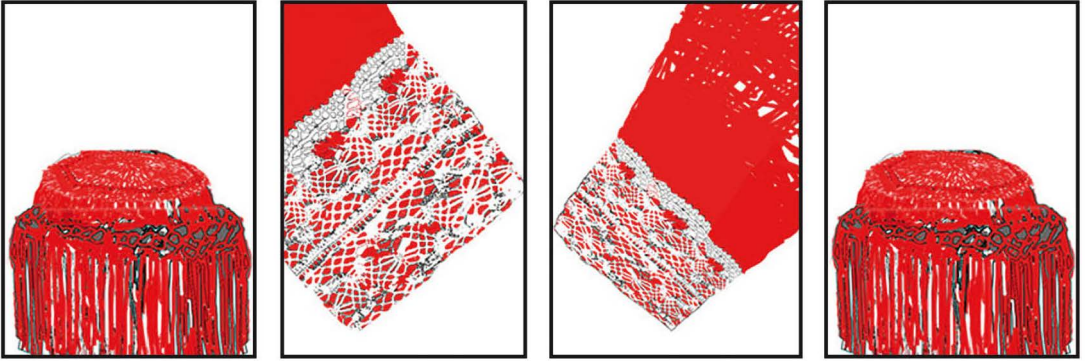


DERECHO PROCESAL



El fiador personal en la ejecución hipotecaria

Cristina Carolina Pascual Brotóns

*Letrada de la Administración de Justicia
Doctora en Derecho*



© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Tfno: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

1.ª edición REUS, S.A. (2015)
ISBN: 978-84-290-1866-0
Depósito Legal: M 30963-2015
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni sus Directores de Colección, responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley.

Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

*A Salvador Pascual Gras, por enseñarme a amar
el trabajo, la gente... y sobre todo la vida*

ABREVIATURAS

- AAP Auto de la Audiencia Provincial
art. artículo
BOE Boletín Oficial del Estado
CC Código Civil
CCo Código de Comercio
LC Ley Concursal
LEC Ley de Enjuiciamiento Civil
LECRIM Ley de Enjuiciamiento Criminal
LH Ley Hipotecaria
op. cit. obra citada
RDGRN Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RH Reglamento Hipotecario
Roj. Referencia en el repertorio de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj)
SAP Sentencia de la Audiencia Provincial
STC Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS Sentencia del Tribunal Supremo
TRLGCU Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios
Vid Véase

INTRODUCCIÓN

En los últimos años son innumerables los supuestos en los que se subasta una vivienda por impago del préstamo hipotecario y, como resta deuda pendiente porque la finca no cubre toda la deuda, los bancos acuden al patrimonio no sólo de los deudores sino de los que la afianzan. El fiador es la persona que de forma universal, y con todos sus bienes, garantiza el cumplimiento de la obligación de pago de otra persona. También es llamado avalista, aunque este término se refiere más a los contratos mercantiles. No se trata por tanto nuestro fiador del que garantiza la deuda con una parte de su patrimonio, llamado fiador real, que no compromete más a resultas de la deuda¹.

¿Cuáles son las razones? En primer lugar, el incremento en los últimos años de los préstamos hipotecarios, propiciado por el boom de la burbuja inmobiliaria. En detrimento de los alquileres, se veía como necesario que toda persona tuviese una vivienda en propiedad. Además este contrato de préstamo con garantía hipotecaria tiene la particularidad de que una de las partes es una entidad bancaria, lo que provoca una gran desigualdad en

¹ A favor del fiador en su condición de fiador real, BELUCHE RINCÓN, «*El fiador hipotecario*», Valencia, 2002, p. 13, que considera como fiador al hipotecante no deudor. En contra, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, «El hipotecante no deudor: ¿Un «fiador real» cobijado por la analogía en el régimen de la fianza?», *Anuario de Derecho Civil*, núm. LIX-4, octubre 2006; y en «El hipotecante por deuda ajena no es un fiador real», *Ejecución hipotecaria, solución a tiempos de conflicto*, Navarra, 2012, p. 379, señala que la «fianza real» no es más que una inviable quimera nacida del incesto, de la unión *contra naturam* de dos especies filiales del mismo género paterno: la fianza, como garantía personal, y la hipoteca, como garantía real. ¿Por qué confundir o unir dos figuras netamente distintas? También el arrendamiento y el usufructo son derechos patrimoniales de goce, y uno es de naturaleza personal y otro real.

la posición de las partes. También provoca la existencia de contratos tipo previamente redactados, y que se aplican de forma generalizada a todo aquél que contrata con la entidad, en cuanto a tipo de interés, vencimiento anticipado, cláusulas suelo.

La segunda razón es el incremento de la exigencia de garantías adicionales por los bancos. Resulta curioso cómo el banco tasa la vivienda en una cantidad, pero otorga el préstamo por un importe inferior (en general el 80% de la finca), exigiendo la garantía adicional del fiador por ese importe hasta cubrir el total del préstamo. Pero es que en la realidad, el fiador avala no sólo ese plus, en teoría no cubierto por el valor de la finca, sino muchas veces la totalidad del préstamo hipotecario, conviviendo de este modo dos garantías para asegurar el pago: la de la propia vivienda, con el producto de su venta, y la garantía del fiador con todos sus bienes.

Además esta fianza se constituye siempre como solidaria. Es decir, que no sólo responde de todo el préstamo, aunque se cuente con la garantía hipotecaria, sino que además el banco puede dirigirse a él para exigirle el pago de esa totalidad, sin reclamar previamente al deudor principal. Se cambia la naturaleza del tradicional contrato de fianza, en el que para reclamar al fiador era preciso realizar la excusión de los bienes del deudor, y sólo cuando el deudor no podía hacer frente al pago el acreedor reclamaba al fiador.

Y en tercer lugar, el incremento del impago de los préstamos, lo que origina que se ejecuten las garantías contraídas, tanto la que grava la vivienda hipotecada, para subastar la misma (proceso de ejecución hipotecaria), como la garantía personal que de forma solidaria prestó el fiador, que se exige a través del proceso de ejecución ordinaria.

Para materializar las dos garantías que se han contraído sobre una misma deuda, nuestro sistema ha establecido un procedimiento de ejecución hipotecaria, para subastar de forma rápida la finca hipotecada, y con su precio hacer pago a la entidad bancaria; y otro procedimiento de ejecución ordinaria, en el que se persigue el embargo de todos los bienes del deudor. Y pueden coexistir, pues el banco hasta que no consiga el pago del todo puede acudir a los tribunales con todos los medios y procesos posibles. Más difícil es pensar que ambos tipos de ejecución se sigan en un único proceso, porque los trámites son totalmente diferentes.

El problema surge cuando en la ejecución hipotecaria, como sólo se persigue la subasta del bien, la LEC establece que se demande al deudor, hipotecante no deudor, y tercer poseedor. Pero como el fiador es ajeno a ese bien que se subasta, sólo es notificado de la existencia del procedimiento, y en su caso requerido de pago, sin que exista unanimidad de

criterios ni de actuación en este punto. Cada demanda de las entidades bancarias pide actuaciones diferentes de cara al fiador, y cada órgano judicial actúa según su criterio al no existir norma expresa que, bien contemple, bien excluya al fiador en este procedimiento.

Y ahí está nuestro fiador, en una posición de «limbo jurídico», porque no es el dueño de la finca que se hipoteca, y realmente «ni le va ni le viene» que se subaste. Pero es que él debe el préstamo. Y lo que reste de deuda una vez subastada la finca será el importe que fundamentará la prosecución de la ejecución, que ya no se llamará hipotecaria, sino ejecución ordinaria, y perseguirá todos los bienes del deudor hasta lograr la satisfacción de acreedor.

En nuestro sistema no se prevé de forma expresa que el fiador sea parte en la ejecución de la hipoteca. Parece que al fiador lo reserva para un proceso posterior, de forma que sí figura expresamente en la ley como posible deudor para esta «continuación» de la ejecución, que ya no se tramita conforme a las reglas de la hipotecaria. Las últimas reformas procesales, sin embargo, exigen que se haya notificado al fiador la demanda hipotecaria inicial para poder proseguir después contra él por la cantidad que falte.

El problema del papel del fiador en estos procesos reviste mayor importancia aún si se tiene en cuenta que con la depreciación de los inmuebles desde el año 2007, las tasaciones de las fincas que se hicieron entonces para el precio de subasta no se corresponde con el valor real de la finca/vivienda al momento actual, cuando se efectúa la subasta.

Así, por una parte nadie acude a las subastas judiciales porque a nadie interesa adquirir un bien por precio superior al de mercado. Por otra parte, el precio por el que se adquiere por el ejecutante, normalmente el banco, es inferior a su valor de tasación inicial (60 o 70%), y muy inferior a la deuda que en su día se contrajo. La consecuencia es que la deuda restante es de cuantías elevadas, y suponen una carga vitalicia tanto para el deudor principal como para el fiador.

¿Qué soluciones existen? Desde julio de 2011 se han introducido distintas reformas en cuanto al tipo mínimo de adjudicación de las viviendas por parte de los bancos, de manera que ya no pueden conseguirla por el 50% del precio de su tasación.

Otras reformas han querido paliar, en la medida de lo posible para no atentar en exceso contra las reglas del tráfico inmobiliario, las consecuencias desastrosas de la ejecución de las garantías hipotecarias para la economía de las familias. Pero el resultado no sólo es insuficiente, sino muchas veces incomprensible para los propios profesionales del derecho.

Aparece el parámetro del «umbral de exclusión» para exonerar parte de la deuda si se cumplen ciertos requisitos en cuanto a carencia de ingresos y circunstancias familiares. Incluso se ha tenido en cuenta la figura del fiador de forma puntual, al establecer que pese a que se haya pactado la fianza de forma solidaria, para ejecutar el patrimonio del fiador que cumple los requisitos del umbral de exclusión será preciso liquidar los bienes del deudor principal.

La dación en pago se ha apuntado también con gran fuerza social, como instrumento para evitar que, tras la ejecución hipotecaria, quede deuda pendiente. Esto sería la panacea del fiador, que así se vería liberado de su responsabilidad al no quedar deuda que cubrir; pero con la legislación actual son ínfimos los supuestos en los que puede aplicarse.

Así, no hay posibilidad de que el fiador, de forma extrajudicial, pueda verse liberado de su deuda salvo en supuestos extremos de falta de recursos. Nos queda por tanto el propio proceso de ejecución hipotecaria para la defensa de sus intereses.

Por la reforma de mayo de 2013, consecuencia de la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, ya pueden alegarse otros motivos de oposición en la ejecución hipotecaria. Y se ha erigido como motivo de oposición más importante el de la existencia de cláusulas abusivas en la escritura del préstamo hipotecario. Aunque de forma tímida y gradual, y mediante sucesivas reformas posteriores, nuestra legislación va dando cabida a la intervención del fiador en la ejecución hipotecaria, conviene analizar sus posibilidades reales de actuación, que han culminado en la necesidad de notificar al fiador la demanda ejecutiva hipotecaria inicial para poder proseguir posteriormente contra él por la cantidad procedente (art. 685.5 LEC introducido por Ley 19/15 de 13 de julio). Finalmente, las referencias al Secretario Judicial deben entenderse realizadas al Letrado de la Administración de Justicia, por el cambio de denominación que ha realizado la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio.

CAPÍTULO I

MEDIDAS DE PROTECCIÓN A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS

Con el aumento de la actividad inmobiliaria desde finales de los años ochenta se produjo un aumento en progresión geométrica del precio del suelo y de las viviendas, hasta que se produjo el desplome a partir de 2007. Durante esos veinte años aumentaron en la misma proporción los préstamos hipotecarios, muchos de ellos con intervención de avalistas². Con el desplome de la burbuja inmobiliaria y el aumento del desempleo, muchas familias no han podido hacer frente al préstamo hipotecario que concertaron en tiempos de bonanza, produciéndose con el impago de las cuotas las ejecuciones de las hipotecas concertadas, y, por otro lado, al bajar el precio de mercado real, con la enajenación mediante subasta no se han podido satisfacer las deudas contraídas, produciéndose la situación desesperante de perder la vivienda y además continuar debiendo el resto de la deuda no cubierta. La situación ha querido corregirse mediante la publicación de diversas disposiciones legales, motivadas por la presión social y política, y con mayor o menor acierto según los casos.

² Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. VI, Navarra, 2012, p. 476, siguiendo a CASADO ROMÁN, «Los procedimientos de ejercicios hipotecarios tras el RDL 8/2011», *La Ley* nº 7697/2011.

1. EL REAL DECRETO LEY 8/2011 DE 1 DE JULIO

Esta medida de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, fue la primera que se adoptó desde que en 2007 comenzaran masivamente los impagos de los créditos hipotecarios³. Esta norma, fruto de la desesperante situación de numerosas familias afectadas por el descenso de la valoración de sus viviendas hipotecadas y de la imposibilidad para afrontar los pagos del préstamo hipotecario, estableció una serie de medidas de protección para las familias con menos ingresos y con el objetivo de garantizar que las ejecuciones hipotecarias se realizasen sin dar a lugar a situaciones abusivas o de malbaratamiento de los bienes afectados.

Como señala SOSPEDRA NAVAS⁴, *«se hacía necesaria la adopción de una serie de medidas de protección, que traen causa de la vigencia del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, habiéndose iniciado una línea de política legislativa tendente a minorar las consecuencias perversas de la aplicación de dicho principio ante la expectativa de venta forzosa antieconómica del inmueble hipotecado»*.

Esta norma rebajó el depósito para participar en la subasta de inmuebles del 30% al 20%; también modificó del 50% al 60% el porcentaje por el que el ejecutante podía adjudicarse el inmueble en caso de subasta desierta; y estableció un tope mínimo de 900 euros aproximadamente, frente al importe del salario mínimo interprofesional (648,60 euros para 2015) como inembargable cuando prosiguiese la ejecución hipotecaria como ordinaria conforme al art. 579 LEC.

Sin embargo, al tratarse de una limitación aplicable sólo al ejecutante cuando la subasta resulta desierta, las entidades bancarias han utilizado *de facto* la argucia legal de acudir a la subasta con una sociedad filial de la misma entidad, que interviene como licitador en la subasta y ofrece postura inferior al 60%. Así, si conforme al art. 670.4 LEC el ejecutado no presenta tercero que mejore la postura, ni el ejecutante pide la adjudicación con las limitaciones señaladas, puede aprobarse el remate a favor del licitador (o sea, la sociedad filial) siempre que el precio ofrecido supere el 50% del valor de tasación, o siendo inferior cubra la cantidad por la

³ Vid. ÁLVAREZ LEÓN, «Ejecución de bienes hipotecados, subastas», *Revista Colegio de Procuradores*, nº 21, 2012, p. 37.

⁴ SOSPEDRA NAVAS, *La Ejecución Hipotecaria, análisis, procedimiento, ejecución y formularios*, Madrid, 2012., p. 253.

que se despachó ejecución. Con esta actuación procesal se logra evadir la limitación del 60% que introdujo la reforma.

Tanta modificación legislativa termina confundiendo a los operadores jurídicos. El sistema de subasta configurado por la LEC 2000 ha permanecido inalterado hasta la alarma provocada por el sobreendeudamiento de los deudores hipotecarios y la bajada del precio de las viviendas, produciendo una cascada de reformas legislativas. Con posterioridad, la Ley 37/2011 de 10 de octubre introdujo una Disposición Adicional sexta en la LEC que estableció un tipo de adjudicación en caso de subasta desierta, diferenciado para inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor, por cantidad igual o superior al 50% de su valor de tasación o cantidad que se le deba por todos los conceptos.

Estas reformas que tienden a facilitar la adquisición a favor de particulares, y por un precio razonable, las fincas que se venden mediante subasta judicial en las ejecuciones hipotecarias, persiguen que el remate sea cada vez superior, y por tanto que el resto de deuda pendiente sea inferior, lo que repercutirá en una responsabilidad inferior para el fiador del préstamo hipotecario.

2. REAL DECRETO-LEY 6/2012, DE 9 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS

Esta norma, como dispone su Exposición de Motivos, establece diversos mecanismos conducentes a permitir la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como la flexibilización de la ejecución de la garantía real. Viene a consolidar y mejorar técnicamente las disposiciones que ya había establecido el R.D. Ley 27/2012 de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. Se ha determinado que los beneficiarios sean personas que se encuentren en situación profesional y patrimonial que les impida hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones hipotecarias y a las elementales necesidades de subsistencia⁵.

⁵ Vid. GARCÍA ABURUZA, «Ejecución hipotecaria y dación en pago y cláusula rebus sic stantibus», *Ejecución hipotecaria, solución a tiempos de conflicto*, Navarra, 2012, p. 118; BELINCHÓN ROMO, «La protección de los deudores hipotecarios sin recursos», *Ejecución hipotecaria, solución a tiempos de conflicto*, op. cit., p. 162: «el R.D. Ley realiza la posibilidad de que el deudor hipotecario entregue, en pago de

Como la intervención del legislador en esta materia estaba sujeta a los límites de incidir en relaciones jurídicas ya constituidas regidas por el principio de la autonomía de la voluntad, la técnica utilizada consiste en vincular la fuerza obligatoria de un Código de Buenas Prácticas a la adhesión voluntaria de las entidades de crédito que, de manera profesional, realizan la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios, y cuyo seguimiento por aquellas será supervisado por una comisión de control integrada por representantes del Ministerio de Economía y Competitividad, Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores y Asociación Hipotecaria Española.

El citado Código incluye tres fases de actuación. La primera, dirigida a procurar la reestructuración viable de la deuda hipotecaria, a través de la aplicación a los préstamos o créditos de una carencia en la amortización de capital y una reducción del tipo de interés durante cuatros años y la ampliación del plazo total de amortización. En segundo lugar, de no resultar suficiente la reestructuración anterior, las entidades podrán, en su caso, y con carácter potestativo, ofrecer a los deudores una quita sobre el conjunto de su deuda. Y, finalmente, si ninguna de las dos medidas anteriores logra reducir el esfuerzo hipotecario de los deudores a límites asumibles para su viabilidad financiera, éstos podrán solicitar, y las entidades deberán aceptar, la dación en pago como medio liberatorio definitivo de la deuda⁶. En este último supuesto, las familias podrán permanecer en su vivienda durante un plazo de dos años satisfaciendo una renta asumible; pero esta medida no será aplicable en los supuestos que se encuentren en procedimiento de ejecución en los que ya se haya anunciado la subasta, o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores.

su deuda, y con eficacia solutoria, la vivienda adquirida, con la eficacia propia del cumplimiento de las obligaciones, esto es, la extinción de la obligación, con la consiguiente liberación del deudor, obviando la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor. Sin embargo, se establece una criba importante de posibilidades de llegar hasta la dación en pago si se tiene en cuenta los requisitos que ha establecido la norma para llegar hasta esa solución, así como los presupuestos que han de reunir los deudores. El régimen jurídico aplicable a esta dación en pago no es, con mucho, el de la dación en pago voluntaria recogida en el art. 140 LH y art. 1166 CC, sino que se asemeja más a la dación en pago necesaria, al no existir acuerdo de las partes y sí una imposición legal de aceptar un bien diferente como modo de pago de la obligación constituida».

⁶ Vid. SALAS CARCELLER, *Ejecución Hipotecaria, Protección del deudor y derechos del acreedor*, Navarra 2012, p. 15.

Como señala DÍEZ-PICAZO⁷, «a este definido como “código”, las entidades de crédito y las entidades financieras pueden acogerse y, en tal caso hacer obligatorios para ellos las reglas. El plan diseñado incluye una serie de incentivos fiscales para animar a las entidades de crédito a sumarse al llamado código de buenas prácticas, como son exenciones en el impuesto de actos jurídicos documentados, reducciones en los aranceles notariales, o deducciones en el importe del impuesto de sociedades por las pérdidas provocadas por los procedimientos hipotecarios».

El ámbito subjetivo de aplicación abarca a los deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual que cumplan determinados requisitos de índole social y económica que les coloquen en el llamado «umbral de exclusión», definido en el art. 3 del R.D. Ley⁸, y puedan beneficiarse de medidas de refinanciación del prés-

⁷ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., p. 47.

⁸ El art. 3 del R.D. Ley, en su redacción dada por el R.D. Ley 1/2015 de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de carácter social, dice que «1. Se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurren en ellos todas las circunstancias siguientes:

a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas. A estos efectos se entenderá 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, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar.

El límite previsto en el párrafo anterior será de cuatro veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas en caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, o de cinco veces dicho indicador, en el caso de que un deudor hipotecario sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral.

b) Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, o hayan sobrevenido en dicho período circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

A estos efectos se entenderá que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5; salvo que la entidad acredite que

tamo hipotecario, incluso dar en pago el inmueble a la entidad bancaria y dejar saldada la deuda.

El requisito de que la hipoteca recaiga sobre la vivienda habitual del deudor excluye *a priori* que el fiador pueda beneficiarse de las medidas de reestructuración de la deuda, salvo que afiance a un deudor que sí se encuentra en el umbral de exclusión. Sin embargo, muchos fiadores se ven arrastrados por el impago del préstamo hipotecario a la ejecución contra todo su patrimonio que tiene como consecuencia muchas veces la pérdida de su vivienda habitual, aunque no sea la finca gravada con la hipoteca. Esta situación de desigualdad ha originado que la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, introduzca un art. 3 bis en el R.D. Ley, que establece que *«Los fiadores e hipotecantes no deudores que se encuentren en el umbral de exclusión podrán exigir que la entidad agote el patrimonio del deudor principal, sin perjuicio de la aplicación a éste, en su caso, de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas, antes de reclamarles la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión»*.

Se ha otorgado una gran protección al fiador, que pasa por desvirtuar el principio de la autonomía de la voluntad (principio de autonomía

la carga hipotecaria en el momento de la concesión del préstamo era igual o superior a la carga hipotecaria en el momento de la solicitud de la aplicación del Código de Buenas Prácticas.

Asimismo, se entiende que se encuentran en una circunstancia familiar de especial vulnerabilidad:

1.º La familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente.

2.º La unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo.

3.º La unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años.

4.º La unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite de forma permanente, de forma acreditada, para realizar una actividad laboral.

5.º El deudor mayor de 60 años, aunque no reúna los requisitos para ser considerado unidad familiar.

c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. Dicho porcentaje será del 40 por cien cuando alguno de dichos miembros sea una persona en la que concurren las circunstancias previstas en el segundo párrafo del apartado a).

A efectos de las letras a) y b) anteriores, se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

con reservas, por supuesto, al tratarse de préstamos que constan en contratos tipos emitidos en masa por las entidades bancarias), al tener por no concertada la renuncia al beneficio de excusión por parte del fiador, renuncia que es sistemática en este tipo de contratos. De esta forma, el fiador, siempre que cumpla los requisitos del umbral de exclusión, podrá evitar la reclamación de la deuda si no se ha agotado antes el patrimonio del deudor, aun cuando expresamente en la escritura de constitución de hipoteca se hubiera renunciado al beneficio de excusión.

El art. 3 bis del R.D.-Ley contempla sólo este supuesto, y no debe confundirse con una renuncia genérica a la previa excusión de bienes del deudor, ni al pacto de fianza solidaria, que no es mencionado ni se alude en el texto legal. En efecto, la renuncia a la excusión se incluye en el art. 1831.1º CC, y aunque en el apartado 2º se establece que la excusión tampoco tiene lugar cuando el fiador se haya obligado solidariamente con el deudor, el pacto de solidaridad es admitido por el art. 1822 CC como modalidad de la fianza, y no puede ser eliminado de forma genérica de todos los contratos por la disposición citada.

Por tanto, si la fianza es común, pero con renuncia expresa al beneficio de excusión, se aplicarán los beneficios del R.D.-Ley; si la fianza se constituye con el carácter de solidaria no debería aplicarse el R.D.-Ley al fiador, que no ha renunciado simplemente al beneficio de excusión, sino que se constituye con el carácter de solidario en el que por definición desaparece la subsidiariedad en la reclamación. El legislador no se ha «atrevido», en su línea proteccionista, a desmantelar la esencia misma de la fianza solidaria, con responsabilidad simultánea a la del deudor principal.

En la práctica, no obstante, los afianzamientos personales en los préstamos hipotecarios se formalizan con carácter solidario, por lo que no podrán aplicarse los beneficios al fiador salvo que la interpretación del beneficio pase por encima de tecnicismos y sólo exija que aparezca en la escritura la renuncia al beneficio de excusión sin tener en cuenta si la fianza se constituyó o no con el carácter de solidaria.

No se aplican al fiador las medidas del Código de Buenas Prácticas, que sólo afectan al deudor que va a verse privado de su vivienda habitual a consecuencia de la ejecución hipotecaria. Tampoco si a consecuencia de la reclamación se ve privado de su vivienda habitual como consecuencia de la ejecución ordinaria sobre la totalidad de su patrimonio, pues el R.D. Ley sólo contempla los préstamos hipotecarios, lo que no es equitativo si se tiene en cuenta que la pérdida de la vivienda habitual del fiador lo es en definitiva a resultas de una ejecución hipotecaria previa.

3. LA LEY 1/2013 DE 14 DE MAYO, DE MEDIDAS PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS, REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA Y ALQUILER SOCIAL

Esta Ley, motivada por la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, que se analizará más adelante, modificó numerosos aspectos de las subastas, como el porcentaje del tipo para participar en la subasta, el plazo para consignar el resto del precio del remate, la forma de realizar el pago por el saldo deudor restante, colaboración del deudor en la inspección de la finca, anuncio de la subasta en el portal electrónico de la administración de justicia, preferencia de los intereses remuneratorios en la imputación de pagos, aumento a tres plazos de impago de cuotas para dar por vencido el préstamo, reducción a tres años del plazo entre cada posible liberación de la finca pagando lo que se adeuda en ese momento por principal e intereses y costas de las cuotas impagadas, o introducción como causa de oposición a la ejecución el carácter abusivo de una cláusula contractual del título que sirve de base a la ejecución.

También se exonera expresamente al fiador del abono de la Tasa que haya pagado la entidad bancaria para la ejecución contra su vivienda habitual, derivada de un préstamo hipotecario. En la eventual Tasación de costas no se incluirá dicha Tasa, ya se trate de ejecución hipotecaria, o de otra ejecución derivada de un préstamo hipotecario, pero que se dirija contra su vivienda habitual (art. 241.1.7º LEC).

El R.D. Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de Medidas Urgentes en Materia Concursal, reformó el art. 695 LEC para implantar el acceso al recurso de apelación en los supuestos de oposición a la ejecución hipotecaria por existencia de cláusulas abusivas. Y ello tanto si es estimado el incidente como si es desestimado, reforma que vino augurada por otra sentencia del TJUE, ante la desigualdad que producía en el promotor de la oposición que sólo pudiese ser apelado el auto que resolvía el incidente si era estimatorio de la existencia de cláusulas abusivas, pero no si era desestimatorio para los intereses del consumidor⁹.

No hay más que ver el nombre de la disposición legal para darse cuenta de que no guarda relación alguna con las subastas judiciales. Tampoco se comprende que en un lapso de tiempo tan corto se introduzcan pequeñas reformas en forma de Disposiciones Finales al final de un texto

⁹ Vid. ACHÓN BRUÑEN, «Nueva llamada de atención por parte del TJUE en su sentencia de 17 de julio de 2014 respecto de las deficiencias del procedimiento hipotecario español: modificación del artículo 695.4 LEC y otras reformas legales que resultan necesarias», *Diario La Ley*, Nº 8381, 19 de septiembre de 2014.

que en teoría regula una materia diferente, lo que da a entender que el legislador «remienda» una y otra vez una misma regulación, con la consecuente inseguridad jurídica (prohibida por el art. 9.3 de la CE) y el desprestigio de la institución.

Tras analizar las características del proceso de ejecución hipotecaria se ve claramente que no es posible exigir la responsabilidad de la deuda si no es a través del bien hipotecado, por lo que la acción contra el patrimonio del deudor por toda la deuda deberá seguirse por los trámites de la ejecución ordinaria. Y si bien la rigidez de los trámites procesales impiden la acumulación de procesos, sí podrá continuarse la ejecución hipotecaria como ordinaria una vez subastado y adjudicado el bien hipotecado, y sin necesidad de iniciar un nuevo proceso.

La continuación se hará por el importe de deuda no satisfecha, de la que responde el fiador; por ello resulta necesario que pueda intervenir desde el inicio de la ejecución hipotecaria, para poder realizar los actos procesales necesarios para conseguir un mayor valor del bien subastado. Esta finalidad se persigue también con las últimas reformas procesales, que propician una mayor intervención de postores en las subastas al disminuir el importe para participar en ellas, o aumentan el porcentaje de la adjudicación del bien por parte del ejecutante.

También las disposiciones que regulan el umbral de exclusión acogen al fiador que cumple los requisitos de capacidad económica establecidos, y le otorgan el beneficio de exigir que se agote el patrimonio del deudor principal antes de reclamarle su responsabilidad, aunque se hubiere pactado la renuncia al beneficio de excusión, lo que supone un reconocimiento a la existencia de conductas abusivas anteriores, y un estímulo para los deudores y fiadores que se encuentran en peores condiciones económicas.

El R.D. Ley 1/2015 de 27 de febrero, de Mecanismo de Segunda Oportunidad, Reducción de Carga Financiera y Otras Medidas de Carácter Social, establece los controles y garantías necesarios para evitar insolvencias estratégicas o facilitar daciones en pago selectivas, estableciendo la posibilidad de lograr la exoneración del pasivo insatisfecho para el deudor declarado en concurso.

Finalmente, la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y el Registro Civil, introduce en el art. 685.5 párrafo segundo de la LEC que la cantidad reclamada en la demanda de ejecución hipotecaria será la que servirá de base para despachar ejecución contra los avalistas o fiadores, sin que pueda ser aumentada por los intereses de demora devengados durante la tramitación del procedimiento.

4. LA DACIÓN EN PAGO COMO EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL FIADOR

Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble u otro efecto en pago de la deuda, libera al fiador, incluso aun cuando perdiera la cosa por evicción (art. 1849 CC). Si se extingue la obligación originaria por aceptación del acreedor, se extingue también la fianza como obligación.

También se extingue la fianza por condonación del acreedor de la deuda principal frente al deudor (art. 1190 CC), aunque la extinción de la obligación accesoria deja subsistente la principal. No cabría pensar en una condonación que hiciera el acreedor de la deuda principal, con reserva de su derecho frente al fiador, pues la accesoriadad de la fianza no lo permite.

4.1. Características de la dación en pago

No tiene una específica regulación en el derecho sustantivo civil, pero la SAP Málaga de 29 septiembre de 2003 (Roj. SAP MA 3877/2003) define la dación en pago (*datio pro soluto*) como «un acto en virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, produciéndose una verdadera transmisión del bien», a diferencia de la cesión para pago o *datio pro solvendo* (art. 1175 CC) en la que el deudor transmite la posesión de sus bienes (luego no se transfiere como en la dación en pago la propiedad o dominio de lo entregado) con la facultad de proceder a su realización con obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación al pago de la deuda, sin extinción del crédito en su totalidad, continuando vigente el crédito en la parte a que no alcance el precio obtenido con dicha enajenación¹⁰.

ALONSO SÁNCHEZ¹¹, considera que no se puede defender una equiparación entre las adjudicaciones de bienes en pago realizadas en un procedimiento de apremio y la dación en pago «no ya solo por el carácter netamente procesal de una y la naturaleza convencional de la otra, sino

¹⁰ Vid. GÓMEZ-BLANES, *El principio de accesoriadad de la fianza*, Navarra, 2008, p. 174; GARCÍA ABURUZA, «Ejecución hipotecaria y dación en pago y cláusula rebus sic stantibus», *Ejecución hipotecaria, solución a tiempos de conflicto*, Navarra, 2012, p. 114; RAMÓN FERNÁNDEZ, «La dación en pago de la vivienda habitual como medio liberatorio definitivo de la deuda hipotecaria», www.derechocivil.net/jornadas/dacionenpago.pdf (09/12/2013).

¹¹ ALONSO SÁNCHEZ, *Las adjudicaciones procesales de bienes en los procedimientos de ejecución*, Madrid, 1999, pp. 71 y 72.

básicamente porque la eficacia solutoria o extintiva es distinta en ellas, siendo regla general en las adjudicaciones en pago, con muy concretas excepciones, el que no conllevan con su actuación ejecutiva la extinción total del crédito de la ejecución sino hasta donde alcance el precio por el que se verifica la adjudicación, fijado este imperativamente por la Ley en cada caso». Entiende que es más acertado entender que la adjudicación de bienes en pago «es una institución netamente procesal representativa de una particular y peculiar modalidad ejecutiva de pago que opera *ex lege*».

BELINCHÓN ROMO¹² considera que «*si bien desde un punto de vista sustantivo la diferenciación entre ambas figuras es clara; sin embargo, desde una perspectiva terminológica, ni la Doctrina, y mucho menos nuestra Jurisprudencia, aclaran mucho al respecto, pues se utilizan los términos “dación”, “cesión” y “adjudicación” para referirse a la misma hipótesis, la de la dación en pago*».

Las SSTs de 27 de diciembre de 2012 (Roj. STS 8996/2012), 4 de marzo de 2013 (Roj. STS 4638/2013), y 25 de marzo de 2013 (Roj. STS 4910/2013) ratifican la dación en pago como forma de extinguir la obligación, siempre que se haya pactado de forma voluntaria por las partes. Por tanto no puede ser impuesta de forma obligatoria por una de las partes del contrato, y menos *a posteriori*, una vez suscrito el pacto, y por conveniencia de uno de los contratantes.

4.2. Situación en las ejecuciones hipotecarias

El gran descenso en el precio de la vivienda desde el año 2007, unido al incremento del desempleo, ha supuesto en el panorama de los créditos hipotecarios, por un lado que el valor de mercado de las viviendas sea

¹² BELINCHÓN ROMO, «La confusión terminológica entorno al concepto y la funcionalidad de la dación en pago y el tratamiento de la compraventa desde la perspectiva de la dación», www.cesfelipesecondo.com/revista/articulos2010/04.pdf (10/01/2014). Esta autora considera que la dación en pago es una categoría genérica respecto de la que se puede observar una doble eficacia, *pro soluto* y *pro solvendo*; de la misma manera, en el supuesto de la adjudicación de bienes, ocurre lo mismo, en la medida en que esta última puede ser pactada en y para pago. La adjudicación de bienes en pago de deudas viene a dar por extinguida una deuda en la medida en que determinados bienes que forman parte de un concreto patrimonio sean entregados, por la autoridad competente, a la persona que prueba tener mejor derecho a ellos. En este sentido, la adjudicación de bienes se caracteriza por la existencia y la intervención de la autoridad competente por lo que se refiere a la atribución de bienes concretos. Sin embargo, la dación en pago viene caracterizada por la ausencia de autoridad, en la medida en que se trata de un hecho jurídico voluntario, con eficacia extintiva de la obligación.

inferior a la cuantía del préstamo que se concedió en su día. Por otro lado, que no se pueda hacer frente a las cuotas del préstamo en muchos casos, lo que ocasiona un incremento en el número de ejecuciones hipotecarias con resultado de subastas sin licitadores (el precio de tasación pactado excede del valor actual y no interesa), adjudicándose la finca al ejecutante por un precio del 70%, 60% o 50% del valor de tasación según se trate o no de vivienda habitual respectivamente, y según la cuantía adeudada, con un resto de deuda importante que aún debe satisfacer el deudor, lo que le acarrea una lacra económica de por vida¹³.

VALIÑO¹⁴ apunta que *«en este contexto, llegó a financiarse hasta el 120% del valor de las nuevas viviendas, con cuotas que podían pagarse en cuarenta e incluso cincuenta años. Muchas de las condiciones se pactaron a través de publicidad engañosa, que descartaba escenarios predecibles como una subida de intereses o una situación de recesión económica, o que incluía cláusulas de difícil comprensión para sus destinatarios. El repertorio de prácticas abusivas es vasto: concesión de “hipotecas crecientes”, que comenzaban con cuotas accesibles en función de los ingresos de la unidad familiar; pero que en poco tiempo llegaban a triplicarse; inclusión forzosa en las hipotecas de productos adicionales de dudosa utilidad, como seguros de desempleo cuya letra pequeña concretaba que tan sólo serían efectivos cuando la persona desempleada tuviese previamente un contrato indefinido; establecimiento de avales cruzados, a través de los cuales familiares y amigos se comprometen a responder no sólo por*

¹³ AMO GARCÍA, «La burbuja inmobiliaria española, actuación de las entidades financieras ante el promotor y comprador de vivienda, alternativas a la financiación y comparativa europea», en *La protección del consumidor de inmuebles* (Coordinador LLEDÓ YAGÜE), Madrid, 2013, pp. 386 y 393: «este cambio de ciclo inmobiliario español ha tenido lugar por factores internos y externos: por un lado, la falta de liquidez del sistema financiero, causada por la crisis de las hipotecas “subprime” en Estados Unidos en agosto de 2007, y por otro, por el deterioro interno de la economía española, la falta de financiación y el agotamiento del modelo de crecimiento (basado en la construcción), al reducirse los retornos de la inversión (provocando la salida del mercado de los especuladores) y contenerse el crédito». Con la bajada de los precios y la acumulación de viviendas vacías, «el sobrante de ladrillo que acumulan los promotores tardará años en drenarse. Y como lo más probable es que no pueda, la banca tendrá que adjudicarse entre 90.000 y 100.000 millones de euros en inmuebles, siendo el siguiente eslabón de la cadena el de las pérdidas del sistema financiero».

¹⁴ VALIÑO, «Ejecuciones Hipotecarias y derecho a la vivienda: estrategias jurídicas frente a la insolvencia familiar», Ponencia presentada el 22 de junio en el marco de las jornadas: «Ejecuciones hipotecarias y derecho a la vivienda: estrategias jurídicas frente a la insolvencia familiar», Observatori DESC, 2009, www.observatoridesc.org (02/10/2013).

su hipoteca sino por la hipoteca del resto en caso de impago; inclusión de “cláusulas suelo” que impiden que el consumidor se vea beneficiado en caso de que los tipos de interés disminuyan, pero sí permiten, en cambio, trasladar las subidas».

En la práctica esta situación está planteando la posibilidad de que el ejecutante se adjudique el bien hipotecado en pago de la deuda, aunque no se haya pactado en la escritura de constitución de la hipoteca.

Así, cuando el acreedor ejecutante, ante la ausencia de postores en la subasta judicial, se adjudica el bien hipotecado o pignorado, el legislador debería establecer la obligatoriedad de otorgar carta de pago, con independencia de cuál sea el proceso de ejecución elegido por el acreedor para ejecutar la garantía real ante el incumplimiento de la obligación garantizada por el deudor. La justificación de esta diferente solución legal se encuentra en el hecho de que el acreedor ha aceptado, como garantía del cumplimiento de la obligación, la constitución de una hipoteca sobre un determinado bien, que consideraba que tenía un valor suficiente para hacer frente al posible incumplimiento de la obligación por parte del deudor.

Por tanto, la adjudicación del bien hipotecado al acreedor ejecutante, como consecuencia de la ausencia de postores en la subasta, debe equivaler a la satisfacción de la totalidad de la deuda. De lo contrario, se estarían primando los intereses del acreedor frente a los del deudor ejecutado, pues el primero no solo adquiriría el dominio de un bien perteneciente al patrimonio del deudor (y cuyo valor real, en la generalidad de los casos, va a ser suficiente para satisfacer la totalidad de la deuda), sino que también se le permitiría ejercitar una acción personal para reclamar al deudor el pago del resto de la deuda (esto es, la diferencia entre la cantidad adeudada inicialmente y el precio de adjudicación).

Alguna resolución judicial ha seguido esta corriente justificando la dación en pago y la improcedencia de la continuación de la ejecución contra el deudor por el saldo restante no cubierto, en el abuso del derecho, cláusula *rebus sic stantibus*, o en el enriquecimiento injusto, como el AAP de Navarra de 17 de diciembre de 2010 (Roj. AAP NA 1/2010). Sin embargo, como señala LARROSA AMANTE¹⁵, «la hipoteca no constituye una dación en pago en caso de incumplimiento, pues legalmente son figuras diferentes y no existe pacto alguno en la escritura que así lo

¹⁵ LARROSA AMANTE, «Continuación del apremio por la diferencia entre el valor de adjudicación del bien hipotecado en subasta, y el importe de lo adeudado. Comentario al Auto de la AP Navarra de 17 de diciembre de 2010», *Boletín Contratación Inmobiliaria El Derecho*, 1 marzo 2011 (Coordinador SOLER PASCUAL).

autorice a entenderlo». El procedimiento de ejecución hipotecaria tiene por finalidad la realización del bien hipotecado y con su producto hacer pago al acreedor del importe de la deuda hasta donde llegue el valor del bien; y si se adjudica el bien al acreedor estamos ante una dación para pago y no en pago (que implicaría la extinción de la deuda). Por tanto, la deuda sólo se extingue hasta el importe del valor obtenido por la realización, y subsiste el resto de la deuda.

4.3. Posición del fiador

Para MACHADO PLAZAS¹⁶, *«la datio in solutum operaría la extinción de la originaria obligación por haberse convenido una prestación distinta y, consecuentemente, una novación objetiva ex arts. 1203.1 y 1204 CC. La dación extinguiría la fianza, circunstancia que de forma expresa prevé el art. 1849 CC»*. Sin embargo el autor no entiende que la dación en pago sea una novación, y en concreto le niega efectos extintivos de la fianza para el caso en que se haya producido con carácter forzoso en el seno de un procedimiento concursal en el que en beneficio de la masa de acreedores ha sido pactada.

Junto a este precepto, el art. 140 LH dispone que *«No obstante lo dispuesto en el art. 105 (responsabilidad patrimonial universal del deudor) podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor»*.

A la vista del precepto, el pacto debe realizarse en el momento de constitución de hipoteca, en escritura pública, con inscripción en el Registro. En este supuesto el crédito y la responsabilidad se equilibran, sin que en ningún caso ésta pueda superar el valor de la finca, por lo que si al realizarse el inmueble se obtiene en la subasta un precio inferior al importe del crédito, éste sufrirá la reducción correspondiente. Los sujetos de la relación obligatoria mantienen sus posiciones, activa el acreedor y pasiva el deudor, pero el acreedor hipotecario no podrá exigir al deudor el pago de la diferencia debida por haberse convenido la limitación de la responsabilidad, que ha quedado circunscrita al valor de los bienes

¹⁶ MACHADO PLAZAS, *Convenio concursal y fianza*, Valencia, 2001, p. 86.

hipotecados. El fiador en tal caso, quedará liberado de su obligación de la misma forma que el deudor principal.

El art. 1847 CC dispone que «*la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones*»; y el art. 1849 CC que «*si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador*».

Se puede considerar que la dación es eficaz cuando se produce la aceptación del acreedor; y respecto a terceros como pueden ser el hipotecante no deudor o el fiador, la consecuencia a partir del mismo momento de la aceptación del inmueble en pago de la deuda es que quedan libres, pues la obligación ha quedado extinguida. Sin embargo, si en lugar de la dación en pago se ejecuta la hipoteca y se adjudica al acreedor el bien hipotecado, no se extingue la fianza, debiendo los fiadores responder por aquello que no alcance la hipoteca¹⁷.

A este respecto, la STS de 30 de septiembre de 2010 (Roj. 4726/2010) establece que: «*El convenio aprobado judicialmente refleja una «datio in solutum», con renuncia al resto no cubierto por los bienes adjudicados «in valorem» o «in genere» —como sucede en este caso en que los acreedores dan «por saldados y finiquitados sus créditos»— lo que supone pago del crédito con exoneración de responsabilidades accesorias, aunque sean solidarias, de los fiadores*».

El AAP Córdoba de 1 de febrero de 2012 (Roj. 2/2012), por su parte, dejó sin efecto la ejecución por el importe de la deuda subsistente tras la subasta del bien, al entender «*como es el caso que la responsabilidad personal universal que proclama el art. 1911CC requiere como presupuesto de actuación, por vía de lo establecido en el art. 579.1 LEC, la pervivencia de una obligación válidamente exigible; como es el caso, que el ejecutado dicha pervivencia es la que ha venido a cuestionar a aludir*

¹⁷ GARCÍA ABURUZA, «Ejecución hipotecaria y dación en pago y cláusula rebus sic stantibus», *Ejecución hipotecaria, solución a tiempos de conflicto*, Navarra, 2012, p. 117: «en nuestro sistema no cabría la dación en pago en el campo hipotecario, porque supondría una derogación del sistema jurídico privado de nuestro país, ya que iría en contra de los principios de la autonomía de la voluntad y *pacta sunt servanda*, lo que supondría negar valor a lo libremente pactado con la inseguridad jurídica que conllevaría. La dación además exigiría siempre el consentimiento del acreedor, no pudiéndose imponer su aceptación *ex lege* cuando el consentimiento es esencial en nuestro derecho de obligaciones. También se vulneraría el principio de responsabilidad patrimonial universal, que podría suponer un agravio comparativo y una vulneración del principio de igualdad frente a otros deudores hipotecarios».

ÍNDICE

ABREVIATURAS	7
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I. MEDIDAS DE PROTECCIÓN A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS	13
1. El Real Decreto Ley 8/2011 de 1 de julio.....	14
2. Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.....	15
3. La Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.....	20
4. La dación en pago como extinción de la responsabilidad del fiador	22
4.1. Características de la dación en pago.....	22
4.2. Situación en las ejecuciones hipotecarias	23
4.3. Posición del fiador	26
CAPÍTULO II. LEGITIMACIÓN DEL FIADOR EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA	31
1. Características generales del contrato de fianza	31
1.2. Elementos constitutivos de la fianza.....	33
1.3. Accesoriedad y subsidiariedad.....	33
1.4. Extinción de la fianza por prórroga de la obligación principal..	34
1.5. Beneficios de excusión, división y orden, y renuncia a los mismos	36
1.5.1. Beneficio de excusión.....	36
1.5.2. Beneficio de división.....	39
1.5.3. Beneficio de orden.....	40
1.5.4. Renuncia a los beneficios del fiador. Fianza solidaria....	41

1.6. Tipos específicos de fianza	43
1.6.1. Fianza a primer requerimiento	43
1.6.2. El aval	47
1.6.3. Fianza mercantil	49
1.6.4. Codeudor solidario	49
1.6.5. Asunción de deuda.....	50
1.6.6. Seguro de caución.....	51
2. Legitimación del fiador en el proceso de ejecución	53
3. Ejercicio de la acción personal en la ejecución hipotecaria.....	55
3.1. Interés directo y legítimo del fiador	55
3.2. La hipoteca.....	56
3.3. Prescripción y caducidad de la acción.....	58
3.4. Características generales del procedimiento hipotecario.....	63
3.5. Acumulación de la acción personal y la acción real en un solo procedimiento.....	69
3.5.1. Opciones procesales del acreedor	69
3.5.1.1. Proceso declarativo.....	72
3.5.1.2. Proceso de ejecución ordinaria.....	74
3.5.1.2.1. Embargo del inmueble hipotecado	76
3.5.1.2.2. Determinación del valor de tasación para subasta.....	77
3.5.2. Posibilidad de acumular la acción real y personal contra el deudor	79
3.5.2.1. Opiniones contrarias	79
3.5.2.2. Opiniones favorables a la acumulación de la acción real y la acción personal contra el deudor	81
3.5.2.3. Opiniones intermedias.....	82
3.5.3. El artículo 579.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil	83
3.5.4. Partes y necesidad de nuevo procedimiento.....	85
4. Argumentos contrarios a la consideración del fiador como parte	89
5. Argumentos favorables a la consideración del fiador como parte.....	91
6. Evolución doctrinal y jurisprudencial hacia la inclusión del fiador en la ejecución hipotecaria.....	94

CAPÍTULO III. INCIDENCIAS EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y POSICIÓN DEL FIADOR..... 97

1. Novación del crédito	98
1.1. Novación como simple modificación en sentido amplio.....	98
1.2. Novación en caso de entidad financiera prestamista.....	99
1.2.1. Extinción del préstamo anterior	100
1.2.2. Ampliación del préstamo e incremento de responsabilidad hipotecaria.....	102
1.3. Delimitación objetiva de la garantía del fiador	103

2. Reducción de la deuda	104
2.1. Imputación de pagos por el fiador	104
2.2. Pago judicial y extrajudicial	106
2.3. Efectos de la reducción de la deuda por pago parcial del préstamo hipotecario.....	107
3. Pluralidad de fiadores.....	107
3.1. Régimen de responsabilidad interno de los cofiadores	109
3.2. Cofiadores en la ejecución hipotecaria.....	111
3.3. Liberación del acreedor a uno de los cofiadores.....	111
3.4. El subfiador	112
3.5. Reclamación al deudor y al resto de fiadores del cofiador que paga	113
4. Cesión del crédito hipotecario	113
4.1. Cesión antes del inicio de la ejecución	113
4.1.1. Cesión de la hipoteca aneja al crédito.....	114
4.1.2. Notificación de la cesión al fiador	117
4.1.3. Cesión global de créditos y legitimación de la entidad cesionaria	118
4.2. Cesión una vez iniciada la ejecución hipotecaria.....	120
4.3. Subrogación entre entidades financieras realizada por el deudor.....	122
4.4. El cambio de fiador.....	123
5. Consecuencias de la inscripción registral sobre el proceso de ejecución y consecuencias del proceso de ejecución sobre la inscripción registral	123
5.1. Inscribibilidad de la garantía que presta el fiador	124
5.2. Distinción en ejecuciones ordinarias e hipotecarias.....	125
5.3. Calificación del Registrador. Principio de legalidad	125
5.3.1. Función calificadora	125
5.3.2. Calificación registral de las cláusulas contenidas en la escritura del préstamo hipotecario.....	127
5.4. Firmeza de la Resolución que accede al Registro.....	128
5.5. Ámbito de calificación de otras cláusulas contenidas en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria	130
5.6. Distribución del sobrante a los acreedores posteriores. Perjuicio del fiador	131
6. Declaración de concurso	132
6.1. Regulación legal.....	133
6.2. Intervención del acreedor hipotecario en el procedimiento concursal	138
6.3. Comunicación de inicio de negociaciones.....	140
6.4. Situación del fiador tras la declaración de concurso del deudor principal.....	141

6.5. Declaración de concurso del fiador	144
6.6. Declaración de concurso de varios deudores solidarios	147
6.7. Beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho del deudor no extensible al fiador	148
7. Solicitud de reconocimiento del derecho a la justicia gratuita.....	150
8. Reclamación previa al ejercicio de la acción hipotecaria.....	152
8.1. Cantidad que debe notificarse.....	153
8.2. Documento de liquidación y contenido.....	155
8.3. Notificaciones judiciales y extra procesales	157
8.4. Lugar de la notificación	160
CAPÍTULO IV. EXCEPCIONES OPONIBLES POR EL FIADOR EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.....	165
1. Extinción de la garantía	167
2. Extinción de la obligación garantizada.....	170
3. 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	171
4. El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible	173
4.1. Cláusulas abusivas en general.....	173
4.2. Disminución de valor del bien hipotecado	177
4.3. Cláusulas suelo.....	178
4.4. Intereses abusivos.....	180
4.5. Cláusulas de vencimiento anticipado.....	181
4.6. Impago de algún plazo. Liberación del bien hipotecado	181
4.7. Otras cláusulas de vencimiento anticipado distintas al impago.	185
4.8. Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 14 de marzo de 2013.....	188
4.9. Consecuencias procesales	191
5. Aplicabilidad del art. 559 LEC a la ejecución hipotecaria.....	191
6. La interposición de juicio declarativo para el resto de causas de oposición.....	193
7. Posibilidad de interponer tercera de mejor derecho	195
8. Excepciones del fiador en la ejecución ordinaria resultante de proceso hipotecario anterior	196
8.1. Oposición consistente en la nulidad de las cláusulas de afianzamiento pactadas.....	198
8.2. Oposición a actos ejecutivos concretos o a cuestiones procedimentales.....	198
8.3. Pluspetición	199
8.4. Cosa juzgada	200

CAPÍTULO V. SUBROGACIÓN DEL FIADOR EN LA POSICIÓN DEL ACREEDOR. CAMBIO DE PARTES EN EL PROCESO.....	201
1. Ejercicio de la acción de reclamación del fiador al deudor para reembolsarse la cantidad pagada.....	201
1.1. Acción de reembolso.....	202
1.2. Acción de subrogación.....	202
1.3. Acción de relevación o cobertura	203
2. Sucesión del fiador en la posición procesal del acreedor.....	205
2.1. Ejecución genérica	205
2.1.1. Forma de realizarse la sucesión.....	205
2.1.2. Excepciones oponibles al fiador que paga	209
2.2. Sucesión del fiador en la posición procesal del acreedor en la ejecución hipotecaria.....	209
2.3. Acumulación de ejecuciones con distintas partes procesales.....	211
2.4. Mantenimiento de medidas cautelares.....	212
2.5. Concurrencia con garantías reales	213
BIBLIOGRAFÍA.....	215

