusulas de sumisión expresa de un contrato celebrado en el sentido de si toda cláusula de sumisión expresa era eventualmente abusiva. Luego cuatro años más tarde el TJUE emite la STJUE Mostaza Claro, de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05, mediante la cual identificó el examen de oficio como un deber del juez nacional. Posteriormente, en 2009 se reiteró elevar el control *ex officio* a un medio no sólo idóneo sino necesario para lograr que el clausulado abusivo no vincule en forma alguna al consumidor, subsanando así el desequilibrio contractual existente. (STJUE Mostaza Claro apdos. 27 y 38 y STJUE Pannon GSM apdos. 31 y 32). En la STJUE Asturcom Telecomunicaciones, de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, el TJUE reiteró la obligación del juez nacional a examinar de oficio el carácter abusivo de la ejecución de un laudo arbitral, tan pronto como dispusiera de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Además, la STJUE Pannon GSM, de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08, confirmó que el control de oficio es un deber judicial y acentuó su carácter imperativo, es decir, impone un control de oficio tan pronto como el juez disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Es decir, la STJUE Pannon GSM, *supra*, apartado 30, el TJUE reitera que en la obligatoriedad del control de oficio no puede perderse de vista que el fundamento de la doctrina sobre dicho control quedó establecido desde el año 2000, cuando el TJUE en la STJUE Océano Grupo, *supra*, apartado 28, señaló que la facultad judicial de examinar de oficio el carácter abusivo es un medio idóneo para alcanzar el resultado buscado por el art. 6 de la Directiva 93/13/CEE.

“2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.”

Por su parte, el art 6.1 de la Directiva 93/13/CEE indica que:

“Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas.”

La Directiva 93/13/CEE indica que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración.<sup>351</sup> El TJUE ha señalado que, como se desprende de su jurisprudencia sobre el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, el objetivo perseguido por el legislador de la Unión Europea en el marco de la Directiva 93/13/CEE consiste en reestablecer el equilibrio entre las partes, manteniendo, en principio, la validez global del contrato y no en anular todos los contratos con cláusulas abusivas.<sup>352</sup> Además, debe señalarse que como principio del Derecho europeo en la Sentencia Von Colson y Kamann, de 10 de abril de 1984, asunto C-14/83, apartado 28, el TJUE declaró que incumbe al órgano jurisdiccional nacional, agotando el margen de apreciación que su Derecho interno le concede, dar a la legislación nacional una interpretación y aplicación conformes con las exigencias del Derecho europeo.<sup>353</sup> Así como indica el TJUE en la Sentencia Erika Jörös v. Aegon Magyarország Hitel Zrt., de 30 de mayo de 2013, asunto C-397/11, el objetivo perseguido por el legislador de la Unión Europea en el marco de la Directiva 93/13/CEE consiste en restablecer el equilibrio entre las partes manteniendo la validez global del contrato y no en anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas. No obstante,

---

351 FERNÁNDEZ SEIJO, JOSÉ M.<sup>a</sup>, La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias, Una aproximación desde del Derecho comunitario, Editorial Bosch, S. A. (2013), p. 104.

352 DOMÍNGUEZ ROMERO, JAVIER, Adquisición de Vivienda y Cláusulas Abusivas: La integración del Derecho español a través del Derecho europeo y comparado, Publicaciones Oficiales Boletín Oficial del Estado, Madrid (2018), p. 263. *Vid.* STJUE Pereničová y Perenič (apdo. 31), STJUE Jörös (apdo. 46) y STJUE Kásler y Káslerné Rábai (apdo. 82).

353 *Ibid.* p. 445.



aunque la jurisprudencia del TJUE ha sido determinante para establecer el marco actual de protección al consumidor, lo cierto es que el TJUE directamente no declara el carácter abusivo de una cláusula, dicha tarea le corresponde al juez nacional. El TJUE lo que establece es una pauta o unos criterios que permiten evaluar si la legislación interna de un Estado miembro permite el cumplimiento de los objetivos perseguidos por la Directiva 93/13/CEE.<sup>354</sup>

Del conjunto de normas que establece la Directiva 93/13/CEE se puede concluir que los requisitos para que se pueda considerar una cláusula como abusiva son: (a) que sea una estipulación contraria a las exigencias de la buena fe, (b) que dicha cláusula o estipulación cause un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes en la relación jurídica, (c) que ese desequilibrio se haga en detrimento o perjuicio del consumidor o usuario y (d) que se trate de cláusulas o estipulaciones que no se hayan negociado individualmente, y que por lo tanto, se trate de condiciones generales de la contratación.<sup>355</sup>

El TJUE ha reconocido expresamente que la Directiva 93/13/CEE establece el examen judicial del carácter abusivo de las cláusulas del contrato y ello sirve de efecto disuasorio para los profesionales. De no imponerse el control de oficio de las cláusulas abusivas se entiende que los profesionales intentarían probar suerte e incluirían el mayor número posible de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores porque nada tendrían que perder.<sup>356</sup> En vista de ello en la Sentencia Banco Español de Crédito, de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, el TJUE expresa que el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE no puede entenderse en el sentido de que permite, en caso de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva, que tal juez modifique su contenido y cuando el juez declara la nulidad de una cláusula abusiva no puede integrar al contrato o modificar el contenido de la cláusula declarada como abusiva.<sup>357</sup> (Sentencia Banco Español de Crédito, *supra*, apdos. 71 y 73)

En el caso de España las cláusulas abusivas son nulas *ipso iure* (art. 83 TRLCU, art. 8 LCGC), en Francia se consideran no escritas (art. L.241-1 C.consom.), en Holanda se consideran anulables (vernietigbaar, art. 6:233 BW) y en Alemania simplemente ineficaces (unwirksam, § 306 Abs. 1 BGB). Ahora bien, cualquiera que sea la figura jurídica interna en que se concrete la falta de vinculación del art. 6.1 Directiva 93/13/CEE debe establecerse que

---

354 FERNÁNDEZ SEIJO, JOSÉ M.<sup>a</sup>, *op. cit.* p. 104.

355 *Ibid.* pp. 58-59.

356 DOMÍNGUEZ ROMERO, JAVIER, *op. cit.* p. 282. *Vid.* STJUE Mostaza Claro apartado 37, STJUE Pannon GSM apartado 26, STJUE Asturcom Telecomunicaciones apartado 51, STJUE Océano Grupo Editorial apartado 28, STJUE Cofidis apartado 32, STJUE Mostaza Claro apartado 27 y Auto Pohotovost apartado 41.

357 *Ibid.* p. 283.

la cláusula declarada abusiva no tenga efecto alguno para el consumidor, pues según el TJUE tal declaración permite el restablecimiento de la situación fáctica y jurídica en que se hallaba el consumidor de no haber existido la cláusula abusiva.<sup>358</sup> (Sentencia Gutiérrez Naranjo, de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, apdo. 66)

Dos años después de dictarse la Sentencia Banco Español de Crédito, *supra*, el TJUE matizó su doctrina sobre la integración del contrato parcialmente nulo y lo hizo a través de la Sentencia Kásler y Káslerné Rábai, de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13. La Sentencia Kásler surge a raíz de una petición de decisión prejudicial realizada por la Kúria del Tribunal Supremo húngaro, en un caso donde se daba la circunstancia de que el órgano de apelación, confirmando el fallo de primera instancia sobre la abusividad de una cláusula reguladora de las condiciones de devolución de un préstamo hipotecario en divisas, declaró que procedía modificar la cláusula para eliminar su carácter abusivo y sustituirla por una norma jurídica supletoria del Derecho nacional húngaro. En este caso se trataba de un préstamo que fue concedido en francos suizos que se entregaba en florines húngaros, obligándose los prestatarios a pagar las cuotas de amortización en su moneda nacional en función del tipo de cambio aplicable en el momento de los pagos. En el contrato de préstamo se estipuló que el tipo de cambio aplicado a la entrega del préstamo era el de la compra del franco suizo mientras que el aplicable a la devolución del préstamo era la venta de dicha divisa, según la cláusula III/2. Esta cláusula fue impugnada por los prestatarios quienes sostenían que de forma opaca se facultaba al banco a repercutirles la diferencia entre el precio de compra y venta de la divisa.<sup>359</sup> El Abogado General Wahl partiendo de la consideración de que la cláusula impugnada en el caso establecía una prestación esencial del contrato, indicó que su eliminación sin más y sin integración, acarrearía la no supervivencia y correspondiente nulidad total del contrato y ante la imposibilidad de los consumidores de hacer frente al préstamo irremediablemente ocurriría la ejecución de la hipoteca. Por tanto, ante tal evento o consecuencia si se impediera integrar el contrato se estaría penalizando al consumidor más que al profesional y este último se vería alentado a utilizar cláusulas abusivas en sus contratos, peligrando así el efecto disuasorio de la sanción de nulidad de tales cláusulas conforme establece la Directiva 93/13/CEE (apdo. 81-84).<sup>360</sup>

Por tanto, la posibilidad de integrar el contrato cuando una de sus cláusulas ha sido declarada abusiva dependerá de: (1) las implicaciones que la simple erradicación de la

---

<sup>358</sup> *Ibid.* p. 232.

<sup>359</sup> *Ibid.* pp. 288-289.

<sup>360</sup> *Ibid.* pp. 290-291.

cláusula tenga para el consumidor, de modo que si no le acarrea consecuencias negativas no habrá que plantearse integración alguna y sólo se admitirá en caso contrario, (2) la existencia en el Derecho nacional de una norma que prevea integrar por la vía aceptada a nivel europeo y (3) que haya una disposición nacional supletoria de la reglamentación a sustituir por ser esta el único cauce integrador autorizado por el TJUE en este ámbito.<sup>361</sup> La regla general es que, mientras el clausulado abusivo no vincula, sí lo hará el resto del contrato, de manera que el contrato ha de considerarse tan solo parcialmente nulo, siendo excepcional su integración únicamente cuando el contrato no pueda subsistir sin la cláusula abusiva.<sup>362</sup>

Como parte de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/13/CEE surgieron iniciativas para elaborar una ley especial sobre condiciones generales, publicándose borradores inspirados en la Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG, ley alemana de 1976 sobre condiciones generales de la contratación), hasta que en 1998 se establece en España, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC). A partir de entonces en España la disciplina sobre condiciones generales quedó establecida en dos cuerpos normativos. Por un lado, la regulación de las condiciones generales en contratos celebrados con consumidores y el control de contenido de estas a través de la Ley de Consumo, y, por otro lado, la regulación de las cláusulas predispuestas y de los requisitos de incorporación en todo tipo de contratos mediante la LCGC.<sup>363</sup>

---

<sup>361</sup> *Ibid.* pp. 292-293.

<sup>362</sup> *Ibid.* p. 258.

<sup>363</sup> *Ibid.* p. 167. La RDGRN de 13 de septiembre de 2013, expuso que los registradores debían apreciar de oficio la naturaleza abusiva de una cláusula si dicho carácter abusivo resultaba indubitado, esto conforme a la STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 77) que amplió el control de inclusión y al de transparencia. Asimismo, la doctrina se ha manifestado prácticamente unánime a favor de la apreciabilidad de oficio de la nulidad derivada de cláusulas abusivas por parte de los registradores. *Vid.* DÍEZ GARCÍA, HELENA, Control notarial de cláusula no transparente y abusivas en los contratos de crédito o préstamo hipotecario, Vivienda e Hipoteca, DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, (coord.), Ed. Tecnos (2018), nota 146, p. 390 citando a GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario, RCDI, núm. 625, 1994, pp. 2239-2310; *Vid.* ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN, El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral, RCDI (1993), pp. 1421 y ss; ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN, La Ley 7/1998, de 3 de abril, ¿Excluye el control registral de las cláusulas abusivas?, *Rev. Aranzadi Der. Patrimonial*, Núm. 8, 2002, pp. 69-104; PAU, ANTONIO y F. CURIEL, Sub. Disposición Adicional 1ra Dos, Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de los Contratos, DÍEZ PICAZO, LUIS y ALFARO AGUILA-REAL, JESÚS (dirs.), Ed. Civitas, Madrid (2002), pp. 883 y ss.; BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL, El control registral de las condiciones generales de los contratos, *Rev. Crit. Der. Inmobiliario*, Núm. 667 (2001), pp. 1939-2004; GALLEGO DOMÍNGUEZ, IGNACIO, Las cláusulas abusivas y el Registro de la Propiedad, Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, Ed. Wolters Kluwer, Madrid (2006), p. 7173; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, MARÍA, Ámbito de la calificación registral en las cláusulas financieras, RCDI, 754 (2016), p. 968-985 y VÁZQUEZ DE CASTRO, EDUARDO, La función preventiva de los Registradores contra cláusulas abusivas, [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com). (consulta 26 de febrero de 2021).

Así las cosas, la doctrina de cláusulas abusivas comenzó a implementarse en España a través del examen en sede ejecutiva de los préstamos hipotecarios, o sea en el proceso de ejecución hipotecaria y para propósitos de este trabajo dicho examen constituye uno de los temas de análisis de esta tesis. En España a consecuencia de la Sentencia Aziz emitida por el TJUE, el 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, se declaró que un régimen procesal que no prevé la opción de oponer frente a la ejecución de una hipoteca la abusividad de las cláusulas del préstamo hipotecario, ni permite al juez adoptar medidas cautelares necesarias para garantizar la plena eficacia de su decisión final, hace imposible o excesivamente difícil, aplicar la protección que le confiere a los consumidores la Directiva 93/13/CEE. El TJUE en la Sentencia Aziz declaró que el procedimiento especial hipotecario de la legislación española no se ajustaba al principio de efectividad y resultaba contrario a la Directiva 93/13/CEE.

El TJUE también ha aplicado la doctrina de cláusulas abusivas en los procesos en apelación o sobre el control en apelación. En ese sentido la Sentencia Jörös, de 30 de mayo de 2013, asunto C-397/11 indica que la regulación de los procedimientos de apelación, en defecto de normativa europea sobre ello, corresponde a los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal y advirtió que la regulación nacional en esa materia tendría que respetar los principios de efectividad y equivalencia del Tratado de la Unión Europea.

Por su parte, la Sentencia Finanmadrid EFC, de 18 de febrero de 2016, asunto C-49/14, el TJUE declaró que la Directiva 93/13/CEE se opone a una normativa nacional, como el régimen procesal español, que no permite al juez que conoce de la ejecución posterior al monitorio, apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato entre un profesional y un consumidor, cuando la autoridad que conoció de la petición de monitorio carece de competencia para realizar tal apreciación (apdos. 54 y 55). El TJUE indica que el régimen procesal español menoscaba la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13/CEE puesto que la protección efectiva sólo puede garantizarse en caso de que el sistema procesal nacional permita, en el marco del proceso monitorio o en el ulterior ejecutivo, un control de oficio del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato y concluye que el sistema español no resulta conforme en la medida en que hacía imposible o excesivamente difícil en los litigios iniciados por profesionales contra consumidores, aplicar la protección de la Directiva 93/13/CEE a los casos de ejecución hipotecaria.

#### **4.1 La falta de transparencia**

#### 4.1.1 Cláusula Suelo

Uno de los asuntos más discutidos en España es la inclusión de cláusulas techo y suelo en los préstamos hipotecarios. La inmensa mayoría de los préstamos hipotecarios concedidos en España durante el “*boom inmobiliario*” fueron préstamos hipotecarios con cláusula techo y cláusula suelo, debido a lo poco atractivo que resultaban los préstamos hipotecarios a interés fijo por estos tener una tasa de interés más alta.<sup>364</sup>

En general, las cláusulas techo y suelo son cláusulas en las se asegura que el tipo de interés del préstamo hipotecario oscile entre dos tipos, uno máximo y otro mínimo. Cuando se rebasa el tipo máximo o cuando baja el tipo mínimo, tanto el prestatario como el prestamista reciben una compensación que equivale a la diferencia entre el máximo (cláusula techo) o el mínimo (cláusula suelo).<sup>365</sup> Se trata de un tipo de contrato que no tiene una contrapartida proporcional a favor del consumidor. La cláusula techo beneficia – o debiera hacerlo – al prestatario porque limita el máximo que puede alcanzar el tipo variable. La cláusula suelo favorece al prestamista puesto que asegura que el tipo no se reduzca por debajo de un mínimo a partir del cual un descenso en el índice de referencia no llevará aparejada una cuota hipotecaria menor.<sup>366</sup>

La cláusula suelo es una estipulación dirigida a garantizar un beneficio mínimo a favor del banco en casos de variaciones negativas en el tipo de interés variable y está prevista en la normativa de transparencia bancaria de España conocida como la Orden EHA/2899/2011, antes la OM de 5 de mayo de 1994.<sup>367</sup>

La cláusula suelo tiene un especial interés para el banco que concede el préstamo debido a que le provee liquidez (*stream of cash*) que sirve para la satisfacción de los valores hipotecarios, de manera que le permite al banco continuar con sus operaciones de refinanciación hipotecaria.<sup>368</sup> Sin embargo, este tipo de préstamo hipotecario tuvo un desarrollo muy particular debido a que cuando bajó la tasa de interés reflejada en las bajadas sostenidas del índice EURIBOR, como ocurrió en noviembre de 2008, los deudores no pudieron beneficiarse de la baja en la tasa de interés.<sup>369</sup> Por ejemplo, un préstamo

---

364 NASARRE AZNAR, SERGIO, Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria, Rev. Crítica Der. Inmobiliario, Núm. 727, septiembre (2011), pp. 2665-2737.

365 *Ibid.*

366 DOMÍNGUEZ ROMERO, JAVIER, *op. cit.* p. 415.

367 MÚRTULA LAFUENTE, VIRGINIA, *op. cit.* p. 466.

368 NASARRE AZNAR, SERGIO, Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria, Rev. Crítica Der. Inmobiliario, Núm. 727, septiembre (2011), pp. 2665-2737.

369 *Ibid. op. cit.* “Todo ello ha venido sucediendo en un contexto muy particular: bajadas sostenidas del EURIBOR desde noviembre de 2008, de manera que los prestatarios no podían beneficiarse de tales bajadas.”

hipotecario con una tasa de interés variable de 5% que incluía una tasa de interés techo de 15% y una tasa de interés suelo de un 3,25%, en este tipo de préstamo ocurría que mientras era difícil que los préstamos hipotecarios alcanzaran un tipo de interés del 15%, conforme al índice seleccionado que generalmente era el EURIBOR, si era más probable que la tasa de interés bajaría por debajo de un 2,5%. Es decir, era más probable que las tasas de interés aumentarían en lugar de bajar y ante esta situación el único que se beneficiaba era el banco.<sup>370</sup> De manera que el banco utilizaba la cláusula suelo como oferta y con ella atraía a los consumidores ofreciéndoles condiciones más atractivas sin que el banco asumiera el riesgo de que los intereses bajarán por debajo de un umbral tolerable para sus propias obligaciones o beneficios.<sup>371</sup> Así las cosas, en España comienzan a emitirse sentencias que declararon nulas las cláusulas suelo incluidas en los préstamos hipotecarios concedidos por los bancos españoles tales como: BBVA, Cajamar y Caixa Galicia.<sup>372</sup> Dichas sentencias se fundamentaron en la asimetría de las cláusulas techo y suelo debido a que la cláusula suelo no tenía una contrapartida proporcional a favor del consumidor.

En febrero de 2011 la Asociación de Consumidores ADICAE presentó una demanda de clase contra 100 entidades de crédito españolas por éstas incluir cláusulas suelo en sus préstamos hipotecarios. Ante la demanda presentada por ADICAE y las múltiples controversias que surgieron a raíz de la inclusión de la cláusula suelo en los préstamos hipotecarios concedidos para la adquisición de una vivienda, el TS de España determinó que cuando un contrato de préstamo hipotecario incluya una cláusula techo y cláusula suelo en la partida de intereses, la cláusula suelo debe ser adecuadamente explicada al consumidor antes

---

El EURIBOR se situó en febrero de 2016 en cifras negativas por primera vez en la historia y desde entonces ha estado por debajo del 0%. Una de las razones que explican este fenómeno es la política del Banco Central Europeo (BCE) de apuntalar la recuperación en la zona euro, buscando la liquidez de los bancos a través de medidas como las que obligan a las entidades crediticias a pagar intereses por depositar su dinero en el BCE, lo que ha provocado que las entidades financieras estén pagando por prestarse fondos en la eurozona. En 2017 el EURIBOR seguía en índices negativos, en enero de 2018 estaba en 0,189 y en mayo en 0,188.” *Vid.* evolución del EURIBOR desde su implantación en 1999. *Cfr.* <https://bbva.es/general/finanzas-vistazo/hipotecas/evolucion-euribor/index.jsp>. *Vid.* MÚRTULA LAFUENTE, VIRGINIA, *op. cit.* p. 477.

<sup>370</sup> NASARRE AZNAR, SERGIO, Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria, *Rev. Critica Der. Inmobiliario*, Núm. 727, septiembre (2011), pp. 2665-2737, *op. cit.* “Se trata de la SJM, núm. 2 de Sevilla, de 30-9-2010 47 y se fundamenta en la asimetría de las cláusulas suelo y las cláusulas techo: comercializado al 5 por 100 el préstamo hipotecario, la cláusula techo (la que beneficia al prestatario) se coloca en el 15 por 100 del tipo de interés, mientras que la suelo en el 3,25 por 100 (nótese la distancia de ambos, en relación, al valor de referencia). Ello significa que mientras es difícil que los préstamos hipotecarios alcancen un Euribor del 15 por 100 sí que es fácil que bajen por debajo del 2,5 por 100. El consumidor accede a la combinación cláusula suelo-cláusula techo para cubrirse él de la subida de tipo de interés. Esta posibilidad queda prácticamente frustrada desde el momento en que tal cláusula techo es prácticamente inalcanzable, mientras que la suelo, que cubre a la entidad de crédito, es más probable que suceda, es más real (la irrealidad de la protección del consumidor está presente en la SJM, núm. 1 de León, de 11-3-2011).”

<sup>371</sup> *Ibid.* *Vid.* MÚRTULA LAFUENTE, VIRGINIA, *op. cit.* pp. 479-481.

<sup>372</sup> NASARRE AZNAR, SERGIO, Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria, *Rev. Critica Der. Inmobiliario*, Núm. 727, septiembre (2011), pp. 2665-2737.

de que éste pacte un contrato de esta naturaleza. Para el banco la cláusula suelo constituye el precio y la cobertura del préstamo hipotecario, y este tipo de cláusula debe ser explicada al consumidor e indicarle de qué modo dicha cláusula suelo constituye el costo de la financiación. De esta forma el consumidor podrá tomar una decisión informada, comparar la oferta que se le hace con otras disponibles en el mercado y qué beneficio real le puede aportar la cláusula suelo.<sup>373</sup> Esta determinación fue establecida por el TS de España a través de la Sentencia de 9 de mayo de 2013 (STS 241/2013) mediante la cual se declaró la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos hipotecarios suscritos con consumidores y mediante la cual se condenó a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA), Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y NCG banco S.A.U. a: (a) eliminar dichas cláusulas, (b) cesar su utilización, (c) declaró “No ha lugar” la retroactividad de la sentencia y (d) que los contratos continuaran en vigor sin la cláusula suelo que fue declarada abusiva.<sup>374</sup> Para analizar las implicaciones de esta importante sentencia comencemos por indicar que con la presentación de la demanda por ADICAE se aportaron copias simples de varias escrituras que incluían cláusulas con el siguiente contenido:

“Escritura de préstamo hipotecario autorizada el 24 de julio de 2008 por el notario de Jerez de la Frontera don Juan Marín Cabrera, con el número de protocolo 1.100 (Capital prestado: 225.000 euros. Plazo de devolución: 240 meses. Tipo de interés vigente durante el período de interés fijo: 6,35 % nominal anual durante un periodo de 6 meses). El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 12,00 % ni inferior al 2,50 % nominal anual.”

“bis. 3. Límites a la variación del tipo de interés.

En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2,50 %, este valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el tipo de interés vigente en el período de interés. Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 15 % nominal anual.

bis. 4. Bonificación de tipo de interés.

El Banco manifiesta que el tipo de interés vigente aplicable en cada periodo de interés que resulte de acuerdo con las reglas y condiciones anteriores será objeto de una bonificación de tipo de interés equivalente a los puntos porcentuales del tipo de interés ordinario nominal anual que más adelante se indican, siempre que al menos una de las personas integrantes de la parte prestataria mantenga los productos o servicios bancarios que, a su expresa solicitud, tenga suscritos o domiciliados en el banco.

---

<sup>373</sup> *Ibid.*

<sup>374</sup> LÓPEZ FRÍAS, ANA, *op. cit.* p. 640.

Para que en su caso se aplique la correspondiente bonificación [...]”

Las cláusulas examinadas en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 (STS 241/2013) pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable convertían el préstamo en uno con interés mínimo fijo del que no se beneficiaban los deudores en escenarios de bajadas del tipo de interés de referencia.<sup>375</sup> Los términos en los cuales se suscribía la cláusula daban cobertura exclusivamente a los riesgos que la entidad crediticia pudiera tener por las oscilaciones a la baja y se frustraba la expectativa del consumidor sobre el abaratamiento del crédito como consecuencia de una bajada en el tipo de interés pactado como variable. Cuando entraba en juego una cláusula suelo se convertía el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en un tipo de interés fijo variable exclusivamente al alza.<sup>376</sup> El propósito de la fijación de un tope mínimo era para mantener un rendimiento mínimo de los activos (préstamos hipotecarios titulizados) que permitía a los bancos resarcirse de los costos de producción y mantenimiento de las hipotecas concedidas por éstos. Incluso los bancos demandados se opusieron al control de abusividad de la cláusula techo y suelo indicando que las mismas incidían en un “elemento esencial” del contrato de préstamo.<sup>377</sup> Y sobre dicho elemento el TS de España determinó que los bancos tenían razón y expresó en el Fundamento Quinto de derecho de la sentencia que la cláusula techo y suelo era uno de los elementos esenciales del contrato, a saber:

“[...] se incorporan al contrato, siendo el precio del mismo [...] estas cláusulas de limitación de intereses son elementos configuradores del precio del producto contratado, estableciendo el mínimo que el cliente habrá de pagar como intereses del préstamo, y el máximo que abonará [...] estas cláusulas no son de carácter accesorio [...] como uno de los factores de determinación del precio del contrato (junto con el interés referencial y el interés diferencial), precisamente el que determina el mínimo que habrá de pagar el prestatario, forman parte integrante de uno de los elementos esenciales del mismo. Como tal es el elemento decisivo a la hora de decantar su voluntad para contratar [...] lo que verdaderamente le interesa es el objeto principal del contrato y la conveniencia de las condiciones esenciales del mismo. [...] al constituir estos pactos de limitación de intereses elementos conformadores de una de las condiciones esenciales del contrato, nada menos que de la estipulación contractual más importante para el prestatario que es el tipo de interés [...]”<sup>378</sup>

---

375 STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013, Fundamento Jurídico, Décimo Tercero, Punto cuatro.

376 STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013, Fundamento Jurídico, Décimo Quinto, Punto veinte.

377 STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013, Fundamento Jurídico, Décimo, Planteamiento Segundo sobre el control de las condiciones sobre el objeto principal del contrato.

378 STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013, Fundamento Jurídico, Décimo, Planteamiento tercero sobre el control de las condiciones sobre el objeto principal del contrato. *Vid.* STJUE Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, apdo. 40.



El TS de España determinó que las cláusulas suelo sometidas ante su consideración forman parte inescindible del precio que debe pagar el deudor hipotecario y definen el objeto principal del contrato.<sup>379</sup> El TS de España establece que las cláusulas suelo son lícitas<sup>380</sup> siempre que su transparencia<sup>381</sup> permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el reparto real de los riesgos de la variabilidad de las tasas de interés. Y para ello, es necesario que el consumidor esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia de tal forma que el consumidor quede informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo en donde probablemente las bajadas del tipo de interés pactado no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.<sup>382</sup>

Además, la Sentencia de 9 de mayo de 2013 (STS 241/2013) determinó que la información presentada al consumidor debe ser clara y comprensible, y para ello utilizó como fundamento la Sentencia RWE Vertrieb AG emitida por el TJUE, el 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11. La Sentencia RWE Vertrieb AG trata de una cláusula que permitía al profesional modificar unilateralmente el costo del servicio contratado y destacó que el contrato debía exponer de manera transparente “[...] de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste [...].”

El TS de España ordenó el cese del uso de las cláusulas suelo y las eliminó por abusivas. Sin embargo, dicha condena no se basó en la ilicitud intrínseca de la cláusula suelo sino en la falta de transparencia y dicha falta no se deriva de su oscuridad interna sino de la insuficiencia de la información.<sup>383</sup> La nulidad de la cláusula suelo no comporta la nulidad

---

379 STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013, Fundamento Jurídico, Décimo, Planteamiento 13 y 14 sobre el control de las condiciones sobre el objeto principal del contrato.

380 VENDRELL CERVANTES, CARLES, Jurisprudencia europea y española sobre protección del consumidor hipotecario: hitos, lecciones prácticas y cuestiones pendientes, Presente y Futuro del Mercado Hipotecario Español: Un Análisis Económico y Jurídico, Aranzadi (2018) p. 400 *op. cit.* “STS de 9 de marzo de 2017 (RJ 2017/977) en ella el TS también en una acción individual de nulidad, declara la plena validez de una cláusula suelo, entre otras razones, porque la cláusula aparecía resaltada “en negrilla” no aparecía enmascarada entre otras cláusulas y por la importancia del papel del notario en la contratación y formalización del préstamo.”

381 ORDÁS ALONSO, MARTA, La fase precontractual en la contratación del crédito inmobiliario, Vivienda e Hipoteca, DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS (coord.), Ed. Tecnos (2018), p. 25, *op. cit.* nota 3. “La transparencia se ha dicho que es el presupuesto de un consentimiento libre y reflexivo y, al fin, la garantía de la mejor calidad en la contratación. Ello se ha traducido en una regulación rigurosa tendente a evitar abusos y desequilibrios por encima de lo tolerable en un mercado que ha de ser transparente y en un movimiento de control normativo de las condiciones de los contratos.”

382 STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013, Fundamento Jurídico, Décimo Quinto, Punto doce.

383 STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013, apartado 225.

del contrato porque la declaración de nulidad de la cláusula suelo no supone la imposibilidad de la subsistencia del contrato.<sup>384</sup>

La Sentencia de 9 de mayo de 2013 (STS 241/2013) rompe con la tesis mantenida por la doctrina científica, según la cual los aspectos básicos del negocio (precio y contraprestación) son siempre objeto de negociación, y lo hace refiriéndose a las condiciones generales, que por definición son cláusulas no negociadas y en el apartado 144 de la sentencia se establece que:

“El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación.”

La Sentencia de 9 de mayo de 2013 (STS 241/2013) señala, como regla general, que la cláusula definitoria del objeto principal no es susceptible de examen de abusividad, y a su vez, la sentencia es crítica sobre las consecuencias de la falta de transparencia sustancial.<sup>385</sup> Conforme a lo anterior, la Sentencia de 9 de mayo de 2013 (STS 241/2013) en sus apartados 296 y 225 establece la prohibición de incluir una cláusula techo y suelo basado en lo siguiente:<sup>386</sup>

- a. La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero.
- b. La falta de información suficiente sobre un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- c. La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.
- d. Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre las que quedan enmascaradas y diluyen la atención del consumidor.
- e. La ausencia de simulaciones de escenarios relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en fase precontractual.
- f. La inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

---

384 STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013, Fundamento Jurídico, Décimo Sexto, Punto doce.

385 DOMÍNGUEZ ROMERO, JAVIER, *op. cit.* pp. 186-187.

386 STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013, Fundamento Jurídico, Décimo Octavo, Punto dos.

Además, la Sentencia de 9 de mayo de 2013 (STS 241/2013) sorprendentemente deja sin posibilidad de aplicación la regla general en orden a la consideración de la eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad utilizando el consabido fundamento del principio de la seguridad jurídica (art. 9.3 de la CE). El TS de España declaró que la retroactividad de la resolución implicaría la generación de destacadas repercusiones en el orden público económico y concluyó que la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia no determina la devolución de los importes indebidamente cobrados. Los fundamentos para la limitación del efecto retroactivo fueron los siguientes:

- a. Las cláusulas suelo son lícitas.
- b. Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas, a cuyo respecto el IBE [Informe del Banco de España] señala como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos que son independientes del precio del dinero.
- c. No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes, en apoyo de lo cual el IBE [Informe del Banco de España] señala que la cobertura de riesgo de tipos de intereses en España es casi el 97% de los préstamos concedidos para la adquisición de una vivienda y dichos préstamos con garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable.
- d. La utilización de la cláusula suelo ha sido tolerada por el mercado durante largo tiempo, señalando al respecto el IBE [Informe del Banco de España] que en los años anteriores a 2004 alcanzaba casi al 30% de la cartera de préstamos hipotecarios.
- e. La condena a cesar el uso de la cláusula y a eliminarla por abusiva no se fundamenta en la ilicitud intrínseca de sus efectos – en cuyo caso procedería su declaración de nulidad – sino en la falta de transparencia.
- f. La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna sino de la insuficiencia de la información en los términos señalados en el apartado 225 de la Sentencia de 9 mayo de 2013 (RJ 241/2013).
- g. No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.

- h. El propósito de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE [Informe del Banco de España], a la circunstancia de mantener un rendimiento mínimo de los activos [los préstamos hipotecarios titulizados] que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y el mantenimiento de los préstamos hipotecarios concedidos.
- i. La cláusula se calculaba para que no implicase cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.
- j. La retroactividad de la Sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia en apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas suelo.<sup>387</sup>

En su análisis el TS de España determinó que en base al art. 80.1 de TRLCU388 que:

“[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: (a) concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...], (b) accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.”

Posteriormente, el TS de España emite el Auto Aclaratorio 485/2012, de 3 de junio de 2013, sobre la Sentencia de 9 de mayo de 2013 (STS 241/2013) mediante el cual enumeró las circunstancias que constituyen parámetros que deben considerarse para formar el juicio de valor de las cláusulas suelo. El Auto Aclaratorio declaró que el principio de transparencia se define por su resultado, este es, el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente. El TS de España señaló que lo importante es que el consumidor este suficientemente informado y para ello es necesario comprobar:

---

387 CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN, Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo... *op. cit.* p. 219-220.

388 BOE Núm. 287, de 30/11/2007. Real Decreto Ley 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. (TRLGDCU)

- a. La información que verbalmente o por escrito se hubiere facilitado al consumidor al acudir a la entidad a solicitar el préstamo.
- b. Verificar la previa entrega y devolución firmada de la oferta vinculante.
- c. Verificar la existencia de otras declaraciones recogidas en el contrato y las advertencias específicas sobre dicha cláusula.

Estas exigencias son parámetros meramente orientativos sin que el cumplimiento de alguno de ellos determine que la cláusula en cuestión es válida.<sup>389</sup> El deudor debe conocer mediante una definición clara su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos del contrato celebrado como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución y su posterior desarrollo.<sup>390</sup>

En los contratos de hipoteca analizados en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 (STS 241/2013) la oferta sobre el interés variable no incluía información adecuada, su ubicación no permitía percatarse de su importancia, y se veía engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios del contrato que dificultaban la comparación de la oferta. El diferencial del tipo de referencia era susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor.<sup>391</sup> A través de la Sentencia de 9 de mayo de 2013 (STS 241/2013) el TS de España determinó que para que un consumidor hubiera podido tomar su decisión con pleno conocimiento, además de conocer cuál sería el efecto de la activación de la cláusula suelo sobre su cuota mensual, éste tenía que conocer cuál sería la cuota mínima que en cualquier caso tendría que pagar a pesar de que el EURIBOR descendiese por debajo del umbral en el cual se activa el límite mínimo o suelo. De ahí que entre los parámetros a valorar cuando una cláusula suelo supera el control de transparencia se exige el deber de proporcionarle a los consumidores “simulaciones de escenarios diversos relacionados con el escenario razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar” e información sobre “el costo comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad” o sobre “el comportamiento previsible del índice de referencia a corto plazo.”<sup>392</sup>

---

389 MÚRTULA LAFUENTE, VIRGINIA, *op. cit.* p. 468.

390 STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013, Fundamento Jurídico, Décimo Segundo, Planteamiento Noveno, sobre el control de las condiciones del objeto principal del contrato.

391 STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013, Fundamento Jurídico, Décimo Tercero, Punto Quinto.

392 PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, FRANCISCO, Transparencia material y transparencia documental en los contratos de préstamo hipotecario, *Los Contratos de Crédito Inmobiliario*, Aranzadi (2017) p. 405 *op. cit.* nota 20: “Así por ejemplo, se ha considerado que no hay error excusable cuando el prestatario es abogado especializado en

La Sentencia de 9 de mayo de 2013 (STS 241/2013) limitó temporalmente las consecuencias restitutorias de la nulidad de las cláusulas suelo, de manera que las entidades demandadas no tenían que devolver las cantidades cobradas en exceso con anterioridad a la fecha de publicación de la sentencia y fundamentó su decisión en lo resuelto en la Sentencia RWE Vertrieb, *supra*. El TS de España determinó con la declaración de irretroactividad que no se afectarán las resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados a la fecha de publicación de la sentencia (apartado. 294).<sup>393</sup> Esta limitación se apoya en tres consideraciones:

- a. El hecho de que las cláusulas suelo no eran ilícitas con carácter general, sino que su abusividad se derivaba de la falta de transparencia material.
- b. Las entidades demandadas habían actuado de buena fe al incorporar las cláusulas suelo según las prescripciones de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia bancaria.
- c. El grave trastorno al orden público que causaría la restitución total de cantidades derivadas de la nulidad radical.<sup>394</sup>

Luego el TS de España dictó la Sentencia de 8 de septiembre de 2014 (STS 464/2014) en donde vuelve a declarar la nulidad de determinadas cláusulas suelo, en esta ocasión en el ejercicio de una acción de nulidad individual y no en el marco de una acción de cesación. El procedimiento que originó la Sentencia de 8 de septiembre de 2014 (STS 464/2014) se inició por una demanda en la que se acumularon ocho acciones solicitando la nulidad individual de la cláusula suelo insertada en los contratos de préstamos con garantía hipotecaria. El TS de España determinó que excluido el carácter negociado de la cláusula suelo el análisis se dirige a valorar si conforme a la naturaleza y caracterización, y realizado del control de transparencia, el prestamista cumplió con el deber especial de comprensibilidad real de dicha cláusula en el curso de la oferta comercial. El TS de España determinó que el alcance de las

---

derecho bancario, STS 30 junio 2015, cuando es diplomado en ciencias empresariales, profesor en una escuela de negocios y ha ocupado cargos de dirección empresarial, SAP Madrid (Sección 10ª) 11 de mayo de 2015 (RJ 2015/149965), cuando es un empleado en un Registro de la Propiedad, que demuestra en sus conversaciones previas tener avanzados conocimientos financieros, SAP Madrid (Sección 10ª) 5 febrero 2015 (RJ 2015/698) o lo que resulta más discutible, en el caso de ser los prestatarios licenciados en arquitectura y en traducción e interpretación, SAP Sevilla (Sección 5ª) 31 marzo 2016 (RJ 2016/197724) y si se apreció error excusable por ejemplo en el caso en que los prestatarios eran profesores de secundaria sin conocimientos financieros especiales, SAP Burgos (Sección 3ª) 5 abril 2016 (RJ 2016/107147).”

<sup>393</sup> DOMÍNGUEZ ROMERO, JAVIER, *op. cit.* pp. 246-247.

<sup>394</sup> STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013, Fundamento Jurídico, Décimo Séptimo, Punto 19k.

cláusulas suelo no formaba parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, sino que la cláusula suelo no estaba destacada y diferenciada de forma específica, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios concedidos. El TS de España determinó que la cláusula suelo, referida a un “tipo mínimo anual,” quedaba encuadrada en el apartado rubricado con referencia excluida al “tipo de interés variable” (condición 3 bis de la oferta), sin mayor precisión y comprensibilidad de su alcance o relevancia y en un contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias, ausente de simulaciones de escenarios relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación. El TS de España indicó que todos los criterios mencionados en la de Sentencia de 8 de septiembre de 2014 (STS 464/2014) ya habían sido considerados en el caso que dio lugar a la Sentencia de 9 de mayo de 2013 (STS 241/2013). No obstante, la Sentencia de 8 de septiembre de 2014 (STS 464/2014) ofreció al profesional unas pautas concretas para verificar el control de transparencia, pero no se pronunció sobre el régimen de ineficacia de la declaración de nulidad acordada, en particular, sobre el posible efecto devolutivo de las cantidades cobradas en exceso en aplicación de la cláusula suelo.<sup>395</sup>

En España continuaban las controversias sobre los efectos de la aplicación e interpretación de las cláusulas suelo incluidas en los préstamos hipotecarios. Y en este punto llegamos a la Sentencia de 24 de marzo de 2015 (STS 138/2015) en donde el TS de España atendió el asunto de una demanda presentada por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC CONSUMO) contra Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba, Caja Sur (sucedida después por BBK Bank Cajasur, S.A.). En esta sentencia se discutió una acción colectiva de cesación y se solicitaba la declaración de nulidad de unas cláusulas suelo recogidas en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable celebrados con consumidores. En este caso se argumentó que el TS de España estaba realizando “una labor de creación judicial del Derecho,” contraria a ordenamiento español al declarar que las cláusulas sobre elementos esenciales del contrato podían ser enjuiciadas a través de un control de transparencia. El TS de España rechazó tajantemente dicho motivo de oposición e indicó que no se extralimitaba en sus funciones ya que se había ceñido a interpretar la normativa interna a la luz de la letra y finalidad de la Directiva 93/13/CEE y en línea con la jurisprudencia del TJUE que ya había dictado varias sentencias en las que fijaba con claridad el alcance del control de transparencia que emana de los arts. 4.2 y 5 de dicha Directiva

---

395 CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN, Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo... *op. cit.* pp. 222-223.

93/13/CEE. Para ello, el TS de España estableció un doble control de transparencia sobre las cláusulas suelo, a saber:

“que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible, no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (...). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio.”

En fin, en la Sentencia de 24 de marzo de 2015 (STS 138/2015) el TS de España consideró que la infracción de las cláusulas suelo consiste en que impide al consumidor tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juegan o pueden jugar en la economía del contrato dicha cláusula suelo, y cómo afecta directamente dicha cláusula al equilibrio subjetivo entre precio y prestación.<sup>396</sup> Conforme al art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, el TS de España indica que:

“Las cláusulas suelo, que son perfectamente lícitas, deberían hacer gala de una transparencia que permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos.”<sup>397</sup>

Así las cosas, el TS de España dicta otra sentencia sobre cláusulas suelo, esta vez la Sentencia de 8 de junio de 2017 (STS 367/2017) en donde expresó que ni la intervención notarial ni la utilización de negrilla en algunos pasajes de la cláusula documentada en la

---

<sup>396</sup> *Vid.* AAP Madrid, Secc. 13a del 18 de septiembre de 2015 (JUR 2016, 166942), que resolvió un recurso de apelación en el que se declaró nula la cláusula del préstamo hipotecario, por tratarse de una “cláusula suelo encubierta.”

<sup>397</sup> *Vid.* STJUE Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid emitida por el TJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, cuyo objetivo era la interpretación de los arts. 4.2 y 8 de la Directiva 93/13/CEE. *Vid.* las sentencias sobre la construcción del control de transparencia: STS 1 de julio de 2010, sentencias sobre cláusulas de redondeo: SSTS 4 de noviembre de 2010 (FJ 4), 29 de diciembre de 2010 (FJ 5) y 2 de marzo de 2011 (FJ 3). *Vid.* STS 628/2015, de 25 de noviembre de 2015, sobre nulidad de un crédito usurario en tarjeta de crédito (*revolving*). El TS de España anuló el crédito de un banco a un consumidor por considerarlo “usurero” al tener un interés superior al 24,6 por ciento. El TS de España expresa que el interés fijado era de más del doble del interés medio de los créditos cuando se firmó el contrato y, por tanto, lo califica como notablemente superior al normal del dinero, y además, manifiestamente desproporcionado a las circunstancias del caso. El TS de España, no considera justificado un interés tan excesivo por el hecho de que haya un riesgo derivado del alto nivel de impagos en este tipo de operaciones, concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario. *Vid.* MÚRTULA LAFUENTE, VIRGINIA, *op. cit.* p. 492.



escritura pública bastan per se para sustituir la necesaria información precontractual, sino que a lo sumo servirían cuando dicha información se facilite, para completar la recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo. (Fundamento Jurídico Sexto) Además, tampoco basta que el consumidor tenga una cierta formación, incluso relacionada con el mundo del Derecho o la empresa, para considerarlo un cliente experto con conocimientos suficientes para detectar una cláusula suelo y ser consciente de sus efectos pese a la falta de información provista por el banco predisponente.<sup>398</sup>

Ahora bien, las consecuencias de la declaración de la nulidad de las cláusulas suelo en cuanto a su posible y limitada retroactividad y devolución de las cantidades cobradas en exceso fue pronunciada por el TS de España en su Sentencia de 25 de marzo de 2015 (STS 139/2015) la cual establece en el fallo número 4 lo siguiente:

“4. Se fija como doctrina: “Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013.”

El TS de España determinó que la retroactividad de los efectos de la cláusula suelo tendrá efecto a partir del 9 de mayo de 2013, con lo cual los bancos que fueron condenados a reintegrar las cantidades cobradas por cláusulas suelo declaradas abusivas, deberán devolver las cantidades cobradas en exceso solo a partir de esa fecha y no antes. Sin embargo, esta determinación de no retroactividad en el pago de las cantidades cobradas en exceso fue revocada por el TJUE mediante la Sentencia Gutiérrez Naranjo, de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, que consideró que el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del art. 3,

---

398 DOMÍNGUEZ ROMERO, JAVIER, *op. cit.* pp. 426-428. Este autor indica que: “La Sentencia de 9 de marzo de 2017 (STS 171/2017) desestimó un recurso de casación interpuesto por dos consumidores que solicitaban la nulidad de una cláusula suelo insertada en los préstamos hipotecarios de Caja Rural de Teruel. Y al respecto, en el Fundamento Jurídico segundo, el TS de España señaló que en una acción individual el juicio sobre transparencia no tiene por qué atender solo al documento en el cual esta inserta la cláusula o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que puede tenerse en consideración otros medios, como la labor del notario autorizante de la operación de préstamo hipotecario o que la cláusula aparezca resaltada, medios a través de los cuales se pudo acabar de cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que éste estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba.”

apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE.<sup>399</sup> En la Sentencia Gutiérrez Naranjo se concluye que el consumidor adherente de una cláusula suelo abusiva tiene derecho a la restitución de todos los importes indebidamente pagados con dos únicas excepciones: (a) la existencia de sentencias firmes con fuerza de cosa juzgada que hubiesen declarado la irretroactividad de la declaración de nulidad y (b) el régimen de prescripción de acciones previsto en el Derecho nacional.<sup>400</sup>

Por lo que, en atención a la Sentencia Gutiérrez Naranjo, el Pleno del TS de España dictó la Sentencia de 24 de febrero de 2017 (STS 123/2017) mediante la cual acordó la retroactividad total de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo y el alcance restitutorio incluye el pago total de los intereses devengados (conforme establece el art. 1.303 CC de España).<sup>401</sup> Y para atender las consecuencias que conllevaba la restitución a los consumidores de todos los intereses cobrados en exceso, el Gobierno de España aprobó el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo. Esta ley tiene un conjunto de medidas extrajudiciales con el objetivo de facilitar la devolución de las cantidades indebidamente cobradas a los consumidores por las entidades de crédito. Entre ellas, admite la posibilidad de que la entidad de crédito y el consumidor alcancen un acuerdo sobre la cantidad que deba ser restituida por haberse aplicado indebidamente una cláusula suelo (art. 3.3). El Real Decreto Ley 1/2017, de 20 enero, es un mecanismo extrajudicial creado por el Gobierno de España ante el previsible aumento de litigios tras la Sentencia Gutiérrez Naranjo. Por su parte, en cuanto a las costas de los procedimientos no fue hasta la Sentencia de 4 de julio de 2017 (STS 2501/2017) cuando el TS de España adoptó un criterio uniforme sobre costas en los recursos pendientes sobre cláusulas suelo, sentándose como regla general, la imposición de costas a la entidad crediticia condenada, en atención a dos principios: (1) el de no vinculación del consumidor a tales cláusulas y (2) el de efectividad del Derecho de la Unión.

Así las cosas, una de las últimas sentencias dictadas por el TS de España en relación con las cláusulas suelo es la STS (Pleno) de 11 de abril de 2018 (RJ 2018, 1668) que ha dado validez al acuerdo extrajudicial entre el cliente y la entidad bancaria que tras la Sentencia de 9 de mayo de 2013 (STS 241/2013) habían modificado los suelos acordados inicialmente por otros más bajos.

---

399 SSTS de 30 de enero de 2018 (RJ 2018, 283) y 26 de abril de 2018 (RJ 2018, 1789).

400 VENDRELL CERVANTES, CARLES, *op. cit.* pp. 396, 454-455.

401 MÚRTULA LAFUENTE, VIRGINIA, *op. cit.* p. 469. *Vid.* VENDRELL CERVANTES, CARLES, *op. cit.* p. 391-392.

En definitiva, las cláusulas suelo (o sea las cláusulas limitativas sobre la variabilidad de los intereses) son lícitas y, por tanto, no abusivas en sí mismas ya que corresponde al prestamista fijar el interés al que presta el dinero. Un contrato de préstamo hipotecario que incluya una cláusula techo y suelo en la partida de intereses debe ser adecuadamente explicada al consumidor antes de que éste pacte un contrato con estos términos. Lo anterior porque la aplicación de la cláusula suelo incide directamente en el costo final del préstamo.

El problema de las cláusulas suelo, según se desprende de las sentencias dictadas por el TS de España, radica en el conocimiento real por parte del consumidor de la existencia y funcionamiento de esta cláusula de manera que se evite la sorpresa, y a la vez, se pueda valorar cómo dicha cláusula puede afectar el costo del crédito junto con las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de la cláusula. Se han realizado severas críticas a la Sentencia de 9 de mayo de 2013 (STS 241/2013) tales como: (a) los intensos niveles de información que impone esta sentencia, como exigencia ineludible, ya que los mismos no encuentran apoyo en normas de Derecho positivo, (b) la sentencia no establece con claridad un criterio de diferenciación entre aquellas cláusulas relativas al objeto principal del contrato y las que no lo son, (c) la ausencia de una conexión adecuada entre la falta de transparencia y el carácter abusivo de la cláusula y (d) respecto al fundamento de la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.<sup>402</sup> Este último es el efecto más trascendente en perjuicio del consumidor, y contrario a lo que se esperaba, produce un beneficio a las entidades bancarias españolas que actuaron de manera incorrecta según la propia estimación del TS de España.<sup>403</sup> Como se deduce de las sentencias antes mencionadas en España hubo prácticas irresponsables mediante la utilización de cláusulas suelo en la concesión de préstamos hipotecarios otorgados antes de la crisis económica de 2008.

#### **4.1.2 Cláusula IRPH**

El Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH) es otro índice oficial de tipos de interés utilizado en España para los préstamos hipotecarios con tasa de interés variable. Este índice se establece tomando en consideración la media de determinados préstamos hipotecarios, inicialmente los denominados IRPH-Bancos e IPRH-Cajas y posteriormente el IPRH-Entidades. El IRPH es un tipo cuya referencia está atada a las

---

402 CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN, Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado... *op cit.* p. 217.

403 *Ibid.* p. 217-218.

operaciones hipotecarias que realizan las entidades de crédito y ha sido significativamente más alto que el EURIBOR desde el año 2008 debido a que se le suele añadir un diferencial más elevado y este diferencial es un componente fundamental para la tasa de interés aplicable.

En atención a la cláusula IRPH el TS de España dictó la Sentencia de 14 de diciembre de 2017 (STS 669/2017) en la cual determinó que una cláusula contractual por la que se establece el interés remuneratorio con un tipo de referencia IRPH más un margen del 0,50% no puede considerarse nula por falta de transparencia, pero respecto de la cláusula de intereses moratorios sí declaró su abusividad. La Sentencia de 14 de diciembre de 2017 (STS 669/2017) atiende un recurso de casación en el cual se abordó la abusividad de una cláusula que estaba referenciaba con el tipo de interés remuneratorio de IRPH. El TS de España determinó que la cláusula es válida y para ello estableció lo siguiente:

“Como hemos visto, el IRPH-Entidades utilizado en el contrato litigioso es un índice definido y regulado legalmente, que se incorpora a un contrato de préstamo a interés variable mediante la predisposición por la entidad financiera prestamista de una condición general de la contratación. No obstante, la parte predisponente no define contractualmente el índice de referencia, sino que se remite a uno de los índices oficiales regulados mediante disposiciones legales para este tipo de contratos. Por ello, es a la Administración Pública a quien corresponde controlar que esos índices se ajusten a la normativa, lo que hace que ese control quede fuera del ámbito de conocimiento de los tribunales del orden civil. La administración tiene mecanismos de sanción respecto de aquellas conductas de las entidades financieras que contravengan las normas sobre transparencia bancaria. En consecuencia, el índice como tal no puede ser objeto del control de transparencia desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE sobre contratos celebrados con consumidores...”

La Sentencia de 14 de diciembre de 2017 (STS 669/2017) también descarta que la calificación del índice como “elemento esencial” del contrato pueda resultar en un obstáculo para aplicar el control de transparencia conforme a lo resuelto en la STJUE Gutiérrez Naranjo de 21 de diciembre de 2016, asuntos consolidados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 y STJUE Andriuc de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16. La Sentencia de 14 de diciembre de 2017 (STS 669/2017) dictaminó que la cláusula que incluye el IRPH (Entidades y Cajas) no es abusiva y no implica falta de transparencia.<sup>404</sup>

Sin embargo, en España los datos recopilados a través de las demandas presentadas revelan que las entidades que utilizaban la cláusula IRPH no daban a sus clientes información precisa para que éstos pudieran conocer la influencia que tenía la entidad prestamista sobre la

---

404 MÚRTULA LAFUENTE, VIRGINIA, *op. cit.* p. 460.

formación del índice, no ofrecían simulaciones sobre su funcionamiento en los diversos escenarios posibles, y no se hacía una comparativa respecto a otros tipos de interés alternativos (como el EURIBOR) para que el prestatario pudiera optar por un índice distinto.<sup>405</sup> Además, los datos del Banco de España que se recogen en el informe del *Sindic de Greuges* de Catalunya indican que para un consumidor costaba entre 18.000€ a 21.000€ más por hipoteca cuando indexaba su préstamo hipotecario con el IRPH en comparación con otro índice para tipos de interés variable como el EURIBOR.

La Sentencia de 14 de diciembre de 2017 (STS 669/2017) unido a los datos aquí mencionados provocaron que el 16 de febrero de 2018, el Juzgado de Primera Instancia Núm. 38 de Barcelona (JUR 2018, 50716) presentará una cuestión prejudicial ante el TJUE a través del caso *Gómez del Moral Guasch v. Bankia, S. A.* El Auto elevado presentó ante el TJUE si el contenido y alcance del control de transparencia del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE respecto de las cláusulas de IRPH y el criterio del TS de España plasmado en la Sentencia de 14 de diciembre de 2017 (STS 669/2017) sobre este índice, es conforme al derecho de la Unión Europea.<sup>406</sup>

Para explicar la STJUE *Gómez del Moral Guasch v. Bankia, S. A.* del 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18, brevemente exponemos que los hechos relatan que, el 19 de julio de 2001, el Sr. Gómez del Moral Guasch suscribió con Bankia un contrato de préstamo hipotecario por un importe de 132.222,66€ para financiar la adquisición de una vivienda. La cláusula tercera *bis* del contrato titulada “Tipo de interés variable” disponía que el tipo de interés que debe pagar el consumidor variaba en función del IRPH de las cajas de ahorros. El Sr. Gómez del Moral Guasch presentó una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia Núm. 38 de Barcelona solicitando la declaración de nulidad de la citada cláusula por ser abusiva. El juzgado remitente expuso ante el TJUE que, como referencia para la revisión de los intereses variables de los préstamos hipotecarios, el IRPH de las cajas de ahorros es menos ventajoso que el tipo medio del mercado interbancario europeo, como por ejemplo el EURIBOR, e indicó que el EURIBOR se utiliza en el 90% de los préstamos hipotecarios suscritos en España. El juzgado remitente preguntó al TJUE si debía informarse al consumidor sobre el método del cálculo del índice de referencia y su evolución en el pasado para que el consumidor pueda valorar la carga económica del préstamo contratado y solicitó que se dilucide si en el caso de que la cláusula IRPH no es conforme con el Derecho de la

---

405 MÚRTULA LAFUENTE, VIRGINIA, *op. cit.* p. 459.

406 VENDRELL CERVANTES, CARLES, *op. cit.* p. 407.

Unión, que la misma se sustituya por el EURIBOR o si la devolución del capital prestado sin el abono de intereses sería conforme con la Directiva 93/13/CEE.

El TJUE expresó, según observó el Abogado General Maciej Szpunar en los puntos 106 a 109 de sus conclusiones, que la jurisprudencia del TJUE relativa a la exigencia de transparencia tiene una importancia fundamental para que el consumidor disponga, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de la celebración del contrato, y en función, principalmente, de esa información el consumidor decida si desea quedar vinculado contractualmente a las condiciones redactadas de antemano por el profesional.<sup>407</sup> En lo que se refiere a una cláusula que estipule la retribución del préstamo hipotecario mediante el computo de intereses a un tipo variable, la exigencia de la Directiva 93/13/CEE se ha de entender como la obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino también en que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto de la forma del cálculo de dicho tipo de interés y de valorar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas potencialmente significativas de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras.<sup>408</sup> El TJUE determinó que en lo que respecta a la cláusula IRPH que incluye una referencia a un tipo de interés variable cuyo valor exacto no puede determinarse en un contrato de préstamo durante para toda la vigencia del contrato, procede hacer constar los elementos principales relacionados con el cálculo del IRPH de las cajas de ahorros y que dichos elementos resultan fácilmente asequibles para cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario con este índice porque sus datos figuran en la Circular 8/1990 publicada por el Boletín Oficial del Estado. El TJUE establece que esta circunstancia permite a un consumidor comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de una vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades y que en el contrato de préstamo hipotecario ese índice se redondeaba por exceso un cuarto de punto porcentual, incrementado en 0,25 %. Por tanto, la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que no se

---

407 *Vid.* STJUE RWE Vertrieb, de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, apartado 44; STJUE Kásler y Káslerné Rábai, de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, apartado 70; STJUE Gutiérrez Naranjo y otros, de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, apartado 50 y STJUE Andriuc y otros, de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, apartado 48.

408 *Vid.* STJUE Kásler y Káslerné Rábai, de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, apdo. 75 y STJUE Andriuc y otros, de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, apartado 51.

oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario por las partes del contrato, siempre que el préstamo hipotecario no pueda subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva.

La Sentencia Gómez del Moral Guasch del TJUE solo establece que los jueces españoles pueden evaluar, caso a caso, si el uso del IRPH en la hipoteca es abusivo o no, e introduce la posibilidad de que ese índice sea sustituido con otro.

La cláusula IRPH confirma, nuevamente, el uso prácticas abusivas en la comercialización de préstamos hipotecarios en España. Aunque la normativa española incluye información sobre la formación del IRPH, los consumidores españoles se encuentran, prácticamente, con las mismas circunstancias y con los mismos efectos de la Sentencia de 9 de mayo de 2013 (STS 241/2013) sobre cláusulas suelo, en términos de la falta de transparencia por insuficiencia de la información de los préstamos hipotecarios concedidos antes de la crisis económica de 2008. Estos préstamos, en su mayoría, continúan vigentes y obligan a los consumidores con todos su bienes presentes y futuros.

#### **4.1.3 Préstamos en moneda extranjera**

Este tipo de préstamo hipotecario también se le conoce como préstamos hipotecarios multidivisa y a pesar de ser un contrato complejo y altamente estructurado su uso en España se multiplicó debido a la comercialización que llevaron a cabo los bancos y las entidades de crédito. Un préstamo hipotecario en moneda extranjera puede incluir una cláusula de permuta financiera de tipos de interés y la permuta financiera comúnmente se conoce como *swap*.<sup>409</sup> En un préstamo hipotecario con cláusula *swap* una parte asume los riesgos de la otra parte o asume los riesgos de otra prestación. Una cláusula multidivisa o en moneda extranjera forma parte del objeto principal del préstamo hipotecario debido a que este tipo de cláusula determina el pago en la divisa extranjera que hará el consumidor en las distintas mensualidades que conforman el préstamo hipotecario. Por ejemplo, un préstamo hipotecario que incluya una cláusula de permuta financiera de tipos de interés con índice EURIBOR, la

---

409 NASARRE AZNAR, SERGIO, Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria, Rev. Crit. Der. Inmobiliario, Núm. 727, septiembre (2011), pp. 2665-2737. Según el Anexo II del “Contrato Marco de Operaciones Financieras 2009,” de la Asociación Española de Banca, “permuta financiera de tipos de interés” es aquella Operación por la cual las Partes acuerdan intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar un Tipo fijo y un Tipo variable sobre un Importe Nominal y durante un Periodo de Duración acordado.

contraparte en el *swap* (entidad de crédito) recibirá del prestatario (consumidor) la diferencia entre el valor de referencia pactado y el valor inferior a este en cada momento, si el EURIBOR supera un determinado valor pactado el banco satisface al deudor la diferencia, pero si baja será el deudor quien satisfaga al banco la diferencia.

Luego de iniciada la crisis financiera de 2007, en el periodo de marzo de 2007 a octubre de 2008, hubo un alza del EURIBOR y en 2009 ocurrió una prominente caída del EURIBOR que ocasionó que quienes se beneficiaron de este tipo de cláusula de permuta financiera fueron las entidades de crédito debido a que los deudores continuaron pagando las mensualidades de su préstamo hipotecario a unas tasas o tipos de interés más altos en base al diferencial pactado en la permuta financiera o *swap*. Aunque este tipo de préstamo hipotecario es excesivamente oneroso, este tipo de cláusula al igual que cláusulas techo y suelo que comentamos antes fue otra de las tendencias en España durante los años del “*boom inmobiliario*.”

Algunos de los problemas observados en los préstamos hipotecarios con cláusula de permuta financiera o cláusula multidivisa se derivan de los créditos suscritos en moneda extranjera ya que estos préstamos hipotecarios se concedieron en base al ofrecimiento de un tipo de interés ventajoso sin que se le proveyera a los consumidores una información adecuada sobre el riesgo en el tipo de cambio de divisa o moneda extranjera.<sup>410</sup>

Ahora bien, el carácter abusivo de una cláusula no transparente, como por ejemplo, el préstamo en divisa extranjera implica un mayor riesgo para el consumidor, pero este mayor riesgo no se traduce necesariamente en una mayor pérdida ya que si la divisa extranjera en la que está referenciado el préstamo devalúa el consumidor se beneficia. Por tanto, no puede concluirse que la hipoteca multidivisa sea intrínsecamente buena o mala, el problema que plantea este tipo de préstamo es que existe una asimetría en la información. Y dicha asimetría debe atenderse, como indica el TJUE, en el momento de celebración del contrato junto con el conjunto de circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento que podían influir en la ejecución del contrato. En los préstamos multidivisa ocurre que cuando la divisa extranjera se fortalece, el consumidor desconoce la mecánica del contrato por falta de transparencia, con lo cual dicho desconocimiento lo coloca en una situación de desventaja. Es decir, el consumidor desconoce la carga económica del contrato. La controversia con los préstamos en multidivisa se sitúa en que es el profesional quien asigna el riesgo sobre el tipo de interés en base a su experiencia y conocimientos, y con el beneficio de su conocimiento

---

410 MUÑIZ ESPADA, ESTHER, La política de la UE en materia de crédito inmobiliario, Los Contratos de Crédito Inmobiliario, Aranzadi (2017) nota 61, p. 98.



especializado obtiene una ventaja en perjuicio del consumidor, lo que es contrario a la buena fe.<sup>411</sup>

## 4.2 La abusividad de las cláusulas

### 4.2.1 Cláusula de intereses moratorios

Para analizar el tema de los intereses moratorios es importante hacer una distinción entre los intereses remuneratorios u ordinarios de los intereses moratorios ya que estos últimos no se derivan directamente del contrato de préstamo sino de la conducta posterior del deudor cuando incurre en mora.<sup>412</sup> Como se sabe los intereses son el precio del dinero prestado y la fijación del precio del dinero se funde con la fluctuación del valor de este. Es decir, en la fijación del precio concurre el factor riesgo propio de los negocios onerosos que será mayor o menor en función del plazo establecido para la restitución.<sup>413</sup> El tipo de interés se verá afectado por el riesgo de forma que cuanto mayor sea el riesgo mayor deberá ser la recompensa.

Una deuda por concepto de intereses remuneratorios es cierta y determinada tanto en lo que se refiere a la existencia de esta como en cuanto a su cuantía.<sup>414</sup> Los intereses remuneratorios son parte de la deuda pactada en el préstamo.

Por su parte, los intereses moratorios presentan especialidades frente a los remuneratorios. Los intereses moratorios sólo quedan garantizados si se pacta expresamente en el contrato de préstamo y en lo que concierne al tema de estudio en la escritura de hipoteca.<sup>415</sup> Esto se debe a que la cuantía de los intereses moratorios es indeterminada al

---

411 MARTÍNEZ ESCRIBANO, CELIA, Préstamos Inmobiliarios en moneda extranjera: De la jurisprudencia al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, Los contratos de crédito inmobiliarios. Algunas soluciones legales, SÁNCHEZ LERÍA, REYES y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, LUCÍA (coords.), Ed, Reus (2018), p. 143.

412 MÚRTULA LAFUENTE, VIRGINIA, *op. cit.* p. 484-486. *Vid.* STJUE Banco Primus, de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14. Además, en lo que se refiere al cálculo de la TAE la Directiva 2014/17/UE indica claramente en su anexo I que los intervalos para su cálculo deberán expresarse en años o en fracciones de año y un año tiene 365 días (en el caso de los bisiestos, 366) y, por tanto, podría ser expulsada de cualquier contrato con condiciones generales. (art. 8.1 LCGC). *Vid.* Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España correspondiente al año 2009, p. 108. *Cfr.* <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/09/Fich/MSR2009.pdf> (consulta 26 de febrero de 2021)

413 YSÁS SOLANES, MARÍA, Algunas consideraciones en torno al contrato de mutuo con interés, *Rev. Crit. Der. Inmobiliario* – Núm. 618, septiembre - octubre (1993), pp. 1365-1390.

414 MONSERRAT VALERO, ANTONIO, Los intereses garantizados por la hipoteca, *An. Der. Civ.*, Núm. LII-1, enero 1999, p. 13-100.

415 *Ibid.* Entendemos que el término de cinco (5) años establecido en el art. 114 de la LH de España (igual al art. 66 de la LH de Puerto Rico) no es un término prescriptivo para el cobro de los intereses, se trata de un tope

momento de constituirse la hipoteca, dicha deuda no existe y por ende no se sabe su cuantía. Una deuda por intereses moratorios sólo nacerá si el deudor se retrasa en el cumplimiento de su obligación de entregar al acreedor las sumas pactadas, bien en concepto de amortización del capital o bien en concepto de pago de los intereses remuneratorios.<sup>416</sup>

En España antes de la reforma implementada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (en adelante ley 1/2013, de 14 de mayo), el art. 114 de la LH estaba pensado para los intereses remuneratorios y no para los moratorios, por lo que los Registradores de la Propiedad inscribían la hipoteca en garantía de intereses moratorios por cuantía que sumada a la de los intereses remuneratorios resultaba superior a las cinco anualidades del art. 114 de la LH de España sobre intereses remuneratorios. Lo anterior porque se entendía que los intereses moratorios no estaban sometidos a las disposiciones del art. 114 de la LH de España debido a que los intereses moratorios no son propiamente intereses sino una indemnización por daños y perjuicios.

En España debido a la difícil situación en la cual se encontraban los consumidores a consecuencia de la crisis económica de 2008 unido al aumento en los casos de ejecución hipotecaria, los intereses moratorios se limitaron a tres veces el interés legal del dinero. (art. 114.3 LH). Esta disposición aplicaba a los préstamos hipotecarios suscritos a partir del 15 de mayo de 2013, que es la fecha de entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo. Además, de limitar el interés moratorio la redacción dada al art. 114.3 LH de España prohibía

---

máximo que operará en casos en que haya terceros. En perjuicio de terceros, no se podrán cobrar más de cinco anualidades. No obstante, la hipoteca — en ausencia de terceros, o aun habiendo terceros si se recurre a una ampliación de hipoteca — puede garantizar intereses en exceso de los correspondientes a los cinco (5) años. Además, la constitución de una hipoteca a favor de un crédito fructífero, en esencia, plantea si todos los intereses que se devenguen quedan garantizados con dicho gravamen o si, por el contrario, existe algún límite. Sobre este particular es necesario mencionar tres sistemas de garantías, a saber: (1) *garantía indefinida*, sistema en el cual la hipoteca asegura ilimitadamente todos los intereses que devengue el crédito hipotecario, (2) *garantía de tope máximo*, sistema en donde la hipoteca se extiende *ope legis* para garantizar determinada suma o montante de intereses y (3) *garantía de ampliación de hipoteca*, que es el sistema que garantiza únicamente el capital del crédito, pero no los intereses. *Vid.* ROCA SASTRE, RAMÓN M<sup>a</sup>, Derecho Hipotecario, Título VIII, Ed. Bosch (1998), pp. 77, 507, 508 en donde el jurista español ha mencionado que estos tres sistemas de garantías son los principales sistemas que sigue el derecho comparado sobre la extensión de la hipoteca a los intereses. El crédito accesorio por intereses, cualquiera que sea la cantidad a la que ascienda, es colocado bajo el mismo rango que el crédito principal. Bajo el sistema de tope máximo, el tope puede consistir en de un determinado número de anualidades de intereses o en un tanto por ciento global sobre el capital. *Vid.* GÓMEZ GALLIGO, FRANCISCO JAVIER, Artículo 104 a 130 de la Ley Hipotecaria, Tomo VII. Vol. 6to, enero 2000, <http://vlex.com/vid/230322> (consulta 1 de octubre de 2019) indica que la legislación hipotecaria española sigue los tres sistemas de garantías antes mencionados y según sea el caso entre deudor, acreedor hipotecario y tercero, la hipoteca se extenderá a todos los intereses impagados y no prescritos. En la reclamación el acreedor no deberá limitarse a la cifra de responsabilidad por intereses ya que ésta sólo opera frente a terceros poseedores y titulares de cargas o gravámenes inscritos con posterioridad.

<sup>416</sup> MONSERRAT VALERO, ANTONIO, Los intereses garantizados por la hipoteca, An. Der. Civ., Núm. LII-1, enero 1999, p. 13-100.

expresamente la capitalización de intereses en los préstamos o créditos concedidos para la adquisición de la vivienda habitual, salvo que concurra alguno de los supuestos a los que se refiere el art. 579.2 (a) de la LEC de España, redactado también conforme al art. 7 apdo. 5 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo. Lo anterior, siguiendo la doctrina jurisprudencial establecida por el TJUE en la Sentencia Aziz mediante la cual se estableció que las cláusulas de intereses moratorios son susceptibles de control de contenido por abusividad porque no definen el objeto principal del contrato ni la adecuación entre precio y prestación, sino que regulan un elemento accesorio como es la indemnización. Los intereses moratorios se colocan al margen del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y pueden ser regulados.<sup>417</sup>

La previsión del art. 114.3 LH de España que introduce la Ley 1/2013, de 14 de mayo, suponía que en ejecuciones hipotecarias en curso y despachadas por cantidad que incluyera intereses moratorios a un tipo convencional (fijado en el préstamo), debía darse traslado al ejecutante para que dicha cantidad fuera recalculada aplicando un interés de demora a partir de un tipo no superior a tres veces el interés legal del dinero. El problema surge cuando para el órgano judicial la cláusula de interés moratorio podía ser abusiva porque esa previsión legal parecía imponerle implícitamente la obligación de moderar tal cláusula, ordenando el recalcule de los intereses moratorios estipulados y manteniendo así la vigencia de una cláusula cuyo carácter abusivo fue apreciado por el juez, en vez de proceder a su erradicación como resulta del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y según la jurisprudencia del TJUE.<sup>418</sup>

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, y en concreto su Disposición Transitoria Segunda fue cuestionada y elevada ante el TJUE a través de dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia Núm. 2 de Marchena, en el marco de diversos procedimientos hipotecarios por entender que iba contra el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE al imponer al órgano jurisdiccional la obligación de moderar una cláusula de intereses moratorios abusiva y

---

417 TRUJILLO CABRERA, CARLOS, Los intereses de demora en el Proyecto de Ley Reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, Los contratos de crédito inmobiliarios. Algunas soluciones legales, SÁNCHEZ LERÍA, REYES y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, LUCÍA (coords.), Ed. Reus (2018), p. 235.

418 DOMÍNGUEZ ROMERO, JAVIER, *op. cit.* p. 465-466. En cuanto a la correcta transposición de la normativa europea realizada por España como Estado miembro de la Unión Europea véase la STJUE Banco Español de Crédito, 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, en este caso se trataba de una cláusula de intereses moratorios abusivos en un préstamo personal no hipotecario, mediante la cual se declaró que el Estado español no traspuso correctamente al Derecho interno lo dispuesto en el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, con esta sentencia fue entonces cuando se modificó del art. 83 de TRLGDCU a través de la Ley 3/2014. En relación, a esta importante sentencia *vid.* DÍAZ MARTÍNEZ, ANA, Intereses moratorios pretendidamente abusivos en contratos bancarios de préstamo. Especial referencia a la STJUE 14 de junio de 2012, Rev. Aranzadi Doctrinal Civil-Mercantil, Núm. 4 (2012), BIB 2012/1133. Además, el art. 83 de la TRLGDCU establece que: “las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.”

recalcular los intereses. La respuesta a estas dos cuestiones prejudiciales la encontramos en la Sentencia Unicaja Banco y Caizabank emitida por el TJUE el 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13.<sup>419</sup> En ella el TJUE entendió que dicha disposición no era contraria al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, siempre y cuando se interprete en el sentido de que no prejuzga la apreciación por parte del juez nacional del carácter abusivo de una cláusula de intereses de demora. De este modo, no cabe considerar que un tipo de interés moratorio inferior a tres veces el interés legal del dinero sea necesariamente equitativo en el sentido de la mencionada Directiva 93/13/CEE. (apartado 40 Sentencia Unicaja Banco y Caizabank). Sin embargo, el TJUE expresó que tampoco se debe impedir que ese mismo juez deje de aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es abusiva en el sentido del art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE. De esta manera en el supuesto de que el tipo de interés moratorio estipulado sea superior al establecido en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, tal circunstancia no es óbice para que el juez nacional, además de aplicar la medida moderadora, pueda concluir el carácter abusivo de la cláusula conforme a la Directiva 93/13/CEE y proceda a la anulación de dicha cláusula sin poder recalcular la cuantía de los intereses moratorios. (apartado 41 Sentencia Unicaja Banco y Caizabank). En esta sentencia el TJUE se inclinó a entender que el art. 114.3 de la LH de España no regula los intereses moratorios en sí, sino que meramente establece un límite al importe de los intereses moratorios exigibles en una ejecución hipotecaria.<sup>420</sup> El TJUE entiende que la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, no resulta contraria a la Directiva 93/13/CEE si se considera que siempre que la cláusula de interés moratorio resulte abusiva, el órgano jurisdiccional deberá declarar su nulidad sin que el mismo se encuentre facultado para poder recalcular la cuantía de los intereses moratorios.<sup>421</sup>

El TS de España en su jurisprudencia sobre los intereses moratorios sigue la doctrina de la Sentencia Unicaja Banco y Caizabank del TJUE y considera que se debe evitar que los

---

419 MÚRTULA LAFUENTE, VIRGINIA, *op. cit.* nota 132, p. 518. “En el asunto C-482/13 el préstamo hipotecario llevaba aparejados unos intereses moratorios calculados al tipo del 18% que podría aumentar si al incrementar en cuatro puntos el tipo de interés variable, resultara un tipo de interés superior a aquél, no pudiendo rebasarse en ningún caso el tope máximo del 25%. En los asuntos C-484/13, C-485/13 y C-487/13, los préstamos hipotecarios llevaban aparejados intereses moratorios calculados al tipo del 22,5%.”

420 *Ibid.* p. 519.

421 CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN, Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca... *op. cit.* p. 191. *Vid.* MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS, Imposibilidad de recalcular los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios, fijándolos en tres veces el interés legal del dinero, cuando la cláusula que los impone es abusiva (STJUE de 21 de enero de 2015), *Rev. CESCO Der. Del Consumo* (2015), pp. 9-11.

intereses ordinarios sean superiores a los moratorios.<sup>422</sup> Y esto parece razonable ya que los intereses moratorios deben cumplir una función de indemnización y reparación del daño causado por el incumplimiento del deudor con el pago del préstamo hipotecario.<sup>423</sup>

El TS de España partiendo de los criterios generales proporcionados por la jurisprudencia europea para determinar si una cláusula causa un desequilibrio contractual en detrimento del consumidor, analizó los porcentajes que establece la legislación española para los diversos supuestos de interés de demora e hizo un pronóstico de cuál sería el que en una negociación individual aceptaría un consumidor. En caso de préstamos personales debería consistir en la adición de un pequeño porcentaje sobre el interés remuneratorio pactado y en concreto sentó – como doctrina jurisprudencial – que en este tipo de préstamo es abusivo un interés de demora que implique un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado,<sup>424</sup> criterio que luego se extendería a los intereses moratorios de los préstamos hipotecarios.<sup>425</sup>

Así las ulteriores sentencias dictadas por el TS de España, STS 705/15 de 23 de diciembre de 2015 y STS 79/16 de 18 de febrero de 2016, referidas a préstamos hipotecarios señalaron con cita en la jurisprudencia europea que el límite cuantitativo del art. 114.3 de la LH de España no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino en fijar un criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual y no resulten inscritas en el Registro de la Propiedad.<sup>426</sup> (Fundamento Jurídico Quinto, apartado d, pto. 2 y Fundamento Jurídico Segundo, primer motivo, pto. 8, respectivamente).

---

<sup>422</sup> Esta idea también se refleja en las RRDGRN de España de 22 de julio de 2015, 7 de abril y 20 de junio de 2016, cuando se afirma que la cuantía del interés moratorio, dado su carácter indemnizatorio, debe ser siempre igual o superior a la cuantía de los intereses ordinarios.

<sup>423</sup> MÚRTULA LAFUENTE, VIRGINIA, *op. cit.* p. 527.

<sup>424</sup> DOMÍNGUEZ ROMERO, JAVIER, *op. cit.* nota 502, pp. 467-468. *Vid.* STS de 22 de abril de 2015, Fundamento Jurídico 4, punto 7, apartado 3; criterio que expresamente se reitera en STS de 7 de septiembre de 2015 FJ 5, punto 9.

<sup>425</sup> *Ibid.* nota 503, pp. 470-471.

<sup>426</sup> En el tema de los intereses moratorios hacemos referencia a la STS 265/15, de 22 de abril de 2015 sobre los préstamos personales mediante la cual el TS de España fijó una regla precisa indicando que, dos puntos sobre el interés remuneratorio indemnizarían de modo proporcionado siendo abusiva una cláusula que establezca un interés moratorio superior. En dicha sentencia el TS de España expresó que existe una correlación entre lo pactado como interés remuneratorio y lo convenido para el caso de demora. El pacto de intereses moratorios no sólo tiene como finalidad un efecto disuasorio para el deudor sino que también está previendo la remuneración misma que va a recibir el acreedor durante el período de tiempo por el que se prolongue la mora e indicó en que: “Mientras el interés ordinario retribuye la entrega del dinero prestado durante el tiempo que está a disposición del prestatario, el interés de demora supone un incremento destinado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento por el prestatario de los plazos estipulados para el pago de las cuotas de amortización del préstamo, con la función añadida de disuadir al prestatario de retrasarse en el cumplimiento de

Luego el TJUE en la Sentencia BBVA v. Quintano Ujeta, de 11 de junio de 2015, asunto C-602/13, determinó que no se admite que una vez declarada la abusividad de la cláusula de intereses moratorios sea directamente aplicable el interés previsto en el citado art. 114.3 de la LH de España. La limitación o tope que establece el art. 114.3 de la LH de España no excluye el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas de intereses moratorios que, aunque no sean contrarias al precepto porque respetan ese límite máximo del triple del interés legal del dinero, puedan implicar la “*imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones,*” lo anterior en los términos del art. 85.6 del TRLGDCU.<sup>427</sup> En la Sentencia BBVA v. Quintano Ujeta, *supra*, el TJUE reitera la imposibilidad del juez nacional de integrar, moderar o aplicar supletoriamente cualquier norma interna que vaya en contra de la Directiva 93/13/CEE, cuando se aprecia la abusividad de una cláusula de intereses moratorios, debiendo por tanto declarar la nulidad absoluta de la cláusula teniendo los intereses moratorios por no puestos.<sup>428</sup> Es más, el TJUE declara que, en la medida que la cláusula predispuesta en el contrato con el consumidor es abusiva debe declararse su nulidad absoluta con independencia de que se haya aplicado o no y establece que:

---

sus obligaciones.” Además, la STS 265/15, de 22 de abril de 2015 señaló en el Fundamento Jurídico Tercero que: “La cláusula que establece el interés de demora no define el objeto principal del contrato ni la adecuación entre el precio y la prestación, sino que regula un elemento accesorio como es la indemnización a abonar por el prestatario en caso de retraso en el pago de las cuotas y, como tal, no resulta afectada por la previsión del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, que solo prevé el control de transparencia. Es más, tanto la Directiva 93/13/CEE como la Ley, actualmente el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), prevén expresamente la abusividad de este tipo de cláusulas cuando existe una desproporción de la indemnización por incumplimiento del consumidor con el quebranto patrimonial efectivamente causado al profesional o empresario.” La STS 265/15, de 22 de abril de 2015, en el análisis de los criterios establecidos por el TJUE en orden a la apreciación por el juez nacional de la existencia de un desequilibrio importante, declara que al momento de evaluar los intereses moratorios y su cuantía se debe considerar lo siguiente: (a) el art. 1.108 del CC español que establece como interés de demora para el caso de que no exista pacto entre las partes el interés legal, (b) el art. 20 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo, (c) párrafo tercero del art. 114 de la LH añadido por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, (d) art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro, (e) art. 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y (f) art. 576 de la LEC de España que a falta de pacto entre las partes o de disposición especial de la ley, establece como interés de mora procesal el resultante de adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero, ya que la adición de un recargo superior a dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación en las normas nacionales en España.

<sup>427</sup> STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, Fundamento Jurídico, Quinto, Párrafo 8.

<sup>428</sup> En la STJUE Banco Español de Crédito, *supra*, el TJUE examinó el tratamiento que había de dispensarse a una cláusula abusiva en materia de interés moratorio. En este caso el interés había sido fijado en un 29% y era una de las condiciones generales del contrato de crédito al consumo. En su análisis el juez que conocía de la demanda de juicio monitorio instada por el acreedor Banesto declaró de oficio la nulidad de dicha cláusula por abusiva y fijó el interés de demora en un 19% requiriendo a Banesto que recalculara el importe de los intereses. Este fue el fallo del AJPI Núm. 2 de Sabadell, de 21 de enero de 2010, que fue recurrido por Banesto ante la AP Barcelona cuya Sección 14 planteó ante el TJUE una serie de cuestiones prejudiciales.

“La Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter “abusivo” - en el sentido del art. 3, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE - de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse, no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión.”

De la Sentencia Quintano Ujeta, *supra*, resulta pertinente citar que sobre las normas de Derecho nacional de España se distinguen las normas “*especiales*” previstas para los préstamos hipotecarios introducidas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y la norma “*general*” constituida por el art. 1.108 del CC español. De manera que el límite cuantitativo establecido en el art. 114.3 de la LH de España no tiene como función servir de límite al control judicial de las cláusulas abusivas, sino que el mismo debe ser utilizado para fijar un criterio sobre el control previo del contenido de la cláusula en vía notarial y registral. De esta manera las condiciones generales que excedan de dicho límite no tienen acceso al documento contractual, y en su caso, no resultan inscritas en el Registro de la Propiedad.

A diferencia de lo que hemos visto que ocurre con los intereses remuneratorios, la cláusula de intereses moratorios es susceptible de control de contenido, pues, no define el objeto principal del contrato ni la adecuación entre el precio y la prestación.<sup>429</sup> Y cuando la cláusula se considera abusiva el juez no puede moderarla o adaptarla, sino que debe dejar de aplicarla. En vista de ello, el legislador español tuvo que modificar el art. 82.3 TRLGDCU por ser contrario al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, según establecido en la STJUE Banco Español de Crédito de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, apartado 73, cuando se refería a una cláusula de intereses moratorios abusivos en un préstamo personal.<sup>430</sup>

La línea interpretativa seguida por el TS de España en materia de intereses moratorios ha sido cuestionada desde el ámbito doctrinal. Por un lado, la doctrina considera que a través de la fijación de límites objetivos a la abusividad de este tipo de cláusulas, el TS de España asume competencias que le corresponden al legislador lo que supone un exceso en su función jurisdiccional.<sup>431</sup> Y por otro lado, se critica que el TS de España se haya apartado del

---

429 MÚRTULA LAFUENTE, VIRGINIA, *op. cit.* p. 509.

430 *Ibid.* p. 521.

431 AGÜERO ORTIZ, ALICIA, Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los remuneratorios son abusivos, *Rev. CESCO de Der. de Consumo*, núm. 14, 2015, pp. 262-274 a la pág. 270; *Vid.* ÁLVAREZ LATA, NATALIA, Comentario a la Sentencia de 7 de septiembre de 2015, Intereses moratorios abusivos en el contrato de financiación a comprador de bien mueble, *CCJC*, Núm. 100, 2016, pp. 549-576, 568, 574-575; *Vid.* SÁNCHEZ RUÍZ DE VALDIVIA, INMACULADA, Retroactividad, transparencia y abusividad en la contratación hipotecaria (también entre empresarios/as, *Novedades del Pleno del Tribunal Supremo y del Abogado General del TJUE sobre el particular*, *Rev. Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Núm. 8, sept 2016, p. 103.

interés legal como límite de referencia para juzgar la abusividad de los intereses moratorios, no sólo por la posibilidad de manipulación de las tasas de interés que hacen las entidades de crédito, sino porque se aparta de los parámetros fijados por el TJUE para interpretar cuándo existe una desproporción en los intereses moratorios de un préstamo hipotecario.<sup>432</sup>

Por su parte, la jurisprudencia menor y la doctrina en España se encuentra dividida. Las posturas han oscilado entre dejar de aplicar cualquier tipo de interés, tanto remuneratorio como moratorio, una vez que el prestatario ha incurrido en mora, atendiendo sobre todo a las sentencias emitidas por el TJUE que consideran que el juez nacional está obligado a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva para que no surta efectos vinculantes respecto del consumidor, sin que dicho juez pueda variar su contenido o integrar el vacío producido por la nulidad de la cláusula aplicando el art. 1.108 del CC español (devengando el interés legal del dinero), el art. 114.3 de la LH de España (el triple del interés legal del dinero) o el art. 20.4 LCCC (2,5 veces el interés legal del dinero) sobre las cantidades impagadas. Otra de las posturas entiende que se siga devengando, en lugar del interés moratorio abusivo, el interés remuneratorio pactado. Y, por otro lado, otra parte de la doctrina mantiene que no es posible devengar interés (ni moratorio ni remuneratorio) alguno en caso de nulidad de la cláusula, ya que cualquier otra solución supondría una interpretación reconstructiva del contrato, una integración pro predisponente en perjuicio del consumidor o en otros términos una reducción conservadora de la validez de la cláusula vedada por la jurisprudencia del TJUE y por lo dispuesto en el art. 83 TRLGDCU.<sup>433</sup>

Así, en línea con las STS 265/15 de 22 de abril de 2015, STS 470/15 de 7 y 8 de septiembre de 2015, STS 705/15 de 23 diciembre de 2015, STS 79/16 de 18 de febrero de 2016 y STS 364/16 de 3 de junio de 2016, respectivamente, el TS de España trató de poner certidumbre a la situación generada estableciendo como doctrina jurisprudencial que, en los contratos de préstamo con garantía real, en caso de nulidad de la cláusula de intereses

---

432 MÚRTULA LAFUENTE, VIRGINIA, *op. cit.* pp. 528-529.

433 *Ibid.* nota 158, pp. 531-532. *Vid.* AGÜERO ORTIZ, ALICIA, Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los remuneratorios también serán abusivos en los préstamos hipotecarios, *Rev. CESCO de Der. de Consumo*, Núm. 18, 2016, pp. 152-159; ÁLVAREZ LATA, NATALIA, Comentario a la Sentencia de 7 de septiembre de 2015, Intereses moratorios abusivos en el contrato de financiación a comprador de bien mueble, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Núm. 100, 2016, pp. 574-575; BARRETO, ENRIQUE, La nulidad de la cláusula de intereses moratorios abusivos o ilegales en el contrato de préstamo. Moderación o expulsión del contrato, *Rev. Aranzadi Doctrinal*, Núm. 4/2014, pp. 21-29; JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN, Las cláusulas abusivas de intereses moratorios y vencimiento anticipado en la reciente jurisprudencia comunitaria y nacional. La integración pro consumatore de la cláusula de vencimiento anticipado, *RCDI*, Núm. 755, 2016, pp. 1677-1705; SABATIER BAYLE, ELSA, Intereses moratorios en contrato de préstamo hipotecario. Cláusula abusiva. Nulidad o moderación judicial (Comentario a la STJUE, Sala Primera, de 21 de enero de 2015, Caso Unicaja Banco S.A. y Otros v. José Hidalgo Rueda y Otros), *Rev. Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. 2, Núm. 3, 2015, pp. 133-151.



moratorios, “la nulidad sólo afectará el exceso respecto de los intereses remuneratorios pactados.” Para ello el TS de España tuvo en cuenta la jurisprudencia del TJUE que viene declarando improcedente la integración judicial del contrato, lo que motivo la modificación del art. 83 TRLGDCU. Y de ahí que concluyera que la consecuencia de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula que fija un interés moratorio en excesivo no puede ser otra que su supresión, sin que el juez pueda aplicar ninguna otra norma supletoria de Derecho nacional, ni integrar el contenido del contrato, pudiendo subsistir el contrato sin dicha cláusula. Sin embargo, esto no significa que el prestatario deje de estar obligado a pagar el interés remuneratorio del préstamo. La Sala Primera del TS de España consideró que el hecho de que una cláusula de intereses moratorio sea nula, no implica que en el periodo de mora tenga que quedar exento el deudor de pagar intereses ordinarios hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada. En este sentido, el interés moratorio no sería todo lo que se genera a partir de la mora sino solo el recargo o la penalización que se añade al interés ordinario.<sup>434</sup>

Posteriormente, en el Auto Ibercaja Banco dictado el 17 de marzo de 2016, asunto C-613/15, el TJUE declaró que las disposiciones de la Directiva 93/13/CEE no permiten que el Derecho de un Estado miembro restrinja la facultad de apreciación del juez nacional en lo que se refiere a la constatación del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional.<sup>435</sup> Y en conclusión se establece que la nulidad por abusivo del interés moratorio estipulado en un contrato de préstamo hipotecario supondrá que el único interés exigible al consumidor sea el remuneratorio.

Así las cosas, el TS de España a través de la Sentencia de 3 de junio de 2016 (STS 364/2016) reconoce y termina fijando la misma regla objetiva utilizada en los préstamos personales para el caso del préstamo hipotecario, respecto al cual será abusivo un interés moratorio que supere en dos puntos el remuneratorio y también el interés recalculado conforme al límite ex art. 114.3 de la LH de España.<sup>436</sup> La Sentencia de 3 de junio de 2016 (STS 364/2016) la discutiremos con más detalle en el Capítulo VII de esta tesis en el cual analizaremos el art. 25 de la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (LCCI) que establece que actualmente en España el interés moratorio de un préstamo hipotecario es el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales.

---

434 MÚRTULA LAFUENTE, VIRGINIA, *op. cit.* pp. 534-535.

435 DOMÍNGUEZ ROMERO, JAVIER, *op. cit.* p. 472.

436 *Ibid.* pp. 472-473.

A pesar de lo antes dicho, la jurisprudencia emitida por el TS de España suscitó dudas que ocasionaron que se hayan planteado diversas cuestiones prejudiciales ante el TJUE. Una de ellas fue planteada por el Juzgado de Primera Instancia, Núm. 38 de Barcelona, Auto de 2 de febrero de 2016 y la otra por el propio TS de España, Auto de 22 de febrero de 2017 (RJ 2017, 597), asuntos C-96/16 y C-94/17. Dichos asuntos fueron resueltos por el TJUE de forma acumulada en su Sentencia Banco Santander de 7 de agosto de 2018.<sup>437</sup>

El TJUE en su Sentencia Banco Santander de 7 de agosto de 2018, determinó que la jurisprudencia del TS de España simplemente mantiene la validez de la cláusula de los intereses remuneratorios cuando los moratorios son abusivos porque son dos cláusulas distintas suprimiendo totalmente los intereses moratorios.<sup>438</sup>

El argumento utilizado por el Gobierno español para evitar que el TJUE declarase la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, contraria a la Directiva 93/13/CEE, fue que dicha Disposición Transitoria no regirá para los intereses moratorios abusivos de préstamos hipotecarios firmados antes de la entrada en vigor de tal ley y se restringe su aplicación a las hipotecas constituidas sobre vivienda habitual.<sup>439</sup>

Sin embargo, lo determinante para decidir sobre el carácter abusivo del interés moratorio establecido en una cláusula no negociada en un contrato concertado con consumidores, es el examen de si hay proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización a ello asociada, pues si se impone un interés desproporcionadamente alto al consumidor estaríamos ante el supuesto previsto en la Directiva 93/13/CEE en relación con su art. 3. En vista de ello, el juez nacional debe comprobar por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que persigue el Estado miembro.<sup>440</sup> Además, el TJUE ha dicho que para apreciar si una indemnización impuesta al consumidor que no

---

437 MÚRTULA LAFUENTE, VIRGINIA, *op. cit.* pp. 536-537.

438 *Ibid.* pp. 539-540.

439 DOMÍNGUEZ ROMERO, JAVIER, *op. cit.* p. 467-468. “Con razón se ha dicho que el argumento esgrimido por el Gobierno español y dado por valido por el TJUE es como si no quisiera contrariar a un país que se tomó ciertas prisas en modificar su ley nacional para adaptarla a la STJUE Aziz.” *Vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, La Sentencia del Tribunal de Justicia sobre intereses moratorios fijados por Ley, <https://derechomercantiles.espana.blogspot.com>. (consulta 14 de octubre de 2019).

440 DOMÍNGUEZ ROMERO, JAVIER, *op. cit.* p. 471. *Vid.* STS de 22 de abril de 2015, Fundamento Jurídico 3, punto 6, STS de 7 de septiembre de 2015, Fundamento Jurídico 5, punto 2; STS 364/2016, de 3 de junio, Fundamento Jurídico 2, punto. 4.

cumpla con sus obligaciones es desproporcionadamente alta, en el sentido del aptdo. 1 (e) Anexo de la Directiva 93/13/CEE, procede evaluar el efecto acumulativo de todas las cláusulas indemnizatorias que figuren en el contrato de que se trate, con independencia de que el acreedor exija efectivamente el pleno cumplimiento de cada una de ellas.<sup>441</sup>

Por tanto, el art. 114.3 de la LH de España plantea la siguiente controversia: ¿cuáles son las consecuencias que han de seguirse en un procedimiento de ejecución de hipoteca luego de que se declara la naturaleza abusiva de una cláusula de intereses moratorios? Aunque el tema de la ejecución hipotecaria lo trataremos en el siguiente capítulo de esta tesis, adelantamos que somos del criterio de que una vez se determine la abusividad de la cláusula sobre intereses moratorios la consecuencia contractual es que se elimine la cláusula con la eliminación de la partida o deuda por concepto de intereses moratorios, quedando pendiente el resto de la deuda reclamada por otros conceptos como el principal y los intereses remuneratorios.<sup>442</sup> Y es que, entendemos que apreciada la abusividad del interés moratorio no cabe reducir el tipo estipulado y ni sustituirlo por el tipo previsto legalmente con carácter dispositivo, ya que declarada su nulidad por abusiva, la cláusula de interés moratorio debe erradicarse sin más, y por tanto, ningún interés moratorio será exigible al consumidor. Recordemos, que conforme surge de la jurisprudencia europea la facultad moderadora del juez en relación con las cláusulas abusivas solo procede cuando la declaración de nulidad de la cláusula obligue a anular el contrato en su totalidad y se perjudique así al consumidor, pero la cláusula de intereses moratorios es una cláusula accesorio que puede ser eliminada sin tener que anular el contrato de préstamo en su totalidad.

#### **4.2.2 Cláusula de vencimiento anticipado**

En la práctica es difícil encontrar un contrato de préstamo hipotecario que no contemple la facultad de la entidad financiera de darlo por vencido anticipadamente si concurren ciertas circunstancias establecidas por la entidad financiera. Aunque no se trata de una condición resolutoria para efectos prácticos la cláusula de vencimiento anticipado supone un medio que facilita la resolución del contrato.<sup>443</sup> Lo anterior, por la gran dificultad del prestatario de

---

441 *Ibid.* p. 471-471. *Vid.* STJUE Radlinger y Radlingerová, 21 de abril de 2016, asunto C-377/14, apartado 101.

442 *Vid.* Sentencias a favor de la eliminación de la cláusula de intereses moratorios por abusiva: SAP Zamora 4 de junio de 2014 (JUR 2014/191280), SAP Alicante 28 de mayo de 2014 (JUR 2014/200665) y AAP Barcelona 21 de mayo de 2014 (AC 2014/10231).

443 DOMÍNGUEZ ROMERO, JAVIER, *op. cit.* p. 481.

pagar la totalidad de la cantidad prestada lo que conduce casi irremediabilmente a que el prestamista resuelva el contrato.<sup>444</sup>

La cláusula de vencimiento anticipado también es conocida como la cláusula de aceleración, mediante la cual se establece la aceleración y/o vencimiento de las mensualidades pactadas en el contrato ante el incumplimiento de uno o varios de los pagos pactados. La cláusula de vencimiento anticipado encuentra su aplicación cuando el deudor incurre en mora y tiene como finalidad principal que el acreedor pueda ejecutar la hipoteca por la totalidad de la deuda. El art. 1.100 CC de España establece en cuanto a la mora del deudor lo siguiente:

“Incurren en mora los obligados a entregar o hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación. No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista: (1) Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente, (2) Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación. En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro.”

Una cláusula de vencimiento anticipado pactada en una escritura de hipoteca necesariamente implica una obligación con trascendencia real y no simplemente una obligación personal, ya que su incumplimiento pone en función la ejecución de la garantía hipotecaria. En términos generales, una cláusula de vencimiento anticipado insertada en un préstamo hipotecario es válida según establecido en los principios contenidos el art. 1.125 CC de España. En las obligaciones a plazo la regla es que sólo podrán exigirse cuando llegue el día señalado para su cumplimiento (art. 1.125 CC) salvo que el deudor pierda el derecho a utilizar el plazo por supuestos de falta de garantía. La cláusula de vencimiento anticipado es una manifestación práctica del art. 1.124 CC de España, en base al cual se sostiene la procedencia de la resolución del contrato de préstamo cuando el deudor incumple con su obligación de pago, obligación que tiene carácter esencial.<sup>445</sup> El art. 1.124 del CC español permite la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento y el art. 1.129 de CC de España prevé expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la

---

<sup>444</sup> *Ibid.* p. 481.

<sup>445</sup> ESTRADA ALONSO, EDUARDO y FERNÁNDEZ CHACÓN, IGNACIO, Ejecución hipotecaria y cláusulas abusivas (A propósito de la cuestión prejudicial planteada en el asunto Mohamed Aziz c. Catalunya Caixa), *Rev. Crit. Der. Inmobiliario*, Núm. 735, enero 2013, pp. 173-243.

totalidad de lo adeudado antes del vencimiento del plazo pactado cuando el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo.

El legislador español ha venido entendiendo que la estipulación de una cláusula de vencimiento anticipado en un préstamo hipotecario resulta conforme a la buena fe sin provocar, de por sí, un desequilibrio sustancial entre las partes contratantes. La evolución jurisprudencial del TS de España sobre la cláusula de vencimiento anticipado parte de la declaración de nulidad de dicha cláusula en la Sentencia de 27 de marzo de 1999 (STS 265/1999) mediante la cual se TS de España expresó que entre las excepciones contempladas en art. 1.129 CC español no se encontraba el incumplimiento del deudor en los préstamos garantizados con hipoteca. Luego la Sentencia de 4 de junio de 2008 (STS 506/2008) admite la cláusula de vencimiento anticipado basado en los usos de comercio, la habitualidad de la misma en la práctica bancaria y con argumentos como el principio de la autonomía de la voluntad contractual (art. 1.255 del CC de España), siempre y cuando concurra justa causa para ello.<sup>446</sup> Así, la Sentencia de 16 de diciembre de 2009 (STS 792/2009) con base en el art. 1.255 del CC español reconoció la validez de la cláusula de vencimiento anticipado en los préstamos “cuando concurra justa causa - verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial - como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación del abono de las cuotas de amortización del préstamo.”<sup>447</sup>

En cuanto al vencimiento anticipado por falta de pago de cualquiera de los plazos de intereses o cuotas de amortización, la jurisprudencia española se ha inclinado tradicionalmente, con base en el art. 1.255 CC, en considerar válidas las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concurra justa causa, como por ejemplo, el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo.<sup>448</sup> En términos generales, el TS de España no ha negado la validez de la cláusula de vencimiento anticipado, siempre que dicha cláusula se establezca claramente en el contrato y exprese los supuestos mediante los cuales se podrá dar lugar a dicho vencimiento sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista.

Además de las disposiciones del CC de España, con carácter general, tanto la LH como la LEC de España, incluyen expresamente la posibilidad de incorporar al préstamo hipotecario una cláusula de vencimiento anticipado por impago de las cuotas de

---

446 En la STS 1124/2008, 12 de diciembre de 2008 el TS de España cambia de criterio indicando que la ley no excluye la facultad de que, como consecuencia de pacto entre las partes, se establezca el vencimiento anticipado de la obligación basándose en los art. 1.125, 1.127 y 1.129 CC de España.

447 STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, Fundamento Jurídico, Quinto, Párrafo 18.

448 *Vid.* SSTS de 7 de febrero de 2000, 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008.

amortización. En el ordenamiento jurídico español la inclusión de una cláusula de vencimiento anticipado consta prevista desde la LH de 1861, quedando incorporada posteriormente dicha posibilidad en el texto de la LH de 1944 (art. 135). No obstante, aunque sea usual que las entidades crediticias inserten una cláusula de vencimiento anticipado en el préstamo hipotecario, la facultad de adelantar y exigir el vencimiento es una excepción respecto a las normas aplicables en la materia.<sup>449</sup>

En la Sentencia Aziz dictada por el TJUE el 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, el TJUE sin declararlo de manera expresa, dio a entender que una cláusula que preveía el vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos, sin ser abusiva per se, podía considerarse como tal atendiendo a las circunstancias del caso. La Sentencia Aziz describe los parámetros de la valoración de la abusividad con precisa referencia al pacto de vencimiento anticipado de los préstamos convenidos con los consumidores, al declarar en el apartado 73 lo siguiente:

“En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.”

Aplicando los criterios plasmados en el apartado 73 de la Sentencia Aziz no basta con el mero impago de cuotas periódicas, siendo pues necesario revisar la esencialidad del incumplimiento en cuanto a la propia obligación incumplida, así como su gravedad respecto a la duración y cuantía del préstamo.<sup>450</sup>

---

449 DOMÍNGUEZ ROMERO, JAVIER, *op. cit.* nota 543, p. 486.

450 *Ibid.* pp. 486-487. Al respecto, debe significarse que el ordenamiento jurídico español no contempla la figura del remedio del incumplimiento, característica del Derecho anglosajón (recogida en los Principles of European Contract Law). Además, la STJUE Banco Español de Crédito, de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, en su apartado 69 y 70, expresa que: “El art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el art. 83 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, (TRLGDCU) que atribuye al juez nacional cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un

Cabe recordar que el Auto BBVA v. Quintano Ujeta dictado por el TJUE el 11 de junio de 2015, asunto C-602/13, además de consolidar la doctrina jurisprudencial relativa al alcance de la imposibilidad de integración o moderación por parte del juez nacional de cláusulas abusivas de intereses moratorios, declaró que una cláusula de vencimiento anticipado abusiva debe declararse nula con independencia de que en el caso concreto no se haya aplicado de forma abusiva.<sup>451</sup>

En España la posibilidad de declarar el vencimiento anticipado en el ámbito de los préstamos hipotecarios está expresamente contemplada en el art. 693 de la LEC de España siempre y cuando se haya pactado expresamente.<sup>452</sup> Actualmente, el art. 693.2 de la LEC de España fue modificado a través de la LCCI y su contenido lo estaremos discutiendo más adelante en el Capítulo VII de esta tesis.

No obstante, para propósitos de continuar con el análisis de la cláusula de vencimiento anticipado citamos la versión dada al art. 693.2 en la Ley 19/2015, de 3 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, que dispone:

“2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, *tres plazos mensuales* sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución y en el asiento respectivo.”

La redacción dada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, al art. 693.3 de la LEC es la siguiente:

---

profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva.” *Vid.* CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN, Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca... *op. cit.* pp. 252-253 y las sentencias emitidas por las Audiencias Provinciales sobre la facultad moderadora en orden a declarar la imposibilidad del juez nacional de modificar una cláusula abusiva: SAP de Valencia, Sección 7ma, de 12 de marzo de 2014 (ROJ:SAP V 1517/2014), Sentencias de la AP de Valencia, Sección 6ta, de 21 de mayo de 2013 (ROJ:SAP V 3692/2013), Sentencia 280/2013, Rec. 246/2013, Sección 7ma, de 8 de enero de 2014 (ROJ:SAP V 966/2014), Sentencia 2/2014, Rec. 643/2013, Sección 11ma, de 27 de enero de 2014 (ROJ:SAP V 646/2014), Sentencia 17/2014, Rec. 425/2013, Sección 6ta, de 28 de febrero de 2014 (ROJ:SAP V 1092/2014), Sentencia 70/2014, Rec. 64/2014, Sección 7ma, de 12 de marzo de 2014 (ROJ:SAP V 1517/2014), Sentencia 99/2014, Rec. 50/2014, Sección 11ma, de 28 de marzo de 2014 (ROJ:SAP V 2080/2014) Sentencia 123/2014, Rec. 454/2013, Sección 8va, de 14 de julio de 2014 (ROJ:SAP V 3276/2014), Sentencia 291/2014.

451 CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN, Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca... *op. cit.* nota 104, pp. 249-250.

452 STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, Fundamento Jurídico Quinto, Párrafo 18.

“En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, antes de que se cierre la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses que estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con 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. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.

Si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior.

Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años entre la fecha de liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor.

Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas en los apartados anteriores, se tasarán las costas, que se calcularán sobre la cuantía de las cuotas atrasadas abonadas, con el límite previsto en el artículo 575.1 bis y, una vez satisfechas estas, el Secretario Judicial dictará decreto liberando el bien y declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante.”

En atención a dichos preceptos el TS de España dictó la Sentencia de 23 de diciembre de 2015 (STS 705/2015) mediante la cual determinó que la cláusula de vencimiento anticipado impugnada era abusiva y no superaba los estándares establecidos en la Sentencia Aziz, pues aunque podía ampararse en disposiciones del ordenamiento jurídico español, no modulaba la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, y no permitía al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación. El TS de España determinó que una cláusula de vencimiento anticipado que permitía la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debía ser reputada como abusiva, dado que no se vinculaba a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.<sup>453</sup> El TS de España declaró que una

---

453 STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, Fundamento Jurídico Quinto, Párrafo 18, 19 y 20. *Vid.* CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN, Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca... *op. cit.* pp. 257-258. *Vid.* Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13ra, de 27 de enero de 2014, Auto de 15 de julio de 2013, (ROJ:AAP A 54/2013), Audiencia Provincial de Oviedo (ROJ:SAP O 158/2014), Valladolid (ROJ:SAP VA 407/2014), Valencia (ROJ:SAP V 3943/2014), Tarragona (ROJ:AAP T 10/2014), Almería (ROJ:SAP AL 1112/2014) y Madrid (ROJ:AAP M 136/2014), contienen pronunciamientos en esta misma línea, asumiendo como argumento común todas ellas en que la cuestión no es si es nula la cláusula de vencimiento anticipado sino si puede ser abusivo el ejercicio de la citada cláusula, puesto que en aquellos supuestos en que la cláusula de vencimiento anticipado se ejecute por parte de la entidad bancaria ante el primer impago, nos encontraríamos con una situación de evidente abuso de derecho y



cláusula de vencimiento anticipado en un préstamo hipotecario no es *per se* ilícita, pero que ha de tenerse presente que la abusividad de la cláusula proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado. A pesar de ello, el TS de España decretó la continuación del proceso de ejecución hipotecaria aun con la apreciación de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado.<sup>454</sup> La Sentencia de 23 de diciembre de 2015 (STS 705/2015) establece que ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 de la LEC de España, los tribunales deben valorar, además, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificada en función de criterios tales como: (a) la esencialidad de la obligación incumplida, (b) la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía, (c) la duración del contrato de préstamo y (d) la posibilidad real de que el consumidor pueda evitar esta consecuencia, según fue establecido en la Sentencia Aziz.<sup>455</sup>

Aunque la Sentencia de 23 de diciembre de 2015 (STS 705/2015) sentó una insólita doctrina la misma fue reiterada en la Sentencia de 18 de febrero de 2016 (STS 79/2016)

---

una ejecución abusiva del citado pacto contractual, pero en supuestos en los que el vencimiento anticipado no se produce como consecuencia del incumplimiento de una sola de las cuotas sino de varias cuotas, no puede entenderse en modo alguno que existe un ejercicio abusivo de lo pactado en la citada cláusula. De manera que de no producirse el indicado vencimiento anticipado se dejaría la posibilidad de pagar o no las cuotas al libre arbitrio del obligado a ello, lo que supondría un evidente privilegio para el deudor hipotecario que no puede defenderse como amparado por la normativa vigente.

454 Para algunos ejemplos sobre sentencias que han declarado nula la cláusula de vencimiento anticipado, previo a la STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, *vid.* CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN, Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca... *op. cit.* pp. 269-270 en donde se indica que: “Algunas Sentencias emitidas por las Audiencias Provinciales han declarado nula la cláusula de vencimiento anticipado, tales como: Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6ta, de 9 de diciembre de 2014; Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16, de 17 de febrero de 2015; Audiencia Provincial de Bilbao, Sección 5ta, de 30 de junio de 2015; Audiencia Provincial de Pontevedra Auto de la Sala General de Magistrados del orden civil, de 30 de octubre de 2015. En esta última resolución se conviene en que la apreciación del carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado debe realizarse no en el momento en que el ejecutante aplica la cláusula en cuestión sino al tiempo de la celebración del contrato (Fundamento Jurídico 5), para concluir que las consecuencias de la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula conducen al sobreseimiento de la ejecución, declarando a tal efecto lo siguiente: “Afirmada la nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado, el debate se traslada a determinar cuáles son los efectos jurídicos de tal declaración.”

455 STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, Fundamento Jurídico Quinto, Párrafo 21. El Magistrado Orduña Moreno es el autor del extenso voto particular en la STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, en donde discrepó de la posición mayoritaria de TS de España de continuar con el proceso de ejecución especial una vez declarada abusiva la cláusula de vencimiento anticipado, entre otras razones, porque la integración y sustitución de la cláusula abusiva de vencimiento anticipado por la aplicación del art. 693.2 de la LEC de España sólo opera en beneficio exclusivo, y excluyente, de la entidad bancaria, pues, el despacho de la ejecución, se mire por donde se mire, comporta la consecuencia directa más adversa posible o perjudicial para el consumidor, que no sólo viene obligado a la restitución del capital prestado, sino que pasa directamente al ámbito de la ejecución patrimonial, con las consecuencias añadidas que acompañan a esta situación jurídica; frustrándose cualquier efecto disuasorio de la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, con lo cual el planteamiento de la mayoritaria de TS de España es completamente opuesto a la doctrina del TJUE.

mediante la cual se decretó la continuación del proceso de ejecución hipotecaria a pesar de la apreciación de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado. El TS de España tras confirmar la nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado permitió despachar la ejecución, al entender factible la continuación del proceso ejecutivo en base a la aplicación supletoria del art. 693.2 de la LEC de España. La argumentación que brinda el TS de España en esta sentencia se basa en excepcionar y continuar con el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, so pretexto de beneficiar a los consumidores, porque no puede considerarse que el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria sea más favorable para el consumidor, considerando la posibilidad que establece el art. 693.3 de la LEC de España. El TS de España determinó que es más beneficioso para el deudor que en los casos en que se reclame la totalidad de la deuda por causa del vencimiento anticipado, se le comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, éste podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento. El TS de España concluye que, tratándose de la vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades adeudadas, por lo que se trata de un remedio enervatorio en la ejecución que permite neutralizar los efectos de la cláusula de vencimiento anticipado con la consiguiente rehabilitación del contrato. (Fundamento Jurídico Séptimo, Párrafo 2).<sup>456</sup>

Sin embargo, citando al jurista DOMÍNGUEZ ROMERO es irrefutable que el préstamo hipotecario puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado y tanto es así que el TS de España ni siquiera trata de argumentar lo contrario, tan solo lo obvia, saltando directamente al menoscabo que, a su criterio, sufriría el consumidor con la erradicación de la cláusula accesoria y el cierre de la ejecución instada en base a la declaración de abusividad de la cláusula. El jurista DOMÍNGUEZ ROMERO indica que según el TS de España existen dos consecuencias negativas: (1) la restricción para el consumidor del acceso al crédito hipotecario porque las entidades crediticias no tendrían la seguridad de contar con una vía privilegiada de ejecución para reclamar los impagos de sus préstamos. Y este primer argumento, postulado en el interés general de los consumidores, el TS de España omite que,

---

<sup>456</sup> El Magistrado Orduña Moreno insistió en la necesaria revisión de la doctrina jurisprudencial sobre la continuación del proceso ejecutivo tras la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, doctrina que, lejos de revisarse, se reprodujo en la STS 79/2016 de 18 de febrero de 2016, razón por la cual esta última contó con nuevo voto particular del Magistrado Orduña Moreno. *Vid.* DOMÍNGUEZ ROMERO, JAVIER, *op. cit.* p. 492.

aunque no quepa ejecutar la garantía real por vencimiento anticipado seguiría siendo factible la ejecución ordinaria para reclamar las cuotas realmente vencidas e impagadas y (2) la pérdida de las ventajas que tiene el deudor en sede de ejecución hipotecaria. Con este segundo argumento se parte nuevamente de la premisa de que la única vía de reclamación sería el proceso declarativo donde el deudor hipotecario carece de las ventajas específicas que el TS de España identifica en las previsiones de los arts. 693.3, 579.2 y 682.2.2 LEC.<sup>457</sup>

La aplicación de la doctrina jurisprudencial establecida a través de la sentencia antes mencionada causó mucha confusión en los distintos foros judiciales de España, en donde ya había un buen número de casos presentados sobre ejecuciones hipotecarias basadas en el ejercicio y aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado. En vista de ello, el TS de España mediante Auto de 8 de febrero de 2017, decidió suspender los procedimientos de ejecución hipotecaria en todo España que incluían cláusulas de vencimiento anticipado como fundamento para la impugnación del proceso y planteó ante el TJUE una petición prejudicial. En específico el TS de España, solicitó al TJUE que aclare si conforme a la Sentencia Banco Primus emitida por el TJUE el 26 de enero de 2017, asunto C-421/14 y la normativa europea sobre la Directiva 93/13/CEE, una vez declarada abusiva una cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo hipotecario, si se prohíbe valorar la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional, aunque se determine que el inicio o la continuación del proceso de ejecución contra el consumidor resulta más favorable para el consumidor que sobreseer dicho proceso especial de ejecución hipotecaria y permitir al acreedor instar la resolución del contrato de préstamo. El TS de España entendía que de permitirse la resolución del contrato y la reclamación de la cantidad total debida, el deudor no podría beneficiarse de las ventajas que el ordenamiento jurídico español le reconoce al consumidor a través del procedimiento especial para la ejecución directa de bienes inmuebles hipotecados establecidas en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, esto debido a que las especialidades previstas a favor del deudor hipotecario cuando la ejecución se conduce por la vía del procedimiento especial hipotecario no son aplicables en un procedimiento de ejecución ordinario. El TS de España planteaba que sobreseer el procedimiento especial de ejecución podía privar a los consumidores de las ventajas que establece la Ley 1/2013, de 14 de mayo.<sup>458</sup> Por tanto, solicitó que se aclare si: (1) se permite al enjuiciar la abusividad de una cláusula, separar, en determinados casos, el elemento abusivo (vencimiento por cualquier impago) del elemento válido (previsión de vencimiento anticipado), de manera que este

---

457 DOMÍNGUEZ ROMERO, JAVIER, *op. cit.* p. 493.

458 STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, Fundamento Jurídico Quinto, Párrafo 22, 23 y 24.

último pueda mantener su vinculación y eficacia tras la declaración de nulidad del elemento abusivo y (2) el alcance de las facultades de un tribunal nacional, que una vez declarada la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, pueda aplicar supletoriamente una norma interna (art. 693.2 de la LEC de España) mediante la cual se determine continuar con la ejecución especial hipotecaria contra el consumidor porque dicho proceso puede resultarle más favorable por las ventajas que se le reconocen al consumidor hipotecario.<sup>459</sup>

La petición de decisión prejudicial remitida por el TS de España al TJUE corresponde al asunto C-70/17 que se presentó en el contexto de un litigio entre Abanca Corporación Bancaria, S.A., y Alberto García Salamanca Santos (en adelante Abanca Corporación Bancaria) que planteaba las consecuencias que deben extraerse de la declaración del carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado.

Así también, fue presentado otro recurso prejudicial ante el TJUE planteado por el Juzgado de Primera Instancia Núm. 1 de Barcelona, mediante Auto de 30 de marzo de 2017, asunto C-179/17, en el procedimiento entre Bankia, SA y Alfonso Antonio Lau Mendoza (en adelante Bankia). En Bankia, asunto C-179/17 se cuestiona que el procedimiento especial de ejecución hipotecaria fuera más ventajoso que la resolución judicial del préstamo hipotecario basado en el art. 1.124 del CC de España, señalando que en el procedimiento de ejecución ordinaria el consumidor podría, en la práctica, ganar tiempo y evitar momentáneamente el lanzamiento de su vivienda. Además, se planteaba que en el caso de préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de una vivienda era relativamente probable que la acción declarativa basada en el art. 1.124 del CC de España fuera desestimada porque este artículo no aplica a los contratos de préstamo. Incluso se planteaba que bajo el art. 1.124 del CC de España el consumidor podría obtener un pronunciamiento desestimatorio de la pretensión resolutoria e indemnizatoria y con ello no podría sostenerse que la continuación del procedimiento especial de ejecución hipotecaria le resultaba más beneficioso.

Así las cosas, 26 de marzo de 2019, el TJUE dictó la Sentencia Abanca Corporación Bancaria y Bankia, asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17 sobre la cláusula de vencimiento anticipado. En estas cuestiones prejudiciales el TJUE determinó que, si no se permitía sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional y se obligaba con ello al juez nacional a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. En el caso de un contrato

---

<sup>459</sup> DOMÍNGUEZ ROMERO, JAVIER, *op. cit.* pp. 495-496.

de préstamo hipotecario, tal anulación tendría el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago total del préstamo en una cuantía que puede exceder la capacidad económica del consumidor y, por ende, se estaría penalizando al consumidor más que al prestamista, a quién en consecuencia, no se le disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos de préstamos hipotecarios. (Sentencia Kásler y Káslerné Rábai emitida por el TJUE el 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, apartados 83 y 84).

El TJUE indicó que los dos procedimientos de ejecución hipotecaria del ordenamiento jurídico español planteados en los recursos se distinguen por las circunstancias que prevé el procedimiento especial de ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual del deudor caracterizado por: (a) la posibilidad de que el deudor libere el bien hipotecado antes del cierre de la subasta mediante la consignación de la cantidad debida, (b) por la posibilidad de obtener una reducción parcial de la deuda y (c) por la garantía de que el bien hipotecado no será vendido por un precio inferior al 75% de su valor de tasación. No obstante, el TJUE indica que, dado que las características de los procedimientos de ejecución hipotecaria utilizados en España se enmarcan exclusivamente en la esfera del Derecho nacional corresponde en exclusiva a los tribunales de España llevar a cabo las comprobaciones y las comparaciones necesarias para concluir cuál de los dos procedimientos es más beneficioso para el consumidor. El TJUE indicó que, si el TS de España llega a la conclusión de que los préstamos hipotecarios pueden subsistir sin las cláusulas abusivas controvertidas en los litigios principales, deberían abstenerse de aplicar dichas cláusulas, salvo que sea el consumidor quien se oponga a ello porque considere que la ejecución especial hipotecaria le sería más favorable que el procedimiento de ejecución ordinaria. De estimarse así, el contrato de préstamo con garantía hipotecaria debe subsistir sin otra modificación que la resultante de la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, el contrato sea jurídicamente posible. (Sentencia Banco Primus emitida por el TJUE el 26 de enero de 2017, apartado 71).

Ante las cuestiones prejudiciales planteadas en los asuntos C-70/17 y C-179/17, el TJUE determinó que los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de la cláusula, y por otra parte, no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal siempre que el préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso

de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.<sup>460</sup>

Con estos antecedentes, comentamos que el 11 de septiembre de 2019, el TS de España dictó la Sentencia 2761/2019, en respuesta a la petición de decisión prejudicial planteada bajo el asunto C-70/17, resuelta por el TJUE en la Sentencia Abanca Corporación Bancaria y Bankia. En la Sentencia de 11 de septiembre de 2019 (STS 2761/2019) el TS de España establece cinco premisas o pautas jurisprudenciales en los procedimientos de ejecución hipotecaria a la hora de evaluar una cláusula de vencimiento anticipado, a saber:

- a. La cláusula declarada abusiva no puede ser fragmentada a fin de dotar de validez a una parte de su contenido.
- b. La doctrina establecida por el TJUE sobre la Directiva 93/13/CEE no se opone a la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional, cuando el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva legislación, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.
- c. Corresponde a los tribunales nacionales determinar si, una vez declarada abusiva la cláusula de vencimiento anticipado, el contrato puede subsistir.
- d. La STJUE Abanca Corporación Bancaria y Bankia establece que deberá adoptarse un enfoque objetivo y se remite expresamente al apartado 32 de la Sentencia Perenicová y Perenic emitida por el TJUE el 15 de marzo de 2012, asunto C-453/10, que indica sobre los requisitos relativos a la seguridad jurídica de las actividades económicas y aboga por un enfoque objetivo a la hora de interpretar esta disposición, de manera que la posición de una de las partes en el contrato (el

---

<sup>460</sup> Posteriormente, el 3 de julio de 2019, el TJUE dictó tres Autos en los asuntos acumulados: asunto C-92/16, este recurso fue presentado por el Juzgado de Primera Instancia Núm. 1 de Fuenlabrada (Madrid) mediante Auto de 8 de febrero de 2016 recibido en el TJUE el 15 de febrero de 2016 en el procedimiento entre Bankia, S.A., y Rengifo Jiménez; el asunto C-167/16, este recurso tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia Núm. 2 de Santander (Cantabria) mediante Auto de 8 de marzo de 2016 recibido en el TJUE el 23 de marzo de 2016 en el procedimiento entre BBVA, SA y Quintano Ujeta y el asunto C-486/16, este recurso tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia Núm. 6 de Alicante mediante Auto de 28 de julio de 2016 recibido en el TJUE el 12 de septiembre de 2016 en el procedimiento entre Bankia, S.A. y Alfredo Sánchez Martín. En estos tres asuntos el TJUE reitera la doctrina establecida en su STJUE Abanca Corporación Bancaria y Bankia, y en particular, en el asunto C-486/16.

consumidor) no puede considerarse como el criterio decisivo que decida sobre el ulterior destino del contrato.

- e. Únicamente si se entendiera que el contrato puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado será relevante la postura (opción) del consumidor, no así cuando se considere que el contrato no puede subsistir.

En la Sentencia de 11 de septiembre de 2019 (STS 2761/2019) el TS de España destaca con especial interés lo resuelto por la STJUE Perenicová y Perenic, *supra*, a la que hace referencia la Sentencia Abanca Corporación Bancaria y Bankia del TJUE y los tres AATJUE de 3 de julio. El TS de España específicamente cita en el Fundamento Jurídico Octavo de la Sentencia de 11 de septiembre de 2019 (STS 2761/2019) las conclusiones de la Abogada General incluidas en la Sentencia Perenicová y Perenic, *supra*, y en el apartado 67 se indica lo siguiente:

“67. [...] Junto a una mejor protección del consumidor, el legislador perseguía, según el séptimo considerando, estimular la actividad comercial en el ámbito de aplicación de la Directiva [...]. No obstante, una actividad comercial solo podrá desarrollarse allí donde se garantice la seguridad jurídica de los agentes económicos. Esta incluye la protección de la confianza de los agentes económicos en la continuidad de las relaciones contractuales. Una normativa según la cual la eficacia de un contrato en su conjunto dependa únicamente del interés de una parte contractual puede no solo no fomentar esa confianza, sino que podría incluso quebrantarla a largo plazo. De la misma manera que, de tal modo, podría reducirse la disposición de los profesionales a llegar a acuerdos con los consumidores, la finalidad del establecimiento del mercado interior podría eventualmente fracasar. El artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE también tiene en cuenta esta finalidad al limitarse a procurar el equilibrio en las relaciones contractuales.”

En la Sentencia de 11 de septiembre de 2019 (STS 2761/2019) el TS de España concluye que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no comporta la desaparición completa de las facultades del acreedor hipotecario, pero resulta evidente que dicha cláusula conlleva la restricción de la facultad esencial del derecho de hipoteca, que es la que atribuye al acreedor el poder de forzar la venta de la bien hipotecado para satisfacer con su precio el importe debido (art. 1.858 CC de España). En un préstamo hipotecario de larga duración la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado hace que la garantía se desnaturalice y pierda su sentido. En el préstamo hipotecario, la causa del préstamo y la causa de la hipoteca están entrelazadas y no pueden fragmentarse, pues atañen tanto a la obtención del préstamo por el consumidor en condiciones económicas más ventajosas, como a la garantía real que

tiene el prestamista en caso de impago. Si el contrato solo fuera un préstamo la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado no impediría la subsistencia del contrato. Sin embargo, como se trata de un negocio jurídico complejo la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado afecta a la garantía, y por tanto a la economía del contrato y su subsistencia. El préstamo hipotecario tiene sentido si es posible resolver anticipadamente el préstamo y ejecutar la garantía para reintegrarse la totalidad del capital debido y los intereses devengados cuando se haya producido un impago relevante por el prestatario. En este sentido entiendo que deben interpretarse conjuntamente la Sentencia Abanca Corporación Bancaria y Bankia, *supra*, la Sentencia Aziz, *supra*, y la jurisprudencia española de manera tal que siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC los tribunales puedan valorar, en cada caso, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificada en función de:

- a. La esencialidad de la obligación incumplida.
- b. La gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía.
- c. La duración del contrato de préstamo.
- d. La posibilidad real del consumidor de evitar la aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado.

Se trata de una interpretación casuística en la que habrá que ver cuántas mensualidades se han dejado de pagar en relación con la duración del contrato y las posibilidades de reacción del consumidor. Aunque en el Capítulo VII de esta tesis discutiremos con más detalle las disposiciones de la LCCI sobre la cláusula de vencimiento anticipado, en esta parte del trabajo adelantamos que el art. 24 de la LCCI establece los criterios que deben utilizarse en España para evaluar la cláusula de vencimiento anticipado como motivo y fundamento para el ejercicio de la acción de ejecución hipotecaria. Por lo que, en ese sentido debemos comentar que el TS de España en la Sentencia de 11 de septiembre de 2019 (STS 2761/2019) estable las pautas para los procedimientos de ejecución hipotecaria que estaban en curso en España, en los cuales no se había producido la entrega de la posesión del inmueble. Dichas pautas son las siguientes:

- a. Si el proceso de ejecución se inició con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y la cláusula de vencimiento anticipado fue declarada nula, de forma general el trámite de ejecución hipotecaria quedará sobreseído,



pero dichos trámites no tendrán efecto de cosa juzgada y serán de aplicación las disposiciones establecidas en la STJUE Abanca Corporación Bancaria y Bankia y el ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-486/16.

- b. Si el incumplimiento del deudor reviste la gravedad prevista en el art. 24 de la LCCI, el trámite de ejecución hipotecaria podrá continuar.
- c. Aplicarán las disposiciones de la LCCI ya que el art. 693.2 de la LEC es una norma de Derecho dispositivo anterior a la LCCI, mientras que el art. 24 de la LCCI es una norma de Derecho imperativa.

Dicho lo anterior, repasamos que para valorar si la cláusula de vencimiento anticipado causa un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes, debemos: (1) analizar la facultad del banco para declarar vencido anticipadamente el contrato, (2) si reclamar el total del importe del préstamo viene vinculado al incumplimiento por el prestatario de una obligación esencial, (3) si dicho incumplimiento puede calificarse de grave en atención a la cuantía y duración del préstamo, (4) ponderar si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas de Derecho interno aplicables en la materia y (5) si dichas normas de Derecho interno prevén medios adecuados y eficaces para que el prestatario pueda poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

El TJUE ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, en cuyo caso ha limitado esta posibilidad a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor a consecuencias de tal índole que representen para éste una penalización. (Sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13).

A tono con lo anterior, debemos mencionar que los datos recopilados por la Asociación Hipotecaria Española reflejan que el préstamo hipotecario que se concede en España es con una duración aproximada de 20 o 25 años y se amortiza en plazos no superiores a los 10 o 15 años.<sup>461</sup> Esto presenta un inconveniente si se obliga a la espera de un incumplimiento total en los préstamos hipotecarios vigentes que incluyan cláusulas de vencimiento anticipado abusivas, con lo cual, la respuesta que brinda el TS de España sobre el análisis de la cláusula de vencimiento anticipado incluida en un préstamo hipotecario es precisa y podría ajustarse a la realidad económica de España. De lo contrario, resultaría inadecuado obligar a los bancos,

---

<sup>461</sup> ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores... *op. cit.* pp. 35-36.

a que, ante comportamientos de flagrante morosidad éstos no tengan la posibilidad de ejercer el vencimiento anticipado de la deuda. Cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, entre las que se incluye el impago de las cuotas de amortización de un préstamo, ejercer la ejecución forzosa del inmueble mediante la cláusula de vencimiento anticipado debe permitirse porque brinda seguridad económica según se argumenta en la Sentencia de 11 de septiembre de 2019 (STS 2761/2019). Sin embargo, a los criterios proporcionados por el TS de España en la Sentencia de 11 de septiembre de 2019 (STS 2761/2019) y la jurisprudencia del TJUE deberían añadirse otros factores relevantes como: (a) examinar el comportamiento del consumidor durante el transcurso del contrato en orden a comprobar la gravedad de su incumplimiento y (b) evaluar las actuaciones del prestamista. El mero hecho de que una cláusula de vencimiento anticipado se ajuste o no a los criterios establecidos por las sentencias antes mencionadas, a mi juicio, todavía no toma en cuenta la naturaleza y propósito del préstamo hipotecario, que, sin duda, trata de la adquisición la vivienda habitual de un consumidor. En consecuencia, podría resultar irrelevante el número de mensualidades vencidas y no satisfechas que el banco haya tenido que aguardar para declarar el vencimiento anticipado de la totalidad de la deuda, pues el órgano judicial deberá analizar de oficio, siempre, la cláusula de vencimiento anticipado y para ello deberá valorar como abusiva si la misma genera, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante que se aprecie teniendo en cuenta la naturaleza del bien objeto del contrato.

El acreedor puede limitar su reclamación a la parte impagada del préstamo, quedando dicha acción amparada ejecutivamente por el art. 693.1 de la LEC de España, en cuyo caso el consumidor conservaría las ventajas que los arts. 579.2 y 682.2.1 de la LEC que se establecen para toda ejecución hipotecaria.<sup>462</sup> Ahora bien, si la posible reclamación, al menos en vía ejecutiva, queda circunscrita a las cantidades efectivamente adeudadas, no hay duda de que la expulsión de la cláusula de vencimiento anticipado es beneficiosa para el consumidor, pero ello conllevaría quitarle la fuerza ejecutiva que posee esta cláusula sobre la garantía hipotecaria y el acreedor perdería una de las herramientas más importantes que es la venta forzosa del inmueble para cobrar la cantidad prestada. Las sentencias aquí comentadas ponderan esta situación y presentan las premisas y/o pautas que deben considerarse para llevar a cabo el contrapeso entre la entidad financiera (profesional) y el deudor hipotecario (consumidor). Estas sentencias atienden, a modo de excepción, la posibilidad de integrar el

---

462 DOMÍNGUEZ ROMERO, JAVIER, *op. cit.* p. 493.

contrato, pero en el análisis de si una cláusula de vencimiento anticipado es abusiva o no, debemos considerar que los préstamos hipotecarios son contratos a largo plazo que reciben un impacto directo de las condiciones y cambios en la economía. Y en general las condiciones y cambios en la economía no son provocados por las actuaciones de los consumidores quienes, en muchas ocasiones, no tienen disponible otro método de financiación para adquirir su vivienda que no sea el préstamo hipotecario.

#### **4.2.3 Cláusula de gastos del préstamo**

En España los gastos asociados a un préstamo hipotecario incluyen: (a) los gastos que corresponden al Arancel Notarial, (b) los Derechos Registrales, (c) el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (IAJD), y (e) los costos de gestión que se relacionan con aquellas tareas o labores necesarias para la inscripción inmediata de la hipoteca en el Registro de la Propiedad. De los gastos antes mencionados el Arancel Notarial y los Derechos Registrales son gastos necesarios del derecho real de hipoteca debido al carácter constitutivo de la inscripción registral (art. 1.875 CC de España y art. 2.2 de la LH de España).

Por otra parte, en el ordenamiento jurídico español los gastos de notaría se imponen mediante el Arancel de los Notarios. (Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre) El art. 63 del Reglamento Notarial remite la retribución de los notarios a lo que se regule en el arancel notarial. (Decreto 2 de junio de 1944) Y se establece que “la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente.” (Regla sexta del Anexo II del RD 1426/1989)

En cuanto a los gastos del Registro de la Propiedad, se establece que los derechos del Registrador se pagarán por aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento. (Regla octava del Anexo II del Arancel de los Notarios (RD 1426/1989, de 17 de noviembre).<sup>463</sup>

Además, en España los préstamos hipotecarios están gravados mediante tributo conforme a la Ley 1/1993, de 24 de septiembre, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (IAJD). El art. 8 de la Ley 1/1993, de 24 de

---

<sup>463</sup> GRAMUNT FOMBUENA, MARILÓ, Los gastos asociados a la constitución de préstamos hipotecarios en la contratación con consumidores: una mirada hacia el futuro, Rev. Jur. Consumidores y Usuarios, marzo (2018) pp. 1-12.

septiembre, dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a) y en la constitución de derechos reales aquel a cuyo favor se realiza este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza el obligado será el prestatario (letra d). El art. 27.1 Ley 1/1993, de 24 de septiembre, sujeta el IAJD a los documentos notariales indicando que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

Ahora bien, a la luz de la doctrina de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, y conforme a interpretación de la Directiva 93/13/CEE, la cláusula de gastos incluida en los préstamos hipotecarios presenta la siguiente interrogante: ¿Quién debe ser considerado “interesado” en el otorgamiento de una escritura pública que documenta un préstamo hipotecario, el prestamista, que es el beneficiado por la garantía hipotecaria, o el prestatario, que de otro modo no habría obtenido el préstamo?<sup>464</sup>

En España, hasta hace muy poco tiempo, los préstamos hipotecarios trasladaban al deudor el pago de todos los gastos de la formalización de la hipoteca. Sin embargo, recientemente el TS de España determinó que la cláusula que atribuye al consumidor, en exclusiva, el pago de todos los gastos derivados de la contratación de un préstamo hipotecario es una cláusula abusiva. En España la estipulación que atribuía al prestatario el pago de los aranceles notariales y registrales del préstamo hipotecario no había generado conflicto, pero basado en la aplicación de la doctrina de cláusulas abusivas, la Sala Primera del TS de España dictó cinco sentencias el 23 de enero de 2019 (RJ 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019), mediante las cuales se expresó sobre la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios y determinó distribuir por mitad el pago de los aranceles notariales.

Comparto el criterio esbozado por el TS de España debido a que entiendo que, el pago de todos los gastos para la formalización de una escritura de hipoteca no debería imponerse a los deudores hipotecarios, de forma exclusiva. Aunque, la documentación de la escritura pública del préstamo reporta un beneficio directo al deudor, el acreedor también se beneficia con la garantía reforzada a través de la hipoteca la cual le concede un privilegio importante en caso de impago del préstamo hipotecario. No corregir, como bien hizo el TS de España, lo relacionado a los gastos que conlleva la formalización del préstamo hipotecario, a mi juicio, hubiera mantenido una situación asimilable a la de un enriquecimiento injusto en tanto que el

---

<sup>464</sup> *Ibid.*

banco continuaría lucrándose indebidamente al ahorrarse unos costos que le corresponde asumir y que había trasladado al consumidor mediante el uso de una cláusula abusiva. Además, comparto el criterio establecido en el Fundamento Jurídico Sexto, punto 4 de la Sentencia de 23 de enero de 2019 (RJ 46/2019) en cuanto a que mantener sobre el consumidor de forma exclusiva el pago de los gastos de la formalización del contrato de préstamo hipotecario, concedido para la adquisición de una vivienda, tiene similitudes análogas con la figura del pago de lo indebido. Lo anterior, debido a que el consumidor ha sido el único que ha pagado unos gastos mientras que el banco, aunque no haya recibido directamente el pago por parte del deudor se ha beneficiado ahorrándose un pago, en todo o parte, que le correspondía realizar conforme al beneficio que le genera la concesión de un préstamo con garantía real.

Por último, sobre el tema de este epígrafe tenemos que comentar que la normativa europea a través de la Directiva 2014/17/UE, que estaremos analizando en el Capítulo VII de esta tesis, establece que toda copia de un proyecto de contrato de préstamo hipotecario debe incluir un desglose de todos los gastos antes mencionados.

## **5. La tasación del inmueble**

El valor del inmueble es un elemento importante a la hora de conceder un préstamo hipotecario. El objeto de la tasación de los bienes inmuebles es estimar de forma adecuada el precio de los inmuebles utilizados como garantía, de manera que el valor del inmueble permita a las entidades financieras asegurar el riesgo de la concesión de un préstamo hipotecario. En última instancia la seguridad del mercado hipotecario se reconducirá al valor de los bienes inmuebles hipotecados.

Luego de iniciada la crisis económica de 2008, hemos visto como bajo el fundamento de que el precio de los inmuebles no bajaría se prestó alegremente sin valorar adecuadamente la solvencia del deudor hipotecario y su capacidad de reembolso. Puede decirse que, en muchas ocasiones, para decidir si se concedía un préstamo hipotecario tan sólo se tomó en cuenta el valor del inmueble dado en garantía, el cual fue tasado generosamente en base al optimismo prevaleciente en el mercado de que el inmueble valdría más en el futuro llegado el momento de un eventual refinanciamiento o ejecución forzosa. Igualmente, ante la sobrevaloración de los inmuebles proyectada en la tasación se justificó la concesión de préstamos por unas cuantías mayores, situación que trajo consigo problemas de sobreendeudamiento para los consumidores. Esta forma de endeudamiento contribuyó a una dependencia del crédito por parte de los consumidores y la pérdida del inmueble utilizado

como vivienda habitual, cuando se reclamó el pago de la deuda concedida en el préstamo hipotecario mediante la acción de ejecución hipotecaria.<sup>465</sup>

Aunque la valoración del inmueble utilizado como garantía del préstamo hipotecario es determinada por las partes interesadas, esto en la práctica puede ser irreal ya que en la mayoría de los casos el banco que concede el préstamo hipotecario llevará a cabo la tasación del inmueble casi de forma unilateral por un perito tasador, con lo cual, la participación del deudor hipotecario se ha limitado a aceptar la valoración efectuada por encargo del banco.<sup>466</sup>

Como se sabe el valor de los inmuebles es incierto y está sujeto a las fluctuaciones de la oferta y la demanda. Sin embargo, basado en la premisa de que el valor de los inmuebles no bajaría los bancos y las entidades de crédito fueron inventando un escenario de subida de precios y con ello quedaron sentadas las bases de la burbuja inmobiliaria.<sup>467</sup>

## 5.1 Puerto Rico

En el caso de EE. UU. por razones que aún permanecen bajo debate aproximadamente entre el año 1997 hasta el 2006 los precios de las viviendas aumentaron en un 85%.<sup>468</sup> Algunos expertos han indicado que dicho aumento fue influenciado por factores de oferta y demanda que influyeron en la política monetaria de EE. UU. que mantuvo tasas de interés bajas después del desplome de la burbuja tecnológica (*dot-com crash*) ocurrido a finales de la década de 1990. Y esto unido a la flexibilización en las prácticas para la concesión de crédito que ocurrió en el mercado de hipotecas *subprime* y, además, por razones de política pública se buscaba reforzar la adquisición de la vivienda bajo la creencia de que los precios de las

---

465 QUESADA LÓPEZ, PEDRO MANUEL, La tasación del inmueble de cara a su ejecución en la modalidad del procedimiento sobre bienes hipotecados. Impacto del Derecho europeo, Los Contratos de Crédito Inmobiliario, Aranzadi (2017) p. 1182.

466 ADÁN DOMÉNECH, FEDERIC, La ejecución hipotecaria, Delimitación objetiva del proceso de ejecución hipotecaria, J. M. Bosch Editor, Barcelona (2008) pp. 93-149.

467 CUENA CASAS, MATILDE, Evaluación de la solvencia y Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Más de lo mismo. <https://hayderecho.com/2017/05/22/evaluacion-de-la-solvencia-y-anteproyecto-de-ley-de-contratos-de-credito-inmobiliario-mas-de-lo-mismo/> (consulta 19 de febrero de 2019). *Vid.* DE LA PEÑA, LUIS y LÓPEZ FRÍAS, JUAN, Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento jurídico, Rev. Der. Bancario y Bursátil, Lex Nova, Valladolid, 2013, Núm. 130, p. 48. Estos autores indican que durante los años de bonanza económica el mercado crediticio español se caracterizó por una asombrosa facilidad de acceso al crédito, tanto a profesionales como a particulares. La filosofía imperante en este contexto consistía en el otorgamiento de crédito (singularmente crédito hipotecario) en grandes volúmenes, pues las entidades de crédito confiaban en que los deudores podrían hacer frente a sus obligaciones y que, de lo contrario, la ejecución de la garantía les permitiría la recuperación del crédito. Esta creencia se debía a que el mercado inmobiliario estaba en auge y parecía que los precios de la vivienda mantendrían su tradicional crecimiento exponencial sine die.

468 DAVIDSON, NÉSTOR M., New Formalism in the Aftermath of the Housing Crisis, 93 B.U. L. Rev. 389 (2013); SHILLER, ROBERT J., The Subprime Solution: How Today's Global Financial Crisis Happened, and What to Do About It, Princeton University Press, Princeton NJ (2008), p. 196.

propiedades continuarían aumentando independientemente de los factores del mercado.<sup>469</sup> Este aumento en los precios de las viviendas ocasionó que en EE. UU., luego de la crisis financiera de 2007, se comprobó el uso de tasaciones inexactas, inadecuadas y en ocasiones falsas para obtener préstamos hipotecarios. El esquema consistía en que el tasador sobrestima o subestima el valor de la propiedad para inducir a error a una institución financiera o cuando una persona usa la identidad de un tasador certificado por el Estado como si fuera la suya o se hace pasar por un tasador certificado.<sup>470</sup> Al sobrestimar el valor de una propiedad se buscaba vender la propiedad por un valor mayor al de la tasación para conseguir una segunda hipoteca o una hipoteca inicial que eventualmente se dejaría de pagar. En el caso de la subestimación del valor de la propiedad se buscaba un préstamo hipotecario por un periodo de tiempo corto.<sup>471</sup> Los participantes de la industria bancaria, hipotecaria y los reguladores están de acuerdo en que, antes de la crisis financiera de 2007, la sobrevaloración en las tasaciones de los inmuebles se generalizó porque el sistema regulatorio es inconsistente y esta fragmentado. Es decir, la reglamentación y supervisión de las tasaciones en EE. UU. se distribuye entre las autoridades federales, agencias estatales y entidades privadas.<sup>472</sup> Este sistema es complejo y hace que la supervisión de los tasadores se encuentre diluida y distribuida entre una amalgama de entidades públicas y privadas que tiene como resultado una supervisión ineficiente.

En Puerto Rico el profesional encargado de la tasación de un inmueble se le denomina como “Evaluador Profesional Autorizado de Bienes Raíces” y también se le conoce como tasador de bienes raíces. Este profesional posee una autorización formal o licencia expedida por la Junta Examinadora de Evaluadores Profesionales de Bienes Raíces adscrita al Departamento de Estado del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.<sup>473</sup> Un tasador en Puerto Rico debe cumplir con la reglamentación emitida por el Gobierno Federal, regulación que fue creada en los años 80 luego del *savings and loan crisis*, y que exige que todas las tasaciones se realicen de forma independiente e imparcial. El tasador de bienes raíces debe obtener las certificaciones federales que se exigen para ejercicio de esta profesión mediante la

---

469 DAVIDSON, NÉSTOR M., *New Formalism in the Aftermath of the Housing Crisis*, 93 B.U. L. Rev. 389 (2013) *op. cit.* LEVITIN, ADAM J. and WACHTER, SUSAN M., *Explaining the Housing Bubble*, 100 Geo. L.J. 1177, 1181 (2012) y A. W. LO, *Reading About the Financial Crisis: A Twenty-One-Book Review*, 50 J. Econ. Lit. 151 (2012).

470 *Cfr.* FED. FIN. INST. EXAMINATIONS COUNCIL, *THE DETECTION AND DETERRENCE OF MORTGAGE FRAUD AGAINST FINANCIAL INSTITUTIONS: A WHITE PAPER 2* (2009). [https://www.ffiec.gov/Exam/Mtg\\_Fraud\\_wp\\_Feb2010.pdf](https://www.ffiec.gov/Exam/Mtg_Fraud_wp_Feb2010.pdf). (consulta 26 de febrero de 2021).

471 *Ibid.*

472 *Vid.* 12 U.S.C. § 3350(10).

473 *Vid.* 20 L.P.R.A. § 2301

acreditación mediante exámenes para obtener una licencia profesional, debe cumplir con la educación continuada que establece el *Appraisal Foundation* a través del *Appraiser Qualification Board* (AQB) y con las Normas Uniformes de Estándares de Práctica Profesional de Tasación (USPAP).

En Puerto Rico al igual que en los EE. UU. también hemos sufrido la tragedia de la especulación en los valores de los inmuebles en base a la teoría que de los precios de los inmuebles no bajarían. En Puerto Rico las tasaciones ficticias se originaron a través de las prácticas utilizadas para la concesión de un préstamo hipotecario unido a la especulación financiera de las hipotecas *subprime* que se entendían como un instrumento de inversión seguro. Aunque es un punto sujeto a debate, se entiende que la razón por la cual se promovieron las tasaciones de inmuebles por un valor mayor fue debido a la especulación financiera. En Puerto Rico en septiembre del 2013, el *Federal Bureau of Investigation* (FBI) descubrió un esquema de fraude hipotecario que consistía en inflar el valor de las propiedades a través de tasaciones falsas. En este fraude los oficiales de préstamos hipotecarios sometían solicitudes de préstamo con información falsa para que los compradores y vendedores pudieran cualificar para un préstamo con dineros o fondos subsidiados por el *Federal Housing Administration* (FHA). Como resultado el banco aprobaba el préstamo y los que participaban del fraude se repartían el dinero obtenido de la concesión del préstamo hipotecario.<sup>474</sup> Otro caso similar ocurrió en febrero de 2014, en este fraude hipotecario se utilizó información falsa, por ejemplo, tasaciones infladas y se falsificaron documentos para obtener la aprobación de préstamos hipotecarios.

## 5.2 España

En la Unión Europea el primer referente normativo destacable para abordar el tratamiento de la tasación de los bienes inmuebles en el mercado hipotecario fue el informe del grupo de expertos de la Comisión Europea titulado “*The integration of the EU Mortgage Credit Markets,*” publicado por la Comisión Europea en 2004 para el tratamiento de las hipotecas transfronterizas.<sup>475</sup>

---

474 MAÍMI ROSADO, ILEIS Y., Jurisdicción sobre fraude hipotecario en Puerto Rico, 6 No. 1 U. Puerto Rico Bus. L.J. 68 (2014), citando a Federales en la Calle por Fraude Hipotecario, DIARIO DE P.R., 10 de septiembre de 2013.

475 Basado en este informe realizado por un grupo de expertos en el año 2004, la Comisión Europea presentó el Libro Verde, (El crédito hipotecario en la UE (Ref. COM (2005) 327 final) que constituye el inicio de la intervención de la Comisión Europea en los mercados de vivienda y créditos hipotecarios en la Unión Europea. El Libro Verde Ref. COM (2005) 327 final. En sus puntos 37 y 38 se recogieron las propuestas en materia de



Por su parte, en España conforme al art. 682 de la LEC la tasación del inmueble objeto del préstamo constará en la escritura de hipoteca y servirá a su vez como tipo mínimo en caso de subasta. Con esta norma surgen dos problemas: (1) que en la mayoría de las ocasiones el tipo de la subasta casi nunca se negocia y (2) que la legislación hipotecaria no ha dejado claro la vinculación obligatoria entre la tasación efectuada conforme a las exigencias de la LMH, el tipo de subasta acordado por las partes y su aplicación conforme a las modificaciones introducidas en los procesos de ejecución de hipotecas de España.<sup>476</sup>

La tasación de un inmueble utilizado como garantía de un préstamo hipotecario es una institución bastante controvertida por la doctrina y la jurisprudencia española, puesto que la tasación incide directamente en el resultado económico de la subasta y las relaciones económicas que surgen del préstamo hipotecario.<sup>477</sup> En la legislación española el riesgo de que el valor de la finca utilizada como garantía hipotecaria, disminuya o aumente, es asumido por el propietario del inmueble.<sup>478</sup>

La tasación de inmuebles en España se introdujo como requisito de obligado cumplimiento para la emisión de títulos hipotecarios por medio de la LMH porque le permite al prestamista conocer si el inmueble propuesto es adecuado y suficiente para garantizar el

---

tasación hipotecaria. Así las cosas, en el nominal cuarto del Libro Verde se convocó un periodo de consultas de cara a la elaboración de un Libro Blanco sobre el mercado de crédito hipotecario. *Vid.* Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Libro Verde sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas en Europa, 2013 O.J. (C 327/26), [COM(2013) 37 final] puntos 37 y 38. *Cfr.* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2013:327:FULL&from=EN> (consulta 26 de febrero de 2021). Asimismo, tomando en cuenta el impacto del crédito hipotecario en el PIB europeo, en el punto 4.2 del Libro Blanco, la Comisión Europea se comprometía a exhortar a los Estados miembros a facilitar el uso de los informes de tasación de otros países e impulsar la elaboración y utilización de criterios fiables de tasación, como medio para hacer más eficientes sus procedimientos de enajenación forzosa. *Vid.* Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE, COM (2007) 807 final, art. 4.2 <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0807:FIN:ES:PDF> (consulta 26 de febrero de 2021). Los esfuerzos de la Comisión de cara a la creación de un mercado interior del crédito hipotecario se vertieron finalmente en la Propuesta de Directiva sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial de 31 de marzo de 2011, cuya tramitación finalmente produjo la Directiva 2014/17/UE. *Vid.* QUESADA LÓPEZ, PEDRO MANUEL, La tasación del inmueble de cara a su ejecución en la modalidad del procedimiento sobre bienes hipotecados. Impacto del Derecho europeo, Los Contratos de Crédito Inmobiliario, Aranzadi (2017) p. 1193 y nota 34. “Así, y ya en los albores de la Gran Recesión, la Comisión Europea publicó el *Libro Blanco* sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE (COM (2007) 807 final), el 18 de diciembre de 2007. La premisa introductoria fue clara: el crédito hipotecario es, para la mayoría de los ciudadanos de la UE, la inversión financiera más importante de su vida. (nota 34 – Sobre el contrato de crédito como forma contractual básica esencial para la vida vid. NOGLER, LUCA and REIFNER, UDO, *The New Dimensions of Life Time in the Law of Contracts and Obligation*, NOGLER, LUCA y REIFNER, UDO (coords.) *Life Time Contracts*, The Hague, Eleven International Publishing (2014), p. 1 y ss.).

<sup>476</sup> QUESADA LÓPEZ, PEDRO MANUEL, La tasación del inmueble de cara a su ejecución en la modalidad del procedimiento sobre bienes hipotecados. Impacto del Derecho europeo, Los Contratos de Crédito Inmobiliario, Aranzadi (2017) p. 1181.

<sup>477</sup> *Ibid.* p. 1180.

<sup>478</sup> ANDERSON, MIRIAM, La tasación de la finca a efectos de la hipoteca y de su ejecución, *Vivienda e Hipoteca*, DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS (coord.), Ed. Tecnos (2018), p. 202.

préstamo ya que dicha tasación es un requisito para la titulización del crédito hipotecario conforme establece el art. 5-2 de la LMH que indica como requisito que el préstamo garantizado con hipoteca no podrá exceder del 60% del valor de tasación del bien hipotecado y del 80% si se financia la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas.<sup>479</sup> La LMH de España establece que para que un crédito hipotecario pueda ser movilizado mediante la emisión de los títulos regulados en dicha ley, los bienes hipotecados deberán haber sido tasados por los servicios de tasación de las Entidades a que se refiere el artículo segundo, o bien por otros servicios de tasación que cumplan con los requisitos que reglamentariamente se establezcan. (art. 7.1 LMH y art. 8.1 del RMH de España).

En España existe regulación por parte del Estado sobre el ejercicio de la profesión de tasador de bienes raíces. Sin embargo, la independencia y objetividad de los tasadores fue cuestionada al inicio de la crisis económica debido al conflicto de intereses al cual estaban sujetos los tasadores. El aumento en las ejecuciones hipotecarias dejó al descubierto que los bancos y entidades financieras solicitaron tasaciones con valores inflados de los inmuebles utilizados como garantía hipotecaria. Esta actuación por parte de la banca española se hizo para promover que el valor del inmueble en relación al *loan-to-value* estuviese dentro de los márgenes que se utilizaban para cubrir las emisiones de títulos hipotecarios y su posterior titulización en el mercado secundario de hipotecas.<sup>480</sup> Luego de la crisis financiera de 2007 se ha comprobado que durante la época de crecimiento del mercado inmobiliario español, se puso en duda la independencia de los tasadores a menudo agrupados por las propias entidades financieras prestamistas, debido a que dicha relación generó una situación de conflicto de intereses porque los prestamistas demandaban valoraciones generosas para que el *loan-to-value* estuviese dentro de los márgenes exigidos por la LMH en cuanto a la emisión de títulos hipotecarios. Recordemos que en su redacción original, el art. 5 de la LMH establecía que el préstamo garantizado no podía exceder del 75% del valor de tasación, salvo si se financiaba la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, en cuyo caso podría alcanzar el 80%.<sup>481</sup> Además, sobre este particular se evidenció que más del 90% de las tasaciones sobre bienes inmuebles hipotecados llevadas a cabo durante los años 1998 al 2007 fueron realizadas para propósitos financieros relacionados con la cobertura de títulos hipotecarios y

---

479 QUESADA LÓPEZ, PEDRO MANUEL, *op. cit.* p. 1183.

480 ANDERSON, MIRIAM and SIMÓN MORENO, HÉCTOR, *The Spanish Crisis and the Mortgage Credit Directive: Few Changes in Sight*, Europa Law Publishing (2017), pp. 69-70.

481 ANDERSON, MIRIAM, *La tasación de la finca a efectos de la hipoteca y de su ejecución...op. cit.* p. 189.

se entiende que las tasaciones efectuadas durante dicho periodo han sido uno de los factores relacionados con el sobreendeudamiento de los consumidores.<sup>482</sup>

Conforme a lo antes dicho, las agencias de tasación en España han jugado en cierta forma un papel parecido al de las agencias acreditadoras de crédito (*rating agencies*) de EE. UU. Citando al economista GARCÍA MONTALVO, el escenario era el siguiente, cuando un cliente acudía a un banco y solicitaba un crédito para comprar una vivienda el banco enviaba a una empresa de tasación a valorar el inmueble. Si el cliente no podía pagar el 20% de la entrada, la operación se perdía, en cambio si el tasador aumentaba el valor de la vivienda lo suficiente, entonces el cliente podía conseguir hasta el 100% (o más) en la financiación del préstamo hipotecario basado en el valor del inmueble. Ahora bien, ¿qué incentivo puede tener una empresa de tasación para entrar en este juego? Los datos revelados luego del inicio de la crisis económica de 2008 demuestran que más del 50% de las tasaciones realizadas en España, en un año concreto, fueron hechas por empresas de tasación en donde los bancos y las cajas de ahorro tenían participaciones (ya sea como socios o como accionistas de una corporación). Toda esta situación evidenció que los incentivos de bancos, agencias de tasación y solicitantes de crédito estaban alineados en la dirección contraria al interés general y a la estabilidad financiera a largo plazo. Esta relación banco/tasador dio lugar a incentivos perversos, como el ajuste de los valores de tasación conforme a las necesidades financieras de las familias, en lugar de reflejar el valor real de las propiedades. Este fenómeno resultó ser muy peligroso debido a que las tasas de impago aumentaron exponencialmente para hipotecas con una relación *loan-to-value* superior al 80%.<sup>483</sup>

Toda esta situación fue comentada por el TS de España, en la sentencia emitida por la Sala Primera de lo Civil, el 18 de julio de 2013 (RJ 478/2013), mediante la cual se responsabilizó a una sociedad de tasación por los perjuicios derivados de la sobrevaloración de varios inmuebles sobre los que se constituyeron hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios. De los hechos de esta sentencia se desprende que, el valor asignado a cada uno de los inmuebles en los trámites previos a la concesión de los préstamos, fueron muy superiores al valor de mercado de los mismos inmuebles en aquella época. La sentencia determinó que tal sobrevaloración por parte de la entidad financiera (que incumplió con la verificación de la suficiencia de las garantías antes de conceder los préstamos) y en concreto

---

482 ANDERSON, MIRIAM and SIMÓN MORENO, HÉCTOR, *op. cit.* pp. 69-70. Vid. GÓMEZ-BEZARES REVUELTA, ANA, GÓMEZ-BEZARES PASCUAL, FERNANDO and JIMÉNEZ EQUIZÁBAL, JUAN ALFREDO, Regulación de la tasación inmobiliaria (2015) 6 Rev. Der, Empresa y Sociedad (REDS) pp. 155-172 y NASARRE AZNAR, SERGIO, Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria (2011) 727 Rev. Crítica Der. Inmobiliario, pp. 2686.

483 GARCÍA MONTALVO, JOSÉ, *op. cit.* p. 257.

del director de una oficina, fue un esquema para encargar tasaciones a una sociedad tasadora específica. El TS determinó que el encargo de las tasaciones por el director de la oficina no eximía de llevar a cabo las tasaciones de forma correcta, así como tampoco eximía de responsabilidad a la sociedad tasadora y al profesional. En este caso se probó la existencia de un convenio de colaboración entre la entidad financiera y la sociedad tasadora, en virtud del cual el solicitante del préstamo debía de aceptar que la tasación se hiciese por la sociedad tasadora, aunque al final fuera él quien pagará los honorarios por la tasación.<sup>484</sup>

Las malas prácticas llevadas a cabo por las entidades de tasación, tales como adjudicar a los inmuebles un valor inflado, en muchas ocasiones por presiones de los bancos, permitieron al comprador financiar no solo el precio de compra del inmueble sino todos los gastos y comisiones para la concesión del préstamo hipotecario e incluso el mobiliario. El valor de la garantía se consideraba suficiente criterio para conceder el préstamo con independencia de la situación laboral o económica del deudor. Por tanto, una vez el deudor perdía su trabajo, a consecuencia de la crisis económica de 2008, el valor del inmueble se derrumbaba y se producía el efecto pernicioso de que el prestatario perdía su vivienda y continuaba atado al préstamo hipotecario teniendo que abonar a la deuda residual.

La jurista CUENA CASAS destaca tres irregularidades respecto a la tasaciones practicadas en España: (1) fallo de la tasación atribuyendo al inmueble un valor inflado, (2) préstamo por encima del 80% del valor de tasación y (3) créditos de cuantías excesivas con relación a la capacidad económica del deudor.<sup>485</sup>

En España para atender el problema de la valoración de los inmuebles se han aprobado disposiciones que establecen códigos de conducta que parecen adecuarse a los estándares internacionales. Sin embargo, en la normativa española brillan por su ausencia las referencias a los criterios del Comité Internacional de Normas de Valoración (IVSC),<sup>486</sup> del Grupo Europeo de Asociaciones de Tasadores (TEGoA), que publica los EVS (*European Valuation Standards*)<sup>487</sup> y el *Royal Institution of Chartered Surveyors* (RICS).<sup>488</sup>

---

484 QUESADA LÓPEZ, PEDRO MANUEL, *op. cit.* p. 1200.

485 CUENA CASAS, MATILDE, La insolvencia de la persona física: prevención y solución, *Anales de la Academia Matritense del notariado*, Colegio Notarial de Madrid, 2015, p. 463-518, 505.

486 ANDERSON, MIRIAM, La tasación de la finca a efectos de la hipoteca y de su ejecución... *op. cit.* nota 27 p. 197. Los criterios IVS pueden verse en <https://www.ivsc.org/standards/international-valuation-standards>. (consulta 26 abril de 2021).

487 *Ibid.* nota 28, p. 197. Disponibles en <https://www.tegova.org/en/p4912ae3909e49>. (consulta 26 abril de 2021).

488 *Ibid.* nota 29, p. 197. Sus estándares pueden hallarse en <https://www.rics.org/es/knowledge/estandares-profesionales>. (consulta 26 de abril de 2021).

En España, se ha prohibido que las entidades financieras adquieran o mantengan participaciones significativas en las sociedades dedicadas a la tasación de inmuebles.<sup>489</sup>

## **6. Diferencias y coincidencias en Puerto Rico y España sobre la comercialización del préstamo hipotecario**

Como coincidencia, antes de la crisis económica de 2008, tanto en Puerto Rico como en España, hubo falta de información o asesoramiento y no se valoró la solvencia del deudor al momento de conceder un préstamo hipotecario. En Puerto Rico y España se incurrió en *tying and bundling practices* como herramienta de mercadeo para atraer a los consumidores. Y además, se sobrevaloraron los inmuebles utilizados como garantía del préstamo hipotecario para cubrir las necesidades financieras de los bancos (en términos de cubrir las emisiones de títulos hipotecarios y su posterior titulización en el mercado secundario de hipotecas), y a su vez, para cubrir las necesidades financieras de los consumidores a quienes se les financió no solo el precio de compra del inmueble sino todos los gastos y comisiones para la concesión del préstamo hipotecario, y en ocasiones, incluso hasta el mobiliario o las vacaciones familiares.

Como diferencia entre ambos países se encuentra la aplicación de la doctrina de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor. Y es que la protección de los derechos de los consumidores en Puerto Rico es diferente en comparación con España. En EE. UU. y Puerto Rico los derechos de los consumidores se le conoce como *consumer law* y se fundamenta en dos pilares: (1) la protección al consumidor y (2) la defensa de la competencia. En cuanto a la defensa de la competencia, hay que mencionar que en EE. UU. su desarrollo se debe en gran parte al sistema del *common law* y la jurisprudencia interpretativa de la ley antimonopolio conocida como la *Sherman Act* que fue aprobada en 1890 por el Congreso de los EE. UU. La *Sherman Act* se basa en la presunción de que el consumidor elige de forma racional y que dicha elección del consumidor está basada en las verdaderas preferencias del consumidor.<sup>490</sup> Sin embargo, como coincidencia podemos comentar que al igual que en la Unión Europea la protección de los consumidores que se profesa en EE. UU. tiene su origen en la tutela del mercado unido a la protección de los consumidores, con lo cual vemos como en ambas jurisdicciones el propósito es que no se

---

489 ANDERSON, MIRIAM, La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios y su previsible impacto en el Derecho español, Marcial Pons (2016), p. 59.

490 WRIGHT, JOSHUA D., The Antitrust/Consumer Protection Paradox: Two Policies at war with each other, Yale Law Journal, 121 Yale L.J. 2216 (2012).

pueda manipular el mercado. Para lograr este objetivo es importante que las empresas que compiten en un mercado común lo hagan en igualdad de condiciones y para ello ninguna de las empresas puede utilizar o incurrir en prácticas engañosas en contra los consumidores. Por ejemplo, las empresas o el profesional no pueden utilizar prácticas que induzcan o engañen a los consumidores, y eso fue precisamente lo que ocurrió en la comercialización de préstamos hipotecarios concedidos antes de la crisis económica de 2008.

Como diferencia en Puerto Rico y EE. UU. no se ha cuestionado que las cláusulas incluidas en los préstamos hipotecarios reflejen el uso de “*cláusulas abusivas*,” o que en su caso se refieren al uso de prácticas que constituyan, induzcan o engañen a los consumidores. Sin embargo, a la luz de la crisis económica de 2008 entendemos que los términos y condiciones de los préstamos hipotecarios concedidos en Puerto Rico, en específico aquellos que se concedieron antes de la crisis financiera de 2007, deben ser revisados. En particular, el contenido de la cláusula de intereses moratorios, la cláusula de vencimiento anticipado y la cláusula de gastos de los préstamos hipotecarios. Según hemos analizado en la parte correspondiente a España, estas cláusulas han sido objeto de distintas modificaciones por encontrarse que las mismas incluían términos que fueron declarados abusivos por la normativa europea.

A pesar de la diferencia que existe en Puerto Rico y España sobre la aplicación de la doctrina de cláusulas abusivas, vemos pues, como en ambas jurisdicciones se concedieron préstamos con garantía hipotecaria en donde se suponía que el valor del inmueble utilizado como garantía del préstamo hipotecario siempre aumentaría unido al diseño de algunos préstamos que cambiaron la forma tradicional de la amortización del capital y el cobro de los intereses pactados. A mi juicio, el diseño de la partida de intereses en un préstamo hipotecario es de vital importancia a la hora de realizar un análisis que pondere las implicaciones de esta partida junto con las demás cláusulas de préstamo, toda vez que el cobro de los intereses es la razón principal por la cual el acreedor se arriesga y concede el préstamo. El objetivo del acreedor es lograr la devolución de dinero prestado con el aumento de sus ingresos a través de la remuneración de los intereses pactados. El análisis de la partida de intereses unido a otras cláusulas del préstamo, el valor de tasación del inmueble y los procesos de ejecución hipotecaria son materias de obligado estudio si se quiere lograr la noción del préstamo hipotecario responsable.

## CAPÍTULO VI: PROCESOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

La acción real que permite la hipoteca es una manifestación procesal del derecho a la realización del crédito hipotecario mediante la venta forzosa del inmueble hipotecado cuyo valor se extrae en la fase ejecutiva.<sup>491</sup> De ahí surge precisamente la justificación de los procedimientos de ejecución de hipotecas. Además, se entiende que luego de hipotecar sólo será necesario que el dueño (deudor o tercer poseedor) tenga conocimiento de la enajenación del bien hipotecado, para que intervenga en el proceso y conozca el precio que se obtiene en la venta forzosa.

### 1. Puerto Rico: Ejecución judicial

En Puerto Rico el procedimiento de ejecución de hipoteca es exclusivamente judicial y se encuentra regulado en las disposiciones de la Ley 210/2015, de 8 de diciembre, Ley del Registro de la Propiedad Inmobiliaria del Estado Libre Asociado de Puerto Rico<sup>492</sup> (en adelante LH de Puerto Rico) y las Reglas de Procedimiento Civil de Puerto Rico.<sup>493</sup>

Destacamos que el procedimiento de ejecución de hipotecas utilizado en Puerto Rico hasta el 2015 (bajo la LH de Puerto Rico de 1979) procede de la Ley Hipotecaria de Ultramar de España. Se trata del antiguo procedimiento judicial sumario del art. 131 de la LH de

---

491 No obstante, el art. 1.859 del CC de España establece que el acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas. El art. 1.758 del CC de Puerto Rico de 1930 es igual al art. 1.859 del CC de España. Sin embargo, la redacción del art. 1.758 del CC de Puerto Rico de 1930 cambió con el CC de Puerto Rico de 2020, y ahora el art. 998 del CC de Puerto Rico de 2020 sobre inapropiabilidad del bien gravado establece que: “El acreedor titular de un derecho real de garantía no puede apropiarse ni disponer del bien gravado, salvo si lo adquiere por la vía de ejecución correspondiente. Cualquier pacto distinto es nulo y se tiene por no escrito.” Es decir, tanto en España como en Puerto Rico se prohíbe al acreedor que se apropie de las cosas empeñadas o hipotecadas sólo por el hecho de que la obligación no se cumpla y le prohíbe igualmente que disponga de ellas como dueño ni antes ni después de vencer la obligación.

492 Esta Ley crea el Registro Inmobiliario Digital del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, deroga la Ley 198/1979 de 8 de agosto, según enmendada, conocida como “Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad” y su Reglamento, deroga la Ley 8/1906 de marzo, según enmendada, conocida como “Ley de Inscripción de Sentencias que Crean Gravámenes sobre Bienes Inmuebles,” deroga la Ley 15/1909 de marzo, según enmendada, conocida como “Ley de Registro de Embargos a favor del Estado Libre Asociado,” deroga la Ley 12/2010, según enmendada, conocida como “Ley para crear un Gravamen por Contribuciones a favor del Estado Libre Asociado,” deroga la Ley 54/1964 de 13 de junio, conocida como “Registro de Gravámenes por Contribuciones a favor de los Estados Unidos de América,” deroga los Artículos 10 al 19 y del 22 al 25 del Código de Comercio de 1932, conocido como el Registro Mercantil.

493 *Id.* 32 L.P.R.A. Apéndice V – Reglas de Procedimiento Civil de 2009. T. 32 Ap. V, § 1 Alcance de estas reglas - Estas reglas regirán todos los procedimientos de naturaleza civil ante el Tribunal General de Justicia. Se interpretarán de modo que faciliten el acceso a los tribunales y el manejo del proceso, de forma que garanticen una solución justa, rápida y económica de todo procedimiento.

España que fue implementado con la reforma de la LH de España 1909.<sup>494</sup> Hacemos esta referencia ya que puede concluirse que en Puerto Rico hasta el año 2015 se utilizaba el procedimiento sumario de ejecución de hipotecas del art. 131 de la LH de España, el cual, según comentaremos más adelante en este capítulo, es muy similar al procedimiento especial de ejecución hipotecaria que establece la LEC de España.

### 1.1 Requisitos del proceso judicial de ejecución de hipotecas

La hipoteca puede ser ejecutada cuando la deuda que garantiza se encuentra vencida, en todo o en parte, en cuanto a su principal e intereses. La demanda de ejecución de hipoteca se presentará en el Tribunal en donde se encuentre localizado el inmueble hipotecado y la misma será dirigida contra el titular que tenga inscrito el derecho sobre la finca hipotecada.

En Puerto Rico las hipotecas, en su mayoría, se realizan a través de instrumentos negociables como son los pagarés (*note* o *promissory note*).<sup>495</sup> Los pagarés hipotecarios constituyen la base del financiamiento residencial en Puerto Rico.<sup>496</sup> La LH de Puerto Rico identifica las hipotecas en garantía de instrumentos negociables y en los casos de ejecución, el acreedor hipotecario debe cumplir con las disposiciones de la legislación mercantil relacionadas con el cobro de los instrumentos negociables. El art. 96 de la LH de Puerto Rico incluye las disposiciones de la legislación mercantil y armoniza la legislación registral con la regulación de los instrumentos negociables definidos en la Ley 208/1995, de 17 de agosto, según enmendada, conocida como la “Ley de Transacciones Comerciales.” Esta ley incorporó en el ordenamiento jurídico de Puerto Rico el *Uniform Commercial Code* de EE.

---

494 JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN, La ejecución del derecho de crédito: ejecución ordinaria e hipotecaria, La prevención del sobreendeudamiento privado: Hacia un préstamo y consumo responsables, CUENA CASAS, MATILDE y ALCANIZ MIRAÑO, VICENTE (coords.), Thompson Reuters Aranzadi (2017), nota 43, p. 661. Esta autora nos indica en la nota 43 que el antiguo procedimiento sumario del art. 131 de la LH de España fue implementado en España con la reforma de la LH de España de 1909 y dicho procedimiento judicial sumario procedía de la Ley Hipotecaria de Ultramar.

495 *Vid.* 19 L.P.R.A. § 504 Sección 2-104. — Instrumento Negociable: (a) Salvo según se dispone en las subsecciones (c) y (d), “instrumento negociable” significa una promesa o una orden incondicional de pago de una cantidad específica de dinero, con o sin intereses u otros cargos descritos en la promesa u orden, si el mismo: (1) es pagadero al portador o a la orden al momento de su emisión o cuando primero adviene a la posesión de un tenedor; (2) es pagadero a la presentación o en una fecha específica; y (3) no especifica otro compromiso o instrucción por parte de la persona que promete u ordena el pago que no sea el pago del dinero, pero la promesa u orden puede contener (i) un compromiso o poder para dar, mantener o proteger la colateral para garantizar el pago, (ii) una autorización o poder al tenedor para admitir sentencia o liquidar la colateral o disponer de ella de otra forma, o (iii) una renuncia al beneficio de cualquier ley que exista concediéndole una ventaja o protección a un deudor.

496 *Cfr.* Exposición de motivos de la Ley del Registro de la Propiedad Inmobiliaria.



UU. (en adelante UCC). El art. 96 de la LH de Puerto Rico<sup>497</sup> tiene como propósito cumplir con los requisitos que establece el UCC sobre el cobro de instrumentos negociables. Por tanto, cuando el instrumento negociable está en posesión del acreedor, rige la Sección 2–308. (19 LPRA § 608)<sup>498</sup> Si el acreedor produce el instrumento negociable con su demanda se activan una serie de presunciones que en la mayoría de los casos simplifican el proceso de ejecución hipotecaria. Cuando el instrumento negociable se encuentra perdido, fue destruido o el acreedor no puede producirlo, se deberá cumplir con la Sección 2–309. (19 LPRA § 609).<sup>499</sup> Dicha disposición obliga al acreedor a acreditar ante el Tribunal los términos y condiciones del instrumento negociable, así como su legitimación para demandar y ofrece garantías al deudor contra los riesgos de una posible acción futura instada por un tercero para el cobro del mismo pagaré o instrumento negociable.<sup>500</sup> La Regla 104.1 del Reglamento 8814, Reglamento General para la Ejecución de la LH de Puerto Rico<sup>501</sup> añade que en todos los casos en que la hipoteca ejecutada garantiza un pagaré o un instrumento negociable, este se cancelará al momento de otorgarse la escritura de adjudicación.

## **1.2 Oposición a la ejecución hipotecaria**

En Puerto Rico se exige el fiel cumplimiento con las disposiciones de la LH de Puerto Rico y las Reglas de Procedimiento Civil y su jurisprudencia interpretativa, para poder ejecutar validamente la garantía real que concede la hipoteca, y a su vez, cobrar el importe no pagado de un préstamo hipotecario. Conforme a las Reglas de Procedimiento Civil de Puerto Rico una vez el deudor es emplazado con copia de la demanda de ejecución de hipoteca éste debe presentar su contestación a la demanda en un periodo de 30 días. De no presentar la contestación a la demanda, el acreedor hipotecario podrá solicitar que se le anote la rebeldía al deudor, que se dicte sentencia por la deuda reclamada y que se proceda con la venta judicial del inmueble hipotecado.

---

497 *Vid.* 30 L.P.R.A. § 6133. Titular inscrito; demanda - En todo caso de procedimiento de ejecución de hipoteca se demandará al titular inscrito. En los casos de ejecución de hipotecas que garantizan instrumentos negociables, deberá darse cumplimiento a las disposiciones de la legislación mercantil vigente relativas al cobro de tales instrumentos.

498 *Vid.* 19 L.P.R.A. § 608 - Prueba de las firmas y de la condición de tenedor de buena fe.

499 *Vid.* 19 L.P.R.A. § 608 - Cumplimiento de un instrumento perdido, destruido o robado.

500 *Cfr.* Exposición de motivos de la Ley del Registro de la Propiedad Inmobiliaria.

501 Se trata del Reglamento General para la Ejecución de la Ley del Registro de la Propiedad Inmobiliaria del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, conocido como el Reglamento Núm. 8814 aprobado el 31 de agosto de 2016, según enmendado.

Ahora bien, debido al aumento en los casos de ejecución de hipotecas la legislatura de Puerto Rico promulgó varias leyes que paralizan el proceso de ejecución de hipotecas con el propósito de buscar alternativas a la ejecución hipotecaria. Se trata de la Ley 184/2012, de 17 de agosto de 2012, Ley para la Mediación Compulsoria y Preservación de tu Hogar en los procesos de Ejecuciones de Hipoteca de una Vivienda Principal, y la Ley 169/2016, de 9 de agosto, Ley de Ayuda al Deudor Hipotecario. Estas legislaciones las estaremos discutiendo, más adelante, en el Capítulo VIII de esta tesis.

### **1.3 Subasta del inmueble hipotecado**

En Puerto Rico transcurridos treinta días de notificada y archivada la sentencia concediendo la ejecución hipotecaria, sin que la misma sea objeto de revisión judicial, dicha sentencia adviene final y firme. Cuando la sentencia adviene final y firme, el Tribunal ordenará a instancia del ejecutante la expedición del correspondiente mandamiento para que el alguacil proceda con la subasta del inmueble hipotecado. Previo a la subasta se publicará un edicto de conformidad con las Reglas de Procedimiento Civil de Puerto Rico. (art. 99 de la LH de Puerto Rico)

La subasta se celebrará en el día, hora y sitio indicado en el edicto, ante el alguacil asignado a la sala del Tribunal de Primera Instancia que atienda el procedimiento de ejecución de hipoteca. El tipo mínimo para la primera subasta será el precio de la finca fijado en la escritura de hipoteca y no se admitirá oferta inferior a dicho tipo. Si no se produce remate ni adjudicación en la primera subasta, el tipo mínimo para la segunda subasta será dos terceras (2/3) partes del precio pactado en la escritura de hipoteca. Si tampoco se produce remate ni adjudicación en la segunda subasta, regirá como tipo de la tercera subasta la mitad del precio pactado que equivale al 50% de la deuda contraída en el préstamo hipotecario. Cuando se declare desierta la tercera subasta se adjudicará la finca a favor del acreedor por la totalidad de la cantidad adeudada en el préstamo hipotecario. Si el precio de la venta del inmueble ejecutado es mayor a la cantidad adeudada, el precio obtenido en la venta judicial se abonará a la deuda y el sobrante se entregará a los acreedores que tengan cargas inscritas posteriores a la hipoteca ejecutada y al deudor. Si el precio obtenido en la venta judicial es menor que la cantidad adeudada quedará una deuda residual pendiente de pago y el deudor hipotecario podrá ser requerido del pago de esta deuda mediante una acción personal. (art. 104 de la LH de Puerto Rico y art. 1.156 del CC de Puerto Rico). Es decir, en Puerto Rico es de aplicación el principio de responsabilidad universal en donde el deudor responde con

todos sus bienes presentes y futuros.

Terminada la subasta, el alguacil levantará un acta en la que hará constar la fecha, hora, sitio y forma en que se celebró la subasta, los licitadores que en ella intervinieron, las ofertas que se hicieron hasta llegar a la venta o adjudicación del bien ejecutado. El alguacil entregará una copia del acta al acreedor ejecutante y otra al deudor. El acreedor ejecutante, el deudor, el tercer poseedor o cualquier postor, podrá objetar por escrito el procedimiento llevado a cabo en la subasta. (art. 105 de la LH de Puerto Rico).

Una vez que se celebró la subasta, el alguacil devolverá a la Secretaría del Tribunal el mandamiento y el acta junto con el edicto y demás documentos relacionados con la subasta incluyendo cualquier objeción al procedimiento para que el juez dicte y notifique orden confirmando la adjudicación o venta del inmueble hipotecado.

El Secretario del Tribunal pasará inmediatamente todo el expediente del procedimiento al Juez que atendió la demanda de ejecución de hipoteca y éste dentro de diez (10) días siguientes examinará el expediente para cerciorarse de que todos los trámites del procedimiento se cumplieron según los requisitos que establece la LH de Puerto Rico. El Tribunal no podrá ordenar la cancelación de los créditos inscritos o anotados con posterioridad a la hipoteca objeto de ejecución y con anterioridad a la anotación de demanda, si sus acreedores no fueron citados a la subasta. (art. 114 de la LH de Puerto Rico). Los que inscriban sus derechos con posterioridad a la anotación de demanda de ejecución de hipoteca se entenderán notificados de la existencia del pleito para todos los efectos legales y se entenderá que han consentido a la cancelación de sus asientos en caso de venta judicial. (art. 115 de la LH de Puerto Rico). Cuando alguno de los acreedores posteriores no haya sido notificado de la subasta, el acreedor ejecutante o el adjudicatario le notificará con posterioridad a la misma, a los efectos de que solicite, si así lo estima conveniente, la celebración de una nueva subasta, o pague el importe de la postura que obtuvo la buena pro. Si transcurren veinte (20) días desde la notificación sin que se tome acción, el tribunal ordenará la cancelación de los gravámenes. (art. 111 de la LH de Puerto Rico).

Para asegurar el cumplimiento con las exigencias de la LH de Puerto Rico se creó la “Orden de confirmación de adjudicación o venta judicial” para todo caso de cobro de dinero y ejecución de hipoteca sin la cual no será inscribible la adjudicación del inmueble en el Registro de la Propiedad.<sup>502</sup> El acreedor hipotecario podrá tramitar un nuevo procedimiento de ejecución cuando la venta no sea confirmada por error en el procedimiento o cualquier

---

<sup>502</sup> Esta orden, a su vez, de conformidad con la Regla 107.1 del Reglamento 8814 permite que el notario pueda recomendar al acreedor ejecutante que solicite la referida orden el mismo día de la subasta.

otra razón que determine el Tribunal. Si el Tribunal no confirma la adjudicación o venta, la misma quedará sin efecto y no tendrá valor jurídico alguno, devolviéndose el precio pagado al comprador en la subasta. (art. 107 de la LH de Puerto Rico).

La nueva LH de Puerto Rico fue enmendada a través de la Ley 132/2016, de 5 de agosto, para clarificar varios aspectos, entre los cuales se encuentran los siguientes: (a) el art. 102 de la LH de Puerto Rico para eliminar el requisito de que el alguacil que celebra la subasta tenga ante sí una certificación registral para fines de expedir el edicto de subasta correspondiente,<sup>503</sup> (b) la orden de confirmación del art. 107 de la LH de Puerto Rico es indispensable para la inscripción de la adjudicación o venta en el Registro de la Propiedad y (c) el art. 112 establece que vendida o adjudicada la finca o derecho hipotecado, y consignado el precio correspondiente, el alguacil que celebró la subasta procederá a otorgar la correspondiente escritura pública de traspaso.<sup>504</sup> La Ley 132/2016, de 5 de agosto, fue aprobada para promover la economía procesal en los casos de ejecución de hipotecas y cónsono con ese fin se redujo el término de 60 a 20 días para que el alguacil ponga en posesión judicial al nuevo dueño si así este lo solicita.<sup>505</sup>

#### **1.4 El *mortgage servicer* de EE. UU. en los procesos de ejecución de hipotecas en Puerto Rico**

##### **1.4.1 Gastos incurridos por el administrador de un préstamo hipotecario en el procedimiento de ejecución de hipoteca**

Conforme hemos mencionado previamente en Puerto Rico el banco que concede el préstamo hipotecario no siempre hace la gestión y administración del préstamo hipotecario. Esta gestión y administración del préstamo hipotecario la realiza la figura del *mortgage servicer* que discutimos en el Capítulo III de esta tesis sobre “El contrato de préstamo con garantía hipotecaria.” Dicho lo anterior, comentamos que en Puerto Rico el administrador del préstamo hipotecario es responsable de todos los costos y gastos incurridos en los procedimientos de ejecución de hipoteca. El costo para llevar a cabo dichos procedimientos será adelantado y/o reembolsado al administrador del préstamo hipotecario por el fideicomiso (*trust*). Usualmente en los contratos para la administración de los préstamos hipotecarios se

---

503 QUINTANA LLORENS, LOURDES I., Análisis Legislativo: El impacto de la nueva Ley Hipotecaria en la función notarial, 86 Rev. Jur. U.P.R. 715, (2017).

504 *Ibid.*

505 *Ibid.*

pacta, entre otras cosas, la fecha en la cual se debe llevar a cabo el procedimiento de ejecución de hipoteca. Por ejemplo, si el préstamo hipotecario se encuentra en mora por un período de 120 días o más, el administrador del préstamo hipotecario deberá iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria.

#### **1.4.2 Gastos incurridos por el administrador de un préstamo hipotecario luego de la ejecución de hipoteca**

El administrador del préstamo hipotecario será reembolsado por los gastos relacionados con la preservación, restauración y reparación de las propiedades que han sido recuperadas luego de un proceso de ejecución de hipoteca. Esto es, será reembolsado por los gastos relacionados con la gestión y liquidación de las propiedades recuperadas. En Puerto Rico las propiedades recuperadas en un procedimiento de ejecución de hipotecas se les denomina como *Real Estate Owned* o *REO property*.

## **2. España: Pluralidad de sistemas de ejecución**

En España los procedimientos para el ejercicio de la acción hipotecaria constan en la LEC, 506 la LH (art. 129) y el RH.507 El acreedor hipotecario puede utilizar: (a) el proceso de ejecución especial o procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles de los arts. 681 a 698 de la LEC, (b) el proceso de ejecución ordinario o común por cuanto dispone de un título ejecutivo a través del art. 517.2.4 LEC y (c) la venta extrajudicial notarial del art. 129 LH.508 La postura mayoritaria tanto en la doctrina como en la jurisprudencia (incluida la denominada jurisprudencia registral) indica que el acreedor hipotecario goza de plena libertad a la hora de decidir el procedimiento a través del cual hacer efectivo su derecho.

### **2.1 Procedimiento especial hipotecario: ejecución directa sobre bienes inmuebles**

---

506 *Cfr.* Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero.

507 *Vid.* Decreto de 14 de febrero de 1947 (BOE Núm. 106, de 16 de abril de 1947).

508 DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, Especialidad de la vivienda habitual como objeto de la hipoteca, Vivienda e Hipoteca, Ed. Tecnos (2018), p. 259.

El procedimiento especial hipotecario es un procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles regulado por la LEC de España.<sup>509</sup> Este procedimiento especial recoge la mayoría de las reglas que integraban el derogado art. 131 de la LH de España conocido como el procedimiento judicial sumario. La LEC de España reformó y derogó el procedimiento de ejecución de hipotecas sumario, pero por la importancia que tuvo en España este procedimiento durante casi un siglo (1909 hasta 2000), incluiremos algunas referencias al mismo en nuestro análisis debido a la similitud normativa del procedimiento judicial sumario con el procedimiento especial de ejecución de hipoteca que establece la LEC de España.<sup>510</sup>

---

509 ARMENTA DEU, TERESA, Lecciones de Derecho procesal civil, Proceso de Declaración. Proceso de Ejecución. Procedimientos Especiales. Arbitraje y Mediación (Undécima edición), Marcial Pons (2018), p. 48 *op. cit.* “La Ley 1/2000, de 7 de enero, LEC acude a tres instrumentos claramente favorables a la más pronta tutela del derecho del acreedor tales como: (a) la ejecución provisional de las sentencias del Tribunal de Primera Instancia pasa a ser el supuesto ordinario aun cuando se interponga recurso contra ellas, (b) se introduce el proceso monitorio que en esencia a través del mismo se persigue obtener un título ejecutivo mediante la presentación de una acreditación inicial documentada (el acreedor que tiene una factura, la presenta ante el juez, quien reclama al deudor, si este se opone se abre el juicio que corresponda, si no se opone o no contesta, la factura deviene título ejecutivo y se puede iniciar la ejecución directamente) y (c) se adoptan una serie de medidas que refuerzan la ejecución, por ejemplo, hacer recaer sobre el deudor la obligación de manifestar sus bienes, permitir la realización forzosa a cargo de entidades especializadas o incluir multas coercitivas ante el incumplimiento del deudor ejecutado.”

510 *Ibid.* pp. 46-47, *op. cit.* “Antes de la reforma de la LEC realizada a través de la Ley 1/2000 de 7 de enero, la LEC de España se remontaba al año 1881 y la misma había entrado en vigor luego de varios años de la aprobación de la LH de 1861. *Vid.* CAMPUZANO Y HORMA, FERNANDO, Principios Generales de Derecho Inmobiliario y Legislación Hipotecaria, 2da Ed., Instituto Editorial Reus, Madrid (1941), p. 303. “El procedimiento que establecía la LEC de 1881 era un procedimiento de ejecución ordinario que se seguía para hacer efectivos los créditos hipotecarios. Este procedimiento de la LEC de 1881 se consideraba un procedimiento dilatorio y dispendioso, por lo que era evidente la conveniencia de sustituirle por otro procedimiento más rápido y económico. Además, se decía que resultaba injusto que se empleasen los mismos trámites para cobrar una deuda ordinaria, que para reintegrarse de aquellas otras que llevaban la garantía de una escritura pública, una inscripción y un inmueble afecto a la responsabilidad por la deuda.” Basado en dichas razones, se creó el procedimiento judicial sumario, procedimiento que en realidad no era un juicio, sino simple y sencillamente una ejecución que tomaba como punto de partida la existencia de la escritura pública dando a esta la categoría de una sentencia.” *Vid.* GIMÉNEZ ARNAU, ENRIQUE, Tratado de Legislación Hipotecaria, Tomo II, Ediciones Españolas S.A., Madrid (1941), p. 153. “El antiguo procedimiento judicial sumario era el procedimiento que se utilizaba con más frecuencia debido a que se trataba de un procedimiento breve y expedito. Fundamentalmente, las características del procedimiento judicial sumario eran dos: la brevedad y la sencillez en los trámites. Estas características se conseguían a través de: (a) excluir la oposición del deudor, (b) abreviando las diligencias normales para el embargo del bien ejecutado, (c) suprimiendo los trámites previos de tasación del inmueble en el proceso de subasta y remate y (d) eliminando la posibilidad de incidentes que aplazaran la ejecución. Se pensaba que toda esta rapidez en la tramitación contribuiría a abaratar los costos del procedimiento. Además, el procedimiento judicial sumario le concedía al acreedor la facultad de comparecer por sí, sin necesidad de Letrado o Procurador, lo cual era prueba de la sencillez del procedimiento.” *Vid.* ROCA SASTRE, R.M., Derecho Hipotecario, 6ta Ed., Tomo IV, Bosch, Barcelona (1968), p. 1091. “Antes de las reformas al procedimiento especial hipotecario, todas las reclamaciones que pudiera formular el deudor, el tercer poseedor y los demás interesados, incluso las que trataran sobre la nulidad del título, actuaciones o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se tenían que ventilar en un juicio declarativo ordinario sin que se produjera nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento de ejecución de hipoteca. Según la sentencia de 12 de diciembre de 1950, no tenían lugar en los procedimientos de ejecución de hipotecas incidentes sobre nulidad de actuaciones.” *Vid.* ARMENTA DEU, TERESA, Lecciones de Derecho procesal civil, Proceso de Declaración. Proceso de Ejecución. Procedimientos Especiales. Arbitraje y Mediación (Undécima edición), Marcial Pons (2018), p. 46-47. “A partir de la Constitución de 1812, se publican una serie de textos legales entre los que destacan por su relevancia, la Ley de 10 de enero de 1838 y la llamada Instrucción del Marques de Girona. La codificación en este ámbito, empero, se atiene a los siguientes hitos: (1)

La Exposición de Motivos de la LEC justifica la similitud de los procedimientos bajo el argumento de que introducir cambios sustanciales en el procedimiento especial de ejecución de hipotecas podría alterar gravemente el mercado del crédito hipotecario y eso no parecía aconsejable.<sup>511</sup>

El procedimiento especial de ejecución hipotecaria se atiene estrictamente a los datos que constan en el Registro de la Propiedad.<sup>512</sup> Este procedimiento especial suprime trámites, reduce al máximo la intervención del deudor y de los demás interesados al punto de impedir la suspensión del procedimiento fuera de los supuestos tasados en ley y remite las demás reclamaciones al correspondiente juicio declarativo.<sup>513</sup> El procedimiento especial de ejecución hipotecaria se califica como un procedimiento de apremio porque únicamente trata de hacer efectivo el derecho del acreedor de dirigirse directamente al bien inmueble hipotecado para el cobro de su crédito. Este procedimiento especial es un procedimiento reforzado en el que se le reconoce al acreedor hipotecario el derecho a la acción personal cuando, luego, de la venta forzosa no obtenga la totalidad del crédito concedido.

En el contexto del Derecho comunitario europeo el procedimiento especial de ejecución de hipoteca fue cuestionado debido a que dicho procedimiento quebrantaba la legislación sobre protección a los consumidores y usuarios de la normativa de la Unión Europea implementada a través de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante Directiva 93/13/CEE). La STJUE Aziz, del 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, declaró

---

Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, (2) Decreto de Unificación de Fueros de 1868 (que suprimió los Tribunales de Comercio) y (3) Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Desde entonces, se han producido reformas parciales, entre las que destacan la de 1984 (Ley 34/1984, de 6 de agosto) y la Ley 10/1992, de 30 de abril, manifestándose importantes carencias, en algunos casos de origen y en otros, fruto de la evolución de la sociedad. El siguiente paso nos sitúa en 1997 con la presentación de un Borrador de Ley de Enjuiciamiento Civil por el Ministerio de Justicia, para su examen y análisis por Universidades, Colegios Profesionales, etcétera. Este es el antecedente inmediato de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En la reforma se destacan cuatro grandes apartados sistemáticos: (a) la implantación de un proceso declarativo, presidido por la oralidad, la intermediación y la concentración, (b) la racionalización del sistema de recursos, (c) el reforzamiento de la tutela del crédito y (d) la construcción sistemática y completa del proceso de ejecución y de las medidas cautelares. La opción del legislador de 2000 ha sido elaborar un texto en el que se concentren sistemáticamente los elementos esenciales del Derecho procesal civil, desechando determinadas cuestiones que se habían ido incorporando a la LEC, pero que por diversos motivos se ha preferido dejar fuera. Nos referimos a la legislación concursal, la jurisdicción voluntaria, el arbitraje y las cuestiones procesales civiles internacionales.”

511 RIVAS TORRALBA, RAFAEL A., Aspectos Registrales del Proceso de Ejecución, Cap. X, Ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados, 3ra Ed. Wolters Kluwer (2017) p. 639.

512 *Vid.* STC 41/1981, de 18 de diciembre, que declara que la favorecida posición del acreedor está compensada con las garantías registrales que la ley concede al deudor para incidir en el nacimiento, subsistencia y extensión del título. Y la STS de 24 de marzo de 1983, que hace referencia a que el procedimiento del art. 131 LH se atiene estrictamente a los datos del Registro, por cuanto entraña una acción directa sobre los bienes hipotecados.

513 RIVAS TORRALBA, RAFAEL A., *op. cit.* p. 639.

que un régimen procesal que no prevé la opción de oponer frente a la ejecución de una hipoteca la abusividad de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario, ni permite al juez del declarativo adoptar medidas cautelares necesarias para garantizar la plena eficacia de su decisión final, hace imposible o excesivamente difícil de aplicar la protección que confiere la Directiva 93/13/CEE, y por tanto, declaró que el procedimiento especial hipotecario de la legislación española no se ajustaba al principio de efectividad y el mismo resultaba contrario a la Directiva 93/13/CEE.

La Sentencia Aziz declaró que el procedimiento especial de ejecución hipotecaria español, considerado en su conjunto, exponía al consumidor y a su familia al riesgo de perder su vivienda como consecuencia de la venta forzosa de la propiedad hipotecada, basándose primordialmente en la circunstancia de que la propiedad ejecutada es la vivienda del consumidor y la misma constituye una necesidad básica del consumidor. La doctrina de la Sentencia Aziz fue reiterada en la STJUE Sánchez Morcillo, de 17 de julio de 2014, asunto C-169/14. La Sentencia Aziz marcó un hito importante en los procedimientos de ejecución de hipotecas utilizados en España, ya que través de ésta y otras sentencias, el TJUE le impuso a España el deber de reformar su legislación procesal hipotecaria para cumplir con la protección de los consumidores.<sup>514</sup>

### **2.1.1 Requisitos del proceso especial de ejecución de hipotecas**

El procedimiento especial de ejecución de hipoteca solo podrá ejercitarse cuando la hipoteca conste inscrita y sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se recojan en el asiento correspondiente en el Registro de la Propiedad. (art. 682.3 de la LEC y art. 130 de la LH) Las circunstancias que deben constar en la escritura de hipoteca para que el acreedor pueda hacer uso de este procedimiento son: (a) que en la escritura se determine el precio en el que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta y (b) que en

---

514 ARMENTA DEU, TERESA, *op. cit.* pp. 52-53. “La LEC de 2000 ha asumido el mandato derivado de la doctrina de los Tribunales Supranacionales: por un lado, de las resoluciones del TJUE como las recaídas en materia de cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria tales como: Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 sobre cláusulas abusivas, Sentencia del TS de España de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo, Sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2013 sobre el art. 400 de la LEC, Sentencia del TJUE de 17 de julio de 2014 sobre cláusulas abusivas; prescribiendo que “Los jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la UE de conformidad con la jurisprudencia del TJUE,” Sentencia del TJUE de 17 de julio de 2014 sobre cláusulas abusivas, Auto del TJUE de 16 de julio de 2015 sobre cláusulas abusivas, Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017 sobre cláusula de vencimiento anticipado, Sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2017 sobre cláusulas abusivas.”



la escritura conste el domicilio del deudor para la práctica de los requerimientos y notificaciones.<sup>515</sup> (art. 682.2 de la LEC de España)

El requisito sobre la fijación del domicilio del deudor tiene doble finalidad. Por un lado se protege al acreedor frente a dilaciones indebidas por cambios de residencia o mala fe del deudor, y por otro lado, garantiza al deudor el exacto conocimiento de las actuaciones ejecutivas.<sup>516</sup> La finalidad de la fijación del domicilio para las notificaciones es para asegurar que el ejecutado tenga conocimiento de la existencia del procedimiento y en este sentido se pronuncia la mayoría de la doctrina.<sup>517</sup> A esos efectos la RDGRN de 3 de junio de 2015 (BOE de 9 de julio) expresa lo siguiente:

“No procede analizar si las notificaciones fueron correctamente realizadas y si se produjo o no una situación de indefensión de la deudora y de los hipotecantes no deudores, sino que, lo realmente relevante es que el pacto por el cual las partes acordaron el procedimiento especial de ejecución directa sobre bienes hipotecados y de venta notarial extrajudicial no llegó a inscribirse, lo que imposibilita que pudiera ser utilizado, habiéndose hecho expresa advertencia en la nota de calificación de la escritura de préstamo hipotecario que al no constar un domicilio para la parte hipotecante, si llegará el caso de ejecución de la hipoteca no podrán utilizarse el procedimiento previsto en los arts. 681 y siguientes de la LEC, ni el procedimiento de venta extrajudicial.”

El TS de España mediante de las STS de 30 de mayo de 1947 y 24 de julio de 1991, declaró correcto el requerimiento y notificación de la demanda de ejecución hipotecaria por edictos cuando el requerimiento en el domicilio real no es posible, a su vez, el art. 686.3 de la LEC de España, modificado por la Ley 19/2015, de 13 de julio, permite como remedio supletorio acudir a la publicación de edictos cuando: “intentado sin efecto el requerimiento en

---

<sup>515</sup> También podrá fijarse una dirección electrónica a los efectos de recibir las correspondientes notificaciones electrónicas, en cuyo caso será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 660 de la LEC.

<sup>516</sup> RIVAS TORRALBA, RAFAEL A., *op. cit.* p. 667. “Aunque la LEC habla en singular, la jurisprudencia ha admitido en ciertos casos la posibilidad de fijar más de un domicilio. Según las RR. de 5 de septiembre de 1998 (BOE de 2 de octubre), 9 de julio de 2001 (BOE de 21 de agosto) y 7 de enero de 2014 (BOE 6 de febrero), la expresión un domicilio debe interpretarse no en el sentido de domicilio único, sino en el de cierto y determinado.” *Vid.* RDGRN de 7 de febrero y 9 de julio de 2001 (BOE de 23 de marzo y 21 de agosto), 8 de febrero de 2011 (BOE de 22 de marzo), 7 de enero de 2014 (BOE de 6 de febrero).

<sup>517</sup> *Ibid.* p. 669. *Vid.* DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, Comentarios a la nueva LEC, Lex Nova, Valladolid (2000), T. III, p. 3386; GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, Civitas, Madrid (1994), p. 80, DÍAZ FRAILE, Ejecución judicial sobre bienes hipotecados, CER del CNRP, Madrid (2000); UCEDA OJEDA, El art. 131 de la Ley Hipotecaria. Actos de comunicación. Requerimiento y notificaciones, en el Curso sobre Cuestiones Procesales y Registrales en la Ejecución Hipotecaria, CGPJ, Madrid (1999), p. 489; BARBANCHO TOVILLAS, F., Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, FERNÁNDEZ BALLESTEROS, RIFÁ SOLER y VALLS GOMBAU, (coords), Barcelona (2000), T. III, p. 3090; RIVERA FERNÁNDEZ, La ejecución de la hipoteca inmobiliaria, Ed. Dilex (2004), p. 66; GUZMÁN FLUJA, Reflexiones en torno a la ejecución hipotecaria en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, La ejecución civil, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Núm. 53-2004, Madrid, p. 963.

el domicilio que resulte del Registro de la Propiedad, no pudiendo ser realizado el mismo con las personas a las que se refiere el apartado anterior, se procederá a ordenar la publicación de edictos en la forma prevista en el art. 164 de esta Ley.”

El art. 21 de la LH de España sufrió una modificación a través de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y ahora en las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda habitual se deberá hacer constar el carácter de vivienda habitual o no que pretenda atribuirse a la propiedad que se hipoteca. Lo anterior, ha sido reiterado a través de las RDGRN de 19 de diciembre de 2013 (BOE de 31 de enero) y 17 de diciembre de 2013 (BOE de 3 de febrero) que declaran que no podrá inscribirse ninguna hipoteca constituida por persona física que grave una vivienda sin que se realice la manifestación expresa acerca del carácter de vivienda habitual o no de la finca gravada que exige el art. 21.3 de la LH de España.<sup>518</sup>

Además, será requisito para el trámite del procedimiento especial de ejecución de hipoteca una certificación de dominio y cargas.<sup>519</sup> La Ley 19/2015, de 13 de julio, modificó el art. 688.1 de la LEC de España y el mismo actualmente establece que:

“Cuando la ejecución se siga sobre bienes hipotecados, se reclamará del Registrador una certificación en la que consten los extremos a que se refiere el apartado 1 del artículo 656, así como la inserción literal de la inscripción de la hipoteca que se haya de ejecutar, expresamente que la hipoteca a favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar o, en su caso, la cancelación o modificaciones que aparecieren en el Registro. En todo caso, será de aplicación lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 656.”

La RDGRN de 26 de julio de 2016 (BOE de 20 de septiembre) reitera que cuando se haya suspendido la inscripción de la cláusula del procedimiento de ejecución directa, no procede librar la certificación de dominio y cargas ni extender la nota marginal de su expedición, ya que es claro que, si la certificación no se libra la ejecución hipotecaria directa no puede seguir adelante.<sup>520</sup>

La certificación sobre asientos posteriores debe hacer constar no solo las cargas sino los derechos de cualquier naturaleza.<sup>521</sup> La expedición de la certificación se hace constar al margen de la inscripción de la hipoteca mediante nota, la cual tiene el efecto de notificar del

---

<sup>518</sup> *Ibid.* p. 672.

<sup>519</sup> *Vid.* las RDGRN de 7 de septiembre de 2012 (BOE de 12 de octubre), 8 de julio, 2 y 11 de octubre de 2013 (BOE de 6 de agosto, 28 de octubre y 13 de noviembre) y 5 de mayo de 2014 (BOE de 3 de julio) establecen que la expedición de la certificación de dominio y cargas para el procedimiento de ejecución hipotecaria y las consiguientes notificaciones a los titulares de cargas posteriores, individualmente o a través de la extensión de la nota marginal, constituyen un requisito esencial del procedimiento especial de ejecución hipotecaria.

<sup>520</sup> RIVAS TORRALBA, RAFAEL A., *op. cit.* p. 671.

<sup>521</sup> *Ibid.* p. 677.

procedimiento a todos aquellos que con posterioridad inscriban o anoten su derecho, una vez extendida la nota marginal nadie podrá alegar desconocimiento de la ejecución. (art. 688.2 de la LEC) Además, la nota marginal opera como una condición resolutoria que determinará la cancelación de todos los asientos practicados con posterioridad a la hipoteca que se ejecuta.

### **2.1.2 Oposición a la ejecución hipotecaria**

Antes de la Sentencia Aziz el art. 695 de la LEC de España establecía las siguientes causas tasadas como oposición en el procedimiento especial de ejecución de hipoteca:

- a. La extinción de la garantía siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca, o en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía.
- b. Por error en la determinación de la cantidad exigible cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado. En este caso el ejecutado deberá acompañar su ejemplar de la libreta en la que consten los asientos de la cuenta y sólo se admitirá la oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante...
- c. La tercera causa de oposición hace referencia a la hipoteca mobiliaria...
- d. Conforme a las disposiciones del art. 569 de la LEC de España basado en la existencia de causa criminal sobre cualquier hecho de apariencia delictiva que determine la falsedad de la hipoteca y su título y sobre la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución hipotecaria. (art. 697 de la LEC de España).

El ejecutante solo podía evitar la suspensión del procedimiento prestando caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que la ejecución ocasionará al ejecutado.<sup>522</sup> (art. 569 de la LEC) Las causas de oposición, antes mencionadas, también

---

<sup>522</sup> En este punto cabe recordar que el fundamento para no permitir oposición en un procedimiento de ejecución de hipoteca citando a GIMÉNEZ ARNAU se basaba en que se trata de un procedimiento superior tanto en rapidez, eficacia y economía porque evitaba las largas actuaciones del juicio declarativo que se utilizaba en España antes de la implementación del procedimiento judicial sumario. *Vid.* GIMÉNEZ ARNAU, ENRIQUE, Tratado de Legislación Hipotecaria, Tomo II, Ediciones Españolas S.A. Madrid (1941), p. 155-168. Citamos la

aplican en los demás procedimientos de ejecución hipotecaria que discutiremos más adelante en este capítulo. El procedimiento especial de ejecución de hipotecas no se suspende por la muerte del deudor o del tercer poseedor, ni por la declaración de quiebra o concurso de cualquiera de ellos, ni por medio de incidentes promovidos.

Antes de la Sentencia Aziz ocurría que cuando el deudor acudía mediante un procedimiento aparte y cuestionaba las cláusulas del préstamo hipotecario, en la mayoría de los casos, ya se había dictado sentencia y el deudor perdía el bien hipotecado. Y considerando que el préstamo hipotecario fue solicitado para la adquisición de una vivienda, el procedimiento especial de ejecución de hipoteca español terminaba con el desalojo o desahucio del deudor (consumidor), sin que éste tuviese la oportunidad de oponerse al proceso de ejecución fuera de las causas tasadas de la LEC de España. Además, el art. 698 de la LEC de España excluía que en el procedimiento especial de ejecución de hipotecas se presentará todo motivo de oposición y esto ocasionaba la inobservancia del principio de efectividad consagrado en la normativa comunitaria europea.<sup>523</sup> Basado en la situación

---

obra de este autor debido a que el procedimiento especial de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados se trata prácticamente de la integración a la LEC de España del derogado art. 131 de la LH conocido como el procedimiento judicial sumario. Nos dice GIMÉNEZ ARNAU que cuando se trata de un crédito hipotecario, la obligación aparece reconocida en un título auténtico y el acreedor hipotecario por su condición de titular de un derecho real en cosa ajena tiene una preferencia excluyente sobre el valor de la cosa para hacer efectivo su derecho. Y dicha preferencia no justificaba el planteamiento de incidentes que alargaran el pleito y retrasaran el cumplimiento de la obligación del deudor. Más aun, este autor expresa que: “Todo retardo dañoso a un acreedor hipotecario viene indirectamente a dañar el prestigio de la LH. En interés particular de los acreedores y en interés social de todos se estima necesario aligerar de diligencias innecesarias la ejecución apoyada en un título auténtico justificativo de crédito, si está inscrito en el Registro de la Propiedad.” Igualmente citamos la obra de ROCA SASTRE debido a que el procedimiento especial de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados se trata prácticamente de la integración a la LEC de España del derogado art. 131 de la LH conocido como el procedimiento judicial sumario. Este autor indica que otra de las razones para no permitir la interrupción del procedimiento especial de ejecución de hipoteca respondía al deseo de poner coto a los incidentes y recursos que en detrimento del crédito territorial indirectamente ejercían los deudores para entorpecer el proceso de ejecución hipotecaria. *Vid.* ROCA SASTRE, R. M., Derecho Hipotecario, Tomo IX, 8va Ed. (1998), p. 467. A su vez en ROCA SASTRE, R. M., Derecho Hipotecario, Tomo IV 2do, 6ta Ed. (1968), p. 1023, este autor expone que: “Había plena unanimidad en considerar inadecuado el juicio ejecutivo ordinario como medio de obtener la realización de los créditos hipotecarios, no sólo era complicado, sino que permitía fácilmente al deudor de mala fe entorpecerlo con incidentes y suspensiones, alargándolo más aun aumentando su coste y aburriendo a los acreedores. La experiencia ponía esto de relieve todos los días, no siendo raro que un juicio ejecutivo con su vía de apremio durase años; y menos mal si no había tercerías. Esta dificultad en el cobro o realización del crédito inspiraba desconfianza al capital, retrayendo a los prestamistas, aumentándose el tipo de interés y fijándose grandes cantidades para costas. Todo esto perturbaba el crédito territorial.”

<sup>523</sup> LACABA SÁNCHEZ, FERNANDO, El principio de efectividad de la jurisprudencia comunitaria, *Rev. Der. vLex*, Núm. 166, marzo (2018), p. 6-15. “El Principio de Efectividad, supone que los derechos subjetivos reconocidos a los ciudadanos de la Unión Europea deben ser ejercidos en condiciones que garanticen su plena y eficaz realización por los Tribunales de los países miembros, de modo que, si se oponen al derecho de la Unión Europea, la norma interna deviene en incompatible con aquel, dado que, su mantenimiento, haría muy difícil o imposible aplicar aquel derecho. Desde un plano puramente legal, el Principio de Efectividad está dirigido a que la aplicación el Derecho de la Unión Europea sea real y efectiva, de modo que deben ser purgadas aquellas normas internas (sobre todo de índole procesal) que impidan tal función. La entrada de nuestro país en las Comunidades Europeas en el año 1986 ocasionó cambios profundos en la estructura de nuestro ordenamiento.

procesal y legislativa que imperaba en España, el TJUE determinó que el procedimiento especial de ejecución de hipotecas de España menoscababa la eficacia de la protección que otorga la Directiva 93/13/CEE. El TJUE determinó que la regulación procesal española no podía obstaculizar el ejercicio de los derechos garantizados al consumidor por la Directiva 93/13/CEE. Además, el consumidor únicamente estaba protegido jurídicamente, a posteriori, por una indemnización de daños y perjuicios.

El TJUE ejerciendo su competencia para pronunciarse respecto a los procedimientos de ejecución de hipotecas utilizados en España, acogió el planteamiento presentado por el Juzgado de lo Mercantil, Núm. 3 de Barcelona, sobre si era adecuada la retención por parte del juez de parte de la cantidad de la ejecución hipotecaria como indemnización por daños y perjuicios al deudor y su conformidad con el principio de efectividad en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios consagrada por la normativa comunitaria. Lo anterior se hizo mediante la Sentencia Aziz524 en donde se analizaron las circunstancias que han de tenerse en cuenta para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual. Particularmente, en este caso la cláusula decimoquinta del préstamo hipotecario de Mohamed Aziz regulaba el pacto de liquidez y establecía no sólo la posibilidad de que el banco (Catalunyacaixa) pudiera recurrir a la ejecución hipotecaria para cobrar una deuda sino también que pudiera presentar directamente la liquidación mediante el certificado que recogiese la cantidad adeudada.

---

Tras la incorporación inicial del “acervo comunitario” entonces vigente, el cuerpo de normas que forman parte del Derecho comunitario ha seguido creciendo hasta la actualidad. También nuestra pertenencia al Consejo de Europa significa una muy relevante incidencia sobre nuestro sistema jurídico, especialmente en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, cuya interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 vincula a los jueces españoles a tenor de lo que dispone el artículo 10.2 de la Constitución de España de 1978. La integración de España en la Unión Europea supuso la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos distintos: (a) El propio de la Unión Europea, compuesto por Tratados, Reglamentos y Directivas y (b) El ordenamiento jurídico español, en cuyo vértice está la Constitución de 1978, cuyo art. 93 permite la cesión de parte de soberanía a la Unión Europea. No puede olvidarse que, el Derecho de la Unión Europea prevalece sobre el Derecho nacional y se aplica en todos los Estados miembros.”

524 *Vid.* STJUE Aziz, 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11. En la escritura de hipoteca del Sr. Mohamed Aziz se pactó expresamente que la caja de ahorros podía determinar la deuda exigible, para el caso de ejecución judicial, presentando junto con la escritura de constitución de la hipoteca, la liquidación de las cantidades pendientes de pago mediante un certificado que indicará la cantidad exigida. En marzo de 2009, la caja de ahorros inició un procedimiento de ejecución hipotecaria reclamando la cantidad de 136,674.02€ en concepto de principal, 90.74€ por intereses vencidos y 41,902.21€ en concepto de intereses y costas. En el momento en que se interpuso la demanda de ejecución hipotecaria las cuotas vencidas no satisfechas sumaban un total de 3,153.46€. Y la ejecución de hipoteca era sobre el inmueble utilizado como la vivienda de Mohamed Aziz y su familia. A la subasta del inmueble no acudieron licitadores, por lo que, la caja de ahorros solicitó la adjudicación del inmueble por el 50% del valor de tasación (97,200€), opción que era permitida en el procedimiento ejecutivo. En el litigio principal, tramitado ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, el Sr. Aziz solicitó, como parte actora, que se declarará el carácter abusivo y la consiguiente nulidad de la cláusula decimoquinta del contrato y, por ende, que se declarará nulo el procedimiento de ejecución de hipoteca tramitado.

El análisis de la sentencia Aziz incluye dos aspectos que tienen por objeto la interpretación de la Directiva 93/13/CEE. Primero, si el sistema de ejecución sobre bienes hipotecados establecido en el art. 695 de la LEC de España, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición, es una limitación de la tutela efectiva de los derechos del consumidor. Segundo, el contenido del concepto de desproporción sobre: (a) la posibilidad de vencimiento anticipado en contratos proyectados para un largo periodo de tiempo – en el caso de la Sentencia Aziz 33 años – por incumplimientos en un período de tiempo muy limitado y concreto, (b) la fijación de unos intereses de demora – en este caso superiores al 18% – que no coinciden con los criterios de determinación de los intereses moratorios utilizados en otros contratos que afectan a consumidores y (c) la fijación del mecanismo de liquidación y fijación de los intereses variables – tanto ordinarios como moratorios – realizados unilateralmente por el prestamista. En esta parte del trabajo comentaremos solamente lo relacionado a la inclusión de la doctrina de cláusulas abusivas como motivo de oposición en un proceso de ejecución de hipotecas. El segundo y tercer punto de análisis sobre cómo y cuándo puede ejercitarse la cláusula de vencimiento anticipado y el tope a los intereses moratorios, lo discutiremos en la parte relacionada con la Directiva 2014/17/UE y su transposición en España mediante la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario (en adelante LCCI), Capítulo VII de esta tesis.

La importancia de incluir como motivo de oposición el carácter abusivo de una cláusula contractual se basa en que aunque la hipoteca tiene fuerza ejecutiva conforme al art. 517 de la LEC de España, dicha fuerza ejecutiva podía quedar perjudicada por la existencia de cláusulas abusivas que afecten el título ejecutivo cuando: (1) la determinación sobre el vencimiento de la deuda no fuera correcta – por ejemplo en los supuestos de cláusulas con vencimiento anticipado que fueran susceptibles de ser declaradas abusivas – o (2) cuando la cantidad reclamada no se ha determinado correctamente al haber incorporado partidas calculadas conforme a cláusulas que fueran declaradas abusivas – por ejemplo la cláusula de intereses moratorios.<sup>525</sup> Ante esta situación el deudor se veía obligado a soportar la ejecución hipotecaria sin que se considerarían las posibles cláusulas abusivas del préstamo hipotecario, y con ello el consumidor no tenía posibilidad con arreglo al Derecho español de impedir la subasta y la pérdida de su vivienda.

Por tanto, luego de dictada la Sentencia Aziz, en España se establece una cuarta causa de oposición al procedimiento especial de ejecución directa sobre bienes inmuebles

---

525 FERNÁNDEZ SEIJO, JOSÉ M.<sup>a</sup>, *op. cit.* p. 212.

hipotecados y esto se hizo a través de la Ley 1/2013, de 14 de mayo y la Ley 9/2015, de 13 de julio. Actualmente como cuarta causa de oposición se establece: “*el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.*”

La aplicación de la doctrina de cláusulas abusivas como causa de oposición a un proceso de ejecución hipotecaria ha sido reiterada en la STJUE EOS KSI Slovensko, de 20 de septiembre de 2018, asunto C-448/17. Esta Sentencia señala que en el caso de que una legislación interna de un Estado miembro no prevea un control de oficio judicial sobre la naturaleza abusiva de las cláusulas contenidas en un contrato en la fase de la ejecución, puede reputarse que dicha normativa interna menoscaba la efectividad de la protección de los consumidores que garantiza la Directiva 93/13/CEE.

### **2.1.3 Subasta del bien hipotecado**

El abaratamiento de los costos, la necesidad de rapidez y facilidad de la ejecución hipotecaria parece que guiaron al legislador de 1909 para imponer como requisito del proceso especial de ejecución hipotecaria, el incluir en la escritura de hipoteca el tipo mínimo en caso de subasta. Este requisito ha imperado desde entonces y continúa vigente al día de hoy en la legislación española. El art. 682 de la LEC de España<sup>526</sup> se explica por la voluntad del legislador de evitarle al acreedor el tiempo que pueda llevar el procedimiento de avalúo del inmueble en un procedimiento de ejecución. (arts. 637 y ss. LEC)

La redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, al art. 682 de la LEC de España impone de forma precisa que el tipo mínimo de la subasta no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75% del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la LMH. La última redacción dada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, al apartado 2 del art. 682 de la LEC establece que:

“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 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere

---

<sup>526</sup> Vid. arts. 130 y 131 de la LH y art. 2 de la LH de 1909.

realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

2.º Que en la misma escritura, conste un domicilio, que fijará el deudor, para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones. También podrá fijarse, además, una dirección electrónica a los efectos de recibir las correspondientes notificaciones electrónicas, en cuyo caso será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 660.”

El DGRN [hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP)] sostiene a través de la RDGRN de 31 de marzo de 2014 (BOE de 5 de mayo) que para poder inscribir los pactos de ejecución directa sobre bienes hipotecados o el pacto de venta extrajudicial, resulta imprescindible que en las escrituras de constitución de hipotecas, se le acredite al Registrador, a través de la certificación pertinente, la tasación de la finca hipotecada conforme a lo previsto en la LMH y que el valor o precio en que los interesados tasen la finca para que sirva de tipo en la subasta no sea inferior, en ningún caso, al 75% del valor señalado en la tasación realizada conforme a la LMH. Esta disposición tiene carácter imperativo, por lo que su infracción inhabilita el acceso de la escritura de hipoteca al Registro de la Propiedad y no permite el ejercicio de la acción hipotecaria a través del procedimiento especial de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados.<sup>527</sup>

La celebración de la subasta no se promueve de oficio, sino a instancia del acreedor ejecutante, del deudor o del tercer poseedor. El término para la celebración de la subasta es de 20 días. Una vez transcurridos los 20 días se procederá a la subasta del bien hipotecado. (art. 691 de la LEC). La convocatoria y el anuncio de la subasta se realizarán conforme a lo previsto en los arts. 667 y 668 de la LEC de España. Como innovación al proceso de subasta la LEC de España establece un Portal de Subastas. La convocatoria de la subasta se anunciará en el Boletín Oficial del Estado (BOE). La subasta tendrá lugar en el Portal de Subastas de la Agencia Estatal mediante un sistema de gestión y celebración electrónica a la cual tendrán acceso todas las Oficinas judiciales. El Secretario Judicial ante el cual se siga el procedimiento de ejecución ordenará la publicación del anuncio de la convocatoria de la subasta y el mismo se publicará en el Portal de la Administración de Justicia. (art. 645 de la LEC). Cada subasta estará dotada con un número de identificación único. La subasta se abrirá transcurridas, al menos, veinticuatro horas desde la publicación del anuncio en el BOE.

---

527 RIVAS TORRALBA, RAFAEL A., *op. cit.* p. 664. *Vid.* RDGRN de 29 de octubre, 21 de noviembre y 9 y 18 de febrero de 2013 (BOE 22 noviembre y 19 de diciembre de 2013 y 25 de enero de 2014), 22 de enero y 18 de febrero de 2014 (BOE 13 de febrero y 28 de marzo), 24 y 31 de marzo de 2014 (BOE de 29 de abril y 5 de mayo), 2 de abril y 12 de septiembre de 2014 (BOE de 5 de mayo y 6 de octubre), 17 de julio y 7 de octubre de 2015 (BOE de 24 de septiembre y 29 de octubre).



Una vez abierta la subasta solamente se podrán realizar pujas electrónicas con sujeción a las normas de la LEC. Las pujas se enviarán telemáticamente a través de sistemas seguros de comunicaciones al Portal de Subastas, que devolverá un acuse técnico que incluya un sello de tiempo del momento exacto de la recepción de la postura y su cuantía. (art. 648 de la LEC de España).

Luego de varias reformas legislativas al art. 671 de la LEC<sup>528</sup> se establece que en los casos de subasta sin ningún postor el acreedor hipotecario podrá solicitar la adjudicación del bien de acuerdo con el siguiente régimen:

- a. Si no se trata de la vivienda habitual del deudor, el acreedor puede pedir la adjudicación por el 50% del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.
- b. Si se trata de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70% del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60%.<sup>529</sup>

A esos efectos la RDGRN de 21 de octubre de 2016 (BOE de 18 de noviembre) estimó que la interpretación ponderada y razonable del art. 671 de la LEC de España habrá de ser que si se trata de la vivienda habitual del deudor la adjudicación se hará por importe igual al 70% del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje por la cantidad que se le deba al ejecutante con el límite mínimo del 60%.

Otro ejemplo en el cual se interpretó el art. 671 de la LEC de España es la RDGRN de 17 de junio de 2016 (BOE de 21 de junio) que trata de supuestos en que el acreedor se adjudicó la finca subastada por la cantidad que se adeuda por todos los conceptos. En este expediente una de las fincas era la vivienda habitual de los deudores, el acreedor se la adjudicó por el 70% del valor de tasación, y a la otra finca, al tratarse de un garaje, el acreedor optó por adjudicársela por la cantidad adeudada por todos los conceptos.

La RDGRN de 21 de septiembre de 2016 (BOE de 14 de octubre) aportó algunas puntualizaciones sobre la aplicación del art. 671 de la LEC de España. En este expediente se estimó que el art. 671 de la LEC no supone imponer una dación en pago de la finca por la deuda reclamada y se estimó que la interpretación del art. 671 de la LEC habrá de ser que si

---

<sup>528</sup> Vid. Modificación introducida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, con algunos retoques posteriores.  
<sup>529</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, *op. cit.* p. 273.

se trata de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70% del valor por el que el bien hubiese salido a subasta, o si la cantidad que se debe es inferior a ese porcentaje, el bien inmueble se adjudicará por la cantidad que se le deba al ejecutante por todos los conceptos con el límite mínimo de 60% del tipo mínimo para la subasta.

## **2.2 La venta extrajudicial del bien hipotecado**

Antes de las reformas legislativas que aquí comentamos relacionadas con los procedimientos de ejecución hipotecaria, el art. 129 de la LH de España, disponía que en la escritura de hipoteca se podrá válidamente pactar un procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria, el cual se llevaría a cabo con arreglo a los trámites fijados en el RH de España y será aplicable aun en el caso de que existan terceros.<sup>530</sup> Este procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, utilizado desde la reforma del 1944 de la LH de España, ha sido objeto de importantes modificaciones dirigidas a mejorar su regulación y a estimular su aplicación práctica.<sup>531</sup> El uso de esta vía de ejecución ha sido poco frecuente, pero la jurisprudencia referente a este procedimiento extrajudicial es significativa. Por ejemplo, luego de la STS 402/1998, de 4 de mayo de 1998, se declaró inaplicable el 2do párrafo del art. 129 de la LH de España, por estar opuesto a los preceptos de los art. 24.1 y 117.3 de la Constitución de España. Y la STS 324/1999, de 20 de abril de 1999, puso en entredicho la legalidad de este procedimiento extrajudicial de ejecución forzosa y se consideraron derogadas por inconstitucionalidad sobrevenida las normas que regulaban este procedimiento basándose fundamentalmente en que la ejecución correspondía exclusivamente al poder judicial.<sup>532</sup> Así las cosas, la LEC de España modificó el 2do párrafo del art. 129 de la LH permitiendo lo que ahora se denomina como la “*venta extrajudicial del bien hipotecado*.”

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, modificó el art. 129.2 de la LH de España sobre venta extrajudicial y el mismo quedó redactado de la siguiente forma:

“2. La venta extrajudicial se realizará ante Notario y se ajustará a los requisitos y formalidades siguientes:

- a. El valor en que los interesados tasen la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el

---

530 RIVAS TORRALBA, RAFAEL A., *op. cit.* p. 750.

531 *Ibid.* p. 751

532 *Ibid.* p. 751.

procedimiento de ejecución judicial directa, ni podrá en ningún caso ser inferior al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.”

El art. 129 de la LH de España establece que en la escritura de hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al art. 1.858 del CC de España, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada y la venta extrajudicial se realizará por medio de notario con las formalidades establecidas en el RH. (art. 234 del RH de España) Posteriormente, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y los retoques introducidos por la Ley 19/2015, de 13 de julio, modificaron la redacción al art. 129 de la LH de España estableciendo que la acción hipotecaria podrá ejercitarse mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al art. 1.855 del CC de España, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca y sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada.<sup>533</sup> La venta extrajudicial del bien hipotecado ha de sujetarse necesariamente a los trámites establecidos en el RH sin que las partes puedan pactar un procedimiento distinto al establecido en dicho reglamento. Este procedimiento se llevará a cabo ante un Notario Público del lugar donde radique la finca hipotecada. (art. 236 RH de España). La enajenación del bien hipotecado se formalizará en escritura pública después de haberse consignado en acta notarial el cumplimiento con las disposiciones del procedimiento ejecutivo extrajudicial.

El art. 129.2.b de la LH de España también fue modificado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, para que en las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda habitual se haga constar el carácter habitual o no de la vivienda hipotecada.

### **2.2.1 Requisitos de la venta extrajudicial**

En la escritura de hipoteca se requerirá que consten las siguientes circunstancias: (a) el valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta, (b) el domicilio del hipotecante para la práctica de los requerimientos y notificaciones, (c) la persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de la finca en representación del hipotecante e incluso podrá designarse al propio acreedor y (d) la estipulación en virtud de la cual los otorgantes han pactado la sujeción al procedimiento de venta extrajudicial. Esta estipulación

---

<sup>533</sup> *Ibid.* p. 753.

deberá constar en la escritura de hipoteca, pero de forma separada de las demás estipulaciones.

La RDGRN de 20 de junio de 2016 (BOE de 21 de julio) establece que se debe fijar un domicilio específico a efectos de los requerimientos que se deriven de la ejecución, domicilio que, por tanto, deberá ir referido respecto de todas las personas que deban ser requeridas de pago en el procedimiento (deudor e hipotecante no deudor). Este requerimiento practicado en el domicilio fijado en la escritura de hipoteca es un trámite esencial para la validez de la venta extrajudicial.

Conforme al art. 236 b del RH de España, el Notario examinará el requerimiento y los documentos que lo acompañan y si estima cumplidos todos los requisitos solicitará al Registrador de la Propiedad una certificación comprensiva de los siguientes extremos: (a) inserción literal de la última inscripción de dominio que se haya practicado y continué vigente, (b) inserción literal de la inscripción de la hipoteca en los términos en que se encuentre vigente y (c) una relación de todos los censos, hipotecas, gravámenes, derechos reales y anotaciones afectos sobre la finca hipotecada. El Registrador de la Propiedad hará constar por nota al margen en la inscripción de la hipoteca que ha expedido la mencionada certificación, indicando su fecha, la iniciación de la ejecución, el Notario ante el que se sigue y la circunstancia de que aquella no se entenderá con los que posteriormente inscriban o anoten cualquier derecho sobre la misma. La certificación expresará que se expide a los efectos de sustanciar el procedimiento de venta extrajudicial.<sup>534</sup>

Luego de examinada la certificación registral si de la misma no resultan obstáculos a la realización de la ejecución de la hipoteca, el Notario practicará un requerimiento de pago dirigido al deudor o al tercer poseedor, expresando las circunstancias determinantes de la certeza y exigibilidad de la reclamación, y especificando de forma exacta el importe para cada uno de los conceptos. (art. 236 (a) RH de España) Además, le advertirá que de no pagar en el término de diez días se procederá a la ejecución del bien hipotecado y quedarán de su cargo los gastos que la ejecución ocasione. (art. 236 (c) RH de España) Si de la certificación expedida por el Registrador de la Propiedad resultan derechos inscritos y anotados con posterioridad a la hipoteca se procederá con la notificación a sus respectivos titulares. Transcurridos treinta (30) días desde el requerimiento de pago se procederá a la subasta de la finca ante el Notario. El requerimiento de pago al deudor en un procedimiento de venta extrajudicial tiene la consideración de trámite esencial y está sujeto a estrictos requisitos tanto

---

<sup>534</sup> *Ibid.* p. 759.

de lugar como de persona, por lo que su infracción representa un defecto que obstaculiza la inscripción de la enajenación.<sup>535</sup>

### 2.2.2 Oposición a la venta extrajudicial

El Notario sólo suspenderá las actuaciones cuando: (a) se le acredite documentalmente la tramitación de un procedimiento criminal por falsedad del título hipotecario, (b) se haya admitido querrela, (c) dictado auto de procedimiento, (d) formulado escrito de acusación o (e) cuando se reciba comunicación del Registrador de la Propiedad. (art. 236 (ñ) RH de España). Además, si estuviere anotada preventivamente la oposición al procedimiento de venta extrajudicial, formulada en un juicio declarativo ordinario, el Registrador denegará la práctica de la nota marginal y el procedimiento de venta extrajudicial no podrá continuarse.

De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, una cláusula que permita al profesional que contrata con un consumidor acudir a la ejecución extrajudicial no es en sí misma abusiva. Ahora bien, cuando el Notario considere que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituye el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible, pudiera tener carácter un abusivo, lo pondrá en conocimiento del deudor, del acreedor y en su caso, al avalista e hipotecante no deudor. El Notario suspenderá la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez competente, conforme a lo establecido en el art. 684 de la LEC de España, el carácter abusivo de una cláusula contractual.<sup>536</sup> La cuestión sobre el carácter abusivo se sustanciará por los trámites y con los efectos previstos para la causa de oposición regulada en el apartado 4 del art. 695.1 de la LEC de España. Cuando no se trate de una cláusula abusiva la que constituya el fundamento de la venta o que hubiera determinado la cantidad exigible, el Notario podrá proseguir con la venta extrajudicial a requerimiento del acreedor.<sup>537</sup>

---

<sup>535</sup> *Ibid.* p. 755, 759. *Vid.* RDGRN de 20 de febrero de 2012 (BOE de 13 de marzo) que establece que no se procederá a expedir la certificación, si consta inscrita o anotada la declaración de concurso del hipotecante hasta que no se acredite mediante resolución del Juez competente, que los bienes concernidos no están afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado. Más importante aún, según establecen las RDGRN de 19 y 21 de marzo de 2013 (BOE de 17 de abril) y 11 de julio de 2016 (BOE de 12 de agosto) tampoco se librará la certificación cuando el solicitante no figure como titular registral de la hipoteca que se pretende ejecutar.

<sup>536</sup> *Ibid.* p. 754.

<sup>537</sup> En cuanto a otras causas de oposición *vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO, Venta extrajudicial de finca hipotecada y dación en pago: una breve y contenida memoria explicativa de su reforma legal propuesta, Vivienda e Hipoteca, DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS (coord.), Ed. Tecnos (2018), p. 609-610. Este autor indica que: “Al margen de la suspensión de la venta extrajudicial por denuncia judicial de una posible cláusula abusiva y frente a las causas de suspensión previstas actualmente en el art. 236-ñ RH, el nuevo art. 88 LN, que se propone, presenta algunas novedades importantes, introduciendo algunas otras causas que pueden suspender la tramitación de la venta extrajudicial, siempre que se den antes de que se inicie la subasta.”

### 2.2.3 Subasta del bien hipotecado en la venta extrajudicial

El art. 129.2 (d) de la LH de España fue modificado por la Ley 1/2013, 14 de mayo, y actualmente, el único medio previsto en el procedimiento de venta extrajudicial es la subasta que establece el art. 129.2 (c) LH de España y el art. 236 (f) RH de España, que trata de una subasta de carácter electrónico en donde la enajenación del inmueble hipotecado tendrá lugar en el Portal de Subastas que a tal efecto dispondrá la Agencia Estatal del BOE.<sup>538</sup> Al igual que en el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, en caso de subasta sin ningún postor, el acreedor podrá solicitar la adjudicación del bien hipotecado siguiendo el siguiente régimen:

- a. Si no se trata de la vivienda habitual del deudor, el acreedor puede pedir la adjudicación por el 50% del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.
- b. Si se trata de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70% del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60%.

Según mencionamos antes la subasta mediante venta extrajudicial es única y electrónica de tal modo que exceptuadas las singularidades de este procedimiento (previstas en los arts. 85 y ss de la LN especialmente el 93), el resto de su tramitación se remite, de modo expreso y particularizado, a las reglas sobre subastas notariales que, en general, se incluyen en la LN desde su reforma en 2015, con la consiguiente remisión a la LEC de España.<sup>539</sup>

Si quedare desierta la subasta celebrada y el acreedor no hiciere uso del derecho a adjudicarse el bien ejecutado, el Notario dará por terminada la ejecución, cerrará y protocolizará el acta, quedando expedita la vía judicial que corresponda. (art. 236 n del RH de España) De este artículo se entiende que una vez frustrado el procedimiento extrajudicial el mismo no podrá reiterarse y el acreedor hipotecario tendrá que promover otros procedimientos.

---

538 RIVAS TORRALBA, RAFAEL A., *op. cit.* p. 760. *Vid.* CARRASCO PERERA, ÁNGEL, CORDERO LOBATO, ENCARNA y MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS, Tratado de los Derechos de Garantía, 3ra Ed., Tomo I, Editorial Aranzadi S.A. Pamplona (2015) p. 1158.

539 CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO, *op. cit.* p. 606-607.

Una vez celebrada la venta extrajudicial el precio del remate se destinará sin dilación al pago del acreedor que haya instado la ejecución. (art. 236 (k) RH de España) Una vez verificado el remate y consignado el precio, se procederá a la protocolización de un acta y al otorgamiento de una escritura pública. (art. 236 (l) RH de España) El adjudicatario podrá pedir la posesión del bien adquirido al Juez de Primera Instancia del lugar donde radique la finca objeto del procedimiento de venta extrajudicial. (art. 236 (m) RH de España)

Al igual que en el procedimiento especial de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados, el acreedor ejecutante deberá incoar otro procedimiento (esta vez judicial) para el cobro de la cantidad pendiente de pago, si alguna. Este procedimiento judicial se llevará a cabo luego de la venta extrajudicial del inmueble hipotecado y en el mismo se incluirá el documento público que sirvió de base para la ejecución hipotecaria extrajudicial.<sup>540</sup> Cualquier controversia sobre las cantidades pendientes de pago determinadas por el Notario será dilucidada por las partes en un juicio ordinario.<sup>541</sup>

### **2.3 Ejecución ordinaria**

El origen del uso de la vía ordinaria para la ejecución de una hipoteca la podemos encontrar en los arts. 126 y 127 de la LH de España. El art. 126 de la LH de España reconoce la posibilidad de que el acreedor hipotecario persiga los bienes hipotecados en juicio ejecutivo conforme a las disposiciones de la LEC de España, aunque los bienes hipotecados hayan pasado a un tercer poseedor. Las disposiciones de los arts. 126 y 127 de la LH de España actualmente han sido sustituidas por las reglas del proceso ordinario de ejecución de la LEC. (arts. 662 y 693 de la LEC de España)

La ejecución ordinaria, y en el caso particular bajo estudio la ejecución dineraria, contiene una serie de especialidades entre las que se destaca su aplicación cuando la ejecución forzosa proceda en virtud de un título ejecutivo del que, directa o indirectamente, resulte el deber de entregar una cantidad de dinero. (art. 571 de la LEC de España) La ejecución dineraria se despacha por toda la cantidad de dinero que se reclame en la demanda ejecutiva y no será necesario, al momento de despachar la ejecución, que se precise la cantidad líquida por concepto de intereses que se pudieran devengar durante la ejecución ni por las costas que origine el procedimiento. (art. 572 de la LEC de España) El proceso de

---

<sup>540</sup> CARRASCO PERERA, ÁNGEL, CORDERO LOBATO, ENCARNA y MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS, *op. cit.* p. 1160.  
<sup>541</sup> *Ibid.* p. 1161.

ejecución ordinaria (arts. 571 y ss. LEC de España) puede ser una vía interesante para el acreedor cuando éste considere que el valor a obtener tras la enajenación forzosa del inmueble hipotecado puede que no cubra el importe del crédito garantizado con la hipoteca, y pretenda trabar otros bienes además de los especialmente hipotecados o pignorados, posibilidad que se reconoce en el art. 126 LH de España.<sup>542</sup>

Destacamos que este procedimiento se puede utilizar cuando: (a) no se pueda promover el proceso especial de ejecución hipotecaria por omisión en la escritura de hipoteca del precio de tasación para la subasta o la falta del domicilio del deudor para las notificaciones y requerimientos, (b) que la cláusula de vencimiento anticipado no se haya inscrito o (c) cuando se reclamen cantidades superiores a las garantizadas con la hipoteca.<sup>543</sup>

De acuerdo con los arts. 571 y ss. de la LEC de España no existe ningún límite cuantitativo para el embargo. Por lo que, es posible que el ejecutante opte por la vía ordinaria cuando el valor del inmueble hipotecado sea notoriamente insuficiente para atender el pago del principal, los intereses y las costas reclamadas. Lo anterior debido a que la ejecución ordinaria le permite al ejecutante trabar en el mismo proceso de ejecución otros bienes además de los especialmente hipotecados. En caso de que el acreedor hipotecario recurra a la ejecución ordinaria, el deudor responderá con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1.911 del CC de España), salvo las excepciones previstas en la Sección tercera del Capítulo III, Título IV de la LEC de España sobre los bienes inembargables. El embargo de sueldos y pensiones está sujeto al umbral de inembargabilidad previsto en el art. 1 del RD-Ley 8/2011 y a lo establecido en los arts. 605 al 607 de la LEC de España sobre los bienes inembargables.<sup>544</sup>

### **2.3.1 Requisitos del proceso de ejecución ordinaria**

En el procedimiento de ejecución ordinaria que establece la LEC de España, al igual que en los demás procedimientos de ejecución hipotecaria, la deuda tiene que ser líquida, estar vencida y ser exigible. La demanda debe dirigirse contra el deudor y el tercer poseedor<sup>545</sup> (ambos han de ser requeridos de pago) aunque sólo podrá reclamarse al tercer

---

542 DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, *op. cit.* p. 259.

543 RIVAS TORRALBA, RAFAEL A., *op. cit.* p. 763.

544 DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, *op. cit.* pp. 284-285.

545 RIVAS TORRALBA, RAFAEL A., *op. cit.* p. 765. “El tercer poseedor tiene la consideración de parte en la ejecución, a tenor con el art. 538.2.3 de la LEC, quien, sin figurar como deudor en el título ejecutivo, resulte ser propietario de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda en cuya virtud se procede.”



poseedor si al vencimiento del plazo el deudor no realiza el pago después de ser requerido judicialmente o por notario.<sup>546</sup>

El requerimiento de pago se debe efectuar en el domicilio que figure en el título ejecutivo, pudiendo realizarse, además, a petición del acreedor en cualquier lugar en que pueda localizarse al ejecutado.<sup>547</sup> (art. 582.1 LEC de España) Las STS de España de 30 de octubre de 1982 y 29 de junio de 1992, han entendido que la falta de notificación o requerimiento al deudor puede dar lugar a la nulidad de las actuaciones ejecutivas. Al requerimiento de pago le aplica lo dispuesto en los arts. 581 y 582 de la LEC de España. En caso de que el deudor no pague ni consigne la cantidad adeudada se procederá de inmediato al embargo de sus bienes en la medida suficiente para responder de la cantidad por la que se haya despachado la ejecución y por las costas que esta produzca. (art. 581.1 de la LEC de España)

El art. 572.2 de la LEC de España permite el despacho de la ejecución ordinaria por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública, siempre que se haya pactado en el título, que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes. Para que la escritura tenga fuerza ejecutiva deberá: (a) incluir el pacto de que la cantidad exigible será la que resulte de la liquidación del acreedor y (b) establecer la forma en que el acreedor debe efectuar dicha liquidación.<sup>548</sup> Además, deberá notificarse al deudor, y en su caso, al fiador, la cantidad exigible resultante de la liquidación, así como obtener una acreditación de notario conforme a la cual se establezca que la liquidación se ha hecho con arreglo a lo dispuesto en el título ejecutivo.<sup>549</sup> La demanda ejecutiva deberá acompañarse con los documentos que acreditan los siguientes extremos: (a) el saldo de la liquidación efectuada por el acreedor, así como las partidas de cargos, abonos y aplicación de intereses que determinan el saldo por el que se insta el despacho de la ejecución, (b) una acreditación de que la liquidación se ha efectuado en la forma pactada en el título e (c) incluir el

---

<sup>546</sup> *Ibid.* pp. 765-766. Este autor nos indica que al tercer poseedor nada se le puede reclamar hasta que no conste que la obligación quedó incumplida por el deudor. El requerimiento al tercer poseedor que imponen los arts. 126 y 127 de la LH ha de hacerse como trámite previo para que el acreedor pueda dirigirse contra el bien hipotecado, ya que sólo tal requerimiento coloca al tercer poseedor con posibilidades tales como: pagar, en cuyo caso deberá pagar el principal, intereses y costas (art. 662.3 LEC), desamparar, poniendo el bien a disposición con lo cual no tendrá que realizar ninguna actividad adicional, u oponerse a la ejecución, en donde se le considerará como parte en el procedimiento y le aplicarán todas las diligencias de la ejecución. (arts. 126 y 127 LH) De esta forma se hace efectiva la tutela judicial del tercer poseedor y de sus intereses legítimos, ya que sólo así éste podrá enterarse de todas las diligencias relacionadas con el embargo y la venta de bienes. Véase, además, RDGRN de 3 de febrero de 1992 (BOE de 26 de marzo).

<sup>547</sup> ARMENTA DEU, TERESA, *op. cit.* p. 423.

<sup>548</sup> *Ibid.* p. 428.

<sup>549</sup> *Ibid.* p. 428

documento justificativo de la notificación al deudor y al fiador sobre la cantidad exigible.<sup>550</sup> (art. 573 de la LEC de España). Una vez se cumplan los requisitos antes mencionados se emitirá la orden general de ejecución y el despacho de la ejecución. Es decir, presentada la demanda ejecutiva, el Tribunal, siempre que concurran los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución sean solicitados conforme a la naturaleza y contenido del título, dictará auto con la orden general de ejecución. (art. 551 de la LEC de España) Una vez despachada la ejecución, si vence algún plazo de la obligación o la obligación en su totalidad, se entenderá ampliada la ejecución por el importe correspondiente a los nuevos vencimientos, si así lo solicita el ejecutante y sin necesidad de retrotraer el procedimiento.<sup>551</sup> (art. 578.1 LEC de España) La ampliación de la ejecución es razón suficiente para la mejora del embargo posibilitando la anotación preventiva con arreglo al art. 613.4 de la LEC de España. (art. 578.3 LEC de España) Si el ejecutado no está conforme con la liquidación podrá manifestarlo en incidente de oposición. (art. 558.2 LEC de España) Asimismo, si el acreedor tiene dudas sobre la realidad o exigibilidad de alguna partida o su cuantía, podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que le resulte indubitada y reservar la reclamación del resto para un proceso declarativo que podrá ser simultáneo a la ejecución.<sup>552</sup> (art. 573.3 LEC de España)

Al igual que el procedimiento especial de ejecución hipotecaria y la venta extrajudicial, en la ejecución ordinaria se liquidan las cargas anteriores que gravan el inmueble hipotecado. Para poder proceder a la liquidación de cargas, el art. 657 de la LEC de España establece que el Secretario Judicial encargado de la ejecución se dirigirá de oficio a los titulares de créditos anteriores que sean preferentes al que sirvió para el despacho de la ejecución, y al ejecutado, de manera que éstos informen sobre la subsistencia actual del crédito garantizado y su cuantía. Con esto se trata de que indiquen si dicho crédito subsiste, o se ha extinguido, y en caso de subsistir, qué cantidad está pendiente de pago, la fecha de su vencimiento, los plazos y las condiciones en que el pago debe efectuarse. Si el crédito estuviera vencido y no pagado, se informará también de los intereses moratorios vencidos y la cantidad a la que ascienden los intereses que se devenguen por cada día de retraso.<sup>553</sup>

---

<sup>550</sup> *Ibid.* pp. 428-429.

<sup>551</sup> *Ibid.* pp. 431-432. Esta autora nos indica que: “La ampliación se solicita por el acreedor en la demanda ejecutiva, quien deberá presentar una liquidación final de la deuda, incluyendo los vencimientos del principal e intereses producidos en la ejecución. (art. 578.2.II de la LEC) Al notificarse el auto que despacha la ejecución, se advertirá al ejecutado que la ejecución se entiende ampliada automáticamente si, en las fechas de vencimiento, no se hubieren consignado las cantidades correspondientes.”

<sup>552</sup> JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN, *op. cit.* nota 39, p. 429.

<sup>553</sup> *Ibid.* p. 658.

El Secretario Judicial conforme al art. 666 de la LEC de España descontará del valor de tasación el importe total garantizado que resulte de la certificación de cargas, incluidos el principal, los intereses y las costas presupuestadas, o el que se haya hecho constar en el Registro de la Propiedad.<sup>554</sup>

### **2.3.2 Oposición a una ejecución hipotecaria realizada por la vía ordinaria**

En un procedimiento de ejecución por la vía ordinaria la oposición podrá hacerse cuando se alegan los siguientes defectos: (a) carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda, (b) falta de capacidad o de representación del ejecutante o no acreditar el carácter o representación con que demanda, (c) nulidad radical del despacho de la ejecución por no cumplir el documento presentado con los requisitos legales exigidos para llevar aparejada la ejecución, o (d) por infracción al despacharse la ejecución. Cuando la oposición del ejecutante se levante en base a defectos procesales, el ejecutante podrá formular su alegación sobre estos defectos en el plazo de 5 días. Si el Tribunal entiende que el defecto es subsanable concederá al ejecutante un plazo de 10 días para que subsane el defecto alegado, por el contrario, si el defecto o falta no es subsanable o no se subsana dentro del plazo señalado, se dictará auto dejando sin efecto la ejecución despachada con imposición de costas al ejecutante. Si el Tribunal no aprecia la existencia de los defectos procesales alegados, dictará auto desestimando la oposición y mandará a seguir la ejecución e impondrá al ejecutado las costas de la oposición. (art. 559 LEC de España)

Al igual que en los demás procedimientos de ejecución hipotecaria, en la ejecución ordinaria el Tribunal examinará de oficio, si alguna, las cláusulas incluidas en el título ejecutivo pueden ser calificadas como abusivas. Cuando se aprecie que alguna cláusula del préstamo hipotecario puede ser calificada como abusiva se dará audiencia por 15 días a las partes y luego de ser oídas se acordará lo procedente dentro del plazo de 5 días conforme a lo previsto en el art. 561.1.3 de la LEC de España. Asimismo, el auto que deniegue el despacho de la ejecución será directamente revisable. (art. 552 LEC de España)

La ejecución ordinaria sólo se suspenderá en los casos en que la ley lo ordene de modo expreso o cuando así lo acuerden todas las partes. No obstante, decretada la suspensión podrán adoptarse o mantenerse medidas de garantía de los embargos acordados y se practicarán, en todo caso, los que ya hubieren sido acordados. (art. 565 LEC de España) La

---

<sup>554</sup> *Ibid.* p. 659.

interposición de recursos ordinarios no suspenderá, por si misma, el curso de las actuaciones ejecutivas. Sin embargo, si el ejecutado acredita que la resolución frente a la que recurre le produce daño de difícil reparación podrá solicitar del Tribunal la suspensión del despacho de la ejecución y para ello deberá prestar caución suficiente para responder de los perjuicios que el retraso pudiera producir. (art. 567 LEC de España) En nuestra opinión, para un deudor hipotecario que enfrenta la ejecución de su vivienda por incumplimiento con el pago de las mensualidades del préstamo hipotecario, le resultará sumamente difícil poder prestar caución suficiente para responder por los daños y perjuicios que pudiera sufrir el acreedor hipotecario. Además, más allá de no recibir la cantidad adeudada dentro del plazo acordado nos resulta difícil apreciar qué perjuicios, adicionales a los monetarios, puede sufrir el acreedor hipotecario.

Conforme nos señala CASTILLA BAREA algunos pronunciamientos jurisprudenciales han planteado que la elección por el acreedor de las reglas de la ejecución ordinaria, frente a las especiales de la ejecución hipotecaria, pueden constituir un fraude de ley o procesal, o un ejercicio abusivo del propio derecho por parte del acreedor, o justificar que se aplique la doctrina de los actos propios.<sup>555</sup> Sin embargo, esta aseveración no parece observarse cuando el bien inmueble pertenece a un hipotecante no deudor cuyo patrimonio no puede ser objeto de agresión al margen del bien hipotecado, debido a que los arts. 105 LH de España y el 1.911 CC de España únicamente afectan al deudor hipotecario. Asimismo, para el jurista DOMÍNGUEZ LUELMO, las mismas observaciones sobre el uso abusivo del procedimiento de ejecución ordinario podrían hacerse cuando existen fiadores o avalistas.<sup>556</sup> En nuestra opinión, aunque no existe el ejercicio abusivo de un derecho cuando el acreedor ejecutante no persigue un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, si existe un uso abusivo de los procedimientos judiciales cuando se tienen disponibles otras vías ejecutivas y en especial cuando la ejecución se hace sobre la vivienda habitual de un consumidor.

### **2.3.3 Subasta del bien hipotecado**

En la ejecución ordinaria existe un trámite para el avalúo de los bienes embargados. Esta es la diferencia más destacable de este proceso en comparación con el procedimiento especial de ejecución hipotecaria y la venta extrajudicial de la legislación española.

---

<sup>555</sup> CASTILLA BAREA, MARGARITA, La facultad del acreedor de elegir el procedimiento ejecutivo en caso de hipoteca sobre la vivienda habitual del deudor: ¿una libertad absoluta o condicionada?, Rev. Der. Civil, Vol. V, núm. 2 abril-junio 2018, pp. 81-105.

<sup>556</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, *op. cit.* p. 259.

En un procedimiento de ejecución ordinaria en la fase de subasta el Secretario Judicial expide un mandamiento al Registrador de la Propiedad para que éste remita al Juzgado una certificación en la que consten los siguientes extremos: (a) la titularidad del dominio y demás derechos reales del bien o derecho gravado y (b) los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien registrado que ha sido embargado. El Registrador de la Propiedad hará constar por nota marginal la expedición de la certificación, expresando la fecha y el procedimiento a que se refiera. (art. 656 LEC de España).

En la ejecución ordinaria se debe proceder al avalúo de los bienes embargados como requisito para poder iniciar la vía de apremio.<sup>557</sup> (art. 637 LEC de España) En el procedimiento de ejecución por la vía ordinaria la LEC opta por un sistema de tasación del bien a ser ejecutado que se basa en un acuerdo entre ejecutante y ejecutado, antes o durante la tramitación de la ejecución, y en defecto de acuerdo mediante tasación pericial.<sup>558</sup> En el caso de presentarse el acuerdo se dará conocimiento al tercer poseedor y a los demás acreedores cuyos derechos consten inscritos o anotados, con posterioridad, en el Registro de la Propiedad.<sup>559</sup> El acuerdo de tasación debe ser objeto de aprobación por el Secretario Judicial (art. 639.4 LEC de España) debiendo éste examinar la forma y contenido del pacto, que dicho acuerdo no sea abusivo y que el mismo no perjudique a alguna de las partes, a otros acreedores o al tercer poseedor.<sup>560</sup> A falta de acuerdo entre las partes, el art. 638 de la LEC de España prevé la designación de un perito tasador. La tasación del inmueble deberá realizarse conforme al valor de mercado, entregándose la misma al Tribunal en el plazo de 8 días a contar desde la aceptación del encargo, sin tener en cuenta las cargas y gravámenes que pesen sobre el bien inmueble, será el Secretario Judicial quien se encargue de restar los gravámenes que pesen sobre el inmueble del avalúo realizado por el perito tasador y determinará la cuantía que subsista.<sup>561</sup> (art. 639 LEC de España) Los honorarios del perito tasador deben ser sufragados por el acreedor ejecutante sin perjuicio de su ulterior repercusión en las costas que, con carácter general, recaen sobre el ejecutado sin necesidad de especial imposición. (arts. 638.3 y 539.2 LEC de España)

---

<sup>557</sup> JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN, *op. cit.* p. 656.

<sup>558</sup> *Ibid.* p. 656.

<sup>559</sup> *Vid.* art. 659 de la LEC en cuanto a los acreedores con derecho que se refieren a los titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad al del ejecutante, los cuales lógicamente están interesados en la tasación porque les puede corresponder el sobrante de la subasta. Estos pueden ser titulares que consten en la certificación de cargas, o bien de titulares que hayan inscrito o anotado en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la expedición de dicha certificación, y hayan acreditado dicho extremo ante el Secretario Judicial, a los cuales se les concederá intervención en el avalúo y demás actuaciones del procedimiento que les afecten. *Vid.* JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN, *op. cit.* p. 657.

<sup>560</sup> JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN, *op. cit.* nota 34, p. 657.

<sup>561</sup> *Ibid.*

Conforme al art. 639.4 de la LEC de España transcurridos cinco días desde que el perito designado haya entregado la valoración del inmueble, las partes y los acreedores a que se refiere el art. 658 de la LEC podrán presentar alegaciones a dicha valoración.<sup>562</sup>

La convocatoria a la subasta se anunciará en el BOE, la cual se hará en el Portal de Subastas y se comunicará a través del sistema del Colegio de Registradores con el Registro de la Propiedad correspondiente, a fin de que éste confeccione y expida la información registral electrónica sobre el inmueble a ser ejecutado. (art. 667 LEC de España)

En cuanto a la aprobación del remate y la adjudicación del bien inmueble, a la ejecución ordinaria le son de aplicación las disposiciones del art. 670 de la LEC de España y las modificaciones introducidas a dicho artículo por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que discutimos previamente en la parte de subasta del procedimiento especial de ejecución hipotecaria. El acreedor en el plazo de 20 días siguientes al cierre de la subasta podrá solicitar la adjudicación del inmueble, pero si no hiciere uso de esta facultad, el Secretario Judicial, a instancia del ejecutado, procederá al alzamiento del embargo. (art. 671 LEC de España) Ahora bien, en esta parte del procedimiento de ejecución por la vía ordinaria existe un elemento que puede ser impugnado por el deudor o parte ejecutada, y es que al realizar el pago del crédito hipotecario el Secretario Judicial debe liquidar los intereses. Y en esta parte del procedimiento el Secretario Judicial está obligado a evaluar si los intereses remuneratorios y los moratorios son abusivos siguiendo la normativa comunitaria europea en aplicación a la doctrina de cláusulas abusivas. Es decir, en la aprobación del remate y la adjudicación del inmueble ejecutado el deudor tendrá la oportunidad de impugnar la cláusula de intereses ya que en caso contrario se estaría evitando la aplicación de la Directiva 93/13/CEE<sup>563</sup>.

### **3. España: Medidas para la protección de los deudores hipotecarios sin recursos**

En España para paliar la situación de excepcional crisis se implementaron medidas de protección para los deudores hipotecarios sin recursos. Las medidas de protección surgen de las siguientes legislaciones:

---

<sup>562</sup> *Ibid.*

<sup>563</sup> PÉREZ DAUDÍ, VICENTE, Las consecuencias procesales del concepto de valor del producto del art. 579 LEC, Garantías reales en escenarios de crisis: Presente y Prospectiva, LAUROBA LACASA, M.ª ELENA y TARABAL BOSCH, JAUME (coords.) Marcial Pons, (2012), p. 627. Este autor explica detalladamente las posibilidades procesales del ejecutado en el proceso de ejecución hipotecaria.

- a. Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección a los deudores hipotecarios sin recursos. Esta ley estableció la adhesión voluntaria de las entidades de crédito acreedoras a un Código de Buenas Prácticas (CBP) con las siguientes obligaciones: (i) reestructuración de la deuda hipotecaria con reducción del tipo de interés durante cuatro años y la ampliación del plazo total de amortización, (ii) otorgamiento potestativo por la entidad de una quita sobre la deuda y (iii) la posibilidad final de la dación en pago como medio liberatorio definitivo pudiendo las familias permanecer en la vivienda durante dos años en un régimen de alquiler especial.
- b. Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios sin recursos. Esta ley añadió otras medidas como: (i) la suspensión por dos años de los desahucios de las familias en riesgo de exclusión social por ejecuciones hipotecarias sin que durante dicho plazo pudieran ser desalojados de sus viviendas, (ii) la promoción por parte del Gobierno español de la constitución por las entidades de crédito de un Fondo Social de Viviendas de su propiedad para facilitar el acceso a una vivienda a las familias desalojadas por el impago de un préstamo hipotecario cuando dichas familias tuviesen un ingreso inferior a tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM).
- c. Real Decreto Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.<sup>564</sup> Esta ley

---

564 Antes de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en España fue promulgado el Real Decreto Ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos y la adhesión voluntaria de las entidades al Código de Buenas Prácticas. La Ley 6/2012, de 9 de marzo, tenía por objeto establecer medidas que permitieran la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecían de dificultades extraordinarias para realizar el pago de su hipoteca. Esta ley hizo que los procedimientos de ejecución de hipotecas fuesen más transparentes y baratos, y estableció un nuevo sistema de subastas a través de métodos virtuales (on-line). La Ley 6/2012, de 9 de marzo, incluyó medidas de protección para los deudores hipotecarios sin recursos. Esta ley dispuso que se consideraban incluidos en el umbral de exclusión los deudores hipotecarios cuando ocurrían las siguientes circunstancias: (1) todos los miembros de la unidad familiar carecían de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas, se entiende por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos con independencia de su edad que residan en la vivienda, (2) cuando la cuota hipotecaria resultaba superior al 60% de los ingresos netos que percibe el conjunto de los miembros de la unidad familiar, (3) cuando el conjunto de los miembros de la unidad familiar carecía de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda, (4) que se tratara de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre la única vivienda del deudor y concedido para la adquisición de la misma, (5) que se tratara de un crédito o préstamo que carecía de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que para todos los garantes concurran las circunstancias citadas en los números 2 y 3, previos, y (6) si hay codeudores ajenos a la unidad familiar, éstos debían estar incluidos en las circunstancias de los números 1, 2 y 3, previos. La Ley 6/2012, de 9 de marzo, establecía medidas previas a la ejecución de la hipoteca. Como, por ejemplo, los deudores que se encontraban en el umbral de exclusión podían solicitar y obtener de la entidad acreedora la reestructuración de su deuda hipotecaria, no así los

completó las medidas anteriores con la implementación de: (i) la elevación del límite de ingreso a 4/5 del IPREM en determinados casos, (ii) la reforma de la legislación hipotecaria para limitar los intereses moratorios exigibles y (iii) la reforma de la LEC para que la tasación de la vivienda a efectos de subasta no pudiera ser inferior al 75% de la tasación utilizada para conceder el préstamo hipotecario.

- d. Real Decreto Ley 1/2015, y luego por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.
- e. Real Decreto Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.
- f. Real Decreto Ley 5/2017, de 17 de marzo, que modifica la Ley 6/2012 y la Ley 1/3013, añadiendo nuevas medidas tales como: (i) ampliación a la protección de los deudores hipotecarios en situación de especial vulnerabilidad modificando el Código de Buenas Prácticas (CBP) y de el de las personas que pueden beneficiarse de la suspensión del lanzamiento de su vivienda, (ii) ampliación a tres años adicionales la aplicación de la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habitadas por colectivos vulnerables, (iii) establece mecanismos de alquiler en favor de los deudores ejecutados para que éstos puedan solicitar de las entidades acogidas al Código de Buenas Prácticas (CBP) un arrendamiento en condiciones preferenciales por un periodo de cinco años y eventualmente hasta diez años con una renta anual máxima del 3% del valor del inmueble al tiempo de aprobarse el remate.
- g. Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, a la vista de determinados pronunciamientos judiciales, en particular la STJUE Gutiérrez Naranjo de 21 diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.

---

deudores que se encontraban en un procedimiento de ejecución de hipoteca con anuncio de subasta. En cuanto al procedimiento de ejecución extrajudicial, el artículo 12 de la Ley 6/2012, de 9 de marzo, estableció una reforma a dicho procedimiento con aplicación general, puesto que no sólo incluía a los deudores en el umbral de exclusión. Esta reforma únicamente afectaba a los casos en donde el procedimiento de ejecución se seguía contra la vivienda habitual del deudor. Bajo el marco normativo que establecía la Ley 6/2012, de 9 de marzo, se introdujo la negociación y mediación. Esta ley trató de potenciar las negociaciones pactadas ya que no se establecían medidas imperativas, sino que hacía referencia un Código de Buenas Prácticas que las entidades financieras podían adoptar de manera voluntaria. Con esta ley se intentó dar respuesta a un importante sector de la sociedad y se intentó aliviar la situación de muchas familias que estaban en peligro de perder su vivienda y buena parte de su patrimonio.



- h. Real Decreto-Ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública. Esta ley amplió la suspensión de los lanzamientos la cual finaliza en mayo de 2024, salvo que se produzca en el futuro un nuevo aplazamiento de esta regulación excepcional.<sup>565</sup>

El Código de Buenas Prácticas (CBP) se desarrolla en tres fases en donde en cada una opera en defecto de poder aplicar la fase anterior. Las tres fases son:<sup>566</sup>

- a. Primero, se verificará la reestructuración de la deuda hipotecaria.
- b. Segundo, no resultando suficiente la reestructuración citada, las entidades podrán ofrecer a los deudores una quita del conjunto de su deuda.
- c. Tercero, en defecto de las dos anteriores, los deudores podrán solicitar y las entidades deberán aceptar, la dación en pago como medio liberatorio de la deuda. En este caso, las familias podrán permanecer en su vivienda durante un plazo de dos años satisfaciendo una renta asumible.

Para poder disfrutar de las medidas de protección, los deudores hipotecarios deberán encontrarse en las circunstancias económicas previstas en la Ley 1/2013, de 14 mayo y en la Ley 6/2020, de 10 de marzo, circunstancias tales como:<sup>567</sup>

- a. El deudor debe encontrarse en los supuestos de especial vulnerabilidad que especifica el art. 3 y art. 3.2 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en casos como familia numerosa, unidad monoparental con dos hijos a cargo o unidad familiar con víctima de violencia de género, unidad familiar en situación de desempleo y

---

<sup>565</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, *op. cit.* p. 296-297. Los arts. 1 y 2 del 27/2012 pasaron a ser reproducidos casi en su literalidad en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, por lo que paso a ser esta ley la que regula la situación de los lanzamientos de los deudores hipotecarios en situación de vulnerabilidad. El art. 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, impide el lanzamiento y desalojo en los dos años siguientes a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo (plazo que se produjo el mismo día de la publicación en el BOE de esta ley, es decir el 15 de mayo de 2013). Posteriormente, el RD-Ley 1/2015, modificó el art. 1 de la Ley 1/2013, disponiendo que hasta transcurridos cuatro años desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, no procederá el lanzamiento, el plazo fue ampliando nuevamente a cuatro años computados desde el 15 de mayo de 2013 (que es la fecha de entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo). El RD-Ley 5/2017 modificó el art. 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, “Hasta transcurridos siete años desde la entrada en vigor de esta Ley no se procederá el lanzamiento...” Finalmente, el plazo se volvió a ampliar por la Ley 6/2020, de 10 marzo, y finaliza en mayo de 2024.

<sup>566</sup> ARMENTA DEU, TERESA, *op. cit.* p. 502-503.

<sup>567</sup> *Ibid.* p. 503.

que haya agotado las prestaciones por desempleo, o ser un deudor mayor de 60 años. La Ley 6/2020, de 10 de marzo, incluye entre los colectivos vulnerables las familias monoparentales que tengan un solo hijo a cargo, con lo cual aumenta el límite de ingresos para poder beneficiarse de la medida, al incrementarse por cada hijo a cargo dentro de la unidad familiar en 0,15 veces el IPREM para las familias monoparentales o en 0,10 veces el IPREM para el resto de las familias.

- b. Que los 4 años anteriores a la solicitud, el deudor haya sufrido una alteración significativa de las circunstancias familiares con especial vulnerabilidad.
- c. La cuota hipotecaria resulte superior al 50% de los ingresos netos que percibe el conjunto de los miembros de la unidad familiar o el 40%.

Por su parte, el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, establece las cantidades que se pueden embargar después de la ejecución. El art. 1 de la Ley 8/2011, de 1 de julio, aplica cuando la hipoteca recae sobre la vivienda habitual del deudor, elevando así el umbral de inembargabilidad de los ingresos familiares en caso de ejecución hipotecaria.<sup>568</sup> Para que aplique esta disposición deben concurrir dos presupuestos: (a) que la hipoteca ejecutada grave la vivienda habitual del deudor y (b) que el precio obtenido tras la ejecución hipotecaria es insuficiente para cubrir el crédito garantizado. La elevación del mínimo embargable que establece la Ley 8/2011, de 1 de julio, se prevé únicamente para el caso en que se persiga el cobro de la deuda residual y solo aplica cuando el acreedor ha optado por el proceso de ejecución especial o por la venta extrajudicial.<sup>569</sup> (art. 570 de la LEC). La elevación del umbral de inembargabilidad prevista en esta norma para sueldos y pensiones es considerable.<sup>570</sup> Sin embargo, cabe señalar que si lo que se persigue realmente es proteger

---

568 DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, *op. cit.* nota 53, p. 282. “En el caso que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 129 LH, 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 art. 607.1 LEC se incrementará en un 50% y además en otro 30% 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 esos efectos, se entiende por núcleo familiar, el cónyuge o pareja de hecho, los ascendentes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado. Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional y, en su caso, a las cuantías que resulten de aplicar la regla para la protección del núcleo familiar prevista en el apartado anterior, se embargarán conforme a la escala prevista en el art. 607.2 de la misma ley.”

569 *Ibid.* p. 283.

570 *Ibid.* nota 54, p. 283. “Las cifras concretas pueden ser muy ilustrativas. Actualmente el SMI fijado para 2018 por RD 1077/2017, de 29 de diciembre, es de 735,90€ al mes. El 50% de esta cantidad son 367,95€, por lo que el mínimo inembargable a los efectos de la aplicación del art. 607.1 LEC es de 1.103,85€ (735,90 + 367,95). Para el caso de que convivan con el ejecutado, integrantes de lo que se considera el núcleo familiar, esa cantidad se ve incrementada en un 30% del SMI por cada uno de ellos cuando no dispongan de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al SMI. Actualmente el 30% del SMI supone una cantidad adicional de 220,77€. Así, por ejemplo, si nos planteamos el caso de un núcleo familiar en que trabaja el padre, la madre

al consumidor que ha perdido su vivienda, ¿por qué no se brinda igual trato, sobre el umbral de inembargabilidad de los ingresos familiares, cuando el acreedor ha optado por la ejecución ordinaria?<sup>571</sup> Esta es una disparidad en la legislación española que debería corregirse.

#### **4. Puntos especialmente importantes en fase ejecutiva: Aspectos problemáticos en ambas jurisdicciones**

##### **4.1 El tipo mínimo de la subasta**

En la mayoría de los procedimientos de ejecución hipotecaria el valor del inmueble hipotecado cuando sale a subasta o el tipo mínimo corresponde al valor de tasación del inmueble al momento de la concesión del préstamo hipotecario. Dicho valor de tasación se incorpora en la escritura de hipoteca. Este valor de tasación es un valor prefijado por las partes en la escritura de constitución de la hipoteca, que casi siempre, es diferente al valor real del inmueble en el momento futuro de la celebración de la hipotética subasta. Lo anterior, por varias circunstancias todas ellas relacionadas con el transcurso del tiempo, tales como: (a) las mejoras o los desperfectos ocurridos en el inmueble y (b) la situación del mercado inmobiliario<sup>572</sup> que puede traer consigo circunstancias en donde el precio de la tasación inicial devenga irreal o irrisorio.<sup>573</sup> Ante esta situación es necesario cuestionarse lo siguiente: ¿Qué ocurriría si la finca cambia drásticamente de valor? ¿Si el valor aumenta o

---

está en paro, tienen dos hijos menores que no perciben ingresos, y una abuela que convive en el hogar familiar con una pensión inferior al SMI (lo que puede suceder en diversas situaciones, de manera especial si se trata de pensiones no contributivas de jubilación), nos encontramos con cuatro personas más, que permiten elevar el umbral de inembargabilidad en 883,08€ (220,77 x 4). En este caso, pues, el mínimo inembargable a efectos de aplicar el art. 607.1 LEC sería de 1.986,93€ (1.103,85 + 883,08).”

<sup>571</sup> ANDERSON, MIRIAM, *op. cit.* p. 237. La autora nos comenta sobre su experiencia en la Clínica Jurídica de la UB en la cual se ha encontrado con un caso en que justamente para evitar las medidas surgidas a raíz de la crisis que benefician solo a deudores afectados por una ejecución hipotecaria, la entidad financiera optó por la ejecución ordinaria. Así, una usuaria, víctima de violencia de género y con dos hijos menores a su cargo, vio como el acreedor escogió la vía de los arts. 517 y siguientes LEC en lugar del procedimiento especial de ejecución hipotecaria. Se trataba de su vivienda habitual, cobraba una pensión mínima de subsistencia y no tenía otros bienes ni dinero ahorrado. No cabe duda de que lo perseguido por la entidad era obviar la aplicación de la moratoria de lanzamientos, cuyos requisitos la usuaria cumplía cabalmente.

<sup>572</sup> ADÁN DOMÉNECH, FEDERIC, *op. cit.* nota 186, pp. 93-149. “Algunos autores consideran que incluso esta descoordinación entre el precio marcado y el real puede resultar perfectamente asumido por las partes. Así, ROCA SASTRE sostiene que “los interesados pueden adoptar como tipo de subasta la cifra que mejor les parezca, sin que deban ajustarse al valor real de la finca, pues más que tasar bienes pactan un tipo de licitación, *op. cit.* a la p. 319, ROCA-SASTRE, R.: Derecho Hipotecario, T. IX, Edit. Bosch, Barcelona (1998).”

<sup>573</sup> *Ibid.* nota 187, pp. 93-149. “En términos similares se expresa ROCA SASTRE, al manifestar que “el posible cambio en la venta de la propiedad inmueble al tiempo de la licitación hace que casi siempre el tipo de tasación, al llegar el tiempo de actuar, se halle lejos de la realidad, lo cual puede dar lugar a desagradables sorpresas en el trámite de subasta, *op. cit.* a la p. 319, ROCA-SASTRE, R.: Derecho Hipotecario, T. IX, Edit. Bosch, Barcelona (1998).”

baja significativamente tendrían derecho las partes y los interesados a solicitar nuevamente la tasación del inmueble que se ejecuta? Cuando se crearon las Leyes Hipotecarias no se fijaron reglas de aplicación para esta situación. En vista de ello, entendemos que la tasación del inmueble como fijación para el tipo mínimo en caso de subasta es uno de los factores que deben considerarse a la hora de analizar si los procedimientos de ejecución de hipotecas se atemperan a la realidad, de manera que se pueda crear un balance de intereses entre el acreedor y el deudor hipotecario. Es decir, la tasación del inmueble a ser ejecutado debería ajustarse, en mayor medida, al valor real del inmueble en el momento en el cual ocurra la subasta. Sin embargo, a efectos de equilibrar al máximo posible el precio o tipo mínimo de la subasta con el valor futuro del inmueble, podría argumentarse que el legislador pudo corregir esta situación disponiendo que el avalúo de la propiedad que sale a subasta se realice de forma igual en todos los procesos ejecutivos, bien sea regulando este asunto de forma expresa o bien por remisión a la regulación general sobre la ejecución de bienes inmuebles.<sup>574</sup> No obstante, conforme a la norma vigente esa no fue la opción elegida por el legislador español,<sup>575</sup> quizás considerando que la fijación del tipo mínimo en la escritura de hipoteca contribuiría a agilizar la tramitación de un procedimiento de carácter expeditivo,<sup>576</sup>

---

<sup>574</sup> *Ibid.* pp. 93-149.

<sup>575</sup> *Ibid.* Este autor nos indica: “La no regulación de actividad valorativa alguna en la interinidad de la ejecución hipotecaria ha sido criticada por determinados autores. Sobre esta circunstancia, Fernández-Ballesteros considera que “esta exigencia (ineludible) no cuenta con excesiva justificación. Ni tasar la finca es un trámite excesivamente complejo, ni resulta razonable otorgar hoy un determinado valor de tasación a una finca que tal vez salga a subasta diez años más tarde (...). Quizá haya aumentado de valor (con lo que se perjudica al ejecutado), o quizá si es época de recesión su valor de mercado sea inferior (con lo que se perjudica al ejecutante), *op. cit.* a la p. 633, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Edit. Iurgium, Madrid (2001). De la misma forma, FAJARDO se pregunta el por qué no se regula el avalúo, pues según él “se prescinde del trámite de avalúo pericial, (...) sin excesiva justificación, porque es éste un trámite que, en su regulación actual no tiene por qué entorpecer excesivamente la ejecución, (se fija un plazo de ocho días para que el perito entregue su valoración), y con su exclusión, se impide adecuar, en todo caso, el valor de la finca hipotecada al de mercado en el momento de iniciarse la ejecución,” *op. cit.* a la p. 508, FAJARDO, F. (AAVV): Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Vol. II, Edit. Aranzadi, Navarra (2001).”

<sup>576</sup> *Ibid.* Vid. DÍAZ, J. M. Ejecución judicial sobre bienes hipotecados, Edit. Centro de Estudios Registrales, Madrid (2000) en *op. cit.* a la p. 136, nota 189: “Las razones de suprimir el avalúo en el proceso hipotecario han sido defendidas en base a dos argumentos: en primer lugar, con el objeto de agilizar y dar rapidez al trámite ejecutivo y, en segundo lugar, para conseguir un abaratamiento de costes evitando la necesidad de peritación.” Para S. SASTRE, La ejecución de bienes hipotecados, en Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, Vol. III, Edit. Difusión Jurídica, Economist & Iuris, Barcelona (2000), *op. cit.* a la p. 392. Este autor indica que: “esta opción de no proceder a la realización de esta fase de avalúo en esta modalidad de ejecución implicará una mayor agilidad respecto del proceso de ejecución hipotecaria. Así, manifiesta este autor que supone, atendida la naturaleza jurídica de este especial proceso de ejecución, simplificar al máximo los trámites previstos para el procedimiento de apremio de la ejecución ordinaria: nombramiento de perito (art. 638 y 639), avalúo (art. 637), cálculos para la valoración del precio de salida en la subasta única (art. 666), requerimiento para la presentación de la titulación de los inmuebles (art. 663).”

evitándose así realizar una nueva valoración durante el trámite del juicio y una dilación en el procedimiento de ejecución de hipoteca.<sup>577</sup>

Sin embargo, el tipo mínimo de la subasta como el valor de tasación del inmueble cuando se concede el préstamo hipotecario es un problema que ha estado latente desde el origen de las Leyes Hipotecarias. Este problema fue expresado, desde hace mucho tiempo, por el jurista MORELL Y TERRY cuando indicaba que las alteraciones que puede experimentar el valor de la finca señalan indudablemente un defecto en los procedimientos de ejecución de hipoteca.<sup>578</sup> A pesar de que han transcurrido alrededor de 90 años desde las expresiones del jurista MORELL Y TERRY, las mismas todavía tienen vigencia hoy puesto que continuamos utilizando un tipo mínimo en caso de subasta que no se ajusta al valor real del inmueble.

#### **4.1.1 Puerto Rico**

En Puerto Rico el tipo mínimo en caso de subasta es la cantidad concedida en el préstamo hipotecario. En la escritura de hipoteca se incluye una cláusula que indica que, conforme a las disposiciones de LH de Puerto Rico y del Registro de la Propiedad de Puerto Rico, el deudor y el prestamista valoran el inmueble en una cantidad igual a la suma consignada en el pagaré hipotecario (*note o promissory note*) garantizado por la hipoteca, cuyo valor servirá como tipo mínimo en la primera subasta en el caso de ejecución. A su vez, la tasación del inmueble hipotecado se realiza por encargo del banco (prestamista) al momento de la concesión del préstamo hipotecario. El problema que presenta la cuantía establecida como tipo mínimo en caso de subasta es que, durante el proceso de ejecución hipotecaria, específicamente en la fase de subasta, no se realiza una tasación del inmueble a ser ejecutado porque en Puerto Rico solo se requiere que la escritura de hipoteca incluya el valor de la tasación del inmueble sin que puedan influir otras consideraciones. Es decir, el valor del inmueble ejecutado no puede ser impugnado y no se puede demostrar que el tipo

---

<sup>577</sup> *Ibid.* p. 122.

<sup>578</sup> MORELL Y TERRY, JOSÉ, Comentarios a la legislación hipotecaria, Tomo IV, 2da Ed., Madrid (1930), p. 96. Este autor nos indica: “De todos modos, el artículo 129 [Ley Hipotecaria] no consiente ni aun por convenio entre las partes, alterar ninguno de los trámites establecidos en la ley, y representaría una alteración el trámite de la tasación pericial por muy necesaria que se considere ya que precisamente además ha sido suprimida en el procedimiento porque amparada en la mala fe ocasiona a veces gastos y dilaciones considerables. Se dirá como expone Barrachina sin aceptar el principio que el inconveniente de esa tasación anterior no justifica la crítica del precepto, porque no por la cantidad que fijarán las partes se ha de vender precisamente la finca gravada, sino por la mejor postura que alcance. Este criterio es el seguido por los interesados o aconsejado por los Notarios en muchas escrituras, en las que se fija a la finca como valor sólo el importe de su responsabilidad, estimando que en su día se venderá por lo que realmente valga.”

mínimo utilizado para la subasta es un valor es inapropiado. Además, esta situación ha ocasionado inconvenientes para los deudores en términos de la deuda residual y muchos deudores han tenido que evaluar la presentación de un proceso de quiebra o concurso. Adelantamos que, en Puerto Rico no se han modificado las disposiciones sobre el tipo mínimo utilizado en la escritura de hipoteca para el caso de una subasta, sus implicaciones en el proceso judicial, así como tampoco se ha considerado imponer límites a la deuda residual.

#### 4.1.2 España

En España la tasación del inmueble incluida en la escritura de hipoteca sirve como precio o tipo mínimo en caso de subasta si se utiliza el proceso de ejecución especial directa sobre bienes inmuebles hipotecados o la venta extrajudicial. No así cuando se utiliza el procedimiento de ejecución por la vía ordinaria en donde el inmueble se tasa previo a la celebración de la subasta.

Se entiende que el objetivo de la tasación del inmueble al momento de la concesión del préstamo hipotecario es evitar perjuicios tanto para el acreedor como para el futuro adquirente. Y en el caso del acreedor esto significa ahorrar costos y trámites innecesarios, por lo que se trata de una norma pensada únicamente en beneficio del acreedor ejecutante.<sup>579</sup>

En España una parte de la doctrina ha restado importancia a la disparidad que existe en los procedimientos de ejecución de hipotecas en cuanto al valor fijado como precio o tipo mínimo en caso de subasta, considerando que no es tal el problema en base a que será la propia dinámica de la subasta la que conduzca a la fijación del valor real del inmueble a través del mecanismo de la oferta.<sup>580</sup> Como fundamento a esta postura, se dice que por mucho que el tipo mínimo para la subasta sea bajo si las condiciones de la finca han

---

<sup>579</sup> Aunque en el caso de Puerto Rico la mayoría de las hipotecas de los consumidores para la adquisición de una vivienda requieren que la hipoteca que se constituya sobre el inmueble sea el primer gravamen o carga sobre el inmueble, las situaciones relacionadas con las cargas preferentes no afectan el proceso de ejecución de una hipoteca. En Puerto Rico las cargas preferentes no son un problema a la hora de establecer el tipo mínimo en caso de subasta. Sin embargo, en el caso de España en la práctica en la ejecución ordinaria ocurren una serie de situaciones en las cuales el tipo mínimo de la subasta depende directamente de la valoración de las cargas y gravámenes preferentes. Por ejemplo: (a) cuando se trata de obtener el pago de intereses o de plazos vencidos, supuestos en los que no se puede aplicar el tipo mínimo de subasta fijado en la escritura porque este se ha estipulado con vista de los gravámenes anteriores y (b) el procedimiento para hacer efectiva la acción hipotecaria nacida de cierto número de títulos nominativos endosables o al portador que presenta también la particularidad de que la subasta no se lleva a cabo bajo el tipo mínimo fijado en la escritura de constitución de hipoteca porque han de dejarse subsistentes las hipotecas correspondientes al valor total de dichos títulos y se entiende que el rematante acepta las obligaciones respectivas y se subroga en ellas, sin destinar a su pago o extinción el precio del remate. (art. 155 de la LH de España). *Vid.* ADÁN DOMÉNECH, FEDERIC, *op. cit.* pp. 93-149 y la AAP de Lugo, Sección 1ª, de 25 de abril de 2007, (CENDOJ: 27028370012007200040).

<sup>580</sup> ADÁN DOMÉNECH, FEDERIC, *op. cit.* p. 122.

mejorado con el transcurso del tiempo las pujas realizadas por los postores en el momento de la subasta se ajustarán al valor real del inmueble, y si el tipo mínimo para la subasta es alto y el valor en el mercado de la finca se reduce, entonces los postores no optarán por la adjudicación del inmueble.<sup>581</sup> Por otro lado, otra parte de la doctrina española entiende que a pesar del desajuste en la valoración del inmueble, en caso de efectuarse la ejecución de la garantía, una solución viable para corregir dicho desajuste sería que se permita la posibilidad a las partes de poder efectuar modificaciones posteriores sobre la valoración del inmueble.<sup>582</sup> Citando al jurista ROCA-SASTRE quien en apoyo de esta postura indica que cuando hayan sobrevenido circunstancias tales que hayan convertido en ficticio el precio asignado al constituir la hipoteca, dicha circunstancia resultaría ventajosa tanto para el acreedor como para el hipotecante.<sup>583</sup> Por su parte la DGSJFP sostiene en las resoluciones de 15 de marzo de 2008 y de 8 de febrero de 2008, que “esta conveniencia [de efectuar modificaciones posteriores a la valoración del inmueble] juega no sólo en beneficio del acreedor que de esa manera puede tener más posibilidades de ser reintegrado por esa vía de ejecución de la totalidad de su crédito, sino también en beneficio del dueño de la finca hipotecada pues cuanto más alto sea el valor de adjudicación mayores posibilidades habrá de que exista sobrante, una vez satisfecha la deuda, de ahí que no deba rechazarse esa cláusula con el argumento de que con ello se estaría dejando el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes,<sup>584</sup> por cuanto puede además el deudor intervenir en la determinación del nuevo valor.”<sup>585</sup>

---

581 *Ibid. op. cit.* nota 191, pp. 93-149. “Esta posición parece ser la defendida también en alguna resolución de la STS de España, Sala de lo civil, de 24 marzo de 1993, (RJ 1993\3306), en la que se afirma que el precio de salida es inmodificable puesto que trae su origen ya desde la escritura de constitución de la hipoteca (art. 131 regla 9.ª) y sirve de base para la aprobación del remate o posibles rebajas posteriores, pero nunca es reflejo del total valor real de la cosa, que será el que tenga (subjettiva u objetivamente) el día del remate para los licitadores, a cuyo efecto será el criterio del licitador el que formará la determinación de su voluntad. Las cosas hipotecadas son susceptibles de cambios, aumentos o disminuciones de valor (accesiones por edificación o planta.” *Vid.* HERBOSA MARTÍNEZ, I., El despacho de la ejecución hipotecaria. Causas de oposición y suspensión, Edit. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid (2006), p. 29.

582 *Ibid.* pp. 93-149. *Vid.* Fajardo, F. (AAVV): Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Vol II, Edit Aranzadi, Navarra (2001) *op. cit.* p. 508, nota 192: “la no previsión por la Ley de medios alternativos para realizar esta adecuación deja como única vía abierta el acuerdo de las partes en otra escritura posterior.” *Vid.* MARTÍN DIZ, FERNANDO, La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles. Su tratamiento legal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Edit. Comares, Granada (2000) *op. cit.* pp. 162 y 163. Este autor ofrece otra posibilidad afirmando que: “proponemos que se actualice automáticamente, o en su defecto en el momento de proceder a su ejecución mediante la aplicación de las correspondientes operaciones matemáticas, dicho valor preestablecido siguiendo los indicadores que el Instituto Nacional de Estadística ofrece anualmente sobre la apreciación o depreciación de los bienes inmuebles, con ello cuanto menos regeneramos el valor de origen pues permanecería siempre en una línea muy aproximada a su verdadero valor.”

583 ROCA-SASTRE, R. M., Derecho Hipotecario, Tomo IX, Edit. Bosch, Barcelona (1998), p. 320.

584 *Vid.* art. 1.256 del CC de España.

585 ADÁN DOMÉNECH, FEDERIC, *op. cit.* pp. 93-149. *Vid.* RIVAS TORRALBA, RAFAEL A., *op. cit.* p. 1029. Este autor nos indica que: “es posible modificación del precio de tasación y la misma es aceptada por la

En caso de aceptarse la modificación del precio o tipo mínimo del inmueble sacado a subasta será necesario, además, exigir a efectos de poder evitar situaciones de abuso que pudiesen perjudicar al deudor, que la modificación fuese objeto de un acuerdo entre las partes, prohibiéndose la alteración unilateral<sup>586</sup> Esta opción de efectuar modificaciones posteriores a la tasación del inmueble está incluida en el procedimiento de ejecución ordinaria de la LEC de España, pero en cuanto a la legislación española sobre esta materia nos encontramos con la discrepancia de que a la ejecución ordinaria no le aplican las disposiciones sobre beneficios a los deudores que establece la Ley 1/2013, de 14 de mayo, tales como los ajustes a los porcentajes del valor del inmueble en la adjudicación al acreedor ejecutante y los ajustes a los porcentajes de la deuda residual, ambos beneficios cuando se trata de la ejecución de la vivienda habitual de un consumidor.

Otra de las interrogantes que plantea la posibilidad de que se pueda efectuar una modificación al tipo mínimo en caso de subasta fijado en la escritura de hipoteca, radica en la duda de si es preciso conceder audiencia a los titulares de gravámenes posteriores, a efectos de que éstos manifiesten su conformidad o desacuerdo con la nueva valoración del inmueble, y sobre este asunto en España no hay una posición definida en la doctrina.<sup>587</sup>

---

doctrina, al afirmar que es opinión general que el precio o tipo de la subasta puede ser objeto de modificación mediante acuerdo entre acreedor y deudor (e hipotecante no deudor en su caso).<sup>586</sup>

<sup>586</sup> *Ibid.* pp. 93-149. Vid. ROCA-SASTRE, R. M., Derecho Hipotecario, *op. cit.* p. 320 y PEDRAZ PENALVA, ERNESTO Y MORAL, JOSÉ M.<sup>a</sup>, (AAVV): Proceso civil práctico, Tomo VIII-1, Ed. La Ley, Madrid (2002), p. 376. Sobre la posible variación del precio de tasación de la finca estos autores manifiestan que: “la modificación del precio, que no en pocas ocasiones será aconsejable transcurrido un periodo de tiempo en que haya cambiado el valor del bien, habrá de hacerse en las mismas condiciones que su inicial fijación, es decir, por los interesados: acreedor hipotecario y titular de la finca, que el nuevo precio no perjudique a los acreedores posteriores, y si así fuera, habrán de ser oídos.”

<sup>587</sup> *Ibid.* pp. 93-149. Vid. HERBOSA MARTÍNEZ, I., *op. cit.* p. 29. “No es necesario tal consentimiento, ya no sólo porque la alteración de dicho tipo no constituye una mutación jurídico real que deba ser consentida por dichos terceros, sino porque el tipo fijado para la subasta es sólo eso, el precio de salida para la misma, de tal modo que si éste es demasiado bajo la propia dinámica de la subasta hará que aquél se eleve.” Vid. GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca, Ed. Civitas, Madrid (1994), *op. cit.* a la pág. 95. Este autor defiende la innecesariedad del consentimiento de los titulares de derechos posteriores al manifestar que: “entendemos que a los terceros que existan en un periodo intermedio, ello no les causa ningún perjuicio, pues podrán intervenir en la subasta sea cual fuere el tipo de salida y no se entiende que sea necesario su consentimiento para tal modificación, al no tener ningún derecho adquirido, sino una simple esperanza de carácter procesal, que no puede ser considerada ni siquiera expectativa en sentido técnico-jurídico.” En contra de este posicionamiento, *vid.* DOMÍNGUEZ, A., (AAVV): Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo III, 2ª ed., Edit. Lex Nova, Valladolid (2000), *op. cit.* a la p. 3384, quien manifiesta que si existen titulares de derechos posteriores sólo se podrá proceder a la modificación del valor del bien “siempre que todos ellos lo consintieran, lo cual puede evitar maniobras entre deudor y acreedor a efectos de la futura purga prevista en el art. 134 de la LH.” Vid. FERNÁNDEZ- BALLESTEROS, M. A., La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Edit. Iurgium, Madrid (2001), *op. cit.* a la p. 63: “El perjuicio que puede derivar de la modificación del valor a los acreedores posteriores, sostiene que hay que exigir el consentimiento de los posteriores acreedores cuando se produzca una disminución del precio de tasación.” *Cfr.* PEDRAZ PENALVA, ERNESTO y MORAL, JOSÉ M.<sup>a</sup>, (AAVV), Proceso civil práctico, Tomo VIII-1, Edit. La Ley, Madrid (2002), pp. 1-377. “Pudiéndose evitar que se realice un acuerdo entre los interesados en perjuicio de los acreedores posteriores, materializándose en derechos como el concedido al



Según hemos mencionado previamente el apartado 2 del art. 682 de la LEC de España establece que, si en la escritura de hipoteca se indica el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado para que sirva de tipo en la subasta dicho valor no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75% del valor señalado en la tasación. Y en esta parte de la tesis nos parece apropiado comentar las diferencias que existen en los procesos de ejecución hipotecaria utilizados en España y las dificultades que atraviesa un consumidor con el tipo mínimo utilizado en un proceso de subasta. Dichas las dificultades se observan en los porcentajes de deuda residual y varían según el procedimiento de ejecución hipotecaria que se utilice. Aunque la deuda residual la discutiremos en el próximo epígrafe de esta tesis como parte del tema de la responsabilidad ilimitada del deudor, a continuación, presentamos un ejemplo que ilustra la diferencia en cuanto a la cantidad de deuda residual que se obtiene en un procedimiento especial de ejecución hipotecaria frente a una ejecución ordinaria. Veamos.

En el procedimiento especial de ejecución hipotecaria de España una finca que en el año 2005 es tasada en 300.000€ dicho valor se incluye en la escritura de hipoteca como el tipo mínimo en caso de subasta. En el año 2021 cuando ocurre la subasta, el tipo mínimo no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75% del valor señalado en la tasación, con lo cual tenemos un valor de 225.000€.<sup>588</sup> Si el inmueble no es la vivienda habitual del deudor (como es el caso de una segunda residencia), el acreedor podrá adjudicarse el inmueble por 112.500€.<sup>589</sup> En cambio, si se trata de la vivienda habitual de un deudor, aplicando el art. 671 de la LEC de España, la adjudicación del inmueble será por 157.500€<sup>590</sup> que es el 70% de la tasación del inmueble. Esta situación trae consigo uno de los asuntos más cuestionados de la reforma del art. 671 de la LEC de España implementada a través de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, ya que si la deuda residual es inferior al 70% (inferior a 157.500€ adjudicados mediante subasta desierta), la vivienda habitual se adjudicará por 135.000€<sup>591</sup> que equivale al 60% del valor de tasación del inmueble.

Por su parte, en el procedimiento de ejecución ordinaria, siguiendo el ejemplo anterior, una finca que en el año 2005 es valorada en 300.000€, la subasta se fija en 200.000€. Si la subasta queda desierta, la adjudicación al acreedor en caso de no tratarse de la vivienda

---

ejecutante en caso de subasta sin postores para adjudicarse la finca por la mitad del valor de tasación o por la cantidad que se le deba en todos los conceptos art. 671 LEC.”

588 [300.000€ x 75% = 225.000€]

589 [225.000€ x 50% = 112.500€]

590 [225.000€ x 70% = 157.500€]

591 [225.000€ x 60% = 135.000€]

habitual tendría lugar por 100.000€.<sup>592</sup> Si se trata de la vivienda habitual del deudor, el inmueble se adjudicará al acreedor por 140.000€ (considerando el 70% del art. 671 LEC),<sup>593</sup> si la deuda es inferior al 70% la aplicación del art. 671 LEC conducirá a una cuantía de 120.000€ (considerando el 60% del art. 671 LEC).<sup>594</sup>

Como puede observarse en ambos procedimientos la deuda residual resultante es muy alta, aunque se realice una nueva tasación en fase de subasta. Es decir, la diferencia sería de 12.500€,<sup>595</sup> si no es la vivienda habitual, y 17.500€<sup>596</sup> y 15.000€<sup>597</sup> si se trata de la vivienda habitual del deudor. Vemos pues, como el valor de tasación establecido en el año 2005 de una hipoteca ejecutada en el año 2021 arroja una deuda residual similar y alta que, en muchos casos, no puede ser asumida y/o negociada de forma efectiva por el deudor y éste además de perder su vivienda queda sujeto al pago de la deuda residual con todos sus bienes presentes y futuros.

Por otra parte, en España a través de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, se limitaron las costas incurridas en un proceso de ejecución hipotecaria. La reforma legislativa se hizo a través del art. 575.1 bis de la LEC de España que indica:

“en todo caso, en el supuesto de ejecución de vivienda habitual las costas exigibles al deudor ejecutado no podrán superar el 5% de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva.”

Además, la disposición transitoria primera de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, establece que:

“esta Ley se aplicará a los procesos judiciales y extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran incoado a la entrada en vigor de la misma, y en los que no se hubiera ejecutado el lanzamiento.”

Esta norma fue aplicada en las RDGRN de 30 de noviembre de 2015 (BOE de 17 de diciembre) y 19 de mayo de 2016 (BOE de 9 de junio). En la RDGRN de 30 de noviembre de 2015, se estimó que del contenido de la documentación presentada no resultaba si se ha ejecutado o no el lanzamiento, ni si se ha llevado a cabo la fijación definitiva de las costas de ejecución, por lo que se aplicó el efecto retroactivo de la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

---

592 [200.000€ x 50% = 100.000€]

593 [200.000€ x 70% = 140.000€]

594 [200.000€ x 60% = 120.000€]

595 [112.500€ procedimiento especial – 100.000€ ejecución ordinaria = 12.500€]

596 [157.500€ procedimiento especial utilizando el límite de 70% – 140.000€ ejecución ordinaria = 17.500€]

597 [135.000€ procedimiento especial utilizando el límite de 60% – 120.000€ ejecución ordinaria = 15.000€]

Mientras que la RDGRN de 19 de mayo de 2016, estimó que, al haberse aportado mediante fotocopia sin firma y junto al escrito del recurso la tasación de costas, que de dichos documentos no resultaba si se había llevado a cabo la fijación definitiva de las costas de ejecución, se determinó aplicar el efecto retroactivo de la Ley 1/2013, de 14 de mayo.<sup>598</sup>

Una interpretación literal del el art. 575.1 bis y el art. 671 de la LEC de España nos puede llevar a la conclusión de que estas disposiciones perjudican al deudor hipotecario. Nótese que el acreedor ejecutante puede limitar, por sí mismo, la cantidad de las costas que establece el art. 575.1 bis de la LEC de España y se ha observado que muchas entidades de crédito están conscientes del margen de maniobra que les provee este precepto y han renunciado o disminuido de forma considerable las costas con tal de no superar el 70% y adjudicarse la vivienda por el 60% para de esta forma poder tener un porcentaje mayor de deuda residual. Citando a DOMÍNGUEZ LUELMO dicha renuncia a las costas del procedimiento de ejecución hipotecaria, amparada por el art. 6.2 CC de España, no constituye un acto de generosidad, sino una operación calculada.<sup>599</sup> Cónsono con lo anterior, la posición asumida por la DGSJFP en la RDGRN de 12 mayo de 2016 (RJ 2016, 3024), pone de relieve esta situación y en la misma se destaca que precisamente la tasación de costas es propuesta por el acreedor ejecutante, antes de ser aprobada por el juzgado, de manera que depende del propio acreedor ejecutante el exceder o no del 70% en la cantidad reclamada y conseguir así una aplicación literal del art. 671 LEC de España, en la que el deudor ejecutado termina con una deuda residual por una cantidad mayor. La DGRN en la Resolución de 12 mayo de 2016 (RJ 2016, 3024) expresa lo siguiente:

“En base a los principios generales de interpretación de normas jurídicas recogido en el art. 3 CC... parece que la interpretación del art. 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, 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 arts. 670 y 671 citados, y concluyendo que la redacción literal del art. 671 ha de ser interpretada

---

598 RIVAS TORRALBA, RAFAEL A., *op. cit.* pp. 739-740.

599 DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, *op. cit.* p. 273.

en el mismo sentido que la del art. 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 60% de su valor de subasta.”

La aplicación del art. 671 de la LEC de España que ajusta los porcentajes en la fase de subasta, en principio, debería favorecer al deudor, pero observamos que no es así. Si comparamos el procedimiento especial de ejecución hipotecaria con la ejecución ordinaria, se observa que, en ambos procedimientos, el deudor puede obtener una deuda residual muy alta. En ambos procedimientos de ejecución de hipotecas el acreedor obtiene un rendimiento más alto en un préstamo hipotecario que fue concedido para la adquisición de una vivienda.<sup>600</sup>

Ahora bien, es preciso resaltar que, las medidas antes comentadas protegen a los deudores vulnerables, pero únicamente bajo el procedimiento especial de ejecución y siempre que sea el acreedor ejecutante quien se adjudique el inmueble objeto de ejecución. Y si se toma en cuenta que en la actualidad un porcentaje muy elevado de las subastas quedan desiertas, esto desemboca en aplicar de forma automática el art. 671 de la LEC de España facilitando así la aprobación del remate a favor del acreedor ejecutante. Vemos pues como es el propio sistema de ejecución de la garantía y sus reformas, lo que evita que se mejore la subasta del inmueble hipotecado. Si el inmueble se adjudica a un mejor postor distinto al ejecutante, esta situación impide la aplicación de la normativa protectora de los deudores hipotecarios de la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

Es evidente que el legislador español no incluyó una solución adecuada para los deudores hipotecarios que están en riesgo de perder su vivienda habitual.<sup>601</sup> La reforma de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, fue presentada como una mejora para los deudores que viesen ejecutada su vivienda habitual. Sin embargo, parece que el diseño de la norma se hizo para que prácticamente siempre quede deuda residual pendiente de pago lo que no parece razonable si la norma se hizo para ayudar al deudor hipotecario.<sup>602</sup> Citando a la jurista

---

600 ANDERSON, MIRIAM, *op. cit.* pp. 222-223, 227.

601 DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, *op. cit.* p. 272.

602 ANDERSON, MIRIAM, *op. cit.* p. 219. La autora expresa que en la Clínica Jurídica de Derecho Inmobiliario y Mediación Residencial (ClinHab) de la UB ([www.clinhab.com](http://www.clinhab.com)) se atendió a una familia propietaria de un piso de 90m<sup>2</sup>, en una población del área metropolitana de Barcelona, que había sido tasado en 46.000€ en 2007. “El préstamo había ascendido a 280.000€. Para desgracia de la propietaria, la coletilla del art. 671 LEC, que establece que el valor de adjudicación en subasta desierta será del 60% del valor de tasación si la deuda es inferior al 70%, entraba en juego, con lo cual sus posibilidades de negociación con la entidad financiera gracias a ese valor de tasación a efectos de subasta desorbitado quedaban en nada. Y obviamente no cumplían con los requisitos exigidos para acogerse al Código de Buenas Prácticas establecido por el Real Decreto 6/2012 porque el precio de adquisición era demasiado alto.”

CUENA CASAS aunque una de las novedades más importantes que introduce la Ley 1/2013, de 14 de mayo, fruto de la Sentencia Aziz emitida por el TJUE fue la posibilidad de alegar en el proceso de ejecución el carácter abusivo de determinadas cláusulas del préstamo hipotecario, la solución de este problema no ataca el origen de la crisis financiera que no se encuentra solamente en la relación contractual sino en la violación de las normas del mercado hipotecario sobre la tasación de los inmuebles.<sup>603</sup> El juego de los arts. 670, 671 y 682 de la LEC es objeto de múltiples críticas doctrinales, debido a su desconexión con la realidad puesto que no cabe esperar que una persona lega en derecho comparta ni su lógica – porque carece de ella – ni sus resultados y ello no puede calificarse sino de fracaso rotundo del derecho.<sup>604</sup>

El art. 682 de la LEC de España ha fijado un límite que antes no existía. Y como acertadamente expresa la profesora ANDERSON permitir que la entidad financiera pueda sin más reducir de este modo el valor del inmueble en un 25%, podría llegar a considerarse que la cláusula de la escritura de hipoteca que determina el precio en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en una subasta, es una cláusula abusiva que debería ser sancionada.<sup>605</sup>

---

603 CUENA CASAS, MATILDE, *op. cit.* pp. 505-510.

604 ANDERSON, MIRIAM, *op. cit.* p. 216.

605 *Ibid.* nota 50, p. 208. “De hecho, el auto de la AP de Barcelona de 26 de septiembre de 2014 (JUR 2015, 10698) consideró nula por abusiva en sentido formal y material la cláusula de fijación del valor a efectos de subasta. Este se había establecido en 200.000€ (cantidad coincidente con la prestada) y, en cambio, la finca se había tasado en 376.300€. Alegada la nulidad de la cláusula por el deudor, el juzgado desestimó la oposición a la ejecución hipotecaria por esta causa. La Audiencia, en cambio, tras recordar que la exigencia de tasación para la ejecución hipotecaria responde a motivos de celeridad, pero que también protege al deudor que sabrá desde el inicio porque tipo saldrá el bien a subasta, pone el acento en la importancia del valor de tasación a efectos de subasta justamente por las consecuencias que tiene en el procedimiento de ejecución hipotecaria. Acaba considerando la cláusula nula por falta de transparencia, pero también por abusiva, y con ello declaró la nulidad de actuaciones en el proceso de ejecución privilegiada de los arts. 681 y siguientes de la LEC que se estaba siguiendo.” *Vid.* ESTEBAN-HANZA NAVARRO, EMILIO, El significado e importancia del valor de tasación en la ejecución hipotecaria, SÁNCHEZ RUÍZ DE VALDIVIA, INMACULADA y OLMEDO CARDENETE, MIGUEL (dirs.), Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal, Tirant lo Blanch, Valencia (2014), pp. 677-698, pp. 681-682. En cuanto a la dificultad para valorar la abusividad de la cláusula en el procedimiento de ejecución hipotecaria, especialmente debido a entender que no fundamenta la ejecución ni determina la cuantía, *vid.* NICASIO JARAMILLO, ISABEL M.<sup>a</sup>, El control judicial del valor de tasación de la finca en el procedimiento de ejecución hipotecaria, ESPEJO LERDO DE TEJADA, MANUEL y MURGA FERNÁNDEZ, JUAN PABLO (dirs.), Vivienda, préstamo y ejecución, Thompson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (2016), pp. 94-102, donde también se pronuncia sobre la aplicabilidad de las exigencias del art. 682 LEC, en su redacción actualmente vigente, a hipotecas constituidas con anterioridad a las reformas. *Vid.* BLANCO PULLEIRO, ALBERTO, El valor de tasación, Cuadernos de Derecho y Comercio, Núm. 1 (2014), pp. 287-291; GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, MANUEL, La legitimación de una cláusula abusiva por la Ley 1/2013, de protección de los deudores hipotecarios, El Notario, Núm. 20, 11 de julio de 2013, disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/revista-50/opinion/opinion/52-la-legitimacion-de-una-clausula-abusiva-por-la-ley-1-2013-de-proteccion-de-los-deudores-hipotecarios> (consulta 4 de marzo de 2021) y CUENAS CASAS, MATILDE, Tasaciones de inmuebles y (des)protección del deudor hipotecario. Hacia una nueva “burbuja inmobiliaria,” 11 de febrero de 2015, disponible en

Además, comenta la profesora ANDERSON que para mayor agravio también se genera una discordancia con el precio de salida bajo el procedimiento de venta extrajudicial, ya que el mismo no puede ser inferior al valor de tasación, de modo que no cabe la reducción del 25% prevista en el art. 682 LEC.606 Indica la profesora ANDERSON que aunque dicha situación pueda justificarse por la mayor agilidad que se espera que ocurra en la venta extrajudicial, el resultado es que nos encontramos con un valor distinto para el mismo inmueble, en función de que se decida ejecutar utilizando el procedimiento especial hipotecario, la ejecución por la vía ordinaria, o la venta extrajudicial, sin perjuicio, de la disparidad de valores de adjudicación en caso de subasta desierta y dependiendo del destino que se dé al inmueble.<sup>607</sup>

Además, compartimos la opinión de JIMÉNEZ PARÍS en el sentido que esta disposición que, aparenta proteger a los consumidores, sin embargo, beneficia a los bancos con un tipo de subasta reducido en un 25% respecto del valor de tasación.<sup>608</sup> En apariencia y de forma gratuita los bancos pueden apropiarse del 25% del valor del inmueble hipotecado.

Conforme a lo anterior, podemos concluir que en España un buen número de préstamos hipotecarios concedidos antes de la crisis financiera de 2007 incluyen una cláusula que alberga una desproporción en el valor de tasación del inmueble incluido en la escritura de hipoteca, ya que según hemos indicado las tasaciones realizadas durante este periodo sobrevaloraron el inmueble hipotecado. Con lo cual las medidas implementadas por el Gobierno español no producen, necesariamente, un beneficio para los consumidores. Se observa que el legislador español no solo no desea un sistema en donde haya ausencia de pujas, sino que ha facilitado la aprobación del remate a favor del acreedor ejecutante.

## **4.2 La inoperancia del pacto de responsabilidad patrimonial limitada**

Tanto en Puerto Rico como en España la constitución de una hipoteca no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor. Lo anterior, se establece en el caso de Puerto Rico en el art. 1.156 del CC de Puerto Rico de 2020<sup>609</sup> y en España a través del art. 1.911

---

<https://hayderecho.com/2015/02/11/tasaciones-de-inmuebles-y-desproteccion-del-deudor-hipotecario-hacia-una-nueva-burbuja-inmobiliaria>. (consulta 4 de marzo de 2021).

<sup>606</sup> ANDERSON, MIRIAM, *La Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: algunos claros, y muchas sombras*, La Notaría, (2019). <https://www.ub.edu/catedres/sites/default/files/content/file/2020/05/25/1/11d-la-notaria.-ley-de-contratos.pdf> (consulta 9 de abril de 2021).

<sup>607</sup> *Ibid.*

<sup>608</sup> JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN, *op. cit.* p. 654.

<sup>609</sup> *Vid.* art. 1.811 del CC de Puerto Rico de 1930.

del CC de España. El principio de responsabilidad ilimitada es un principio clásico imperante en el Derecho hipotecario español que consiste en que la existencia de la hipoteca deja incólume por regla general el crédito.<sup>610</sup> La hipoteca, además, de ser un derecho real de garantía que sujeta el inmueble hipotecado al cumplimiento de una obligación, puede constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor. (art. 105 LH de España y art. 58 de LH de Puerto Rico). El acreedor puede elegir entre la acción hipotecaria y la acción personal, y aunque hubiese optado por la primera, conserva la segunda por la parte del crédito que hubiere quedado insatisfecha.<sup>611</sup> Y es que los derechos de garantía, como la hipoteca, permiten al acreedor vincular un determinado bien del deudor al pago de una deuda, pero a su vez el derecho de crédito que permite la acción personal establece que llegado el momento de exigir el cumplimiento de la obligación pactada si el deudor ha enajenado el bien dado en garantía ello no supone la liberación del deudor de su compromiso de pago. Esta es la justificación del derecho real y la acción personal que de forma conjunta provee la hipoteca. Citando a LACRUZ BERDEJO quien afirmaba que:

“El derecho de crédito – personal – es relativo, es decir, eficaz solo *inter partes*; que vincula la conducta del deudor pero quedando afectado en su garantía su patrimonio para, en caso de incumplimiento, satisfacer a su costa el interés del acreedor. En estas condiciones es posible que, llegado el vencimiento de la obligación, incumplida por el deudor, carezca su patrimonio de bienes en que hacer efectivo aquel interés del acreedor. Pues bien, un intento de remediar esta limitación y de prevenir este riesgo, consiste en dotar – de algún modo – al derecho de crédito de la inherencia y de la reipersecutoriedad propias de los derechos reales, de tal modo que se mantengan afectos a la garantía también sus bienes pretéritos, es decir los que se hallen en poder de un tercer adquirente [...] Para producir este efecto se grava con un derecho real – absoluto *erga omnes*, dotado de reipersecutoriedad – de garantía el bien o bienes de que se trate.”<sup>612</sup>

La función de garantía que tiene la hipoteca hace que sea imposible limitar o coartar la responsabilidad de la hipoteca – salvo pacto expreso – pues esto impediría que la hipoteca cumpla con su función de mejorar el aseguramiento de la obligación contraída. Ahora bien, una vez extinguida la hipoteca el acreedor tiene un crédito ordinario, y para su cobro ya no

---

610 DE ALBA LACUVE, CHANTAL MOLL, La limitación de la responsabilidad del deudor hipotecario a través del art. 140 de la Ley Hipotecaria, Garantías reales en escenarios de crisis: Presente y Prospectiva, LAUROBA LACASA, M.<sup>a</sup> ELENA y TARABAL BOSCH, JAUME (coords.) Marcial Pons, (2012), p. 561.

611 *Ibid.*

612 LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, Elementos de Derecho Civil, Tomo III-2, Dykinson, Madrid, (2001), p. 191.

goza de ninguna preferencia, ni oponibilidad y deberá concurrir con el resto de los acreedores ordinarios para satisfacer el crédito restante.<sup>613</sup>

Sin embargo, existe la posibilidad de un pacto que limite la responsabilidad del deudor al pago de la deuda utilizando únicamente el inmueble hipotecado. Este pacto se conoce como el “*pacto de concreción*” mediante el cual se establece que podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de una hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga efectiva solamente sobre los bienes hipotecados. En dicho caso la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedan limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán los demás bienes del patrimonio del deudor. (art. 140 de la LH de España y el art. 58 de la LH de Puerto Rico)

#### **4.2.1 Puerto Rico**

Conforme hemos mencionado en Puerto Rico la hipoteca no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor y, además, es válido el pacto que limita el importe de un préstamo hipotecario al bien hipotecado. En principio, la razón de ser de esta norma era evitar que el acreedor pudiera perseguir, en adición a los bienes hipotecados, aquellos otros que constituían el patrimonio del deudor hasta dejarlo en estado de total insolvencia. Sin embargo, para que este pacto sea efectivo es necesario que el mismo conste expresamente en la escritura de constitución de hipoteca. No obstante, las partes pueden pactar las limitaciones que establece el art. 58 de la LH de Puerto Rico con posterioridad a la constitución de la hipoteca, ello debido a que no está prohibido. Lo anterior puede fundamentarse bajo la norma establecida en el art. 1.232 del CC de Puerto Rico de 2020614 que expresa que las partes por mutuo acuerdo pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral o al orden público. Aunque el incluir este tipo de pacto luego de haberse constituido la hipoteca puede conllevar una novación de la obligación desde el punto de vista objetivo, el pacto que limita la responsabilidad de la deuda hipotecaria debe considerarse válido. Únicamente habría que plantearse el supuesto en el que existan titulares de derechos reales inscritos con posterioridad a la hipoteca debido a que el pacto de concreción limita la

---

613 RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.<sup>a</sup> GOÑI, La doble ejecución real y personal del crédito hipotecario: Una triple perspectiva: Legal, Jurisprudencial y Práctica Bancaria, Garantías reales en escenarios de crisis: Presente y Prospectiva, LAUROBA LACASA, M.<sup>a</sup> ELENA y TARABAL BOSCH, JAUME (coords.) Marcial Pons, (2012), pp. 609-610.

614 *Vid.* art. 1.207 del CC de Puerto Rico de 1930.



actuación del acreedor y este teóricamente podría verse afectado. En virtud del pacto de concreción el acreedor únicamente tiene limitadas las posibilidades en relación con los bienes sobre los que puede hacer efectiva la obligación, pero no se altera, ni tan siquiera en caso de enajenación de la finca, la relación jurídica básica.<sup>615</sup> El pacto de limitación de responsabilidad no es admisible en las hipotecas legales ya que las disposiciones del art. 58 de la LH de Puerto Rico tratan solamente de hipotecas voluntarias, lo cual resulta lógico puesto que las hipotecas legales responden a finalidades distintas. Así se entenderá que el acreedor únicamente verá limitada su acción a determinado bien. No obstante, en el caso de los intereses debe recordarse que la acción real no es la única que puede ejercitar el acreedor para reclamar los intereses que carezcan de garantía. El acreedor hipotecario puede tomar en cuenta lo expresado en el art. 69 de la LH de Puerto Rico que reconoce la acción personal y establece que: “La parte de intereses que el acreedor no pueda exigir por la acción real hipotecaria, podrá reclamarla del obligado por la personal, salvo en el caso previsto por el Artículo 58 de esta Ley.”

Ahora bien, es importante destacar que a pesar de la importancia que tiene este pacto de limitación de responsabilidad para los deudores hipotecarios, el mismo no se utiliza en la práctica. Sirva como ejemplo de esta afirmación, el hecho de que en Puerto Rico sólo existe un caso que atiende esta figura, ello a pesar de que los hechos del caso ocurrieron antes de la redacción e incorporación del art. 184 de la antigua LH de Puerto Rico de 1979, que permitía el pacto de limitación de responsabilidad. Se trata del caso Campos Del Toro v. American Transit Corp.<sup>616</sup> En este caso mediante una escritura las partes constituyeron hipoteca sobre un inmueble que sería dedicado a hotel de turismo, como garantía las partes suscribieron un pagaré por la suma principal de 7 millones de dólares. Tanto en el pagaré como en la hipoteca se pactó la limitación de la responsabilidad del deudor a la finca hipotecada. Posteriormente, el acreedor hipotecario ejecutó su hipoteca de 7 millones de dólares de primer rango y se adjudicó el inmueble mediante subasta pública, por lo que en consecuencia fueron cancelados los créditos posteriores. El acreedor hipotecario para satisfacer la totalidad de su acreencia instó acciones en cobro de dinero mediante la acción personal que concede el derecho de crédito. Ante esto los deudores admitieron la existencia del pagaré y su falta de pago, pero presentaron como única defensa el pacto mediante el cual, el acreedor renunció a la garantía patrimonial universal y aceptó la limitación de la responsabilidad al inmueble

---

615 CÁRDENAS HERNÁNDEZ, L., La hipoteca como deuda de responsabilidad limitada, R.C.D.L, 1940, pp. 405 y ss. Este autor nos indica: “La hipoteca considerada como caso de responsabilidad limitada no equivale a la hipoteca independiente (...), aunque ambas conducen al mismo resultado de desplazar la acción personal.”

616 Campos Del Toro v. American Transit Corp., 113 DPR 337 (1982).

hipotecado. Por su parte, el acreedor hipotecario alegó que, al no estar incorporada en la LH de Puerto Rico, la limitación de responsabilidad, los deudores estaban obligados a satisfacer los intereses adeudados. El TS de Puerto Rico resolvió que no era necesario que estuvieran vigentes las disposiciones del art. 184 de la LH de Puerto Rico al momento de la constitución de la hipoteca para facilitar la limitación mediante pacto de responsabilidad del deudor al valor realizado del bien ofrecido y aceptado en garantía. Ello debido a que el acreedor tenía entera libertad para escoger la garantía de su crédito en relación, al valor del inmueble y al rango de su acreencia. El TS de Puerto Rico concluye que el CC de Puerto Rico permite la limitación de la responsabilidad del deudor mediante lo establecido el art. 1.760 del CC de Puerto Rico de 1930 que establecía que los contratos de prenda e hipoteca pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria, por tanto, no era necesario que el art. 184 de la LH de Puerto Rico de 1979 estuviera vigente para la fecha de los hechos de este caso.

En Puerto Rico, aunque se permite el pacto de responsabilidad limitada (art. 58 de la LH de Puerto Rico) el mismo no se utiliza en la práctica por falta de interés de los bancos y entidades financieras porque éstos vinculan el crédito de sus carteras de préstamos hipotecarios a la acción personal para el cobro de la totalidad de la cantidad prestada.

#### **4.2.2 España**

La LH de España incluye en su art. 140 una excepción a la regla general de la responsabilidad ilimitada, y mediante este artículo se establece que puede pactarse en la escritura de hipoteca que la obligación garantizada se haga únicamente efectiva sobre el inmueble hipotecado. Como dato sobre el origen de este pacto mencionamos que la implementación en España del pacto de responsabilidad limitada surge de la reforma a la LH de 1944. Los legisladores españoles de 1944 tenían la convicción de que una hipoteca de responsabilidad limitada ofrecería “sensibles beneficios para cuantas personas morales, en defensa de sus propios fines, solo quieran afectar ciertos bienes al cumplimiento de sus obligaciones”<sup>617</sup> y de que quedaba “favorecido el crédito y mejoraba la situación del deudor, sin quebranto alguno para los posibles acreedores.”<sup>618</sup> No obstante, a pesar del importante

---

617 *Cfr.* Discurso de presentación a las Cortes de la Ley de Reforma de 30 de diciembre de 1944. *Vid.* PRETEL SERRANO, JUAN JOSÉ y ALBADALEJO, MANUEL (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo VII, Vol. 8, arts. 138-197 LH, Edersa, (2004), nota 5.

618 DE ALBA LACUVE, CHANTAL MOLL, *op. cit.* p. 563. Esta autora nos indica que: “En realidad el origen de la figura, introducida en España por la Reforma de la LH en 1944, se encuentra en la legislación

propósito del establecimiento del pacto de responsabilidad limitada del art. 140 de la LH de España, como hecho cierto, en la práctica esta disposición no se ha utilizado y citando a DE ALBA LACUVE no existen estadísticas o traza de su empleo por las entidades de crédito sobre la utilización de este pacto en la financiación de inmuebles durante el periodo de expansión del sector inmobiliario residencial español iniciado a finales de los años ochenta.<sup>619</sup>

En España el pacto de responsabilidad limitada no es contrario a la ley, a la moral o al orden público y el mismo puede pactarse válidamente. Sin embargo, este pacto se tiene que evaluar en términos de sus efectos contra terceros, es decir los hipotéticos acreedores posteriores a quienes sí les afecta un pacto de esta naturaleza.

Entendemos que, si se contemplara con carácter obligatorio el pacto de responsabilidad limitada en los préstamos hipotecarios, el deudor pudiera tener el beneficio de valorar sus posibilidades de cumplir mediante la devolución del préstamo o la entrega del inmueble, evaluando las ventajas e inconvenientes de cada uno de estos escenarios. Y lo lógico sería hacer uso del pacto de responsabilidad limitada mediante la entrega del bien durante los primeros años del préstamo hipotecario, puesto que entregar el inmueble durante los últimos años de vigencia del préstamo carece de sentido porque el valor del inmueble debería ser mayor a la deuda pendiente de pago. Con el pacto de responsabilidad limitada es muy probable que el acreedor realice la valoración del inmueble utilizando criterios más objetivos y se evite de esta manera las malas prácticas incurridas por la industria bancaria antes de la crisis económica de 2008.

### **4.3 La dación en pago**

Por su parte, ante la función de aseguramiento de la obligación contraída que tiene la hipoteca procede que también comentemos la figura de la dación en pago, ya que la misma se efectúa en base a un acuerdo o convenio entre acreedor y deudor, en el cual el primero recibe del segundo una prestación distinta de la que estaba convenida. La dación en pago también es posible para extinguir el crédito hipotecario. El tratadista PUIG BRUTAU expresaba que

---

cubana que implantó la hipoteca de responsabilidad limitada durante la Gran Depresión. Los trastornos económico-políticos de la nación cubana se reflejaron directamente en el crédito territorial, y la propiedad inmueble sufrió una desvalorización extraordinaria. Para evitar el cataclismo y la ruina de la propiedad deudora, se dictaron varias disposiciones sobre moratoria hipotecaria, que suspendieron el cumplimiento de todas las obligaciones garantizadas con hipoteca y ordenaron el pago de un módico interés.” *Vid. ROCA SASTRE op. cit.* p. 585 citando a AGUIRRE, *Cursillo de Derecho Hipotecario*, La Habana, (1943), p. 147.  
<sup>619</sup> *Ibid.* p. 565.

la dación en pago es “la realización por el deudor y la aceptación por el acreedor de una prestación diversa de la debida, con efecto de pleno cumplimiento y extinción del vínculo.”<sup>620</sup>

La dación en pago no debe confundirse con la cesión de bienes para pago. Para que la dación en pago sea efectiva se ha requerido: (1) que el deudor sea el titular de la propiedad que da y con capacidad para enajenarla y (2) que el acreedor tenga la capacidad para cobrar o administrar el bien que recibirá.<sup>621</sup> Una vez ocurra la entrega de la prestación distinta de la debida, y sea esta aceptada por el acreedor en lugar del pago, la obligación original se extinguirá y en su consecuencia también desaparecerán todos los derechos accesorios y de garantías. El convenio de la dación en pago no sustituye una obligación por otra ni cambia el objeto de la antigua, pero determina un modo de extinguir la obligación original.

En este sentido cabe preguntarse: ¿Hasta qué punto la dación en pago altera la acción real y personal que se derivan de la obligación garantizada con una hipoteca?

#### **4.3.1 Puerto Rico**

El art. 1.138 del CC de Puerto Rico de 2020 sobre dación en pago establece que: “la obligación puede cumplirse con una prestación distinta de la debida si media acuerdo entre el deudor y el acreedor, simultáneamente con la ejecución de la distinta prestación, sin que se constituya una nueva obligación.”

En Puerto Rico es posible extinguir un crédito hipotecario a través de la dación en pago puesto que esta puede pactarse en cualquier momento posterior siempre que las partes así lo convengan. Lo que ocurre es que, al igual que con el pacto de concreción, la dación en pago aunque perfectamente admisible en derecho, no es un instrumento muy utilizado en la práctica debido a la falta de interés por parte de los acreedores hipotecarios.

Asimismo, en la mayoría de los Estados de EE. UU., que utilizan el sistema del “*mortgage*,” tampoco está generalizada la dación en pago como una forma de extinción automática de la obligación hipotecaria. En Puerto Rico para que ocurra la dación en pago, se exige un pacto expreso al respecto.

Aunque la dación en pago como método para satisfacer el crédito hipotecario, sí se está utilizando en Puerto Rico para evitar la ejecución hipotecaria, su aplicación no es

---

620 PUIG BRUTAU, JOSÉ, Fundamentos de Derecho Civil: Derecho General de las Obligaciones, Ed. Bosch (1988), p. 317.

621 VÉLEZ TORRES, JOSÉ RAMÓN, Derecho de Obligaciones, Ed. U.I.A. (1997), p. 196.

uniforme. Es decir, para que ocurra la dación en pago todo dependerá de que acreedor hipotecario, los inversionistas y el *mortgage servicer* deseen utilizarla, a diferencia de España en donde el Gobierno español la ha impuesto como alternativa para los deudores que se encuentren en especial situación de vulnerabilidad.

#### 4.3.2 España

El CC de España no contiene una regulación expresa sobre la dación en pago o “*datio in solutum*,” por el contrario el art. 1.166 del CC español establece que:

“El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere igual o mayor valor que la debida.

Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor.”

Sin embargo, la doctrina española ha definido esta figura jurídica como “todo acto de cumplimiento de una obligación que, con el consentimiento del acreedor, se lleva a cabo mediante la realización de una prestación distinta a la que inicialmente se había establecido.”<sup>622</sup>

La Directiva 2014/17/UE, que discutiremos con más detalle en el próximo capítulo de esta tesis, en su art. 28.4 permite la inclusión de una estipulación mediante la cual se pueda liberar al deudor y extinguir la obligación sin necesidad de acudir a los procedimientos de ejecución hipotecaria. La LCCI, que igualmente discutiremos en el próximo capítulo, no regula este tipo pacto o *datio in solutum*, a pesar de la Directiva 2017/17/UE lo sugiere, lo único que incluye la LCCI es una especie de dación en pago forzosa a favor de los prestatarios sin recursos económicos suficientes a quienes el ordenamiento jurídico español los clasifica como deudores en especial situación de vulnerabilidad. Ante esta situación surge la siguiente interrogante: ¿es posible que en España se imponga al prestamista una dación en pago con impacto directo sobre el alcance del art. 1.911 del CC de España? La respuesta a esta interrogante es en la afirmativa siempre que se trate de deudores en especial situación de vulnerabilidad. Lo anterior por la intención del legislador español de buscar instrumentos

---

622 DÍEZ PICAZO, LUIS, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo II, Ed. Tecnos, (1983), p. 662.

que contribuyan a limitar la responsabilidad del deudor al bien hipotecado luego de los graves efectos de la crisis económica de 2008.<sup>623</sup>

Como argumento adicional a la imposición de la dación en pago en el ordenamiento español, podemos aludir al Código de Buenas Prácticas (CBP) que sí es considerado en la LCCI y que expresa que entre las posibilidades que confiere el referido código se encuentra la dación en pago para aquellos deudores en situación de especial vulnerabilidad. En vista de ello podría entenderse que el legislador español ha querido conceder al deudor vulnerable la posibilidad de lograr que se le aplique la dación en pago, siempre y cuando el banco acreedor haya adoptado el CBP, pero este código solo aplica a los préstamos hipotecarios suscritos después de la entrada en vigor del Real Decreto Ley de 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos,<sup>624</sup> lo que deja sin una solución a aquellos deudores que no se encuentran en especial situación de vulnerabilidad.

Conforme a lo antes dicho, se observa que En España sí se utiliza la dación en pago ya que la misma está disponible para los deudores que se encuentren en especial situación de vulnerabilidad y esto tiene un impacto directo sobre el principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el art. 1.911 del CC de España. Sin embargo, la dación en pago no siempre es de beneficio para todos los deudores hipotecarios. Citamos a la profesora ANDERSON quien nos comenta que la *datio in solutum* de forma obligada no es una solución adecuada por lo siguiente: (a) interfiere con el concepto de los títulos hipotecarios (*real securities*), (b) interfiere con las operaciones de la industria bancaria y (c) promueve que ocurran comportamientos irresponsables u oportunistas por parte de los prestatarios. La profesora ANDERSON nos indica que la dación en pago obligatoria pone en riesgo el mercado inmobiliario y no protege suficientemente al deudor hipotecario, quien pierde su vivienda al efectuarse la dación en pago y esto no corresponde con un alivio verdadero para los consumidores, especialmente, si se trata de la vivienda familiar.<sup>625</sup> No obstante, en nuestra opinión, si la dación en pago es beneficiosa o no, dependerá del tipo de deudor y la cuantía adeudada. Por ejemplo, si se trata de un inmueble sobrevalorado o un préstamo concedido bajo el uso de las prácticas irresponsables en la comercialización del préstamo hipotecario, como las comentadas en los capítulos previos de esta tesis y, además, de un deudor con posibilidades de rehabilitarse financieramente, para ese deudor una dación

---

623 SÁNCHEZ JORDÁN, M.<sup>a</sup> ELENA, La transmisión de la propiedad del bien hipotecado al acreedor con efectos extintivos de la obligación garantizada, Reflexiones suscitadas por la Ley de contratos de crédito inmobiliario, Rev. Der. Civil, Vol. VII, Núm. 3, abril-junio 2020, pp. 36-69.

624 *Ibid.* y *Vid.* BOE Núm. 60 10 de marzo 2012.

625 ANDERSON, MIRIAM and SIMÓN MORENO, HÉCTOR, *op. cit.* p. 99.

en pago puede beneficiosa porque una vez finiquitada la deuda, éste podrá adquirir una vivienda que se ajuste a sus recursos económicos y con ello se atendería de forma adecuada del problema del sobreendeudamiento.

#### **4.4 La deuda residual**

El principio de responsabilidad patrimonial universal o responsabilidad ilimitada tiene una relación directa con la deuda residual puesto que será esta deuda la que se intente cobrar con los demás bienes del deudor hipotecario

##### **4.4.1 Puerto Rico**

Una vez vendido o adjudicado el inmueble mediante la subasta judicial, si el precio de venta no alcanza o supera la deuda pendiente de pago del préstamo hipotecario, nos encontramos ante una deuda residual de la cual responderá el deudor hipotecario con todos sus bienes presentes y futuros. En Puerto Rico no se han ajustado los porcentajes de la deuda residual a diferencia de España.

##### **4.4.2 España**

En España se han modificado los porcentajes de la deuda residual, únicamente, cuando se trata de la ejecución de la vivienda habitual. El art. 579.2 de la LEC de España establece lo siguiente:

- a. El ejecutado queda liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de 5 años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65% de la cantidad total que entonces quedará pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago.
- b. El ejecutado queda igualmente liberado en estos mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65% dentro del plazo de 5 años, satisficiera el 80% dentro del plazo de 10 años.

- c. Si no se produce ninguna de estas dos circunstancias, el acreedor puede reclamar la totalidad de lo que se le deba según lo pactado y las normas que resulten de aplicación.<sup>626</sup>
- d. Cuando se hubiera aprobado el remate a favor del ejecutante y dentro del plazo de 10 años desde la aprobación del remate se procediera a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado se verá reducida en un 50% de la plusvalía obtenida en la venta.
- e. Si dentro de los plazos antes mencionados se produce una ejecución dineraria que excede el importe por el que el deudor podría quedar liberado según todas las reglas anteriores, se debe poner a su disposición el remanente.

La modificación prevista en el art. 579.2 de la LEC de España aplica a los tres procedimientos de ejecución hipotecaria utilizados en España. Cuando la subasta se lleva a cabo sin ningún postor, a la ejecución ordinaria le aplican los porcentajes utilizados en el proceso especial de ejecución hipotecaria previamente mencionados. (art. 671 LEC de España). Cuando se trata de la venta extrajudicial, el art. 129.2 de la LH de España dispone que, en todo caso, será de aplicación lo dispuesto en el art. 579.2 LEC cuando se trate de la ejecución de la vivienda habitual.<sup>627</sup>

Por otra parte, en cuanto a la deuda residual el art. 654.3 de la LEC de España exige que se expida una certificación que asegure al deudor ejecutado el importe exacto que queda por pagar al acreedor y que éste solo podrá exigirle por otras vías distintas a la ejecución hipotecaria. De este modo, en base a la obligatoriedad de dicha certificación si no se acredita su expedición no debe inscribirse la adjudicación pues la misma no estaría completa.<sup>628</sup> El art. 654.3 LEC de España fue modificado tras la reforma llevada a cabo por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y en el caso de que la ejecución resulte insuficiente para saldar la totalidad de la deuda, más los intereses y costas devengadas, la cantidad obtenida se imputará primero a los intereses remuneratorios, luego al principal, después a los intereses moratorios y a las costas,

---

626 DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, *op. cit.* nota 56, p. 286. En cualquiera de los 3 supuestos referidos debe tenerse presente lo dispuesto en el art. 114.3 LH: los intereses de demora no pueden ser capitalizados en ningún caso, pero se exceptúa precisamente el supuesto en el art. 579.2 (a) de la LEC.

627 CARRASCO PERERA, ÁNGEL, CORDERO LOBATO, ENCARNA y MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS, *op. cit.* p. 1161.

628 RIVAS TORRALBA, RAFAEL A., *op. cit.* p. 743. *Vid.* RDGRN de 28 de julio de 2015 (BOE de 30 de septiembre).



en este orden. De tal forma que se permita en la mayor medida posible que el principal deje de devengar intereses y se agrave más la situación del deudor.<sup>629</sup>

La modificación de los porcentajes de la deuda residual, aunque es una buena medida la misma es muy distendida en el tiempo. El art. 28 de la Directiva 2014/17/UE prevé que cuando quede deuda residual tras la ejecución, los Estados miembros deberán adoptar medidas para facilitar el pago, con el objetivo de proteger al consumidor, y a tono con lo anterior, el Considerando 27 de la Directiva 2014/17/UE apela a que es necesario evitar el sobreendeudamiento a largo plazo.<sup>630</sup> En definitiva, además de las reformas al procedimiento de ejecución hipotecaria y los ajustes a los porcentajes de la deuda residual, entendemos que en España para que se puedan corregir los problemas de sobreendeudamiento hace falta considerar la renegociación de la deuda hipotecaria para todos los deudores y no únicamente para aquellos que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad conforme al art. 3.2 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, modificada por la Ley 6/2020, de 10 de marzo.

## **5. Diferencias en los procedimientos de ejecución hipotecaria: Puerto Rico y España**

### **5.1 Puerto Rico**

La diferencia más importante entre la ejecución judicial utilizada en Puerto Rico en comparación con los procedimientos de ejecución hipotecaria utilizados en España es la oposición a un proceso de ejecución de hipotecas y sus motivos.

En Puerto Rico no existe un listado de causas tasadas para presentar oposición a un proceso de ejecución de hipoteca. Por ejemplo, en Puerto Rico si el deudor presenta una certificación emitida por el Registrador de la Propiedad que indique que la hipoteca se encuentra cancelada, o se presenta una copia auténtica de la escritura de cancelación de hipoteca, ambas situaciones constituyen defensas que el deudor puede presentar para demostrar que la deuda reclamada ha sido pagada junto con la solicitud de desestimación de la demanda de ejecución de hipoteca. Asimismo, si el deudor presenta evidencia que justifique documentalmente la existencia de un procedimiento por falsedad de título

---

629 MÚRTULA LAFUENTE, VIRGINIA, *op. cit.* pp. 515-516.

630 ANDERSON, MIRIAM, La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios y su previsible impacto en el Derecho español, La Europeización del Derecho Privado: Cuestiones Actuales, ARROYO AMAYUELAS, ESTHER y SERRANO DE NICOLAS, ÁNGEL (dirs.) Marcial Pons, (2016), p. 60.

hipotecario, éste deberá probar tal falsedad para evidenciar que la deuda reclamada en la ejecución de hipoteca no existe, no es válida o es nula. En Puerto Rico no existe la doctrina de las cláusulas abusiva, por lo que tampoco se puede levantar como defensa o motivo de oposición a una ejecución hipotecaria la inclusión de cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario o en la escritura de hipoteca.

Además, al ser Puerto Rico parte del mercado hipotecario de EE. UU. es importante mencionar que en EE. UU. el deudor tiene que presentar la cancelación del pagaré (*note o promissory note*) para prevalecer en un proceso de ejecución de hipoteca. Lo anterior porque en EE. UU. la hipoteca no es constitutiva, es decir no es requisito para su validez que la hipoteca conste inscrita en los Registros Públicos del Estado en donde se encuentra el inmueble hipotecado. Según hemos mencionado previamente, destacamos, que los pagarés hipotecarios en los EE. UU. fueron objeto de múltiples cuestionamientos debido a que los acreedores utilizaban un documento firmado ante notario para acreditar que no contaban con el documento original del pagaré, de manera que sustituyeron el documento original que evidenciaba la deuda (*note o promissory note*) con declaraciones juradas de los empleados del *mortgage servicer* como evidencia para presentar la demanda de ejecución de hipoteca y solicitar la venta forzosa del inmueble hipotecado. Esta práctica tan cuestionable se le conoció con el nombre de “*robo signing*.” Es por eso, que en EE. UU. y Puerto Rico se implementaron medidas para garantizar que las demandas sobre ejecución de hipotecas se suplementen adecuadamente con evidencia que demuestre que el acreedor que promueve el proceso de ejecución sea la persona o entidad con derecho a solicitar la acción de ejecución de hipoteca y la posterior venta forzosa del inmueble hipotecado.

En Puerto Rico el tipo mínimo en caso de subasta se establece cuando se concede el préstamo hipotecario y esto presenta el problema de que dicho valor no puede ser impugnado por las partes en un proceso de ejecución de hipoteca. El deudor hipotecario no puede demostrar que dicho precio es inexacto puesto que en Puerto Rico sólo se requiere que la escritura de hipoteca incluya dicho valor. En España, por el contrario, en la ejecución ordinaria se permite la tasación del inmueble objeto de ejecución. Por tanto, puede decirse que en Puerto Rico el no poder tasar el inmueble ejecutado en la fase de subasta puede traer como consecuencia un panorama de enriquecimiento injusto por parte del acreedor a expensas del deudor.

En fin, aunque podría decirse que en Puerto Rico tenemos los mismos problemas que en España vemos que en Puerto Rico no se han realizado reformas sustantivas al proceso judicial de ejecución hipotecaria. Las únicas medidas implementadas son la Ley 184/2012,

para la Mediación Compulsoria y Preservación de tu Hogar en los procesos de Ejecuciones de Hipoteca de una Vivienda Principal y el reglamento del Gobierno federal de EE. UU. de *loss mitigation procedure*, que estaremos discutiendo en el Capítulo VIII de esta tesis, pero estas legislaciones no regulan el proceso judicial de ejecución hipotecaria solo lo paralizan y van dirigidas a modificar los términos y condiciones del préstamo hipotecario que se encuentra en incumplimiento.

## 5.2 España

La doctrina de cláusulas abusivas en los contratos suscritos por consumidores es única en Europa y en el caso particular bajo estudio en España. Esta doctrina se origina en el derecho comunitario de la Unión Europea sobre protección a los consumidores y el derecho de los consumidores en la Unión Europea es muy diferente al derecho de los consumidores utilizado en Puerto Rico y EE. UU.

Además, en España, a diferencia de Puerto Rico, bajo el procedimiento de ejecución ordinaria de la LEC se establece un sistema de tasación del inmueble que se basa en un acuerdo entre ejecutante y ejecutado, antes o durante la tramitación de la ejecución, y en defecto de acuerdo mediante tasación pericial. Sin embargo, la crisis económica de 2008 dejó demostrado que en un contexto de caída de precios y saturación de activos inmobiliarios en manos de las entidades financieras, las subastas quedaron desiertas, el acreedor se adjudicó el bien por los porcentajes que marca el art. 671 de la LEC de España y, en su consecuencia, el valor de tasación que debía servir de referencia como mero tipo de salida para la subasta acabó determinando el valor por el que el acreedor efectivamente adquirió el bien hipotecado y, a su vez, determinó la deuda residual del deudor hipotecario.<sup>631</sup> En cualquier caso, en España bajo el procedimiento especial de ejecución de hipotecas y la venta extrajudicial, el precio fijado como tipo mínimo en caso se subasta no toma en consideración los posibles cambios que le puedan ocurrir al inmueble por el transcurso del tiempo. Lo anterior porque siempre se ha considerado que la subasta es un evento poco probable, remoto o inconsecuente a la hora de determinar el valor de tasación a ser utilizado como tipo mínimo en caso de subasta.

---

631 ANDERSON, MIRIAM, *op. cit.* p. 217.

## CAPÍTULO VII: LA DIRECTIVA 2014/17/UE Y SU TRANSPOSICIÓN EN ESPAÑA

En este capítulo analizamos la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) número 1093/2010 (en adelante la Directiva 2014/17/UE) y su transposición en la legislación española a través de la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (LCCI).

### 1. ¿Por qué es necesaria la Directiva 2014/17/UE?

La Directiva 2014/17/UE se establece con el propósito de: (a) crear un mercado uniforme para el crédito hipotecario mediante la regulación y supervisión de los prestamistas, intermediarios y entidades no crediticias, y (b) para dotar a los consumidores de un sistema que les provea un alto nivel de protección.<sup>632</sup> El objetivo de la Directiva 2014/17/UE es garantizar que todos los consumidores que obtienen un préstamo para comprar un bien inmueble reciban información suficiente de manera que queden protegidos contra los riesgos. La Directiva 2014/17/UE es una norma de protección dirigida a los consumidores que la Unión Europea añade a la Directiva 93/13/CEE pero bajo el supuesto especial de crédito “al consumo” y con ello complementa la Directiva 2008/48/CE relacionada con los contratos de crédito al consumo.

El origen de la Directiva 2014/17/UE surge aproximadamente en marzo de 2003 fecha en la cual la Comisión Europea puso en marcha un proceso encaminado a determinar y evaluar los obstáculos que existen en el mercado interior europeo en los contratos de crédito de bienes inmuebles de uso residencial.<sup>633</sup> La Comisión Europea determinó que los

---

<sup>632</sup> ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores... *op. cit.* p. 21.

<sup>633</sup> Considerando 1 de la Directiva 2014/17/UE. Además, el 18 de diciembre de 2007, la Comisión Europea adoptó el “*Libro Blanco*” sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario en la Unión Europea, a través del cual se iniciaron diversos estudios sobre el papel y las actividades de los intermediarios de crédito. *Vid.* VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, LUCÍA, La oferta vinculante en los contratos de crédito inmobiliario, Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales, SÁNCHEZ LERÍA, REYES y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, LUCÍA (coords.) Ed. Reus, Madrid (2018), nota 18, p. 68. “La actuación de la Unión Europea en el concreto ámbito de la fase preliminar de la contratación hipotecaria tiene su punto de partida en el Acuerdo europeo sobre un Código de Conducta voluntario (*Code of conduct on pre-contractual information to be given to consumers by lenders offering home loans*) fruto de negociaciones entre la industria hipotecaria y asociaciones de consumidores que la propia Unión Europea respaldó a través de una Recomendación (Recomendación 2001/193/CE). El objetivo de este Código era determinar la información precontractual que debía suministrarse por la entidad financiera al consumidor en los contratos de crédito para la vivienda. A

problemas que sufren los mercados hipotecarios de la Unión Europea se deben: (a) deficiencias del mercado y la normativa, (b) a los escasos conocimientos financieros de los consumidores como participantes del mercado, y (c) a la ineficacia o incoherencia de los regímenes aplicables a los intermediarios de crédito y entidades no crediticias que otorgaban créditos para bienes inmuebles de uso residencial.<sup>634</sup> La Comisión Europea se enfocó en atender las diferencias entre las disposiciones de los distintos Estados miembros sobre las normas de conducta en la concesión de créditos sobre bienes inmuebles.

En 2007 la Unión Europea a través del Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario,<sup>635</sup> insistió en que en Europa se debía facilitar la oferta y la financiación transfronteriza de créditos hipotecarios, aumentar la gama de productos, incrementar la protección del consumidor y favorecer la movilidad del cliente.<sup>636</sup> Pero, para esa época ya habían empezado a notarse los efectos de la crisis financiera de 2007 de manera que junto con la protección del consumidor también se aludía a la necesidad de estabilizar el sistema financiero.<sup>637</sup>

En la Unión Europea se entendía que para lograr la integración de los mercados de crédito hipotecario era necesaria la concesión de crédito de manera responsable. El programa de crédito responsable en Europa se veía como parte de la solución al problema del sobreendeudamiento y el concepto de crédito responsable pivotaba en torno a la lealtad y la transparencia e incluía tres ejes: el asesoramiento, la evaluación de la solvencia y la educación financiera.<sup>638</sup> En la Unión Europea se entiende que la información es la forma más eficaz de protección a los consumidores. Luego del pertinente estudio del impacto de estos conceptos, la Unión Europea decidió abandonar la vía de la autorregulación y finalmente optó por una directiva debido a la ventaja de poder combinar la armonización máxima con la mínima y, además, porque permitía conjuntar, por un lado, normas con exigencias concretas y, por el otro, medidas basadas en principios.<sup>639</sup> Aunque la iniciativa de la Directiva

---

través de ese Código, por primera vez en la Unión Europea, se establece la existencia de una “ficha europea de información normalizada” que permite a los consumidores saber con claridad qué ofrece el prestamista y comparar con otras entidades (*shopping around*) en su país y transfronterizamente. No obstante, es cierto que esta ficha no tuvo éxito y que se ha venido aplicando de modo insuficiente e incoherente en los diferentes países miembros.”

<sup>634</sup> TRUJILLO CABRERA, CARLOS, *op. cit.* p. 232.

<sup>635</sup> *Vid.* Bruselas, 18.12.2007 (COM (2007) 807 final).

<sup>636</sup> ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores... *op. cit.* p. 9.

<sup>637</sup> *Ibid.* p. 9-10.

<sup>638</sup> *Ibid.* p. 10.

<sup>639</sup> *Ibid.* p. 10-11. *Vid.* Commission Staff Working Paper. Impact Assessment accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on credit agreements relating to residential property, Vol. I (Brussels, 31.03.2011) (SEC (2011) 356), pp. 57-60. *Vid.* ORDÁS ALONSO,

2014/17/UE surge antes de la crisis financiera de 2007 y los problemas que produjeron la crisis financiera de 2007 se originaron fuera de la Unión Europea, es importante señalar que los consumidores de la Unión Europea mantienen importantes niveles de deuda y gran parte de la deuda se concentra en el crédito relacionado con los bienes inmuebles de uso residencial. Es por eso, que, la Directiva 2014/17/UE surge, en gran medida, para atender el mercado interior europeo relacionado con el crédito concedido sobre bienes inmuebles destinados a uso residencial.<sup>640</sup>

En el año 2011 se presentó la Propuesta de Directiva con la finalidad de procurar un mercado único, eficiente y competitivo que permitiera en el futuro el desarrollo de mercados responsables y fiables y, de este modo, restablecer la confianza del consumidor y, a la vez, favorecer la estabilidad financiera.<sup>641</sup> Así, el 28 de febrero de 2014, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea la Directiva 2014/17/UE, pero para esa fecha esta directiva nace en respuesta a los problemas de la crisis financiera de 2007 y con el propósito de garantizar un mercado interior europeo eficiente y competitivo en cuanto al crédito concedido para la adquisición de inmuebles destinados a uso residencial.

La Directiva 2014/17/UE establece un marco común en ciertos aspectos relacionados con disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros cuando estas aplican a los contratos de crédito al consumo que estén garantizados con una hipoteca u otro tipo de garantía o derecho equivalente sobre inmuebles de uso residencial. Los objetivos de la Directiva 2014/17/UE se pueden resumir de la siguiente manera:

- a. Proveer educación financiera a los consumidores.<sup>642</sup>
- b. Establecer normas de conducta en la concesión de créditos al consumidor.
- c. Impone la obligación de facilitar información gratuita a los consumidores relacionada con el contrato de crédito para la adquisición de un inmueble para uso residencial.

---

MARTA, El reembolso anticipado. Un ejemplo paradigmático de la necesidad de una reforma que aglutine la regulación de los contratos de financiación en Los Contratos de Crédito Inmobiliario, Aranzadi (2017) p. 578.

<sup>640</sup> Vid. Considerando 3 de la Directiva 2014/17/UE.

<sup>641</sup> ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores... *op. cit.* p. 11.

<sup>642</sup> LEGRAND, VERONIQUE, La normativa francesa, en Los Contratos de Crédito Inmobiliario, Aranzadi (2017) p. 233. “Para el legislador francés siempre se ha impuesto a la idea de que un consumidor mejor informado es un consumidor más protegido. Por eso, desde la Ley del 13 de enero de 1979, la obligación de información por parte de los profesionales del crédito nunca ha dejado de ser reforzada. El legislador también ha sido apoyado por la jurisprudencia, que no ha dudado en crear una obligación de advertencia al prestatario en caso de riesgo de endeudamiento excesivo.”

- d. Establece requisitos de conocimiento y competencia para el personal que trabaja los contratos de crédito para los bienes inmuebles de uso residencial.
- e. Impone la utilización de normas fiables para la tasación de los bienes inmuebles.
- f. Establece la obligación de implementar un marco reglamentario sobre los préstamos hipotecarios realizados en moneda extranjera, mediante el cual se garantice como mínimo que el consumidor tenga derecho a convertir el préstamo a una moneda alternativa en condiciones específicas y que se limite el riesgo de tipo de cambio al que está expuesto el consumidor.
- g. Impone a los acreedores, intermediarios de crédito, representantes designados, entidades de crédito y entidades no crediticias, la obligación de adoptar medidas antes de iniciar un procedimiento de ejecución de hipoteca y adoptar procedimientos que permitan lograr que el precio obtenido por el bien ejecutado sea el mejor precio por la propiedad objeto de ejecución hipotecaria.
- h. Impone a los Estados miembros que autoricen y/o no impidan que las partes en un contrato de crédito puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o los ingresos derivados de la venta de la garantía sean suficientes para reembolsar el crédito al acreedor, es decir, que se permita la dación en pago.
- i. Impone a los Estados miembros el adoptar procedimientos adecuados y efectivos para la resolución extrajudicial de los litigios entre consumidores y acreedores, intermediarios de crédito y representantes designados en relación con los contratos de crédito, en otras palabras, se promueve la mediación.

En lo que respecta a las obligaciones específicas que el legislador comunitario impone a los intermediarios y representantes designados, destacamos que la Directiva 2014/17/UE establece tres obligaciones:

- a. La obligación de información al consumidor.
- b. El asesoramiento o asistencia al consumidor.
- c. La obligación de proporcionar al prestamista información suficiente y proporcionada a fin de que pueda evaluar correctamente la solvencia del consumidor.

El ámbito de aplicación de la Directiva 2014/17/UE se fija en los créditos garantizados mediante bienes inmuebles, con independencia de la finalidad del crédito, en:

(a) los contratos de refinanciación u otros contratos de crédito que ayuden al propietario de la totalidad o de una parte de un bien inmueble a conservar derechos sobre bienes inmuebles o fincas, (b) los créditos utilizados para adquirir bienes inmuebles en algunos Estados miembros,<sup>643</sup> (c) los que tienen como finalidad proporcionar financiación temporal en el lapso de tiempo comprendido entre la venta de un bien inmueble y la compra de otro, y (d) los créditos garantizados destinados a la renovación de bienes inmuebles para uso residencial. (Considerando 15 de la Directiva 2014/17/UE).

La norma que establece la Directiva 2014/17/UE se enfatiza en la fase precontractual e incide en la ejecución del contrato cuando regula el derecho del consumidor al reembolso anticipado. La Directiva 2014/17/UE prevé normas sobre la información de los cambios de tipo para el deudor y considera los efectos “propietarios” o “reales” cuando alude a la tasación del inmueble en sus arts. 18.3 y 19.

Sin embargo, la Directiva 2014/17/UE es una directiva de mínimos que deja sin reglamentar varios aspectos dentro del ámbito de la concesión de un préstamo hipotecario como, por ejemplo, la ejecución de un bien inmueble destinado a uso residencial. Además, la Directiva 2014/17/UE permite a los Estados miembros exceptuar de la aplicación de su normativa aquellos créditos que no tengan por objeto la adquisición o el mantenimiento de inmuebles de uso residencial. La Directiva 2014/17/UE no regula la cesión de los créditos que se encuentran en incumplimiento, es decir la cesión de préstamos morosos, y no se expresa sobre la protección de los consumidores cuyos préstamos hipotecarios en mora han sido cedidos, solo se limita a expresar que los acreedores deberán mostrarse “razonablemente tolerantes” antes de iniciar un proceso de ejecución hipotecaria.

En general, la Directiva 2014/17/UE es un texto primordialmente de regulación y supervisión de operadores y cuyo contenido esencial, en su mayoría, es de remisión a una normativa en desarrollo que se encomienda al Ministerio de Economía y Competitividad.<sup>644</sup> La protección de los consumidores en la Unión Europea es un instrumento que se utiliza para el buen funcionamiento del mercado interior europeo, y es ahí en donde, a mi juicio, surge el análisis de si la Directiva 2014/17/UE lo que realmente persigue es la estabilidad del sistema financiero en lugar de promover mejores condiciones de vida para los prestatarios y sobre todo proteger prioritariamente la vivienda habitual de los consumidores. Citando a la profesora ARROYO AMAYUELAS la Directiva 2014/17/UE no aborda cuestiones

---

<sup>643</sup> Incluidos los que no requieren el reembolso del capital, o, salvo si los Estados miembros han establecido un marco alternativo adecuado.

<sup>644</sup> ANDERSON, MIRIAM, La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecario... *op. cit.* p. 64.



polémicas no reguladas en la Directiva 2008/48/CE sobre crédito al consumo, como son los tipos máximos de interés y la usura, no regula los límites del *loan to value/loan to income* porque eso implicaría imponer barreras en el mercado, crearía obstáculos a la libre circulación de capitales en la Unión Europea y tendría efectos negativos en el volumen de préstamos. La Directiva 2014/17/UE no atiende al consumidor con un alto nivel de endeudamiento, no regula la cesión de hipotecas titulizadas y no determina qué cláusulas, si algunas, debieran considerarse abusivas en la concesión de préstamos hipotecarios, con lo cual se desconoce qué tipo de protección merece el prestatario consumidor sobre estos asuntos.<sup>645</sup>

## **2. La protección de los consumidores y el mercado hipotecario: Más allá de la protección de la vivienda**

La crisis económica de 2008 nos lleva a cambiar la concepción de lo que es una vivienda. Cuando una familia es desahuciada, lo que en Puerto Rico conocemos como la pérdida de la vivienda familiar luego de un proceso de ejecución hipotecaria, dicha familia pierde algo más que un inmueble de uso residencial pierde su hogar, pierde su vivienda. La vivienda cumple un importante papel dentro de la sociedad. Conformar una estructura particular en cada país en relación con su sistema de bienestar, pero también con los valores y normas sociales.<sup>646</sup> La vivienda es el espacio social en donde se desarrolla la vida privada, independientemente del número de personas que lo ocupen, o del momento del ciclo vital en que se encuentren, pudiendo estar ocupada por hogares unipersonales o pluripersonales, con o sin un núcleo, y con otras personas (emparentadas o no) viviendo con ellos.<sup>647</sup> Si bien se esgrime que la familia es el motor de cambio social, las dinámicas de su estudio aplicadas a la vivienda siguen patrones que se han quedado obsoletos.<sup>648</sup> A pesar de la importancia de la vivienda ésta todavía no tiene un tratamiento especial o una regulación armonizada.

Según mencionamos en la introducción de este trabajo el derecho a la vivienda está consagrado en los textos internacionales como: la Declaración Universal de los Derechos

---

<sup>645</sup> ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores... *op. cit.* p. 14.

<sup>646</sup> LEBRUSAN MURILLO, IRENE, Más allá de la familia: Una reflexión teórica sobre la definición del habitante de la vivienda, *Tendencias Sociales. Revista de Sociología*, Departamento de Sociología III. UNED, 3 (2019), pp. 60-76, 62.

<sup>647</sup> *Ibid.* p. 74.

<sup>648</sup> *Ibid.* p. 66.

Humanos (DUDH) de 1948,<sup>649</sup> (art. 25.1) y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1976,<sup>650</sup> (art. 11.1). El derecho a la vivienda también está consagrado en el art. 34.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) del año 2000.<sup>651</sup> Aun cuando se hace referencia al derecho a la vivienda en los tratados antes mencionados, el derecho a la vivienda no se prevé como un derecho autónomo. Más aun no existe una competencia expresa en la Unión Europea en materia de vivienda sobre la base de los principios de atribución, proporcionalidad y subsidiariedad. (art. 5 Tratado de la Unión Europea) Y, además, existen artículos específicos que impiden a la Unión Europea adoptar medidas en determinadas materias como, por ejemplo, lo expresado en el art. 345 del Tratado de la Unión Europea que indica: “Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad de los Estados miembros.”<sup>652</sup> Sin embargo, si tomamos en consideración el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) en este artículo se consagra el derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de las comunicaciones.”<sup>653</sup> Además, la Resolución del Parlamento Europeo de 11 de junio de 2013 sobre vivienda social en la Unión Europea<sup>654</sup> en su Considerando A establece que:

“A. Considerando que el acceso a la vivienda social constituye un derecho fundamental que puede considerarse como una condición previa para ejercer y obtener el acceso a los demás derechos fundamentales y a una vida digna y la garantía del acceso a una vivienda digna y adecuada constituye una obligación internacional de los Estados miembros que la Unión deben tomar en consideración...”

Incluso en su Considerando H de la Resolución del Parlamento Europeo de 11 de junio de 2013 se indica que:

---

<sup>649</sup> Vid. UN General Assembly. “Universal Declaration of Human Rights.” United Nations, 217 (III) A, 1948, París, art. 25, <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. (consulta 28 de abril de 2021).

<sup>650</sup> Vid. UN General Assembly, “International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights,” 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, art. 11.1, [https://treaties.un.org/doc/treaties/1976/01/19760103%2009-57%20pm/ch\\_iv\\_03.pdf](https://treaties.un.org/doc/treaties/1976/01/19760103%2009-57%20pm/ch_iv_03.pdf). (consulta 28 de abril de 2021).

<sup>651</sup> Vid. Unión Europea, “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 26 Octubre 2012, art. 34.3, <https://refworld.org/es/docid/5c6c40d04.html>. (consulta 28 de abril de 2021).

<sup>652</sup> NASARRE AZNAR, SERGIO, Los años de la crisis de la vivienda... *op. cit.* p. 501.

<sup>653</sup> Vid. Unión Europea, “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 26 Octubre 2012, art. 7, <https://refworld.org/es/docid/5c6c40d04.html>. (consulta 28 de abril de 2021).

<sup>654</sup> Vid. Unión Europea, Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de junio de 2013, sobre la vivienda social en la Unión Europea (2012/2293(INI)), *OJ C 65, 19.2.2016*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52013IP0246>. (consulta 1 de mayo de 2021).

“H. Considerando que, con el fin de prevenir el aumento de personas sin hogar y futuras crisis inmobiliarias, las reglas hipotecarias deben proteger a los consumidores y fomentar un justo reparto de los riesgos.”

Por tanto, vemos que, aunque el derecho a la vivienda no se deriva directamente o no se incluye expresamente en los textos de los tratados antes mencionados, el derecho a la vivienda sí se reconoce. Como ejemplo a nuestro argumento citamos la STJUE Kušionová, 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13,<sup>655</sup> en donde el TJUE ha reconocido la existencia de un derecho a la vivienda en vinculación con el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

Por su parte, la Constitución Española (CE) establece el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. El derecho a la vivienda en España está reconocido por el art. 47 de la CE que indica:

“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, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para evitar la especulación.”

Citando a SOUVIRÓN MORENILLA en España el derecho a la vivienda reconocido en la CE no es un derecho fundamental en el sentido estricto. El derecho a la vivienda es un derecho constitucional (en cuanto a que se reconoce en la Constitución), pero no estrictamente porque el mismo no se incluye en el texto constitucional en el lugar propio (capítulo 2º del Título I) de los derechos y deberes fundamentales, sino entre los “principios rectores de la política social y económica” (capítulo 3º del Título I), y esto tiene la consecuencia de que el alcance, contenido y las vías jurisdiccionales para la defensa del derecho a la vivienda no se derivan directamente de la CE, sino que, como sucede con el resto de los derechos contemplados dentro de esos principios rectores dependerá de lo que establezca la legislación que lo regule.<sup>656</sup> Es decir, el derecho a una vivienda digna y

---

<sup>655</sup> *Vid.* Párrafo 65 de la STJUE Kušionová. “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.”

<sup>656</sup> SOUVIRÓN MORENILLA, JOSÉ M.<sup>a</sup>, El derecho a la Vivienda y su garantía pública: entre el servicio público y la protección social, Servicios de interés general y protección de los usuarios (Educación, Sanidad, Servicios Sociales, Vivienda, Energía, Transportes y Comunicaciones Electrónicas), GONZÁLEZ RÍOS, ISABEL (dir.), Dykinson (2018), pp. 181-224, 191 y 182. A la pág. 187 de esta obra este autor nos comenta la regulación de la vivienda en Cataluña y nos indica que la misma ésta presidida por la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda (parcialmente modificada por la Ley 24/2015, de 29 de julio) que al amparo del Estatuto (arts. 34 y 67) incorpora una regulación integral de la vivienda. Como respuesta ante las necesidades sociales y frente al anterior modelo basado en el fomento de la adquisición de vivienda en el

adecuada se reconoce en la CE y los Estatutos de Autonomía, pero siendo un derecho de configuración legal, su satisfacción efectiva depende de las medidas que a tal fin adopten las Administraciones públicas, principalmente, las Comunidades Autónomas.<sup>657</sup>

Luego de la crisis económica de 2008 en España se observa una gran cantidad de viviendas que están vacías, incluidas las de protección oficial, mientras que por otra parte y de modo contradictorio, miles de personas y familias han solicitado viviendas de protección oficial.<sup>658</sup> Esto indica que existen suficientes viviendas, pero son inaccesibles para muchas familias, y a su vez, muchas personas y familias siguen perdiendo su vivienda habitual por la ejecución de los préstamos hipotecarios suscritos en época de bonanza económica o sea antes de la crisis financiera de 2007. En España los problemas relacionados con la vivienda todavía persisten, el número de desahucios sigue siendo alto y el acceso a la vivienda es difícil, con lo cual se pone de manifiesto la insuficiencia de las reformas promulgadas para atender la crisis de los deudores hipotecarios unido al problema de acceso a la vivienda. Esta situación muestra la insuficiencia del ordenamiento jurídico español para que el derecho a la vivienda sea algo más que una proclamación retórica.<sup>659</sup>

Asimismo, la crisis financiera de 2007 reveló que la vivienda habitual de los consumidores ha sido tratada como un activo financiero y, por ende, su utilización económica no difiere de otros bienes inmuebles. La crisis económica de 2008 nos presenta como a la vivienda habitual de un consumidor ha sido tratada como un bien o activo a ser hipotecado, que luego fue titulizado y que sus propietarios terminaron perdiendo cuando ocurrieron los desahucios. Esta situación, sin duda, ha generado marginación social en muchos consumidores, lo que nos lleva a cuestionarnos si más que proteger a los consumidores lo que se protege es el mercado. Como discutiremos más adelante en nuestro análisis de la Directiva 2014/17/UE y la LCCI, las reformas en Europa y España tratan al inmueble utilizado como vivienda, a mi juicio, como cualquier otro bien de consumo e inversión dentro de un modelo puramente económico y no como un bien indispensable que merece una protección especial.

---

mercado libre y de la construcción de viviendas de protección oficial, en Cataluña se apuesta por un cambio de enfoque: transformar estructuralmente el mercado de la vivienda con la creación de un parque específico de viviendas asequibles a las rentas bajas y medias que permita atender a las necesidades de alojamiento de la población. La legislación de Cataluña resulta bien expresiva de la pretensión de lograr, a partir de la función social de la vivienda, una normativa efectivamente protectora del derecho a la vivienda. Para ello se han promulgado varias legislaciones tales como: Ley 1/2015, de 24 de marzo, de medidas urgentes para la movilización de las viviendas provenientes de ejecuciones hipotecarias, la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética y la Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial.

<sup>657</sup> *Ibid.* pp. 214-215.

<sup>658</sup> *Ibid.* p. 215.

<sup>659</sup> *Ibid.* p. 216.

Tanto la Directiva 2014/17/UE como la LCCI se dirigen a los consumidores y a los inmuebles de uso residencial, sin especial protección a la vivienda. Y aunque la protección de los consumidores se encuentra claramente consagrada en el derecho europeo comunitario en algunas ocasiones dicho principio es utilizado únicamente como un instrumento de fortalecimiento del mercado común europeo.

Las consecuencias de perder una vivienda, definitivamente, no son las mismas que perder otro bien inmueble aun cuando se trate de inmuebles de uso residencial, y es ahí en donde a mi juicio, la protección de la vivienda habitual debe ser una prioridad, sobre todo, en el proceso de ejecución o venta forzosa. Lo anterior, porque quien pierde su vivienda pierde estabilidad y seguridad. La vivienda es un derecho básico que nos permite participar de forma adecuada en la sociedad y, por tanto, la protección de cualquier crédito sobre bienes inmuebles de uso residencial le resta importancia a la vivienda habitual, la cual no puede permanecer al margen de los cambios sociales, económicos, incluso tecnológicos que acontecen. A tono con lo anterior, deberíamos plantear y promover mayores protecciones a la vivienda y no a cualquier inmueble de uso residencial. Lo anterior, porque proteger todo inmueble de uso residencial hace que se relativice la efectividad del derecho a la vivienda o incluso que la protección se diluya ante las complejas estructuras de financiación que se utilizan en la industria bancaria porque no será posible lograr un préstamo asequible cuando se obliga a la protección de todo inmueble destinado a uso residencial. Cabe cuestionarse si: ¿Hubiésemos tenido un aumento sin precedente en casos de ejecuciones hipotecarias si la vivienda hubiese sido un bien especialmente protegido? ¿Hubiese tenido el Gobierno español que adoptar una serie de medidas legislativas con carácter urgente para la protección de los deudores hipotecarios sin recursos? ¿Y si en lugar de los rescates financieros se hubiera rescatado la vivienda? Como respuesta a estas interrogantes entendemos que el legislador español debería evaluar con detenimiento el establecer la protección de la vivienda con carácter prioritario. La protección de la vivienda permitirá comprender mejor los comportamientos del mercado, proporcionará valiosa información acerca de las estructuras (políticas y económicas) e incluso la implementación de ciertos valores sociales que se establecen en los tratados de la Unión Europea. Sin duda, la protección de la vivienda queda sobradamente justificada más allá de su valor económico y de su valor como bien de inversión.

Sin embargo, como ya es costumbre siempre que surgen crisis los gobiernos establecen medidas para favorecer el acceso a la vivienda, pero llegado el momento de ajustar la legislación las medidas no se concretan y no se materializan resultados que promuevan la

protección de un bien tan crítico como lo es la vivienda. A pesar del largo camino recogido desde el inicio de la crisis financiera y económica todavía no se consigue lo que la mayoría de los consumidores necesitan, que es ser propietarios de su vivienda de manera sostenible. El tratamiento a la vivienda habitual en España ha estado sometido a cambios significativos ya sea en la fase contractual o en la fase postcontractual cuando, por ejemplo, ocurre un incumplimiento con el pago de un préstamo hipotecario. Hubiera pensado que la LCCI buscaría mejores formas de protección a la vivienda de los consumidores, pero no fue así. Por tanto, en este epígrafe intento resaltar que la protección de la vivienda habitual de los consumidores debe ser una prioridad, para luego analizar cómo dicha protección ha quedado fuera de la LCCI a pesar de la existencia de una normativa básica, que hemos mencionado en este epígrafe, dirigida a la protección del derecho a la vivienda.

### **3. Directiva 2014/17/UE: ¿Quién es consumidor? ¿Cuál es el inmueble protegido?**

La Directiva 2014/17/UE define al consumidor en su art. 4.1<sup>660</sup> como:

“la persona que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional.”

La Directiva 2014/17/UE incluye en la definición de consumidor al llamado consumidor mixto.<sup>661</sup> Por lo que, en los contratos con doble finalidad se debe considerar

---

<sup>660</sup> Que remite al art. 3 (a) de la Directiva 2008/48/UE.

<sup>661</sup> *Vid.* STJUE de 20 de enero de 2005 (TJCE 2005, 24). *Vid.* STJUE de 3 de septiembre de 2015 (TJCE 2015, 330) asunto C-110/14, en donde el TJUE recuerda que, conforme al Derecho de la Unión, es consumidor toda persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional y que como tal consumidor se encuentra en una situación de inferioridad respecto al profesional. Al efecto de determinar la condición de consumidor del contratante, aclara el TJUE que el juez nacional debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso susceptibles de demostrar con que finalidad se adquiere el bien o servicio objeto del contrato y en particular, la naturaleza de dicho bien o servicio. Por su parte, el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (TJCE 2015, 386) caso Tarcău, en su apartado 27, se recalca que el concepto de consumidor debe apreciarse según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión, se reitera esta doctrina el ATJUE de 27 de abril de 2017. En el Derecho español la STS de 5 de abril de 2017 (RJ 2017, 2669) señala que la condición de consumidor en los contratos con doble finalidad plantea el problema de si cabe considerar como tal a quien destina el bien o servicio a fines mixtos, o sea a satisfacer necesidades personales, pero también a actividades comerciales o profesionales. El Tribunal Supremo de España utiliza el criterio del objeto predominante para determinar, a través de un examen de la globalidad de las circunstancias que rodean al contrato – más allá de un criterio puramente cuantitativo – y de la apreciación de la prueba practicada, la medida en que los propósitos profesionales o no profesionales predominan en relación con un contrato en particular. De manera que, cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba. *Vid.* SERRANO FERNÁNDEZ, MARÍA, El ámbito subjetivo del Proyecto de

cuando el contrato que se celebra se relaciona con las actividades comerciales o profesionales del prestatario, y cuando, dichas actividades son tan limitadas que no predominan en el contexto general del contrato debido a que bajo este último aspecto la persona o prestatario debe ser considerado como un consumidor.<sup>662</sup>

A tono con lo anterior, la doctrina jurisprudencial emitida por el TJUE define el concepto “*consumidor*” de la siguiente forma: (a) la STJUE Gruber de 20 de enero de 2005, asunto C-464/01, se establece que el contratante es consumidor si el destino comercial es marginal en comparación con el destino privado, ya que no basta con que actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad comercial, sino que es preciso que el uso o destino profesional sea mínimo (“insignificante en el contexto global de la operación de que se trate”), (b) la STJE Costea Horace de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14, dispone que una persona física que ejerce la abogacía y celebra un contrato de crédito con un banco sin que se precise el destino del crédito, dicho contratante puede considerarse consumidor con arreglo al art. 2 (b) de la Directiva 93/13/CEE cuando el contrato no está vinculado a la actividad profesional del referido abogado,<sup>663</sup> (c) el Auto Tarcău (TJUE 2015/386), dictado el 19 de noviembre de 2015, asunto C-74/15, considera que la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que aplica cuando se garantizan las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a una entidad de crédito, cuando esa persona física – garante – actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional y carece de vínculos funcionales con la sociedad, (d) el Auto Dumitras (TJUE 2016/329), dictado el 14 de septiembre de 2016, asunto C-534/15, dispone que en cuanto a los contratos de doble finalidad respecto de los que se destina el bien o servicio a fines mixtos (satisfacer necesidades personales pero también a actividades comerciales o profesionales) en estas circunstancias se considera que el contratante es un consumidor y (e) la STJUE Bachman, ATJUE de 27 de abril de 2017, asunto C-535/16, reitera la misma línea de lo resuelto en la STJE Costea Horace, *supra*.

La Directiva 2014/17/UE concede una especial protección a los consumidores. El sujeto que se protege es el prestatario consumidor y se entiende por consumidor a aquel

---

Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario un análisis de las figuras del prestamista y del prestatario, Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales, SÁNCHEZ LERÍA, REYES y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, LUCÍA (coords.) Ed. Reus, Madrid (2018), nota 9, pp. 26-27 y MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS, Una lectura de la normativa en materia de crédito inmobiliario desde la perspectiva de los prestatarios, Los contratos de crédito inmobiliario, Aranzadi, Pamplona (2017), pp. 135-172.

<sup>662</sup> SERRANO FERNÁNDEZ, MARÍA, *op. cit.* pp. 26-28.

<sup>663</sup> Carece de pertinencia el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante del bufete de abogados porque el contrato no está vinculado a la actividad profesional del abogado que firmó el contrato.

individuo que actúa de manera independiente fuera de su ámbito profesional. La Directiva 2014/17/UE no limita la posibilidad de que los Estados miembros puedan aumentar el nivel de protección, así como las medidas necesarias para su aplicación.

Por otra parte, en cuanto al inmueble protegido la Directiva 2014/17/UE en el art. 3.1 (a) y (b) regula los créditos inmobiliarios. El inmueble protegido es el inmueble de uso residencial. El art. 3 de la Directiva 2014/17/UE establece el ámbito de aplicación para la protección de los contratos de crédito celebrados con los consumidores sobre bienes inmuebles de uso residencial de la siguiente forma:

- “1. La presente Directiva se aplicará a:
  - a. los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial, o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial, y
  - b. los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir.”

La Directiva 2014/17/UE no define lo que constituye un “bien inmueble de uso residencial.” La Directiva 2014/17/UE puede incluir los créditos garantizados con hipoteca u otra garantía o derecho real sobre bienes inmuebles.<sup>664</sup> Lo que caracteriza a los créditos inmobiliarios regulados por la Directiva 2014/17/UE es su denominación o referencia a un inmueble de uso residencial tanto en lo que se refiere a la garantía, a la adquisición, o a la conservación del inmueble. Por tanto, lo relevante es que el crédito esté garantizado sobre un “inmueble de uso residencial” sin importar su finalidad o aplicación, y eso significa que la norma incluye tanto el crédito garantizado al consumo como el crédito concedido para invertir en la conservación de un inmueble, siempre que en todos los casos el inmueble sea de uso residencial. Ahora bien, cabe preguntarse: ¿Si la Directiva 2014/17/UE lo que realmente interesa es regular el mercado del crédito hipotecario y no la protección de los consumidores? Antes de la crisis financiera de 2007 la prioridad era integrar el mercado para dar entrada a nuevos productos financieros lo que implicó la entrada de las hipotecas *subprime*, por lo que la respuesta a esta interrogante es que la norma de la Directiva 2014/17/UE se centra en la estabilidad financiera para reactivar la economía, y a mi juicio, no aprovecha la oportunidad para, además de proteger a los consumidores, brindar mayor protección de la vivienda habitual de los consumidores. La Directiva 2014/17/UE regula los contratos de crédito con

---

<sup>664</sup> ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores... *op. cit.* p. 15.



consumidores cuando el inmueble utilizado como garantía es de uso residencial, y esto lo hace con el establecimiento de normas de conducta y supervisión para los prestamistas a través de información precontractual, transparencia en la publicidad y advertencias, y en el análisis que se debe llevar a cabo para la evaluación de la solvencia del posible prestatario. Aunque la Directiva 2014/17/UE va más allá de la protección de la vivienda habitual de un consumidor, esta no regula la ejecución de un préstamo o crédito inmobiliario concedido para la adquisición de la vivienda habitual de un consumidor.

La Directiva 2014/17/UE no cubre el préstamo concertado para hacer frente a necesidades apremiantes como lo sería un préstamo con garantía hipotecaria para cubrir gastos médicos, entre otras prohibiciones. Incluso es incorrecto denominar a la Directiva 2014/17/UE como una directiva sobre el crédito hipotecario porque conforme expresa la profesora ARROYO AMAYUELAS además de la hipoteca se admite que el crédito esté garantizado con cualquier otro derecho o garantía sobre bienes inmuebles de uso residencial.<sup>665</sup> En la Directiva 2014/17/UE la finalidad del crédito garantizado puede ser más amplia siempre que la hipoteca o un derecho equivalente recaiga sobre un inmueble que tenga uso residencial, con lo cual a pesar de que se amplió el ámbito de protección, la Directiva 2014/17/UE no refuerza la protección de la vivienda habitual de un consumidor. Es decir, ya no importa que el préstamo sea sobre la vivienda habitual ahora puede ser sobre cualquier inmueble de uso residencial. Y el ampliar la protección a todo inmueble de uso residencial no necesariamente brinda mayores beneficios a los consumidores porque dicha ampliación podría tener el efecto de diluir la protección de la vivienda habitual. No se protege más al consumidor añadiendo más inmuebles mediante una regulación de los créditos inmobiliarios. Además de proteger al consumidor, la protección del “inmueble de uso residencial” debería estar dirigida prioritariamente a la protección de la vivienda habitual porque el tener una vivienda es una condición fundamental para la protección de otros derechos que son igual o más importantes para los consumidores como son: la salud, la intimidad, la igualdad y la dignidad de la persona.

#### **4. LCCI: Una oportunidad perdida para brindar mayor protección a la vivienda habitual**

---

<sup>665</sup> *Ibid.*

En 2019 en España se realizó la transposición de la Directiva 2014/17/UE<sup>666</sup> a través de la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (LCCI), ley que fue publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) bajo el Núm. 65 el 16 de marzo de 2019.<sup>667</sup> La LCCI entró en vigor a los tres meses de su publicación y su aplicación comenzó a partir del 16 de junio de 2019.<sup>668</sup> La LCCI es una transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2014/17/UE y su finalidad principal es establecer determinadas normas de protección para las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes de préstamos o créditos con garantía sobre bienes inmuebles.

La LCCI establece que la vivienda está reconocida como un derecho fundamental en la Unión Europea y que como tal también este derecho se reconoce en el apartado 65 de la STJUE Kušionová, 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13, en donde con toda contundencia el TJUE expresó 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.” (Preámbulo III de la LCCI)

---

<sup>666</sup> ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, Crisis? What Crisis?... *op. cit.* p. 7. “The origins of the Mortgage Credit Directive date back to 1985. At first, the need to open up markets and the introduction of new mortgage products were the main goals; consumer protection was implemented through pre-contractual information rules in the form of a soft law Code of Conduct, widely used in Ireland according to the Report, but not adopted in Spain. When the economic crisis was triggered in 2007 the emphasis shifted to responsible lending for the benefit of both consumers and the financial system.”

<sup>667</sup> *Vid.* BOE-A-2019-3814

<sup>668</sup> Esta Ley ha sido precedida por varias versiones de anteproyectos (abril de 2016, marzo de 2017, julio de 2017 y 31 de octubre de 2017) además de un informe del Consejo General del Poder Judicial (5 de mayo de 2017) y del Dictamen del Consejo de Estado (14 de septiembre de 2017). En adición, con el objeto de transponer la Directiva 2014/17/UE cuyo plazo terminó el 21 de marzo de 2016 (art. 42.1) y ante la posibilidad de denuncia por parte de la Comisión Europea ante el TJUE y la correspondiente sanción por tal retraso, el Consejo de Ministros aprobó el día 3 de noviembre la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (121/000012). Esta norma fue presentada en el Congreso de los Diputados el día 6 de noviembre de 2017, y calificada el 14 de noviembre de 2017, para iniciar su tramitación parlamentaria. La LCCI deberá coexistir con las siguientes legislaciones: Ley 2/2009, de 31 de marzo, por el que se regulan los contratos con consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Regulación del Mercado Hipotecario; Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección de cliente de servicios bancarios que regula la ficha de información precontractual y personalizada, la oferta vinculante, la solvencia económica del cliente bancario; Ley 10/2014, de 26 de julio, de Ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito; Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y europeas de servicios de inversión; Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social; 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 modifica diversos preceptos de la LEC relativa al proceso de ejecución; Real-Decreto Ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real-Decreto Ley 6/2012 y Ley 1/2013, modificando las condiciones para acceder a las medidas de protección establecidas en distintas normas; LH, Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación; Real-Decreto Ley 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) y Ley 1/2000, de 7 de enero, LEC.

La LCCI regula tres aspectos diferenciados tales como: (1) las normas de transparencia y de conducta que imponen obligaciones a los prestamistas e intermediarios de crédito, así como a sus representantes designados, completando y mejorando la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre y la Ley 2/2009, de 31 de marzo, (2) regula el régimen jurídico de los intermediarios de crédito inmobiliario y los prestamistas inmobiliarios, y (3) establece un régimen sancionador para los incumplimientos de las obligaciones contenidas en la ley. El objetivo último de la LCCI es reforzar las garantías para los prestatarios en el proceso de contratación y evitar en última instancia la ejecución de este tipo de préstamos en vía judicial con la consiguiente pérdida de la vivienda.

La LCCI no incluye de forma específica una definición de “consumidor.” En España, además, de la definición provista por la Directiva 2014/17/UE y la jurisprudencia del TJUE, es de aplicación lo resuelto en la STS 224/2017, de 5 de abril de 2017. En esta sentencia el TS de España establece que el contratante es consumidor cuando el destino comercial es marginal en comparación con el destino privado, y en este caso al ser predominante la finalidad empresarial, el prestatario no pudo sostener la cualidad de consumidor porque no bastaba con que se actuara en un ámbito ajeno a la actividad comercial, sino que era preciso que el uso y destino profesional fuese mínimo.<sup>669</sup>

En cuanto al concepto “consumidor” la LCCI no ha seguido el criterio de la Directiva 2014/17/UE y fijó un ámbito subjetivo de aplicación más amplio en el art. 2 que establece lo siguiente:

“1. Esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto:

- a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como trasteros, garajes, y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica.
- b) La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor.

---

<sup>669</sup> BERROCAL LANZAROT, ANA I., El deber de información y la obligación de evaluar la solvencia en el Proyecto de Ley Reguladora de los contratos de crédito inmobiliario: Consecuencias jurídicas de su incumplimiento, Los contratos de crédito inmobiliarios. Algunas soluciones legales, SÁNCHEZ LERÍA, REYES y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, LUCÍA (coords.), Ed. Reus (2018), nota 5, p. 190.

Se entenderá que la actividad de concesión de préstamos hipotecarios se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora.”

Como puede observarse bajo el inciso *a* del art. 2 de la LCCI resulta indispensable la existencia de una garantía hipotecaria u otro derecho de garantía equivalente sobre un inmueble de uso residencial siendo irrelevante que la persona a la que se le concede el préstamo sea un consumidor o no. Mientras que, bajo el inciso *b* del art. 2 de la LCCI será un requisito indispensable que el prestatario, el fiador o garante sean consumidores siendo irrelevante que la garantía se constituya sobre un inmueble de uso residencial porque se puede conceder un crédito para adquirir o conservar terrenos o inmuebles construidos o por construir. En consecuencia, en la LCCI ya no es un requisito indispensable proteger la vivienda habitual y tampoco ser un consumidor para recibir protección. Como fundamento para ampliar las protecciones que establece la LCCI, el legislador español afirmó en la Exposición de Motivos que, aunque la normativa europea limita su ámbito subjetivo de aplicación a los consumidores, entendiéndose por tales las personas físicas que no actúan en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, se consideró necesario que la legislación española vaya más allá de esta previsión y extendió su régimen jurídico a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidores. Esta ampliación de la LCCI frente a la Directiva 2014/17/UE sigue la línea tradicional del ordenamiento jurídico español de ampliar el ámbito de protección a colectivos como los trabajadores autónomos.<sup>670</sup> Citando a la profesora ANDERSON la extensión de la protección a las personas físicas sin necesidad de que actúen como consumidoras merece ser aplaudida, especialmente porque comporta la inclusión de préstamos o créditos con garantía real concedidos a trabajadores autónomos en el ámbito de su profesión, siempre que la garantía grave un inmueble de uso residencial.<sup>671</sup>

En España la preocupación principal es la vivienda. Por lo que, desde el punto de vista de la protección de los consumidores se entiende que debería merecer igual tutela el que adquiera una casa-habitación, un terreno rústico para fines personales o el que adquiera un almacén para guardar sus pertenencias.<sup>672</sup> Lo anterior, porque todos los consumidores que realizan una inversión de esa naturaleza pueden comprometer su patrimonio y la norma lo

---

<sup>670</sup> SERRANO FERNÁNDEZ, MARÍA, *op. cit.* p. 39.

<sup>671</sup> ANDERSON, MIRIAM, La Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: algunos claros, y muchas sombras, La Notaría, (2019). <https://www.ub.edu/catedres/sites/default/files/content/file/2020/05/25/1/11d-la-notaria.-ley-de-contratos.pdf> (consulta 9 de abril de 2021).

<sup>672</sup> ANDERSON, MIRIAM, La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios... *op. cit.* p. 52.

que busca es la protección de los consumidores. De hecho, la LCCI amplió el concepto de “uso residencial” e incluye aquellos bienes inmuebles que, de forma complementaria, ayuden a cumplir una función doméstica como pueden ser: los garajes, trasteros, corrales u hórreos. La LCCI protege a todo tipo de persona física consumidora que solicite un crédito con el propósito de adquirir o conservar terrenos o inmuebles construidos o por construir y, a mi juicio, es lamentable que no establezca como prioridad proveer mayor protección al inmueble utilizado como la vivienda habitual de un consumidor.

Asimismo, cabe destacar que en el Preámbulo III de la LCCI se hace referencia a la vivienda como un derecho fundamental reconocido en el Derecho europeo, pero a su vez, la LCCI deja fuera la protección de la vivienda habitual como un derecho fundamental de los consumidores. Entonces nos preguntamos: ¿Por qué no se protege la vivienda habitual de forma especial? Nos cuestionamos si verdaderamente la finalidad del crédito es la adquisición de inmuebles, su conservación, o la construcción de determinados inmuebles que luego serán destinados a un uso residencial, en lugar de proteger de forma prioritaria la vivienda habitual de los consumidores.

En adición, a lo antes dicho es necesario añadir que la LCCI modifica la LH de España para integrar en ella las legislaciones previas sobre mejoras a la protección de los consumidores en materia de préstamos hipotecarios para la adquisición de la vivienda habitual de un consumidor. Además, la LCCI impone como obligación del órgano judicial el remitir al Registro de Condiciones Generales de la Contratación las sentencias firmes dictadas en acciones colectivas o individuales por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas.<sup>673</sup> Cabe indicar que el art. 2.4 de la LCCI establece los contratos de préstamo bajo los cuales no resultaría de aplicación

---

<sup>673</sup> BERROCAL LANZAROT, ANA I., *op. cit.* nota 5, p. 181. “También se modifica el art. 258.2 de la LH por lo que el Registrador de la Propiedad podrá denegar “la inscripción de aquellas cláusulas de los contratos que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas por sentencia del TS con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. En esta línea, se modifica además, el art. 84 del TRLGDCU en lo relativo a la autorización e inscripción de cláusulas declaradas abusivas y queda redactado en los siguientes términos: “Los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas por sentencia del TS con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.” *Vid.* PÉREZ HERESA, JUAN, *Novedades en la función notarial para recuperar la seguridad jurídica en los préstamos hipotecarios*, El Notario del Siglo XXI, septiembre-octubre 2017, p. 17-18. “Hubiera sido preferible prescindir definitivamente de un Registro como el de Condiciones Generales de la Contratación que ha demostrado su inutilidad durante sus casi veinte años de existencia y sustituirlo por un procedimiento de comunicación telemática (a través de las plataformas del Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado y Colegio de Registradores), que en todo caso sería deseable establecer para asegurar que todas las sentencias vinculantes para el control de abusividad sean conocidas por notarios y registradores.”

esta ley, entre los cuales se mencionan los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley. Sin embargo, las previsiones de la LCCI resultarán de aplicación a aquellos contratos celebrados con anterioridad, si los mismos son objeto de novación o subrogación con posterioridad a la entrada en vigor de la LCCI. Evidentemente esta situación deja sin protección a muchos deudores que obtuvieron préstamos hipotecarios antes de la crisis económica de 2008. Así también, el art. 4.3 de la LCCI define el contrato de préstamo como “el contrato mediante el cual un prestamista concede o se compromete a conceder un préstamo a un prestatario incluido en el ámbito de aplicación del art. 2 de la LCCI, en forma de pago aplazado, crédito u otra facilidad de pago similar.” La LCCI en el art. 2.3 equipara de manera indistinta los créditos y los préstamos de la siguiente forma: “Las referencias que se realizan en esta Ley a los préstamos se entenderán realizadas indistintamente a préstamos y créditos.” A mi juicio la finalidad del crédito inmobiliario regulado por la LCCI es desordenada y deja pasar la oportunidad de brindar mayor protección a la vivienda habitual de un consumidor.

## **5. La Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN)**

La FEIN es un documento de información precontractual estandarizado en todo el territorio de la Unión Europea que persigue garantizar la transparencia y permite que el consumidor compare la oferta que se le presenta con la de otros competidores.<sup>674</sup> Adelantamos que la FEIN desde la perspectiva de información precontractual es comparable con las medidas implementadas por el Gobierno Federal de EE. UU. a través de la *Dodd-Frank Act* aprobada en julio de 2010 como respuesta a la crisis económica de 2008. La *Dodd-Frank Act* se estableció con el propósito de equilibrar la protección de los consumidores en los asuntos relacionados a la liquidez, seguridad y solidez de los mercados financieros de EE. UU. Estaremos discutiendo la *Dodd-Frank Act* en el Capítulo VIII de esta tesis.

### **5.1 Directiva 2014/17/UE: La FEIN como un periodo de reflexión**

La FEIN fue objeto de armonización máxima a través del art. 2 de la Directiva 2014/17/UE. La Directiva 2014/17/UE establece en el art. 14 la obligación de ofrecer al

---

<sup>674</sup> ANDERSON, MIRIAM, La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios... *op. cit.* p. 49.

consumidor información personalizada para que éste pueda comparar los créditos disponibles en el mercado, evaluar sus implicaciones y tomar una decisión informada. La FEIN se entregará sin demora y con suficiente antelación antes de la firma del contrato de crédito. El propósito de la FEIN es proveer información precontractual para que el consumidor pueda reflexionar y comparar las características de los productos de crédito y obtener asesoramiento de un tercero en caso de ser necesario.<sup>675</sup> Una vez se haya facilitado al consumidor los datos precisos sobre sus necesidades, situación financiera y preferencias, la FEIN se entenderá como una oferta vinculante para la entidad crediticia durante el plazo pactado hasta la firma del contrato.

La oferta vinculante tal y como se contempla en la Directiva 2014/17/UE es una medida para garantizar que el potencial prestatario disponga de un periodo de tiempo para poder evaluar la conveniencia de contratar el crédito propuesto. En todo caso, su carácter vinculante habrá de entenderse que está atado al contrato de préstamo, en la medida en que no se produzcan cambios en la situación financiera, patrimonial y solvencia del solicitante del crédito.<sup>676</sup> Esta medida de presentar información al prestatario solicitante se introduce en la Directiva 2014/17/UE y la misma se configura como una de las alternativas que pueden optar los Estados miembros para articular un periodo de reflexión sobre la información entregada al prestatario solicitante, periodo que la norma comunitaria considera relevante para que el consumidor pueda conocer y comprender plenamente el alcance de la contratación que ha solicitado. Este derecho del consumidor a un periodo de reflexión podrá articularse en los ordenamientos internos bien como una oferta vinculante en la fase preliminar, bien mediante la concesión de un derecho de desistimiento una vez que el contrato fue celebrado, o bien mediante la combinación de ambas fórmulas (Considerando 23 de la Directiva 2014/17/UE). Sin embargo, esta mención a la combinación de ambas fórmulas origina confusión pues no es posible que simultáneamente concorra una oferta vinculante y un derecho de desistimiento en el mismo periodo de tiempo. Lo anterior porque la oferta vinculante debe ocurrir antes de la celebración del contrato y el desistimiento debe ocurrir luego de celebrado el contrato, por tanto, ambas fórmulas no pueden quedar unidas y darse al mismo tiempo.

---

<sup>675</sup> *Vid.* Considerando 44 y art. 14.1 Directiva 2014/17/UE y el art. 8.1 y 12.1 PLCCI.

<sup>676</sup> VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, LUCÍA, *op. cit.* p. 65. *Vid.* HERNÁNDEZ SAINZ, ESTHER, El plazo de reflexión en la contratación de préstamos hipotecarios: instrumentos para su garantía, *Rev. Análisis del Derecho InDret*, 4/2017, p. 4 y HERNÁNDEZ SAINZ, ESTHER, El nuevo régimen de protección precontractual en la contratación bancaria de préstamos hipotecarios, *Vivienda y crisis económica (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocadas por la crisis económica)*, Thompson Reuters Aranzadi, Navarra (2014), p. 102.

La Directiva 2014/17/UE establece que los Estados miembros especificarán en su legislación interna un periodo de reflexión que como mínimo será de 7 días y establece que los Estados miembros podrán establecer que los consumidores no puedan aceptar la oferta durante un periodo de tiempo que no supere los primeros 10 días del periodo de reflexión. (art. 14 punto 6 de la Directiva 2014/17/UE)

Además, la Directiva 2014/17/UE establece que los Estados miembros no modificarán el modelo de la FEIN excepto como se dispone en el Anexo II y toda la información adicional que se provea al consumidor con arreglo al Derecho nacional deberá incluirse en un documento separado que se adjuntara con la FEIN. (art. 14 punto 8 de la Directiva 2014/17/UE) Sin embargo, a pesar a lo detallado de la FEIN algunos opinan que la misma es insuficiente en cuanto a la atención que presta a los problemas más importantes que han colapsado los tribunales españoles durante los últimos años como son las cláusulas suelo o los instrumentos de cobertura del tipo de interés como los préstamos hipotecarios multidivisa.<sup>677</sup> Por ejemplo, respecto a las cláusulas suelo, en la FEIN solo se prevé una mención expresa a la existencia de límites a las variaciones del tipo de interés en la Sección 3ra y en la Sección 4ta al describirse el interés nominal como componente del TAE, sin que se resalte de forma especial y sin que sea necesario ilustrar al prestatario sobre el efecto de este límite en caso de escenarios previsibles de bajada del índice de referencia. La FEIN tampoco indica cuál será el importe de la cuota que como mínimo habrá de satisfacer el prestatario. Por tanto, a pesar de que la Directiva 2014/17/UE se desarrolla para lograr un mercado interior más transparente, eficiente y competitivo mediante préstamos hipotecarios coherentes, flexibles y equitativos, en lo que respecta a su nivel de armonización es una directiva de mínimos con dos salvedades plasmadas en el art. 2 a saber:

“1. La presente Directiva no será óbice para que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones más estrictas en materia de protección del consumidor siempre y cuando tales disposiciones sean compatibles con las obligaciones que el Derecho de la Unión impone a los Estados miembros.

2. No obstante, lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros no mantendrán ni introducirán en su Derecho nacional disposiciones legales que diverjan de las establecidas en el art. 14, apartado 2, y el anexo II, parte A, con respecto a la información precontractual normalizada mediante una Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y el art. 17, apartado 1 a 5, 7 y 8, y el anexo I, por lo que

---

<sup>677</sup> ORDÁS ALONSO, MARTA, La fase precontractual en la contratación del crédito inmobiliario, Vivienda e Hipoteca, DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS (coord.), Ed. Tecnos (2018), p. 63, *op. cit.* PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, FRANCISCO, *op. cit.* p. 427.



respecta a una norma común y coherente para el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE).”

Sin embargo, el problema que presenta la FEIN es que, en general, un consumidor promedio no siempre entenderá la información que se le brinda debido al contenido técnico de la información, y en caso bajo estudio al contenido técnico de un préstamo hipotecario.

## 5.2 LCCI: La FEIN como oferta vinculante

El art. 10 de la LCCI detalla el tipo de información precontractual y establece que el prestamista ofrecerá al prestatario información personalizada para comparar los préstamos disponibles en el mercado y evaluar sus implicaciones, de manera que el prestatario pueda tomar una decisión informada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de préstamo.<sup>678</sup> La información personalizada deberá ser entregada sin demora injustificada al prestatario una vez éste haya entregado la información sobre sus necesidades, situación financiera y preferencias.<sup>679</sup> Es decir, el art. 14 de la LCCI obliga al prestamista a que en un plazo de 10 días, antes de la celebración del contrato de préstamo, entregue al prestatario la siguiente documentación:

---

<sup>678</sup> En cuanto a la información precontractual debemos mencionar que el Gobierno de España promulgó la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos hipotecarios y servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo. La Ley 2/2009, de 31 de marzo, fue creada con el propósito de salvaguardar los intereses económicos y los derechos de los consumidores a través de información previa al contrato mediante la cual con carácter novedoso se estableció en España, las informaciones que la empresa debía facilitar al consumidor 5 días antes de la firma del contrato de préstamo. Esta información previa incluía elementos esenciales para la toma de una decisión informada tales como la descripción de los términos y condiciones del contrato y el precio total que debía pagar el consumidor. *Vid.* Preámbulo II de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, “En España los préstamos hipotecarios eran concedidos por las entidades de crédito sujetas a la supervisión del Banco de España quien imponía una regulación específica en materia de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios y en materia de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Sin embargo, dado el hecho de que en el ordenamiento español la concesión de préstamos hipotecarios no está reservada exclusivamente a las entidades de crédito, cuando se concedían préstamos hipotecarios por otro tipo de empresas, dichas empresas quedaban sometidas únicamente a la legislación general de protección de los consumidores sin otras exigencias particulares de transparencia y sin un marco específico de garantías exigibles.” *Vid.* Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios y la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

<sup>679</sup> DÍEZ GARCÍA, HELENA, Control notarial de cláusula no transparente y abusivas en los contratos de crédito o préstamo hipotecario, Vivienda e Hipoteca, DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS (coord.), Ed. Tecnos (2018), pp. 359-360. La autora nos comenta sobre la STS de 24 de enero de 2018 (RJ 2018, 182) mediante la cual el TS de España indica que el problema no radica en la información prestada al tiempo de la firma del contrato, sino en que aunque en ese momento la consumidora pudiera ser consciente, merced a como se redactó la cláusula, en este caso el Anexo I, de que el interés variable estaba afectado por una cláusula suelo, no tenía margen de maniobra para negociar otro tipo de financiación con otra entidad sin frustrar la compra concertada para ese día, y es por eso que la información precontractual cumple una función tan relevante.

- a. La Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) incluida en el Anexo I de la LCCI que tendrá la consideración de oferta vinculante para la entidad durante el plazo pactado hasta la firma del contrato que, como mínimo, deberá de ser de diez días.
- b. Una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) en la que se informará al prestatario o potencial prestatario lo siguiente: (i) la existencia de las cláusulas o elementos relevantes del contrato de préstamo que debe incluir, al menos, una referencia a los índices oficiales de referencia utilizados para fijar el tipo de interés aplicable, (ii) la existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable como consecuencia de la variación a la baja de los índices o tipos de interés a los que aquel esté referenciado, (iii) la posibilidad de que se produzca el vencimiento anticipado del préstamo como consecuencia del impago, (iv) la distribución de los gastos asociados a la concesión del préstamo y (v) que se trata de un préstamo en moneda extranjera.
- c. Si el préstamo es uno a tipo de interés variable se debe entregar un documento separado con una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el prestatario en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés.
- d. Una copia del proyecto de contrato cuyo contenido deberá ajustarse al contenido de los documentos referidos en las letras anteriores e incluirá, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato.
- e. La advertencia al prestatario de la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que este elija para la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo.

Ahora bien, la obligación de entregar la información precontractual se impone con la entrega obligatoria de la FEIN que tendrá la consideración de oferta vinculante para la entidad crediticia durante el plazo pactado hasta la firma del contrato que será como mínimo 10 días.<sup>680</sup> Adelantamos que el requisito sobre la información precontractual que exige la

---

<sup>680</sup> En España antes de la FEIN la información precontractual sobre oferta vinculante se establecía en la FIPER. A modo de comparar la FEIN con la FIPER citamos a la autora ORDÁS ALONSO, MARTA, *op. cit.* p. 78. Esta autora nos comenta sobre la FIPER regulada en el art. 22 de la Orden 2899/2011 y cuyo modelo figura en el Anexo II de la Orden será proporcionada por la entidad de crédito una vez el cliente haya facilitado la información que se precise sobre sus necesidades de financiación, su situación financiera y sus preferencias. La función que se encuentra llamada a desempeñar la FIPER radica en proporcionar al cliente la información personalizada que resulte necesaria para dar respuesta a su demanda de crédito, de forma que le permita comparar los préstamos disponibles en el mercado, valorar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada sobre si debe o no suscribir el contrato. En efecto, el art. 23 de la Orden 2899/2011 obliga a las entidades

LCCI es comparable con algunas de las disposiciones de la *Truth in Lending Act* de la legislación de EE. UU. aplicable a Puerto Rico, la cual discutiremos en el Capítulo VIII de esta tesis.

El constituir la FEIN como oferta vinculante es una novedad importante en la LCCI en relación con la Directiva 2014/17/UE debido a que la Directiva 2014/17/UE no contempla a la FEIN como una oferta vinculante, sino que la constituye como una ficha de contenido informativo que no obliga al prestamista a concluir un crédito inmobiliario. En lo referente a la FEIN la LCCI establece dos deberes, por un lado, el deber de entregar la FEIN antes de la firma del contrato y, por otro lado, el periodo durante el cual la FEIN tendrá carácter de oferta vinculante. Este carácter obligatorio de la FEIN como oferta vinculante responde a una doble finalidad: (1) permite al solicitante del préstamo buscar las mejores condiciones comparando las ofertas que le hayan propuesto otros prestamistas y (2) posibilita al prestatario solicitante reflexionar sobre la importancia del contrato que pretende celebrar con la garantía de que el prestamista está obligado a respetar las condiciones ofrecidas durante el plazo de 10 días.<sup>681</sup> Es importante destacar, que el derecho que tiene el potencial prestatario a un periodo de reflexión mientras dure la oferta vinculante es irrenunciable, de forma tal que cualquier cláusula en contrario será nula. Es decir, el plazo durante el cual la oferta será vinculante no se puede revocar, pero la LCCI no especifica si los 10 días son hábiles o naturales.<sup>682</sup> En mi opinión, entendemos, que se tratará de días naturales porque la FEIN se constituye como una oferta vinculante que debe cumplir la entidad crediticia que la emite y, además, porque sirve de plazo reflexivo para que el prestatario verifique otras ofertas, escoja la que mejor le convenga y comprenda el riesgo del préstamo que está próximo a contratar. Este plazo de 10 días es un acierto de la LCCI porque al constituirse la FEIN como una oferta vinculante obliga a la entidad prestamista a conceder el préstamo en las condiciones fijadas

---

financieras a entregar a sus clientes una oferta vinculante una vez que éstos han manifestado su voluntad de contratar y se ha procedido ya a la tasación del inmueble y a la evaluación de su solvencia. Esta oferta vinculante, salvo circunstancias excepcionales no imputables a la entidad, tiene un plazo de vigencia no inferior a 14 días naturales desde la entrega y se ha de facilitar mediante la entrega de la FIPER. De igual modo, el art. 16 de la Ley 2/2009 determina que, una vez realizadas las comprobaciones oportunas, incluida la tasación del inmueble, el empresario resulta obligado a efectuar una oferta vinculante al consumidor o a comunicarle la denegación del préstamo o crédito. Esa oferta, que tendrá un plazo de validez no inferior a 10 días hábiles desde la entrega, tendrá el mismo contenido, en lo que atañe a la descripción de las condiciones financieras que la FIPER.

<sup>681</sup> ORDÁS ALONSO, MARTA, Los contratos de crédito al consumo en la Ley 16/2011, de 24 de junio, Thompson Reuters Aranzadi, Navarra (2013), p. 103.

<sup>682</sup> VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, LUCÍA, *op. cit.* pp. 72-73

en la ficha. De esta forma el contenido de la FEIN deberá coincidir con el contrato que finalmente se redacte.<sup>683</sup>

La FEIN debe ser suministrada tanto por el prestamista como en su caso por el intermediario de crédito. El incumplimiento con los requisitos de la información precontractual y el suministro de la FEIN puede dar lugar a la anulabilidad del contrato porque puede existir una conexión entre la infracción del deber de informar y los vicios del consentimiento.<sup>684</sup> El incumplimiento de los deberes de información es contractualmente relevante si la situación alcanza el grado de vicio en el consentimiento que permite la anulación del contrato por error o dolo.<sup>685</sup> La anulación del contrato por incumplimiento con la entrega de la FEIN y su carácter de oferta vinculante deja al consumidor en desventaja porque éste se verá obligado a entregar de forma íntegra la cantidad prestada y la anulación del contrato no supone para el prestamista mayores inconvenientes que no sean el dejar de devengar los intereses pactados. En este sentido, la profesora ARROYO AMAYUELAS propone condicionar suspensivamente tanto el negocio de venta como la inscripción de la hipoteca hasta que se cumpla el plazo legal del derecho al desistimiento. Lo anterior, porque en realidad no existe un plazo de reflexión sino un plazo de vigencia de la oferta y, por tanto, es lógico condicionar suspensivamente tanto el negocio de venta como la inscripción de la hipoteca al no ejercicio del desistimiento en el plazo legal.<sup>686</sup> Ahora bien, ¿cuál es la fecha en la cual se comienza a computar el plazo de 10 días para el ejercicio del derecho al desistimiento, desde la entrega de la FEIN o desde la firma del contrato? Entendemos que los 10 días para ejercer el derecho al desistimiento por incumplimiento con la FEIN deben computarse a partir de la fecha de la firma del préstamo hipotecario. No obstante, el derecho al desistimiento no fue recogido en la LCCI pese a posibilitarlo expresamente el art. 14.6 de la Directiva 2014/17/UE y haber sido aconsejado en el Informe sobre el Anteproyecto para la LCCI elaborado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). El legislador español

---

<sup>683</sup> *Ibid.* p. 71.

<sup>684</sup> ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, Comentario al art. 21, Comentarios a la Ley de contratos de crédito al consumo, Marín López, Manuel Jesús (dir.), Aranzadi, Navarra (2014), p. 827. *Vid.* ORDÁS ALONSO, MARTA, La fase precontractual en la contratación del crédito inmobiliario, Vivienda e Hipoteca, DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS (coord.), Ed. Tecnos (2018), p. 36. El incumplimiento de los requisitos relativos a la información precontractual que se establecen en el art. 14 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, podrá dar lugar a la invalidez de los contratos, de acuerdo con lo previsto en la legislación civil, sin perjuicio de la integración de los contratos conforme a lo establecido en los arts. 61 y 65 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU).

<sup>685</sup> ORDÁS ALONSO, MARTA, La fase precontractual... *op. cit.* pp. 49-50, *op. cit.* CARRASCO PERERA, ÁNGEL, Derecho de contratos, 2da Ed., Aranzadi, Navarra (2017), p. 345.

<sup>686</sup> ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, La Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores... *op. cit.* p. 23.

descartó la consideración del derecho de desistimiento, pero optó por la concesión de un plazo de reflexión o plazo legal durante el cual debe mantenerse la oferta vigente.<sup>687</sup>

Por otro lado, la FEIN como oferta vinculante tiene por finalidad asegurar y/o garantizar que el consentimiento del prestatario fue brindado de forma libre y consciente, de manera que a través de la LCCI se le garantiza al banco que el consumidor, posteriormente, no pueda alegar déficits informativos en una ulterior impugnación del contrato.<sup>688</sup> Ante esta situación, entendemos que la obligación de establecer la FEIN como oferta vinculante, realmente, a quien beneficia es al prestamista no así al prestatario ya que éste solo está protegido durante el periodo reflexivo de 10 días.

Aunque el deber de información precontractual es importante y beneficia al consumidor, la cantidad de información suministrada puede producir desventajas como, por ejemplo, la documentación excesiva. El exceso de información puede tener la consecuencia de que el prestatario no entienda o distinga cuál es la información más relevante para conocer exactamente los riesgos de su contrato. A esto se añade, como bien menciona la profesora ANDERSON que si bien es cierto que el art. 14.8 de la Directiva 2014/17/UE permite a los legisladores nacionales imponer requisitos de información adicionales a la FEIN, que deberán constar en un documento separado que podrá anexarse a aquella, resulta difícil encajar la cantidad de informaciones suplementarias que exige la LCCI ante los requisitos que impuso la Directiva 2014/17/UE que, aunque criticable, persigue simplificar la información precontractual como un presupuesto ineludible para su utilidad.<sup>689</sup> Además, la falta de conocimientos técnicos del consumidor puede dificultar el entendimiento de la documentación que se le entrega a través de la FEIN, y si bien tener acceso a más información, en principio es positivo, el exceso de información puede producir asimetría y con ello la opacidad.<sup>690</sup>

Otro aspecto que entendemos es importante evaluar es el mencionado por la profesora ANDERSON que nos indica sobre lo aconsejable de que la LCCI de España hubiese adoptado un modelo de contrato de préstamo uniforme. Es decir, si la LCCI adoptó la FEIN como imposición de la norma europea, ajustó la FiAE y sustrajo de la autonomía de la

---

<sup>687</sup> *Ibid.*

<sup>688</sup> DÍEZ GARCÍA, HELENA, *op. cit.* p. 362.

<sup>689</sup> ANDERSON, MIRIAM, La Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: algunos claros, y muchas sombras, La Notaría, (2019). <https://www.ub.edu/catedres/sites/default/files/content/file/2020/05/25/1/11d-la-notaria.-ley-de-contratos.pdf> (consulta 9 de abril de 2021).

<sup>690</sup> CARRASCO PERERA, ÁNGEL, Derecho de Contratos... *op. cit.* p. 345. “Existe un punto crítico más allá del cual la información que se impone suministrar ya es inútil porque no hay tiempo ni ganas de asimilarla por parte del destinatario.”

voluntad aspectos tales como las cláusulas suelo, los intereses de demora o el vencimiento anticipado, por lo que entonces se prevé la adopción de un contenido contractual obligatorio que debería ser uniforme.<sup>691</sup> Citando a la profesora ANDERSON el contenido del contrato de préstamo se debería uniformar, aunque es una determinación radical, la misma no debe descartarse, y son bienvenidas las incursiones de la LCCI en esa dirección.<sup>692</sup>

A tono con lo anterior, comentamos que, en Puerto Rico como la mayoría de los préstamos hipotecarios están garantizados por el Gobierno Federal de EE. UU., los contratos de préstamo hipotecario e incluso la escritura de hipoteca son documentos uniformes. Es decir, siempre que el préstamo esté garantizado por alguno de los programas que establece el *US Department of Housing and Urban Development* (HUD) y la *Federal Housing Administration* (FHA), tanto el pagaré hipotecario como la escritura de hipoteca son documentos preparados y/o autorizados por el *Federal National Mortgage Association* (*Fannie Mae* FNMA) y la *Federal Home Loan Mortgage Corporation* (*Freddie Mac* FHLMC). En este sentido puede decirse que en Puerto Rico los documentos relacionados con los préstamos hipotecarios son documentos uniformes que, en principio, solo varían según las características del inmueble objeto del financiamiento.

Si la Directiva 2014/17/UE establece la FEIN como un documento de información precontractual personalizado y estandarizado, que debe ser utilizado en todos los Estados miembros, se entiende que con la FEIN la Unión Europea pretende garantizar la transparencia para que el consumidor pueda comparar la oferta que se le presenta con otras ofertas disponibles en el mercado. Por tanto, la mejor forma de garantizar una transparencia completa debería ser que los contratos de préstamo hipotecario también sean uniformes al igual que la FEIN. La LCCI establece que el Banco de España elaborará y mantendrá actualizada una “Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario.” Por lo que, de momento solo nos queda esperar para ver si en el futuro esa guía incluye un contrato de préstamo estandarizado.

## **6. La tasación del inmueble: El deber de establecer normas fiables de tasación en la concesión del crédito y al momento de su ejecución**

### **6.1 Directiva 2014/17/UE**

---

<sup>691</sup> ANDERSON, MIRIAM, *La Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: algunos claros, y muchas sombras*, La Notaría, (2019). <https://www.ub.edu/catedres/sites/default/files/content/file/2020/05/25/1/11d-la-notaria.-ley-de-contratos.pdf> (consulta 9 de abril de 2021).

<sup>692</sup> *Ibid.*

La Directiva 2014/17/UE establece en su art. 18.2 que el valor del inmueble no puede ser el elemento que prevalezca en la decisión de conceder el préstamo hipotecario, pero reconoce que el valor del inmueble objeto del préstamo es un elemento importante en la decisión de conceder el crédito. El art. 19 de la Directiva 2014/17/UE destaca la importancia de procurar la independencia de las tasaciones sobre bienes inmuebles utilizados como garantía de los préstamos hipotecarios. Y a diferencia de otros temas relacionados con la concesión de crédito la regulación que finalmente brinda la Directiva 2014/17/UE a las tasaciones de los bienes inmuebles es más detallada e incluye los requisitos mínimos de conocimiento y las competencias exigibles a los prestamistas, los intermediarios de crédito y los representantes designados, sobre cómo evaluar y tasar un bien inmueble destinado a uso residencial.<sup>693</sup> La Directiva 2014/17/UE establece la utilización de normas de tasación reconocidas internacionalmente, en particular, las elaboradas por el Consejo de Normas de Valoración Internacionales (*Intl. Valuation Standards Council*), el Grupo Europeo de Asociaciones de Tasadores o la *Royal Institution of Chartered Surveyors*. (Considerando 26 de la Directiva 2014/17/UE) En vista de lo anterior, vemos que, para efectos de la tasación del inmueble utilizado como garantía, la Directiva 2014/17/UE considera importante que el inmueble de uso residencial sea objeto de una tasación adecuada, en particular, cuando la tasación afecte la obligación residual del consumidor en caso de impago. En aquellos casos en que la deuda no quede saldada y exista deuda residual la Directiva 2014/17/UE impone a los Estados miembros el deber de alentar a los prestamistas para que éstos tomen medidas razonables para obtener el mejor precio por la propiedad objeto de ejecución, por tanto, a mi juicio, se entiende que la Directiva 2014/17/UE tiene en mente el valor de mercado del inmueble y no el valor de tasación a la fecha de la concesión del préstamo hipotecario cuando ocurre la ejecución hipotecaria. (Considerando 26 y 27 de la Directiva 2014/17/UE).

La Directiva 2014/17/UE enfatiza la evaluación de la solvencia del posible deudor y se preocupa por el sobreendeudamiento, con lo cual el valor del inmueble dejó de ser la consideración más importante a la hora de conceder un préstamo o crédito con garantía sobre bienes inmuebles de uso residencial.

## 6.2 LCCI

---

<sup>693</sup> ANDERSON, MIRIAM, La tasación de la finca a efectos de la hipoteca... *op. cit.* nota 23 p. 194. La tasación no aparecía en la Propuesta de Directiva de 31 de marzo de 2011. Su introducción tiene su origen en las enmiendas números 29 y 80 de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios, en su Informe de 11 de octubre de 2012, PE 469.8420202/2012(COD), sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial. [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2012-0202\\_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2012-0202_ES.pdf) (consulta 7 de marzo de 2021).

El art. 13 de la LCCI establece que los bienes inmuebles aportados como garantía habrán de ser objeto de una tasación adecuada antes de la celebración del contrato de préstamo.<sup>694</sup> La LCCI dispone que la tasación de los inmuebles utilizados como garantía del préstamo hipotecario se realizará por una sociedad de tasación, servicio de tasación de una entidad de crédito regulada por la LMH o por un profesional homologado conforme al Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo; independiente del prestamista o del intermediario de crédito inmobiliario. El profesional que efectuó la tasación utilizará normas de tasación fiables y reconocidas internacionalmente, de conformidad con lo establecido por la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras. Con el art. 13 de la LCCI el Gobierno español pone fin a la controversia surgida sobre la independencia y objetividad de los tasadores que fue cuestionada, según hemos comentado previamente, al inicio de la crisis económica de 2008 cuando se descubrió el conflicto de intereses al que estaban sujetos los tasadores y las entidades financieras que concedían préstamos hipotecarios. No obstante, la LCCI de España no aborda el tema de la tasación del inmueble al momento de la ejecución forzosa. En España en el procedimiento especial hipotecario y en la venta extrajudicial todavía se utiliza el valor de tasación del inmueble incluido en el contrato de préstamo hipotecario. Por lo que, para cumplir con la Directiva 2014/17/UE entendemos que el valor de tasación debería actualizarse a la fecha de la ejecución o por lo menos debería permitirse su corrección ya que de lo contrario, además de no cumplir con los objetivos de la Directiva 2014/17/UE, en la práctica se estaría continuando con el uso de un valor que puede ser falso e incorrecto.

## **7. La obligación de evaluar en profundidad la solvencia de los consumidores**

La evaluación de la solvencia de un posible deudor incluye la necesidad de documentar los procedimientos de concesión y modificación de créditos.<sup>695</sup> El postulado

---

<sup>694</sup> *Ibid.* p. 207. Esta autora nos indica que hasta la modificación operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, el valor a efectos de subasta se fijaba por los interesados sin restricción alguna. “No era infrecuente, pues, que se estableciese tomando en consideración únicamente la cantidad prestada, con independencia del valor del inmueble. La reforma de 2013 obligó a que el valor a efectos de subasta se estableciese, en toda constitución de hipoteca, por referencia a una tasación por sociedad homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España, de conformidad con las reglas establecidas en la LMH, si se pretendía emplear en su día una ejecución hipotecaria. En concreto, el valor pactado no podía ser inferior al 75% del resultado que arroja la tasación.”

<sup>695</sup> ÁLVAREZ OLALLA, PILAR, La obligación de evaluar la solvencia, Vivienda e Hipoteca, DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS (coord.), Ed. Tecnos (2018), p. 154-155.



sobre la obligación de valorar la solvencia de un deudor va dirigido a evitar la concesión del crédito predatorio y no a favorecer una litigación estratégica y oportunista por parte del deudor. El control de solvencia es parte de la política de préstamo responsable y su finalidad no es sólo prevenir las consecuencias negativas que para el prestamista supone que el consumidor no pague, sino también para evitar el agravamiento de la situación financiera del consumidor, en particular, el sobreendeudamiento.

### 7.1 La Directiva 2014/17/UE

El deber de evaluar la solvencia<sup>696</sup> del deudor fue exigido por primera vez al prestamista profesional en la Directiva 2008/48/CEE sobre crédito al consumo<sup>697</sup> y luego se extendió a la Directiva 2014/17/UE que lo define y regula con mayor rigor. De acuerdo con el art. 4.17 de la Directiva 2014/17/UE se trata de la evaluación de las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven de un contrato de crédito. La Directiva 2014/17/UE también proporciona algunas pautas sobre la forma de llevar a cabo el análisis sobre la valoración de la solvencia del deudor y sugiere a los Estados miembros que elaboren una guía con criterios específicos para tener en cuenta. (Considerando 55) Dicha guía existe en España en el art. 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de Servicios bancarios.<sup>698</sup>

El deber de evaluar la solvencia del deudor, muchas veces, se incorpora en normas prudenciales cuyo objeto es el control y supervisión del sistema bancario en su conjunto y son esas las únicas normas que menciona el Considerando 57 de la Directiva 2014/17/UE. La obligación de evaluar la solvencia no es una obligación “*esencial*” para la perfección de un contrato de préstamo, sino que la misma surge de la normativa europea y sólo se impone por

---

<sup>696</sup> La obligación de evaluar la solvencia es proclamada por primera vez en el art. 29 de la Ley 2/2011 de Economía Sostenible, esta ley es desarrollada con posterioridad a la OEHA 2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

<sup>697</sup> ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, Crédito inmobiliario y solvencia negativa: sanciones para el prestamista y remedios para el prestatario, Los contratos de crédito inmobiliarios. Algunas soluciones legales, SÁNCHEZ LERÍA, REYES y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, LUCÍA (coords.), Ed, Reus (2018), pp. 150-153. La profesora Arroyo Amayuelas nos indica que cuando se promulgó la Directiva 2008/48, el TJUE afirmó que la obligación de analizar la solvencia pretende responsabilizar a los prestamistas y evitar la concesión de préstamos a consumidores insolventes. Antes de la Directiva 2008/48, ya se había advertido que el objetivo era garantizar una protección efectiva a los consumidores contra la concesión de crédito irresponsable. *Vid.* STJUE C-565/12, de 27 de marzo de 2014, Credit Lyonnais.

<sup>698</sup> *Ibid.* p. 150. *Vid.* ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, La Directiva 2014/17, sobre los contratos de crédito con consumidores... *op. cit.* pp. 1-44. En cuanto a la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, refiérase al BOE Núm. 261, de 29 de noviembre de 2011, Circular 5/212, de 27 de junio, del Banco de España, BOE Núm. 161 de 6 de julio de 2012, Circular 4/2016, de 27 de abril, del Banco de España, BOE Núm. 110, de 6 de mayo de 2016 y BOE Núm. 141, de 11 de junio de 2016.

el legislador al prestamista en función del sujeto prestatario y el tipo de crédito a conceder.

La Directiva 2014/17/UE prohíbe otorgar crédito al consumidor cuya evaluación de solvencia arroje un resultado negativo, pero esta afirmación no es unánimemente compartida y tanto en España como en el resto de Europa se alzan voces en contra.<sup>699</sup> En sus considerandos la Directiva 2014/17/UE expresa el deseo de que la consecuencia de una evaluación de solvencia que arroje un resultado negativo sea la denegación del crédito, pero no hay una prohibición rotunda y contundente al respecto.<sup>700</sup> Lógicamente el prestamista nunca puede estar completamente seguro del cumplimiento del deudor y es por eso que la Directiva 2014/17/UE advierte que basta con que se estime “*probable*” la devolución del crédito, lo anterior de acuerdo con los datos objetivos provistos por el prestatario y con lo que el prestamista haya podido diligentemente comprobar.<sup>701</sup>

## 7.2 LCCI

Como parte de la transposición de la Directiva 2014/17/UE en España la LCCI establece la obligación de evaluar la solvencia del potencial prestatario e impone a los prestamistas evaluar en profundidad la solvencia del prestatario, fiador o garante antes de celebrar un contrato de préstamo.<sup>702</sup> Los factores más importantes para verificar la capacidad

---

<sup>699</sup> ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario, Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo Universidad de Barcelona, Working Paper 9/2018, nota 21, pp. 9-10 y las referencias doctrinales en ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, La política de crédito responsable en la Unión europea, Rev. Der Bancario y Bursátil, 2018, nota 89, p. 84.

<sup>700</sup> ÁLVAREZ OLALLA, PILAR, *op. cit.* nota 51, p. 164. “El art. 14.2 de la Propuesta de Directiva de 2011, indicaba que los Estados miembros velarán porque: (a) Siempre que la evaluación de la solvencia del consumidor arroje un resultado negativo en cuanto a la capacidad de este para reembolsar el crédito durante el periodo de vigencia del contrato, el prestamista deniegue el crédito. El precepto cambio su redacción por el actual art. 18.5 que indica que: Los Estados velarán porque el prestamista sólo ponga crédito a disposición del consumidor si el resultado de la evaluación de la solvencia del consumidor indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan según lo establecido en dicho contrato. El cambio se produjo gracias a la enmienda 79 del Parlamento Europeo a instancias del informe de la Comisión de asuntos económicos y monetarios del Parlamento Europeo y la opinión de la Comisión de Mercado interior y Protección al consumidor europeo.”

<sup>701</sup> ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, Crédito inmobiliario y solvencia negativa... *op. cit.* pp. 154-155.

<sup>702</sup> En el año 2011 en España se legisla para incluir en el proceso de contratación de un préstamo hipotecario, la evaluación de la solvencia del consumidor para lograr la concesión de crédito responsable. Este objetivo fue implementado a través de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Dicha ley en su Capítulo III incluye medidas de reforma al mercado financiero conforme con los acuerdos internacionales de incremento en la transparencia y mejora del gobierno corporativo. La Ley 2/2011, de 4 de marzo, incluye mecanismos de protección de los usuarios de servicios financieros con el fin de asegurar la práctica de un crédito responsable. Las entidades de crédito deben evaluar la solvencia del prestatario, a la vez que deben aumentar la información precontractual proporcionada sobre los productos financieros y bancarios que ofrecen. El propósito de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, fue incrementar la transparencia de las entidades que operan en los mercados financieros. Además, Ley 2/2011, de 4 de marzo, incluye la correspondiente modificación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores para que las sociedades cotizadas pongan a disposición de los accionistas

del prestatario y que el prestamista debe evaluar son entre otros: (a) la situación de empleo, (b) los ingresos presentes y los previsibles durante la vida del préstamo, (c) los activos que posea el prestatario, (d) los ahorros, (e) los gastos fijos, (f) las obligaciones asumidas y (g) se valorará el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, esto último en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez termine la vida laboral del prestatario. (art. 11 de la LCCI) Una vez completada la evaluación de la solvencia del deudor, el prestamista solo pondrá el préstamo a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación indica que es “*probable*” que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo se cumplan según lo establecido en el contrato. (art. 11 de la LCCI) Cuando se deniegue el préstamo, el prestamista deberá informar por escrito y sin demora al prestatario y, en su caso al fiador o al avalista, del resultado negativo de la evaluación de la solvencia advirtiéndoles, si procede, que la decisión se basa en un tratamiento automático de datos. Cuando la denegación sea el resultado de una consulta de una base de datos se entregará una copia del resultado al prestatario. (art. 11 de la LCCI).

Así en España la obligación se impone cuando el prestamista es una entidad de crédito o cuando el prestatario sea un consumidor persona física que contrate en el ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, o en el ámbito de la LCCI.<sup>703</sup> La evaluación de la solvencia del deudor de la LCCI es comparable con la *Dodd-Frank Act* de EE. UU. que discutiremos más adelante en el Capítulo VIII de esta tesis.

La incorrecta evaluación de la solvencia del deudor no otorgará al prestamista la facultad de resolver, rescindir o modificar ulteriormente el contrato de préstamo, salvo que se demuestre que el prestatario haya ocultado o falsificado conscientemente la información. Tampoco podrán los prestamistas resolver, rescindir o modificar el contrato de préstamo en

---

un informe sobre remuneraciones que será aprobado en la Junta General, y de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros y otras normas del sistema financiero, que permitirá al Banco de España exigir a las entidades de crédito políticas de remuneración coherentes con una gestión del riesgo prudente y eficaz.

<sup>703</sup> En España, antes de la Directiva 2014/17/UE, para evaluar la solvencia de un deudor se utilizaba un sistema mixto de información crediticia debido a la coexistencia de entidades públicas y privadas. En el ámbito público España tiene el Centro de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE) que es un fichero positivo sobre el nivel de endeudamiento del cliente bancario en un determinado momento. Este fichero informa a las entidades bancarias acerca del riesgo global que un cliente tiene concertado con entidades financieras. *Vid.* Circular 1/2013 del Banco de España las entidades financieras deben declarar todas las operaciones de riesgo sin que exista un umbral mínimo de cuantía de la operación. En el ámbito privado existen ficheros negativos que proporcionan información de cada una de las operaciones de crédito o de suministro de bienes y servicios impagados por las personas físicas y jurídicas. *Vid.* ÁLVAREZ OLALLA, PILAR, *op. cit.* pp. 136-137 y nota 29, pp. 150-151, esta autora nos comenta que: “Desde ciertos sectores se aboga por la implantación de un sistema de ficheros de información crediticia que no se límite a proporcionar información sobre el nivel de endeudamiento, sino que se utilice el sistema de “*scoring*” de los países anglosajones, debido a que este sistema ofrece información del historial crediticio de los consumidores y su comportamiento de pago, lo cual le permitiría a los consumidores exigir mejores condiciones a la hora de solicitar crédito.”

detrimento del prestatario basado en que la información facilitada por el prestatario antes de celebrarse el contrato fue incompleta.

El problema que presenta la prohibición de conceder el crédito ante una evaluación negativa de la solvencia del deudor es la interferencia con el principio de la autonomía de la voluntad contractual porque condiciona los criterios de los prestamistas para elegir a sus potenciales clientes y para poner en práctica sus estrategias comerciales. Además, la referida prohibición también condiciona la elección del crédito por parte del consumidor.

Como argumentos a favor a la prohibición de conceder el crédito ante una evaluación negativa de la solvencia del deudor, por un lado, se observa que se corre el riesgo de no responsabilizar al deudor quien puede servirse de una litigación estratégica y oportunista para denunciar el comportamiento del prestamista y, por otro lado, se observa que se elevan los costos del crédito para los sujetos que sí que son solventes. Citando a la profesora ARROYO AMAYUELAS evitar la concesión del préstamo ante la evaluación negativa de la solvencia del deudor, no sólo protege al consumidor, sino que hace que el consumidor este mejor informado y conozca mejor los riesgos del préstamo que contrata, además, podría frenar la tendencia de la banca a prestar en exceso y a aprovecharse de los sesgos cognitivos del prestatario. Nos indica la profesora ARROYO AMAYUELAS que no se trata de una prohibición absoluta porque la evaluación de la solvencia debe tener en cuenta si el crédito es asequible para el consumidor y en consecuencia la incapacidad de devolver un determinado crédito no equivale necesariamente a la incapacidad del deudor de devolver cualquier otro porque podrían otorgarse préstamos por cantidades más pequeñas, acordar plazos más largos de devolución o la limitación en el cobro de los intereses o gastos a pagar.<sup>704</sup>

### **7.3 ¿Qué sanciones se imponen al prestamista que incumple con la evaluación de la solvencia de un consumidor?**

La Directiva 2014/17/UE no prevé un régimen de sanciones aplicables al prestamista que incumple con el deber de evaluar la solvencia del potencial deudor, solo prevé que las sanciones sean efectivas, proporcionadas y disuasorias. (Considerando 76 de la Directiva 2014/17/UE) Conforme a la Directiva 2014/17/UE los Estados miembros deben poder

---

<sup>704</sup> ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, La política de préstamo responsable... *op. cit.* pp. 65-94. En relación, a la exclusión del crédito al prestatario no solvente, la profesora indica, que mayor exclusión social genera la concesión irresponsable que ha expulsado a miles de prestatarios de sus viviendas, *op. cit.* p. 86. *Vid.* ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles... *op. cit.* pp. 11-13, nota 41 a la p. 14. En adición *vid.* STJUE asunto C-565/12, de 27 de marzo de 2014, Crédit Lyonnais (§ 52) y STJUE asunto C-449-13, de 18 de diciembre de 2014.

incorporar el principio de valoración de la solvencia de un posible prestatario a su Derecho nacional exigiendo a las autoridades competentes que tomen las medidas pertinentes en el marco de las actividades de supervisión y que vigilen el cumplimiento por los prestamistas de los procedimientos de evaluación de la solvencia. (Considerando 57 de la Directiva 2014/17/UE) El art. 18.5 de la Directiva 2014/17/UE desplaza la responsabilidad de la decisión de evaluar la solvencia del deudor al prestamista al que sólo permite otorgar crédito a los consumidores que objetivamente considere capaces de pagar el préstamo concedido.<sup>705</sup>

De momento en España solo existen sanciones administrativas para el prestamista que incumple con la valoración de la solvencia de un posible deudor. La LCCI no prevé una sanción específica en caso de incumplimiento con la evaluación de la solvencia del deudor o concesión de un crédito cuando la evaluación de la solvencia arroje un resultado negativo. La LCCI lo único que prevé son sanciones administrativas aplicables a cualquier incumplimiento de la normativa sectorial.<sup>706</sup>

Como posibles sanciones por la concesión de un préstamo hipotecario con un resultado negativo de la solvencia del deudor, varios juristas en España han señalado que pueden establecerse sanciones como: (a) la nulidad, (b) la responsabilidad civil contractual o (c) la resolución del contrato de préstamo por incumplimiento.

Para discutir las posibles sanciones comencemos por las sanciones de nulidad del préstamo o resolución por incumplimiento. Tomemos como ejemplo la STJUE OPR-Finance de 5 de marzo de 2020, asunto C-679/18. Este caso trataba de la contratación de un crédito por parte de GK a OPR-Finance por importe de 4.900 coronas checas. GK no realizó los pagos periódicos del préstamo y ante dicho incumplimiento se interpuso demanda por parte de OPR-Finance ante el Tribunal Comarcal de Ostrava (República Checa). En el trámite del asunto OPR-Finance no acreditó haber evaluado la solvencia del prestatario previo a la celebración del contrato, a pesar de que el ordenamiento jurídico checo dispone que el prestamista únicamente concederá crédito cuando el resultado de evaluar la solvencia del consumidor indique que no existen dudas razonables en cuanto a su capacidad de reembolsar el crédito. En el ordenamiento jurídico checo si el prestamista incumple con la evaluación de la solvencia del prestatario el contrato será nulo, pudiendo el prestatario invocar la nulidad del préstamo en un plazo de tres años contados desde la fecha de su celebración, y de

---

<sup>705</sup> ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, Crédito inmobiliario y solvencia negativa... *op. cit.* p. 169.

<sup>706</sup> ÁLVAREZ OLALLA, PILAR, *op. cit.* p. 167. *Vid.* ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, Crédito inmobiliario y solvencia negativa... *op. cit.* p. 162. “Así pues, la remisión al reglamento servirá para determinar que, tipo de sanciones administrativas son pertinentes, pero no puede tener el efecto de excluir otro tipo de remedios que, a falta de regulación específica en el Proyecto, habrá que ir a buscar en las normas generales del Derecho civil y, fundamentalmente, en las normas sobre responsabilidad civil (art. 1.101 CC).”

decretarse la nulidad, el prestatario estará obligado a devolver el principal del crédito recibido dentro de un periodo de tiempo acorde con sus posibilidades financieras. Además, el prestamista pierde el derecho a obtener el pago de los intereses y gastos pactados. En la STJUE OPR-Finance el TJUE determinó que la Directiva 2008/48/CEE se opone a una legislación nacional que establezca tanto sanciones administrativas como sanciones de Derecho civil al prestamista que incumpla con el deber de evaluar la solvencia de un prestatario, cuando la sanción de Derecho civil (en este caso la nulidad del contrato de crédito) deba ser invocada por el consumidor dentro del plazo de prescripción establecido en la ley nacional, lo anterior, porque tal sanción no puede garantizar por sí sola de manera suficientemente eficaz la protección de los consumidores cuando son éstos quienes tienen que invocar la sanción. Sin embargo, la anulación de un préstamo hipotecario basado en que el mismo se concedió con una evaluación negativa de la solvencia del deudor no perjudica al prestamista y, por tanto, esta sanción no cumple con el efecto disuasorio porque lo único que el prestamista perdería sería el derecho a devengar intereses y comisiones. La sanción de nulidad para un préstamo hipotecario es muy severa para el consumidor porque trae consigo la pérdida del derecho al plazo que establece el contrato de préstamo y el deudor tendría que devolver la cantidad prestada de forma íntegra.

En cuanto a la responsabilidad civil contractual la profesora ARROYO AMAYUELAS considera que si las leyes de transposición (en este caso la LCCI) no prevén una sanción concreta, al menos debe ser posible exigir responsabilidad civil.<sup>707</sup> Exigir la responsabilidad civil contractual o extracontractual requiere que el deudor tenga que probar los daños que le ocasiona la concesión de un préstamo a pesar del resultado negativo de su propia solvencia. El prestatario tendría que probar cuál era su situación patrimonial con anterioridad a la concesión del préstamo y cómo su situación financiera se ha visto deteriorada por la concesión irresponsable del préstamo. Por ejemplo, probar que el préstamo le ha ocasionado un sobreendeudamiento y que por ello reclama sanciones de responsabilidad civil contractual para su propio contrato de préstamo. Ante esto la profesora ARROYO AMAYUELAS nos indica que el daño a establecerse en una sanción sobre responsabilidad civil contractual debería ser el propio contrato, de modo que el juez deberá tener en cuenta la diferencia entre el contrato concertado y lo que el consumidor hubiera podido permitirse si no hubiere tenido oportunidad de concertar el crédito, por tanto, la sanción podría ser la

---

<sup>707</sup> ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, La política de préstamo responsable en la Unión Europea... *op. cit.* p. 92.

inexigibilidad de la devolución del capital y el abono de los intereses.<sup>708</sup>

Las sanciones como la privación del derecho a cobrar los intereses o las comisiones, a mi juicio, son sanciones que van en la dirección correcta. Este tipo de sanciones tienen un efecto realmente disuasorio para los prestamistas, son medidas defendidas por varios autores<sup>709</sup> y sugeridas en el informe del Banco Mundial en materia de préstamo responsable, el cual recomienda la imposición a los acreedores de un interés más bajo o la prohibición de cobrar intereses moratorios.<sup>710</sup> Asimismo, conviene no olvidar que el TJUE entendió que la pérdida de los intereses es poco disuasoria si no está acompañada de la pérdida de los intereses legales o intereses de moratorios.<sup>711</sup>

Otra sanción puede ser no permitir que se declare el vencimiento anticipado de la deuda y esta sanción, sin duda, disuadirá al prestamista de conceder un préstamo con solvencia negativa del deudor ya no podrá acudir a la vía ejecutiva del préstamo en caso de incumplimiento con el pago de la deuda.<sup>712</sup>

En España no se prevén sanciones civiles a los prestamistas que conceden créditos con una evaluación negativa de la solvencia del deudor contrario a otros ordenamientos jurídicos de su entorno como: (a) Francia, (b) Bélgica y (c) Suiza que sí se prevén sanciones

---

<sup>708</sup> *Ibid.*

<sup>709</sup> CUENAS CASAS, MATILDE, Evaluación de la solvencia y créditos hipotecarios, El Notario del Siglo XXI, Núm. 68, 2016, <https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/3813-evaluacion-de-la-solvencia-y-creditos-hipotecarios>. (consulta 7 de marzo de 2021). *Vid.* DÍAZ ALABART, SILVIA, Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia, REPRESA POLO, M.<sup>a</sup> PATRICIA, (coord.), La protección del consumidor en los créditos hipotecarios, Ed. Reus, Madrid (2015), pp. 223-273; ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, La obligación de comprobar la solvencia del consumidor antes de conceder un préstamo, <https://derechomercantiles.es/2014/04/la-obligacion-de-comprobar-la-solvencia.html> (consulta 7 de marzo de 2021) y SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, BEATRIZ, Consecuencias de la evaluación de la solvencia del prestatario, *Rev. Crit. Der. Inmobiliario*, núm. 764, nov. 2017, pp. 3266-3281.

<sup>710</sup> *Cfr.* World Bank, Responsible Lending. An overview of regulatory tools, October 2013, [https://siteresources.worldbank.org/EXTGLOBALFINREPORT/Resources/88160961361888425203/9062080-1364927957721/9115725-1384205223659/Responsible\\_Lending\\_Paper.pdf](https://siteresources.worldbank.org/EXTGLOBALFINREPORT/Resources/88160961361888425203/9062080-1364927957721/9115725-1384205223659/Responsible_Lending_Paper.pdf). p. 46. (consulta 21 de febrero de 2019). *Vid.* BERROCAL LANZAROT, ANA I., *op. cit.* nota 53, p. 214; ALVAREZ OLALLA, PILAR, *op. cit.* p. 111, quien también se inclina por el establecimiento de penalizaciones a la hora de percibir intereses remuneratorios o moratorios. *Vid.* SERRANO FERNÁNDEZ, MARÍA, Efectos del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor. ¿Una oportunidad perdida en el Proyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario?, *Los contratos de crédito inmobiliario*, ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN y MORENO-TORRES HERRERA, M.<sup>a</sup> LUISA, (dirs.), Thompson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra (2017), pp. 384-401, desde el punto de vista de la autora hubiera sido deseable que la regulación de la obligación de evaluar la solvencia se hubiera abordado desde una doble perspectiva: desde el ámbito de la supervisión bancaria y desde el ámbito de la relación contractual con el cliente bancario, en definitiva, que a las sanciones administrativas se le hubieran incorporado sanciones de Derecho privado y añada que la solución más idónea es que, los efectos del contrato pudieran ser moderados por el juez de forma que el deudor solo se viera obligado a pagar el precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos.

<sup>711</sup> *Vid.* STJUE asunto C-565/12, de 27 de marzo de 2014, *Credit Lyonnais*.

<sup>712</sup> ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, Crédito inmobiliario y solvencia negativa... *op. cit.* p. 164. *Vid.* ANDERSON, MIRIAM, La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios y su previsible impacto en el Derecho español... *op. cit.* pp. 45-64.

civiles.

En Francia, el art. L.341-28 del *Code de la Consommation* prevé la privación del derecho a los intereses en su totalidad o en la proporción que el juez determine en caso de incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. Este precepto fue interpretado en la STJUE Le Rayon d'Or SARL de 27 de marzo de 2014, asunto C-151/13, que tiene origen en una demanda interpuesta por un prestatario que había incurrido en impago. En este caso el prestamista no pudo probar que hubiera consultado el fichero de solvencia cuya consulta era obligada según la Ley. En Francia, el juez puede privar de todo o parte de los intereses remuneratorios si el prestamista no evalúa la solvencia y si lo hace sin respetar las condiciones legalmente previstas se pueden imponer ciertos límites cuantitativos a la privación del cobro de intereses remuneratorios. Así, el acreedor podría perder un máximo del 30% de los intereses sin perjuicio de que pueda ser multado con hasta 30.000€ y sancionado con la posible pérdida de su licencia como entidad financiera.<sup>713</sup>

En Bélgica, el art. 92 de la Ley relativa al Crédito al Consumo de 12 de junio de 1991, establece que el juez puede dispensar al consumidor de la obligación de pagar intereses de demora, o reducir su obligación a abonar sólo el capital prestado, en caso de que el prestamista o el intermediario de crédito incumplan con la obligación de evaluar la solvencia del deudor. Bélgica sí contempla la posibilidad de privar al prestamista de todo o parte de los intereses moratorios y reducir la obligación a la restitución del capital, sin perjuicio de otras sanciones. En Bélgica el juez puede condenar al prestamista a un pago único en concepto de indemnización con un máximo de un 40% de todos los intereses del crédito siempre que la cuantía prestada sea inferior o igual a 20.000€ y un máximo del 30% si la cuantía prestada es superior a 20.000€.<sup>714</sup>

En Suiza la Ley federal sobre crédito al consumo de 23 de marzo de 2001, modificada por la Ley de 20 de marzo de 2015, y en su art. 32 establece la siguiente sanción: “Si el prestamista contraviene de manera grave los arts. 28, 29, 30 o 31 pierde el montante de crédito que ha concedido, incluidos los intereses y gastos.” Citando ÁLVAREZ OLALLA el consumidor puede reclamar el reembolso del montante que haya pagado en aplicación de las reglas sobre enriquecimiento injusto, y si la contravención es menos grave pierde sólo los intereses y los gastos. Además, en Suiza existe la particularidad de que se fija un porcentaje de *debt to income* que debe respetar el prestamista y, por tanto, las cuotas de devolución del

---

<sup>713</sup> ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial... *op. cit.* nota 65, p. 19.

<sup>714</sup> *Ibid.* p. 20.



préstamo no deben afectar a la parte de ingresos inembargables establecidos en las leyes de ejecución por deudas y concurso (art. 28). Por otro lado, en Suiza también existe un fichero positivo de información, regulado por la Ordenanza de la Ley Federal de Crédito al Consumo de 6 de noviembre de 2002, modificada por la ley de 25 de noviembre de 2005.<sup>715</sup> Aunque, Suiza no pertenece a la Unión Europea es el ejemplo más radical porque el prestamista puede incluso perder el derecho a la devolución del capital, y además, el consumidor tiene derecho a reclamar lo ya pagado.<sup>716</sup> No obstante, dicha situación dependerá de la gravedad de cada caso y esta sanción no rige para los créditos garantizados con bienes inmuebles.<sup>717</sup>

Las sanciones civiles a los prestamistas son necesarias porque éstas son las únicas que realmente permitirán hacer realidad el postulado sobre la concesión de crédito responsable y, a su vez, evitarían el sobreendeudamiento. Citando a la profesora ARROYO AMAYUELAS las sanciones civiles ayudan a evitar el sobreendeudamiento de los consumidores el cual constituye un interés general del sistema financiero, y en particular de los bancos, por lo que éstos deben estar sujetos a sanciones civiles en cada caso según la gravedad de la infracción y no meramente estar sujetos solo a sanciones administrativas.<sup>718</sup> Si España quiere hacer realidad el postulado sobre la concesión de crédito responsable debe establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias que puedan beneficiar a los consumidores y dichas sanciones deben ser de Derecho civil como: la privación del derecho a cobrar los intereses, las comisiones o no permitir que se declare el vencimiento anticipado de la deuda. Lo anterior, porque las sanciones de carácter administrativo por sí solas no son suficientes para evitar el sobreendeudamiento y garantizar la protección de los consumidores. Para lograr que las sanciones sean efectivas y que tengan un efecto realmente disuasorio, es necesario que produzcan efecto en el ámbito de la relación contractual, beneficiando al prestatario cuya situación patrimonial sería la que finalmente sufriría los efectos del incumplimiento del prestamista.

## **8. El rol de Notario Público español**

---

<sup>715</sup> ÁLVAREZ OLALLA, PILAR, *op. cit.* pp. 176-177.

<sup>716</sup> ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial... *op. cit.* nota 68, p. 20.

<sup>717</sup> *Ibid.* nota 69, p. 20.

<sup>718</sup> *Ibid.* p. 14. La profesora Arroyo Amayuelas expresa que la imposición de sanciones administrativas es la solución más habitual en otros países – como Italia o Grecia – y también que es la única que anunció el Proyecto de Ley español relacionado con la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2014/17/UE (DT Cuarta, pero, sobre todo, DF Undécima, 1 letra g) y que precisamente, por eso, por limitarse solo a sanciones administrativas, es que ha recibido duras críticas.

A pesar de las formalidades y deberes que la ley le impone a los Notarios, luego de la crisis financiera de 2007, se ha comprobado que los Notarios en España no observaron de forma cumplida sus obligaciones con los consumidores y según se ha expresado en los medios de comunicación:

“Los notarios fueron testigos ciegos de los abusos de la banca... y éstos han alegado no ser jueces.”<sup>719</sup>

Un ejemplo de esta situación es la STS 792/2009 de 16 de diciembre de 2009 que revela que en España se habían insertado cláusulas en las escrituras de préstamos hipotecarios en donde la entidad de crédito se reservaba el derecho a rescindir el contrato de préstamo por cualquier causa o incluso se incluyó la prohibición de la venta del bien hipotecado.<sup>720</sup> En vista de ello, distintos sectores han cuestionado la necesidad de imponer a los Notarios deberes más rigurosos en cuanto a su participación en el proceso de concesión de préstamos hipotecarios. Y a su vez, en España se han establecido una serie de cláusulas que no se pueden incluir en las escrituras de hipoteca porque las mismas han sido declaradas abusivas, conforme a la jurisprudencia y a las disposiciones del Real Decreto-Ley 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 (LGDCU).<sup>721</sup>

Así la cosas, la legislación española ha implementado, con carácter novel, el deber de los Notarios de acreditar que los prestatarios entienden los términos y condiciones del préstamo hipotecario que están firmando ante su presencia, situación que ha generado serias críticas por parte de la doctrina española. El legislador español determinó que era necesario incluir como requisito en la celebración de un préstamo hipotecario una “*expresión manuscrita*” que acredite el entendimiento de los prestatarios de las cláusulas del préstamo hipotecario. El art. 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, configuró como un requisito necesario para la celebración de los préstamos hipotecarios que se incluya una “*expresión manuscrita*” por el prestatario.<sup>722</sup> Luego la LCCI mantuvo la exigencia formal de la “*expresión manuscrita,*” pero la denomina como “*manifestación,*” y la sitúa dentro de las

---

<sup>719</sup> Cfr. <https://www.elconfidencial.com/economia/2017-01-28/notarios-clausu>. (consulta 21 de agosto de 2018).

<sup>720</sup> NASARRE AZNAR, SERGIO, Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria, Rev. Critica Der. Inmobiliario, Núm. 727, septiembre 2011, pp. 2665-2737.

<sup>721</sup> Vid. RDL 1/2007, de 16 de noviembre, BOE Núm. 287, 30-11-2007, p. 49181.

<sup>722</sup> De la Resolución de la DGRN de 19 de mayo de 2017 (RJ 2017/2516) se entiende que la manifestación manuscrita deberá incorporarse físicamente a las copias que se expidan de la escritura de préstamo hipotecario del mismo modo que se exige la incorporación de la FIPER o el certificado de tasación a efectos de subasta. Así, es necesario que la expresión manuscrita se protocolice en la correspondiente escritura y se incorpore posteriormente a todas las copias que de la misma se expidan.

opciones determinadas por el legislador para facilitar el conocimiento real de las cláusulas contenidas en los préstamos hipotecarios. Esta es, a mi juicio, la reforma más significativa impuesta a los Notarios en España en tiempos recientes.

El art. 14 de la LCCI establece que cuando un préstamo se formaliza en escritura pública el Notario deberá acreditar lo siguiente:

- a. Incluirá una advertencia al prestatario sobre la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito de un notario.
- b. Informarle al prestatario que puede dirigirse a cualquier notario de su libre elección para la autorización de la escritura pública.<sup>723</sup>
- c. Advertir al prestatario solicitante sobre la necesidad de entender las consecuencias de la información del préstamo hipotecario contenida en el FEIN, que le será entregada y que el prestatario deberá mediante “*manifestación*” firmada, declarar haber recibido la misma y que se le ha explicado su contenido.
- d. Remitir la información entregada al prestatario, al notario elegido por el prestatario, y dicha remisión de la documentación se realizará por medios telemáticos seguros.
- e. Garantizar que no se ocasione ningún costo, directo o indirecto, al prestatario solicitante, para que con carácter previo a la firma del préstamo se extraiga la documentación para preparar y autorizar el acta<sup>724</sup> y la escritura pública sobre el contrato de préstamo.

El art. 15 de la LCCI impone al Notario elegido que verifique la documentación acreditativa de los requisitos previstos en el art. 14.1 de la LCCI y haga constar su cumplimiento en un *acta notarial* previo a la formalización del préstamo hipotecario lo siguiente:

---

<sup>723</sup> *Vid.* art. 126 del Reglamento Notarial garantiza la libre elección de notario por parte del consumidor en supuestos como el de la celebración de un contrato de préstamo hipotecario, con la única limitación de que no podrá imponer notario que carezca de conexión razonable con algunos de los elementos personales o reales del negocio. En este ámbito resulta de interés destacar que el art. 5.4 (c) del RD Ley de 21 de abril de 1989, promulgado para el desarrollo de las normas y principios de la LGDCU de 19 de julio de 1984, señaladamente en la fase promocional y publicitaria de la contratación transmisiva o arrendaticia de viviendas, dispuso para esta categoría de contratación que el derecho de elección de notario correspondería al consumidor o usuario.

<sup>724</sup> A efectos de lo que constituye el acta requerida por la LCCI sobre el cumplimiento con la entrega de la información sobre el préstamo hipotecario, añadimos lo referente al apartado 5 del art. 17 bis apartado 2 (b) de la Ley del Notariado y el art. 319 de la LEC, que indican que el contenido del acta se presume veraz e íntegro, y hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material.

- a. El cumplimiento de los plazos legalmente previstos de puesta a disposición del prestatario de los documentos descritos en el artículo 14.1 de la LCCI.
- b. Las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el Notario.
- c. En todo caso, el Notario deberá hacer constar en el acta, que ha prestado asesoramiento relativo a las cláusulas específicas recogidas en la FEIN y en la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE), de manera individualizada y con referencia expresa a cada una, sin que sea suficiente una afirmación genérica.
- d. En presencia del notario el prestatario responderá a un *test* que tendrá por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada.
- e. El prestatario, o quien le represente, deberá comparecer ante el Notario, para que éste pueda extender el acta, como tarde el día anterior a la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo.

El art. 15 de la LCCI establece con carácter novedoso que si no queda acreditado documentalmente el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones previstas en el art. 14.1 de la LCCI o si el prestatario solicitante no comparece para recibir el asesoramiento en el plazo señalado, el Notario expresará en el acta dicha circunstancia y no podrá autorizar la escritura pública del préstamo hipotecario (hipoteca).

La LCCI le impone al Notario el deber de indicar y recoger las pruebas realizadas al prestatario relativas a tipos de interés y a los instrumentos de cobertura de riesgos financieros suscritos con ocasión del préstamo. El prestatario a través de la “*manifestación*” se obliga a declarar que conoce y comprende determinados aspectos que se incluyen en el contrato de préstamo. La LCCI desplaza al notario la función de acreditar y valorar la comprensión del prestatario de las condiciones del préstamo. La “*manifestación*” que suscribe el prestatario y, en su caso, el fiador o garante del préstamo, constituye prueba a favor del prestamista sobre el cumplimiento de sus obligaciones formales de información precontractual.<sup>725</sup>

En opinión de algunos autores como ALBIEZ DOHRMANN,<sup>726</sup> esta expresión

---

<sup>725</sup> MATE SATUÉ, LORETO CARMEN, Transparencia material en la contratación de los préstamos hipotecarios, De la expresión manuscrita de la Ley 1/2013 a los mecanismos llamados a cumplir la misma función en la Ley 5/2019, de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, Rev. Der. Civil, Vol. VI, Núm. 1, enero-marzo 2019, pp. 335-360. <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> (consulta 24 de noviembre de 2019).

<sup>726</sup> ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN y CASTILLO PARRILLA, JOSÉ ANTONIO, Las RRDGRN de 27 de octubre y 10 de diciembre de 2015 abogan (de nuevo) por una interpretación extensiva o pro-consumatore

manuscrita sirve del siguiente modo: (a) como un mecanismo de control de transparencia y (b) como un mecanismo acreditativo de la información proporcionada al prestatario. El contenido y los términos de la expresión manuscrita los establece el Banco de España y el propósito es evidenciar que el prestatario ha sido debidamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato de préstamo. A la misma vez, la expresión manuscrita será requerida si el préstamo hipotecario incluye limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, si lleva asociada la contratación de un instrumento de cobertura de riesgo o si se concede en una o varias divisas. El texto de la expresión manuscrita aprobada por el Banco de España se encuentra dentro del Anejo IX de la “Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario”<sup>727</sup> y su redacción es la siguiente:

“Soy conocedor de que mi préstamo hipotecario:

- i. establece limitaciones [indicar cuál/es: suelos y/o techos] a la variabilidad del tipo de interés;
- ii. lleva asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés [indicar cuál], y
- iii. está concedido en la/s siguiente/s divisa/s [indicar cuál/es].

Además, he sido advertido por la entidad prestamista y por el notario actuante, cada uno dentro de su ámbito de actuación, de los posibles riesgos del contrato y, en particular, de que:

- a. el tipo de interés de mi préstamo, a pesar de ser variable, nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del [límite mínimo del tipo de interés variable limitado];
- b. las eventuales liquidaciones periódicas asociadas al instrumento de cobertura del préstamo pueden ser negativas, y
- c. mi préstamo no se expresa en euros y, por lo tanto, el importe en euros que necesitaré para pagar cada cuota variará en función del tipo de

---

en relación con la exigibilidad de la expresión manuscrita del artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, Rev. La Ley, Núm. 174 (2016), p. 4.

<sup>727</sup> Cfr. [https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia\\_hipotecaria\\_2013.pdf](https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia_hipotecaria_2013.pdf). (consulta noviembre 2019). Dicha opción ha sido criticada por la doctrina al entender que, habría resultado más adecuado que el Banco de España hubiera hecho uso de su potestad reglamentaria externa y hubiera plasmado el texto de la expresión manuscrita mediante una Circular y no a través de una Guía. Vid. ORDÁS ALONSO, MARTA, *op. cit.* p. 121. El art. 20 de la Orden de 28 de octubre de 2011 impone al Banco de España la obligación de elaborar una “Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario,” ello con la finalidad de que quienes demanden servicios bancarios para un préstamo hipotecario dispongan, con carácter previo a la formalización de este, de información adecuada para la toma de decisiones relacionadas con la financiación. Quienes presten servicios de asesoramiento deben atenerse a determinadas normas generales que garanticen que se ofrezca al consumidor productos adecuados a sus necesidades y circunstancias. Con esta finalidad, en cuanto de entidades de crédito se trata, el art. 10.3 de la Orden de 28 de octubre de 2011 establece que la prestación del servicio de asesoramiento implicará la obligación por parte de las entidades de actuar en el mejor interés del cliente, basándose en un análisis objetivo y suficientemente amplio de los servicios bancarios disponibles en el mercado, y considerando tanto la situación personal y financiera del cliente, como sus preferencias y objetivos.

cambio de [moneda del préstamo/euro].”

Cabe intuir que la “*manifestación*” se convertirá en un mero ritual que el prestatario escribirá al dictado y que nada añadirá a la comprensión real del contenido de la información incluida en el préstamo hipotecario.<sup>728</sup> A la hora de juzgar si la expresión manuscrita de la LCCI resulta o no contraria al principio de efectividad del art. 41 de la Directiva 2014/17/UE, es conveniente hacer referencia a lo resuelto por el TJUE en la Sentencia Consumer Finance, de 18 de diciembre de 2014, asunto C-449/13,<sup>729</sup> que expresó que la Directiva 2008/48/CEE, sobre los contratos de crédito al consumo, una cláusula que incluya la confesión del deudor puede originar especiales dificultades si se estima que su efecto es invertir la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. En este caso la cláusula en cuestión indicaba:

“Yo Ingrid Bakkaus, abajo firmante, reconozco haber recibido la ficha de información normalizada europea y me doy por enterada de ella.”

El TJUE constató que, efectivamente, la Directiva 2008/48/CEE no contiene ninguna disposición sobre la carga de la prueba del cumplimiento por el prestamista de sus obligaciones de facilitar información adecuada al consumidor, ni sobre las modalidades de prueba del cumplimiento de esas obligaciones y determinó que el principio de efectividad quedaría afectado si la carga de la prueba impuestas por los arts. 5 y 8 de la Directiva 2008/48/CEE recae sobre el consumidor. (Fundamento Jurídico 22 y 27). Por tanto, es el prestamista quien está obligado a acreditar ante el juez el buen cumplimiento de sus obligaciones contractuales y un prestamista diligente debe ser consciente de la necesidad de reunir y conservar pruebas del cumplimiento de las obligaciones de información y de explicación que le incumben. (Fundamento Jurídico 28).<sup>730</sup>

En este sentido, señalamos la STS 2509/2017 de 8 de junio de 2017, que indica que la labor del notario es complementaria y en ningún caso sustituye la obligación de transparencia e información que imputa la ley directamente al prestamista.<sup>731</sup>

Sin embargo, el legislador español va más allá de lo que exige la normativa europea y la jurisprudencia del TS de España, al incluir en la LCCI la exigencia de la “*manifestación*.”

---

<sup>728</sup> DÍEZ GARCÍA, HELENA, *op. cit.* p. 374.

<sup>729</sup> *Vid.* ECLI:EU:C:2014:2464, CA Consumer Finance SA y Ingrid Bakkaus, Charlie Bonato, Florian Bonato.

<sup>730</sup> DÍEZ GARCÍA, HELENA, *op. cit.* p. 380.

<sup>731</sup> Otras sentencias como como la STS 4660/2014, de 8 de septiembre de 2014 y la STS 845/2015, de 24 de marzo de 2015, el TS de España abunda en el hecho de que el acuerdo que se firma ante el notario se produce en un momento muy tardío, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, lo que lleva a la dificultad de que se produzca una revocación de los pasos previos que se habían realizado antes de la otorgación de la escritura.

Resulta poco lógico que el Notario pueda acreditar que el prestatario ha comprendido efectivamente las cláusulas de préstamo hipotecario, pues esa comprensión real no resulta medible objetivamente y la misma depende de factores subjetivos. Esto es, el Notario podrá afirmar que, a su juicio, la cláusula resulta entendible para un consumidor razonablemente atento y perspicaz, pero no podrá atestiguar que el consumidor realmente ha entendido, tan solo podrá dar fe que, ante él, el prestatario ha declarado que ha comprendido la cláusula.<sup>732</sup>

La carga sobre el cumplimiento del deber de transparencia material ha de pesar siempre sobre el prestamista. La simple entrega de documentación a la que se refiere el art. 14 y 15 de la LCCI no garantiza, en mi opinión, el cumplimiento de este deber. Es el prestamista quien específicamente debe garantizar que el prestatario reciba información específica y detallada sobre la prestación y contraprestación del contrato, y de su posible evolución en diferentes escenarios.<sup>733</sup> Lo anterior, porque el prestamista será el que en efecto se encuentre en mejor posición para realizar la labor de informar al consumidor por las siguientes razones: (a) porque es quien ha redactado el contrato lo que hace que conozca mejor su contenido y aplicación práctica sobre las cláusulas financieras en los diferentes escenarios de coyuntura económica, (b) porque es un especialista en economía y por tanto mejor preparado para dar respuesta a las posibles preguntas que le planteen los prestatarios y (c) porque es el prestamista el que conoce la situación económica del prestatario, ya que éste ha realizado la evaluación de la solvencia conforme a las circunstancias del prestatario.<sup>734</sup>

Compartimos la opinión de DÍEZ GARCÍA en cuanto a que la expresión manuscrita tiene la intención de evitar la presentación de reclamaciones ulteriores contra el prestamista, por falta de transparencia y que se utiliza a los notarios como escudo protector trasladando a éstos los riesgos derivados del incumplimiento del deber de informar, el cual solamente incumbe a los prestamistas.<sup>735</sup> La “*manifestación*” que establece la LCCI podría utilizarse como un instrumento que favorezca a los prestamistas de forma tal que éstos obtengan una prueba de especial relevancia para probar que cumplieron con el deber de transparencia.<sup>736</sup>

## 9. La imperatividad de algunas normas de la LCCI

---

<sup>732</sup> DÍEZ GARCÍA, HELENA, *op. cit.* p. 378. *Vid.* PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, FRANCISCO, *op. cit.* p. 433.

<sup>733</sup> SÁNCHEZ LERÍA, REYES, Sobre el deber de transparencia en el Proyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales, SÁNCHEZ LERÍA, REYES y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, LUCÍA (coords.) Ed. Reus, Madrid (2018), p. 101.

<sup>734</sup> *Ibid.* p. 103.

<sup>735</sup> DÍEZ GARCÍA, HELENA, *op. cit.* p. 375.

<sup>736</sup> SÁNCHEZ LERÍA, REYES, *op. cit.* p. 102.

Todas las disposiciones establecidas en la LCCI son de carácter imperativo y en lo que respecta a nuestro trabajo comentaremos los artículos relacionados con las normas de intereses moratorios, el vencimiento anticipado y los gastos de un préstamo hipotecario. Comenzamos por indicar que la LCCI, además, de haber sido transpuesta para cumplir con la Directiva 2014/17/UE, el carácter imperativo de su texto obedece al interés de zanjar cualquier disputa futura sobre abusividad o falta de transparencia en las cláusulas incluidas en los contratos crédito inmobiliario. Por tanto, puede decirse que, en principio, al menos las tres normas que aquí analizamos dejarán de regirse por lo establecido en la Directiva 93/13/CEE. Recordemos que el art. 1 inciso 2 de la Directiva 93/13/CEE establece que:

“Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva.”

Sin embargo, entendemos que la LCCI como norma imperativa no evitará o reducirá la litigiosidad de los contratos de crédito inmobiliario. Lo anterior, porque citando a la profesora ARROYO AMAYUELAS “una norma imperativa de alcance general (para cualquier contrato) que perjudique a todos los consumidores sería contraria a la Directiva 93/13/CEE y, por consiguiente, el legislador nacional no podría excluir el control de abusividad de la cláusula que la reprodujera.”<sup>737</sup> Es decir, si la LCCI rige para cualquier consumidor que sea prestatario, fiador o garante persona física y establece que el crédito puede concederse sobre: (1) préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real equivalente para un inmueble de uso residencial, o (2) un préstamo cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir. Entonces puede interpretarse que la LCCI abarca todo inmueble que pueda ser empleado para proporcionar alojamiento, sea habitual, permanente o temporal, y a mi juicio, esto hace que al aplicar el concepto de transparencia se pueda entrever el carácter general de los contratos sobre bienes inmuebles que regula la LCCI. Y añadiendo el hecho de que la LCCI aplica a todo consumidor, la LCCI no escaparía del control de contenido o control de abusividad que establece la Directiva 93/13/CEE porque eliminar una cláusula abusiva solo

---

<sup>737</sup> ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, Límites a los intereses moratorios, Cuestiones Hipotecarias e Instrumentos de Previsión, El impacto del Derecho de la Unión Europea, Marcial Pons (forthcoming 2021).



es posible en los contratos en donde una de las partes es un consumidor. De la misma manera, y como ejemplo adicional, la LCCI no evitará o reducirá la litigiosidad de los contratos de crédito inmobiliario en cuanto al cumplimiento con lo establecido en el art. 44.3 de la LCCI, mediante el cual se indica que serán considerados nulos de pleno derecho todo acuerdo entre las partes cuyo objetivo sea reducir cualquier mecanismo de protección que concede la ley. El art. 44.3 de la LCCI expresa que:

“Artículo 44. Carácter de normas de ordenación y disciplina.

3. Cualquier pacto entre el prestatario y los prestamistas, intermediarios de crédito o sus representantes designados cuya finalidad, o efecto sea reducir o menoscabar en cualquier forma la protección otorgada por esta Ley, se considerará nulo de pleno derecho.”

Por tanto, si se aplica la prohibición de pactos en contrario que establece la LCCI cabe preguntarse: ¿Qué ocurrirá cuando surjan cuestiones sobre un pacto en contrario que resulte más favorable o beneficioso para un consumidor? Por ejemplo, cuando se pacte un interés distinto al establecido en el art. 25 de la LCCI sobre intereses moratorios o cuando se pacten unos parámetros diferentes a los establecidos en el art. 24 de la LCCI sobre el vencimiento anticipado. Este es otro argumento que a mi juicio hace que lejos de reducir la litigiosidad o eliminar la abusividad en la ejecución de la garantía hipotecaria, la LCCI añade más complejidad a un marco normativo complicado en el área del crédito inmobiliario que incluye a los operadores implicados y, por su puesto, a los consumidores.<sup>738</sup> A mi juicio la LCCI será objeto de futuras controversias que, en principio, se han intentado evitar imponiendo disposiciones legales o reglamentarias imperativas. A continuación, analizamos los artículos de la LCCI que entendemos tienen un impacto inminente y que no benefician del todo a los deudores con préstamos hipotecarios concedidos para la adquisición de una vivienda.

### **9.1 Norma de intereses moratorios**

El art. 25 de la LCCI dejó el límite o tope establecido para los intereses moratorios igual al tope fijado en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y a su vez, establece el carácter estrictamente imperativo de esta norma. El art. 25 de la LCCI establece que el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del periodo en el

---

<sup>738</sup> ANDERSON, MIRIAM, La Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: algunos claros, y muchas sombras, La Notaría, (2019). <https://www.ub.edu/catedres/sites/default/files/content/file/2020/05/25/1/11d-la-notaria.-ley-de-contratos.pdf>. (consulta 9 de abril de 2021).

que aquel resulte exigible quedando redactado el art. 114.3 de la LH de España de la siguiente forma:

“En el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del periodo en el que aquel resulte exigible. El interés de demora solo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrá ser capitalizado en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este párrafo no admitirán pacto en contrario.”

Al establecer el art. 25 de la LCCI como una norma con carácter imperativo se observa que el legislador español no consideró lo resuelto en la STS 364/2016, de 3 de junio de 2016, mediante la cual el TS de España reconoce y determina que sería abusivo un interés moratorio que supere en dos puntos el remuneratorio. La controversia de la STS 364/2016, de 3 de junio, trataba de un contrato de préstamo hipotecario que incluía una cláusula de intereses moratorios cuya nulidad fue cuestionada por su carácter abusivo, la cláusula impugnada era la siguiente:

“Las obligaciones dinerarias de la parte prestataria, dimanantes de este contrato, vencidas y no satisfechas, devengarán desde el día siguiente al de su vencimiento, sin necesidad de requerimiento alguno y sin perjuicio de la facultad de vencimiento anticipado atribuida al Banco en la Cláusula 6a bis, un interés de demora del 19% NOMINAL ANUAL, calculado y liquidable por meses naturales o fracción en su caso y siempre por periodos vencidos. Los intereses vencidos y no satisfechos devengarán y se liquidarán en igual forma, nuevos intereses al tipo de interés moratorio aquí establecido.”

Ante el impago de algunas de las cuotas del préstamo hipotecario se instó la ejecución. La subasta de la propiedad comenzó en 290.230,53€ y el banco se adjudicó la propiedad en 322.966,32€. Una vez tasadas las costas, el sobrante fue de 13.109,91€. El banco presentó una liquidación de intereses de 87.708,10€, en aplicación al interés de demora de 19% previsto en el préstamo hipotecario. El prestatario solicitó la nulidad del tipo de interés de demora establecido en el préstamo hipotecario y que se estableciera un tipo de interés más ajustado a derecho. Por su parte, el banco solicitó que en caso de que se estimara la nulidad de la cláusula de intereses moratorios, que se recalcularán los mismos al tipo del 12% que equivalía a tres veces el tipo de interés legal para esa fecha (año 2004 era el 3,75%). El TS de España cita la STS 265/2015, de 22 de abril, en la cual había determinado que la cláusula

de intereses de demora era susceptible de control de contenido o abusividad cuando la misma es contraria a las exigencias de la buena fe, en perjuicio del consumidor y causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes.<sup>739</sup> Además, el TS de España había advertido en las STS 705/2015, de 23 de diciembre y STS 79/2016, de 18 de febrero, que:

“resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicará un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual.”

Por tanto, el TS de España estableció que el carácter abusivo de una cláusula que fija los intereses moratorios de un préstamo hipotecario en 19%, conforme a la doctrina del TJUE, no puede servir de parámetro para determinar la ausencia del carácter abusivo de la cláusula y extendió al préstamo hipotecario el mismo criterio establecido en la STS 265/2015, de 22 de abril, fijando los intereses moratorios en dos puntos porcentuales del remuneratorio. El TS de España en la STS 364/2016, de 3 de junio, anuló y suprimió completamente la cláusula de intereses moratorios por abusiva y consideró que la indemnización era desproporcionada, no así el interés remuneratorio que no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir el dinero prestado hasta su devolución. El TS de España determinó que incrementar en dos puntos porcentuales el interés remuneratorio pactado por las partes era el criterio más adecuado porque: (a) tenía un ámbito de aplicación general, (b) evitaba que el interés de demora fuera inferior al remuneratorio, (c) indemnizaba de forma suficiente y (d) tenía efecto disuasorio para el deudor. Esta determinación responde a la aplicación de la doctrina establecida por el TJUE en: (a) STJUE BBVA de 11 de junio de

---

<sup>739</sup> En la STS 265/2015 de 22 de abril, el TS de España determinó que la cláusula de intereses moratorios (no negociada) era admisible en un contrato celebrado con un consumidor para establecer la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del consumidor ya que tal cláusula tiene cierto contenido disuasorio, pero a su vez, determinó que no es admisible una cláusula cuya indemnización sea desproporcionadamente alta. De tal forma que lo determinante para saber si es abusiva una cláusula de intereses moratorios es el examen de la proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización asociada al incumplimiento. La finalidad perseguida por el legislador español de 2013 al introducir el límite de los intereses moratorios en el art. 114.3 LH de España no garantiza el control de abusividad ya que puede que el interés moratorio pactado sea inferior al límite legal y, aun así, sea abusivo. En la STS 265/2015 de 22 de abril, el TS de España llevó a cabo un enjuiciamiento respecto a una cláusula de intereses de moratorios en préstamos personales destinados al consumo, y concluyó como abusivo un interés moratorio que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en el préstamo personal. Para llegar a esta conclusión el TS de España empleó el siguiente razonamiento: “en el caso de los préstamos personales, el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas debe consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no debe ser muy elevado por cuanto la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio ya sea elevado [...], por lo que la adición de un porcentaje excesivo conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto.”

2015, asunto C-602/2013, (b) STJUE Ibercaja Banco de 17 de marzo de 2016, asunto C-613/2015 y (c) STJUE Unicaja Banco de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13.<sup>740</sup> Conforme a estas sentencias el límite fijado por el art. 114.3 de la LH de España no puede ser la única referencia para determinar los límites de los intereses moratorios convencionales en sede de préstamos hipotecarios, pues el juez nacional, para apreciar la abusividad tiene que acudir a todos los criterios de comparación del tipo pactado recogidos en las normas nacionales aplicables, en defecto de acuerdo, o bien considerar si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual.<sup>741</sup>

Vemos pues como con el art. 25 de la LCCI el legislador español ha eliminado de golpe y porrazo el análisis de abusividad que presenta una cláusula de intereses moratorios incluida en un contrato de crédito inmobiliario pactado con un consumidor. El legislador español establece el interés moratorio en tres puntos porcentuales más que el interés remuneratorio y esta norma no parece estar en consonancia con la Directiva 2014/17/UE que persigue impedir la inclusión en el contrato de cláusulas que pudieran ser abusivas. La norma del art. 25 de la LCCI no sigue la jurisprudencia emitida tanto por el TJUE y el TS de España. Y es que, a pesar de los múltiples comentarios realizados antes de la aprobación de la LCCI, el interés moratorio ahora se sitúa de forma imperativa. De esta manera los bancos y demás entidades financieras no podrán incluir un tipo de interés moratorio inferior o superior a los tres puntos del interés remuneratorio.

La norma del art. 25 de la LCCI parece olvidar que, debido a la crisis económica de 2008, el legislador español había limitado los intereses moratorios con el propósito de aliviar la situación de las personas que habían contratado un préstamo hipotecario para la

---

<sup>740</sup> TRUJILLO CABRERA, CARLOS, *op. cit.* pp. 237-238. *Vid.* DÍAZ FRAILE, JUAN M.<sup>a</sup>, Intereses de demora en los préstamos hipotecarios. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y su compatibilidad con el Derecho comunitario, *Rev. Der. Civil*, Vol. V, Núm. 2, 2018, p. 304. “En la sentencia previa de 22 de abril de 2015 había tenido especial cuidado de aclarar que el criterio que allí fijaba se ceñía a los préstamos personales, justificando explícitamente que no se aplicaba dicho criterio a los préstamos hipotecarios puesto que éstos tienen un tratamiento distinto y presenta unos problemas específicos, como resulta de la redacción del nuevo párrafo tercero del art. 114 LH, añadido por la Ley 1/2013 y porque en los préstamos personales el tipo de interés ordinario ya es de por sí mucho más elevado que el de los préstamos hipotecarios.”

<sup>741</sup> *Ibid.* nota 8, pág. 236. “A estos efectos, deber tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo considera que es necesario presumir *iuris tantum* la falta de negociación individual de las cláusulas generales insertas en los contratos bancarios. En este sentido, la Sentencia de 22 de abril de 2015 (RAJ 2015,1360) establece que “el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que determina la procedencia del control de abusividad, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas.”

adquisición de su vivienda habitual y no podían hacer frente a sus obligaciones.<sup>742</sup> El legislador español parece haber olvidado que para promover la protección de los consumidores se puso límites a la autonomía de la voluntad en el pacto de intereses moratorios en forma de una cuantía máxima a cobrar.

Además, la cuantía legal establecida en los art. 25 de la LCCI y el art. 114.3 LH es excesiva a la luz de los arts. 28.2 y 28.3 de la Directiva 2014/17/UE que indican lo siguiente:

“Artículo 28 - Demoras y ejecución hipotecaria

1. Los Estados miembros adoptarán medidas para alentar a los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución
2. Los Estados miembros podrán exigir que, si se permite al prestamista definir e imponer recargos al consumidor en caso de un impago, esos recargos no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que le acarree el impago.
3. Los Estados miembros podrán autorizar a los prestamistas a imponer recargos adicionales al consumidor en caso de impago. Los Estados miembros que se acojan a esta posibilidad determinarán el valor máximo de tales recargos.
4. Los Estados miembros no impedirán que las partes en un contrato de crédito puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito
5. Los Estados miembros se dotarán de procedimientos o medidas que permitan lograr que, en caso de que el precio obtenido por el bien afecte al importe adeudado por el consumidor, se obtenga el mejor precio por la propiedad objeto de ejecución hipotecaria

Los Estados miembros velarán por que se adopten medidas que faciliten el reembolso en aquellos casos en que la deuda no quede saldada al término del procedimiento de ejecución, con el fin de proteger al consumidor.”

Citando a la profesora ARROYO AMAYUELAS la norma española sería incorrecta porque la base del cálculo del “recargo” o interés no podría ser el interés remuneratorio, los tres puntos deberían conceptuarse como “recargos” adicionales a la compensación que fuera necesaria para que el prestamista satisfaga los costes que acarrea el impago, y bajo este análisis no es posible imponer tres puntos sobre el interés remuneratorio pactado.<sup>743</sup> Resaltamos que conforme a la doctrina establecida por el TJUE en sus sentencias los recargos no podrán exceder de lo necesario para compensar al prestamista de los costos que acarrea el

---

<sup>742</sup> ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, Límites a los intereses moratorios... *op. cit.* (forthcoming 2021).

<sup>743</sup> *Ibid.*

impago. Que ahora se considere perfectamente ponderado que sean tres puntos cuando hasta hace muy poco las sentencias sobre este tema consideraban los tres puntos como abusivo hace que la norma que establece el art. 25 de la LCCI más que reflejar un equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, refleja un desequilibrio en favor del acreedor prestamista. No debería perderse de perspectiva que un interés moratorio abusivo, considerado independientemente de su función indemnizatoria puede convertir el préstamo en uno usurario, ya que el abuso consiste en la desproporción que puede darse tanto en la cuantía de intereses remuneratorios como en la cuantía de los moratorios o en ambos.<sup>744</sup>

La LCCI añade tres puntos al interés remuneratorio, a pesar de que el informe del Consejo General del Poder Judicial<sup>745</sup> y el Dictamen del Consejo de Estado<sup>746</sup> habían criticado la solución propuesta en el art. 23 del Proyecto de ley de la LCCI que proponía dejar el límite establecido para los intereses moratorios en el mismo tope que se había fijado en la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

El art. 25 de la LCCI, a mi juicio, no es una medida razonable y no corresponde con una norma de protección en beneficio de los consumidores. La LCCI evita la posibilidad de sancionar el interés que resulte desproporcionadamente alto debido a que la norma tiene carácter imperativo. Y el carácter imperativo de la disposición sobre intereses moratorios no necesariamente ayuda al deudor porque no deja margen al prestamista y al prestatario para que éstos puedan pactar otros intereses distintos o incluso no acordar nada al respecto en beneficio del deudor. La norma del interés moratorio añadiendo tres puntos porcentuales al interés remuneratorio puede agravar la situación del deudor en periodos de tipos de interés altos. A lo anterior cabe añadir, como bien apunta DOMÍNGUEZ LUELMO que el establecimiento de un sumando al tipo de interés puede llegar a convertirse en insoportable cuando se eleve considerablemente dicho tipo.<sup>747</sup>

---

<sup>744</sup> *Ibid.*

<sup>745</sup> Adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión extraordinaria del 5 de mayo de 2017.

<sup>746</sup> Con fecha de 14 de septiembre de 2017, núm. de expediente 709/2017.

<sup>747</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, La STJUE de 14 de marzo de 2013: su aplicación por los tribunales y su desarrollo legislativo por la Ley 1/2013, La Ley Unión Europea, Núm. 7, 2013, p. 22. *op cit.* “El interés legal del dinero está fijado en 2013 en 4% lo que supone un tipo del 12% para los intereses moratorios en caso de ejecución hipotecaria. Pero no hay que olvidar que en 1993 el interés legal del dinero era del 10% lo que supone un tipo máximo del 30% para los intereses moratorios que se convertiría en excesivo si tenemos en cuenta la larga vida de los préstamos hipotecarios.” *Vid.* TRUJILLO CABRERA, CARLOS, *op. cit.* p. 240; MIQUEL GONZÁLEZ, JOSÉ M.ª, Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios, *Rev. Jur. Univ. Autónoma Madrid*, Núm. 27, 2013, p. 248 *op. cit.* “Que el límite exponencial, aunque fuese menor, tampoco sería adecuado, sino que lo correcto es, como hace esta enmienda y también la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, sumar puntos a un interés básico y no multiplicar éste por 2,5 o por 3. Desde esta óptica, apunta que el Derecho alemán nos da una muestra de esto último, además con un resultado espectacular pues se suman 2 puntos y

Las cláusulas de intereses moratorios son condiciones generales de la contratación o cláusulas no negociadas y, por consiguiente, son susceptibles de control de contenido o abusividad. Pero, el carácter imperativo del art. 25 de la LCCI impide la evaluación judicial de una cláusula abusiva incluida en un contrato entre un profesional y un consumidor, y con ello se observa que el ordenamiento español no cumple con el deber de aplicar la Directiva 93/13/CEE sobre protección a los consumidores. Vemos pues, como para establecer el carácter imperativo de la norma establecida en el art. 25 de la LCCI el legislador español se ampara en el art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE que dispone que las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no estarán sometidas a las disposiciones de la Directiva 93/13/CEE. Teniendo en cuenta que el carácter imperativo se refiere a las normas que aplican con independencia de la elección de las partes, es decir una disposición legal y no contractual, no será posible, por tanto, cuestionar la posible abusividad de una cláusula que difiera de lo establecido en el art. 25 de la LCCI. Lo anterior, porque los principios que inspiran la Directiva 93/13/CEE no exigen controlar el Derecho nacional ya que el legislador europeo presume que el Derecho nacional refleja un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes que es conveniente preservar.<sup>748</sup> De esta manera, el legislador español impide que se cuestione aquello que tanto la jurisprudencia del TJUE como la del TS de España han afirmado que podía resultar abusivo y, por ende, nulo de pleno derecho.<sup>749</sup> Al ser una norma imperativa, los notarios y registradores no podrán autorizar ni inscribir aquellos contratos que tengan un tipo de interés moratorio superior o inferior al establecido en el art. 25 de la LCCI. Sin embargo, una norma imperativa de alcance general que perjudica a todos los consumidores es contraria a la Directiva 93/13/CEE y el legislador español no podría excluir del control de contenido o control de abusividad la cláusula de intereses moratorios con lo cual será el juez quien a través de su deber de control de oficio determine si la cláusula de intereses moratorios es abusiva o no.<sup>750</sup> Además, es importante destacar que los artículos de la Directiva 93/13/CEE deben ser evaluados en su conjunto y en ese sentido debemos hacer referencia al art. 8 de la Directiva 93/13/CEE que indica lo siguiente:

---

medio a un interés básico (Basiszinsatz) tan bajo que en estos momentos está bajo cero (-0,13%) desde el 1 de enero de 2013. Y si en las deudas de dinero de los consumidores, en caso de mora se suman 5 puntos al interés básico, lo razonable es que en los préstamos hipotecarios el interés sea menor que en los préstamos personales.”

<sup>748</sup> ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, Límites a los intereses moratorios... *op. cit.* (forthcoming 2021).

<sup>749</sup> TRUJILLO CABRERA, CARLOS, *op. cit.* pp. 242-243.

<sup>750</sup> ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, Límites a los intereses moratorios... *op. cit.* (forthcoming 2021).

“Artículo 8 - Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.”

Por tanto, citando a la profesora ARROYO AMAYUELAS el art. 8 de la Directiva 93/13/CEE solo permite al legislador español adoptar disposiciones más estrictas con el fin de garantizar una mayor protección del consumidor y la norma que establece el art. 25 de la LCCI no garantiza mayor protección para los consumidores, por lo que no podría evitarse o evadir el control de abusividad.”<sup>751</sup>

La LCCI también establece que el art. 25 no aplicará a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley salvo que hubieran sido objeto de novación o de subrogación con posterioridad a su entrada en vigor. Esta situación limita a muchos deudores que tienen préstamos hipotecarios con cláusulas de intereses moratorios abusivas, lo que debió ser valorado y considerado por el legislador español.

El art. 25 de la LCCI no finiquita las dudas relacionadas sobre la aplicación de los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios. El art. 25 de la LCCI consagra legalmente la utilización del tipo de interés remuneratorio pactado como base para el cálculo del interés moratorio, con lo cual la determinación del tipo de interés remuneratorio quedará, como es costumbre, al arbitrio del banco quien podrá incrementar a su antojo el interés remuneratorio predispuesto en los contratos de crédito inmobiliario y con ello la cantidad de intereses moratorios podría ser muy excesiva. Ante esta situación nos preguntamos: ¿Por qué no se utilizó el tipo de interés legal del dinero que, como se sabe, no puede ser manipulado por la entidad prestamista y puede determinar la cantidad indemnizatoria o el daño resarcible por falta de pago? La respuesta a esta interrogante es que la norma del art. 25 de la LCCI no fue establecida pensando en beneficiar a los consumidores, por el contrario, es evidente que la misma beneficia a los bancos y entidades dedicadas a la concesión de préstamos hipotecarios y ahora se añaden los créditos inmobiliarios.

Según apuntamos en el Capítulo V de esta tesis si la cláusula de intereses moratorios es declarada abusiva la misma debe eliminarse y, a mi juicio, solo se podrían cobrar los intereses remuneratorios. La prohibición de un pacto en contrario que fije unos intereses moratorios inferiores a los tres puntos del remuneratorio es una norma contraria al alto nivel de protección que merecen los consumidores de acuerdo con los Tratados de Funcionamiento de la Unión Europea y dichos Tratados tienen la categoría de principio de orden público

---

<sup>751</sup> *Ibid.*



según el TJUE.<sup>752</sup> (arts. 114 y 169 TFUE) Lo que quiere decir que una norma nacional impuesta por alguno de los Estados miembros nunca podrá interpretarse en perjuicio de los consumidores, por lo que no tiene ningún sentido hacer una interpretación literal de la norma que establece el art. 25 de la LCCI que evidentemente disminuye el nivel de protección a los consumidores que garantiza el Derecho europeo. (STJUE Consorzio Industrie Fiammiferi, de 9 de septiembre de 2003, asunto C-198/01) Ahora en España lo que ocurre es que simplemente a los intereses moratorios se le aplicará el límite establecido en el art. 25 de la LCCI y esta disposición legal no beneficia a los consumidores con préstamos hipotecarios concedidos para la adquisición de una vivienda y, por tanto, muchos consumidores, sin duda, van a quedar fuera del mercado hipotecario porque no podrán pagar las condiciones que establece la LCCI.

## 9.2 Norma de vencimiento anticipado

La LCCI modifica la LH de España con la finalidad de integrar en ella mejoras a la protección de los prestatarios en materia de vencimiento anticipado añadiendo un nuevo artículo 129 bis, con la siguiente redacción:

“Artículo 129 bis.

Tratándose de un préstamo o crédito concluido por una persona física y que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial, perderá el deudor el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato, pudiendo ejercitarse la acción hipotecaria, si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

- a. Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.
- b. Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:
  - i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.
  - ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no

---

<sup>752</sup> *Ibid.*

satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses.

- c. Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total del préstamo

Las reglas contenidas en este apartado no admitirán pacto en contrario.”

La LCCI también modifica el apartado 2 del art. 693 la LEC de España el cual queda redactado en la siguiente forma:

“2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses en los términos en los que así se hubiese convenido en la escritura de constitución y consten en el asiento respectivo. Siempre que se trate de un préstamo o crédito concluido por una persona física y que esté garantizado mediante hipoteca sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial, se estará a lo que prescriben el artículo 24 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y, en su caso, el artículo 129 bis de la Ley Hipotecaria.”

La regulación del vencimiento anticipado en la LCCI se encuentra en el art. 24 que traspone el art. 28.1 de la Directiva 2014/17/UE cuando se refiere a la adopción de medidas para alentar a los prestamistas a mostrarse “razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución.”<sup>753</sup> Conforme a la Exposición de Motivos de la LCCI la nueva norma persigue impedir la inclusión de cláusulas en el préstamo hipotecario que pudieran ser abusivas y, a la vez, intenta robustecer el necesario equilibrio económico y financiero entre las partes. La LCCI implementa de forma novedosa en el ordenamiento jurídico español unos porcentajes o parámetros para calcular la cantidad adeudada por el prestatario, y si en su consecuencia, se puede producir el vencimiento anticipado de la obligación. Dichos porcentajes o parámetros serán distintos en función de si la mora se produce en la primera mitad o en la segunda mitad del término o duración del crédito inmobiliario.<sup>754</sup>

Los requisitos antes mencionados deberán darse conjuntamente, pues de lo contrario frente a la mora del deudor no podrá optarse por el vencimiento anticipado.<sup>755</sup> El art. 24 de la LCCI establece lo que debe entenderse por “grave cuantía” cuando se trata de la ejecución de

<sup>753</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, *op. cit.* p. 256.

<sup>754</sup> ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores... *op. cit.* p. 24 nota 104. “El anteproyecto de ley español de transposición de la Directiva, de marzo de 2017, establece nuevas disposiciones sobre las cláusulas de vencimiento anticipado e intereses moratorios aplicables a determinados préstamos sobre vivienda o hipotecarios (arts. 15-16). Esa es una novedad respecto del anteproyecto de julio de 2016.”

<sup>755</sup> HERNÁNDEZ TORRES, ESTEFANÍA, El vencimiento anticipado en el Proyecto de Ley sobre contratos de crédito inmobiliario, Los contratos de crédito inmobiliarios. Algunas soluciones legales, SÁNCHEZ LERÍA, REYES y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, LUCÍA (coords.), Ed. Reus (2018), p. 220.

bienes inmuebles hipotecados, introduciendo en el ordenamiento jurídico español los requisitos que deben concurrir para que se pueda solicitar el vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario sobre la vivienda o un crédito cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial. De forma resumida el art. 24 de la LCCI establece que en los créditos inmobiliarios el consumidor sea prestatario, fiador o garante persona física, perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente los siguientes requisitos: (a) que se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses, (b) que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al 3% del total de la cantidad prestada o al impago de 12 plazos si la mora se produce dentro de la primera mitad de duración del préstamo, o 7% del total de la cantidad prestada o al impago de 15 plazos si la mora se produce dentro de la segunda mitad de duración del préstamo y (c) que el prestamista haya requerido el pago concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido el reclamo, se solicitará el reembolso total de la deuda. La LCCI mediante el nuevo régimen garantiza que el vencimiento anticipado sólo pueda tener lugar cuando el incumplimiento del deudor es suficientemente significativo en atención al préstamo contratado y eso, sin duda, es un adelanto importante.<sup>756</sup>

Por ejemplo, conforme a la nueva norma si el préstamo se concede por 30 años y el incumplimiento se produce en el décimo año, el incumplimiento ha tenido lugar dentro de la primera mitad de duración del préstamo y se podrá ejercer el vencimiento anticipado cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al 3% de la cuantía del capital concedido o al impago de 12 plazos mensuales. Ahora bien, siguiendo el mismo ejemplo, si el incumplimiento con el pago del préstamo tiene lugar en el año 16, es decir dentro de la segunda mitad de duración del préstamo, las cuotas vencidas y no satisfechas han de equivaler al 7% de la cuantía del capital concedido o al impago de 15 plazos mensuales, con

---

<sup>756</sup> *Ibid.* p. 218. *Vid.* CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN, *op. cit.* pp. 278-288. Esta autora nos comenta, como dato adicional, que además de un incumplimiento suficientemente significativo en relación con los pagos del préstamo contratado existen otras cláusulas que han sido declaradas abusivas como fundamento para aplicar la cláusula de vencimiento anticipado y activar el proceso de ejecución. Dichas cláusulas son: (a) incumplimiento por impago de la prima del contrato de seguro, SSTS de 9 de marzo de 2001 y 16 de diciembre de 2009 (ROJ 8466/2009), (b) incumplimiento por gravamen o disposición de la finca hipotecada o de su uso por parte del deudor sin el consentimiento del acreedor, RDGRN de 11 de enero y 8 de junio de 2011; SSTS de 4 de junio de 2008 (ROJ 2599/2008) y 16 de diciembre de 2009 (ROJ 8466/2009), (c) incumplimiento por denegación de la inscripción registral de la escritura de préstamo hipotecario, STS de 16 de diciembre de 2009 (ROJ 8466/2009) y RDGRN de 11 de febrero de 2011, (d) incumplimiento por alteración de la situación económica del deudor materializada en la constancia de embargos o declaración de su situación de solvencia o (e) incumplimiento por muerte sobrevinida del prestatario, DGRN de 4 de noviembre de 2010, esta cláusula de vencimiento anticipado por fallecimiento del deudor resulta frecuente en las hipotecas inversas, las cuales no son objeto de estudio en esta tesis.

lo cual un préstamo de 200.000€ a 30 años la suma adeudada tendrá que ascender a 6.000€ para la primera mitad de duración del crédito inmobiliario o 14.000€ si el incumplimiento ocurre en la segunda mitad de duración del préstamo. A simple vista la nueva norma sobre vencimiento anticipado parece adecuada ya que establece unos parámetros para que pueda solicitarse el vencimiento anticipado y en el caso de un incumplimiento en la segunda mitad de duración del préstamo el porcentaje es más del doble del porcentaje en caso de incumplimiento durante la primera mitad de duración del préstamo.

El fundamento para establecer esta nueva norma como requisito para ejercer el vencimiento anticipado, a mi juicio es adecuado, y podría compararse incluso con el sistema de amortización francés el cual durante los primeros años de un préstamo la mayor parte de la cuota está compuesta de intereses y habría que esperar al impago de un número considerable de plazos para alcanzar una mora del 3% del capital.<sup>757</sup> Sin embargo, mencionamos la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Núm. 3 de Barcelona de 5 de mayo de 2014, que expresa lo siguiente:

“es evidente que incumplir el pago del plazo pactado debe considerarse un incumplimiento de trascendencia, sin embargo, debe advertirse que los impagos observados por los prestatarios en el momento del vencimiento anticipado se correspondían al 2,02% de las cantidades comprometidas en concepto de principal e intereses remuneratorios. Por otra parte, el impago de 5 cuotas respecto de un total pactado supone incumplir un 1,38% del total de plazos pactados.”

Citando a CASTILLO MARTÍNEZ con los argumentos de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Núm. 3 de Barcelona de 5 de mayo de 2014, se quiere establecer que, aunque conceptualmente pueda reputarse esencial el cumplimiento de los plazos y términos pactados, cuantitativamente el retraso afecta a un porcentaje muy reducido de los compromisos económicos asumidos y la demora de 5 mensualidades no puede considerarse grave si se tiene en cuenta que los prestatarios proyectaban pagar en 30 años y, además, los impagos se producen en un contexto económico extremadamente grave.<sup>758</sup>

En este punto retomamos la discusión de la STJUE Banco Primus de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14 mediante la cual el TJUE fijó los parámetros a considerar para determinar si una cláusula de vencimiento anticipado es abusiva. En la STJUE Banco Primus se señaló que el vencimiento anticipado del contrato no será abusivo cuando el incumplimiento se considere lo suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía

---

<sup>757</sup> HERNÁNDEZ TORRES, ESTEFANÍA, *op. cit.* p. 219.

<sup>758</sup> CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN, *op. cit.* pp. 260-261.

del préstamo, y además, cuando el Derecho nacional prevea mecanismos adecuados y eficaces que permitan al consumidor, sometido a la cláusula, impedir los efectos de dicho vencimiento anticipado.<sup>759</sup> Conforme hemos comentado previamente en esta tesis, bajo el tema de la doctrina de cláusulas abusivas, España experimentó un aumento considerable en los casos de ejecución hipotecaria con oposiciones a la ejecución presentadas bajo la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado. Esto provocó que el TS de España presentará una petición prejudicial ante el TJUE sobre el tema de la cláusula de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios. En el asunto presentado ante el TJUE el TS de España planteó las consecuencias que conllevaba para los consumidores la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en el procedimiento especial de ejecución puesto que una vez la cláusula de vencimiento anticipado era declarada abusiva la supresión de la misma del préstamo hipotecario colocaba al consumidor en una posición especialmente perjudicial porque además de tener que entregar la totalidad de la cantidad prestada, no se beneficiaba de las mejoras implementadas en la legislación española en el procedimiento especial de ejecución de hipotecas. El TJUE en la Sentencia Abanca Corporación Bancaria y Bankia, asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17, determinó que el ejercicio de la cláusula de vencimiento anticipado hacía que la cuantía que tiene que pagar el consumidor pueda exceder de la capacidad económica del éste y, por ende, se estaría penalizando al consumidor más que al prestamista, a quien no se le disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los préstamos hipotecarios. (STJUE Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13, apartados 83 y 84).

Basado en esta premisa el TJUE determinó que la Directiva 93/13/CEE (arts. 6 y 7) no se opone a que el juez nacional sustituya la cláusula de vencimiento anticipado por una nueva norma de Derecho nacional redactada con posterioridad al contrato de préstamo hipotecario, cuando el suprimir la cláusula de vencimiento anticipado exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales. Y según comentamos en el Capítulo V de esta tesis, en la STS 2761/2019 de 11 de septiembre, el TS de España establece las pautas que deben seguirse en los procedimientos de ejecución de hipotecas en España en los cuales no se

---

<sup>759</sup> HERNÁNDEZ TORRES, ESTEFANÍA, *op. cit.* p. 223. La autora nos indica sobre cuatro aspectos que el juez nacional deberá tomar en consideración son: (1) si la facultad del empresario de declarar el vencimiento anticipado depende del incumplimiento de una obligación esencial del contrato, (2) si dicha facultad se prevé para incumplimiento de carácter suficientemente grave en relación con la duración y cuantía del préstamo, (3) si la posibilidad de declarar el vencimiento anticipado se aparta del régimen legal aplicable por defecto y (4) si en el Derecho nacional correspondiente existen medios adecuados y eficaces para que el consumidor pueda contrarrestar los efectos del vencimiento anticipado. *Vid.* PAZOS CASTRO, RICARDO, Un nuevo ejemplo de la tortuosa relación del Derecho español con la Directiva de Cláusulas abusivas. Comentario a la STJUE de 26 de enero de 2017, *Rev. Der. Civil*, Vol. IV, Núm. 1, enero-marzo 2017, p. 173

haya producido la entrega del inmueble. Para efectos de la cláusula de vencimiento anticipado si el incumplimiento del deudor reviste la gravedad prevista en la LCCI al trámite de ejecución hipotecaria le aplicarán las disposiciones del art. 24 de la LCCI, aquí comentadas.

El art. 24 de la LCCI, al igual que el art. 25 sobre intereses de moratorios, incluye una regla que no admite pacto en contrario. El nuevo régimen solo beneficia a los préstamos con garantía hipotecaria y al prestatario que sea consumidor, fiador o garante persona física con créditos concedidos para adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir. El nuevo régimen para ejercer el vencimiento anticipado no aplica al consumidor que ejerce una profesión liberal y adquiere un inmueble para utilizarlo y destinarlo como oficina, a éste le aplica el art. 693.1 de la LEC<sup>760</sup> que permite reclamar el vencimiento anticipado de la obligación tras el impago de tres plazos mensuales.<sup>761</sup>

Ahora bien, según hemos comentado previamente una de las características principales de la hipoteca es la facultad de poder forzar la venta del inmueble hipotecado para satisfacer la cantidad prestada. En ese sentido los parámetros que establece la LCCI podrían ser un paso en la dirección correcta, ya que si se elimina la cláusula de vencimiento anticipado la hipoteca perdería el beneficio principal de la venta forzosa. Además, el art. 24 de la LCCI es de carácter imperativo lo que pone de manifiesto la intención del legislador español de delimitar los supuestos en los que puede darse el vencimiento anticipado. De este modo, se limita la voluntad de las partes puesto que no se admiten pactos que sean incluso más favorables para el consumidor, y tal parece que es con la intención de frenar las prácticas de los bancos cuya posición dominante frente a los consumidores podría seguir dando lugar al empleo de cláusulas abusivas. Sin embargo, el incluir el carácter imperativo en la norma que establece el art. 24 de la LCCI, al igual que comentamos en el epígrafe anterior sobre

---

<sup>760</sup> *Vid.* art. 693.1 de la LEC – “Lo dispuesto en este Capítulo lo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses. Así se hará constar por el Notario en la escritura de constitución y por el Registrador en el asiento correspondiente. Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha.” Redactado conforme al art. 1ro veintiocho de la Ley 19/2015, de 13 de julio (BOE del 14), de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, con entrada en vigor el 15 de octubre de 2015.

<sup>761</sup> HERNÁNDEZ TORRES, ESTEFANÍA, *op. cit.* p. 226, *op. cit.* MARTÍN FABÁ, JOSÉ M.ª, Tres formas dispares de configurar el vencimiento anticipado en el proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, Publicaciones Jur. Centro Estudios de Consumo, <https://www.centrodeestudiosdeconsumo.com>. Fecha de publicación 2 de enero de 2018. (consulta 12 de octubre de 2019).

intereses moratorios del art. 25 de la LCCI, hace que sea imposible fiscalizar el posible carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado por aplicación del art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE. Por tanto, se excluye el control de contenido o abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado, incluyendo unos límites para establecer la gravedad del incumplimiento, y con esto se sigue distorsionando el juicio de abusividad que no recae ya sobre la cláusula incorporada al préstamo hipotecario, sino sobre el comportamiento del empresario para justificar la ejecución del préstamo hipotecario. El excluir del control de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado no es conforme con la jurisprudencia del TJUE emitida a través de la STJUE BBVA y Quintano Ujeta, 3 de junio de 2019, asunto C-167/16 y STJUE Banco Primus, S.A., 26 de enero de 2017, asunto C-421/14.<sup>762</sup>

La nueva norma del art. 24 de la LCCI establece unos parámetros adecuados, pero también se debe tomar en consideración las circunstancias excepcionales que pueda tener el deudor como el desempleo de larga duración, una enfermedad catastrófica o la discapacidad grave de alguno de los miembros de la familia, puesto que estas u otras desgracias merecen una moratoria mayor.<sup>763</sup>

Hacemos referencia a lo discutido en el epígrafe anterior relacionado con el art. 8 de la Directiva 93/13/CEE. Entendemos que incluir unos parámetros que deban cumplirse antes de ejercer el vencimiento anticipado de un crédito inmobiliario es una norma que va en la dirección correcta, pero la norma del art. 24 de la LCCI no puede interpretarse en perjuicio de los consumidores. Nada debería impedir a un prestamista ofrecer condiciones más favorables al deudor que le permitan competir con otras entidades y de esta forma el deudor estaría más protegido. Y es que la norma del art. 24 de la LCCI no debería impedir la inclusión de cláusulas más favorables para el consumidor.

### **9.3 Norma de gastos del préstamo**

La Directiva 2014/17/UE indica que no deben incluirse en el costo total del crédito para el consumidor los gastos que éste pague en relación con la adquisición de un bien inmobiliario, como son los impuestos asociados, los gastos notariales o los costos del Registro de la Propiedad. (Considerando 50 de la Directiva 2014/17/UE) Por lo que, la LCCI

---

<sup>762</sup> CARABALLO FIDALGO, MARTA, La protección sustantiva del deudor hipotecario. Especial consideración a los intereses de demora y al vencimiento anticipado del crédito, *Sobreendeudamiento de Consumidores: estrategias para garantizar una segunda oportunidad*, Bosh (2020), pp. 105-141, 133-134.

<sup>763</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, *op. cit.* p. 257. *Vid.* STS 705/2015, Fundamento Jurídico Quinto, Párrafo 21.

atempera lo establecido en la Directiva 2014/17/UE y exige que la información provista a los consumidores sea clara y veraz en cuanto a los gastos que corresponden al prestamista y los que corresponden al prestatario. El art. 14 de la LCCI establece que los gastos se distribuirán del siguiente modo: (a) los gastos de tasación del inmueble corresponderán a prestatario y los de gestoría al prestamista, (b) el prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias los asumirá quien las solicite, (c) los gastos de inscripción de las garantías en el registro de la propiedad corresponderán al prestamista y (d) el pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable. Con este artículo se implementa la doctrina establecida por el TS de España de las Sentencias el 23 de enero de 2019 (RJ 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019), en atención a lo declarado en la STS 705/2015, de 23 de diciembre, que declaró nula por abusiva la cláusula que imponía al deudor consumidor, entre otros gastos, los del otorgamiento de escritura pública y los derivados de la inscripción registral.



## **CAPÍTULO VIII: LAS REFORMAS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS EN PUERTO RICO**

En este capítulo comentamos la legislación de EE. UU. que aplica en Puerto Rico relacionada con los préstamos hipotecarios, en particular, el deber de informar al consumidor, la información precontractual, la evaluación de la solvencia del posible prestatario y el proceso de mitigación de pérdida o *loss mitigation procedure*.<sup>764</sup> Además, analizamos la legislación puertorriqueña relacionada con el derecho a la protección de la vivienda habitual, la falta de atención en Puerto Rico al estudio de medidas que promuevan beneficios para los consumidores con préstamos hipotecarios concedidos para la adquisición de una vivienda, y las reformas legislativas implementadas para atender la crisis económica de 2008, con el énfasis en que las reformas legislativas se implementan, principalmente, a través del administrador de un préstamo hipotecario (*mortgage servicer*).

### **1. El deber de informar al consumidor cuando solicita un préstamo hipotecario.**

#### **Los precedentes**

A continuación, presentamos una breve mención de la legislación más importante de EE. UU. relacionada con el deber de informar al consumidor y las relaciones crediticias entre el prestamista y el prestatario.

#### **1.1 Truth in Lending Act (TILA)**

En 1968 se establece la *Truth in Lending Act*<sup>765</sup> (TILA). Esta ley es una de las leyes federales de más envergadura en el ámbito de las relaciones crediticias entre un prestamista y un consumidor. La *Truth in Lending Act* fue aprobada con el propósito de asegurarle a los consumidores que al momento de solicitar crédito se les informe, de forma clara y específica, los términos de los contratos suscritos con el propósito de obtener crédito. Según las disposiciones de esta ley cuando un consumidor acude a una entidad crediticia y suscribe un contrato que incide en el crédito de dicho consumidor, la entidad tiene el deber de ofrecer datos como: los cargos por financiamiento y la tasa de interés porque se entiende que esta información le permite al consumidor tomar una decisión informada sobre el costo del

---

<sup>764</sup> *Vid.* C.F.R. 2014 Title 12 Vol 8 Section 1024.41.

<sup>765</sup> *Vid.* 15 USCA § 1601 et seq.

préstamo. La *Truth in Lending Act* establece una causa de acción por daños y perjuicios y rescisión del contrato a favor de los consumidores contra los acreedores que no cumplan con las disposiciones de esta ley.<sup>766</sup> No obstante, la Sección 1603(1)<sup>767</sup> de la *Truth in Lending Act* expresa que no todas las transacciones crediticias están cubiertas por esta ley, por lo que si la transacción y/o préstamo involucra concesiones de crédito con propósitos comerciales o de negocios, a dichas transacciones no les aplica las disposiciones de la *Truth in Lending Act*.<sup>768</sup> Esta ley incluye el Reglamento Z (*Regulation Z*).

## 1.2 Real Estate Settlement Procedure Act (RESPA)

En 1974 el Congreso de EE. UU. aprobó el *Real Estate Settlement Procedure Act*<sup>769</sup> (RESPA). Esta ley tiene la intención de proteger a los consumidores de los precios inflados en el proceso de compra de la residencia principal e incluye la información sobre los costos de las transacciones relacionadas con los préstamos hipotecarios. RESPA fue creada con el propósito de eliminar las prácticas abusivas como los *kickbacks*,<sup>770</sup> los *referral fees*<sup>771</sup> y los *unearned fees*<sup>772</sup> que ocasionaban un aumento innecesario en los costos de ciertos servicios en los préstamos hipotecarios.<sup>773</sup> Además, RESPA está diseñada para informar a los prestatarios sobre los derechos de éstos en relación con la administración de su préstamo hipotecario (*mortgage servicing*). RESPA provee información a los consumidores sobre la venta y/o cesión de su préstamo hipotecario y provee cierta protección en los cargos por demora durante el proceso de venta y/o cesión de un préstamo hipotecario. La *Real Estate Settlement Procedure Act* incluye el Reglamento X (*Regulation X*).<sup>774</sup>

---

<sup>766</sup> *Vid.* 15 USCA § 1635(a) y 1640 (a).

<sup>767</sup> *Vid.* 15 USCA § 1603(1) – This subchapter does not apply to the following: (1) Credit transactions involving extensions of credit primarily for business, commercial, or agricultural purposes, or to government or governmental agencies or instrumentalities, or to organizations.

<sup>768</sup> *Sullivan County Natl. Bank v. Lieman*, 392 N.Y. S.2d 793 (1977).

<sup>769</sup> *Vid.* 12 U.S.C.A. § 2601 et seq. (2014).

<sup>770</sup> *Arnett v. Bank of America, N.A.*, D. Or. 874 F. Supp. 2d. 1021 (2012).

<sup>771</sup> *Ibid.*

<sup>772</sup> *In re Thorian, Bkrcty.*, D. Idaho 387 B.R. 50 (2008).

<sup>773</sup> *Arnett v. Bank of America, N.A.*, D. Or. 874 F. Supp. 2d. 1021 (2012).

<sup>774</sup> *Vid.* TILA y RESPA, mencionamos de forma adicional las siguientes legislaciones. La *Equal Credit Opportunity Act* (ECOA), 15 USCA § 1691 et seq. El Congreso de los EE. UU. en el año 1974 aprobó la ley ECOA para prohibir a las entidades financieras negar la concesión de crédito por razones de género o estatus civil. Posteriormente, esta ley fue enmendada en el año 1976 para prohibir el discrimen por raza, color, religión, origen nacional, edad, ser beneficiario de asistencia social, entre otras. ECOA delegó en la Junta de Gobernadores de la Reserva Federal la aprobación e implementación de un reglamento habilitador (15 USCA § 1691b(a) conocido como el Reglamento B (12 CFR § 201 et seq.) en el cual se concretizan los propósitos de ECOA estableciendo un esquema de prohibiciones específicas, definiciones operacionales y excepciones a las reglas generales. Otra legislación importante es la *Home Ownership and Equity Protection Act* (HOEPA), 12

### 1.3 Dodd-Frank Act y el Consumer Financial Protection Bureau (CFPB)

Como respuesta a la crisis económica de 2008, en EE. UU. se establece la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Dodd-Frank Act)* conocida en español como la Ley Dodd-Frank de Reforma de Wall Street y Protección al Consumidor y la Oficina para la Protección Financiera del Consumidor.<sup>775</sup> La *Dodd-Frank Act* se estableció para atender la crisis del sector financiero e hipotecario en EE. UU. La doctrina reguladora que establece la *Dodd-Frank Act* se implementa a través del *Consumer Financial Protection Bureau (CFPB)*.<sup>776</sup>

---

U.S.C.A. § 4701 (2014) Amending by Pub. L. 111-203, Title X, § 1096, July 21, 2010, 124 Stat. 2102 (15 § 1601 note). HOEPA se estableció en el año 1994 como una enmienda a la *Truth in Lending Act (TILA)* y se dirige a las prácticas abusivas en los refinanciamientos y los “*close-end home equity loans*” que tenían una tasa de interés alta y/o cargos altos en los préstamos hipotecarios. Desde la aprobación de HOEPA los préstamos hipotecarios son sometidos a una divulgación de información especial sobre sus términos y condiciones. HOEPA provee remedios a los consumidores que tienen altos costos en sus contratos de hipoteca. En el 2010, la *Dodd-Frank Act* enmendó el *Truth in Lending Act* expandiendo el alcance de la cobertura de HOEPA para incluir “*purchase-money mortgages and open-end credit plans.*” En enero de 2013, el *Consumer Financial Protection Bureau* emitió el “*2013 HOEPA Rule*” que enmienda el Reglamento Z de la *Truth in Lending Act* e implementó cambios en HOEPA. La “*2013 HOEPA Rule*” implementó requisitos adicionales sobre consejería a los consumidores sobre los préstamos hipotecarios. Cuando un prestatario hace un *close-end home equity loan* recibe una cantidad fija de dinero en el préstamo hipotecario. Se diferencia del *open-end credit*, en que en el *open-end credit* se le concede al prestatario el derecho a retirar una cantidad de dinero hasta el valor total de su línea de crédito. Un préstamo hipotecario *close-end* a menudo se hace por 15 años, puede tener una tasa fija de interés y requiere que el prestatario realice pagos mensuales hasta que el préstamo sea pagado. Un *purchase-money mortgage* es una hipoteca emitida al prestatario por parte del vendedor de la propiedad como parte de la transacción de compra, esto se hace usualmente en situaciones donde el comprador no cualifica o no puede calificar para una hipoteca a través de los canales tradicionales de crédito. Un *open-end credit* es un préstamo pre-aprobado y la cantidad prestada puede usarse repetidamente hasta cierto límite, este tipo de préstamo puede ser pagado antes del vencimiento y la cantidad aprobada se establecerá por acuerdo entre el prestamista y el prestatario.

<sup>775</sup> <http://www.consumerfinance.gov> (consulta 14 de junio de 2018). La *Dodd-Frank Act* tomó dos años de estudio en el Congreso debido a la división en el debate sobre cuál era la mejor forma de responder a la crisis de hipotecas de alto riesgo (*subprime*). Por lo que, fue en junio del año 2009 que el presidente de EE. UU., Barack Obama, propuso mejorar las deficiencias relacionadas con la protección de los consumidores mediante el establecimiento de un nuevo organismo financiero que se concentra directamente en atender los asuntos de los consumidores y no solamente en atender la seguridad, la solidez bancaria o la política monetaria. Los reglamentos, normas y directrices que establece la *Dodd-Frank Act* distinguen los productos financieros que pueden ser financiados con seguridad a través de los mercados de capitales de aquellos que plantean mayores riesgos debido a su diseño para obtener una mayor liquidez. El Título X de la *Dodd-Frank Act* establece que la estructura del CFPB estará dentro del *Federal Reserve System* del gobierno de EE. UU. y el Título XIV de la ley contiene las disposiciones de la “*Miller*” y “*Frank Act*” que fueron las leyes precursoras de la *Dodd-Frank Act*. Además, la *Dodd-Frank Act* también está destinada a regular las hipotecas depredadoras conocidas en inglés como “*predatory.*”

<sup>776</sup> El 24 de mayo de 2018, el Presidente de EE. UU. Donald Trump firmó la *Economic Growth, Regulatory Relief and Consumer Protection Act*. Pub. L. 115-174 S. 2155. Esta ley reduce los requisitos de la *Dodd-Frank Act* estableciendo una regulación menor para los bancos y elimina el *Volker Rule* para los bancos con activos y pasivos de menos de \$1,000 millones. La *Economic Growth, Regulatory Relief and Consumer Protection Act* realiza cambios en materia de supervisión bancaria y establece requisitos o normas de prudencia bancaria más flexibles que cambian las disposiciones de la sección 165 de la *Dodd-Frank Act*. En cuanto a los consumidores hipotecarios los cambios más importantes que trae esta ley se resumen de la siguiente forma. El Título III

El CFPB se estableció en enero de 2012 y actualmente es la mayor autoridad federal de protección financiera para los consumidores en todos los Estados de EE. UU. y sus territorios. A través de este nuevo organismo se consolidan las responsabilidades que impone el Gobierno Federal de EE. UU. sobre las actividades del sector financiero que fueron descentralizadas. El propósito del CFPB es supervisar a los proveedores de productos y servicios financieros para hacer cumplir las leyes federales de protección al consumidor. El CFPB regula la protección de los consumidores y los protege de las prácticas financieras injustas, engañosas y abusivas. El CFPB se centra en vigilar el mercado de productos y servicios financieros en beneficio de los consumidores. La misión del CFPB es lograr que los mercados de productos y servicios financieros funcionen correctamente. Y para lograr este objetivo, el CFPB impone a los intermediarios que participan en el mercado financiero la obligación de informar adecuadamente a los consumidores. El CFPB establece que el deber de proveer información se impone para que los consumidores reciban la información necesaria de manera que éstos puedan tomar las decisiones financieras que consideren más convenientes para ellos y sus familias. Lo anterior, porque se entiende que en un mercado funcional los consumidores deben poder comparar y diferenciar entre productos y servicios, y ningún proveedor debe utilizar prácticas injustas, engañosas o abusivas. Las funciones asignadas al CFPB<sup>777</sup> son las siguientes:

---

proporciona protecciones adicionales a los veteranos y los protege contra informes negativos de crédito relacionados con sus gastos médicos y préstamos predatorios (*predatory loans*). Esta ley brinda alivio en los procesos de ejecución hipotecaria a los militares en servicio activo y provee protecciones adicionales a los menores y personas incapacitadas. Las secciones 309 y 313 establecen protecciones para los veteranos en los procesos de ejecución hipotecaria, y la sección 304 permite a los consumidores utilizar el “*Protecting Tenants at Foreclosure Act of 2009*.” La sección 307 establece el desarrollo de reglamentos que garanticen una protección adicional a aquellos consumidores que incluyan como mejoras al hogar el uso de energía renovable en sus préstamos hipotecarios. La sección 310 requiere al *Federal Housing Financing Agency* el desarrollo de nuevos modelos de calificación crediticia a ser utilizados por *Fannie Mae* y *Freddie Mac* en la compra de hipotecas concedidas para la adquisición de una vivienda. Aunque todavía se desconoce el impacto de esta ley es importante mencionar la misma debido a las protecciones adicionales para los veteranos, militares en servicio activo, menores e incapacitados, pero sobre todo para poder dejar por sentado que esta ley trae consigo un retroceso en la reglamentación bancaria y considerando que fueron los bancos y sus operaciones alto riesgo los que provocaron la última crisis financiera de 2007, habrá que monitorear de cerca la implementación de esta ley y observar si la misma en el futuro genera otra crisis financiera. En cuanto al “*Volker Rule*” indicamos que es una regla aprobada bajo la administración del Presidente de EE. UU. Barack Obama que debe su nombre al expresidente de la Reserva Federal de EE. UU., Paul Volcker. Esta regla o norma fue creada para restringir la capacidad de los bancos “grandes” de utilizar los depósitos bancarios garantizados en operaciones de crédito riesgosas y para ello se limitaron las inversiones de los bancos en fondos de cobertura y firmas de capital privado. La eliminación del “*Volker Rule*” permitirá a los bancos “grandes” estadounidenses desarrollar mayores inventarios de actividades comerciales y tener un rol más activo en los mercados de capitales. Véase Barría, Cecilia, Qué es la “Regla de Volcker” y cómo su transformación podría facilitar la próxima crisis económica global. <http://www.bbc.com/mundo/noticias-44420709> (consulta 23 de diciembre de 2020).

<sup>777</sup> Además, de atender la concesión y prácticas en la otorgación y evaluación de un préstamo hipotecario, el CFPB está diseñado para atender quejas o reclamaciones presentadas por los consumidores sobre otros asuntos tales como: (a) tarjetas de crédito, (b) préstamos estudiantiles, (c) transferencias de dinero, (d) préstamos de consumo, (e) préstamos para la adquisición de un vehículo, (f) informes y calificaciones de crédito y (g) cuentas

- a. Redactar normas, supervisar a las empresas y hacer cumplir las leyes federales financieras de protección al consumidor.
- b. Restringir las prácticas o actos desleales, engañosos o abusivos.
- c. Hacer cumplir las leyes que prohíben la discriminación y otros tratos injustos relacionados con las transacciones financieras.
- d. Recibir las quejas de los consumidores.
- e. Promover la educación financiera.
- f. Estudiar los patrones de comportamiento de los consumidores.

## **2. Información precontractual y evaluación de la solvencia del deudor**

### **2.1 Información precontractual**

El CFPB enmendó el Reglamento X de RESPA y el Reglamento Z de la TILA a través del *2013 TILA-RESPA Final Rule & Amendments*.<sup>778</sup> Estas enmiendas se hicieron para establecer nuevas regulaciones sobre la información que se debe obtener para evaluar la solvencia de los deudores hipotecarios. Lo anterior, porque por más de 30 años en el proceso de concesión de un préstamo hipotecario existía un formulario que incluía datos generados por dos agencias federales distintas. Por un lado, el *Board of Governors of the Federal Reserve System* que regula la ley TILA y, por otro lado, el *Department of Housing and Urban Development* (HUD) que regula la ley RESPA. Antes de la nueva reforma la información de las dos agencias federales antes mencionadas se incluía en un formulario conocido como

---

y servicios bancarios. Luego de que un consumidor ha presentado una queja o reclamación ante el CFPB, este recibirá actualizaciones por correo electrónico. El consumidor podrá acceder al portal cibernético de la agencia para mantenerse enterado sobre el estado de los procedimientos relacionados con su queja o reclamación. El proceso de revisión por el CFPB se formaliza mediante la presentación de una reclamación a la empresa con el propósito de obtener una respuesta de la empresa relacionada al producto o servicio financiero objeto de la reclamación presentada por el consumidor. La empresa revisa la reclamación del consumidor e informa al consumidor acerca de las medidas que ha tomado o que tomará en respuesta a su reclamación. El CFPB publica en su portal cibernético informes y estadísticas sobre las reclamaciones presentadas por los consumidores. Los datos de las reclamaciones presentadas por los consumidores se comparten con las autoridades estatales y federales. Con este sistema se obtiene una base de datos sobre las reclamaciones presentadas por los consumidores y sobre las prácticas comerciales que crean riesgos o que ocasionan riesgos a los consumidores. En adición a lo anterior, el CFPB informa al Congreso de EE. UU. sobre las reclamaciones que reciben de los consumidores y publica algunos datos de las reclamaciones que han presentado los consumidores.

<sup>778</sup> El *TILA-RESPA Final Rule* establece obligaciones adicionales a los *mortgage servicers* que incluyen proveer información a los deudores relacionadas con la transferencia de la administración del préstamo hipotecario, la obligación de administrar las cuentas en plica o *escrow accounts* incluyendo adelantar fondos al *escrow account* para mantener la cubierta del seguro de hipoteca y la de devolver las cantidades de la cuenta *escrow* al prestatario cuando éste pague de forma completa el préstamo hipotecario.

*Good Faith Estimate* (GFE), pero la información de las dos agencias se mezclaba y como resultado la información presentada en el *Good Faith Estimate* (GFE) tenía un lenguaje inconsistente que confundía al consumidor. Recordemos que TILA es una ley que protege a los consumidores, por lo que el Reglamento Z requería que los prestamistas proveyeran los términos del préstamo hipotecario en el *Good Faith Estimate* (GFE) como, por ejemplo, indicar el APR<sup>779</sup> del préstamo. Mientras que RESPA es una ley que regula a los prestamistas o *settlement agents*. El Reglamento X requería que los prestamistas entregarán al consumidor en el *Good Faith Estimate* (GFE) los cargos que cobraba el *settlement servicer* por tramitar y procesar el préstamo hipotecario que incluyen, por ejemplo, los costos de la tasación del inmueble o el estudio de título.

Ahora estas dos legislaciones, el TILA y el RESPA, son implementadas a través del CFPB. Por lo que, una de las primeras modificaciones realizadas por el CFPB para corregir el *Good Faith Estimate* (GFE) fue la creación e implementación de dos formularios a utilizarse en el proceso de solicitud y concesión de un préstamo hipotecario. El primer formulario es el *Loan Estimate* que incluye información que ayuda al consumidor a entender los costos y riesgos del préstamo hipotecario que está solicitando. Dicho formulario se le debe entregar al consumidor al menos 3 días después de que éste haya presentado la solicitud de préstamo (*loan application*).<sup>780</sup> El segundo formulario es el *Closing Disclosure* que está diseñado para proveer información que ayude al consumidor a entender los costos de la transacción. El *Closing Disclosure* se debe entregar al consumidor 3 días antes de la celebración o firma del contrato de préstamo hipotecario. El *Loan Estimate* y el *Closing Disclosure* equivalen a la información precontractual de un préstamo hipotecario que en la legislación española se incluye en la FEIN y la FiAE ambas reguladas por la LCCI.

## 2.2 Evaluación de la solvencia

A través de la sección 1411-12 de la *Dodd-Frank Act* el Congreso de EE. UU. impuso la obligación de evaluar la solvencia del deudor lo que se conoce como la regla de capacidad

---

<sup>779</sup> La tasa de interés anual, o APR por sus siglas en inglés (*Annual Percentage Rate*) es una medida más amplia del costo que se paga por solicitar dinero prestado. La APR refleja no sólo la tasa de interés sino también los puntos, los cargos del corredor y otros cargos que se tienen que pagar por el préstamo, incluyendo ciertos gastos de cierre. Por esa razón, el APR es usualmente más alto que la tasa de interés.

<sup>780</sup> El *2013 TILA-RESPA Final Rule & Amendments* prohíbe a los acreedores que le impongan un cargo al consumidor por solicitar un préstamo antes de que el consumidor reciba el *Loan Estimate* e indique que va a continuar con el proceso de solicitud del préstamo hipotecario.

de reembolso (*ability-to-repay/qualified mortgage rule or ATR/QM rule*).<sup>781</sup> Según esa disposición, los prestamistas no pueden otorgar préstamos hipotecarios residenciales a menos que hagan una determinación de la capacidad de pago del posible prestatario y dicha determinación debe ser “razonable y de buena fe.” La determinación que realice el prestamista debe fundamentarse en información verificada y en documentos que indiquen que, en el momento en que se solicita el préstamo hipotecario, el posible prestatario “razonablemente” tiene capacidad para reembolsar el préstamo y cumplir con los términos y condiciones.

Los criterios que debe observar un prestamista en la evaluación de la solvencia de un posible prestatario incluyen: (1) realizar la determinación de la solvencia basado en información documental verificada, (2) deben tener en cuenta todos los gastos mensuales tanto del posible prestatario como de las partidas que incluye la mensualidad del préstamo hipotecario, (3) si la propiedad hipotecada tiene gravámenes o condiciones restrictivas, (4) el historial de crédito, (5) los ingresos actuales, (6) cualquier ingreso futuro, (7) el índice de *debt-to-income* del préstamo, (8) la situación laboral, (9) otros recursos financieros del posible prestatario y (10) el valor de la propiedad.

En enero de 2013 el CFPB promulgó un reglamento final para implementar las disposiciones del *ATR/QM rule* el cual entró en vigor el 10 de enero de 2014. El *ATR/QM rule* se compone de dos partes, una obligatoria y otra discrecional.<sup>782</sup> La parte obligatoria establece los criterios de umbral que aplican a todos los préstamos hipotecarios para propiedades residenciales. Estos criterios aplican independientemente del regulador encargado de la supervisión de la entidad crediticia, la ubicación de la propiedad y requieren, entre otras cosas, la evaluación de un posible incumplimiento con el pago del préstamo hipotecario. Esta legislación impone responsabilidad civil y sanciones a los prestamistas, y a ciertos cesionarios de préstamos hipotecarios, que no cumplan con la evaluación de la solvencia o el *ATR/QM rule*. En la parte discrecional del *ATR/QM rule*, el Congreso de EE. UU. concede a los prestamistas la opción de otorgar préstamos hipotecarios con características más rigurosas.<sup>783</sup> A los préstamos hipotecarios con condiciones más rigurosas se les conoce como *qualified mortgage* (QM) mientras que a los demás préstamos hipotecarios se les conoce como *non-qualified mortgage* (no QM). Para ambos tipos de préstamos los *qualified mortgage* y los *non-qualified mortgage* los prestamistas tienen que

---

<sup>781</sup> *Cfr.* Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act § 1411-12, 15 U.S.C. §1639c(a), (b) and (c) (2012) regarding the qualified mortgage (QM) provision.

<sup>782</sup> *Vid.* 15 U.S.C. § 1639c(a), (b).

<sup>783</sup> *Vid.* 15 U.S.C. § 1639c(b).

cumplir con la evaluación de la solvencia del posible prestatario. La distinción entre uno y otro tipo de préstamo es que se permite que los préstamos *non-qualified mortgage* tengan términos no tradicionales. Por ejemplo, una amortización negativa, pagos de interés solamente o cláusulas *lump-sum payment* o *balloon payment*, que son las que obligan a hacer un pago por una suma mayor al final del préstamo. Conforme al CFPB esta distinción del *ATR/QM rule Assessment* se establece con el fin de preservar la elección del consumidor sobre su préstamo hipotecario. No obstante, los *non-qualified mortgage* al ser préstamos que presentan un mayor riesgo de impago, estos préstamos no ofrecen los mismos derechos para los deudores que tienen un préstamo *qualified mortgage*. Y entre dichos derechos se encuentra la acción contra el prestamista que incumpla con la evaluación de la solvencia.

En Puerto Rico la solvencia del posible deudor hipotecario se verifica cuando se evalúan los dos formularios que comentaremos en el epígrafe anterior (*Loan Estimate* y *Closing Disclosure*). Para poder completar estos formularios se le solicita al posible prestatario información sobre sus ingresos regulares, gastos, activos y, además, se verifica el crédito del posible prestatario a través de una agencia de informes de crédito. Las agencias de informes de crédito califican el crédito de los consumidores evaluando las deudas y el historial de pago, para con ello preparar un puntaje del crédito del posible prestatario. Por ejemplo, bajo el sistema de EE. UU. y, por ende, Puerto Rico, la “empírica” es la puntuación de crédito más común y se utiliza para evaluar el historial de crédito de los consumidores. Esta puntuación fue creada por una empresa llamada *Fair Isacc Corporation* mejor conocida como “FICO” y mediante esta fórmula se analizan los datos del posible prestatario.<sup>784</sup>

### **2.3 Sanciones al prestamista que incumple con la valoración de la solvencia del deudor**

En EE. UU. y Puerto Rico se imponen sanciones civiles o *civil liability* cuando las entidades que conceden crédito a los consumidores incumplen con el deber de evaluar la solvencia de los prestatarios. La obligación de realizar la evaluación de la solvencia de los prestatarios se prevé sólo en los casos de concesión de créditos hipotecarios y tarjetas de crédito. (USC §1639 (c) y USC §1665 (e)). Sin embargo, de momento solo se establecen sanciones específicas por incumplimiento cuando se trata de un crédito hipotecario.

---

<sup>784</sup> FICO (formerly the Fair Isaac Corporation) is a major analytics software company that provides products and services to both businesses and consumers. The company changed its name to FICO in 2009 and is best known for producing the most widely used consumer credit scores that financial institutions use in deciding whether to lend money or issue credit. <http://www.investopedia.com> (consulta 7 de diciembre de 2019.)



Luego de la crisis financiera de 2007, EE. UU. modificó el Título 15 del *US Code, Commerce and Trade, Chapter XIV Consumer Credit Protection*. Esto se hizo a través de la *Dodd-Frank Act*, específicamente, en el *mortgage reform and anti-predatory lending Act* y luego en el *Ability-to-Repay and Qualified Mortgage Standards Under the Truth in Lending Act (Regulation Z) Final Rule*, promulgada por el CFPB en el año 2013. La regulación contenida en las secciones 1639 (c) y 1640 del Título 15 del *US Code* establecen unos criterios mínimos para la evaluación de la solvencia de un posible prestatario que interese contratar un crédito hipotecario para la adquisición de una vivienda (*residential mortgage loan*)<sup>785</sup>. Cuando la evaluación de la solvencia cumpla los requisitos establecidos en la sección 1639 (c) y el Reglamento Z nos encontraremos ante un *qualified mortgage*,<sup>786</sup> y el prestamista no estará sujeto a sanciones pues se presumirá que ha realizado una evaluación de la solvencia del prestatario de forma correcta.<sup>787</sup>

Las sanciones que se imponen se recogen en la sección 1640 del *Civil liability* y entre ellas podemos mencionar las siguientes: (a) indemnización de daños y perjuicios (*actual damages*) del *common law*, este tipo de daño requiere que se prueben los requisitos de una acción civil y (b) los daños tasados o establecidos en la propia legislación §1640 del *Civil liability (statutory damages)*. La concesión de daños tasados o establecidos en la ley es automática, no requiere de prueba sobre la relación de confianza y la sanción es el abono al consumidor de la suma de todos los costos o gastos financieros de la operación. Para el ejercicio de estas acciones se establece un periodo de prescripción de 3 años desde la celebración o firma del contrato y no se exige incumplimiento por parte del prestatario.

También existen sanciones administrativas (*public enforcements*) que tienen la peculiaridad de llevar aparejados reembolsos monetarios a los consumidores. (15 USC

---

<sup>785</sup> *Vid.* §1639 (c) “In accordance with regulations prescribed by the Bureau, no creditor may make a residential mortgage loan unless the creditor makes a reasonable and good faith determination based on verified and documented information that, at the time the loan is consummated, the consumer has a reasonable ability to repay the loan, according to its terms, and all applicable taxes, insurance (including mortgage guarantee insurance) and assessments.”

<sup>786</sup> ÁLVAREZ OLALLA, PILAR, *op. cit.* nota 86, p. 178. “Es hipoteca cualificada aquella que prevé pagos regulares que solo se modifican por el cambio del tipo de interés en caso de interés variable, no excede de 30 años de duración, las comisiones y gastos no exceden del 3 por ciento del capital si el crédito es de \$100,000 o más, establece un pago mensual teniendo en cuenta el tipo de interés máximo que puede pagarse en los 5 primeros años, y estableciendo pagos comprensivos de capital e interés de tal modo que se devuelva todo el capital durante la vida del préstamo, se han tenido en cuenta los ingresos, los activos, diferentes de la propiedad dada en garantía, y las obligaciones del deudor, incluido los alimentos, cuidado de hijos, y la ratio *debt to income* (DTI) calculado de la forma que se describe en la propia norma reglamentaria que no es superior al 43%. Existen, sin embargo, algunas excepciones unas de carácter temporal y otras determinadas por el tipo de crédito.”

<sup>787</sup> *Ibid.* p. 177-178.

§1639 (h)) Por ejemplo, la multa prevista en caso de no realizarse la tasación del inmueble que se utiliza como garantía de un préstamo hipotecario es de \$2,000.<sup>788</sup>

La concesión de un préstamo a un deudor con evaluación de solvencia negativa puede llegar a trascender la relación contractual y se puede afectar la eficacia del contrato cuando llegado el momento de cumplir con el pago de la deuda, el deudor devenga insolvente. En vista de ello, la imposición de sanciones al banco que no cumpla con la evaluación de la solvencia o que conceda un crédito luego de una evaluación de solvencia que arroje un resultado negativo son consecuencias que, aunque existían antes de la crisis económica de 2008, no se atendían con suficiente rigor. Esto ocurría a mi juicio porque, como se sabe, el acreedor no tiene límites para cobrar su crédito y puede ejercer la acción de cobro después de haber realizado la venta forzosa del inmueble utilizado como garantía del crédito. Ahora bien, a mi modo de ver, la evaluación de la solvencia de un prestatario está atada a la evaluación de riesgos y esta actividad de evaluación de riesgos es parte inherente de la actividad bancaria ordinaria. El prestamista debería ser el primer interesado en que el deudor sea solvente y es a éste a quien le corresponde asumir las consecuencias del incumplimiento de esta obligación, a no ser por supuesto que se trate de una omisión voluntaria o premeditada por parte del deudor. Por ello es meritorio evaluar la imposición de sanciones civiles más severas ya que de esta manera se puede llegar a controlar la transferencia del riesgo a terceros como, por ejemplo, los participantes del mercado secundario de hipotecas. Por tanto, si de verdad se quiere un cambio que promueva la responsabilidad tanto del deudor como de la industria bancaria se debe continuar en la dirección de imponer sanciones civiles más severas como: la privación del derecho a cobrar los intereses o las comisiones, o la prohibición del ejercicio de la cláusula de vencimiento anticipado.

### **3. El derecho a la protección del hogar principal y el hogar familiar**

En Puerto Rico existe un alto interés social por fomentar la adquisición por cada familia de una vivienda adecuada y segura. A diferencia de lo que ocurre en otras jurisdicciones los puertorriqueños prefieren ser propietarios de sus residencias. Esto se debe, en parte, a nuestra situación geográfica como archipiélago la cual reduce nuestros límites de movilidad residencial, contrario a los EE. UU. en donde las familias tienden a mudarse con más frecuencia por razones familiares, de estudio o de trabajo, y no siempre consideran

---

<sup>788</sup> *Ibid.* p. 177-180.

beneficioso comprar viviendas permanentes. Desde hace mucho tiempo la protección del hogar, residencia principal o vivienda habitual forma parte del ordenamiento jurídico puertorriqueño. La primera ley promulgada a esos efectos fue la “Ley para Definir el Hogar Seguro y para Exentarlo de una Venta Forzosa,” de 12 de marzo de 1903.<sup>789</sup> Esta fue la primera ley que se estableció en Puerto Rico para la protección del hogar seguro o vivienda habitual de los consumidores puertorriqueños, pero la misma fue derogada en su totalidad por la Ley 87/1936, de 13 de mayo. En Puerto Rico la importancia de brindar protección al concepto de “hogar seguro” fue incorporada en la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico<sup>790</sup> en la Sección 7 del Artículo II, que dispone lo siguiente:

“Se reconoce como derecho fundamental del ser humano el derecho a la vida, a la libertad y al disfrute de la propiedad. No existirá la pena de muerte. Ninguna persona será privada de su libertad o propiedad sin debido proceso de ley, ni se negará a persona alguna en Puerto Rico la igual protección de las leyes. No se aprobarán leyes que menoscaben las obligaciones contractuales. Las leyes determinarán un mínimo de propiedad y pertenencias no sujetas a embargo.”<sup>791</sup>

Luego fue promulgada la Ley 116/2003, de 2 de mayo, para traer al ordenamiento jurídico puertorriqueño la protección de la vivienda habitual. No obstante, dicha ley protegía la vivienda, pero en términos de concederle un valor monetario de protección que fluctuaba en \$15,000, con lo cual a pesar de la existencia de una protección para el hogar familiar muchas familias perdían sus viviendas ante un proceso de ejecución hipotecaria porque el valor monetario protegido estaba muy por debajo de la cantidad adeudada. La pérdida del hogar familiar representa un duro golpe para cualquier familia y dicha pérdida no sólo tiene implicaciones económicas, sino que, además, afecta la estabilidad de todos los miembros del núcleo familiar. La protección del hogar en Puerto Rico es muy importante porque para muchos puertorriqueños su hogar representa casi la totalidad de su patrimonio. Por tanto, reconociendo que la cantidad de \$15,000 como valor monetario protegido establecido en 1936 no era cónsono con la realidad contemporánea y no era suficiente para dotar a la vivienda habitual con una protección adecuada y efectiva, el legislador puertorriqueño cambió de enfoque y diseñó con el propósito de proteger la vivienda. Así las cosas, en 2011 fue promulgada la Ley 195/2011, de 13 de septiembre, del Derecho a la Protección del Hogar Principal y el Hogar Familiar. Esta ley protege el “hogar seguro” y tiene como finalidad que

---

<sup>789</sup> Vid. Ley para Definir el “*Homestead*” y para Exentarlo de una Venta Forzosa de 12 de marzo de 1903 (1903 Leyes de Puerto Rico 107).

<sup>790</sup> La vigencia de la Constitución comenzó el 25 de julio de 1952.

<sup>791</sup> Vid. Puerto Rico CONST § 7

cada ciudadano propietario cuente con una protección ante el riesgo de una sentencia de ejecución contra la residencia principal o vivienda habitual. La protección económica que establece la Ley 195/2011, de 13 de septiembre, se dirige exclusivamente a dictar las reglas para proteger el derecho a hogar seguro de las acciones promovidas por acreedores en virtud de sentencia o ejecución y no restringe el derecho a hogar seguro en los casos de divorcio por razón de adjudicársele la custodia de los hijos a uno de los cónyuges.

Sin embargo, como toda legislación la Ley 195/2011, de 13 de septiembre, tiene su trampa. El art. 3 de la ley establece lo que constituye el derecho a un hogar seguro y lo define como:

“Todo individuo o jefe de familia, domiciliado en Puerto Rico, tendrá derecho a poseer y disfrutar, en concepto de hogar seguro, una finca consistente en un predio de terreno y la estructura enclavada en el mismo, o una residencia bajo el régimen de la Ley de Condominios, o una residencia edificada bajo el derecho de superficie, que le pertenezca o posea legalmente, y estuviere ocupado por éste o por su familia exclusivamente como residencia principal.”<sup>792</sup>

El art. 4<sup>793</sup> de la Ley 195/2011, de 13 de septiembre, indica que el derecho de hogar seguro es irrenunciable y cualquier pacto en contrario será declarado nulo, pero a la misma vez este artículo establece ciertas circunstancias en las cuales el derecho a hogar seguro se entenderá renunciado tales como:

“No obstante, el derecho a hogar seguro se entenderá renunciado, en las siguientes circunstancias:

- a) En todos los casos donde se obtenga una hipoteca, que grave la propiedad protegida.
- b) En los casos de cobro de contribuciones estatales y federales.
- c) En los casos donde se le deban pagos a contratistas para reparaciones de la propiedad protegida.
- d) En los casos donde la persona que reclame o haya reclamado, previamente el derecho que se reconoce a tenor con este capítulo prefiera reclamar, en una Petición bajo el Código de Quiebras Federal, las exenciones bajo la Sección 522(b)(2), de dicho Código, en vez de las exenciones locales y la de hogar seguro que permite el Código de Quiebras bajo la Sección 522(b)(3).
- e) En todos los casos de préstamos, hipotecas, contratos refaccionarios y pagarés constituidos a favor de o asegurados u otorgados por la Puerto Rico Production Credit Association, Small Business Administration, la Autoridad para el Financiamiento de la Vivienda de Puerto Rico, la

---

<sup>792</sup> *Vid.* 31 L.P.R.A. § 1858

<sup>793</sup> *Vid.* 31 L.P.R.A. § 1858 a - Irrenunciabilidad y sus excepciones

Administración Federal de Hogares de Agricultores, la Federal Home Administration (FHA), la Administración de Veteranos de Estados Unidos y el Departamento de Desarrollo Económico y Comercio de Puerto Rico; y las entidades sucesoras de los antes mencionados, así como a favor de cualquier otra agencia o entidad estatal o federal que garantice préstamos hipotecarios que se aseguran y se venden en el mercado secundario.”

Y es precisamente, en este art. 4 en donde se encuentra la trampa debido a que los acreedores hipotecarios están exentos de las disposiciones de esta ley. Esto se debe, a mi juicio, al enorme *lobby* que ejercieron los bancos y demás entidades crediticias las cuales crearon una enorme presión política y económica para influir en las disposiciones de la ley. No obstante, aunque la Ley 195/2011, de 13 de septiembre, no es perfecta la misma es importante porque protege a los consumidores puertorriqueños del embargo, sentencia o ejecución de la vivienda familiar para el pago de toda deuda excepto las relacionadas con las exclusiones que establece el art. 4 de la ley. Por ejemplo, cualquier cobro de dinero como pago de toda deuda a excepción de las excluidas en el art. 4.<sup>794</sup> Además, el art. 6 de la Ley 195/2011, de 13 de septiembre, establece una medida adicional muy importante para proteger el hogar seguro o vivienda habitual de un consumidor puertorriqueño al establecer que:

“Artículo 6 - Protección continuará después de la muerte, el abandono o el divorcio.

La protección establecida en el Artículo anterior subsistirá después de la muerte de uno de los cónyuges a beneficio del cónyuge supérstite mientras éste continúe ocupando dicho hogar seguro, y después de la muerte de ambos cónyuges a beneficio de sus hijos hasta que el menor de éstos haya alcanzado la mayoría de edad. En los casos donde el hombre o la mujer abandonase a su familia, la protección continuará a favor del cónyuge que ocupe la propiedad como residencia; y en caso de divorcio el tribunal que lo conceda deberá disponer del hogar seguro según la equidad del caso.

Cuando se trate de persona no casada, pero jefe de familia por razón de depender de ella para su subsistencia, sus ascendientes o descendientes hasta el tercer grado de consanguinidad o de afinidad, la protección subsistirá después de la muerte de aquélla a beneficio de sus indicados familiares mientras éstos continúen ocupando dicho hogar seguro, y hasta tanto que el menor de dichos dependientes haya llegado a la mayoría de edad.”

La protección de la vivienda habitual se extiende hasta después de la muerte de uno de los cónyuges a favor del cónyuge supérstite y a beneficio de los hijos. La Ley 195/2011,

---

<sup>794</sup> *Vid.* 31 L.P.R.A. § 1858 b - Protección contra embargo, sentencia o ejecución.

de 13 de septiembre, también provee protección en casos de arrendamiento y venta que por no ser objeto de estudio en esta tesis no entraremos en la discusión de estas protecciones adicionales.

La Ley 195/2011, de 13 de septiembre, establece un derecho personal con transcendencia real. El TS de Puerto Rico al interpretar la extensión y naturaleza de esta ley en la sentencia del caso *Rivera García v. Registradora*, 189 D.P.R. 628 (2013), determinó que la Ley 195/2011, de 13 de septiembre, provee un derecho a hogar seguro que remueve del tráfico comercial la propiedad protegida quedando ésta fuera del alcance de los acreedores con excepción de lo dispuesto en el art. 4 de la ley. A su vez, Ley 195/2011, de 13 de septiembre, representa una limitación a lo dispuesto en el art. 1.156<sup>795</sup> de CC de Puerto Rico de 2020 sobre responsabilidad patrimonial que establece que: “del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor, con todos sus bienes presentes y futuros.” Es decir, las disposiciones de esta ley limitan la responsabilidad patrimonial universal de todos los deudores en Puerto Rico.

Como parte de las formalidades que establece Ley 195/2011, de 13 de septiembre, se requiere que los propietarios designen mediante escritura pública de compraventa (adquisición) o acta, la propiedad objeto de protección, y el Registrador de la Propiedad deberá inscribir dicha designación anotando que la propiedad en cuestión ha sido designada como hogar seguro por su propietario lo que tendrá el efecto de servir de aviso público.<sup>796</sup> El consumidor solo tendrá derecho a designar una propiedad como su hogar seguro e intentar inscribir el derecho de hogar seguro en más de una propiedad inmueble o el lograr inscribir a favor de otra persona la protección de hogar seguro cuando dicha persona no tuviere derecho, son actuaciones ilegales típicas como delito grave con pena de reclusión.<sup>797</sup>

Aunque la Ley 195/2011, de 13 de septiembre, beneficia a los consumidores puertorriqueños, esta ley excluye de la protección aquellas deudas relacionadas con un préstamo hipotecario lo que, sin duda, coloca a los consumidores puertorriqueños en riesgo de perder su vivienda ante un proceso de ejecución hipotecaria.

#### **4. Reformas implementadas en atención a la crisis económica de 2008**

---

<sup>795</sup> *Vid.* art. 1811 del CC de Puerto Rico de 1930.

<sup>796</sup> *Vid.* 31 L.P.R.A. § 1858 f - Reclamación de hogar seguro en título de adquisición; anotación en el Registro de la Propiedad y cancelación del derecho en el Registro de la Propiedad.

<sup>797</sup> *Vid.* 31 L.P.R.A. § 1858g - Penalidad por inscripción ilegal.

Como parte de las medidas adoptadas luego de la crisis financiera de 2007, el Congreso de EE. UU. aprobó el *Housing and Economic Recovery Act* con el objetivo de recuperar la confianza en el mercado hipotecario norteamericano a través de la inyección de unos 300 mil millones de dólares que garantizarían las hipotecas existentes. De esos 300 mil millones se emplearon 50 mil millones en el *Troubled Asset Relief Program* (TARP) para paralizar los procesos de ejecución de hipotecas y se aprobó el *Home Affordable Refinance Program* (HARP) para ayudar a las familias norteamericanas a refinanciar sus hipotecas bajo condiciones más beneficiosas.

Además, con el objetivo de reactivar la economía el Congreso de EE. UU. aprobó en 2009 el *American Recovery and Reinvestment Act* (ARRA) para introducir medidas de gasto público, mejorar las prestaciones por desempleo y reducir los impuestos, así como distintas inversiones en infraestructura, educación y salud. A finales de 2010 el Congreso de EE. UU. aprobó el *Tax Relief, Unemployment Insurance Reauthorization, and Job Creation Act* para fortalecer la recuperación económica, crear empleos y establecer nuevos ajustes o recortes en el pago de impuestos.

A continuación, presentamos la legislación de EE. UU. y Puerto Rico promulgada para atender la crisis económica de 2008.

#### **4.1 Aplicación en Puerto Rico del *loss mitigation procedure* de EE. UU.**

El 10 de enero de 2014, entró en vigor el reglamento o procedimiento de mitigación de pérdidas o *loss mitigation procedure*. Este reglamento regula detalladamente la presentación y evaluación de las solicitudes de mitigación de pérdida que pueden presentar los deudores cuando están atrasados en el pago de sus préstamos hipotecarios. Un proceso de mitigación de pérdida puede ser invocado por un deudor hipotecario, que se encuentre en mora, antes de que comience un proceso de ejecución de hipoteca, así como luego de emitida la sentencia de ejecución de hipoteca, siempre y cuando, el deudor solicite el proceso de mitigación de pérdida 37 días antes de la venta judicial o venta en pública subasta.

El *loss mitigation procedure* establece alternativas para la modificación de los términos y condiciones de un préstamo hipotecario entre las cuales podemos mencionar: (a) planes de indulgencia a corto plazo o *forbearance* que consisten en no realizar el pago mensual de la hipoteca o porciones del pago mensual de la hipoteca por un periodo de 6 meses, (b) planes de pago a corto plazo cuando la solicitud de *loss mitigation* está incompleta y (c) planes de pago a corto plazo para el repago de la deuda hipotecaria, esta opción permite al deudor

poner al día un préstamo hipotecario que se encuentre atrasado por un periodo no mayor de 3 meses pagando los atrasos en un periodo de 6 meses.

El *loss mitigation procedure* trae como beneficio para el deudor la prohibición de referido a ejecución hipotecaria y prohibición de mantener acciones paralelas o simultáneas (*dual tracking*) mientras se evalúa una solicitud de *loss mitigation*. Se entiende que el *dual tracking* ocurre cuando el administrador del préstamo hipotecario (*mortgage servicer*) inicia, presenta, continúa o promueve una acción de ejecución hipotecaria (*foreclosure*), mientras se encuentra evaluando una solicitud completa de mitigación de pérdida (*loss mitigation application*) relacionada con la residencia principal o vivienda habitual de un deudor. La prohibición de *dual tracking* constituye una de las protecciones más importantes en favor de los deudores hipotecarios establecidas con el propósito de que éstos puedan efectivamente protegerse contra la pérdida de su hogar. De forma resumida procedemos a desglosar y detallar los requisitos del procedimiento de *loss mitigation*.

Como principio fundamental del procedimiento de *loss mitigation*, el Gobierno Federal de EE. UU. impone a los administradores de los préstamos hipotecarios (*mortgage servicers*) que éstos deben contactar al deudor antes de iniciar un proceso de ejecución de hipotecas e incluso deben contactar al deudor cuando dicho deudor se encuentre en mora. A los 36 días después de que un deudor no paga la mensualidad de su préstamo hipotecario, el administrador del préstamo hipotecario debe hacer un esfuerzo de buena fe para establecer contacto con el deudor. Si la situación del deudor así lo exige, el administrador del préstamo hipotecario debe informarle al deudor sobre las alternativas de un plan de mitigación de pérdida (*loss mitigation*) que incluya desde opciones para la modificación del préstamo o el establecimiento de periodos de indulgencia para el deudor, de manera que el deudor pueda evitar la ejecución de su vivienda. Entre los 36 y 45 días de atraso en el pago de la mensualidad de un préstamo hipotecario, el administrador del préstamo hipotecario debe enviar una notificación por escrito al deudor para que se comunique con el administrador del préstamo y en esa comunicación debe:

- a. Brindar el número de teléfono del personal asignado para atender al deudor.
- b. Brindar al deudor ejemplos de opciones de mitigación de pérdidas (*loss mitigation*).
- c. Enviar al deudor información acerca de cómo contactar a un consejero de vivienda autorizado por el *Department of Housing and Urban Development* (HUD) de EE. UU.



Una vez el deudor presenta la solicitud de mitigación de pérdidas, el administrador del préstamo hipotecario (*mortgage servicer*) debe evaluar al deudor. Si la solicitud de *loss mitigation* es presentada 45 días o más antes de la venta judicial o venta en pública subasta, el *mortgage servicer* debe:

- a. A la brevedad revisar la solicitud de *loss mitigation* y determinar si dicha solicitud está completa o incompleta.
- b. Notificar por escrito al deudor en 5 días acusando recibo de la solicitud de *loss mitigation* y la determinación sobre si la solicitud está completa o incompleta. En caso de que la solicitud se encuentre incompleta, el administrador del préstamo hipotecario debe notificar al deudor sobre cuáles son los documentos e información adicional que debe presentar para que la solicitud de *loss mitigation* se entienda completa. Esta notificación debe incluir un aviso al deudor para que contacte a los administradores de los préstamos hipotecarios de cualquier otro préstamo que esté garantizado con la misma propiedad, si aplica, para discutir las opciones de *loss mitigation* disponibles.

Si el administrador del préstamo hipotecario (*mortgage servicer*) recibe una solicitud de mitigación de pérdida completa, 37 días antes de la venta judicial o venta en pública subasta, entonces dentro de los siguientes 30 días deberá:

- a. Evaluar al deudor en todas de las opciones de mitigación de pérdida disponibles para éste.
- b. Proporcionar al deudor un aviso por escrito indicando la determinación sobre las opciones de mitigación de pérdida y que dichas opciones se ofrecen al deudor en nombre o a favor del acreedor o cesionario de la hipoteca.

Un administrador de un préstamo hipotecario<sup>798</sup> (*mortgage servicer*) no debe evadir el requisito de evaluar una solicitud de mitigación de pérdida para todas de las opciones de mitigación disponibles para el deudor y puede incluso ofrecer una opción de mitigación de pérdida basada en la evaluación de cualquier información provista por el deudor. El

---

<sup>798</sup> Con excepción de lo establecido en el párrafo (c)(2)(ii) de esta sección.

*mortgage servicer* tiene discreción para evaluar una solicitud de *loss mitigation* que se encuentre incompleta. Una vez evaluada la solicitud de *loss mitigation*, el administrador del préstamo hipotecario (*mortgage servicer*) debe enviar una notificación al deudor en donde se indique: (a) la fecha que tiene el deudor para aceptar o rechazar una oferta a un programa de mitigación de pérdida y (b) que el deudor tiene derecho a apelar la denegación de cualquier opción de modificación del préstamo hipotecario, así como la fecha para presentar dicho recurso y todos los requisitos para presentar la apelación. Cuando la solicitud de *loss mitigation* es denegada el administrador del préstamo hipotecario deberá hacer constar lo siguiente:

- a. Las razones específicas de la determinación para cada una de las opciones de modificación del préstamo ya sean modificaciones temporeras o permanentes.
- b. Que el deudor puede apelar la determinación del administrador del préstamo hipotecario, el plazo para que el deudor presente la apelación y los requisitos para presentar la apelación. La apelación será atendida por la misma entidad, pero por un empleado distinto al que atendió la solicitud original.

Un administrador de un préstamo hipotecario (*mortgage servicer*) puede presentar una demanda de ejecución de hipoteca cuando ocurra alguna de las siguientes situaciones:

- a. El préstamo hipotecario se encuentre en incumplimiento por un periodo de 120 días de o más.
- b. La ejecución de la hipoteca se basa en la violación por parte del deudor de una cláusula “*due-on-sale*.”<sup>799</sup>
- c. El administrador del préstamo hipotecario se une a la acción de ejecución de hipoteca que fue presentada por un acreedor subordinado.
- d. El administrador del préstamo hipotecario ha enviado al deudor un aviso<sup>800</sup> o notificación sobre la evaluación de la solicitud de *loss mitigation*, en la cual le indica al deudor que no es elegible para ninguna opción de mitigación de pérdida disponible, se incluyen los términos para el proceso de apelación y el deudor no

---

<sup>799</sup> La cláusula *due-on-sale* es una cláusula de aceleración que dispone, en esencia, que, si el deudor vende la propiedad sin el consentimiento del acreedor, éste podrá, a su opción, declarar vencida la totalidad de la deuda y recurrir a la ejecución de la hipoteca. El acreedor renuncia a este derecho de aceleración si antes de la venta somete al nuevo adquirente a un examen de su crédito y éste acuerda pagar una nueva tasa de interés. <http://www.mjusticia.gob.es> (consulta 5 de agosto de 2018).

<sup>800</sup> De conformidad con el párrafo (c) de esta sección.

ha presentado un recurso de apelación dentro del plazo aplicable o el recurso de apelación presentado por el deudor fue denegado.

- e. El deudor rechazó todas las opciones de mitigación pérdida ofrecidas por el administrador del préstamo hipotecario.
- f. El deudor incumple con el plan de *loss mitigation* o es incapaz de realizar el acuerdo sobre opción de mitigación de pérdida.

El procedimiento de *loss mitigation* exige a los administradores de los préstamos hipotecarios (*mortgage servicers*) que éstos tienen que evaluar todas las opciones de prevención de ejecución hipotecaria para las cuales el deudor puede cualificar siempre que el deudor presente una solicitud de mitigación de pérdida completa y a tiempo. Sin embargo, los administradores de los préstamos hipotecarios, los prestamistas y los inversionistas no están obligados a ofrecer opciones específicas de mitigación de pérdidas. Cuando los administradores del préstamo hipotecario niegan a un deudor una opción de modificación de un préstamo hipotecario deben explicar las razones específicas para dicha denegatoria. Por ejemplo, si a un deudor se le niega la opción de modificación de su préstamo hipotecario debido a una exigencia de un inversionista, el administrador del préstamo hipotecario debe explicar dicho requisito al deudor y en qué consiste dicha exigencia.

Un deudor puede solicitar los beneficios de un programa de *loss mitigation*, pero el *mortgage servicer* no tiene el deber de proveer una opción específica para que un deudor pueda acogerse a un programa de *loss mitigation*.<sup>801</sup> El deudor no puede imponerle al acreedor ni al *mortgage servicer* los términos de un acuerdo incluyendo lo relacionado a la evaluación de la solicitud de *loss mitigation* y tampoco puede imponer una opción de *loss mitigation* específica para él.

En atención a la crisis hipotecaria y como seguimiento al *loss mitigation procedure*, el CFPB estableció el reglamento *2013 TILA-RESPA Final Rule & Amendments*<sup>802</sup> que entró en

---

<sup>801</sup> *Vid.* 12 CFR § 1024.41(a).

<sup>802</sup> Este reglamento aplicará a los préstamos *closed-end consumer mortgages*,<sup>802</sup> no así a los *home equity lines of credit* (HELOC),<sup>802</sup> a los *reverse mortgages* (hipoteca inversa) o los *mortgages secured by a mobile home or by a dwelling that is not attached to real property*. Tampoco aplicará los acreedores que otorguen cinco (5) o menos de cinco (5) préstamos hipotecarios al año. Closed-end consumer mortgage is a restrictive type of mortgage that cannot be prepaid, renegotiated or refinanced without paying breakage costs to the lender. This type of mortgage makes sense for homebuyers who are not planning to move anytime soon and will accept a longer-term commitment in exchange for a lower interest rate. Closed-end mortgages also prohibit pledging collateral that has already been pledged to another party. HELOC es una línea de crédito hipotecario o línea de crédito “abierta” que le permite al deudor tomar prestado en varias ocasiones sobre su capital inmobiliario. El acuerdo es que el deudor retirará de la línea de crédito a través del transcurso del tiempo, por lo general hasta cierto límite de crédito, usando cheques especiales o una tarjeta de crédito. A medida que el deudor paga el

vigor el 3 de octubre de 2015. Las últimas reformas al *2013 TILA-RESPA Final Rule & Amendments* entraron en vigor el 19 de octubre de 2017.<sup>803</sup>

El reglamento de *loss mitigation* es una legislación uniforme, aprobada e implementada por el Gobierno Federal de EE. UU. El establecimiento de este reglamento no impide que los Estados y territorios de EE. UU. establezcan legislaciones más rigurosas para proteger a los deudores que se encuentran ante un proceso de ejecución de hipoteca. Por tanto, podría decirse que el reglamento de *loss mitigation* es la legislación que establece los criterios mínimos que deben aplicar los Estados y territorios de EE. UU. en beneficio de los consumidores que se encuentran en peligro de perder sus viviendas.

Entendemos que el reglamento de *loss mitigation* es limitado desde el punto de vista de la protección de un consumidor que tiene un alto nivel de endeudamiento. El reglamento

---

capital, puede sacar de nuevo esa cantidad. Esta parte del plan se conoce como “período de retiro,” que suele tener una duración de un término fijo, por lo general de diez años. Después de que termina el período de retiro le sigue el “período de pago,” durante el cual el deudor tiene que pagar el saldo pendiente de los pagos periódicos regulares de capital e intereses. El periodo de amortización también es un plazo fijo en cuanto a número de años.

<sup>803</sup> Las enmiendas más importantes relacionadas con el procedimiento de *loss mitigation* que se incluyeron en el 2013 TILA-RESPA Final Rule & Amendments son: (a) Requiere a los administradores de los préstamos hipotecarios (*mortgage servicers*) que evalúen a los deudores en mora para opciones de mitigación de pérdida (*loss mitigation*), en más de una ocasión durante la vigencia del préstamo hipotecario, siempre y cuando el deudor se haya puesto al día en el pago del préstamo hipotecario en cualquier momento entre la primera solicitud de *loss mitigation* y la segunda o subsiguiente solicitud de *loss mitigation*. Como parte de las modificaciones adicionales, se establece que los deudores tienen una causa de acción privada contra los administradores de los préstamos hipotecarios (*mortgage servicers*) que incumplan con esta nueva regla, (b) Clarifica como los administradores de los préstamos hipotecarios (*mortgage servicers*) deben seleccionar una fecha razonable en la cual el deudor debe entregar todos los documentos e información requerida para la evaluación de una solicitud de *loss mitigation*, (c) Clarifica y reitera la prohibición del *dual tracking* cuando el administrador del préstamo hipotecario ha comenzado un proceso de ejecución de hipoteca y el deudor presenta, a tiempo, una solicitud completa de *loss mitigation*: (i) El administrador del préstamo no podrá solicitar que se dicte sentencia de ejecución de hipoteca y/o promover la venta forzosa del inmueble hipotecado, aun cuando el procedimiento sea llevado a cabo por una tercera persona: (1) A menos que la solicitud de *loss mitigation* del deudor fue denegada, retirada o el deudor no cumplió con el acuerdo o plan establecido en *loss mitigation* y (2) Le impone la obligación al administrador del préstamo hipotecario de instruir con prontitud al abogado que esté llevando a cabo el procedimiento de ejecución de hipoteca, para que éste no presente o no lleve a cabo ningún trámite que disponga del caso o promueva la venta forzosa del inmueble a ser ejecutado. El administrador del préstamo hipotecario no quedará relevado de su responsabilidad por las acciones ejercidas por el abogado que esté a cargo del caso de ejecución de hipoteca. Además, le impone la sanción de solicitar el desistimiento de la acción de ejecución de hipoteca para evitar la venta forzosa del inmueble hipotecado que es utilizado por el deudor como su vivienda habitual; (d) Establece que los administradores de los préstamos hipotecarios deben ejercer una diligencia razonable para obtener la información necesaria para evaluar a los deudores que han presentado una solicitud de *loss mitigation* cuando la información que falta de evaluar no está bajo el control de los deudores, entendiéndose información bajo el control de un tercero. Se les requiere a los administradores de los préstamos hipotecarios que ejerzan una diligencia razonable para obtener la información que necesitan y les prohíbe a estos denegar una solicitud de *loss mitigation* basado en el hecho de que no tienen la información provista por un tercero; (e) Clarifica como el administrador del préstamo hipotecario aplicará los términos del procedimiento de *loss mitigation* cuando el préstamo objeto de evaluación es transferido o vendido; (f) Clarifica la definición de morosidad (*delinquency*) y establece que se entenderá que el deudor ha incumplido con su obligación de pagar el préstamo hipotecario y se encuentra en mora comenzando con la fecha en la cual vence el pago periódico que cubre el principal e interés y, si aplica, la aportación correspondiente a la cuenta en plica (*escrow account*).

de *loss mitigation* básicamente le impone al administrador del préstamo hipotecario (*mortgage servicer*) la obligación de evaluar al deudor en todas las opciones de mitigación de pérdida disponibles para el deudor, pero le provee mucha flexibilidad en la coordinación de las opciones de *loss mitigation*. Dicha flexibilidad debería evaluarse con detenimiento debido a que el *mortgage servicer* es el encargado de implementar las reformas legislativas promulgadas en beneficio de los deudores (consumidores), y a su vez, es la entidad creada para la gestión de los préstamos hipotecarios titulizados. Al *mortgage servicer* se le impone una función dual que ha generado posturas encontradas y contradictorias. El *mortgage servicer* es el encargado de implementar las reformas legislativas dirigidas, principalmente, a lograr la modificación de los términos y condiciones de los préstamos hipotecarios concedidos antes de la crisis financiera de 2007. Es decir, el *mortgage servicer*, por un lado, tiene deberes contractuales con los dueños de los títulos hipotecarios titulizados y, por otro lado, tiene que implementar las reformas legislativas promulgadas en beneficio de los deudores hipotecarios. Esta situación trae como consecuencia que, si un deudor hipotecario desea llevar a cabo una negociación para establecer un plan de pago de su deuda hipotecaria, necesariamente, tiene que negociar con el *mortgage servicer*. Por tanto, las obligaciones del *mortgage servicer* con el fondo que posee la hipoteca titulizada, sin duda, se antepondrán a la evaluación de un plan de pago de un préstamo hipotecario obtenido para la adquisición de una vivienda. Las responsabilidades asignadas al *mortgage servicer* adquieren mucha relevancia y entendemos que existe la necesidad de un seguimiento al desempeño de la figura. Según hemos mencionado a lo largo de este trabajo luego de la crisis económica de 2008 hubo un aumento en los casos de ejecución hipotecaria y este aumento tuvo un impacto significativo en la gestión y administración de los préstamos hipotecarios agrupados en carteras de préstamos titulizados. Ante esta situación debemos preguntarnos: ¿Cómo se gestionaron las ejecuciones hipotecarias por los administradores de los préstamos hipotecarios? Luego de la crisis económica de 2008 se ha observado que en la industria o negocio de la administración de préstamos hipotecarios ocurrió lo siguiente: (1) se hicieron modificaciones a los términos y condiciones de los préstamos hipotecarios concedidos, modificaciones que se hicieron a gran escala o en gran cantidad debido al incumplimiento generalizado con el pago de los préstamos hipotecarios, (2) las modificaciones de los préstamos hipotecarios provocaron una reducción en los ingresos del fideicomiso que mantiene el fondo de hipotecas titulizadas, (3) los deudores que recibieron modificaciones volvieron a incumplir con el pago de sus préstamos hipotecarios pero a unas tasas de interés

más altas y (4) la modificación de los préstamos hipotecarios a menudo no parece que fue realizada en el mejor interés o beneficio de los deudores hipotecarios.

Además, entendemos que existe la necesidad de un seguimiento al desempeño de la figura del administrador de un préstamo hipotecario por lo siguiente: (1) es quien determina cuándo y cómo se lleva a cabo la ejecución hipotecaria (2) es quien determina el costo del proceso de ejecución hipotecaria y dicho costo incide en el pago de la deuda hipotecaria, (3) es quien toma decisiones sobre las alternativas de pago ofrecidas a los deudores hipotecarios y (4) en muchas ocasiones es quien realiza la posterior venta del inmueble ejecutado. En Puerto Rico las funciones que realiza el *mortgage servicer* incluyen tanto la gestión administrativa del préstamo antes de la ejecución y las tareas relacionadas con el inmueble después de la ejecución, ambas vertientes, lógicamente, chocan con las posibilidades de los deudores para evitar la pérdida de su vivienda habitual. No podemos olvidarnos que uno de los propósitos de la titulización de hipotecas fue la creación del *servicing* en la gestión y administración de los préstamos hipotecarios concedidos por los bancos de EE. UU. Por tanto, la figura del *mortgage servicer* merece especial atención y estudio.

#### **4.2 Ley para la Mediación Compulsoria y Preservación de tu Hogar en los procesos de Ejecución de Hipoteca de una Vivienda Principal**

El 17 de agosto de 2012, fue aprobada la Ley 184/2012 conocida como Ley para la Mediación Compulsoria y Preservación de tu Hogar en los procesos de Ejecuciones de Hipoteca de una Vivienda Principal. Con esta ley se creó un proceso de mediación compulsoria ante los tribunales o foros administrativos de Puerto Rico para todo deudor hipotecario. El proceso de mediación compulsoria se debe llevar a cabo antes de iniciar un proceso de ejecución de hipoteca y sólo aplicará a la vivienda principal del deudor hipotecario. La mediación compulsoria trata de un procedimiento no adjudicativo en el que participa un mediador (parte neutral) que asiste al deudor hipotecario para que éste pueda contener la morosidad de su préstamo hipotecario y, a la misma vez, colabora con el acreedor hipotecario o *mortgage servicer* para alcanzar alternativas que promuevan una reestructuración viable del préstamo. Para que un deudor pueda recibir los beneficios de esta ley, el deudor debe haber contestado la demanda de ejecución de hipoteca, no puede haber sido sancionado por el Tribunal con la eliminación de sus alegaciones y no puede encontrarse incurso en rebeldía.

Los gastos del proceso de mediación deberán ser pagados, salvo pacto en contrario, en partes iguales tanto por el deudor como por el acreedor hipotecario o *mortgage servicer*. Este procedimiento es de carácter jurisdiccional y su incumplimiento conlleva que se no pueda dictar sentencia o celebrarse la venta judicial del inmueble hipotecado.

El 27 de mayo de 2019, fue aprobada la Ley 38/2019 que enmienda el art. 3 de la Ley 184/2012, de 17 de agosto, para que en el proceso de mediación compulsoria se “ayude a las personas en conflicto para que puedan lograr un acuerdo aceptable para ambas partes.” La Ley 38/2019, de 27 de mayo, establece que en la reunión de mediación entre las partes corresponderá al acreedor hipotecario o *mortgage servicer* notificar al deudor hipotecario todas las alternativas disponibles en el mercado para evitar la ejecución de la hipoteca o la venta judicial de la vivienda principal del deudor.

Recientemente, el TS de Puerto Rico interpretó la Ley 38/2019, 27 de mayo, en el caso *Scotiabank de Puerto Rico v. Ramos Rosario*, 2020 TSPR 123, sentencia dictada el 20 de octubre de 2020. En este caso los deudores alegaban que el banco no cumplió con el requisito jurisdiccional de actuar conforme a la buena fe durante el proceso de mediación compulsoria debido a que no les presentaron todas las alternativas disponibles en el mercado para que éstos no perdieran su vivienda principal. El TS de Puerto Rico determinó que el requisito de buena fe es consistente con el requisito jurisdiccional y compulsorio de la Ley 184/2012, de 17 de agosto. En este caso el TS de Puerto Rico estableció las pautas que deben seguirse en una mediación compulsoria y a esos efectos indicó que: (1) las partes deben ir preparadas para negociar y llegar a un acuerdo, de ser posible, (2) las partes deben llevar a la vista o al acto de mediación toda la documentación que requiere el proceso de mediación y cualquier otra documentación necesaria, (3) el representante del acreedor hipotecario debe tener autoridad para llegar a un acuerdo y (4) los acreedores deben proveer a los deudores todas las alternativas disponibles en el mercado, tales como la modificación del préstamo, un análisis en virtud de los programas federales *Home Affordable Modification Program* (HAMP) y *Home Affordable Refinance Program* (HARP), entre otros. El TS de Puerto Rico indicó que en la mediación compulsoria se deben evaluar, incluso, aquellas alternativas que no dependen de la capacidad económica de deudor como lo son la venta corta (*short sale*), la dación en pago y la entrega voluntaria del título. La decisión del TS de Puerto Rico no implica que el acreedor - en aras de cumplir con el proceso de mediación compulsoria - tenga que llegar a un acuerdo con el deudor, pero el acreedor debe notificarle al deudor todas las alternativas disponibles en el mercado en ánimo de hacer un esfuerzo real para evitar la ejecución de la vivienda del deudor. De esta forma se cumple con el interés del Estado de

evitar que miles de consumidores continúen perdiendo sus viviendas en Puerto Rico lo que, sin duda, constituye cumplir con el propósito apremiante que establece la Ley 184/2012, de 17 de agosto, sobre mediación compulsoria en los procesos de ejecución hipotecaria de la vivienda principal de un consumidor.

#### **4.3 Ley de Ayuda al Deudor Hipotecario**

Ley 169/2016, de 9 de agosto, conocida como la Ley de Ayuda al Deudor Hipotecario le requiere al acreedor hipotecario o *mortgage servicer* que antes de iniciar cualquier proceso legal que pueda culminar en una demanda en cobro de dinero y ejecución hipotecaria, se le ofrezca al deudor hipotecario la alternativa de mitigación de pérdidas (*loss mitigation*) y sólo tras dicho proceso haber concluido en su cabalidad y el deudor hipotecario conocer si cualifica o no para alternativas a la ejecución hipotecaria, entonces el acreedor o *mortgage servicer* podrá comenzar un proceso legal ante los tribunales de Puerto Rico. El art. 2 inciso *d* de la ley define mitigación de pérdidas de la siguiente forma: “(d) Mitigación de pérdidas - Se considera mitigación de pérdidas cualquier programa que el acreedor hipotecario tenga disponible bajo las leyes y reglamentos, tanto locales como federales, que le permita al deudor hipotecario realizar un cambio a su préstamo hipotecario, ya sea a través de un Plan de Pago Especial, Modificación de Hipoteca, *Short Sale* o Entrega Voluntaria, entre otros.”

### **5. La falta de atención en Puerto Rico al estudio de medidas que promuevan mayores beneficios para los consumidores**

#### **5.1 La exclusiva tasación del inmueble en el momento de la contratación del préstamo hipotecario**

En Puerto Rico el inmueble utilizado como garantía del préstamo hipotecario se tasa o valora únicamente en el momento de la celebración del contrato de préstamo hipotecario. El costo de la tasación del inmueble es asumido en su totalidad por el prestatario como gasto del proceso de concesión de un préstamo hipotecario y la tasación se realiza por encargo del banco prestamista. Según mencionamos previamente, en Puerto Rico, durante el proceso judicial de ejecución de hipoteca el valor del inmueble no se ajusta al valor presente en el mercado cuando ocurre la venta judicial. Esta situación puede dar lugar a que, en ocasiones,



ocurra un enriquecimiento injusto por parte del acreedor prestamista contra el deudor consumidor.

## **5.2 La imposición al deudor de los gastos del préstamo hipotecario**

En Puerto Rico, los gastos para la formalización de un contrato de préstamo hipotecario, de forma general, se les denomina “*gastos de cierre*” por analogía con el término utilizado en los EE. UU. de *closing charges*. Estos gastos incluyen las siguientes partidas tales como: costo por la originación del préstamo (*application fee* y *underwriting fee*), costo de seguros para la propiedad (*flood determination fee*, *flood monitoring fee*, *tax monitoring fee* y *tax status research*), costo de la mensura del inmueble utilizado como garantía (*survey fee*), costo de seguros de título del préstamo (*insurance binder*, *lender’s title insurance*, *settlement agent fee* y *title search*), los honorarios del Notario Público para el otorgamiento de la escritura de hipoteca, los aranceles o costo de los sellos de rentas internas del Departamento de Hacienda, los aranceles o costo de los comprobantes de presentación del Registro de la Propiedad, (*recording fees*) y costo de la certificación de deuda emitida por el Centro de Recaudación de Impuestos Municipales, entre otros.

El total de gastos que genera la concesión de un préstamo hipotecario, lógicamente, dependerá del valor del inmueble a ser hipotecado. Por ejemplo, un préstamo hipotecario de \$162,000 con tasa de interés de 3.875% tiene un pago mensual de \$761.78 y el total de gastos de cierre para el consumidor es de \$14,147.26. Esto demuestra que, en general, en Puerto Rico los gastos de cierre (*closing charges*) son elevados lo que presenta un problema de acceso a la vivienda. En vista de ello y en ánimo de atender el problema de acceso a la vivienda y promover la industria de la construcción, en varias ocasiones, el Gobierno de Puerto Rico ha establecido leyes con efecto temporero mediante las cuales ha hecho aportaciones a los gastos de cierre de los préstamos hipotecarios concedidos para la adquisición de una vivienda. Un ejemplo de este tipo de legislación es la Ley 216/2011, de 1 de noviembre, sobre Transición del Programa Impulso a la Vivienda. Las aportaciones realizadas por el Gobierno de Puerto Rico a través de la Ley 216/2011, de 1 de noviembre, fueron realizadas en forma de exenciones contributivas en el pago de la ganancia de capital generada de la venta de propiedades inmuebles y exenciones en el pago de derechos y aranceles para instrumentos públicos (escrituras). Con esta ley se pretendió promover la estabilidad del valor de las propiedades inmuebles.

Entendemos que distribuir los gastos incurridos en la formalización de los contratos de préstamos con garantía hipotecaria, como lo ha hecho España, sería de beneficio y contribuiría a establecer un balance que ayude a equilibrar los derechos de los consumidores puertorriqueños. La distribución equitativa de los gastos incurridos en la concesión de un préstamo hipotecario es una reforma necesaria que ayudaría a paliar un poco la difícil situación económica que atraviesan los deudores puertorriqueños, ayudaría a lograr mayor acceso a la vivienda e incluso promovería la economía en general.

### **5.3 La falta de legislación sobre las cláusulas del préstamo hipotecario**

#### **5.3.1 Los intereses moratorios**

En Puerto Rico y EE. UU. los intereses moratorios se pactan en el préstamo hipotecario. Al igual que en España, en Puerto Rico, el establecimiento de intereses moratorios obedece a la imposición de una partida que cubra los posibles daños que pueda sufrir el acreedor por no recibir los pagos de la hipoteca dentro del periodo mensual pactado. En Puerto Rico la partida de intereses moratorios no ha sido modificada mediante disposición legislativa y tampoco ha sido regulada a través de la jurisprudencia. Aunque en Puerto Rico, según hemos mencionado previamente las cláusulas de un préstamo hipotecario no se impugnan en un proceso de ejecución hipotecaria, tenemos que mencionar que, desde el contexto de bonanza económica es normal incluir cláusulas que no son cuestionadas por los consumidores o poderes públicos. Sin embargo, el no prever los efectos nocivos que puede tener una cláusula de intereses moratorios abusiva y el desequilibrio que ésta puede causar en las prestaciones, más que un problema cuyo origen se deriva de un contrato privado de adhesión (préstamo hipotecario), se puede convertir en un problema que incide en los poderes públicos de los Estados ante las consecuencias que conllevaría del impago de las hipotecas y su ejecución masiva, como en efecto ocurrió luego de la crisis económica de 2008. La regulación de los intereses moratorios es una reforma importante que debe ser evaluada en Puerto Rico con el propósito de lograr un equilibrio en beneficio de los deudores hipotecarios.

#### **5.3.2 El vencimiento anticipado o cláusula de aceleración**

La cláusula de vencimiento anticipado insertada en un contrato de préstamo hipotecario es válida conforme establecen los principios contenidos el art. 1.114 del CC de Puerto Rico de 2020<sup>804</sup> y son una manifestación práctica del art. 1.255 del CC Puerto Rico de 2020,<sup>805</sup> en base al cual cabe sostener la resolución del contrato de préstamo cuando el deudor incumple con su obligación de pago y dicha obligación tiene carácter esencial.<sup>806</sup>

Además, en el caso de *Fidelity v. De la Cuesta*<sup>807</sup> el TS de EE. UU. validó la inclusión de la cláusula de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios. El TS de EE. UU. expresó que el Congreso de EE. UU. había delegado expresamente al *Federal Home Loan Bank Board* la facultad de regular a las instituciones financieras de préstamos y ahorros. Dicha delegación de poder se hizo con el propósito de garantizar que las instituciones financieras continuarán lo suficientemente estables y capaces para suministrar financiamiento para la construcción y venta de viviendas en los EE. UU. A través de las cláusulas de vencimiento anticipado, aceptadas y reguladas por el *Federal Home Loan Bank Board*, se les concedió a las instituciones financieras dedicadas a la concesión de préstamos hipotecarios la facultad de incluir las mismas dentro de los términos y condiciones de los préstamos con garantía hipotecaria. El TS de EE. UU. determinó que este tipo de cláusula es un valioso recurso y a menudo una fuente indispensable de protección para la solidez financiera de las instituciones que conceden préstamos hipotecarios. En el *common law* de EE. UU. las cláusulas de vencimiento anticipado brindan capacidad económica a las instituciones financieras para que éstas continúen financiando nuevos préstamos, se entiende que este tipo de cláusula es importante en los contratos de hipoteca y su eliminación tendría un efecto adverso sobre la estabilidad financiera de las instituciones que se dedican a la concesión de préstamos hipotecarios. La eliminación de las cláusulas de vencimiento anticipado incidiría en la capacidad de las instituciones financieras a la hora de vender sus préstamos en los mercados secundarios, además, de reducir la cantidad de fondos disponibles para el financiamiento. La doctrina del *common law* entiende que eliminar la cláusula de vencimiento anticipado provocaría un aumento en las tasas de interés de los préstamos hipotecarios concedidos a los consumidores.

En Puerto Rico la cláusula de vencimiento anticipado es válida y para efectos del acreedor se trata de una obligación para garantizar la seguridad de su crédito. En Puerto Rico

---

<sup>804</sup> *Vid.* art. 1.078 del CC de Puerto Rico de 1930.

<sup>805</sup> *Vid.* art. 1.077 del CC de Puerto Rico de 1930.

<sup>806</sup> El Código Civil español establece lo relacionado al vencimiento anticipado en sus arts. 1.124 y 1.125. *Vid.* ESTRADA ALONSO, EDUARDO y FERNÁNDEZ CHACÓN, IGNACIO, *op. cit.* pp. 173-243.

<sup>807</sup> *Vid.* 458 US 141 (1982) and 12 CFR Sec. 556.9 (f)(1) (1982).

la cláusula de vencimiento anticipado no ha sido modificada mediante disposición legislativa y tampoco ha sido regulada a través de la jurisprudencia. La regulación de esta cláusula es un asunto que debe ser evaluado en Puerto Rico para beneficio de los deudores hipotecarios. Por ejemplo, establecer unos parámetros a cumplir antes de solicitar la ejecución hipotecaria, tal como lo hizo España en el art. 24 de la LCCI.

#### **5.4 El rol del Notario Público puertorriqueño**

En Puerto Rico, al igual que en España, el Notario es el conecedor del derecho que ejerce una función pública al dar fe y autenticidad conforme a las leyes de los negocios jurídicos y demás actos y hechos extrajudiciales que ante él se realicen. El Notario es quien recibe e interpreta la voluntad de los otorgantes, le da forma legal, redacta los documentos notariales y confiere autoridad a éstos. En el cumplimiento de dicha función, el Notario puertorriqueño representa la fe pública y la ley para todas las partes. La fe pública en el Notario es plena respecto a los hechos que, en el ejercicio de su función, personalmente ejecute o compruebe, y también respecto a la forma, lugar, día y hora del otorgamiento. (art. 2 de la Ley Notarial de Puerto Rico, 4 L.P.R.A. sec. 2002).

En Puerto Rico, a pesar del aumento en los casos de ejecuciones hipotecarias luego de la crisis económica de 2008, no se han implementado reformas legislativas dirigidas a incluir deberes más rigurosos a los Notarios a la hora de otorgar escrituras de hipoteca, las cuales según hemos discutido previamente recogen los términos y condiciones del préstamo hipotecario. En el caso de EE. UU. las escrituras de hipoteca no se tienen que formalizar ante un Notario y las mismas tampoco son objeto de calificación por parte de Registradores de la Propiedad.

En Puerto Rico, aunque hemos seguido la tradición de notariado latino nos aplica el derecho procesal del *common law* estadounidense y, según mencionado previamente, la mayoría de los préstamos hipotecarios son concedidos por los bancos a través de la financiación que provee, en su mayoría, el *US Department of Housing and Urban Development* (HUD) y la *Federal Housing Administration* (FHA). Con la aprobación de la *Dodd-Frank Act* a los Notarios en Puerto Rico se les impuso el deber de incluir información y advertencias adicionales (*disclosures*) en la escritura de hipoteca, entre ellas, las siguientes:

- a. *Warning regarding negative amortization features. Dodd-Frank Act section 1414(a); TILA section 129C(f)(1).* Advertencia sobre características de la amortización negativa.
- b. *Disclosure of State law anti-deficiency protections. Dodd-Frank Act section 1414(c); TILA section 129C(g)(2) and (3).* Si el Estado en donde se otorga el préstamo hipotecario tiene una ley que protege al consumidor del cobro de la deuda residual, dicha ley debe ser divulgada al deudor. Comúnmente a esta ley se le conoce como *Anti-deficiency protection law*. Véase TILA Section 129C(g)(1). Por ejemplo, en casos de refinanciamiento el consumidor puede perder el derecho que le concede el *anti-deficiency protection law*. Aunque esta advertencia no aplica a Puerto Rico nos parece apropiado mencionarla.
- c. *Disclosure regarding creditor's partial payment policy prior to consummation and, for new creditors, after consummation. Dodd-Frank Act section 1414(d); TILA section 129C(h).* Divulgación sobre la política del acreedor en cuanto al pago parcial antes del vencimiento y los nuevos acreedores.
- d. *Disclosure regarding mandatory escrow or impound accounts. Dodd-Frank Act section 1461(a); TILA section 129D(h).* Divulgación mandatoria sobre las cuentas en plica y/o los fondos retenidos.
- e. *Disclosure prior to consummation regarding waiver of escrow in connection with the transaction. Dodd-Frank Act section 1462; TILA section 129D(j)(1)(A).* Divulgación sobre el relevo de los fondos retenidos en una cuenta en plica que está relacionada con el préstamo hipotecario.
- f. *Disclosure regarding cancellation of escrow after consummation. Dodd-Frank Act section 1462; TILA section 129D(j)(1)(B).* Divulgación sobre cancelación de la cuenta en plica después del pago del préstamo.
- g. *Disclosure of aggregate amount of mortgage originator fees and the amount of fees paid by the consumer and the creditor. Dodd-Frank Act section 1419; TILA section 128(a)(18).* Divulgación de la cantidad agregada al préstamo hipotecario para los honorarios del originador hipotecario y los gastos que el consumidor tiene que pagar al acreedor.
- h. *Disclosure of total interest as a percentage of principal. Dodd-Frank Act section 1419; TILA section 128(a)(19).* Divulgación de interés como un total del porcentaje del principal.

- i. *Optional disclosure of appraisal management company fees. Dodd-Frank Act section 1475; RESPA section 4(c).* Divulgación opcional de los gastos de tasación.
- j. *Consumer notification regarding appraisals for higher-risk mortgages. Dodd-Frank Act section 1471; TILA section 129H(d).* Notificación del consumidor relacionada con tasaciones para hipotecas de alto riesgo.
- k. *Consumer notification regarding the right to receive an appraisal copy. Dodd-Frank Act section 1474; Equal Credit Opportunity Act (ECOA) section 701(e)(5).* Notificación al consumidor sobre el derecho a recibir una copia de la tasación.

En Puerto Rico, luego de la crisis financiera de 2007, se pudo comprobar que los Notarios no observaron, adecuadamente, sus obligaciones. Muchos Notarios no cumplieron con sus deberes en términos del trámite de inscripción registral de la escritura de hipoteca ante el Registro de la Propiedad.

### **5.5 El énfasis en la renegociación de la deuda hipotecaria sin atender la deuda residual**

Las medidas o programas que comentaremos a continuación van dirigidos principalmente a la renegociación de la deuda del préstamo hipotecario. Estas medidas pretenden fomentar la estabilidad en el sector de la vivienda, intentan brindar justicia a los propietarios de viviendas que se encuentren atrasados en el pago mensual de su hipoteca, pero a la vez, intentan evitar que aumenten las pérdidas de los prestamistas e inversionistas cuasi-privados como *Fannie Mae* y *Freddie Mac*, pérdidas que sin lugar a duda están asociadas con la ejecución hipotecaria.

En general, en Puerto Rico los programas de ayuda a los deudores hipotecarios provienen del *US Treasury Department* y el *US Department of Housing and Urban Development* (HUD). Una de las primeras legislaciones dirigidas a prevenir las ejecuciones hipotecarias fue la ley *Emergency Economic Stabilization Act*<sup>808</sup> (EESA) promulgada en el año 2009. Esta legislación se creó con el propósito de aliviar los daños causados por el déficit económico que enfrentaba EE. UU. Mediante EESA el Gobierno Federal de EE. UU. autorizó al Secretario del *US Department of the Treasury*, en conjunto con el *US Department of Housing and Urban Development* (HUD), para la creación del programa *Home Affordable*

---

<sup>808</sup> *Vid.* Div. A, § 2 et seq., 12 USCA §5201 et seq.

*Modification Program* (HAMP) como parte del *Making Home Affordable Initiative*. El programa HAMP fue diseñado con el propósito de modificar los términos de los préstamos hipotecarios con miras a reducir las primas adeudadas y los intereses a pagar para disminuir el número de hipotecas ejecutadas. En 2009 el *US Department of Treasury* aprobó un reglamento que permitía modificar los préstamos hipotecarios de manera uniforme. El programa HAMP bajo EESA requería que se llevara a cabo un proceso que consistía de dos pasos: (a) se creaba un plan de pago de prueba conocido en inglés como *trial payment plan* (TPP) en el cual el administrador del préstamo hipotecario (*mortgage servicer*) y el deudor acordaban un plan de pago en donde el deudor debía cumplir con el plan de pago y con todos los criterios de evaluación llevados a cabo por el *mortgage servicer* y (b) si el deudor cumplía, entonces se realizaba la modificación del préstamo hipotecario. Además, la reglamentación incluía directrices adicionales que aplicaban a aquellos bancos hipotecarios privados que deseaban implementar el incentivo que ofrecía el programa HAMP en los préstamos hipotecarios no garantizados por la *Federal Housing Administration* (FHA) o el *US Department of Veteran Affairs* (VA) o aquellos pertenecientes a *Fannie Mae* o *Freddie Mac*. El programa HAMP disponía lo siguiente:

“In order for a servicer to participate in the HAMP with respect to Non-GSE Mortgages, the servicer must execute a servicer participation agreement and related documents (Servicer Participation Agreement) with Fannie Mae in its capacity as financial agent for the United States (as designated by Treasury) on or before December 31, 2009. The Servicer Participation Agreement will govern servicer participation in the HAMP program for all Non-GSE Mortgages.”<sup>809</sup>

El programa HAMP solo estaba disponible cuando la propiedad a ser ejecutada se trataba de la vivienda habitual del deudor (residencia principal). El beneficio principal del programa HAMP es que logra reducir el pago mensual del préstamo hipotecario al 31% del ingreso bruto del deudor, con lo cual se asume y/o se espera que el deudor pueda rehabilitar su condición financiera.

En adición al programa HAMP, pocos meses después el Gobierno Federal de EE. UU. aprobó el *Helping Families Act*,<sup>810</sup> mediante la cual la *Federal Housing Administration* (FHA) aprobó la ley *HOPE for Homeowners Act*,<sup>811</sup> este programa fue aprobado con el mismo propósito que el HAMP. Para que un deudor fuera elegible bajo el *HOPE for*

---

<sup>809</sup> Cfr. Supplemental Directive 09-01: Introduction of the Home Affordable Modification Program, <https://www.hmpadmin.com/portal/programs/guidance.jsp>. (consulta 11 de marzo de 2020).

<sup>810</sup> Vid. 123 Stat. 1632, 1655, Sec. 401(a).

<sup>811</sup> Vid. 12 USCA § 1715z-23.

*Homeowners Act* el préstamo hipotecario debió haberse concedido antes del 1 de enero de 2008 y el incumplimiento del deudor con el pago del préstamo no podía ser intencional. Ambos programas son de naturaleza voluntaria para las entidades hipotecarias. Estos programas posteriormente fueron modificados, y entendemos que, una las razones para ello era que al ser programas voluntarios el banco interesado necesariamente tenía que solicitar acogerse a estos programas y suscribir el *Servicer Participation Agreement* y este registro debía realizarse en o antes del 31 de diciembre de 2009.

Posteriormente, con la aprobación de la *Dodd-Frank Act* a los deudores hipotecarios se les proveyeron medidas de protección adicionales tales como las establecidas en el procedimiento de *loss mitigation* implementado por el CFPB. Según mencionamos previamente este reglamento federal regula detalladamente la presentación y evaluación de las solicitudes de mitigación de pérdida o *loss mitigation application*. Un programa de *loss mitigation* es una estrategia que se utiliza para minimizar las pérdidas asociadas con la morosidad de un préstamo hipotecario. Para lograr este objetivo se evalúan los préstamos que se encuentran en atrasos, la garantía hipotecaria (que es el inmueble utilizado como colateral) y la situación de los deudores. Con esta evaluación se busca la mejor alternativa para los deudores y los prestamistas. En esta evaluación se toma en cuenta la protección del crédito de los deudores y se trata de evitar costos adicionales. Para que un deudor pueda acogerse a un programa de *loss mitigation* primero se tiene que establecer que en efecto existe una pérdida en el préstamo hipotecario, ello debido a que el programa de *loss mitigation* trata de minimizar las pérdidas de los acreedores y administradores de préstamos hipotecarios (*mortgage servicer*), así como de los garantizadores o aseguradores como el *Federal Housing Administration* (FHA) o *Veterans Administration* (VA) y los inversionistas como *Fannie Mae* o *Freddie Mac*.

Para que un deudor pueda solicitar el programa de *loss mitigation* dicho deudor debe acreditar que se encuentra en una situación económica adversa (*hardship*) o en una situación económica involuntaria que le impide cumplir con el pago de su préstamo hipotecario. Ejemplos de situaciones adversas o situación económica involuntaria pueden ser: divorcio, desempleo, enfermedad, muerte de uno de los deudores, reducción de ingresos o aumento en gastos. Dependiendo de si el deudor hipotecario se encuentra en una situación adversa o en una situación económica involuntaria, será el tipo de ayuda. Y las ayudas se implementarán a través de la renegociación de la deuda hipotecaria. En dicha renegociación se evaluará retener la propiedad o disponer de ella. Existen programas diferentes para cada una de las situaciones ya sea una situación adversa o económica involuntaria. Por ejemplo, si luego de



ser evaluado por el administrador del préstamo hipotecario (*mortgage servicer*) se determina que el deudor puede retener la propiedad a dicho deudor se le ofrecen programas tales como: (a) moratoria en el pago del préstamo hipotecario (*special forbearance*), (b) plan de pago (*repayment plan*), (c) modificación de los términos y condiciones del préstamo hipotecario y (d) reclamación parcial de la hipoteca (*partial claim*).<sup>812</sup> Asimismo, si luego de que el deudor es evaluado por el administrador del préstamo hipotecario (*mortgage servicer*) la situación es que el deudor no puede retener la propiedad, entonces se evalúan alternativas para la disposición de la propiedad, tales como: (a) venta rápida (*short sale*), pago corto (*short payoff*) o venta pre-ejecución de hipoteca (*pre-foreclosure sale*), (b) entrega voluntaria (*deed in lieu*) y (c) entrega y alquiler (*deed for lease*).<sup>813</sup>

Todas las medidas, antes mencionadas, se implementarán a través de un programa de *loss mitigation*. Para que un deudor pueda optar por un programa de *loss mitigation* debe solicitarlo al administrador de su préstamo hipotecario (*mortgage servicer*). Sin embargo, como hemos mencionado antes los administradores de los préstamos hipotecarios (*mortgage servicer*), los prestamistas y los inversionistas no están obligados a ofrecer opciones específicas de mitigación de pérdidas. A mi juicio esto es una deficiencia del reglamento de *loss mitigation* que se debe revisar porque deja al consumidor en desventaja y a su vez establece un marco muy amplio para los acreedores, o en su caso a los *mortgage servicer*, a la hora de evaluar medidas para la renegociación de la deuda hipotecaria. Además, de los programas antes mencionados existen otros programas tales como: (a) *Principal Reduction Alternative* (PRA),<sup>814</sup> (b) *Second Lien Modification Program* (2MP),<sup>815</sup> (c) *Home Affordable Refinance Program* (HARP),<sup>816</sup> (d) *Treasury/FHA Second Lien Program* (FHA2LP),<sup>817</sup> (e)

---

<sup>812</sup> MARTÍNEZ ROMERO, JUAN A., ORTIZ ORTIZ, ERNIC E. y CRUZ, CYNTHIA, Retos en el manejo de la morosidad. La importancia del programa de “loss mitigation” para los deudores hipotecarios, [http://www.cossec.com/cossec\\_new/formas/Presentacion\\_Retos\\_en\\_el\\_Manejo\\_de\\_la\\_Morosidad.pdf](http://www.cossec.com/cossec_new/formas/Presentacion_Retos_en_el_Manejo_de_la_Morosidad.pdf). (consulta 21 de enero de 2020).

<sup>813</sup> *Ibid.*

<sup>814</sup> PRA was designed to help homeowners whose homes are worth significantly less than they owe by encouraging servicers and investors to reduce the amount you owe on your home. *Cfr.* [https://www.hud.gov/topics/avoiding\\_foreclosure](https://www.hud.gov/topics/avoiding_foreclosure). (consulta 24 de enero de 2020).

<sup>815</sup> If your first mortgage was permanently modified under HAMP and you have a second mortgage on the same property, you may be eligible for a modification or principal reduction on your second mortgage under 2MP. *Cfr.* [https://www.hud.gov/topics/avoiding\\_foreclosure](https://www.hud.gov/topics/avoiding_foreclosure) (consulta 24 de enero de 2020).

<sup>816</sup> If you are current on your mortgage and have been unable to obtain a traditional refinance because the value of your home has declined, you may be eligible to refinance through HARP. *Cfr.* [https://www.hud.gov/topics/avoiding\\_foreclosure](https://www.hud.gov/topics/avoiding_foreclosure) (consulta 24 de enero de 2020).

<sup>817</sup> If you have a second mortgage and the mortgage servicer of your first mortgage agrees to participate in FHA Short Refinance, you may qualify to have your second mortgage on the same home reduced or eliminated through FHA2LP. *Cfr.* [https://www.hud.gov/topics/avoiding\\_foreclosure](https://www.hud.gov/topics/avoiding_foreclosure) (consulta 24 de enero de 2020).

*Home Affordable Unemployment Program (UP)*,<sup>818</sup> (f) *Emergency Homeowners' Loan Program (EHLA)*, (f) *FHA Special Forbearance*<sup>819</sup> y (g) *Home Affordable Foreclosure Alternatives (HAFA)*.<sup>820</sup>

Ahora bien, es importante destacar que la modificación de los términos y condiciones de un préstamo hipotecario, bajo el programa de *loss mitigation*, en general, consiste en un aumento en la cantidad de principal a pagar para capitalizar las cantidades atrasadas en las cuales se incluyen las costas y gastos legales, entre otras partidas. Las alternativas que provee *loss mitigation* se establecen desde la perspectiva de extender el plazo de vigencia o duración del préstamo hipotecario para que el prestamista y/o el inversionista puedan cobrar la totalidad de la cantidad prestada. Esto se hace mediante una reducción temporera o permanente en la tasa de interés del préstamo hipotecario, lo que conlleva un cambio en el pago mensual de la hipoteca que no necesariamente protege al deudor hipotecario del riesgo de perder su vivienda. Vemos pues como en Puerto Rico y en EE. UU. la intervención del Estado va dirigida a proteger a los bancos, y el Gobierno no establece parámetros que reduzcan la deuda de los préstamos hipotecarios, aun cuando dichos préstamos fueron concedidos utilizando prácticas abusivas e irresponsables tanto en la titulización del préstamo hipotecario, su posterior venta en el mercado secundario de hipotecas, así como en la evaluación de la solvencia de los consumidores. Estos datos han sido ampliamente documentados tanto por el Estado como por la academia. Más importante aún destacamos que los términos y condiciones de la modificación de un préstamo hipotecario, bajo los programas antes mencionados, se basan únicamente en las guías y parámetros que establecen los inversionistas, aseguradores o garantizadores de los préstamos hipotecarios titulizados, con lo cual el Estado no interviene en los parámetros que utilizan los inversionistas y los administradores de los préstamos hipotecarios (*mortgage servicer*). Con la modificación del préstamo hipotecario se pretende realizar la reinstalación del préstamo (*reinstatement*) de manera que el deudor hipotecario pueda conservar la propiedad, pero a mi juicio las modificaciones realizadas no reducen el riesgo de pérdida de la vivienda. Como ejemplo a este argumento, mencionamos que a la fecha de este estudio y antes de la crisis sanitaria

---

<sup>818</sup> If you are having a tough time making your mortgage payments because you are unemployed, you may be eligible for UP. *Cfr.* [https://www.hud.gov/topics/avoiding\\_foreclosure](https://www.hud.gov/topics/avoiding_foreclosure) (consulta 24 de enero de 2020).

<sup>819</sup> If you are having difficulty making mortgage payments because you are unemployed and have no other sources of income, you may be eligible for FHA's Special Forbearance. *Cfr.* [https://www.hud.gov/topics/avoiding\\_foreclosure](https://www.hud.gov/topics/avoiding_foreclosure) (consulta 24 de enero de 2020).

<sup>820</sup> If your mortgage payment is unaffordable and you are interested in transitioning to more affordable housing, you may be eligible for a short sale or deed-in-lieu of foreclosure through HAFA SM. *Cfr.* [https://www.hud.gov/topics/avoiding\\_foreclosure](https://www.hud.gov/topics/avoiding_foreclosure) (consulta 24 de enero de 2020).

provocada por el COVID-19, la alternativa de reclamación parcial de la hipoteca (*partial claim*) solamente estaba disponible para aquellos préstamos hipotecarios garantizados por la *Federal Housing Administration* (FHA). La alternativa del *partial claim* consiste en la otorgación de un nuevo pagaré hipotecario por la cantidad de los atrasos que será constituido como una hipoteca subordinada pagadera al vencimiento de la hipoteca original. Con la alternativa del *partial claim* se reinstala la deuda hipotecaria automáticamente sin que el deudor tenga que modificar los términos y condiciones del préstamo hipotecario, no se acumulan intereses y no se requiere un pago mensual a la cantidad incluida en el *partial claim*. Esta alternativa del *partial claim* debería ser considerada para todos los préstamos hipotecarios cuando el inmueble utilizado como garantía del préstamo hipotecario sea la vivienda habitual del deudor, pero para lograr esto se necesita legislación.

La difícil situación económica que atraviesa Puerto Rico requiere de legislación adicional. Si bien es cierto que los programas antes comentados son de beneficio para los deudores hipotecarios, las alternativas que estos programas proveen van dirigidas a la prevención de la ejecución hipotecaria, pero sobre todo a evitar las pérdidas de los prestamistas, inversionistas y administradores de préstamos hipotecarios (*mortgage servicers*). Estos programas no son suficientes para lograr la adecuada protección de la vivienda del consumidor puertorriqueño.

## CAPÍTULO IX: UNA VISIÓN COMPARATIVA ENTRE PUERTO RICO Y ESPAÑA

### 1. Una visión comparativa general entre Puerto Rico y España

Cuando comparamos las reformas y la legislación promulgada en Puerto Rico y España en atención a la crisis financiera y económica necesariamente tenemos que comenzar indicando que en ambos países el estudio y aplicación del Derecho hipotecario es similar desde la perspectiva del Registro de la Propiedad y la figura del Notario Público, y aunque en Puerto Rico se utiliza el Derecho procesal de EE. UU. la hipoteca en Puerto Rico no es equiparable con el *mortgage* de EE. UU.

Asimismo, en Puerto Rico cuando se otorga un préstamo hipotecario se constituye una hipoteca y se suscribe un pagaré hipotecario (*note* o *promissory note*). La transferencia o traspaso de dicho pagaré hipotecario es una diferencia importante cuando comparamos el préstamo hipotecario concedido en Puerto Rico con el préstamo hipotecario concedido en España. En Puerto Rico no se concibe una hipoteca sin un pagaré hipotecario y la hipoteca persigue al pagaré porque ésta es accesoria a la obligación principal que la garantiza. Este principio se recoge en el Derecho hipotecario de Puerto Rico cuando se refiere al art. 9 del *Uniform Commercial Code* (UCC) de EE. UU. ya que dicho artículo aplica a toda transacción que esté garantizada mediante un pagaré como un “instrumento negociable,” aunque dicho pagaré, a su vez, este garantizado por una hipoteca cuya constitución se rija por la LH de Puerto Rico. Es decir, en Puerto Rico la naturaleza accesoria de la hipoteca hace que la transferencia del pagaré hipotecario afecte el derecho real que concede la hipoteca y es ahí en donde radica con mayor claridad la aplicación del *common law* de EE. UU. en el Derecho hipotecario puertorriqueño.

Una vez concedido el préstamo hipotecario nos encontramos con la administración del préstamo entendiéndose el cobro de la hipoteca, y en ese sentido debemos mencionar que la administración de un préstamo hipotecario (*servicing*) en Puerto Rico y España es diferente. En Puerto Rico los préstamos hipotecarios son objeto de titulización, es decir son agrupados en carteras de préstamos y aunque el banco que concede un préstamo hipotecario, usualmente, continúa administrando los préstamos cedidos, dichos préstamos hipotecarios pasan a ser propiedad de un fideicomiso (*trust fund*) que mantendrá en un fondo los préstamos hipotecarios que han sido titulizados. A través del fideicomiso financiero la deuda de la hipoteca sale de los libros del banco que concede el préstamo hipotecario. En Puerto Rico dentro de esta estructura de financiación, su conjunto de normas y operaciones se

encuentra la figura del administrador del préstamo hipotecario o *mortgage servicer* de EE. UU. Con el *mortgage servicer* se crea una operación privada que genera un negocio en beneficio de los bancos y los inversionistas privados que adquieren títulos, participaciones y certificados de transmisión de créditos hipotecarios. Y precisamente, el negocio del *mortgage servicer* es una las bases sobre las cuales se establece la estructura financiera de los préstamos hipotecarios concedidos en EE. UU. y Puerto Rico. Por su parte, en España la administración del préstamo hipotecario es realizada por el banco que concede el préstamo, el balance de deuda de la hipoteca no sale de los libros del banco y la administración del préstamo hipotecario no es un negocio separado a la concesión de préstamos hipotecarios. En España la titulización de los préstamos hipotecarios permitió la financiación de la actividad crediticia y al mismo tiempo permitió que los bancos mantuvieran una estrecha relación con su clientela, y esto, sin duda, fue una de las características principales del sistema bancario español en el que predominaba la banca tradicional minorista. Sin embargo, el mantener la deuda hipotecaria en los balances de los bancos españoles hizo que éstos tuvieran mucha exposición y con el estallido de la burbuja inmobiliaria la solvencia de los bancos españoles se afectó dramáticamente, lo que provocó la descapitalización del sistema financiero español. Aunque en Puerto Rico y España la administración de un préstamo hipotecario es diferente, vemos como los resultados obtenidos por la concesión de préstamos hipotecarios es similar desde la perspectiva del impacto de la crisis financiera y económica en el sistema bancario.

En Puerto Rico y España los procesos de ejecución de hipotecaria son breves lo que hace que, en muchos casos, los deudores no tengan defensas disponibles ante el impago de su hipoteca y en su consecuencia pierdan su vivienda. La diferencia más importante entre la ejecución judicial utilizada en Puerto Rico en comparación con la pluralidad de procedimientos de ejecución utilizados en España es la oposición a un proceso de ejecución de hipotecas y sus motivos. En particular, la doctrina de cláusulas abusivas en los contratos suscritos por consumidores de la Directiva 93/13/CEE que cambio el escenario de los deudores hipotecarios en España. Sin embargo, en ambas jurisdicciones, Puerto Rico y España, las reformas legislativas en la fase de ejecución sólo han conseguido aplazar o dilatar los procedimientos de ejecución de hipotecas, sin atender el problema de fondo que es el sobre endeudamiento de los deudores (consumidores) a consecuencia de los préstamos hipotecarios que fueron otorgados con términos y condiciones inadecuados durante el periodo previo a la crisis financiera de 2007, es decir desde 1995 a 2005.

Antes de la crisis económica de 2008, tanto en Puerto Rico como en España, hubo falta de información o asesoramiento y no se valoró adecuadamente la solvencia del deudor al momento de conceder un préstamo hipotecario. Además, en ambas jurisdicciones se sobrevaloraron los inmuebles utilizados como garantía del préstamo hipotecario para cubrir las necesidades financieras de los bancos. Con lo cual, a pesar de la diferencia que existe en Puerto Rico y España en la financiación de los préstamos hipotecarios y la aplicación de la doctrina de cláusulas abusivas, vemos que en ambas jurisdicciones se concedieron préstamos con garantía hipotecaria en donde se supuso que el valor del inmueble utilizado como garantía del préstamo hipotecario siempre aumentaría unido al cambio en el diseño de algunos préstamos hipotecarios que cambiaron la forma tradicional de amortización del capital y el cobro de los intereses pactados. En Puerto Rico y España la forma y manera de atender la crisis de los deudores hipotecarios ha sido diferente, pero los resultados son similares.

## **2. El contraste entre Puerto Rico y España: ¿Qué se hizo para atender la crisis de los deudores hipotecarios?**

### **2.1 Semejanzas entre Puerto Rico y España**

#### **2.1.1 Legislación de mínimos**

La Directiva 2014/17/UE de la Unión Europea y el CFPB de EE. UU. son legislaciones de mínimos que no impiden a los Estados miembros, y Estados o territorios de EE. UU. imponer medidas más restrictivas o rigurosas para proteger a los consumidores. Ambas legislaciones establecen medidas similares para la protección de los consumidores como: (a) educación financiera, (b) supervisión de las empresas que participan el mercado hipotecario y (c) la prohibición del uso de prácticas desleales, engañosas o abusivas.

##### **2.1.1.1. Puerto Rico**

El reglamento federal de EE. UU. *loss mitigation procedure* que establece el CFPB es una legislación que establece los criterios mínimos que deben aplicar los Estados y territorios de EE. UU. en beneficio de los consumidores que se encuentran en peligro de perder sus viviendas. Esta legislación, aunque va dirigida a la protección de la vivienda habitual de los

consumidores no establece parámetros uniformes para la modificación de los términos y condiciones de los préstamos hipotecarios en mora concedidos antes de la crisis financiera de 2007.

### 2.1.1.2 España

En España la Directiva 2014/17/UE no impide que los Estados miembros impongan medidas más restrictivas o rigurosas para proteger a los consumidores. La LCCI como legislación que transpone la Directiva 2014/17/UE no regula exclusivamente el crédito garantizado con hipoteca y no prevé cuáles serán los efectos en la garantía en caso de incumplimiento. Además, la Directiva 2014/17/UE y la LCCI no abordan cuestiones polémicas, por ejemplo, los tipos máximos de interés y la usura,<sup>821</sup> y no regulan los límites del *loan to value* o el *debt to income*.<sup>822</sup> La LCCI se dirige a la protección de los consumidores y a los créditos inmobiliarios, sin fijar mayor protección a la vivienda habitual de los consumidores. A mi juicio la LCCI debió evitar la ejecución de los préstamos hipotecarios en vía judicial y evitar la pérdida de la vivienda habitual de los consumidores.

Tanto el legislador español como el puertorriqueño no han hecho uso de su facultad para imponer controles o medidas más rigurosos a los bancos que promuevan la adecuada modificación de los términos y condiciones de los préstamos hipotecarios concedidos antes de la crisis financiera de 2007.

## 2.1.2 Información precontractual para el consumidor

---

<sup>821</sup> ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores... *op. cit.* p. 14.

<sup>822</sup> El *debt to income* (DTI) es el porcentaje que expresa la diferencia entre los ingresos (brutos) del prestatario y el total de sus obligaciones (préstamo hipotecario, créditos al consumo, tarjetas de crédito, pensiones alimenticias, gastos de comunidad, entre otros). El límite de lo que se considera un DTI a partir del cual existen problemas financieros puede situarse en torno al 50% pero ello depende de cómo se gestione la cantidad de renta restante. *Vid.* ÁLVAREZ OLALLA, PILAR, *op. cit.* pp. 145-146 nota 20 y 21 relacionadas con el Informe del Banco Mundial (World Bank) en Responsible Lending que señala como tope para la concesión de nuevos créditos una ratio entre el 30% y el 50%. En determinados países, si se ha establecido una ratio para determinados tipos de créditos como los hipotecarios. Así en Reino Unido, el Banco de Inglaterra impuso en 2014 una ratio de 45% para la concesión de créditos hipotecarios, con el objetivo de frenar el progresivo incremento del precio de la vivienda. En Estados Unidos para conceder una hipoteca cualificada (“*qualified mortgage*”) el porcentaje no debe superar el 43%. No obstante, el DTI ratio no es un dato que influya directamente en el *credit score*, que es el sistema de información crediticia existente en los países anglosajones basado en una puntuación que toma como base, el endeudamiento y el historial de cumplimiento del prestatario. Ello es así porque las agencias de calificación crediticia no pueden calcular el porcentaje de DTI.

Cuando hablamos de la evaluación del crédito responsable tenemos que mencionar que existe un conjunto de normas de derecho público y privado que tratan de garantizar que los consumidores reciban información sobre préstamos asequibles.<sup>823</sup>

### 2.1.2.1 Puerto Rico

En el caso de Puerto Rico las nuevas obligaciones sobre el deber de proveer información, lo que en inglés se conoce como *disclosures*, buscan promover el equilibrio en la asimetría de la información entre las partes en una negociación. De ahí que los contratos de préstamo con garantía hipotecaria deban incluir información precontractual que pase a formar parte del contrato.

En Puerto Rico se utiliza el *Loan Estimate* y el *Closing Disclosure* para proveer la información precontractual que debe ser entregada a un consumidor cuando solicita y contrata un préstamo hipotecario. Sin embargo, las obligaciones de proveer información han sido la respuesta regulatoria más común a lo largo de la historia cuando nos toca enfrentarnos a una crisis financiera. De hecho, en la década de los treinta en EE. UU. la principal respuesta a la Gran Depresión fue la imposición de obligaciones legales de información sobre los valores del mercado bursátil. Desde entonces, como respuesta a todas las crisis financieras se han impulsado requisitos de proveer información, como las normas en materia de veracidad que establece la *Truth in Lending Act* (TILA). No obstante, las normas que imponen la obligación de proveer información han fracasado sistemáticamente en lograr que se cumpla el objetivo de un consumidor bien informado. El *US Treasury Department* ha señalado que, aun cuando se mejoren los deberes de proveer información, cumplir con dicha obligación no consigue erradicar las prácticas abusivas y predatorias en la concesión de crédito. La divulgación de los costos, por sí sola, no evita que se impongan condiciones abusivas e incluso puede llegar a proteger a los bancos. La *Federal Reserve Board* de EE. UU. considera que los consumidores deberían poder dominar conceptos como: índices, márgenes, diferenciales, descuentos, amortización negativa, opciones de pago y recálculo del préstamo (“*recasting*”), pero si es difícil, incluso para personas con conocimiento técnico comprender el significado de estos conceptos, para los consumidores, sin lugar a dudas es mucho más difícil, aunque solo se trate de un préstamo hipotecario.

---

<sup>823</sup> ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores... *op. cit.* p. 20.



### **2.1.2.2 España**

La legislación española relacionada con la información precontractual se encuentra a través de la FEIN y la FiAE en la LCCI mediante la cual se incluye la información que se le debe entregar a un consumidor que solicita un préstamo hipotecario.

### **2.1.3 Lo ocurrido con los préstamos hipotecarios morosos y los inmuebles utilizados como garantía**

#### **2.1.3.1 Puerto Rico**

En Puerto Rico y EE. UU. cuando aumentó la morosidad de los préstamos hipotecarios titulizados aumentaron los casos de ejecución hipotecaria, y con ello, la gestión y administración de los préstamos hipotecarios sufrió un impacto significativo. Esta situación hizo que los administradores de los préstamos hipotecarios (*mortgage servicers*) ejercieran la acción de ejecución de hipotecas e incluso la posterior administración de los inmuebles ejecutados. Ante esta situación existe la preocupación de: ¿Qué ha pasado con los préstamos hipotecarios morosos? y ¿Qué ha pasado con los inmuebles utilizados como garantía de los préstamos concedidos antes de la crisis financiera de 2007? Como respuesta estas interrogantes comenzamos por indicar que la situación generada por el aumento en las ejecuciones hipotecarias hizo que el *US Department of Housing and Urban Development* (HUD) buscará alternativas sobre qué hacer con los inmuebles ejecutados y con los préstamos hipotecarios morosos, es decir, aquellos préstamos que se encontraban en mora y rumbo a una inminente ejecución hipotecaria. Las alternativas en respuesta a la crisis hipotecaria tenían que cubrir a los inversionistas, las aseguradoras y los consumidores, y en cuanto a estos últimos ya sea porque los consumidores habían perdido su vivienda o porque estaban a punto de perderla por la grave morosidad del préstamo hipotecario.

Para atender la crisis hipotecaria de 2008 el *US Department of Housing and Urban Development* (HUD) comenzó en el año 2010 con el *Single-Family Loan Sale Program* (SFLS) que fue un programa de venta de préstamos morosos. Luego en 2012 el programa de venta de préstamos hipotecarios morosos pasó a ser el *Distressed Asset Stabilization Program* (DASP). La compra de los préstamos hipotecarios morosos se recogía mediante un acuerdo conocido como “*Conveyance, Assignment and Assumption Agreement*” y en el cual se establecían una serie de condiciones tales como: la presentación de informes semestrales por

parte de los inversionistas que compraron los préstamos hipotecarios morosos y una breve moratoria antes de iniciar la ejecución hipotecaria, entre otras obligaciones.<sup>824</sup> Ahora bien, una vez se vendían los préstamos hipotecarios morosos el seguro que proporcionaba la *Federal Housing Administration* (FHA) se elimina y con ello los beneficios que proporcionaba esta entidad gubernamental. En este sentido es importante mencionar que un préstamo hipotecario asegurado por la *Federal Housing Administration* (FHA), generalmente, paga una mensualidad más baja en comparación con un préstamo hipotecario convencional y, además, como parte de la mensualidad del préstamo hipotecario asegurado por la *Federal Housing Administration* (FHA) el prestatario paga una prima de seguro que se agrupa en un fondo que cubre las pérdidas del prestamista en caso de una ejecución hipotecaria. Dicho fondo se conoce como el *Mutual Mortgage Insurance Fund* (MMIF).

A través de la venta de préstamos hipotecarios morosos el *US Department of Housing and Urban Development* (HUD) intentaba que los nuevos dueños de los préstamos hipotecarios trabajaran con los deudores y les ayudaran para que el préstamo hipotecario que se encontraba ante una inminente ejecución hipotecaria saliera del incumplimiento en el que se encontraba. La *Federal Housing Administration* (FHA) podía colocar un préstamo hipotecario en el grupo de préstamos para la venta si el préstamo tenía al menos seis meses de atraso en el pago de la hipoteca y cuando el *mortgage servicers* encargado de la administración de préstamo hipotecario había agotado todos los procesos para un plan o programa de *loss mitigation*.

Con el establecimiento de los programas de venta de préstamos hipotecarios morosos el *mortgage servicer* se ahorra costos y logra bajar las pérdidas que conllevaba el proceso de ejecución y la posterior venta del inmueble ejecutado. Lo anterior, debido a que estos préstamos se vendían entre un 40% y 60% menos de su valor original, lo que hacía suponer que los nuevos dueños transferirían ese ahorro a los deudores hipotecarios en forma de modificaciones más flexibles en los términos y condiciones del préstamo hipotecario<sup>825</sup>. Otra ventaja era que los *mortgage servicers* no tenían que esperar a que se completara el proceso de ejecución hipotecaria para recibir el saldo del préstamo hipotecario. Es decir, se esperaba que las ventas de los préstamos hipotecarios morosos generaran ahorros para la

---

<sup>824</sup> *Vid.* U.S. Dep't of Hous. & Urban Dev., Single Family Loan Sale 2012-3: Conveyance, Assignment and Assumption Agreement. <https://www.hud.gov/sites/documents/3CAAFINAL.PDF> (consulta 25 de marzo de 2021).

<sup>825</sup> EDELMAN, SARAH, GORDON, JULIA and DESAI, AASHNA, Is the FHA Distressed Asset Stabilization Program Meeting Its Goals?, Center for American Progress, September 9, 2014. <https://cdn.americanprogress.org/wp-content/uploads/2014/09/Edelman-DASP-report.pdf>. (consulta 26 de marzo de 2021)

*Federal Housing Administration* (FHA) y se evitaba tener que incurrir en el costo que genera la posterior administración de los inmuebles ejecutados lo que se conoce como los *Single Family Real Estate Owned* (REO).<sup>826</sup> Este ahorro se reflejaba en una reducción en los costos que conlleva un proceso de ejecución hipotecaria, el recobro del principal y los intereses del préstamo hipotecario, no tener que pagar los impuestos sobre la propiedad y no tener que pagar los seguros como, por ejemplo, el seguro de la *Federal Housing Administration* (FHA) cuando el préstamo estaba en mora. Además, según hemos comentado antes en el Capítulo III de esta tesis bajo el tema de la administración de un préstamo hipotecario, la *Federal Housing Administration* (FHA) reembolsa los costos legales incurridos por los *mortgage servicers* tales como: los honorarios por concepto de servicios legales para ejercer la acción de ejecución de hipoteca, el mantenimiento de la propiedad y los costos incurridos para lograr la posterior venta del inmueble ejecutado, entre otros costos. Es decir, mantener los préstamos hipotecarios morosos y ejercer la acción de ejecución hipotecaria genera pérdidas en el *Mutual Mortgage Insurance Fund* (MMIF) ya que por cada préstamo hipotecario moroso que se dispone o liquida a través de un proceso de ejecución de hipotecas, el costo de obtener la propiedad hipotecada (REO) oscila entre el 61% y el 46% del balance pendiente de pago del préstamo hipotecario en cuestión.<sup>827</sup> Por lo tanto, el vender un préstamo hipotecario moroso antes de un proceso de ejecución hipotecaria reduce significativamente la pérdida que produce el préstamo y los costos de la gestión y administración del préstamo hipotecario. Además, la ejecución hipotecaria tiene como resultado un menor rendimiento de la inversión realizada en la concesión del préstamo hipotecario.

Ahora bien, el *Distressed Asset Stabilization Program* (DASP) creado por el *US Department of Housing and Urban Development* (HUD) dividía los fondos asignados para atender los préstamos hipotecarios morosos en dos tipos de fondos: (1) el *national pool* y (2) el *Neighborhood Stabilization Outcome* (NSO). Los fondos del *national pool* incluían entre 300 a 1,000 préstamos morosos de una amplia gama de Estados y bajo este fondo HUD

---

<sup>826</sup> *Vid.* U.S. Department of Housing and Urban Development, Federal Housing Administration, Report to the Commissioner on Post-Sale Reporting: FHA Single Family Loan Sale Program, January 22, 2016. <https://www.hud.gov/sites/documents/RPRT.12616.PDF>. (consulta 26 de marzo de 2021)

<sup>827</sup> BRATT, RACHEL G., The Role of HUD and the FHA: Conflicts in Mandate and Operations, Past and Present, HUD/FHA-Insured Homeowners and Properties in End-Stage Default and Foreclosure: National Context and Experiences in Massachusetts. <http://www.cdbrief4-22020.pdf>. (consulta 24 de marzo de 2021). *Vid.* Washington v. U.S. Dep't of Hous. & Urban Dev., No. 16-cv-03948 (CBA) (SMG) (E.D.N.Y. Aug. 12, 2016), ECF No. 11; G. Walsh, Opportunity Denied: How HUD's Note Sale Program Deprives Homeowners of the Basic Benefits of Their Government-Insured Loans, National Consumer Law Center, May 2016, <https://www.nclc.org/issues/opportunity-denied.html?print=pdf>. (consulta 26 de marzo de 2021).

impuso menos restricciones a los inversionistas.<sup>828</sup> Los fondos bajo el *Neighborhood Stabilization Outcome* (NSO) incluían préstamos en áreas geográficas limitadas o específicas e imponían requisitos más detallados para el *servicing*, además, de sanciones por incumplimiento. Para hacernos una idea sobre el movimiento y venta de préstamos hipotecarios morosos en el año fiscal 2014 HUD vendió más de 66,000 préstamos bajo el *Distressed Asset Stabilization Program* (DASP).<sup>829</sup> A través del *Distressed Asset Stabilization Program* (DASP) el Gobierno de EE. UU. buscaba una alternativa amigable en beneficio de los deudores hipotecarios debido a que el programa garantizaba, de forma temporera, una moratoria en las ejecuciones hipotecarias y evitaba el lanzamiento del deudor de la propiedad. Además, se intentaba promover las bases de una negociación más flexible en términos de alternativas bajo el *loss mitigation procedure*. Sin embargo, una vez vendido el préstamo hipotecario moroso a través del *Distressed Asset Stabilization Program* (DASP), el préstamo salía de los beneficios de la *Federal Housing Administration* (FHA) y al deudor prestatario ya no le aplicaban las pautas del *US Department of Housing and Urban Development* (HUD) para regular las opciones de *loss mitigation*. La venta del préstamo no se le notificaba al prestatario, por lo que este no tenía conocimiento ni de la venta de su préstamo ni de la eliminación de los beneficios que le proveía tener el préstamo asegurado con la *Federal Housing Administration* (FHA). Esto sin lugar, a dudas, trajo muchas desventajas para los consumidores puesto que el nuevo dueño del préstamo no tenía que usar los mismos criterios ni la misma flexibilidad de las agencias del Gobierno Federal de EE. UU. y con ello no se evitó que los consumidores morosos perdieran sus viviendas. Vemos pues como aun después de iniciada la crisis económica de 2008 sigue existiendo falta de transparencia dentro del sistema de venta de préstamos hipotecarios en EE. UU. y según hemos mencionado previamente la falta de notificación a un prestatario sobre la venta o cesión de su préstamo hipotecario sigue siendo un problema real para los deudores que buscan alternativas para modificar de los términos y condiciones de su préstamo hipotecario.<sup>830</sup>

---

<sup>828</sup> *Vid.* Fed. Hous. Admin., U.S. Dep't of Hous. & Urban Dev., Single Family Loan Sale 2016-1 Sales Results Summary (2015). [http:// https://www.hud.gov/sites/documents/SALE2REPORT.PDF](http://https://www.hud.gov/sites/documents/SALE2REPORT.PDF) (consulta el 25 de marzo de 2021).

<sup>829</sup> GREENBURG, BRAD, Consolidation after crisis: How a few private investors bought distressed, federally-insured mortgages after the foreclosure crisis, 20 N.Y.U. J. Legis. & Pub. Pol'y 887 (2017).

<sup>830</sup> *Vid.* Merscorp, Inc. v. Romaine, 861 N.E.2d 81, 88 (N.Y. 2006) dissenting *op. cit.* C.J. Kaye “lack of disclosure” of a transfer in the public record for creating “substantial difficulty when a homeowner wishes to negotiate the terms of his or her mortgage.”

En general, con el *Distressed Asset Stabilization Program* (DASP) el Gobierno de EE. UU. reunió los préstamos hipotecarios morosos y los vendió a través de un proceso de subasta en donde estos préstamos se vendieron a descuento al mejor postor y dicho mejor postor resultó ser los fondos de cobertura y capital privado. Nos referimos a los fondos de inversión como *Lone Star Funds*, *Bayview Asset Management*, que es una subsidiaria de *Blackstone* y *Oaktree Capital Management*, que es un fondo de cobertura con sede en California. Estos fondos prácticamente han comprado casi todos los préstamos hipotecarios morosos del *Neighborhood Stabilization Outcome* (NSO).<sup>831</sup> Como consecuencia estos fondos de cobertura se han concentrado en comprar miles de préstamos en áreas geográficas específicas y con ello controlan el mercado de la vivienda en vecindarios específicos en EE. UU. Solo el 2% de los préstamos hipotecarios morosos fueron vendidos a organizaciones sin fines de lucro las cuales representan el 12% de los préstamos hipotecarios morosos que fueron puestos a la venta.<sup>832</sup> Como ejemplo de dos organizaciones sin fines de lucro mencionamos el *New Jersey Community Capital* (NJCC) y el Hogar Hispano Inc. (HHI).

La estrategia diseñada por el *US Department of Housing and Urban Development* (HUD) ha creado una especie de monopolio en el mercado de la vivienda de EE. UU. en áreas geográficas específicas y vecindarios pequeños, en donde usualmente residen las comunidades de afroamericanos y latinos. La intención de HUD era que los nuevos dueños de los préstamos, luego de haber comprado los préstamos hipotecarios morosos a descuento, es decir por un precio significativamente más bajo y mediante licitación, estos podían hacer modificaciones al préstamo hipotecario o aceptar reducciones en el principal en los préstamos adquiridos. Sin embargo, *Lone Star Funds*, que es el fondo que más préstamos ha comprado del *Distressed Asset Stabilization Program* (DASP), ofrecía como alternativa un periodo de reducción en la tasa de interés de cinco años. Durante dicho periodo *Lone Star Funds* recibía ingresos un poco más bajos, pero luego de transcurrido el periodo de cinco años ajustaba la tasa de interés y aumentaba el pago mensual de la hipoteca. Muchos deudores perdieron los beneficios de la *Federal Housing Administration* (FHA) sin previo aviso y sin la oportunidad de impugnar si las modificaciones de sus préstamos hipotecarios se habían negociado de buena fe. En vista de ello, algunos deudores alegaron que el *Distressed Asset Stabilization Program* (DASP) incumplió con su derecho a un debido proceso (“*due process*”) consagrado

---

<sup>831</sup> GREENBURG, BRAD, Consolidation after crisis: How a few private investors bought distressed, federally-insured mortgages after the foreclosure crisis, 20 N.Y.U. J. Legis. & Pub. Pol’y 887 (2017).

<sup>832</sup> EDELMAN, SARAH, GORDON, JULIA and DESAI, AASHNA, Is the FHA Distressed Asset Stabilization Program Meeting Its Goals?, Center for American Progress, September 9, 2014. <https://cdn.americanprogress.org/wp-content/uploads/2014/09/Edelman-DASP-report.pdf>. (consulta 26 de marzo de 2021)

bajo la Quinta Enmienda de la Constitución de EE. UU.<sup>833</sup> Esta alegación fue atendida en el caso de *Washington v. U.S. Dep't of Hous. & Urban Dev.*, No. 16-cv-03948 (CBA) (SMG) que fue resuelto mediante acuerdo entre las partes en el año 2019. Luego de este caso el *US Department of Housing and Urban Development* (HUD) hizo cambios en sus requisitos de notificación y estableció una nueva regla mediante la cual los *mortgage servicers* tienen que incluir una advertencia en el aviso de morosidad de 120 días (*120-day delinquency notice*) que informe a los deudores hipotecarios que su préstamo puede ser vendido. Sin embargo, este aviso de morosidad no incluye ninguna explicación sobre las consecuencias de la venta del préstamo hipotecario y más importante que el deudor no tendrá derecho a las protecciones de los programas de la *Federal Housing Administration* (FHA).

Todo esto tuvo como consecuencia que luego de la venta de los préstamos hipotecarios morosos, los deudores que previamente estaban asegurados por la *Federal Housing Administration* (FHA) se vieron obligados a aceptar o rechazar ofertas de *loss mitigation* que contenían términos poco razonables como, por ejemplo, pagar al final del préstamo los atrasos en un solo plazo (*lump-sum payment or balloon payment*) y tasas de interés ajustables más altas que las requeridas por la *Federal Housing Administration* (FHA). Con este modelo los inversionistas obtuvieron gran parte del capital invertido en forma de pagos mensuales mientras esperaban a que transcurriera el periodo de 12 meses de moratoria para iniciar las ejecuciones hipotecarias, situación que no proporcionó ningún alivio real para los deudores hipotecarios. Por ejemplo, el *mortgage servicer* de los fondos de cobertura le ofrecía una reducción temporera en la tasa de interés del préstamo hipotecario moroso, pero requería que al final del periodo de cinco años se pagaran todos los atrasos del préstamo en un solo plazo (*lump-sum payment or balloon payment*).<sup>834</sup> Además, luego del periodo de cinco años el *mortgage servicer* de *Lone Star Funds* no estaba obligado a ofrecer moratorias o modificaciones a los términos y condiciones del préstamo hipotecario, incluso *Lone Star Funds* no ofrecía reducciones al principal del préstamo.

El *US Department of Housing and Urban Development* (HUD) en un intento para controlar los abusos y apaciguar los resultados desastrosos del programa *Distressed Asset*

---

<sup>833</sup> *Vid.* First Amended Class Action Complaint at 73, *Washington v. U.S. Dep't of Hous. & Urban Dev.*, No. 16-cv-03948 (CBA) (SMG) (E.D.N.Y. Aug. 12, 2016), ECF No. 11

<sup>834</sup> SILVER-GREENBERG, JESSICA and CORKERY, MICHAEL, Sale of Federal Mortgages to Investors Puts Greater Burden on Blacks, *Suit Says*, *N.Y. Times*, Aug. 15, 2016, (en este artículo se narra la historia de un hombre que luego de haber realizado negociaciones con la compañía que administraba su préstamo hipotecario para obtener una modificación a su préstamo de repente se encontró con la sorpresa de que su préstamo había sido vendido a un inversionista privado). <https://www.nytimes.com/2016/08/15/nyregion/sale-of-federal-mortgages-to-investors-puts-greater-burden-on-blacks-suit-says.html>. (consulta 25 de marzo de 2021)

*Stabilization Program* (DASP) que comenzó en 2012, en el año 2016, estableció nuevas reglas o criterios en la venta de los préstamos hipotecarios morosos. Luego de 2016 se le requirió a los inversionistas que consideraran ofrecer una condonación de una parte del principal del préstamo hipotecario, pero esta medida no es de carácter obligatorio, lo que quiere decir que todavía los inversionistas no están realmente obligados a reducir parte del principal del préstamo hipotecario y solo están obligados a “considerar” una reducción. Otro de los criterios establecidos es que ahora los inversionistas privados o fondos de cobertura no pueden aumentar la tasa de interés durante los primeros cinco años desde de la compra del préstamo hipotecario moroso y después de transcurrido este periodo de cinco años solo pueden aumentar la tasa de interés en un 1% por año.<sup>835</sup> Cabe mencionar que hasta principios del año 2017 se vendieron alrededor de 111,000 préstamos hipotecarios morosos en todo EE. UU. que estaban asegurados por la *Federal Housing Administration* (FHA).<sup>836</sup>

Luego de la crisis económica de 2008, hemos observado que existe conflicto entre el *US Department of Housing and Urban Development* (HUD) y la *Federal Housing Administration* (FHA) sobre las necesidades de los consumidores como propietarios de viviendas frente al deseo de continuar brindando beneficios económicos a la industria bancaria que participa en sus programas de concesión de préstamos hipotecarios. Este conflicto de interés es evidente cuando analizamos la forma en que ha funcionado el *Distressed Asset Stabilization Program* (DASP) creado por HUD para disponer de los préstamos hipotecarios morosos.

La historia del *Distressed Asset Stabilization Program* (DASP) nos demuestra y confirma que, al igual que las historias e iniciativas previas a la crisis económica de 2008, en el mercado de la vivienda de EE. UU. se siguen revelando conflictos de interés entre las necesidades y prioridades de los participantes de la industria de préstamos hipotecarios, los inversionistas privados que compran préstamos morosos y las necesidades de las familias que se encuentran en dificultades y enfrentan la posible pérdida de sus viviendas. Lo más destacable de lo ocurrido con del *Distressed Asset Stabilization Program* (DASP) es que la gran mayoría de los consumidores, cuyos préstamos fueron incluidos en este programa ni siquiera consiguieron una modificación de su préstamo hipotecario y muchos de ellos perdieron su vivienda. En otras palabras, los inversionistas y los fondos de cobertura

---

<sup>835</sup> *Vid.* U.S. Dep’t of Hous. & Urban Dev., Fact Sheet: Distressed Asset Stabilization Program Enhancements. [https://www.hud.gov/sites/documents/FINAL\\_DASP\\_FACT\\_SHEET.PDF](https://www.hud.gov/sites/documents/FINAL_DASP_FACT_SHEET.PDF). (consulta 25 de marzo de 2021).

<sup>836</sup> *Vid.* U.S. Government Accountability Office, “Federal Housing Administration: Opportunities Exist to Improve Defaulted Single-Family Loan Sales,” Report to the Chairwoman, Committee on Financial Services, House of Representatives. GAO-19-228. July 2019. <https://www.gao.gov/assets/710/700131.pdf>. (consulta 26 de marzo de 2021)

privados sabían que solo tenían que realizar modificaciones temporeras en los préstamos hipotecarios morosos o aceptar pagos más pequeños durante el periodo impuesto como moratoria antes de iniciar una ejecución hipotecaria, para cumplir con los requisitos establecidos por *US Department of Housing and Urban Development* (HUD) bajo el programa *Neighborhood Stabilization Outcome* (NSO). Como resultado, con la compra a descuento de los préstamos hipotecarios morosos, los fondos de cobertura se aseguraron de adquirir los inmuebles a un valor de mercado significativamente superior al precio de compra a descuento que pagaron mediante subasta cuando compraron los préstamos hipotecarios morosos a través del *Distressed Asset Stabilization Program* (DASP). Tan es así, que el *US Government Accountability Office* (US GAO) informó que la venta de los préstamos hipotecarios morosos resultó en menos alternativas para que los deudores permanecieran en sus viviendas.<sup>837</sup> Por tanto, a mi juicio a los inversionistas que compraron préstamos hipotecarios morosos bajo el *Distressed Asset Stabilization Program* (DASP) se les debió requerir alternativas como: la extensión del plazo del préstamo a 40 años, una reducción en la tasa de interés por debajo de la tasa de interés del mercado o una reducción o condonación de parte del principal del préstamo. Lo anterior porque los fondos de cobertura que adquirieron los préstamos hipotecarios morosos podían renunciar a más del 30% del valor del préstamo u ofrecer condiciones más generosas porque habían adquirido el préstamo a descuento. Sin embargo, esto no ocurrió y los deudores cuyos préstamos fueron agrupados y vendidos bajo el *Distressed Asset Stabilization Program* (DASP) básicamente no tuvieron las mismas opciones que cuando su préstamo estaba asegurado con la *Federal Housing Administration* (FHA).<sup>838</sup>

Entendemos que el *US Department of Housing and Urban Development* (HUD), una vez más abdica en su responsabilidad de promover la adquisición de viviendas por los consumidores de EE. UU. y su desempeño en la última crisis económica de 2008 ha sido claramente inadecuado. El *US Department of Housing and Urban Development* (HUD) tiene autoridad para imponer mayores requisitos a los inversionistas privados que participan en sus programas y debería considerar exigir una reducción del principal o prohibir categóricamente a los nuevos dueños de los préstamos hipotecarios morosos que ofrezcan tasas de interés ajustables más altas que las que puede obtener un consumidor que tiene su préstamo

---

<sup>837</sup> *Vid.* U.S. Government Accountability Office, “Opportunities Exist to Improve Defaulted Single-Family Loan Sales,” <https://www.gao.gov/assets/gao-19-228.pdf>. (visita 26 de marzo de 2021).

<sup>838</sup> GOODMAN, LAURIE, GOLDING, EDWARD and PARROTT, JIM, FHA Distressed Asset Stabilization Program Should Be Improved, Not Abandoned, *Urban Wire* (blog), August 14, 2019. <https://www.urban.org/urban-wire/fhas-distressed-asset-stabilization-program-should-be-improved-not-abandoned>. (consulta 26 de marzo de 2021).



asegurado con la *Federal Housing Administration* (FHA). Sin embargo, a través de su historia el *US Department of Housing and Urban Development* (HUD) mantiene un enfoque de no intervención en las ejecuciones hipotecarias y deja las decisiones sobre como trabajar los préstamos hipotecarios morosos a cada acreedor hipotecario o inversionista individual. A pesar de algunos esfuerzos realizados para atender a los deudores hipotecarios que se encuentran en dificultades, actualmente ha transcurrido más de una década de la crisis económica de 2008, y aun vemos como siguen existiendo problemas en el *US Department of Housing and Urban Development* (HUD) en cuanto a la supervisión de los *mortgage servicer* en la implementación de las reformas legislativas promulgadas para la prevención de las ejecuciones hipotecarias.<sup>839</sup>

En Puerto Rico las estadísticas de la Oficina del Comisionado de Instituciones Financieras (OCIF) sobre préstamos hipotecarios con 90 días de atraso presentan el siguiente escenario: en el 2008 la cifra de préstamos hipotecarios morosos fue de 24,693 préstamos, en 2017 fue de 70,182 debido al impacto del paso del huracán María por Puerto Rico, en 2019 fueron 22,909 préstamos y en 2020 fue de 38,279. Como puede observarse la tendencia indica un aumento continuo en la cantidad de préstamos hipotecarios morosos en Puerto Rico.

En cuanto a los inmuebles utilizados como garantía de los préstamos hipotecarios concedidos antes de la crisis financiera de 2007, tenemos que indicar que en Puerto Rico la gestión de estos inmuebles continúa bajo la administración del *mortgage servicer* y en muchos casos dicha gestión continúa con el banco que concedió el préstamo hipotecario. La Oficina del Comisionado de Instituciones Financieras de Puerto Rico (OCIF) ha informado a través de sus estadísticas que para diciembre de 2020 en Puerto Rico habían, 1,626 propiedades residenciales reposeídas cuyo valor en los libros suma los \$113,993,662. Las 1,626 propiedades residenciales corresponden al inventario de propiedades reposeídas o *Single Family Real Estate Owned* (REO) luego de concluido el proceso judicial de ejecución de hipoteca y las mismas se distribuyen entre 17 entidades que están a cargo de la administración y posterior venta de los inmuebles ejecutados. La entidad con el mayor número de propiedades residenciales reposeídas es el Banco Popular de Puerto Rico (BPPR) que, actualmente, es el banco más grande en Puerto Rico en términos de operaciones y servicios bancarios. El Banco Popular de Puerto Rico (BPPR) tiene 573 de las 1,626

---

<sup>839</sup> BRATT, RACHAEL G., The Role of HUD and the FHA: Conflicts in Mandate and Operations, Past and Present, HUD/FHA-Insured Homeowners and Properties in End-Stage Default and Foreclosure: National Context and Experiences in Massachusetts. <http://www.cdbrief4-22020.pdf>. (consulta el 24 de marzo de 2021).

propiedades residenciales reposeídas con un valor en los libros de \$43,617,576. A pesar de que la mayoría de las propiedades residenciales reposeídas o REO en Puerto Rico se mantienen en el inventario de entidades corporativas nacionales o domésticas, la caída en el valor de los inmuebles en Puerto Rico y la baja en las tasas de interés, ha provocado especulación y muchos inversionistas extranjeros han adquirido tanto los préstamos hipotecarios morosos como los inmuebles ejecutados. En el mercado hipotecario de Puerto Rico operan entidades como los *limited liability company* o corporaciones extranjeras de EE. UU. las cuales, actualmente, tienen una participación muy activa en el mercado de viviendas residenciales de Puerto Rico. Entre estas entidades podemos mencionar a *Rushmore Loan Management Service LLC*, que es una entidad incorporada según las leyes del Estado de Delaware, y a su vez, es administrada por *Roosevelt Management Company LLC*, que es una entidad del Estado de New York que desde el año 2008 se dedica a la inversión en la gestión, administración y servicio de préstamos hipotecarios residenciales.

Vemos pues como en Puerto Rico y EE. UU. para muchos deudores, el resultado final de las alternativas provistas por los programas del *US Department of Housing and Urban Development* (HUD) y la *Federal Housing Administration* (FHA) no evitó la ejecución hipotecaria. Más aun, un deudor hipotecario que obtuvo una moratoria para el pago de su hipoteca, en la mayoría de los casos, estuvo sujeto a mucha incertidumbre y ansiedad durante el periodo de la moratoria para verificar y constatar si el *mortgage servicer* le otorgaría una modificación a su préstamo hipotecario. En la mayoría de los casos los deudores tuvieron que pagar al final del periodo de la moratoria todos los atrasos del préstamo en un solo plazo (*lump-sum payment or balloon payment*) y aquellos que no pudieron hacer este *lump-sum payment* perdieron la vivienda.

En Puerto Rico la morosidad de los préstamos hipotecarios y el número de inmuebles clasificados como REO continua en aumento de forma consistente. Esta situación nos indica, conforme a las estadísticas antes mencionadas, que el negocio del *mortgage servicing* en Puerto Rico es un negocio muy lucrativo a pesar de la alta morosidad, lo que nos lleva a pensar que muchos deudores hipotecarios no se están beneficiando de los programas de ayudas.

### **2.1.3.2 España**

En España la administración de un préstamo hipotecario en comparación con Puerto Rico es diferente. Ante la interrogante de: ¿Qué ha pasado con los préstamos hipotecarios

morosos? y ¿Qué ha pasado con los inmuebles utilizados como garantía de los préstamos concedidos antes de la crisis financiera de 2007? La respuesta es que han sido transferidos a los *servicers*. Por tanto, comencemos por indicar que los *servicers* en España son un nuevo tipo de agente económico que surge del contexto de la crisis financiera de 2007 y sobre todo de la reestructuración del sistema bancario español.<sup>840</sup> En España el concepto de *servicer* se relaciona con las sociedades nacidas de las antiguas filiales inmobiliarias de la banca española dedicadas a gestionar, controlar y optimizar la cartera de préstamos hipotecarios. Los *servicers* en España hacen la función de gestor en la promoción de los inmuebles ejecutados que se encontraban a cargo de los bancos, particularmente la banca minorista española. Además, los *servicers* se han ido independizando de la banca en la gestión de activos y actualmente se encargan de todo el proceso de administración hasta la venta del inmueble.<sup>841</sup> La discusión del tema de los *servicers* de España en esta tesis se debe a la importancia que actualmente tienen estas entidades en el mercado inmobiliario español.

Luego de la crisis económica de 2008 en España se creó el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) que actuó como intermediario del Gobierno español para inyectar ayuda financiera a las entidades bancarias con déficit. Mediante Real Decreto Ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, se creó un “banco malo” entendido como una sociedad de gestión de activos transferidos por las entidades bancarias que fueron reestructuradas. Este “banco malo” recibió el nombre de Sociedad Gestora de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB).<sup>842</sup> SAREB se creó con el objetivo de reactivar el mercado inmobiliario y lograr el saneamiento del sistema bancario español mediante la compra de los activos tóxicos (préstamos hipotecarios morosos) que mantenían las entidades bancarias españolas para que éstas eliminarán dichos préstamos de sus balances.<sup>843</sup> La cartera de SAREB fue constituida por los activos de las entidades cedentes (bancos reestructurados), a los cuales se les aplicó un

---

<sup>840</sup> GOZÁLBEZ GILABERT, IRENE (autora) y BLASCO RUÍZ, ANA (tutora), Los *servicers* en la gestión de activos inmobiliarios. Análisis y evolución de los principales *servicers* españoles, <https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/125189/Goza%20A1lbez%20-%20Los%20servicers%20en%20la%20gesti%C3%B3n%20de%20activos%20inmobiliarios.%20An%C3%A1lisis%20y%20evoluci%C3%B3n%20de%20los%20prin...pdf?sequence=2>. (consulta 25 de junio de 2020).

<sup>841</sup> *Ibid.*

<sup>842</sup> MACÍAS GONZÁLEZ, JOSÉ MANUEL (autor) y SÁNCHEZ MONTERO, JESÚS M.<sup>a</sup>, (director), Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A. (SAREB), <https://idus.us.es/handle/11441/87558>. (consulta 30 de julio de 2020).

<sup>843</sup> ÁLVAREZ CUEVAS, ALBERTO (autor) y SIERRA FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> DEL PILAR, Efecto de la burbuja inmobiliaria en la banca española: SAREB. <https://buleria.unileon.es/handle/10612/3715?show=full>. (consulta 9 de agosto de 2020). Vid. ORTIZ RISUEÑO, EMMA M.<sup>a</sup> (autora) y VARGAS-MACHUCA-SALIDO, M.<sup>a</sup> JOSÉ, La Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB) <http://tauja.ujaen.es/handle/10953.1/4446>. (consulta 25 de junio de 2020).

descuento sobre el valor bruto y dicho descuento fue fijado por resolución del Banco de España.<sup>844</sup> SAREB fue la encargada de crear una cartera de activos y préstamos que fueron vendidos a inversionistas, y para lograr dichas ventas se crearon ventajas fiscales para los inversionistas extranjeros. El objetivo de SAREB es la gestión y posterior liquidación de los activos antes de 2027. Sin embargo, SAREB actualmente enfrenta dificultades para llevar a cabo su objetivo antes de la fecha límite.<sup>845</sup> Aunque SAREB se creó para contribuir al proceso de recapitalización y reestructuración de los bancos afectados por el pinchazo de la burbuja inmobiliaria, la actuación de esta entidad ha impactado el mercado de la vivienda en España.<sup>846</sup>

Desde la creación de SAREB la gestión de los *servicers* ha cambiado significativamente debido a que estos se han independizado de las entidades bancarias españolas y han pasado a formar parte de los fondos de inversión extranjera como: Cerberus, Blackstone, Apollo, DoBank o Lone Star Funds.<sup>847</sup> Los *servicers* en España fueron utilizados como empresas dedicadas a dar salida a los préstamos hipotecarios concedidos en los años previos a la crisis económica de 2008 y lograr la reestructuración de la banca española. El *servicing* en España se caracteriza por un fuerte dinamismo provocado por las continuas ventas de este tipo de empresas a fondos de inversión extranjera, los cuales actualmente están adquiriendo la mayoría de los *servicers* de España y, por lo tanto, a mi juicio dichos fondos de inversión extranjera están tomando el control del mercado de la vivienda en España.<sup>848</sup>

La gestión de los *servicers* nos revela lo ocurrido con los préstamos hipotecarios concedidos y lo que ha ocurrido con los inmuebles utilizados como garantía de dichos préstamos. Como dato histórico sobre la figura de los *servicers* indicamos que en 2010 surge el *servicer* Solvia, en 2013 surge Servihabitat, Aliseda y Haya Real Estate, y en 2014 surge

---

<sup>844</sup> ÁLVAREZ CUEVAS, ALBERTO (autor) y SIERRA FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> DEL PILAR, Efecto de la burbuja inmobiliaria en la banca española: SAREB. <https://buleria.unileon.es/handle/10612/3715?show=full>. (consulta 25 de junio de 2020).

<sup>845</sup> GOZÁLBEZ GILABERT, IRENE (autora) y BLASCO RUÍZ, ANA (tutora), Los *servicers* en la gestión de activos inmobiliarios. Análisis y evolución de los principales *servicers* españoles, <https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/125189/Goza%20A1lbez%20-%20Los%20servicers%20en%20la%20gesti%C3%B3n%20de%20activos%20inmobiliarios.%20An%C3%A1lisis%20y%20evoluci%C3%B3n%20de%20los%20prin....pdf?sequence=2>. (consulta 25 de junio de 2020).

<sup>846</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, JULIO, Las viviendas que pudieron hundir la economía española. La caída del mercado de vivienda y sus consecuencias. <http://dx.doi.org/10.5209/CRLA.54984>. (consulta 15 de agosto de 2020).

<sup>847</sup> GOZÁLBEZ GILABERT, IRENE (autora) y BLASCO RUÍZ, ANA (tutora), Los *servicers* en la gestión de activos inmobiliarios. Análisis y evolución de los principales *servicers* españoles, <https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/125189/Goza%20A1lbez%20-%20Los%20servicers%20en%20la%20gesti%C3%B3n%20de%20activos%20inmobiliarios.%20An%C3%A1lisis%20y%20evoluci%C3%B3n%20de%20los%20prin....pdf?sequence=2>. (consulta 25 de junio de 2020).

<sup>848</sup> *Ibid.*



En el futuro habrá que observar el desempeño de los *servicers* ya que actualmente existe una gran cantidad de inmuebles que han pasado a manos de los fondos de inversión extranjera. El Gobierno español limpió los balances de deuda de los bancos españoles mediante la venta de carteras de préstamos y la diversificación del mercado inmobiliario a través de los *servicers*. Ahora los préstamos hipotecarios morosos y los inmuebles construidos durante el *boom* inmobiliario han pasado a manos extranjeras a pesar del rescate financiero concedido por la Unión Europea al Gobierno español para la reestructuración de la banca española. En este sentido nos preguntamos si en el futuro el acceso a la vivienda en España será más complicado.

#### **2.1.4 La responsabilidad patrimonial universal del deudor**

En ambas jurisdicciones, Puerto Rico y España, el deudor responde por el cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. No obstante, tanto en Puerto Rico como en España, nada impide que un acreedor hipotecario pueda renunciar a la acción personal contra su deudor, pero lo que ocurre es que es mejor negocio para el acreedor mantener la responsabilidad universal del deudor, aun cuando se modifiquen los términos y condiciones del préstamo hipotecario. Incluso en muchas ocasiones el acreedor hipotecario no solamente exige la responsabilidad universal del deudor junto a la garantía hipotecaria, sino que además puede exigir otras garantías accesorias. Como argumentos en contra a un pacto de responsabilidad limitada en los préstamos hipotecarios se menciona: (1) la insolvencia estratégica a la que puede acudir un deudor tan pronto observe que el inmueble hipotecado baja de valor y (2) el aumento o dificultad de acceso al crédito que produciría un volumen menor del crédito hipotecario en circulación. Además, por razones jurídicas cualquier reforma al sistema de responsabilidad hipotecaria no podría tener carácter retroactivo. En ambas jurisdicciones se mantiene el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor aun cuando dicho principio puede llegar a tener visos de inmoralidad por la facultad del acreedor de perseguir, además, del inmueble hipotecado, otros bienes que formen parte del patrimonio del deudor hasta dejarlo en estado de insolvencia, sobre todo cuando se conoce que para conceder el préstamo hipotecario el acreedor solo tuvo en cuenta la garantía que le ofrecía el inmueble hipotecado. No puede perderse de perspectiva que ha pasado más de una década en la cual se han intentado encontrar soluciones a las consecuencias de la crisis económica de 2008, sin éxito.

## 2.2 Diferencias entre Puerto Rico y España

### 2.2.1 Personal a cargo de la tasación del inmueble a ser hipotecado

En Puerto Rico en el tema de las tasaciones, necesariamente, tenemos que mencionar las similitudes entre la crisis de los años 80 de las *savings and loan* en EE. UU. y la crisis financiera de 2007, ya que una vez más, ambas crisis nos demuestran que las tasaciones de los inmuebles utilizados como garantía de los préstamos hipotecarios continúan siendo un asunto muy preocupante. Las tasaciones incorrectas o inexactas jugaron papeles idénticos en ambas crisis y esto demuestra la naturaleza recurrente del problema de las tasaciones. La reglamentación que aplica a las tasaciones en EE. UU. y Puerto Rico no aseguró que las tasaciones realizadas antes de la crisis financiera de 2007 se hicieran con precisión y confiabilidad. Y tal y como ocurrió, en la crisis de las *savings and loan*, la inexactitud de las tasaciones continuará inevitablemente causando consecuencias financieras devastadoras a menos que se tomen medidas correctivas.

Actualmente, en EE. UU. y Puerto Rico la distribución de responsabilidades a la hora de regular y supervisar a los tasadores y entidades financieras es ineficiente e inconsistente. Ninguna entidad ya sea pública o privada y ninguna legislación sea federal o nacional, regula eficazmente las tasaciones realizadas para la concesión de préstamos hipotecarios. Por ejemplo, por un lado, el Gobierno Federal a través de los reguladores de las instituciones financieras ha determinado que los tasadores con certificados o licencia pueden preparar tasaciones de propiedades residenciales cuya transacción se encuentre por debajo de 1 millón de dólares y exige el uso de los criterios que establece el *Appraiser Qualification Board* (AQB). Mientras que, por otro lado, los criterios para la concesión de los certificados o licencias a los tasadores son establecidos a discreción de los distintos Estados de EE. UU. y sus territorios como es el caso de Puerto Rico. Una distribución de responsabilidades como la antes mencionada puede implicar el uso de prácticas de tasación inadecuadas, como la sobrevaloración de los inmuebles que muy a menudo pasa desapercibida a menos que se convierta en un patrón asociado a un tasador en particular. Además, si a la ineficiente supervisión de las tasaciones y el personal a cargo de la tasación se suma que las agencias reguladoras pocas veces reciben quejas de los prestamistas e instituciones financieras sobre las tasaciones o las que se reciben no se adjudican, vemos como las tasaciones de los inmuebles seguirán siendo un asunto muy preocupante. Como muestra de ello mencionamos que en octubre de 2006 un representante de *Fannie Mae* afirmó que un tercio de las agencias

encargadas de la supervisión de los tasadores tardaban tres años en atender una queja.<sup>852</sup> De las 860 quejas presentadas por *Fannie Mae* entre años 2001 y 2002, luego de cuatro años de presentadas se quedaron sin resolver 469 y, además, ocurrió que tampoco se pudieron presentar acciones disciplinarias contra los tasadores porque los términos prescriptivos para el ejercicio de las acciones disciplinarias ya habían transcurrido.

A pesar de que el tasador en Puerto Rico cumple con una rigurosa reglamentación, la relación entre la entidad financiera y el tasador no está regulada, y no existe reglamentación que evite situaciones de conflicto de interés. La reglamentación de los tasadores de bienes raíces en Puerto Rico se encuentra desparramada entre varias legislaciones de carácter financiero de EE. UU. La legislación puertorriqueña es escasa en esta materia. De hecho, hay muy poca información sobre la supervisión sobre los trabajos que realizan estos profesionales. Por tanto, para prevenir futuros inconvenientes y evitar que se repita el problema de tasaciones inexactas o inadecuadas, entendemos, que como mínimo se debería regular la relación entre los tasadores y las entidades financieras que conceden préstamos hipotecarios. Y en ese sentido entendemos que se deben incluir a todas las entidades que participan en la comercialización de préstamos hipotecarios y no solo a los bancos. De esta forma las tasaciones quedarían fuera de la presión que puedan ejercer las partes interesadas en la concesión de un préstamo hipotecario.

### **2.2.2 Los gastos de un préstamo hipotecario**

En Puerto Rico los gastos para la concesión y formalización de un préstamo hipotecario son pagados casi en su totalidad por el prestatario, contrario a la legislación española en donde la LCCI define específicamente el costo total del crédito para el prestatario y distribuye de forma equitativa los gastos que conlleva la concesión y formalización de un préstamo hipotecario.

### **2.2.3 Cláusula de intereses moratorios**

A diferencia de España, en Puerto Rico, la partida correspondiente a los intereses moratorios no ha sido regulada mediante disposición legislativa. Aunque en Puerto Rico no

---

<sup>852</sup> MURRAY, J. KEVIN, Issues in Appraisal Regulation: The Cracks in the Foundation of the Mortgage Lending Process, 43 Loy. L.A. L. Rev. 1301 (2010) *op cit.* MARK SIMPSON, Dir. of Prop. Standards, Fannie Mae, Address at the Appraisal Foundation Valuation Fraud Symposium (Oct. 13, 2006).



se puede alegar la abusividad de la cláusula de intereses moratorios, esta cláusula puede llegar a incidir directamente en el costo de la financiación del préstamo hipotecario, y eso es precisamente lo que hace necesario que para este tipo de cláusula se desarrollen instrumentos preventivos que puedan evitar el abuso que pueda surgir de su cumplimiento. En cuanto a los intereses moratorios el deudor hipotecario puertorriqueño no tiene mecanismos de protección ni en la fase previa durante la formalización del contrato de préstamo hipotecario ni en el marco de un procedimiento judicial de ejecución hipotecaria. El no poder regular una cláusula de intereses moratorios resulta especialmente llamativo cuando se tiene en cuenta que el proceso judicial de ejecución hipotecaria es desafortunado. Por tanto, la regulación de los intereses moratorios es una reforma importante que debe ser evaluada en Puerto Rico con el propósito de lograr un equilibrio en beneficio de los deudores hipotecarios.

#### **2.2.4 Cláusula de vencimiento anticipado**

En Puerto Rico la aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado no ha sido regulada mediante disposición legislativa. Sugerimos tomar como ejemplo la LCCI de la legislación española que establece unos porcentajes o parámetros que se deben cumplir para que se produzca el vencimiento anticipado tomando en consideración el momento en el cual ocurre el incumplimiento y la duración del préstamo hipotecario. Además, a mi juicio los parámetros establecidos por el TJUE en la STJUE Banco Primus, S.A., 26 de enero de 2017, asunto C-421/14 son excelentes para determinar cuándo y cómo debe aplicarse la cláusula de vencimiento anticipado. La STJUE Banco Primus establece que, para ejercer el vencimiento anticipado del préstamo el incumplimiento debe ser lo suficientemente grave en relación con la duración y cuantía del préstamo y, además, el Derecho nacional debe proveer mecanismos adecuados y eficaces que permitan al consumidor evitar del vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario concedido para la adquisición de una vivienda.

#### **2.2.5 Notario Publico**

La legislación puertorriqueña no impone al Notario Público el deber de acreditar mediante una manifestación manuscrita del prestatario, que dicho prestatario ha entendido las cláusulas de tipo financiero, y nos referimos a la legislación española relacionada con los arts. 14 y 15 de LCCI. A mi juicio imponer al Notario el deber de tener que acreditar y comprobar que el prestatario entiende los términos y condiciones financieras que se incluyen en un

préstamo hipotecario sobrepasa los deberes del Notario. El Notario nunca podrá atestiguar que el consumidor realmente entiende las cláusulas financieras y tan solo puede dar fe de que, ante él, el prestatario ha declarado que ha comprendido la cláusula.

## **2.2.6 Modificación de los términos y condiciones de un préstamo hipotecario en mora**

### **2.2.6.1 Puerto Rico**

En Puerto Rico todos los deudores pueden solicitar una modificación de su préstamo hipotecario a través del proceso de *loss mitigation*. Este proceso puede ser invocado por un deudor hipotecario que se encuentre en mora antes de que comience un proceso de ejecución de hipoteca, así como luego de emitida la sentencia de ejecución de hipoteca, siempre y cuando, el deudor solicite ser evaluado para un programa de mitigación de pérdida o *loss mitigation* 37 días antes de la venta judicial. No obstante, las estadísticas del *Consumer Financial Protection Bureau* (CFPB) han revelado que muchos deudores vuelven a incumplir con el pago de su hipoteca, luego de los 6 meses de aprobado un plan de *loss mitigation* y esto se debe a que los incumplimientos no están relacionados con un nuevo evento o problema económico del deudor, sino a fallas en el plan de modificación del préstamo hipotecario. La mayoría de las modificaciones implementadas no son asequibles para los deudores y la reglamentación de EE. UU. intenta corregir esta falla permitiendo nuevas modificaciones al préstamo hipotecario mediante la presentación de segundas solicitudes de *loss mitigation*.

La difícil situación económica que atraviesa Puerto Rico requiere de legislación adicional mediante la cual se incluyan alternativas como las implementadas en España a través de la LCCI y la LEC en el proceso de ejecución hipotecaria. Si bien es cierto que los programas de mitigación de pérdida, antes comentados, son de beneficio para los deudores hipotecarios, las alternativas de estos programas van dirigidas a evitar las pérdidas de los prestamistas, inversionistas y administradores de préstamos hipotecarios (*mortgage servicers*). Por tanto, estos programas no son suficientes para lograr la protección de la vivienda del consumidor puertorriqueño. Las reformas legislativas sólo han conseguido aplazar o dilatar los procedimientos de ejecución de hipotecas, sin atender el problema de fondo que es el sobreendeudamiento de los deudores (consumidores) a consecuencia de los

préstamos hipotecarios que fueron otorgados con términos y condiciones inadecuadas durante el periodo previo a la crisis económica de 2008.

#### **2.2.6.2 España**

El Gobierno de España impone la obligación de modificar los términos y condiciones del préstamo hipotecario únicamente para los deudores que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad o exclusión. En España se han realizado reformas legislativas en la fase del procedimiento de ejecución de hipotecas que regulan los porcentajes que puede cobrar un acreedor luego de la venta forzosa del inmueble y el orden en la adjudicación de las partidas luego del proceso de ejecución de hipoteca. Sin embargo, a mi juicio se debe imponer a los bancos la renegociación, modificación o reestructuración de los préstamos hipotecarios para todos los deudores hipotecarios y no únicamente a los deudores clasificados como especialmente vulnerables.

### **2.2.7 Sanciones ante el incumplimiento con la evaluación de la solvencia de los prestatarios**

#### **2.2.7.1 Puerto Rico**

En Puerto Rico y EE. UU. se imponen sanciones civiles específicas denominadas como *civil liability* cuando las entidades que conceden crédito a los consumidores incumplen con el deber de evaluar la solvencia de los prestatarios.

#### **2.2.7.2 España**

En España no se han establecido sanciones civiles para el banco que incumple su deber de evaluar la solvencia del deudor a diferencia otros países de su entorno. La Directiva 2014/17/UE no incluye criterios específicos que puedan implementar los Estados miembros sobre la adopción de sanciones que sean de carácter administrativo, contractuales o ambas. El art. 38.1 de la Directiva 2014/17/UE solo exige que las sanciones que adopten los Estados

miembros sean efectivas, proporcionadas y disuasorias. Por tanto, corresponderá a los Estados miembros concretar el tipo de sanciones.<sup>853</sup>

La LCCI y la Directiva 2014/17/UE no prevén un régimen de sanciones aplicables al prestamista que incumple con el deber de evaluar la solvencia del potencial deudor. Esta situación merece especial atención porque las sanciones civiles promueven la estabilidad del sistema financiero y conforme con la Directiva 2014/17/UE persiguen una elevada protección de los consumidores. En particular en el tema de la evaluación de la solvencia del deudor, el establecimiento de sanciones civiles podría ayudar a cumplir con la doctrina jurisprudencial emitida por el TJUE que ha declarado expresamente que el objetivo de protección de los consumidores es inherente a la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario y dicha evaluación es un derecho individual del consumidor.<sup>854</sup> Además, la crisis económica de 2008 ha demostrado que no evaluar la solvencia de los deudores y la falta de medidas sobre la concesión de crédito ha dado lugar a millonarios rescates financieros en países como: Irlanda, Grecia, Chipre, Portugal y España. Es por eso, que, la Directiva 2014/17/UE obliga a la evaluación del mérito crediticio (art. 18.1) y regula con algún detalle la evaluación de la solvencia en los arts. 18 al 20.

---

<sup>853</sup> BERROCAL LANZAROT, ANA I., *op. cit.* p. 211.

<sup>854</sup> ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, La política de préstamo responsable en la Unión Europea... *op. cit.* pp. 65-94. *Vid.* ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial... *op. cit.* pp. 11-13, nota 41, p. 14 y STJUE asunto C-565/12, de 27 de marzo de 2014, *Crédit Lyonnais* (§ 52) y STJUE asunto C-449-13, de 18 de diciembre de 2014.

## CAPÍTULO X: CONCLUSIONES

1. Los problemas de los préstamos hipotecarios concedidos antes de la crisis financiera de 2007 tienen su origen en las prácticas irresponsables utilizadas por los bancos e instituciones financieras en el diseño, comercialización y cesión del crédito. Dichas prácticas irresponsables fueron favorecidas por tipos bajos de interés y por un incremento progresivo del valor de los inmuebles.

2. La regulación de los créditos hipotecarios se encuentra dispersa entre una pluralidad de normas en distintos cuerpos legales. En Puerto Rico tenemos el CC, la LH y la legislación del mercado financiero de EE. UU., entre otras. Por su parte en España tienen la LH, el CC, el CCom, la LEC y la LMH. La transmisión del crédito hipotecario no se rige solo por las reglas generales de la cesión de los créditos, sino que le aplican normas especiales que exigen requisitos y formalidades diferentes. La fuerte expansión de los mercados financieros por todo el mundo hizo hincapié en las maravillas de la titulización, la cual permitía a un banco empaquetar sus créditos hipotecarios como títulos valor y endosarlos a terceros en el mercado financiero. A través de la titulización los préstamos bancarios y otros activos financieros se agruparon en valores negociables que fueron vendidos a inversionistas privados. La titulización resolvía muchos problemas de financiación, por lo que la fuerte demanda de crédito hizo que los bancos y entidades financieras recurrieran a esta técnica porque la misma les proporcionaba una cesión del crédito rápida, a bajo costo y sin exposición. El mercado secundario de hipotecas hizo que los acreedores pudieran movilizar el crédito hipotecario mediante la creación de activos con los cuales podían financiar los préstamos con garantía hipotecaria y a su vez obtener liquidez. Una de las características de la titulización es que el crédito aportado, aunque fuera del balance de los libros, sigue o continua en el patrimonio del acreedor que originó el préstamo. Mientras que la función de una cesión de crédito en el ámbito civil es la transferencia del Derecho de crédito, la misma comprende todos los derechos accesorios y tiene como presupuesto la salida del crédito de la esfera patrimonial del acreedor hacia un tercero. Esto hace que la disposición o transferencia del Derecho de crédito en el ámbito civil sea más costosa y lenta en comparación con la técnica de la titulización.

3. En el proceso de titulización de hipotecas los límites entre la titulización de los préstamos hipotecarios (activos hipotecarios) y la cesión de crédito es difusa. El proceso de

titulización hipotecaria se basa en una serie de normas dispersas que hacen que el proceso no tenga coherencia dejando demasiado margen a la negociación contractual privada. La crisis financiera de 2007 nos demuestra que, en el proceso de titulización hipotecaria, particularmente, en la titulización de hipotecas de alto riesgos o *subprime*, hubo deficiencias en la creación de los fondos de activos que fueron titulizados y estas deficiencias fueron provocadas por las modificaciones realizadas con las hipotecas *subprime* que produjeron mayor flexibilidad y en su consecuencia se mezclaron o contaminaron los activos o hipotecas de buena calidad con activos o hipotecas de mala calidad.

4. En Puerto Rico una vez se concede un préstamo hipotecario el mismo se agrupa junto a otros préstamos y se tituliza. La cesión del crédito hipotecario en Puerto Rico es enrevesada porque la aplicación de los mecanismos que establece el Derecho civil para la cesión de créditos no aplica en el sistema de derecho de EE. UU. En EE. UU. y Puerto Rico los aspectos de la titulización de hipotecas no requieren una regulación específica porque este procedimiento se rige por la titulización de activos llevada a cabo en el mercado financiero. No existe una reglamentación uniforme para ceder los créditos hipotecarios. La titulización de hipotecas es una transacción diseñada a la medida del banco que concede el préstamo hipotecario. Desde una perspectiva jurídica el sistema de titulización hipotecaria utilizado en EE. UU. y Puerto Rico no es seguro. La titulización hipotecaria tiene un impacto directo en los deudores a la hora de éstos buscar alternativas para modificar los términos y condiciones de sus préstamos hipotecarios. Por tanto, vemos la hipoteca como derecho de crédito accesorio, reservada al estricto campo del Derecho civil, se convirtió en un eficaz instrumento al servicio de grandes operaciones crediticias y mercantiles.

5. Antes de 1980 en España el crédito hipotecario era controlado exclusivamente por el Banco Hipotecario de España situación que generaba críticas desde los círculos financieros que veían injusta dicha monopolización. El 25 de marzo de 1980, entró en vigor la LMH y con ésta la posibilidad de que las instituciones financieras pudieran emitir títulos o valores bajo la cobertura de los préstamos hipotecarios que concedían. A mi juicio uno de los propósitos de la LMH fue dotar a las entidades financieras con una nueva forma o estructura para la cesión del crédito hipotecario y de esta forma eliminar obstáculos tales como la lentitud y el costo que conllevaba la cesión de un crédito regulado por el CC. A través de la LMH se comenzó a desreglamentar el mercado hipotecario español mediante la titulización de créditos hipotecarios. A partir de 1988 se eliminó de la legislación española las

limitaciones geográficas de las cajas de ahorro y se comenzaron a abrir sucursales en todo el territorio español. En esta época se llevó a cabo un proceso de liberalización que produjo más financiación disponible y mejores condiciones para los prestatarios. Con la LMH las entidades financieras pudieron emitir títulos hipotecarios con el fin de obtener liquidez para poder invertirla en la concesión de nuevos préstamos y créditos a empresas, lo que hizo que los bancos españoles concedieran una gran cantidad de préstamos hipotecarios. A través de la LMH las entidades de crédito españolas quedaron legitimadas para titular los certificados de transmisión de las hipotecas de alto riesgo o *subprime* lo que produjo la generalización del riesgo y permitió a las entidades de crédito seguir prestando. La LMH establece tres instrumentos para ceder el crédito hipotecario. De los tres instrumentos el modelo adoptado para las participaciones hipotecarias proviene del modelo utilizado en EE. UU. y bajo este instrumento el emisor conserva para sí un porcentaje del crédito hipotecario mientras que hace participar a terceros (inversionistas) del crédito hipotecario emitido. La titulación de hipotecas a través de las participaciones produce una transmisión parcial o total del contenido económico y el riesgo del crédito hipotecario. Las participaciones hipotecarias admiten la participación de un grupo de hipotecas como los valores hipotecarios tipo “*pass through*” y este modelo es el utilizado en el mercado hipotecario de EE. UU. Con la LMH se concedieron miles de préstamos hipotecarios y aunque en España la titulación de los préstamos hipotecarios no implicó para los bancos la baja total del balance de la deuda hipotecaria concedida, para el año 2007 los préstamos hipotecarios concedidos en España representaban el 65% del balance de deuda de las entidades de crédito españolas. La alta exposición al crédito de los bancos españoles tuvo la consecuencia de que éstos se vieron afectados por la crisis financiera de 2007. Por tanto, el tener demasiada exposición provocado por la gran cantidad de préstamos hipotecarios titulizados que mantenían los bancos españoles, ocasionó que se afectara directamente a la solvencia del sistema financiero español.

6. En Puerto Rico existe la figura del administrador del préstamo hipotecario o *mortgage servicer* de EE. UU. para gestionar los préstamos hipotecarios titulizados. Los ingresos que recibe el *mortgage servicer*, en su mayoría, se componen de los ingresos generados por el cobro de la partida de intereses del préstamo hipotecario, por lo que con este tipo de contratación se observa que el *mortgage servicer* siempre estará motivado a cobrar de forma íntegra la mensualidad de un préstamo hipotecario. Luego de la crisis económica de 2008, el Gobierno Federal de los EE. UU. ha desarrollado programas de ayuda al deudor hipotecario

que se implementan a través de la figura del *mortgage servicer*. Las ayudas al deudor hipotecario, básicamente, están relacionadas con el reglamento de EE. UU. de *loss mitigation* y este reglamento es limitado desde el punto de vista de la protección de un consumidor que tiene un alto nivel de endeudamiento. El reglamento de *loss mitigation* le impone al *mortgage servicer* la obligación de evaluar al deudor en todas las opciones de mitigación de pérdida disponibles, pero le dota de mucha flexibilidad en la coordinación de las opciones de *loss mitigation* lo que deja al consumidor en desventaja. El *mortgage servicer* es quien determina cuándo y cómo se lleva a cabo la ejecución hipotecaria, determina el costo del proceso de ejecución hipotecaria (costo que incide en el pago de la deuda hipotecaria), toma decisiones sobre las alternativas de pago ofrecidas a los deudores hipotecarios y, en muchas ocasiones, es quien realiza la posterior venta del inmueble ejecutado. Por tanto, luego de la crisis económica de 2008 existe la necesidad de un seguimiento al desempeño del *mortgage servicer*. En Puerto Rico las funciones que realiza el *mortgage servicer* incluyen tanto la gestión administrativa del préstamo y las tareas relacionadas con el inmueble después de la ejecución, y ambas vertientes, lógicamente, chocan con las posibilidades de los deudores para evitar la pérdida de su vivienda habitual. La jurisprudencia dictada por el TS de Puerto Rico ha impuesto mayores rigores al *mortgage servicer* para que en el proceso de mediación compulsoria se le presenten al deudor todas las alternativas disponibles en el mercado para que el deudor no pierda su vivienda principal. Incluso, TS de Puerto Rico ha determinado que el *mortgage servicer* debe presentar alternativas que no dependan de la capacidad económica de deudor. El *mortgage servicer* tiene un efecto directo en la gestión y administración de los préstamos concedidos para la adquisición de la vivienda de los puertorriqueños, y a mi juicio, además de lo establecido por la jurisprudencia se le debe imponer sanciones de Derecho civil como: la privación del derecho a cobrar los intereses, comisiones o no permitir que se declare el vencimiento anticipado de la deuda del préstamo hipotecario que administra. Con estas medidas se puede corregir el alto grado de flexibilidad que tiene el *mortgage servicer* en la coordinación de las opciones de *loss mitigation* de manera que se pueda lograr un equilibrio en beneficio de los consumidores. No podemos olvidarnos que uno de los propósitos de la titulación de hipotecas fue la creación del *servicing* en la gestión y administración de los préstamos hipotecarios concedidos por los bancos de EE. UU. Por tanto, la figura del *mortgage servicer* merece especial atención y estudio.

7. El valor del inmueble es un elemento importante a la hora de conceder un préstamo hipotecario. El objeto de la tasación de los bienes inmuebles es estimar de forma adecuada el



precio de los inmuebles utilizados como garantía, de manera que el valor del inmueble permita a las entidades financieras asegurar el riesgo de la concesión de un préstamo hipotecario. En última instancia la seguridad del mercado hipotecario se reconducirá al valor de los bienes inmuebles hipotecados. En ambas jurisdicciones, Puerto Rico y España, la tasación de los inmuebles utilizados como garantía hipotecaria estuvo sujeta a la especulación del mercado. Se asumió que el precio de los inmuebles no bajaría y se prestó alegremente sin valorar adecuadamente la solvencia del deudor hipotecario. La tasación incide directamente en el resultado económico de la subasta y las relaciones económicas que surgen del préstamo hipotecario. En Puerto Rico la tasación del inmueble utilizado como garantía del préstamo hipotecario ha quedado fuera de las reformas legislativas promulgadas en los procesos de ejecución de hipotecas, contrario a España en donde sí se han implementado reformas legislativas relacionadas con la tasación del inmueble y la aplicación práctica de dichas reformas se observa en la fase ejecutiva. Cuando analizamos los arts. 670 y 671 de la LEC de España vemos 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 60% del valor de la subasta. La aplicación del art. 671 de la LEC de España, en principio, debería favorecer al deudor, pero no es así porque en los procedimientos de ejecución de España, tanto procedimiento especial de ejecución hipotecaria como la ejecución ordinaria, se observa que, en ambos procedimientos, el deudor puede obtener una deuda residual muy alta. En ambos procedimientos de ejecución de hipotecas el acreedor obtiene un rendimiento más alto en un préstamo hipotecario que fue concedido para la adquisición de una vivienda. Por su parte, el art. 682 de la LEC de España impone de forma precisa que el tipo mínimo de la subasta no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75% del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la LMH. El art. 682 de la LEC de España ha fijado un límite que antes no existía que le permite a la entidad financiera reducir el valor del inmueble en un 25% lo que puede considerarse abusivo. El origen de la crisis económica de 2008 no se encuentra únicamente en la relación contractual sino también en la violación de las normas del mercado hipotecario sobre la tasación de los inmuebles.

8. En Puerto Rico y España los problemas que tradicionalmente tiene un consumidor como deudor en los procesos de ejecución de hipotecaria son, básicamente, la brevedad de los procesos de ejecución de hipotecas lo que hace que, en muchos casos, los deudores no tengan

defensas disponibles ante el impago de su hipoteca y en su consecuencia pierdan su vivienda. En España, por lo menos, los deudores han visto ampliados los motivos de oposición a la existencia de cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios con consumidores. Pero, por lo general, en ninguna de esas jurisdicciones, Puerto Rico y España, las reformas legislativas en fase de ejecución hipotecaria benefician suficientemente a los deudores que necesitan conservar su vivienda. Y aunque el problema que presenta la morosidad en el pago de los préstamos hipotecarios se ha trabajado de forma distinta en ambos países, los resultados han sido los mismos y miles de consumidores han perdido su vivienda. Como mucho, se ha conseguido aplazar o dilatar los procedimientos de ejecución de hipoteca, sin atender el problema de fondo que es el sobreendeudamiento de los deudores (consumidores) como consecuencia de los préstamos hipotecarios que fueron otorgados con términos y condiciones inadecuados durante el periodo previo a la crisis financiera de 2007, es decir desde 1995 a 2005.

9. En Puerto Rico no se han efectuado reformas en el procedimiento judicial de ejecución de hipoteca. El problema de la morosidad en el pago de los préstamos hipotecarios se ha atendido mediante la modificación de los términos y condiciones del préstamo hipotecario, pero dichas modificaciones se han efectuado de manera muy limitada, dejando prácticamente al deudor hipotecario ante las alternativas que le pueda ofrecer el acreedor hipotecario o el administrador del préstamo hipotecario (*mortgage servicer*) en los procesos de mitigación de pérdidas o *loss mitigation*. La modificación de los términos y condiciones del préstamo hipotecario pretende realizar la reinstalación del préstamo (*reinstatement*) de manera que el deudor hipotecario pueda conservar la propiedad, pero se ha observado que las modificaciones realizadas no reducen el riesgo de pérdida del hogar. En Puerto Rico el Estado no interviene en los parámetros que utilizan los inversionistas y los administradores de los préstamos hipotecarios (*mortgage servicer*). Por lo que se entiende que la política pública parece estar dirigida a proteger a los bancos, debido a que el Estado no establece parámetros que reduzcan la deuda de los préstamos hipotecarios, aun cuando dichos préstamos fueron concedidos utilizando prácticas abusivas e irresponsables tanto en la titulación del préstamo hipotecario, su posterior traspaso en el mercado secundario de hipotecas, así como en la evaluación de la solvencia de los consumidores.

10. En España se han establecido medidas legislativas conducentes a procurar la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades

económicas. Estas medidas protegen a los deudores vulnerables, únicamente, de forma obligada bajo el procedimiento especial de ejecución hipotecaria y siempre que el acreedor ejecutante sea el que se adjudica el inmueble objeto de ejecución. En España hace falta extender dichas medidas a todos los deudores y bajo todos los procedimientos de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial, y no únicamente para aquellos que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad conforme a la Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social y la Ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública. La LCCI en la Disposición final décima solo amplió la aplicación del art. 2 del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, a los fiadores y avalistas hipotecarios del deudor principal, respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario. Por lo que, en España la reestructuración de la deuda hipotecaria es permitida con carácter obligatorio, únicamente, para aquellos deudores, fiadores y avalistas que se encuentren en especial situación de vulnerabilidad.

11. La deuda residual está íntimamente relacionada con el proceso de ejecución hipotecaria y la subasta del inmueble ejecutado. En España la reforma del art. 671 de la LEC fue presentada como una mejora para los deudores cuya vivienda habitual ha sido ejecutada, pero el diseño de la norma se hizo de forma tal que prácticamente siempre queda deuda residual pendiente de pago lo que no parece que sea de beneficio para el deudor hipotecario. Si se tiene en cuenta que un porcentaje muy elevado de las subastas quedan desiertas, esto desemboca en aplicar de forma automática el art. 671 de la LEC facilitando así la aprobación del remate a favor del acreedor ejecutante que en la mayoría de los casos fue el banco que concedió el préstamo hipotecario utilizando tasaciones sobrevaloradas y prácticas irresponsables. Aunque en España se han reformado los porcentajes de la deuda residual, dichos porcentajes establecidos en el art. 579.2 de la LEC, son distendidos en el tiempo y no atienden el carácter de urgencia de falta de liquidez o insolvencia de los deudores hipotecarios. Por su parte, en Puerto Rico no se han efectuado reformas en el procedimiento judicial de ejecución de hipotecas, no se han hecho cambios en el proceso de la subasta y aparte de la protección que establece la Ley 195/2011, de 13 de septiembre, sobre el derecho a la protección del hogar principal y el hogar familiar, el legislador puertorriqueño no ha

establecido medidas para regular la deuda residual. Si tomamos en cuenta el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor que existe en ambas jurisdicciones, no atender la deuda residual que genera un préstamo hipotecario supone que no se está atendiendo con seriedad el problema de sobreendeudamiento.

12. En ambas jurisdicciones el desempeño del Estado en la gestión de los préstamos hipotecarios morosos que fueron concedidos antes de la crisis financiera de 2007 ha sido inadecuado en cuanto a la protección de la vivienda de los consumidores. En EE. UU. y, por ende, en Puerto Rico, la situación generada por el aumento en las ejecuciones hipotecarias hizo que el *US Department of Housing and Urban Development* (HUD) buscara alternativas sobre qué hacer con los inmuebles ejecutados y con aquellos préstamos que se encontraban en mora y rumbo a una inminente ejecución hipotecaria. Las alternativas en respuesta a la crisis hipotecaria tenían que cubrir a los inversionistas, las aseguradoras y los consumidores. Por lo que, luego de la crisis económica de 2008, se ha observado que existe conflicto entre el *US Department of Housing and Urban Development* (HUD) y la *Federal Housing Administration* (FHA) sobre las necesidades de los consumidores como propietarios de viviendas frente al deseo de continuar brindando beneficios económicos a la industria bancaria que participa en sus programas de concesión de préstamos hipotecarios. Este conflicto de interés es evidente cuando analizamos la forma en que se han gestionado de los préstamos hipotecarios morosos y los inmuebles ejecutados a través del *Distressed Asset Stabilization Program* (DASP) creado por HUD. Por su parte, en España luego de la crisis económica de 2008 se creó el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) que actuó como intermediario del Gobierno español para inyectar ayuda financiera a las entidades bancarias con déficit. En España se creó un “banco malo” que recibió el nombre de Sociedad Gestora de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB), esta entidad que fue creada con el objetivo de reactivar el mercado inmobiliario y lograr el saneamiento del sistema bancario español mediante la compra de los activos tóxicos (préstamos hipotecarios morosos) que mantenían las entidades bancarias españolas. Con la creación de SAREB se transfirieron a los *servicers* los préstamos hipotecarios morosos y los inmuebles ejecutados que se encontraban a cargo de la banca minorista española. Los *servicers* en España se fueron independizando de la banca en la gestión de activos y actualmente se encargan de todo el proceso de administración hasta la venta del inmueble. En ambas jurisdicciones, en EE. UU. y Puerto Rico a través del *Distressed Asset Stabilization Program* (DASP) y en España a través de SAREB y los *servicers*, una gran cantidad de inmuebles ha pasado a manos de

fondos de inversión extranjera, con lo cual habrá que observar de cerca si el futuro el acceso a la vivienda será más complicado.

13. La Directiva 2014/17/UE se centra en la estabilidad financiera para reactivar la economía, y no tanto en la protección de la vivienda habitual de los consumidores. El derecho a la vivienda está consagrado en los textos internacionales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948, (art. 25.1) y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1976, (art. 11.1). Además, el derecho a la vivienda también está consagrado en el art. 34.3 y en el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, tal y como reconoce la STJUE Kušionová, 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13. La Directiva 2014/17/UE protege al consumidor siempre que, sin importar la finalidad del crédito, la hipoteca o un derecho real equivalente recaiga sobre un inmueble que tenga uso residencial. La norma no refuerza la protección de la vivienda habitual de un consumidor y, además, no regula la ejecución. Ampliar la protección a todo inmueble de uso residencial no necesariamente brinda mayores beneficios a los consumidores porque dicha ampliación podría tener el efecto de diluir o relativizar la protección que merece la vivienda habitual. La Directiva 2014/17/UE protege al consumidor, aunque el crédito no tenga por finalidad la adquisición de la vivienda habitual. Lo que quiere decir que la norma protege la vivienda habitual mediante la protección de cualquiera que sea el crédito con el cual se adquiere un inmueble de uso residencial. La Directiva 2014/17/UE no protege de forma prioritaria el derecho a la vivienda a pesar de que el derecho a la vivienda está consagrado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

14. En España los problemas relacionados con la vivienda todavía persisten, el número de desahucios sigue siendo alto y el acceso a la vivienda es difícil. La LCCI hace referencia a la vivienda como un derecho fundamental reconocido en el Derecho europeo, pero a su vez, la LCCI deja fuera la protección de la vivienda habitual como un derecho fundamental de los consumidores. La LCCI protege a todo tipo de persona física consumidora que solicite un crédito con el propósito de adquirir o conservar terrenos o inmuebles construidos o por construir, pero a mi juicio, es lamentable que no establezca como prioridad proveer mayor protección al inmueble utilizado como la vivienda habitual de un consumidor y que, además, amplíe el concepto de “uso residencial” a bienes inmuebles que, de forma complementaria, ayuden a cumplir una función doméstica como pueden ser: los garajes, trasteros, corrales u

hórricos. Las consecuencias de perder una vivienda, definitivamente, no son las mismas que perder otro bien inmueble aun cuando se trate de inmuebles de uso residencial, y es ahí en donde a mi juicio la protección de la vivienda habitual debe ser una prioridad, sobre todo, en el proceso de ejecución o venta forzosa. Lo anterior, porque quien pierde su vivienda pierde estabilidad y seguridad. La protección de cualquier crédito sobre bienes inmuebles de uso residencial le resta importancia a la vivienda habitual, la cual no puede permanecer al margen de los cambios sociales, económicos, incluso tecnológicos que acontecen. La protección de cualquier inmueble de uso residencial hace que la protección se diluya ante las complejas estructuras de financiación que se utilizan en la industria bancaria porque no será posible lograr un préstamo asequible cuando se obliga a la protección de todo inmueble destinado a uso residencial. Por otra parte, todas las disposiciones establecidas en la LCCI son de carácter imperativo y el carácter imperativo de esta ley obedece al interés de zanjar cualquier disputa futura sobre abusividad o falta de transparencia en las cláusulas incluidas en los contratos crédito inmobiliario. Sin embargo, entendemos que la LCCI como norma imperativa no evitará o reducirá la litigiosidad de los contratos de crédito inmobiliario porque una norma imperativa que alcance a cualquier contrato de crédito inmobiliario y que perjudique a todos los consumidores sería contraria a la Directiva 93/13/CEE y, por consiguiente, el legislador español no podría excluir las disposiciones de la LCCI del control de abusividad. Además, el art. 25 sobre intereses moratorios no finiquita las dudas relacionadas sobre la aplicación de los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios. A mi juicio la nueva norma del art. 25 de la LCCI no promueve ni la noción del préstamo hipotecario responsable ni protege efectivamente a los consumidores.

15. La LCCI de España solo prevé sanciones administrativas para un prestamista que incumpla con la valoración de la solvencia de un posible deudor. La LCCI no prevé una sanción específica en caso de incumplimiento con la evaluación de la solvencia del deudor o la concesión de un crédito cuando la evaluación de la solvencia arroje un resultado negativo. La Directiva 2014/17/UE le impone a los Estados miembros incorporar sanciones a su Derecho nacional exigiendo a las autoridades competentes medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias, y que vigilen el cumplimiento por los prestamistas con los procedimientos de evaluación de la solvencia. La STJUE OPR-Finance de 5 de marzo de 2020, asunto C-679/18, establece que la Directiva 2008/48/CE se opone a que una legislación nacional que establezca tanto sanciones administrativas como sanciones de Derecho civil al prestamista que incumpla con el deber de evaluar la solvencia de un prestatario, cuando la sanción de

Derecho civil (en este caso la nulidad del contrato de crédito) deba ser invocada por el consumidor dentro del plazo de prescripción establecido en la ley nacional, porque tal sanción no puede garantizar por sí sola de manera suficientemente eficaz la protección de los consumidores cuando son éstos quienes tienen que invocar la sanción. Si España quiere hacer realidad el postulado sobre la concesión de crédito responsable debe establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias que puedan beneficiar a los consumidores y dichas sanciones deben ser de Derecho civil como: la privación del derecho a cobrar los intereses, las comisiones o no permitir que se declare el vencimiento anticipado de la deuda. Lo anterior, porque las sanciones de carácter administrativo por sí solas no son suficientes para evitar el sobreendeudamiento y garantizar la protección de los consumidores.

16. De las reformas legislativas implementadas en España que a mi juicio podrían ser de utilidad en Puerto Rico menciono las siguientes. En fase contractual repartiría de manera equitativa los gastos del préstamo hipotecario y adoptaría medidas que mejoren los procesos de tasación implementando medidas que eviten conflicto de interés en las partes involucradas en la tasación del inmueble utilizado como garantía del préstamo hipotecario. En fase ejecutiva, incluiría parámetros que deban cumplirse antes de ejercer el vencimiento anticipado, evaluaría la imposición de una limitación precisa o una reducción en términos porcentuales al tipo mínimo de la subasta como valor señalado en la tasación con aplicación a cualquier ejecutante que obtenga el remate y limitaría las costas exigibles en un proceso de ejecución. Estas reformas serían de utilidad en Puerto Rico porque brindarían mayores beneficios para los consumidores, y a su vez, se distribuiría equitativamente entre las partes contratantes la carga económica que conlleva la concesión de un préstamo hipotecario. En Puerto Rico lograr los cambios deseados para alcanzar mayor protección hacia los deudores con préstamos hipotecarios concedidos antes de la crisis financiera de 2007 es difícil porque la formulación de legislación en Puerto Rico se encuentra atrincherada entre jerarquías que operan en múltiples niveles que van desde el Gobierno Federal de EE. UU. hasta el Gobierno territorial local. En Puerto Rico la información sobre cómo realmente opera la industria bancaria es escasa. Por décadas no ha cambiado la forma y manera en la cual los bancos atienden los asuntos relacionados con los derechos de los consumidores, y es evidente la deficiencia que existe en la protección de un bien tan crítico como la vivienda. Independientemente de los cambios que surgen en EE. UU., la maquinaria del Gobierno puertorriqueño sigue siendo lenta para ponerse en movimiento. La lección final que nos enseña la crisis financiera y económica es que la protección de la vivienda es un desafío y

más ahora ante la situación del COVID-19, pues mucho me temo que se aproxima una crisis económica de mayor envergadura. Atender y proveer alternativas reales que protejan la vivienda habitual de los consumidores requiere de un liderazgo visionario, estrategias coherentes y mucha disciplina.



## **BIBLIOGRAFÍA:**

ADÁN DOMÉNECH, FEDERIC, La ejecución hipotecaria, Delimitación objetiva del proceso de ejecución hipotecaria, J. M. Bosch Editor, Barcelona (2008) pp. 93-149.

AGÜERO ORTIZ, ALICIA, Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los remuneratorios son abusivos, Rev. CESCO de Der. de Consumo, Núm. 14 (2015), pp. 262-274. <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/806> (consulta 26 de febrero de 2021).

AGÜERO ORTIZ, ALICIA, Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los remuneratorios también serán abusivos en los préstamos hipotecarios, Rev. CESCO de Der. de Consumo, Núm. 18, 2016, pp. 152-159. <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco> (consulta 26 de febrero de 2021).

AGUIRRE TORRADO, AGUSTÍN, Cursillo de Derecho Hipotecario, La Habana, (1943).

ALBERDI, BARALIDES y PEÑA, IRENE, Panorámica del mercado hipotecario español, Presente y Futuro del Mercado Hipotecario Español: Un análisis económico y jurídico, GANUZA, JUAN JOSÉ y GÓMEZ POMAR, FERNANDO (coords.), Aranzadi (2018) pp. 205-240.

ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN, El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral, RCDI (1993), pp. 1421 y ss.

ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN, La Ley 7/1998, de 3 de abril, ¿Excluye el control registral de las cláusulas abusivas?, Rev. Aranzadi Der. Patrimonial, Núm. 8 (2002), pp. 69-104.

ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN y CASTILLO PARRILLA, JOSÉ ANTONIO, Las RRDGRN de 27 de octubre y 10 de diciembre de 2015 abogan (de nuevo) por una interpretación extensiva o «pro-consumatore» en relación con la exigibilidad de la expresión manuscrita del art. 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo (1), Diario La Ley, Núm. 174 (2016), p. 4.

ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, La Sentencia del Tribunal de Justicia sobre intereses moratorios fijados por Ley. <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2015/01/la-sentencia-del-tribunal-de-justicia.html>. (consulta 14 de octubre de 2019).

ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, La obligación de comprobar la solvencia del consumidor antes de conceder un préstamo. <https://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2014/04/la-obligacion-de-comprobar-la-solvencia.html> (consulta 7 de marzo de 2021).

ALONSO RODRÍGUEZ, PABLO, El uso de sociedades de gestión de activos como herramienta de resolución bancaria en la Unión Europea publicado en la Revista Universitaria Europea No 24. Enero-Junio (2016), pp. 125-158. <http://www.revistarue.eu/RUE/052016.pdf>. (consulta 12 de agosto de 2020)

ÁLVAREZ CUEVAS, ALBERTO (autor) y SIERRA FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> DEL PILAR, Efecto de la burbuja inmobiliaria en la banca española: SAREB, <https://buleria.unileon.es/handle/10612/3715?show=full>. (consulta 25 de junio de 2020)

ÁLVAREZ LATA, NATALIA, Comentario a la Sentencia de 7 de septiembre de 2015, Intereses moratorios abusivos en el contrato de financiación a comprador de bien mueble, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Núm. 100 (2016), pp. 549-576.

ÁLVAREZ OLALLA, PILAR, La obligación de evaluar la solvencia, Vivienda e Hipoteca, DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS (coord.), Ed. Tecnos (2018), pp. 135-183.

ÁLVAREZ OLALLA, PILAR, La obligación de evaluar la solvencia en el Proyecto de Ley de contratos de crédito inmobiliario, Rev. Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, Núm. 1, enero 2018, pp. 103-116.

AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL, La teoría de la publicidad registral y su evolución, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid (1998), p. 27.

ANDERSON, MIRIAM, La tasación de la finca a efectos de la hipoteca y de su ejecución, Vivienda e Hipoteca, DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS (coord.), Ed. Tecnos (2018), pp. 185-240.

ANDERSON, MIRIAM, La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios y su previsible impacto en el Derecho español, ARROYO AMAYUELAS, ESTHER y SERRANO DE NICOLÁS, ÁNGEL (dirs.), La europeización del Derecho privado: Cuestiones Actuales, Marcial Pons, Barcelona-Madrid (2016), pp. 45-64.

ANDERSON, MIRIAM, La Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: algunos claros, y muchas sombras, La Notaría, (2019). <https://www.ub.edu/catedres/sites/default/files/content/file/2020/05/25/1/11d-la-notaria.-ley-de-contratos.pdf>. (consulta 9 de abril de 2021).

ANDERSON, MIRIAM and SIMÓN MORENO, HECTOR, The Spanish Crisis and the Mortgage Credit Directive: Few Changes in Sight, The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe, ANDERSON, MIRIAM and ARROYO AMAYUELAS, ESTHER (coords.), Europa Law Publishing (2017), pp. 50-103.

ARMENTA DEU, TERESA, Lecciones de Derecho procesal civil, Proceso de Declaración. Proceso de Ejecución. Procedimientos Especiales. Arbitraje y Mediación (Undécima edición), Marcial Pons (2018), pp. 46-47, 48, 52-53, 423, 428-429, 431-432, 502-503.

ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, Crisis? What Crisis? Common EU Rules for Mortgage Credits, The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe, Europa Law Publishing (2017) pp. 2-19.

ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, Rev. In Dret, abril (2017) pp. 1-44.

ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, Crédito inmobiliario y solvencia negativa: sanciones para el prestamista y remedios para el prestatario, Los contratos de crédito inmobiliarios.

Algunas soluciones legales, SÁNCHEZ LERÍA, REYES y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, LUCÍA (coords.), Ed, Reus (2018), pp. 149-176.

ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, Sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario, Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo Universidad de Barcelona, Working Paper 9/2018, pp. 1-30.

ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, La política de crédito responsable en la Unión europea, Rev. Der Bancario y Bursátil, Núm. 149, enero-marzo 2018, pp. 65-94.

ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, Comentario al art. 21, Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, MANUEL JESÚS (dir.), Thompson Reuters Aranzadi, 1ra Ed. (2014), pp. 807-827.

ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, Límites a los intereses moratorios, Cuestiones Hipotecarias e Instrumentos de Previsión, El impacto del Derecho de la Unión Europea, Marcial Pons (forthcoming 2021).

AUTRY, CHARLES T. & HALL, ROLAND F., The Law of Cooperatives (2009).

AWREY, DAN, Complexity, Innovation, and the Regulation of Modern Financial Markets, 2 Harv. Bus. L. Rev. 235 (2012)

BLANCO PULLEIRO, ALBERTO, El valor de la tasación, Cuadernos de Derecho y Comercio, Núm. 1 (2014), pp. 281-296.

BARBANCHO TOVILLAS, F., Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, FERNÁNDEZ BALLESTEROS, RIFÁ SOLER y VALLS GOMBAU (coords.), Barcelona (2000), T. III, pág. 3090.

BAR-GILL, OREN, Contrato de préstamo hipotecario: Derecho, Economía y Psicología, en Presente y Futuro del Mercado Hipotecario Español: Un análisis económico y jurídico, GANUZA, JUAN JOSÉ y GÓMEZ POMAR, FERNANDO (coords.), Aranzadi (2018), pp.

129-148. Este artículo se basa en trabajos anteriores del autor BAR-GILL tales como: *Seduction by Contract: Law, Economics and Psychology in Consumer Markets* (2012) y *Consumer Transactions* (2014).

BARONA ARROYO, LUIS (autor) y MIRETE FERRER, PEDRO MANUEL (director), *¿Por qué los fondos buitres se alimentan de nuestras casas?*, Universidad Pontificia, ICADE Business School, Madrid (julio) 2016. <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/15507> (consulta 5 de mayo de 2021).

BARRERO, ENRIQUE, La nulidad de la cláusula de intereses moratorios abusivos o ilegales en el contrato de préstamo. Moderación o expulsión del contrato, *Rev. Aranzadi Doctrinal*, Núm. 4/2014, pp. 21-29.

BARRÍA, CECILIA, Qué es la “Regla de Volcker” y cómo su transformación podría facilitar la próxima crisis económica global. <http://www.bbc.com/mundo/noticias-44420709> (consulta 23 de diciembre de 2020).

BAUMS, T. and WYMEERSCH, EDDY, *Asset-backed Securitization in Europe*, Kluwer Law International, (1996), pp. 207-226.

BERROCAL LANZAROT, ANA I., El deber de información y la obligación de evaluar la solvencia en el Proyecto de Ley Reguladora de los contratos de crédito inmobiliario: Consecuencias jurídicas de su incumplimiento, *Los contratos de crédito inmobiliarios. Algunas soluciones legales*, SÁNCHEZ LERÍA, REYES y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, LUCÍA (coords.), Ed, Reus (2018), nota 5, pp. 177-215.

BLANCO PULLEIRO, ALBERTO, El valor de tasación, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Núm. Extraord. (2014), pp. 287-291.

BRATT, RACHEL G., *The Role of HUD and the FHA: Conflicts in Mandate and Operations, Past and Present, HUD/FHA-Insured Homeowners and Properties in End-Stage Default and Foreclosure: National Context and Experiences in Massachusetts*. <http://www.cdbrief4-22020.pdf>. (consulta 24 de marzo de 2021)

BRAU DEL TORO, HERMINIO, Apuntes para un curso sobre el estado del Derecho Inmobiliario Registral Puertorriqueño bajo la Ley Hipotecaria de 1893, 48 Rev. Jur. U.P.R. 113, 133-134 (1979).

BRESCIA, RAYMOND H., Leverage: State Enforcement Actions in the Wake of the Robo-Sign Scandal, 64 Me. L. Rev. 18, 24-27 (2011).

BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL, El control registral de las condiciones generales de los contratos, Rev. Crit. Der. Inmobiliario, Núm. 667 (2001), pp. 1939-2004.

CAMPUZANO Y HORMA, FERNANDO, Principios Generales de Derecho Inmobiliario y Legislación Hipotecaria, 2da Ed., Instituto Editorial Reus, Madrid (1941), pp. 303 y 321.

CARBALLO FIDALGO, MARTA, La protección sustantiva del deudor hipotecario. Especial consideración a los intereses de demora y al vencimiento anticipado del crédito, Sobreendeudamiento de Consumidores: estrategias para garantizar una segunda oportunidad, Bosh (2020), pp. 105-141.

CÁRDENAS HERNÁNDEZ, L., La hipoteca como deuda de responsabilidad limitada, R.C.D.L, 1940, pp. 405 y ss.

CARRASCO PERERA, ÁNGEL, CORDERO LOBATO, ENCARNA y MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS, Tratado de los Derechos de Garantía, Tomo I, 3ra Ed. Thompson Reuters Aranzadi (2015), pp. 678, 1158, 1160, 1161.

CARRASCO PERERA, ÁNGEL, Derecho de contratos, 2da Ed., Aranzadi, Navarra (2017), p. 345.

CASTILLA BAREA, MARGARITA, La facultad del acreedor de elegir el procedimiento ejecutivo en caso de hipoteca sobre la vivienda habitual del deudor: ¿una libertad absoluta o condicionada?, Rev. Der. Civil, Vol. V, Núm. 2 abril-junio 2018, pp. 81-105.

CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN, Negociación contractual, desequilibrio importante y protección del consumidor en la contratación bancaria Las

cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca, Tirant Lo Blanch, Valencia (2016), pp. 191, 201-202, 217-218, 219-220, 222-223, 249-250, 252-253, 257-258, 260-261, 269-270, 278, 288.

CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN, Algunas consideraciones sobre la titulización de créditos garantizados con hipoteca y el proceso de ejecución hipotecaria en Derecho español, Rev. Boliv. Der, Núm. 24, julio 2017, pp. 140-169.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO, Venta extrajudicial de finca hipotecada y dación en pago: una breve y contenida memoria explicativa de su reforma legal propuesta, Vivienda e Hipoteca, DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS (coord.), Ed. Tecnos (2018), pp. 593-635.

CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA, Estudios sobre Derecho Hipotecario, Tomo I, 3ra Ed. (1994), p. 213.

CUENA CASAS, MATILDE, Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario, Presente y Futuro del Mercado Hipotecario Español: Un Análisis Económico y Jurídico, GANUZA, JUAN JOSÉ y GÓMEZ POMAR, FERNANDO (coords.), Aranzadi (2018) pp. 521-577.

CUENA CASAS, MATILDE, Evaluación de la solvencia y Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Más de lo mismo. <https://hayderecho.com/2017/05/22/evaluacion-de-la-solvencia-y-anteproyecto-de-ley-de-contratos-de-credito-inmobiliario-mas-de-lo-mismo/> (consulta 19 de febrero de 2019).

CUENA CASAS, MATILDE, La insolvencia de la persona física, prevención y solución, Anales de la Academia Matritense del Notariado, Colegio Notarial de Madrid, Tomo LV (2015), pp. 463-518.

CUENA CASAS, MATILDE, Evaluación de la solvencia y créditos hipotecarios, El Notario del Siglo XXI, Núm. 68, 2016, <https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/3813-evaluacion-de-la-solvencia-y-creditos-hipotecarios>, (consulta 7 de marzo de 2021).

CUENA CASAS, MATILDE, Tasaciones de inmuebles y (des)protección del deudor hipotecario. Hacia una nueva “burbuja inmobiliaria,” 11 de febrero de 2015, <https://hayderecho.com/2015/02/11/tasaciones-de-inmuebles-y-desproteccion-del-deudor-hipotecario-hacia-una-nueva-burbuja-inmobiliaria/> (consulta 4 de marzo de 2021).

DAVIDSON, NESTOR M., New Formalism in the Aftermath of the Housing Crisis, 93 B.U. L. Rev. 389 (2013)

DE ALBA LACUVE, CHANTAL MOLL, La limitación de la responsabilidad del deudor hipotecario a través del art. 140 de la Ley Hipotecaria, Garantías reales en escenarios de crisis: Presente y Prospectiva, LAUROBA LACASA, M.<sup>a</sup> ELENA y TARABAL BOSCH, JAUME (coords.) Marcial Pons, (2012), pp. 561-572.

DE LA CÁMARA GARCÍA, FERNANDO, Las garantías reales en la contratación bancaria: La hipoteca mobiliaria e inmobiliaria, octubre 2007, pp. 1181-1251. <http://vlex.com/vid/39087330>. <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/garantias-hipoteca-mobiliaria-inmobiliaria-39087330>. (consulta 17 de abril de 2021).

DE LA PEÑA, LUIS y LÓPEZ FRÍAS, JUAN, Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento jurídico, Rev. Der. Bancario y Bursátil, Lex Nova, Valladolid, Núm. 130 (2013), p. 47-78. [https://www.garrigues.com/sites/default/files/docs/Paginas\\_desdeRevista\\_de\\_Derecho\\_Bancario\\_y\\_Bursatil\\_\\_N%C2%BA\\_130\\_Abril-Junio\\_2013.pdf](https://www.garrigues.com/sites/default/files/docs/Paginas_desdeRevista_de_Derecho_Bancario_y_Bursatil__N%C2%BA_130_Abril-Junio_2013.pdf). (consulta 17 de abril de 2021).

DÍAZ ALABART, SILVIA, Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia, La protección del consumidor en los créditos hipotecarios: Directiva 2014/17/UE, REPRESA POLO, M.<sup>a</sup> PATRICIA (coord.), Ed. Reus, Madrid (2015), pp. 223-276.

DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA, Intereses de demora en los préstamos hipotecarios. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y su compatibilidad con el Derecho comunitario, Rev. Der. Civil, Vol. V, Núm. 2 (2018), p. 293-320.



DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA, Ejecución Judicial sobre Bienes Hipotecados, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid (2000).

DÍAZ MARTÍNEZ, ANA, Intereses moratorios pretendidamente abusivos en contratos bancarios de préstamo. Especial referencia a la STJUE 14 de junio de 2012, Rev. Aranzadi Doctrinal Civil-Mercantil, Núm. 4 (2012), BIB 2012/1133, pp. 37-48.

DÍEZ GARCÍA, HELENA, Control notarial de cláusula no transparente y abusivas en los contratos de crédito o préstamo hipotecario, Vivienda e Hipoteca, DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS (coord.), Ed. Tecnos (2018), pp. 335-448.

DÍEZ-PICAZO, LUIS, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo II, Madrid (1978), p. 71.

DIEZ-PICAZO, LUIS, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. I, 2da Ed., Editorial Tecnos S. A., Madrid (1983) p. 488.

DÍEZ PICAZO, LUIS, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo II, Ed. Tecnos, (1983), p. 662.

DÍEZ PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO, Sistema de Derecho Civil, Vol. II, El Contrato en General, La Relación Obligatoria, Contratos en Especial, Cuasi Contratos, Enriquecimiento sin Causa y Responsabilidad Extracontractual, Tecnos, 6ta Ed., (1989), p.460.

DODD, RANDALL, El abecé de los mercados extrabursátiles, Finanzas & Desarrollo Publicación Trimestral del Fondo Monetario Internacional, Vol. 45 Núm. 2, junio (2008), pp. 34-35.

DODD, RANDALL y MILLS, PAUL, El flagelo de las hipotecas de alto riesgo, Finanzas & Desarrollo Publicación Trimestral del Fondo Monetario Internacional, Vol. 45, Núm. 2, junio (2008), pp. 14-18.

DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, Especialidad de la vivienda habitual como objeto de la hipoteca, Vivienda e Hipoteca, Ed. Tecnos (2018), pp. 241-334.

DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS (AAVV): Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo III, 2ª ed., Edit. Lex Nova, Valladolid (2000), pp. 3384-3386.

DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, La STJUE de 14 de marzo de 2013: su aplicación por los tribunales y su desarrollo legislativo por la Ley 1/2013, La Ley Unión Europea, Núm. 7, (2013), pp. 25-48.

DOMÍNGUEZ ROMERO, JAVIER, Adquisición de Vivienda y Cláusulas Abusivas: La integración del Derecho español a través del Derecho europeo y comparado, Publicaciones Oficiales Boletín Oficial del Estado, Madrid (2018), pp. 167, 186-187, 232, 246-247, 258, 263, 282, 283, 288-289, 290-291, 292-293, 415, 426-428, 445, 465-466, 467-468, 470-471, 472-473, 481, 486-487, 492, 493, 495-496.

EDELMAN, SARAH, GORDON, JULIA and DESAI, AASHNA, Is the FHA Distressed Asset Stabilization Program Meeting Its Goals? Center for American Progress, September 9, 2014. <https://cdn.americanprogress.org/wp-content/uploads/2014/09/Edelman-DASP-report.pdf>. (consulta 26 de marzo de 2021)

EDSON & B. JACOBS, Secondary Mortgage Market Guide § 5.01, at 5-3 (1990).

EGGERT, KURT, Held Up in Due Course: Predatory Lending, Securitization and the Holder in Due Course Doctrine, 35 Creighton L. Rev. 503, 550 (2002).

ENGEL, KATHLEEN C. and MCCOY, PATRICIA A., Turning a Blind Eye: Wall Street Finance of Predatory Lending, 75 Fordham L. Rev. 2039, 2045 (2007).

ESTEBAN-HANZA NAVARRO, EMILIO, El significado e importancia del valor de tasación en la ejecución hipotecaria, Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal, SÁNCHEZ RUÍZ DE VALDIVIA, INMACULADA y OLMEDO CARDENETE, MIGUEL (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia (2014), pp. 677-698.

ESTRADA ALONSO, EDUARDO y FERNÁNDEZ CHACÓN, IGNACIO, Ejecución hipotecaria y cláusulas abusivas (A propósito de la cuestión prejudicial planteada en el asunto Mohamed Aziz c. Catalunya Caixa), Rev. Crit. Der. Inmobiliario, Núm. 735, enero 2013, pp. 173-243.

EXPÓSITO, R., Lecciones de Historia: La Crisis de las Hipotecas Suprime, Cap. III La Titulización.

<http://www.economiapuntes.blogspot.com/2013/03/leccionesdehistorialacrisisdelashipotecassuprime>. (consulta 16 de agosto de 2018).

FAJARDO, F., (AAVV): Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Vol. II, Ed. Aranzadi, Navarra (2001), p. 508, nota 192.

FERNÁNDEZ- BALLESTEROS, MIGUEL ÁNGEL, La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Edit. Iurgium, Madrid (2001), p. 63.

FERNÁNDEZ SEIJO, JOSÉ MARÍA, La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias, Una aproximación desde del Derecho comunitario, Editorial Bosch, S. A. (2013), pp. 50, 58-59, 104, 212.

FIGUEROA, LOIDA, Breve historia de Puerto Rico, Vol. I, Río Piedras Ed. Edil (1979), pp. 101-104.

FLORES DOÑA, MARÍA DE LA SIERRA, Principios orientadores del contrato de crédito hipotecario en el Mercado Europeo, pp. 83-107, <http://vlex.com/vid/principios-orientadores-contrato-credito-642272625>. (consulta 21 de agosto de 2018).

FONT GORGORIÓ, NATALIA, Insuficiencia de las sanciones administrativas como penalización ante la falta de evaluación de solvencia de conformidad con la STJUE C-679/18, de 5 de marzo de 2020, Working Papers (Cátedra Jean Monnet de Dret Privat Europeu. <http://hdl.handle.net/2445/157897>. (consulta 21 de abril de 2021).

FRISCH, DAVID, The Recent Amendments to UCC Article 9: Problems and Solutions, 45 U. Rich. L. Rev. 1009 (2011).

GALLEGO DOMÍNGUEZ, IGNACIO, Las cláusulas abusivas y el Registro de la Propiedad, Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, Ed. Wolters Kluwer, Madrid (2006), p. 7173.

GARCÍA ALCOBA, M.<sup>a</sup> LUCÍA y CORONADO VACA, MARÍA, (directora), La crisis de titulización del 2007 con especial consideración a los casos de EE. UU. y Europa, Trabajo Fin de Grado, Universidad Pontificia ICAI ICADE, Madrid, marzo 2015, pp. 15, 25-26. <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/4331> (consulta 28 de abril de 2021)

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario, RCDI, Núm. 625 (1994), pp. 2239-2310.

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, Civitas, Madrid (1994), pp. 80, 95.

GARCÍA MONTALVO, JOSÉ, Hipotecas “made in Spain”: pasado, presente y futuro, en Presente y Futuro del Mercado Hipotecario Español: Un análisis económico y jurídico, GANUZA, JUAN JOSÉ y GÓMEZ POMAR, FERNANDO (coords.), Aranzadi (2018), pp. 241-281.

GARCÍA RODRÍGUEZ, ANA y GARCÍA SILVESTRE, IGNACIO, Nuevas tendencias en el mercado de la titulización de activos: El fomento de la titulización sintética en España, Rev. Der. Del Mercado de Valores, Núm. 16 (2015), pp. 1-12. [https://cuadernosdederechoparaingenieros.com/wp-content/uploads/06\\_Nuevas-tendencias-en-el-mercado-de-la-titulizacion.pdf](https://cuadernosdederechoparaingenieros.com/wp-content/uploads/06_Nuevas-tendencias-en-el-mercado-de-la-titulizacion.pdf). (consulta 17 de abril de 2021).

GIMÉNEZ ARNAU, E., Tratado de Legislación Hipotecaria, Tomo II, Ediciones Españolas S.A., Madrid (1941), pp. 155-168, 153.

GÓMEZ-BEZARES PASCUAL, FERNANDO, GÓMEZ-BEZARES REVUELTA, ANA y JIMÉNEZ EGUIZÁBAL, JUAN ALFREDO, Regulación de la tasación inmobiliaria (2015) 6 Rev. Der, Empresa y Sociedad (REDS) pp. 155-172.

GÓMEZ GALLIGO, FRANCISCO JAVIER, Artículo 104 a 130 de la Ley Hipotecaria, Tomo VII. Vol. 6to, enero 2000, <http://vlex.com/vid/230322> (consulta 1 de octubre de 2019)

GOZÁLBEZ GILABERT, IRENE (autora) y BLASCO RUÍZ, ANA (tutora), Los servicers en la gestión de activos inmobiliarios. Análisis y evolución de los principales servicers españoles, <https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/125189/Goz%C3%A1lbez%20-%20Los%20servicers%20en%20la%20gesti%C3%B3n%20de%20activos%20inmobiliarios.%20An%C3%A1lisis%20y%20evoluci%C3%B3n%20de%20los%20prin....pdf?sequence=2> (consulta 25 de junio de 2020)

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, MANUEL, La legitimación de una cláusula abusiva por la Ley 1/2013, de protección de los deudores hipotecarios, El Notario, Núm. 20, 11 de julio de 2013, disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/revista-50/opinion/opinion/52-la-legitimacion-de-una-clausula-abusiva-por-la-ley-1-2013-de-proteccion-de-los-deudores-hipotecarios> (consulta 4 de marzo de 2021).

GOODMAN, LAURIE, GOLDING, EDWARD and PARROTT, JIM, FHA Distressed Asset Stabilization Program Should Be Improved, Not Abandoned, Urban Wire (blog), August 14, 2019. <https://www.urban.org/urban-wire/fhas-distressed-asset-stabilization-program-should-be-improved-not-abandoned>. (consulta 26 de marzo de 2021).

GOPAL, PRASHANT, AND SHENN, JODY, Banks May Soften Blow of Jumbo Loan Limits, Bloomberg (June 28, 2011) <http://www.bloomberg.com/news/2011-06-28/banks-appetite-for-jumbos-may-soften-blow-of-new-loan-limits.html>. (consulta 26 de marzo de 2021).

GRAMUNT FOMBUENA, MARILÓ, Los gastos asociados a la constitución de préstamos hipotecarios en la contratación con consumidores: una mirada hacia el futuro, Rev. Jur. Consumidores y Usuarios, marzo (2018) pp. 1-12.

GREENBURG, BRAD, Consolidation after crisis: How a few private investors bought distressed, federally-insured mortgages after the foreclosure crisis, 20 N.Y.U. J. Legis. & Pub. Pol'y 887 (2017).

GRUBB, MICHAEL D., Overconfident Consumers in the Marketplace, *Journal of Economic Perspectives* 29 (2015) pp. 9-36.

GUSEVA, YULIYA, Evolutionary Developments in Mortgage Securitization: Financial Law Reforms, Putative Beneficiaries, and Archetypal Economic Risks, 21 *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* 395 (2012).

GUZMÁN FLUJA, Reflexiones en torno a la ejecución hipotecaria en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, *La ejecución civil, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Núm. 53-2004*, Madrid, pp. 937-1016.

HERBOSA MARTÍNEZ, I., *El despacho de la ejecución hipotecaria. Causas de oposición y suspensión*, Edit. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid (2006), p. 29.

HERNÁNDEZ SAINZ, ESTHER, El plazo de reflexión en la contratación de préstamos hipotecarios: instrumentos para su garantía, *Rev. Análisis del Derecho InDret*, 4/2017, pp. 1-41.

HERNÁNDEZ SAINZ, ESTHER, El nuevo régimen de protección precontractual en la contratación bancaria de préstamos hipotecarios, *Vivienda y crisis económica (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocadas por la crisis económica)*, Thompson Reuters Aranzadi, Navarra (2014), pp. 59-122.

HERNÁNDEZ TORRES, ESTEFANÍA, El vencimiento anticipado en el Proyecto de Ley sobre contratos de crédito inmobiliario, *Los contratos de crédito inmobiliarios. Algunas soluciones legales*, SÁNCHEZ LERÍA, REYES y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, LUCÍA (coords.), Ed. Reus (2018), pp. 217-230.

HIJAS CID, E, ¿Se puede adaptar el trust al ordenamiento jurídico español?, *El Notario del Siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid, Núm. 72*, marzo-abril de 2017, pp. 183-187.

HOFFMAN, SUSAN. M. & CASSELL, MARK. K, Mission Expansion in the Federal Home Loan Bank System, SUNY Press (2010), pp. 45-49.

HULL, JOHN C., Introducción a los Mercados de futuros y opciones, 8va Ed. Pearson (2014).

HUNT, JOHN PATRICK, STANTON, RICHARD and WALLACE, NANCY, Rebalancing Public and Private in the Law of Mortgage Transfer, 62 Am. U. L. Rev. 1529 (2013).

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN, Las cláusulas abusivas de intereses moratorios y vencimiento anticipado en la reciente jurisprudencia comunitaria y nacional. La integración pro consumatore de la cláusula de vencimiento anticipado, RCDI, Núm. 755 (2016), pp. 1677-1705.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN, La ejecución del derecho de crédito: ejecución ordinaria e hipotecaria, La prevención del sobreendeudamiento privado: Hacia un préstamo y consumo responsables, CUENA CASAS, MATILDE y ALCANIZ MIRAÑO, VICENTE (coords.), Thompson Reuters Aranzadi (2017), pp. 639-680.

KODRES, LAURA, Una crisis de confianza ... y mucho más, Finanzas & Desarrollo Publicación Trimestral del Fondo Monetario Internacional, Vol. 45, Núm. 2, junio (2008), pp. 9-13.

LACABA SÁNCHEZ, FERNANDO, La titulización de créditos hipotecarios. Nueva controversia en nuestro derecho hipotecario, Revista de Derecho vLex - Nbr. 144, May (2016), <http://vlex.com/vid/titulizacion-creditos-hipotecarios-nueva-640668417> (consulta 30 de agosto de 2018).

LACABA SÁNCHEZ, FERNANDO, El principio de efectividad de la jurisprudencia comunitaria, Rev. Der. vLex, Núm. 166, marzo (2018), pp. 6-15. (2016), <http://vlex.com/vid/titulizacion-creditos-hipotecarios-nueva-640668417> (consulta, 30 de agosto de 2018).

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, Elementos de Derecho Civil, Tomo III-2, Dykinson, Madrid, (2001), p. 191.

LEBRUSAN MURILLO, IRENE, Más allá de la familia: Una reflexión teórica sobre la definición del habitante de la vivienda, Tendencias Sociales. Revista de Sociología, Departamento de Sociología III. UNED, 3 (2019), pp. 60-76.

LEGRAND, VERONIQUE, La normativa francesa, en Los Contratos de Crédito Inmobiliario, Aranzadi (2017) pp. 231-244.

LEVITIN, ADAM J. & WACHTER, SUSAN M., Explaining the Housing Bubble, 100 Geo. L.J. 1177, 1203-10, 1128-32 (2012).

LO, ANDREW W., Reading About the Financial Crisis: A Twenty-One-Book Review, 50 J. Econ. Lit. 151 (2012).

LOONIN, DEANNE and RENUART, ELIZABETH, The Life and Debt Cycle: The Growing Debt Burdens of Older Consumers and Related Policy Recommendations, 44 Harv. J. on Legis. 167, 178 (2007).

LÓPEZ FRÍAS, ANA M.<sup>a</sup>, La contratación de productos y servicios accesorios al crédito inmobiliario. La problemática de los seguros asociados a la hipoteca, Los Contratos de Crédito Inmobiliario, Aranzadi (2017) pp. 601-653.

LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ M.<sup>a</sup>, CASASOLA DÍAZ, JOSÉ M.<sup>a</sup> y TORRES CASERO, JOSÉ ANTONIO, La cesión y titulización del crédito hipotecario, Ed. Wolters Kluwer España, S. A. España (2017), pp. 31, 40, 45, 72, 92-93, 105, 109, 111, 113.

MACÍAS GONZÁLEZ, JOSÉ MANUEL (autor) y SÁNCHEZ MONTERO, JESÚS MARÍA (director), Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A. (SAREB), <https://idus.us.es/handle/11441/87558>. (consulta 30 de julio de 2020).

MADRID PARRA, AGUSTÍN, Régimen General del Mercado Hipotecario en Tratado de Derecho Mercantil, Inversión Colectiva, Mercado Hipotecario, Titulización, T. XII, Marcial



Pons Ed. Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid (2017), pp. 264, 271-272, 316-317, 318, 372-373, 375, 352, 378-379, 407, 412, 413, 418, 425, 437-438, 439-440, 472, 479, 491, 502, 510.

MAIMÍ ROSADO, ILEIS Y., Jurisdicción sobre fraude hipotecario en Puerto Rico, 6 No. 1 U. Puerto Rico Bus. L.J. 68 (2014).

MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS, Imposibilidad de recalcular los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios, fijándolos en tres veces el interés legal del dinero, cuando la cláusula que los impone es abusiva (STJUE de 21 de enero de 2015), Rev. CESCO Der. Del Consumo, Núm. 13 (2015), pp. 9-11. <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco> (consulta 5 de mayo de 2021).

MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS, Una lectura de la normativa en materia de crédito inmobiliario desde la perspectiva de los prestatarios, Los contratos de crédito inmobiliario, Aranzadi, Pamplona (2017), pp. 135-172.

MARQUES IBAÑEZ, DAVID, Securitisation, credit risk and lending standards revisited, European Central Bank, Research Bulletin, Núm. 32, Marzo (2017) <https://www.ecb.europa.eu/pub/economic-research/resbull/2017/html/rb170330.en.pdf>. (consulta 2 de mayo de 2021).

MARTÍN DIZ, FERNANDO, La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles. Su tratamiento legal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Edit. Comares, Granada (2000), pp. 162 y 163.

MARTÍN FABÁ, JOSÉ M.<sup>a</sup>, Tres formas dispares de configurar el vencimiento anticipado en el proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, Publicaciones Jur. Centro Estudios de Consumo, <https://www.centrodeestudiosdeconsumo.com>. Fecha de publicación 2 de enero de 2018. <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/3309-tres-formas-dispares-de-configurar-el-vencimiento-anticipado-en-el-proyecto-de-ley-reguladora-de-los-contratos-de-cr%C3%A9dito-inmobiliario>. (consulta 12 de octubre de 2019).

MARTÍNEZ ESCRIBANO, CELIA, Cesión y Titulización de Créditos Hipotecarios, Vivienda e Hipoteca, DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS (coord.), Ed. Tecnos, (2018), pp. 549-592.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, CELIA, Préstamos Inmobiliarios en moneda extranjera: De la jurisprudencia al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, Los contratos de crédito inmobiliarios. Algunas soluciones legales, SÁNCHEZ LERÍA, REYES y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, LUCÍA (coords.), Ed, Reus (2018), pp. 129-148.

MARTÍNEZ MOYA, E., Análisis del Término 2000-01 del Tribunal Supremo de Puerto Rico, 71 Rev. Jur. U.P.R. 607 (2002).

MARTÍNEZ ROMERO, JUAN A., ORTIZ ORTIZ, ERNIC E. y CRUZ, CYNTHIA, Retos en el manejo de la morosidad. La importancia del programa de “loss mitigation” para los deudores hipotecarios, [http://www.cossec.com/cossec\\_new/formas/Presentacion\\_Retos\\_en\\_el\\_Manejo\\_de\\_la Morosidad.pdf](http://www.cossec.com/cossec_new/formas/Presentacion_Retos_en_el_Manejo_de_la_Morosidad.pdf). (consulta 21 de enero de 2020).

MATE SATUÉ, LORETO CARMEN, Transparencia material en la contratación de los préstamos hipotecarios, De la expresión manuscrita de la Ley 1/2013 a los mecanismos llamados a cumplir la misma función en la Ley 5/2019, de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, Rev. Der. Civil, Vol. VI, Núm. 1, enero-marzo 2019, pp. 335-360. <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> (consulta 24 de noviembre de 2019).

MAYORGA TOLEDANO, M.<sup>a</sup> CRUZ, Obligaciones de la entidad de crédito en la concesión de crédito adecuado a la solvencia y capacidad de endeudamiento del cliente, CALLEJO RODRÍGUEZ, CARMEN y BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL (coords.), FLORES DOÑA, M.<sup>a</sup> DE LA SIERRA (dir.), El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea, Tirant lo Blanch, Valencia (2016), pp. 353-377.

MCDONNELL, JULIAN B., Entering a New Period of Reevaluation, in Secured Transactions Under the UCC § 1A.01, Matthew Bender Ed. (2013).

MCDONNELL, JULIAN B., Is Revised Article 9 a Little Greedy? 104 Com. L. J. 241 (1999).

MERCER OLIVER WYMAN y la Federación Hipotecaria europea, Study on the Financial Integration of European Mortgage Markets, disponible en: <https://www.nykredit.com/investorcom/ressourcer/dokumenter/pdf/Wymanreport.pdf> (consulta 25 de octubre de 2019).

MIQUEL GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA, Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios, Rev. Jur. Univ. Autónoma Madrid, Núm. 27 (2013), pp. 223-252.

MONSERRAT VALERO, ANTONIO, Los intereses garantizados por la hipoteca, An. Der. Civ., Núm. LII-1, enero 1999, pp. 13-100.

MORAN, EAMONN K., Wall Street Meet Main Street: Understanding the Financial Crisis, 13 N.C. Banking Inst. 5, 32-33 (2009).

MORELL Y TERRY, JOSÉ, Comentarios a la legislación hipotecaria, Tomo IV, 2da Ed., Madrid (1930), p. 96.

MORO SERRANO, ANTONIO, Los orígenes de la publicidad inmobiliaria, R.C.D.I., Núm. 603, marzo-abril 1991, pp. 535-573.

MORO SERRANO, ANTONIO, Los sistemas registrales en los Estados Unidos de América, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid (1986), pp. 55, 56, 58, 68, 76, 85 y 88.

MUÑIZ ESPADA, ESTHER, La política de la UE en materia de crédito inmobiliario, Los Contratos de Crédito Inmobiliario, Aranzadi (2017), pp. 73-108.

MURRAY, J. KEVIN, Issues in Appraisal Regulation: The Cracks in the Foundation of the Mortgage Lending Process, 43 Loy. L.A. L. Rev. 1301 (2010) op cit. Mark Simpson, Dir. of Prop. Standards, Fannie Mae, Address at the Appraisal Foundation Valuation Fraud Symposium (Oct. 13, 2006).

MÚRTULA LAFUENTE, VIRGINIA, Cuestiones actuales sobre los intereses remuneratorios y de demora en los préstamos hipotecarios, Vivienda e Hipoteca, DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS (coord.), Ed. Tecnos (2018), pp. 449-544.

NASARRE AZNAR, SERGIO, Los años de la crisis de la vivienda. De las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa, Tirant Lo Blanch, Valencia (2020), pp. 103-104, 119, 185-187, 203, 501.

NASARRE AZNAR, SERGIO, La regulación de la fiducia como un instrumento con utilidad financiera, El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, GARRIDO MELERO, MARTÍN y FUGARDO ESTIVILL, JOSEPH M.<sup>a</sup> (coords.), T. III, Barcelona, Bosch, (2005), pp. 651-687.

NASARRE AZNAR, SERGIO, El insuficiente marco legal de los valores hipotecarios y similares en el nuevo mercado hipotecario post-crisis y en un contexto europeo, Presente y Futuro del Mercado Hipotecario Español: Un Análisis Económico y Jurídico, GANUZA, JUAN JOSÉ y GÓMEZ POMAR, FERNANDO (coords.), Aranzadi (2018) pp. 483-517.

NASARRE AZNAR, SERGIO, Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria, Rev. Crítica Der. Inmobiliario, Núm. 727, septiembre (2011), pp. 2665-2737.

NICASIO JARAMILLO, ISABEL M.<sup>a</sup>, El control judicial del valor de tasación de la finca en el procedimiento de ejecución hipotecaria, Vivienda, préstamo y ejecución, ESPEJO LERDO DE TEJADA, MANUEL y MURGA FERNÁNDEZ, JUAN PABLO (dirs.), Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (2016), pp. 94-102.

NOGLER, LUCA y REIFNER, UDO, The New Dimensions of Life Time in the Law of Contracts and Obligation, Life Time Contracts, NOGLER, LUCA y REIFNER, UDO (coords.), The Hague, Eleven International Publishing (2014), p. 1 y ss.)

NOGUERAS LOZANO, M.<sup>a</sup> TERESA, La financiación del mercado hipotecario español desde 1981, Cap. IV, El proceso de titulización de préstamos hipotecarios, UNED, Madrid, (1996), págs. 126-127.

ORDÁS ALONSO, MARTA, Los contratos de crédito al consumo en la Ley 16/2011, de 24 de junio, Thompson Reuters Aranzadi, Navarra (2013), p. 103

ORDÁS ALONSO, MARTA, La fase precontractual en la contratación del crédito inmobiliario, Vivienda e Hipoteca, DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS (coord.), Ed. Tecnos (2018), pp. 23-122.

ORDÁS ALONSO, MARTA, El reembolso anticipado. Un ejemplo paradigmático de la necesidad de una reforma que aglutine la regulación de los contratos de financiación, Los Contratos de Crédito Inmobiliario, Aranzadi (2017) pp. 549-598.

ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER, Condiciones generales, control de transparencia e ineficacia contractual y cumplimiento o ejecución del contrato, Control de Transparencia y Contratación Bancaria, ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER, SÁNCHEZ MARTÍN, CARLOS y GUILLEN CATALÁN, RAQUEL (coords.), Valencia (2016), (libro digital), pp. 136-152.

ORTIZ RISUEÑO, EMMA M.<sup>a</sup> (autora) y VARGAS-MACHUCA-SALIDO, M.<sup>a</sup> JOSÉ, La Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB). <http://tauja.ujaen.es/handle/10953.1/4446>. (consulta 9 de agosto de 2020).

O'SHIELDS, REGINALD T., Reforming America's Mortgage Market: What comes after Fannie Mae and Freddie Mac? 16 N.C. Banking Inst. 99 (2012).

PANCHUCK, KERRI A., Mortgage Delinquencies Tick up in December, Housingwire, <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ywTxmP7QpnMJ:https://www.housingwire.com/articles/mortgage-delinquencies-tick-december/+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=pr> (consulta 4 de mayo de 2021).

PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> ANGELES, Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario, Rev. Crit. Der. In., Núm. 711, enero – febrero 2009, pp. 262-348.

PAU, ANTONIO y CURIEL, FERNANDO, Sub. Disposición Adicional 1ra Dos, Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de los Contratos, DÍEZ PICAZO, LUIS y ALFARO, JESÚS (dirs.), Ed. Civitas, Madrid (2002), pp. 883 y ss.

PAZOS CASTRO, RICARDO, Un nuevo ejemplo de la tortuosa relación del Derecho español con la Directiva de Cláusulas abusivas. Comentario a la STJUE de 26 de enero de 2017, Rev. Der. Civil, Vol. IV, Núm. 1, enero-marzo 2017, pp. 163-181.

PEDRAZ PENALVA, ERNESTO y MORAL, M.<sup>a</sup> JOSÉ: (AAVV): Proceso civil práctico, Tomo VIII-1, Ed. La Ley, Madrid (2002), pp. 1-377.

PÉREZ, DANIEL y CATARINEU, EVA, La titulización de activos por parte de las entidades de crédito: el modelo español en el contexto internacional y su tratamiento desde el punto de vista de la regulación prudencial, <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/08/May/Fic/IEF200814-5.pdf>. (consulta 25 de junio de 2020)

PÉREZ DAUDÍ, VICENTE, Las consecuencias procesales del concepto de valor del producto del art. 579 LEC, Garantías reales en escenarios de crisis: Presente y Prospectiva, LAUROBA LACASA, M.<sup>a</sup> ELENA y TARABAL BOSCH, JAUME (coords.) Marcial Pons, (2012), pp. 619-634.

PÉREZ HERESA, JUAN, Novedades en la función notarial para recuperar la seguridad jurídica en los préstamos hipotecarios, El Notario del Siglo XXI, septiembre-octubre 2017, pp. 16-19.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, FRANCISCO, Transparencia material y transparencia documental en los contratos de préstamo hipotecario, Los contratos de crédito inmobiliario, ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN y MORENO-TORRES HERRERA, M.<sup>a</sup> LUISA (dirs.), Ed. Thompson Reuters, Cizur Menor (2017), pp. 403-437.

PETERSON, CHRISTOPHER L., Predatory Structured Finance, 28 Cardozo L. Rev. 2185, 2213 (2007).

POZDENA, RANDALL JOHNSTONE, *The Modern Economics of Housing*, Westport, CT Qourum Book (1988), pp. 161-162.

PRETEL SERRANO, JUAN JOSÉ y ALBADALEJO, MANUEL (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, Vol. 8, arts. 138-197 LH, Edersa, (2004), nota 5.

PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos de Derecho Civil: Derecho General de las Obligaciones*, Ed. Bosch (1988), p. 317.

QUESADA LÓPEZ, PEDRO MANUEL, *La tasación del inmueble de cara a su ejecución en la modalidad del procedimiento sobre bienes hipotecados. Impacto del Derecho europeo*, *Los Contratos de Crédito Inmobiliario*, Aranzadi (2017) pp. 1179-1203.

QUINTANA LLORÉNS, LOURDES I., *Análisis Legislativo: El impacto de la nueva Ley Hipotecaria en la función notarial*, 86 *Rev. Jur. U.P.R.* 715, (2017).

RAJAN, RAGHURAM G., *Grietas del sistema. Por qué la economía mundial sigue amenazada* (traducción Blanca Ribera, título original *Fault Lines: How Hidded Fractures Still Threaten the World Economy*), Ed. Deusto, 2011, pp. 53, 61, 133, 135-136, 146, 164, 168, 170, 192, 212.

RENUART, ELIZABETH, *Property Title Trouble In Non-Judicial Foreclosure States: The Ibanez Time Bomb?* 4 *Wm. & Mary Bus. L. Rev.* 111, 131 (2013).

RIVAS TORRALBA, RAFAEL A., *Aspectos Registrales del Proceso de Ejecución*, Cap. X, *Ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados*, 3ra Ed. Wolters Kluwer (2017) pp. 639, 664, 667, 669, 671, 672, 677, 739-740, 743, 750, 751, 753, 754, 759, 760, 763, 765-766.

RIVAS TORRALBA, RAFAEL A., *Aspectos registrales de la ejecución directa sobre inmuebles hipotecados*, *La ejecución civil*, *Estudios de Derecho Judicial*, Núm. 51, Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid (2005), pp. 1017-1086.

RIVERA FERNÁNDEZ, *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Ed. Dilex (2004), p. 66.

RIVERA RIVERA, LUIS RAFAEL, Derecho Registral Inmobiliario Puertorriqueño, 2da Ed., Jurídica Editores (2002), pp. 26, 27, 29, 30, 31, 35-36, 40, 95.

ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., Derecho Hipotecario, Tomo I, 8va Ed., Barcelona (1995), p. 309.

ROCA SASTRE, R. M., DERECHO HIPOTECARIO, Título VIII, 8va Ed., Barcelona Bosch (1998), pp. 77, 217, 507, 508.

ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., Derecho Hipotecario, 8va Ed., Barcelona, Tomo I, pp. 190-192, Tomo III pp. 1, 18-23 y Tomo VII pp. 525-528.

ROCA SASTRE, R. M., Derecho Hipotecario, Tomo IX, 8va Ed. (1998), pp. 320, 467

R. M. ROCA SASTRE, Derecho Hipotecario, Tomo IV 2do, 6ta Ed. (1968), p. 1023.

ROCA SASTRE, R. M., Derecho Hipotecario, 6ta Ed., Tomo IV, Bosch, Barcelona (1968), p. 1091.

RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.<sup>a</sup> GOÑI, Ámbito de la calificación registral en las cláusulas financieras, RCDI, 754 (2016), pp. 968-985.

RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.<sup>a</sup> GOÑI, La doble ejecución real y personal del crédito hipotecario: Una triple perspectiva: Legal, Jurisprudencial y Práctica Bancaria, Garantías reales en escenarios de crisis: Presente y Prospectiva, LAUROBA LACASA, M.<sup>a</sup> ELENA y TARABAL BOSCH, JAUME (coords.) Marcial Pons, (2012), pp. 609-610.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, JULIO, Las viviendas que pudieron hundir la economía española. La caída del mercado de vivienda y sus consecuencias. <http://dx.doi.org/10.5209/CRLA.54984>. (consulta 15 de agosto de 2020).

SABATER BAYLE, ELSA, Intereses moratorios en contrato de préstamo hipotecario. Cláusula abusiva. Nulidad o moderación judicial (Comentario a la STJUE, Sala Primera, de



21 de enero de 2015, Caso Unicaja Banco S.A. y Otros v. José Hidalgo Rueda y Otros), Rev. Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, Vol. 2, Núm. 3 (2015), pp. 133-151.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, BEATRIZ, Consecuencias de la evaluación de la solvencia del prestatario, Rev. Crit. Der. Inmobiliario, Núm. 764, nov. 2017, pp. 3266-3281.

SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, El mercado de títulos hipotecarios: líneas esenciales de su regulación en España, Rev. Der. Bancario y Bursátil, Núm. 7 (1982), p. 587.

SÁNCHEZ EXPÓSITO, M.<sup>a</sup> JOSÉ, La Reestructuración del Sistema Financiero Español durante la Crisis, <http://tauja.ujaen.es/bitstream/10953.1/4185/1/TFG-Sanchez-Exposito,Maria.pdf>. (consulta 25 de junio de 2020)

SÁNCHEZ JORDÁN, M.<sup>a</sup> ELENA, La transmisión de la propiedad del bien hipotecado al acreedor con efectos extintivos de la obligación garantizada, Reflexiones suscitadas por la Ley de contratos de crédito inmobiliario, Rev. Der. Civil, Vol. VII, Núm. 3, abril-junio 2020, pp. 36-69.

SÁNCHEZ LERÍA, REYES, Sobre el deber de transparencia en el Proyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales, SÁNCHEZ LERÍA, REYES y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, LUCÍA (coords.) Ed. Reus, Madrid (2018), pp. 85-107.

SÁNCHEZ RUÍZ DE VALDIVIA, INMACULADA, Retroactividad, transparencia y abusividad en la contratación hipotecaria (también entre empresarios/as, Novedades del Pleno del Tribunal Supremo y del Abogado General del TJUE sobre el particular, Rev. Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, Núm. 8, sept 2016, pp. 59-109.

SATZ, MICHAEL A., How the Payday Predator Hides Among Us: The Predatory Nature of the Payday Loan Industry and Its Use of Consumer Arbitration to Further Discriminatory Lending Practices, 20 Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev. 123 (2010).

SCHILL, MICHAEL H., Uniformity or Diversity: Residential Real Estate Finance Law in the 1990s and the Implications of Changing Financial Markets, 64 S. Cal. L. Rev. 1261 (1991).

SCHWARCZ, STEVEN L., Regulating Complexity in Financial Markets, 87 Wash. U. L. rev. 211 (2009).

SCHWARCZ, STEVEN L., Securitization, Structured Finance, and Covered Bonds, 39 J. Corp. L. 129 (2013).

SERRANO FERNÁNDEZ, MARÍA, Efectos del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor. ¿Una oportunidad Perdida en el Proyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario?, Los Contratos de Crédito Inmobiliario, Novedades Legislativas y Problemas Prácticos, ALBIEZ DOHRMAN, KLAUS JOCHEN (dir.), LOPEZ FRÍAS, M.<sup>a</sup> JESÚS y CASADO CASADO, BELEN (coords.), Aranzadi (2017), pp. 381-401.

SERRANO FERNÁNDEZ, MARÍA, El ámbito subjetivo del Proyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario un análisis de las figuras del prestamista y del prestatario, Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales, SÁNCHEZ LERÍA, REYES y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, LUCÍA (coords.) Ed. Reus, Madrid (2018), pp. 17-46.

SHAW, GREGORY M., Security Interest in Notes and Mortgages: Determining the Applicable Law, 79 Colum. L. Rev. 1414, 1428-1429 (1979).

SHILLER, ROBERT J., The Subprime Solution: How Today's Global Financial Crisis Happened, and What to Do About It, Princeton University Press, Princeton NJ (2008) p. 196.

SILVER-GREENBERG, JESSICA and CORKERY, MICHAEL, Sale of Federal Mortgages to Investors Puts Greater Burden on Blacks, Suit Says, N.Y. Times, Aug. 15, 2016.

<https://www.nytimes.com/2016/08/15/nyregion/sale-of-federal-mortgages-to-investors-puts-greater-burden-on-blacks-suit-says.html>. (consulta 25 de marzo de 2021)

SOUVIRÓN MORENILLA, JOSÉ M.<sup>a</sup>, El derecho a la Vivienda y su garantía pública: entre el servicio público y la protección social, Servicios de interés general y protección de los usuarios (Educación, Sanidad, Servicios Sociales, Vivienda, Energía, Transportes y

Comunicaciones Electrónicas), GONZALEZ RIOS, ISABEL (dir.), Dykinson (2018), pp. 181-224.

TAPIA HERMIDA, ALBERTO JAVIER, Instituciones financieras para la mejora del mercado inmobiliario: los fondos de titulización (en particular, los fondos de titulización hipotecaria) y las instituciones de inversión colectiva inmobiliarias (en particular, los fondos de inversión inmobiliaria), Rev. Der del Mercado de Valores, Núm. 3 (2008), pp. 35-57.

THOMAS, ROB, Creating a Government-Sponsored Enterprise for Europe - the European Mortgage Finance Agency (Emfa) Project, [https://www.housingfinance.org/uploads/0409\\_EMF.pdf](https://www.housingfinance.org/uploads/0409_EMF.pdf) (consulta, 25 de octubre de 2019).

TORO GARCÍA, ELENA, Derecho de retracto de créditos litigiosos y ejecución de los préstamos hipotecarios cedidos a los Fondos Titulizados, <https://www.bufetebuades.com/en/derecho-de-retracto-de-creditos-litigiosos-y-ejecucion-de-los-prestamos-hipotecarios-cedidos-a-los-fondos-titulizados/>. (consulta 2 de agosto de 2018).

TRUJILLO CABRERA, CARLOS, Los intereses de demora en el Proyecto de Ley Reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, Los contratos de crédito inmobiliarios. Algunas soluciones legales, SÁNCHEZ LERÍA, REYES y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, LUCÍA (coords.), Ed. Reus (2018), pp. 231-246.

UCEDA OJEDA, JUAN LUCAS, El art. 131 de la Ley Hipotecaria. Actos de comunicación. Requerimiento y notificaciones, en el Curso sobre Cuestiones Procesales y Registrales en la Ejecución Hipotecaria, CGPJ, Madrid (1999), pp. 469-510.

VÁZQUEZ DE CASTRO, EDUARDO, La función preventiva de los Registradores contra cláusulas abusivas, <https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-causulas-abusivas-registradores.htm>. (consulta 26 de febrero de 2021)

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, LUCÍA, La oferta vinculante en los contratos de crédito inmobiliario, Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales, SÁNCHEZ LERÍA, REYES y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, LUCÍA (coords.) Ed. Reus, Madrid (2018), pp. 61-83.

VÉLEZ TORRES, JOSÉ RAMÓN, Derecho de Obligaciones, Ed. U.I.A. (1997), p. 196.

VENDRELL CERVANTES, CARLES, Jurisprudencia europea y española sobre protección del consumidor hipotecario: hitos, lecciones prácticas y cuestiones pendientes, Presente y Futuro del Mercado Hipotecario Español: Un Análisis Económico y Jurídico, GANUZA, JUAN JOSÉ y GÓMEZ POMAR, FERNANDO (coords.), Aranzadi (2018) pp. 371-481.

WACHSPRESS, MEGAN, AGATSTEIN, JESSIE, MOTT, CHRISTIAN, In Defense of “Free Houses,” 125 Yale L.J. 1115 (2016).

WALSH, GEOFF, Opportunity Denied: How HUD’s Note Sale Program Deprives Homeowners of the Basic Benefits of Their Government-Insured Loans, National Consumer Law Center, May 2016, <https://www.nclc.org/issues/opportunity-denied.html?print=pdf>. (consulta 26 de marzo de 2021).

WHALEY, DOUGLAS J., Mortgage Foreclosures, Promissory Notes, and the Uniform Commercial Code, 3 W. St. U.L. Rev. 313, 326 (2012).

WHITE, ALAN M., Losing the Paper-Mortgage Assignments, Note Transfers and Consumer Protection, 24 Loy. Consumer L. Rev. 468, 484-85 (2012).

WHITE, JAMES J. & SUMMERS, ROBERT S., Uniform Commercial Code: Practitioner’s Treatise Series § 30-1 at 2, 6<sup>th</sup> Ed. 2010.

WISHNIA, JONATHAN, Servicing of Residential Mortgage Loans in Securitization Transactions, 266-OCT N.J. Law. 36 (2010)

WRIGHT, JOSHUA D., The Antitrust/Consumer Protection Paradox: Two Policies at war with each other, Yale Law Journal, 121 Yale L.J. 2216 (2012).

YSÁS SOLANES, MARÍA, Algunas consideraciones en torno al contrato de mutuo con interés, Rev. Crit. Der. Inmobiliario – Núm. 618, septiembre - octubre (1993), págs. 1365-1390.

ZYWICKI, TODD J. and ADAMSON, JOSEPH. D., The Law and Economics of Subprime Lending, 80 U. Colo. L. Rev. 1, 52-53 (2009).

## ANEXOS

### LEGISLACIÓN.

#### Tratados y Directivas de la Unión Europea:

Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948, UN General Assembly. “Universal Declaration of Human Rights.” United Nations, 217 (III) A, 1948, Paris, art. 25.1, <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. (consulta 28 de abril de 2021).

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1976, UN General Assembly, “International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights,” 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, art. 11.1, [https://treaties.un.org/doc/treaties/1976/01/19760103%2009-57%20pm/ch\\_iv\\_03.pdf](https://treaties.un.org/doc/treaties/1976/01/19760103%2009-57%20pm/ch_iv_03.pdf). (consulta 28 de abril de 2021).

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, G.A. Res. 200A (XXI) A, U.N. Doc. A/RES/2200A(XXI)(Dec. 16, 1966). [https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A\\_RES\\_2200A\(XXI\)\\_economic.pdf](https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_2200A(XXI)_economic.pdf). (consulta 15 de mayo de 2021).

1993 O.J. (L 95) 29 - Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31993L0013&from=ES> (consulta 7 de marzo de 2021).

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) del año 2000, art. 5, art. 26, art. 34.3, art. 345, Unión Europea, “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 26 Octubre 2012, art. 34.3, <https://refworld.org.es/docid/5c6c40d04.html>. (28 de abril de 2021).

2003 O.J. (L 345) 64 - Diario Oficial de la Unión Europea, Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe

publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0071&from=NL>. (consulta 22 de febrero de 2021)

Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, art. 5, art. 345, December 13, 2007, 2007 O.J. (C326) November 26, 2012. (TFEU). art. 114 y 169. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>. (versión en castellano) (consulta 15 de mayo de 2021).

Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union art. 26, May 9, 2008, 2008 O.J. (C 83) 01. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=en>. (versión en castellano) (consulta 15 de mayo de 2021)

2008 O.J. (L 133/66), Diario Oficial de la Unión Europea, Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo. arts. 5 y 8 de la Directiva 2008/48/CEE, Fundamento Jurídico 22 y 27.

2009 O.J. (L 15) 14 - Diario Oficial de la Unión Europea, art. 1.2 Reglamento (CE) núm. 24/2009 del Banco Central Europeo, de 19 de diciembre de 2008. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:015:0014:0062:ES:PDF>. (consulta 22 de febrero de 2021)

Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992, entrada en vigor el 1 de noviembre de 1993. [https://europa.eu/european-union/sites/default/files/docs/body/treaty\\_on\\_european\\_union\\_es.pdf](https://europa.eu/european-union/sites/default/files/docs/body/treaty_on_european_union_es.pdf). (versión en castellano) (consulta 15 de mayo de 2019).

2009 O.J. (L 302/32), Diario Oficial de la Unión Europea, Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM), art. 52.4.

Unión Europea, “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 26 Octubre 2012, art. 7 y art. 34.3, <https://refworld.org/es/docid/5c6c40d04.html>. (consulta 28 de abril de 2021).

2012 O.J. (L 251) 1 - Diario Oficial de la Unión Europea, art. 2.1 (c) del Reglamento (UE) 236/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012R0826&from=EN>. (consulta 22 de febrero de 2021).

2009 O.J. (L 302) 32 - Diario Oficial de la Unión Europea, Directiva 2009/65/EC de 13 de julio de 2009 (OICVM) fue modificada por la Directiva 2014/91/EU de 23 de julio de 2014. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L\\_.2009.302.01.0032.01.SPA&toc=OJ%3AL%3A2009%3A302%3ATOC](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2009.302.01.0032.01.SPA&toc=OJ%3AL%3A2009%3A302%3ATOC). (consulta 17 de octubre de 2020).

Resolución del Parlamento Europeo de 11 de junio de 2013 sobre vivienda social en la Unión Europea, Considerando A y H - Unión Europea, Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de junio de 2013, sobre la vivienda social en la Unión Europea (2012/2293(INI)), *OJ C 65, 19.2.2016*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52013IP0246>. (consulta 1 de mayo de 2021).

2014 O.J. (L 60) 34 - Diario Oficial de la Unión Europea, Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) número 1093/2010, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0017>. (consulta 7 de marzo de 2021).

### **Legislación de España:**

Real Cédula de 9 de mayo de 1778.

Real Cédula de 25 de agosto de 1802.



Real Decreto de 19 de agosto de 1843.

Real Orden circular del Ministro de Gracia y Justicia, 11 de abril de 1849.

Real Decreto de 8 de agosto de 1855.

Real Decreto de 8 de septiembre de 1855, Ley Hipotecaria para la Provincia de Puerto Rico.

Real Decreto de 1 de octubre de 1856, publicado como Ley el 8 de febrero de 1861, Ley Hipotecaria de España

BOE-A-1888-3236, Gaceta de Madrid Núm. 143, de 22 de mayo de 1888, páginas 565 a 567. Ley autorizando al Gobierno para publicar un Código Civil con arreglo a las condiciones y bases que se establecen en esta ley. Ley de Bases del Código Civil

BOE-A-1862-4073, Gaceta de Madrid Núm. 149, de 29/05/1862. Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, según enmendada, apartado 5 del art. 17 bis apartado 2 (b) de la Ley del Notariado.

Real Decreto de 19 de diciembre de 1879

BOE-A-1889-4763, Gaceta de Madrid, Núm. 206, de 25/07/1889. Real Decreto de 31 de julio de 1889, aplicación del Código Civil español a Puerto Rico

BOE Núm. 189, de 7 de julio de 1944. Decreta de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, art. 85 y ss.

BOE-A-1944-6578, BOE Núm.189, de 07/07/1944. Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, art. 63 y 126 del Reglamento Notarial.

BOE-A-1947-3843, BOE Núm. 106, de 16 de abril de 1947. Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.

BOE-A-1959-4292, BOE Núm.72, de 25 de marzo de 1959. Decreto 393/1959, de 17 de marzo, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria.

BOE-A-1978-31229. BOE Núm. 311, de 29/12/1978. Constitución española, art. 24.1 y 117.3.

BOE Núm. 250, de 17/10/1980. Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, art. 20.

BOE Núm. 90 de 15/04/1981, Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, (LMH), art. 12 las cédulas hipotecarias podrán ser emitidas por todas las entidades a que se refiere el artículo 2.

BOE Núm. 176, de 24 de julio de 1984. Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), art. 5.4 (c).

BOE-A-1989-28111, BOE Núm. 285, de 28/11/1989. Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios. Regla octava del Anexo II del Arancel de los Notarios.

BOE-A-1993-25359, BOE Núm. 251, de 20/10/1993. Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (IAJD).

BOE-A-2011-17015, BOE Núm. 261, de 29 de octubre de 2011. Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios antes la OM de 5 de mayo de 1994.

BOE-A-1998-8789, BOE Núm. 89, de 14/04/1998. Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC).

BOE-A-1998-11425, BOE Núm. 116, de 15/05/1998. Real Decreto 926-1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización.

BOE-A-2000-323, BOE Núm. 7, de 08/01/2000, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil de España (LEC).

BOE-A-2002-22807. BOE Núm. 281, de 23/11/2002. Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

BOE-A-2003-2753, BOE Núm. 85, de 09/04/2003, Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras.

BOE Núm. 314, de 30/12/2004. BOE Núm. 314, de 30/12/2004. Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

BOE-A-2005-18769, BOE Núm. 274, de 16 de noviembre de 2005. Real Decreto Ley 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos.

BOE-A-2005-4172, BOE Núm. 62, de 14/03/2005. Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

BOE-A-2007-20555, BOE Núm. 287, de 30/11/2007. 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 (TRLGDCU).

BOE-A-2009-10575, BOE Núm. 155, de 27/06/2009. Real Decreto Ley 9-2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito.

BOE-A-2009-5391, BOE Núm. 79, de 01/04/2009. Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

BOE-A-2010-11086, BOE Núm. 169, de 13 de julio de 2010. Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros.

BOE-A-2010-10544, BOE Núm. 161, de 03/07/2010. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

BOE-A-2011-10970, BOE Núm. 151, de 25/06/2011. Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, art. 20.

BOE-A-2011-4117, BOE Núm.55, de 05/03/2011. Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, art. 29.

BOE-A-2011-17015, BOE Núm. 261, de 29/10/2011. OEHA 2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

BOE-A-2011-11641, BOE Núm. 161, de 7 de julio de 2011. Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecario, de control de 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.

BOE-A-2012-14062, BOE Núm. 275, de 15/11/2012. Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

BOE-A-2012-9058, BOE Núm. 161, de 6 de julio de 2012, Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

BOE-A-2016-4356, BOE Núm. 161 de 6 de julio de 2012, Circular 4/2016, de 27 de abril, del Banco de España, por la que se modifican la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros, y la Circular 1/2013, de 24 de mayo, sobre la Central de Información de Riesgo.

BOE-A-2012-3394, BOE Núm. 60, de 10/03/2012. Real Decreto Ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos y la adhesión voluntaria de las entidades al Código de Buenas Prácticas.

BOE-A-2012-14115, BOE Núm. 276, de 16/11/2012. Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

BOE-A-2013-5073, BOE Núm. 116, de 15 de mayo de 2013. Real Decreto Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

BOE-A-2014-3329, BOE Núm. 76, de 28 de marzo de 2014. Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Ley 1/2007, de 16 de noviembre, art. 83 de.

BOE-A-2015-2109 BOE Núm. 51, de 28 de febrero de 2015. Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

BOE-A-2015-7851, BOE Núm. 167, de 14/07/2015. Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

BOE-A-2015-4607, BOE Núm. 101, de 28 de abril de 2015. Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento a la financiación empresarial. art. 16.1, art. 25, art. 26 y art. 27.2.

BOE-A-2015-11435, BOE Núm. 255, de 24/10/2015. Real Decreto Ley 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. art. 6.

BOE-A-2015-8469, BOE Núm. 180, de 29/07/2015. Real Decreto Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

BOE-A-2016-4356, BOE Núm. 110, de 6 de mayo de 2016, Circular 4/2016, de 27 de abril, del Banco de España, por la que se modifican la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros, y la Circular 1/2013, de 24 de mayo, sobre la Central de Información de Riesgos.

BOE-A-2016-5724, BOE núm. 141, de 11 de junio de 2016. Corrección de errores de la Circular 4/2016, de 27 de abril, del Banco de España, por la que se modifican la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros, y la Circular 1/2013, de 24 de mayo, sobre la Central de Información de Riesgos.

BOE-A-2017-2985, BOE Núm. 66, de 18 de marzo de 2017. 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.

BOE-A-2017-653, BOE Núm. 18, de 21 de enero de 2017. Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

BOE-A-2017-2985, BOE Núm. 66, de 18 de marzo de 2017. 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.

BOE-A-2017-653, BOE Núm. 18, de 21 de enero de 2017. Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

BOE-A-2019-3814, BOE Núm. 65, de 16 de marzo de 2019, Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. (LCCI)

BOE-A-2020-3434, BOE Núm. 62, de 11/03/2020. Real Decreto Ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública.

### **Otras legislaciones de países europeos:**

Francia, el art. L.341-28 del Code de la Consommation

Bélgica, el art. 92 de la Ley relativa al Crédito al Consumo de 12 de junio de 1991

Suiza la Ley federal sobre crédito al consumo de 23 de marzo de 2001, arts. 28, 29, 30 o 31

### **Legislación de Puerto Rico:**

Ley Orgánica Foraker del 12 de abril de 1900, 1 L.P.R.A. Documentos Históricos, 48 U.S.C.A § 733 et seq.

Ley para Definir el “Homestead” y para Exentarlo de una Venta Forzosa de 12 de marzo de 1903 (1903 Leyes de Puerto Rico 107)

Acta Jones (Carta Orgánica de 1917 de Puerto Rico), fue aprobada el 2 de marzo de 1917, Algunos artículos quedaron en vigor el 3 de julio de 1950, 1 L.P.R.A. Documentos Históricos, 48 U.S.C.A § 733 et seq.

Ley 87/1936, de 13 de mayo, para Establecer el Derecho a Hogar Seguro.

Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Puerto Rico CONST § 7

Título 4, Leyes Anotadas de Puerto Rico, Poder Judicial, Ley Notarial de Puerto Rico, 4 L.P.R.A. sec. 2002, art. 2.

Título 19, Leyes Anotadas de Puerto Rico, Instrumentos Negociables.

- Ley 208/1995, de 17 de agosto, de Transacciones Comerciales.
- Ley 208/1995, de 17 de agosto, añadido por la Ley 241/1966, de 19 de septiembre de 1996.
- Ley 21/2012, de 17 de enero, enmienda la Ley de Transacciones Comerciales de 1996, para adicionar un nuevo Capítulo 9 y enmendar las Secciones 1-105(2), 1-201(9), 1-201(32), 1-201(37), 3-210(c), 5-118, 8-106, 8-110, 8-301(a), 8-302, 8-510 de y 9-109(b) a la Ley 208/1995, de 17 de agosto, según enmendada, mejor conocida como la Ley de Transacciones Comerciales.

Título 20, Leyes Anotadas de Puerto Rico, Juntas Examinadoras y Asociaciones Profesionales, 20 L.P.R.A. § 2301 et seq. Juntas Examinadoras y Asociaciones Profesionales, Junta Examinadora de Evaluadores Profesionales de Bienes Raíces

Título 30 Leyes Anotadas de Puerto Rico, 30 L.P.R.A. Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad de 1979, y Ley del Registro de la Propiedad Inmobiliaria del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 2015.

- Ley Hipotecaria para las Provincias de Ultramar.
- Ley Núm. 198/1979, de 8 de agosto, según enmendada conocida como “Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad” y su Reglamento, derogó la Ley de 8 de marzo de 1906, de Inscripción de Sentencias que Crean Gravámenes sobre Bienes Inmuebles; la Ley de 15 de marzo de 1909, de Registro de Embargos a favor del Estado Libre Asociado; la Ley 12-2010, para crear un Gravamen por Contribuciones a favor del Estado Libre Asociado; la Ley Núm. 54 de 13 de junio de 1964, Registro de Gravámenes por Contribuciones a favor de los Estados Unidos de América; los arts.



10 al 19 y del 22 al 25 del CCom. de 1932 de Puerto Rico conocido como el Registro Mercantil.

- Ley 210/2015, de 8 de diciembre, Ley del Registro de la Propiedad Inmobiliaria del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Exposición de motivos de la Ley del Registro de la Propiedad Inmobiliaria.
- Reglamento Núm. 8814, para la Ejecución de la Ley del Registro de la Propiedad Inmobiliaria del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, aprobado el 31 de agosto de 2016, según enmendado.

Título 31 Leyes Anotadas de Puerto Rico, 31 L.P.R.A. Código Civil de Puerto Rico de 1930 y Código Civil de Puerto Rico de 2020.

- Ley 55/2020, de 1 de junio, enmendó el CC de Puerto Rico cuya vigencia comenzó a partir del 28 de noviembre de 2020.

Título 32 Leyes Anotadas de Puerto Rico, Código de Enjuiciamiento Civil de Puerto Rico, 32 L.P.R.A. Apéndice V – Reglas de Procedimiento Civil de 2009. T. 32 Ap. V, § 1.

Ley 116/2003, de 2 de mayo, para traer al ordenamiento jurídico puertorriqueño la protección de la vivienda habitual.

Ley 195/2011, de 13 de septiembre, del Derecho a la Protección del Hogar Principal y el Hogar Familiar

Ley 216/2011, de 1 de noviembre, sobre Transición del Programa Impulso a la Vivienda

Ley 184/2012, de 17 de agosto de 2012, Ley para la Mediación Compulsoria y Preservación de tu Hogar en los procesos de Ejecuciones de Hipoteca de una Vivienda Principal.

- Ley 38/2019 que enmienda el art. 3 de la Ley 184/2012, de 17 de agosto,

Ley 169/2016, de 9 de agosto, Ley de Ayuda al Deudor Hipotecario.

**Legislación de EE. UU.:**

Sherman Act enmendada por la Clayton Act en 1914. 15 U.S.C. §1-38.

Banking Act of 1933 (Glass-Steagall Act). Federal Reserve Bank of St. Louis “Banking Act of 1933” June 16, 1933. <https://fraser.stlouisfed.org/title/federal-reserve-bank-new-york-circulars-466/1248-banking-act-1933-15952>. (consulta 15 de mayo de 2021).

The Garn-St. Germain Depository Institutions Act of 1982 (Pub. L. 97-320, 96 Stat. 1469 (1982)

Graham-Leach-Bliley Act, Pub. L. 106–102—Nov. 12, 1999. <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-106publ102/pdf/PLAW-106publ102.pdf>. (consulta 24 de abril de 2021).

Housing and Economic Recovery Act (HERA), Pub. L. 110–289—July 30, 2008. <https://www.congress.gov/110/plaws/publ289/PLAW-110publ289.pdf>. (consulta 24 de abril de 2021).

Preventing Mortgage Foreclosures and Enhancing Mortgage Credit, Pub. L. 111-22, 123 Stat. 1632, 1655, Sec. 401(a), May 20, 2009.

Economic Growth, Regulatory Relief and Consumer Protection Act Pub. L. 115-174 S. 2155, May 24, 2018.

Title 12 United States Code Annotated, Banks and Banking, Federal Home Loan Bank Act, 12 U.S.C.A. § 1430, 1430(b), 1431(b) (2006) and 12 U.S.C.A. § 1421-1449 (2018).

Title 12 United States Code Annotated, Banks and Banking, Gramm-Leach-Bliley Act § 604, Pub. L. No. 106-102, 113 Stat. 1338, 1451-52 (1999) (amending 12 U.S.C. § 1430 (1994)).

Title 12 United States Code Annotated, Banks and Banking, Financial Institutions Reform, Recovery, and Enforcement Act of 1989 § 714, Pub. L. No. 101-73, 103 Stat.183 (1989) (amending 12 U.S.C. § 142(a) (1998)).

Title 12 United States Code Annotated, Banks and Banking, Housing and Economic Reform Act of 2008 § 1206, Pub. L. No. 110-289, 122 Stat. 2654, 2787 (amending 12 U.S.C. § 1424(a) (2006)).

Title 12 United States Code Annotated, Banks and Banking, National Housing Act, 12 U.S.C.A. § 1701 et seq. (June 27, 1934, c. 847, 48 Stat. 1246).

Title 12 United States Code Annotated, Banks and Banking, Federal National Mortgage Association and Government National Mortgage Association, 12 U.S.C.A. § 1717 (2018).

Title 12 United States Code Annotated, Banks and Banking, 12 U.S.C.A. Secondary market operations 12 U.S.C.A. § 1719(a) § 1719(b) (2018) and § 1719 (b) Obligations of the Corporation.

Title 12 United States Code Annotated, Banks and Banking, Partition of Federal National Mortgage Association into Federal National Mortgage Association and Government National Mortgage Association; assets and liabilities; operations, 12 U.S.C.A. § 1716b (Pub. L. 90-448, Title VIII, § 801, Aug. 1, 1968, 82 Stat. 536).

Title 12 United States Code Annotated, Banks and Banking, The Depository Institutions Deregulation and Monetary Control Act of 1980 (Pub. L. No. 96-221 Stat. 132 (1980) phased out Regulation Q deposit rate ceilings, permitted thrifts to invest in a wide variety of activities other than housing, and preempted state anti-usury laws for primary residence mortgage loans, 12 U.S.C. § 1464, 1735f-7 (1988)).

Title 12 United States Code Annotated, Banks and Banking, Federal Savings Association, 12 U.S.C. § 1464, §1701j-3, §1823 (1988).

Title 12 United States Code Annotated, Commerce and Trade, 15 U.S.C.A. § 77b (1).

Title 12 United States Code Annotated, Banks and Banking, Housing and Economic Recovery Act of 2008, Pub. L. 110-289 July 30, 2008, 122 Stat. 2654 (codified at 12 U.S.C. § 4501 et seq.).

Title 12 United States Code Annotated, Banks and Banking, Emergency Economic Stabilization Act of 2008 (EESA), Pub. L. 110-343 October 3, 2008, 122 Stat. 3765, 12 U.S.C. § 5201-5261.

Title 12 United States Code Annotated, Banks and Banking, Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. 111–203 July 21, 2010, 124 Stat. 1376, 12 U.S.C.A. § 5301 et seq., § 1411-12, 15 U.S.C. §1639c(a), (b) and (c) (2012) regarding the qualified mortgage (QM) provision. (conocida en español como la Ley Dodd-Frank de Reforma de Wall Street y Protección al Consumidor y la Oficina para la Protección Financiera del Consumidor).

Title 12 United States Code Annotated, Banks and Banking, Appraisal Subcommittee of Federal Financial Institutions Examination Council, 12 U.S.C. § 3350 et seq.

Title 12 United States Code Annotated, Banks and Banking, Chapter 2 Federal Reserve System, 12 CFR § 201 et seq. – Extensions of Credit by Federal Reserve Banks (Regulation A).

Title 12 United States Code Annotated, Banks and Banking, Home Ownership and Equity Protection Act (HOEPA), Amending by Pub. L. 111-203, Title X, § 1096, July 21, 2010, 124 Stat. 2102 (15 § 1601 note), 12 U.S.C.A. § 4701 (2014).

Title 12 United States Code Annotated, Banks and Banking, Chapter 52 Emergency Economic Stabilization, 12 USCA §5201 et seq., Div. A, § 2 et seq.

Title 12 United States Code Annotated, Banks and Banking, Chapter 13 National Housing, Subchapter II Mortgage Insurance, 12 U.S.C.A. § 1701 et seq, § 1715z-23 HOPE for Homeowners Program.

Title 12 United States Code Annotated, Banks and Banking, Real Estate Settlement Procedure Act (RESPA), 12 U.S.C.A. § 2601 et seq.

Title 12 United States Code Annotated, Banks and Banking, Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Sections 1098 and 1100A of the Dodd-Frank Wall Street

Reform and Consumer Protection Act (Dodd-Frank Act), 2013 Integrated Mortgage Disclosure Rule Under the Real Estate Settlement Procedures Act (Regulation X) and the Truth in Lending Act (Regulation Z) (2013 TILA-RESPA Final Rule & Amendments).

Title 12 United States Code Annotated, Banks and Banking, Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Sections 1411 and 1412 of the Dodd-Frank Wall Act, Ability-to-Repay and Qualified Mortgage Standards Under the Truth in Lending Act (Regulation Z) Final Rule.

U.S. Code, Title 15 Commerce and Trade, Truth in Lending Act (TILA), Chapter 41 Consumer Credit Protection, Subchapter I, Consumer Credit Cost Disclosure, 15 USCA § 1601 et seq. Congressional findings and declaration of purpose, Part A General Provisions, 15 USCA § 1603(1) Exempted transactions, Part B, 15 USCA § 1635(a) Right of rescission as to certain transactions, Part B, 15 U.S.C. § 1639c(a) and (b) minimum standards for residential mortgage loans, Part B, 15 USCA § 1640 (a) Civil liability.

U.S. Code, Title 15 Commerce and Trade, Equal Credit Opportunity Act (ECOA), 15 USCA § 1691 et seq.

U.S. Code Title 26, Internal Revenue Code, 26 U.S. Code § 860, 860F(a) and 860(d)

Uniform Commercial Code (UCC) § 9-102(a)(72)(D) (2011), § 9-102(a)(28)(B) (2011), § 9-102(a)(12)(B) (2011), §9-107, § 9-203(g), 9-308(e), 9-607(b) (2011),

Code of Federal Regulations (C.F.R.), Chapter X, Bureau of Consumer Financial Protection, Part 1024, Real Estate Settlement Procedures Act, Regulation X, Subpart C, Mortgage Servicing, Loss Mitigation Procedures, 12 CFR § 1024.41 et. seq.

## **JURISPRUDENCIA.**

### **Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE):**

STJUE Flaminio Costa v. ENEL, de 15 de julio de 1964, asunto C-1964/66.

STJUE Von Colson y Kamann, 10 de abril de 1984, asunto C-14/83.

STJUE Faccini Dori, de 14 de julio de 1994, asunto C-91/92.

STJUE Safir, de 7 marzo de 1996, asunto C-118/96.

STJUE Eco Swiss, 1 de julio de 1999, asunto C-126/97.

STUE Océano Grupo Editorial, de 27 de junio de 2000, asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98.

STJUE Cofidis, de 21 de noviembre de 2002, asunto C-473/00.

STJUE Consorzio Industrie Fiammiferi, de 9 de septiembre de 2003, asunto C-198/01.

STJUE Landelijke v. Staatssecretaris, de 7 de septiembre de 2004, asunto C-127/02.

STJUE Gruber, de 20 de enero de 2005, asunto C- 464/01.

STJUE Mostaza Claro, de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05.

STJUE Pannon GSM, 4 de junio de 2009, asunto C-243/08.

STJUE Asturcom Telecomunicaciones, de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08.

STJUE Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, 3 de junio de 2010, asunto C-484/08.

STJUE VB Pénzügyi Lízing Zrt., 9 de noviembre de 2010, asunto C-137/08.

Auto Pohotovost, 16 de noviembre de 2010, asunto C-76/10.

STJUE Perenicová y Perenic, de 15 de marzo de 2012, asunto C-453/10.

STJUE Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság, 26 de abril de 2012, asunto C-472/10.

STJUE Banco Español de Crédito, 14 de junio de 2012, asunto C-618/10.

STJUE Banif Plus Bank Zrt, 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11.

STJUE Mohamed Aziz v. Caixa d'Estalvis de Catalunya, de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11.

STJUE RWE Vertrieb AG, de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11.

STJUE Erika Jorös v. Aegon Magyarország Hitel Zrt, 13 de mayo de 2013, asunto C-397/11.

STJUE Asbeek Brusse, 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11.

STJUE Credit Lyonnais de 27 de marzo de 2014, asunto C-565/12.

STJUE Le Rayon d'Or SARL de 27 de marzo de 2014, asunto C-151/13.

STJUE Kásler y Káslerné Rábai, de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13.

STJUE Sánchez Morcillo, 17 de julio de 2014, asunto C-169/14.

STJUE Kušionová, 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13.

STJUE CA Consumer Finance SA de 18 de diciembre de 2014 asunto C-449-13.

STJUE Unicaja Banco y Caixabank, de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13.

STJUE BBVA v. Quintano Ujeta, de 11 de junio de 2015, asunto C-602/13.

STJE Costea Horace de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14.

ATJUE Tarcău de 19 de noviembre de 2015, asunto C-74/15.

STJUE Finanmadrid EFC, de 18 de febrero de 2016, asunto C-49/14.

STJUE Ibercaja Banco de 17 de marzo de 2016, asunto C-613/2015, Auto Ibercaja Banco dictado el 17 de marzo de 2016, asunto C-613/15.

STJUE Tomášová, 14 de abril de 2016, asunto C-168/15.

STJUE Radlinger y Radlingerová, 21 de abril de 2016, asunto C-377/14.

Auto Dumitras (TJUE 2016/329), dictado el 14 de septiembre de 2016, asunto C-534/15

STJUE Gutiérrez Naranjo y otros, 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.

STJUE Banco Primus, S.A., 26 de enero de 2017, asunto C-421/14.

STJUE Bachman, ATJUE de 27 de abril de 2017, asunto C-535/16.

STJUE Andriiciuc de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16.

STJUE Banco Santander, de 7 de agosto de 2018, asuntos C-96/16 y C-94/17.

STJUE EOS KSI Slovensko, de 20 de septiembre de 2018, asunto C-448/17.

STJUE Abanca Corporación Bancaria y Bankia, de 26 de marzo de 2019 asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17.

STJUE BBVA y Quintano Ujeta, 3 de junio de 2019, asunto C-167/16.

Autos TJUE el 3 de julio de 2019, asuntos acumulados C-92/16, en estos asuntos el TJUE reitera la doctrina establecida en su Sentencia Abanca Corporación Bancaria y Bankia, y en particular, en el asunto C-486/16.



STJUE Gómez del Moral Guasch v. Bankia, S. A. del 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18.

STJUE OPR-Finance de 5 de marzo de 2020, asunto C-679/18.

**Tribunal Supremo de España:**

STS de 30 de mayo de 1947 y 24 de julio de 1991

STS de España de 30 de octubre de 1982

STS de España de 29 de junio de 1992

STS de 24 marzo de 1993, (RJ 1993\3306).

STS 402/1998, de 4 de mayo de 1998

STS 265/1999, de 27 de marzo de 1999.

STS 324/1999, de 20 de abril de 1999

STS 506/2008, de 4 de junio de 2008.

STS 1124/2008, 12 de diciembre de 2008.

STS 792/2009, de 16 de diciembre de 2009.

STS 9 de mayo de 2013 RJ 241/2013, Fundamento Primero, punto 2 y 3.

STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 77).

Auto Aclaratorio 485/2012, de 3 de junio de 2013, sobre la Sentencia de 9 de mayo de 2013 (STS 241/2013).

STS RJ 478/2013, de 18 de julio de 2013.

STS 464/2014, de 8 de septiembre de 2014.

STS 4660/2014, de 8 de septiembre de 2014

STS 138/2015, de 24 de marzo de 2015.

STS 845/2015, de 24 de marzo de 2015.

STS 139/2015, de 25 de marzo de 2015.

STS 265/2015 de 22 de abril de 2015

STS 265/15, de 22 de abril de 2015, FJ 3, pto. 6, FJ 4, pto. 7, aptdo. 3.

STS 470/2015, de 7 de septiembre de 2015, FJ 5, pto. 2 y pto. 9).

STS 470/15, de 7 y 8 de septiembre de 2015.

STS 705/15, de 23 de diciembre de 2015.

STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, F. J. Quinto, Párrafo 21.

STS 705/2015 de 23 de diciembre de 2015, F.J. Quinto, Párrafo 8, Párrafo 18, 19 y 20

STS 79/2016 de 18 de febrero de 2016.

STS 364/16, de 3 de junio de 2016.

STS 364/2016, de 3 de junio, FJ 2, pto. 4.

STS 123/2017, de 24 de febrero de 2017.

STS de 5 de abril de 2017 (RJ 2017, 2669)

STS 224/2017, de 5 de abril de 2017

STS 367/2017, de 8 de junio de 2017.

STS 2501/2017, de 4 de julio de 2017.

STS 5261/2017, de 24 de noviembre de 2017

STS 5148/2017, de 1 de diciembre de 2017.

STS 669/2017, de 14 de diciembre de 2017.

STS de 30 de enero de 2018 (RJ 2018, 283).

STS (Pleno) de 11 de abril de 2018 (RJ 2018, 1668)

STS 26 de abril de 2018 (RJ 2018, 1789).

STS RJ 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019, el 23 de enero de 2019.

STS 2761/2019, 11 de septiembre de 2019.

### **Tribunal Constitucional de España:**

STC 41/1981, de 18 de diciembre.

### **Sentencias y Autos de las Audiencias Provinciales de España:**

AAP de Lugo, Sección 1ª, de 25 de abril de 2007, (Id Cendoj: 27028370012007200040).

AJPI Núm. 2 de Sabadell, de 21 de enero de 2010, que fue recurrido por Banesto ante la AP Barcelona cuya Sección 14 planteó ante el TJUE una serie de cuestiones prejudiciales.

Sentencias de la AP de Valencia, Sección 6ta, de 21 de mayo de 2013 (ROJ:SAP V 3692/2013).

Auto de 15 de julio de 2013, (ROJ:AAP A 54/2013).

Sentencia 280/2013, Rec. 246/2013, Sección 7ma, de 8 de enero de 2014 (ROJ:SAP V 966/2014).

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13ra, de 27 de enero de 2014

Sentencia 2/2014, Rec. 643/2013, Sección 11ma, de 27 de enero de 2014 (ROJ:SAP V 646/2014).

Sentencia 17/2014, Rec. 425/2013, Sección 6ta, de 28 de febrero de 2014 (ROJ:SAP V 1092/2014).

Sentencia 70/2014, Rec. 64/2014, Sección 7ma, de 12 de marzo de 2014 (ROJ:SAP V 1517/2014).

SAP de Valencia, Sección 7ma, de 12 de marzo de 2014 (ROJ:SAP V 1517/2014).

Sentencia 99/2014, Rec. 50/2014, Sección 11ma, de 28 de marzo de 2014 (ROJ:SAP V 2080/2014).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Núm. 3 de Barcelona de 5 de mayo de 2014

AAP Barcelona 21 de mayo de 2014 (AC 2014/10231).

SAP Alicante 28 de mayo de 2014 (JUR 2014/200665).

SAP Zamora 4 de junio de 2014 (JUR 2014/191280).

Sentencia 123/2014, Rec. 454/2013, Sección 8va, de 14 de julio de 2014 (ROJ:SAP V 3276/2014).

Almería (ROJ:SAP AL 1112/2014)

Audiencia Provincial de Oviedo (ROJ:SAP O 158/2014)

Madrid (ROJ:AAP M 136/2014).

Tarragona (ROJ:AAP T 10/2014).

Valencia (ROJ:SAP V 3943/2014).

Valladolid (ROJ:SAP VA 407/2014).

SAP Madrid (Sección 10ª) 5 febrero 2015 (RJ 2015/698).

Auto del Juzgado de Primera Instancia Núm. 1 de Fuenlabrada, de 6 de marzo de 2015.  
<http://www.sicom.cat/blog/wp-content/uploads/2015/04/SENTENCIA1%C2%AA-INSTANCIA-JUZGADO-FUENLABRADA.pdf> (ultima consulta 22 de febrero de 2021).

SAP Madrid (Sección 10ª) 11 de mayo de 2015 (RJ 2015/149965).

AAP Madrid, Secc. 13a del 18 de septiembre de 2015 (JUR 2016, 166942).

AAP Valladolid 127/2015, de 9 de diciembre de 2015, Recurso Núm. 296/2015

SAP Sevilla (Sección 5ª) 31 marzo 2016 (RJ 2016/197724).

SAP Burgos (Sección 3ª) 5 abril 2016 (RJ 2016/107147).

**Resoluciones de la Dirección General: Ministerios de Justicia (DGRN) actualmente  
Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP)**

RDGRN de 3 de febrero de 1992 (BOE de 26 de marzo).

RDGRN de 5 de septiembre de 1998 (BOE de 2 de octubre)

RDGRN de 9 de julio de 2001 (BOE de 21 de agosto)

RDGRN de 8 de febrero de 2011 (BOE de 22 de marzo)

RDGRN de 20 de febrero de 2012 (BOE de 13 de marzo)

RDGRN de 7 de septiembre de 2012 (BOE de 12 de octubre)

RDGRN de 9 y 18 de febrero de 2013 (BOE 25 de enero de 2014)

RDGRN de 19 y 21 de marzo de 2013 (BOE de 17 de abril)

RDGRN de 13 de septiembre de 2013, contra la calificación del Registrador de la Propiedad de Torrejón de Ardoz No. 1, por la que se deniega la inscripción de determinada cláusula de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

RDGRN de 2 de octubre de 2013 (BOE de 28 de octubre)

RDGRN de 11 octubre de 2013 (BOE de 13 de noviembre)

RDGRN de 29 de octubre de 2013 (BOE 22 de noviembre de 2013)

RDGRN de 21 de noviembre de 2013 (BOE 19 de diciembre de 2013)

RDGRN de 17 de diciembre de 2013 (BOE de 3 de febrero)

RDGRN de 19 de diciembre de 2013 (BOE de 31 de enero)

RDGRN de 7 de enero de 2014 (BOE 6 de febrero)

RDGRN de 22 de enero (BOE de 13 de febrero de 2014)

RDGRN de 18 de febrero de 2014 (BOE 28 de marzo de 2014)

RDGRN de 24 marzo de 2014 (BOE de 29 de abril de 2014)

RDGRN de 31 de marzo de 2014 (BOE 5 de mayo de 2014)

RDGRN de 2 de abril de 2014 (BOE 5 de mayo de 2014)

RDGRN de 5 de mayo de 2014 (BOE de 3 de julio)

RDGRN de 12 de septiembre de 2014 (BOE 6 de octubre de 2014)

RDGRN de 3 de junio de 2015 (BOE de 9 de julio)

RDGRN de 17 de julio de 2015 (BOE de 24 de septiembre de 2015)

RRDGRN de España de 22 de julio de 2015, 7 de abril y 20 de junio de 2016.

RDGRN de 7 de octubre de 2015 (BOE de 29 de octubre de 2015).

RDGRN de 30 de noviembre de 2015 (BOE de 17 de diciembre)

RDGRN de 12 mayo de 2016 (RJ 2016, 3024)

RDGRN de 19 de mayo de 2016 (BOE de 9 de junio)

RDGRN de 17 de junio de 2016 (BOE de 21 de junio)

RDGRN de 20 de junio de 2016 (BOE de 21 de julio)

RDGRN de 11 de julio de 2016 (BOE de 12 de agosto)

RDGRN de 26 de julio de 2016 (BOE de 20 de septiembre)

RDGRN de 21 de septiembre de 2016 (BOE de 14 de octubre)

RDGRN de 21 de octubre de 2016 (BOE de 18 de noviembre)

RDGRN de 19 de mayo de 2017 (RJ 2017/2516)

RDGRN de 7 de febrero (BOE de 23 de marzo)

RDGRN de 8 de julio (BOE de 6 de agosto)

**Tribunal Supremo de Puerto Rico:**

Galiñanes Hnos. vs. Registrador, 65 D.P.R. 576 (1946).

Liechty v. Descartes, 109 D.P.R. 496, 502 (1980).

Campos Del Toro v. American Transit Corp., 113 D.P.R. 337 (1982).

Rosario Pérez vs. Registrador, 115 D.P.R. 491 (1984).

Rigores, Inc. v. Registrador de la Propiedad, 165 D.P.R. 710 (2005).

Rivera García v. Registradora, 189 D.P.R. 628 (2013),

Des. Caribe v. Ven-Lour Enterprises, 198 D.P.R. 290 (2017)

Scotiabank de Puerto Rico v. Ramos Rosario, 2020 T.S.P.R. 123

**Tribunales de EE. UU.:**

Carpenter v. Longan, 83 U.S. 271, 275-276 (1872).



Toland v. Corey, 6 Utah 392 (1890).

Sullivan County Natl. Bank v. Lieman, 392 N.Y. S.2d 793 (1977).

Fidelity Federal Sav. & Loan Assn. v. De la Cuesta, 458 US 141, 102 S Ct. 3014, 73 L. Ed. 2d. 664. June 28, 1982.

Pristas v. Landaus of Plymouth, Inc., 742 F.2d 797, 800 (3d Cir. 1984).

O'Neil v. Carlson, 608 A.2d 858, 860 (1992).

SEC v. Elliot, 953 F.2d 1560, 1580 (11mo Cir. 1992).

In re Short, United States Bankruptcy Court for the Southern District of Illinois, 170 B.R. 128 (1994).

Merscorp, Inc. v. Romaine, 861 N.E.2d 81, 88 (N.Y. 2006)

In re Thorian, Bkrcty., D. Idaho 387 B.R. 50 (2008).

In re Vargas, 396 BR 511, 516, 517 (Bankr. CD. Cal, 2008)

Bellistri v. Ocwen Loan Servicing LLC, 284 S.W.3d 619, 623-24 (Mo. Ct. App. 2009)

Jackson v. Mortgage Electronic Registration Systems, Inc. 770 N.W.2d 487, 503-504 (Minn. 2009).

Arnett v. Bank of America, N.A., D. Or. 874 F. Supp. 2d. 1021 (2012).

Bain v. Metropolitan Mortg. Group, Inc., 2012 WL 3517326 (Wash. 2012)

Edelstein v. Bank of New York Mellon, 128 Nev. Adv. Op. 48 (September 27, 2012).

Niday v. GMAC Mortgage, 2012 WI 2915520 (or. Ct. App. 2012).

Washington v. U.S. Dep't of Hous. & Urban Dev., No. 16-cv-03948 (CBA) (SMG) (E.D.N.Y. Aug. 12, 2016), ECF No. 11

Danso v. Ocwen Loan Servicing, LLC, Mortgage Electronic Registration Systems, Inc. Civil Action No. PX-1601396, op. issue August 23, 2016, US District Court D. Maryland, 2016 WL 4437653.

Powell v. Countrywide Bank, FSB, Civil Action No. PX 16-1201, op. issue October 4, 2016 US District Court D. Maryland, 2016 WL 5815884.

Ukaegbu v. Select Portofolio Servicing, Inc., Case No. PWG-16-3415, op. issue July 7, 2017 US District Court D. Maryland, Southern Division, 2017 WL 2930465.

Deutsche Bank Nat. Trust Co. v. Brock, 430 Md. 714, 63 A.3d 40, 80 UCC Rep. Serv.2d 232.

#### **Internet:**

Boletín Económico del Banco de España, 1/2017, pág. 22. [https://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/boletines/Boletin\\_economic/](https://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/boletines/Boletin_economic/). (consulta 3 de abril de 2019).

Commission Staff Working Paper. Impact Assessment accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on credit agreements relating to residential property, Vol. I (Brussels, 31.03.2011) (SEC (2011) 356), pags. 57-60. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs\\_autres\\_institutions/commission\\_europeenne/sec/2011/0355/COM\\_SEC\(2011\)0355\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2011/0355/COM_SEC(2011)0355_EN.pdf) (consulta 7 de marzo de 2021)

Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). Estadísticas sobre ejecuciones hipotecarias – Poder Judicial. <https://www.poderjudicial.es/estadisticasobreejecuciones...> (consulta 9 de agosto de 2019).

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Libro Verde sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas

en Europa, 2013 O.J. (C 327/26), [COM(2013) 37 final] puntos 37 y 38. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2013:327:FULL&from=EN> (consulta 26 de febrero de 2021).

El informe de La Caixa, Banca Comercial, Núm. 181, julio 2003 sobre el fuerte crecimiento del mercado hipotecario europeo en la última década. <http://vlex.com/vid/221506> (consulta, 2 de febrero de 2018).

European Mortgage Federation and European Covered Bond Council, Hypostat 2014 A Review of Europe's Mortgage and Housing Markets. <http://www.hypo.org> (consulta 9 de abril de 2019).

FED. FIN. INST. EXAMINATIONS COUNCIL, THE DETECTION AND DETERRENCE OF MORTGAGE FRAUD AGAINST FINANCIAL INSTITUTIONS: A WHITE PAPER 2 (2009), [https://www.ffiec.gov/Exam/Mtg\\_Fraud\\_wp\\_Feb2010.pdf](https://www.ffiec.gov/Exam/Mtg_Fraud_wp_Feb2010.pdf). (consulta 26 de febrero de 2021)

Fed. Hous. Admin., U.S. Dep't of Hous. & Urban Dev., Single Family Loan Sale 2016-1 Sales Results Summary (2015). <http://https://www.hud.gov/sites/documents/SALE2REPORT.PDF> (consulta el 25 de marzo de 2021).

Hogares latinos en peligro Préstamos hipotecarios predatorios. <http://www.responsiblelending.org/es/hipotecas/analisis-e-informes/ob014...> (consulta el 21 de agosto de 2018).

<http://www.justicia.pr.gov/wpcontent/uploads/2016/04/Borrador-de-Reglamento-General-para-la-ejecucion-de-la-Ley-Núm.-210-2015.pdf>.

<http://www.freddiemac.com/governance/corporate-governance.html>. (consulta 17 de octubre de 2020).

<http://ginniemae.gov>. (consulta 17 de octubre de 2020).

<http://www.cnmv.es> (consulta 2 de agosto de 2018).

<https://www.investopedia.com/terms/c/cdo.asp> (consulta 18 de agosto de 2018).

<http://www.fhlbanks.com> (consulta 26 de julio de 2018).

<https://www.treasury.gov/connect/Pages/contact-us.aspx> (consulta el 30 de julio de 2018).

<http://www.ecb.europa.eu/pub/economic-research/resbull/2017/html/rb170330...> (consulta 2 de agosto de 2018).

<https://www.pennymacusa.com/blog/conforming-vs-non-conforming-loans> (consulta el 28 de julio de 2018).

<http://www.huduser.gov/publications/Urban Policy Brief, Number 2, August 1995> (consulta 23 de marzo de 2020).

<http://www.reuters.com/us-newcentury-bankruptcy> (consulta 23 de marzo de 2020)

<http://www.investopedia.com/terms/a/alt-a>. (consulta el 28 de julio de 2018).

<http://www.ambac.com> (consulta 16 de agosto de 2018)

<https://www.mbia.com> (consulta 16 de agosto de 2018).

[http://ec.europa.eu/finance/finservices-retail/docs/home-loans/2005-report-integration-mortgage-markets\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/finance/finservices-retail/docs/home-loans/2005-report-integration-mortgage-markets_en.pdf) (consulta 17 de octubre de 2020)

<https://es.euribor-rates.eu/que-es-el-euribor>. (consulta 3 de noviembre de 2019).

<https://bbva.es/general/finanzas-vistazo/hipotecas/evolucion-euribor/index.jsp>.

<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/remarks-president-signing-dodd-frank-wall-street-reform-and-consumer-protection-act>. (consulta 7 de marzo de 2021)

<https://www.elconfidencial.com/economia/2017-01-28/notarios-clausu>. (consulta 21 de agosto de 2018).

[https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia\\_hipotecaria\\_2013.pdf](https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia_hipotecaria_2013.pdf) (consulta noviembre 2019).

[https://www.hud.gov/topics/avoiding\\_foreclosure](https://www.hud.gov/topics/avoiding_foreclosure) (consulta 24 de enero de 2020).

[http://econiapiques.blogspot.com/2013/03/lecciones-de-historia-la-crisis-de-las\\_2.html](http://econiapiques.blogspot.com/2013/03/lecciones-de-historia-la-crisis-de-las_2.html) (consulta 16 de agosto de 2018).

Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial (COM(2011)0142 – C7-0085/2011 – 2011/0062(COD)) [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2012-0202\\_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2012-0202_ES.pdf) (consulta 7 de marzo de 2021).

Instituto Nacional de Estadísticas (INE). Estadísticas sobre ejecuciones hipotecarias. Notas de prensa 4 de diciembre de 2019. <https://www.ine.es/daco/daco42/eh/eh0319.pdf>. (consulta 24 de enero de 2020).

K. A. Panchuck, Mortgage Delinquencies Tick up in December, Housingwire, <http://www.housingwire.com/news/2013/01/23/mortgage-delinquencies-tick-december>.

Lender Processing Servs., LPS Mortgage Monitor: December 2012 Mortgage Performance Observations 6 (2012), available at <http://www.lpsvcs.com/LPSCorporateInformation/CommunicationCenter/DataReports/MortgageMonitor/201211MortgageMonitor/MortgageMonitorNovember2012.pdf>.

Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE, COM(2007) 807 final, art. 4.2 <https://eur->

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0807:FIN:ES:PDF (consulta 26 de febrero de 2021).

Los seis grandes servicers de España gestionan activos por valor de 220.000 millones de euros. <https://www.expansion.com/mercados/2018/12/01/5c02523b268e3e8b298b4679.html>. (consulta 30 de junio de 2020).

Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España correspondiente al año 2009, pág. 108. <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/09/Fich/MSR2009.pdf> (consulta 26 de febrero de 2021)

MERSCORP Holdings, Inc., MERS® System Rules of Membership, r.2 (2013). <https://www.mersinc.org> (consulta 29 de julio de 2018).

Mortg. Bankers Ass'n, Delinquencies and Foreclosures Decline in Latest MBA Mortgage Delinquency Survey (Feb. 16, 2012), available at <http://www.mortgagebankers.org/NewsandMedia/PressCenter/79827.htm>.

National Home Ownership Strategy, Cap. 4, Washington, D.C., Department of Housing and Urban Development, 1995. [https://www.globalurban.org/National\\_Homeownership\\_Strategy.pdf](https://www.globalurban.org/National_Homeownership_Strategy.pdf). (consulta 22 de febrero de 2021).

“Note” [https://www.hud.gov/program\\_offices/housing/sfh/model\\_documents](https://www.hud.gov/program_offices/housing/sfh/model_documents)

Problems in Mortgage Servicing from Modification to Disclosure, Hearing Before the Comm. on Banking, Housing, & Urban Affairs, 111th Cong. 65 (2010). <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-111shrg65258/html/CHRG-111shrg65258.htm>. (consulta 22 de febrero de 2021).

Report of the Permanent Editorial Board for the Uniform Commercial Code: Application of the Uniform Commercial Code to Selected Issues Relating to Mortgage Notes 4-7 (2011)

<http://>

[www.uniformlaws.org/Shared/Committees\\_Materials/PEBUCC/PEB\\_Report\\_111411.pdf](http://www.uniformlaws.org/Shared/Committees_Materials/PEBUCC/PEB_Report_111411.pdf).

Security Instrument means this document, in which the date and place of execution are stated on page number one, together with all Riders to this document executed by the Borrower. Véase [https://www.hud.gov/program\\_offices/housing/sfh/model\\_documents](https://www.hud.gov/program_offices/housing/sfh/model_documents)

Supplemental Directive 09–01: Introduction of the Home Affordable Modification Program, <https://www.hmpadmin.com/portal/programs/guidance.jsp>. (consulta 11 de marzo de 2020).

U.S. Foreclosure Activity Drops to 16-Year Low in 2020, ATTOM Data Solutions. <https://www.attomdata.com> (consulta 2 de mayo de 2021).

U.S. Dep’t of the Treasury, Report of the Secretary of the Treasury on Government Sponsored Enterprises A-1 (1990). <https://www.gao.gov/assets/150/149461.pdf> (consulta 22 de febrero de 2021)

Unión Europea, “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 26 Octubre 2012, art. 7, <https://refworld.org.es/docid/5c6c40d04.html>. (consulta 28 de abril de 2021).

Unión Europea, Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de junio de 2013, sobre la vivienda social en la Unión Europea (2012/2293(INI)), *OJ C 65, 19.2.2016*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52013IP0246>. (consulta 1 de mayo de 2021).

U.S. Dep’t of Hous. & Urban Dev., Single Family Loan Sale 2012-3: Conveyance, Assignment and Assumption Agreement. <http://www.hud.gov/sites/documents/3CAAFINAL.PDF> (consulta 25 de marzo de 2021).

U.S. Dep’t of Hous. & Urban Dev., Single Family Loan Sale 2012-3: Conveyance, Assignment and Assumption Agreement. <http://www.hud.gov/sites/documents/3CAAFINAL.PDF> (consulta 25 de marzo de 2021).

U.S. Department of Housing and Urban Development, Federal Housing Administration, Report to the Commissioner on Post-Sale Reporting: FHA Single Family Loan Sale Program, January 22, 2016. <https://www.hud.gov/sites/documents/RPRT.12616.PDF>. (consulta 26 de marzo de 2021)

U.S. Dep't of Hous. & Urban Dev., Fact Sheet: Distressed Asset Stabilization Program Enhancements. [https://www.hud.gov/sites/documents/FINAL\\_DASP\\_FACT\\_SHEET.PDF](https://www.hud.gov/sites/documents/FINAL_DASP_FACT_SHEET.PDF). (consulta 25 de marzo de 2021).

U.S. Government Accountability Office, Federal Housing Administration: Opportunities Exist to Improve Defaulted Single-Family Loan Sales, Report to the Chairwoman, Committee on Financial Services, House of Representatives. GAO-19-228. July 2019. <https://www.gao.gov/assets/710/700131.pdf>. (consulta 26 de marzo de 2021)

U.S. Government Accountability Office, “Opportunities Exist to Improve Defaulted Single-Family Loan Sales,” <https://www.gao.gov/assets/gao-19-228.pdf>. (consulta 26 de marzo de 2021).

U.S. Gov't Accountability Office, GAO-09-782, Report to Congressional Committees: Fannie Mae and Freddie Mac: Analysis of Options for Revising the Housing Enterprises' Long-Term Structures 13 (2009). <https://www.gao.gov/products/GAO-09-782> (consulta 22 de febrero de 2021).

World Bank, Responsible Lending. An overview of regulatory tools, October 2013, [https://siteresources.worldbank.org/EXTGLOBALFINREPORT/Resources/88160961361888425203/9062080-1364927957721/9115725-1384205223659/Responsible\\_Lending\\_Paper.pdf](https://siteresources.worldbank.org/EXTGLOBALFINREPORT/Resources/88160961361888425203/9062080-1364927957721/9115725-1384205223659/Responsible_Lending_Paper.pdf), p. 46. (consulta 21 de febrero de 2019).

1.8 Million U.S. Properties with Foreclosure Filings in 2012, RealtyTrac (Jan. 14, 2012), <http://www.realtytrac.com/content/foreclosure-market-report/2012-year-end-foreclosure-market-report-7547> (reporting the concentration of foreclosures in states such as Arizona, Nevada, California, and Florida).



27 U.S. Dep't of the Treasury, Report of the Secretary of the Treasury on Government Sponsored Enterprises A-1 (1990).  
<https://www.federalreserve.gov/pubs/feds/2005/200506/200506pap.pdf> (consulta 22 de febrero de 2021).

<https://www.noticel.com/economia/top-stories/20201212/la-morosidad-de-hipotecas-en-p-r-aumento-durante-la-pandemia-a-niveles-cercanos-a-los-del-huracan-m/> (consulta 2 de mayo de 2021)

### **Otros:**

American Law Institute, Restatement of the Law (Third), Property: Mortgage, Transfer of Mortgage and Obligations Secured by Mortgages, (1996) pp. 380-389.

Hawkland's Uniform Commercial Code Series Sec. 9-104:11 (2001).

Black's Law Dictionary (9<sup>th</sup> ed. 2009) and Black's Law Dictionary (10<sup>th</sup> ed. 2014)

Purchase Money Mortgage, Restatement of Law Third, Property Mortgages, The American Law Institute (1997), p. 458

Harvard Law Review Association, Constitutional Law – Personal Jurisdiction – North Carolina Supreme Court Finds No Jurisdiction Over New York Trust – Skinner v. Preferred Credit, 638 S.E.2D 203 (N.C. 2006), Reh'g Denied, 643 S.E.2D 591 (N.C. 2007), 121 Harv. L. Rev. 636 (2007)

Estudios de Derecho Mercantil homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez, La gestión de los Fondos de titulización, Vol. I, Ed. Valladolid, (1998), págs. 887-906;

Basilea II, Convergencia internacional de medidas y normas de capital, Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, junio 2004. <https://www.bis.org/publ/bcbs107esp.pdf>. (consulta 24 de abril de 2021).

Basilea III, Finalización de las reformas poscrisis, Comité de Supervisión Bancaria de Basilea

diciembre 2017. [https://www.bis.org/bcbs/publ/d424\\_es.pdf](https://www.bis.org/bcbs/publ/d424_es.pdf). (consulta 24 de abril de 2021)