

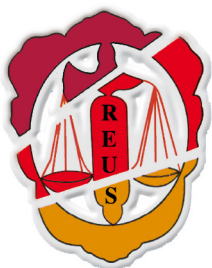


**D**erecho Español **C**ontemporáneo

# RECARGAS HIPOTECARIAS E HIPOTECAS RECARGABLES

Helena Díez García

Profesora Titular de Derecho Civil  
*Universidad de León*



# DERECHO ESPAÑOL CONTEMPORÁNEO

## TÍTULOS PUBLICADOS

**Renuncia y repudiación de la herencia en el Código civil,** *Carlos Rogel Vide* (2011).

**La prueba en el procedimiento contencioso-administrativo,** *David Ordóñez Solís* (2011).

**Formulación de cuentas anuales en las sociedades de capital,** *Leopoldo del Puerto Cabrera* (2011).

**Fuentes del Derecho Nobiliario,** *Vanessa E. Gil Rodríguez de Clara* (2011).

**La cláusula penal,** *Silvia Díaz Alabart* (2011).

**Adquisición de la nacionalidad por descendientes de españoles,** *María José Cazorla González* (2011).

**Honor, intimidad e imagen en el deporte,** *Blanca Sánchez-Calero Arribas* (2011).

**La impugnación del arbitraje,** *Miguel L. Lacruz Mantecón* (2011).

**Recargas hipotecarias e hipotecas recargables,** *Helena Díez García* (2012).

**DERECHO ESPAÑOL CONTEMPORÁNEO**

Directores:

**CARLOS ROGEL VIDE y SILVIA DÍAZ ALABART**

Catedráticos de Derecho Civil

Universidad Complutense de Madrid

**RECARGAS HIPOTECARIAS E  
HIPOTECAS RECARGABLES**

**Helena Díez García**

*Profesora Titular de Derecho Civil*

*Universidad de León*



Madrid, 2012

© Editorial Reus, S. A.  
Fernández de los Ríos, 31 – 28015 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>

1ª edición REUS, S.A. (2012)  
ISBN: 978-84-290-1686-4  
Depósito Legal: Z. 114-12  
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 los Directores de Colección de ésta 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 mis queridos maestros  
Etelvina Valladares Rascón y  
Javier Fernández Costales.  
Gracias.*



# **CAPÍTULO I**

## **DE LA FLEXIBILIZACIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO AL ENDEUDAMIENTO RESPONSABLE**

### **1. LA LEY 41/2007 Y LA FLEXIBILIZACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO**

Hubo un tiempo, que hoy parece lejano, en el que el ritmo del crecimiento del crédito hipotecario alcanzaba el 20% anual. Así, solo durante el período 1995-2001, en términos acumulados, la concesión de nuevas hipotecas se había incrementado un 129% en la banca y un 117% en el sector de cajas<sup>1</sup>. Al tiempo, en el año 2003, y, más

---

<sup>1</sup> «Análisis del mercado hipotecario español: riesgos y sensibilidad al ciclo»; Analistas financieros internacionales, S.A. / G.E. Mortgage Insurance, 2002, p. 6.

concretamente, en sus dos últimos trimestres, se asistía a la mayor subida porcentual del precio de la vivienda<sup>2</sup>. Correlativamente, el PIB experimentaba crecimientos constantes entre el año 2000 y el año 2008<sup>3</sup> y la tasa de paro pasó del 15,7% en 1999 al 8,3% en 2007. Por su parte, la renta per cápita aumentaba de la cifra de 14.550 \$ en el año 1994 a los 35.000 \$ en el 2008<sup>4</sup>. Parecía, por tanto, que los viejos objetivos de la vetusta Ley Hipotecaria de 1861 en orden al fomento del crédito territorial, a la movilización de la riqueza de la propiedad inmobiliaria y a su repercusión en la economía nacional, se habían por fin cumplido con creces<sup>5</sup>.

No obstante, ya en los momentos más álgidos de ese crecimiento existía una latente preocupa-

---

<sup>2</sup> Vid. *Índices trimestrales de precios de vivienda libre. España. Serie 1995-2011*. Fuente: Ministerio de Fomento, 2º trimestre 2011 (disponible en [www.ahe.es](http://www.ahe.es)). En el último trimestre de 2003, la variación interanual del precio de la vivienda se situaba en el 18,5%.

<sup>3</sup> Se pueden consultar estas series a través de la página *web* del INE ([www.ine.es](http://www.ine.es)). Las tasas de crecimiento del PIB oscilaron de la forma siguiente: 2000 (5%); 2001 (3,6%); 2002 (2,7%); 2003 (3,1%); 2004 (3,3%); 2005 (3,6%); 2006 (4%); 2007 (3,6%) y 2008 (0,9 %).

<sup>4</sup> Se pueden consultar estos datos en *es.classora.com* (Fuente: Banco Mundial).

<sup>5</sup> Vid. en esa línea, aunque se refiera a la década de los 60-70, las consideraciones que, sobre el particular, realiza TENA ARREGUI, R., «Hacia un nuevo Derecho Hipotecario» en *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*; edit. Academia Sevillana del Notariado / Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, p. 21.



ción, en atención también a las variables demográficas, acerca del mantenimiento de la expansión del crédito hipotecario. En ese sentido, resulta del todo ilustrativo un informe elaborado por la Asociación Hipotecaria Española en el año 2003, cuyo título resulta del todo descriptivo: «¿Es sostenible un crecimiento anual del crédito hipotecario a tasas del 20%?». En él ya se expresa una relativa inquietud ante un posible agotamiento del modelo, fundado, básicamente, en la promoción, construcción, adquisición y rehabilitación de viviendas. En consecuencia, se trataba de buscar, para el caso de que llegara un cambio del ciclo inmobiliario, nuevas fórmulas para transformar el patrón de expansión del crédito hipotecario. Pues bien, comoquiera que se pensaba que, al final de la fase expansiva, la riqueza neta de las familias habría crecido considerablemente, bastaba con proceder a movilizar el valor de las viviendas adquiridas para atender otras finalidades financieras a costes razonables, bajo el entendimiento de que «en las economías modernas ya no se puede sostener que la vivienda sea exclusivamente un simple inmovilizado en el balance patrimonial de las familias». Los únicos inconvenientes que se observaban para repensar y redefinir el mercado —y para ello se requería la cooperación activa de la Administración del Estado y de la autoridad supervisora— eran «el exceso y la rigidez de la normativa que condiciona fuertemente el desarrollo de nuevos

productos y la extensión del crédito hipotecario a nuevos prestatarios y finalidades»<sup>6</sup>. En consecuencia, el crédito hipotecario debía venir a coadyuvar a la revalorización y movilización de la riqueza inmobiliaria ganada; lo cual, sería positivo para el desarrollo económico de las familias, pymes, profesionales liberales, para la economía nacional y para la seguridad del sistema.

De otra parte, en junio de ese año 2003, la misma entidad hacía público otro informe titulado «*La financiación de la vivienda y el endeudamiento familiar*». En este documento se resaltan las bondades de un sistema que había propiciado en España «profundos avances en todas las variables que han permitido a las familias anticipar rentas futuras para obtener un nivel de vida más alto, sin incurrir por ahora, en sobreendeudamiento», debido a que esa riqueza había crecido a un ritmo muy superior a su nivel de endeudamiento ya que, como se observaba igualmente, aquéllas habían sustituido el ahorro tradicional por la inversión en la propia vivienda con un evidente efecto de anticipación de rentas. Por eso mismo y puesto que en ese momento no se observaba ningún sobreendeudamiento, se apostaba por no adoptar medida alguna, ni siquiera de forma preventiva, ya que, según se explicaba, «la experiencia demuestra que

---

<sup>6</sup> Este informe resulta todavía accesible a través de la página web de la asociación hipotecaria española en [www.ahe.es](http://www.ahe.es).

la mejor medida intervencionista es la que no se toma»<sup>7</sup>.

A toro pasado y desde el año 2011, resulta evidente que estos pretendidos objetivos se fundaban en una premisa que luego ha resultado errónea: la subida creciente y constante del precio de los activos inmobiliarios<sup>8</sup>. De otra parte, también ha resultado acreditado que la supuesta riqueza se había ganado a costa de un excesivo apalancamiento, debido, fundamentalmente, a la continua subida de los precios, por lo que, a poco que la coyuntura cambiara, sobre todo, en lo que atañe a las condiciones financieras de los préstamos<sup>9</sup>, se provocaría,

---

<sup>7</sup> En este documento, todavía disponible para su descarga en la página *web* de esta asociación —[www.ahe.es](http://www.ahe.es)—, se contienen ciertas observaciones que, no exentas de cierto cinismo, son, sin embargo, bastante realistas: «no se pueden endeudar las familias de Etiopía, Sierra Leona, el Congo... Desean y esperan poder endeudarse pronto las de Polonia, Chequia, Estonia, Letonia... Se han endeudado recientemente las de Grecia, Irlanda, Portugal, España... (observará el lector que estos países luego entrarían a formar parte del denostado grupo de los PIGS). Están endeudadas desde hace cincuenta años: Holanda, Reino Unido, Alemania, Estados Unidos».

<sup>8</sup> El mismo error —los precios de las viviendas pueden seguir creciendo indefinidamente— que condujo a que, con la simple utilización de series históricas, las agencias de calificación no previeran la crisis de las hipotecas *sub prime* y el posible deterioro de los valores resultantes del proceso de titulización. En ese sentido, vid. DE LA DEHESA, G., «Regulación y supervisión financieras tras la crisis»; *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, 21-2008, p. 15.

<sup>9</sup> Y, sin embargo, existían algunos signos de alerta. En el año 2001 la deuda sobre renta bruta disponible alcanzaba un máximo del 70%, lo que suponía un incremento de más de 25 puntos porcentuales en

no sólo la misma desaceleración del valor de esos activos, sino también un estrangulamiento financiero provocado por una gran crisis de liquidez que ulteriormente, en algunos casos, se transformaría en una crisis de solvencia.

Tampoco se había previsto que los mercados financieros podían resultar no necesaria e intrínsecamente estables. En ese sentido, tal y como había sostenido MINSKY —economista hoy rescatado tras la crisis financiera<sup>10</sup>—, a través de su hipótesis de la inestabilidad financiera, en épocas de bonanza, las economías capitalistas tienden a moverse desde una estructura en la que tienen gran peso las empresas solventes a una estructura en la que adquie-

---

un quinquenio. La financiación de la vivienda representaba ya el 50% de la renta bruta disponible de las familias. Es decir, de la ratio de endeudamiento total (situado en el 70% de la renta bruta disponible), más del 71% se destinaba a financiar la compra de vivienda. Además, mientras se observaba un descenso en la capacidad adquisitiva real de los asalariados durante los años 1999 y 2001 (-0.9%), el precio de la vivienda crecía en un 9%. Por tanto, ya en el año 2001 el precio de una vivienda media (de unos 70 m<sup>2</sup>) equivalía en torno a 5 veces los ingresos salariales brutos anuales frente a los 3,5 de 1997. En consecuencia, se afirmaba que «el deterioro de la relación entre precio de vivienda e ingresos familiares explica que la mejora de las condiciones de financiación tengan papel clave en el dinamismo del mercado inmobiliario» (vid. «Análisis...», p. 9 y pp. 11-12).

<sup>10</sup> Vid. por ejemplo, KREGEL, J., «Minsky's cushions of safety: systemic risk and the crisis in the U.S. subprime mortgage market»; *Public Policy Brief*, núm. 93, *Levy Economics Institute*, Nueva York, 2008; GIRÓN, A. / CHAPOY, A., «Financiarización y titulización; un momento Minsky»; *Economía Mundial*, vol. 6, núm. 16, p. 49.

ren gran importancia las empresas especulativas (la empresa puede no tener suficientes flujos de caja como para hacer frente a sus pagos en todo momento, pero durante el plazo del préstamo sí podrá cumplir y puede encontrar comitentes de sus pagos sobre su cuenta de ingresos) y las empresas *Ponzi* (empresas que para seguir pagando sus préstamos necesitan nuevos préstamos). En este contexto, en el que prestamistas y prestatarios están dispuestos a asumir mayores riesgos, cualquier acontecimiento puede influir negativamente. En particular, si una economía con un importante cuerpo de empresas especulativas es un Estado inflacionario y la autoridad interviene para reducir la inflación restringiendo la oferta monetaria mediante la subida de los tipos de interés, entonces esas empresas especulativas se convertirán en empresas *Ponzi* y éstas desaparecerán del mercado. En consecuencia, las empresas con una liquidez deficitaria se verán forzadas a vender sus activos y todo conducirá al colapso incluso de los activos válidos, pues hasta las empresas solventes pueden verse obligadas a vender sus activos más productivos. Los prestamistas se verán obligados a ampliar sus márgenes de seguridad, por lo que restringirán su crédito. Y los costes financieros influirán en los precios y se reducirá la tasa de beneficio, creándose un círculo vicioso que conducirá a la crisis<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> MINSKY, H.P. «The Financial Instability Hypothesis»; *The Jerome Levy Economics Institute of Bard College, Working Paper* n° 74, Mayo 1992, pp. 7-8 (disponible en [www.levy.institute.org](http://www.levy.institute.org)).

Sin embargo, en los momentos en los que la Asociación Hipotecaria Española emitía aquellos informes, soplaban en todo el mundo los aires de las tesis económicas neoliberales que apostaban por una desregulación o una necesaria flexibilización de los mercados, bajo la premisa de que éstos se desenvuelven de forma óptima bajo su autorregulación; de que la acción gubernamental debe limitarse a mantener una «moneda fuerte» y a que en microeconomía, los gobiernos deben liberar a los mercados de cualquier rigidez en orden a mantener la «tasa natural de desempleo». La economía mundial se basaba en el equilibrio presupuestario, el libre comercio y los movimientos de capital y la «globalización» fue el término que se acuñó a esta extensión de la economía de mercado por todo el mundo<sup>12</sup>. Y la práctica económica y financiera se adaptó a las hipótesis de las expectativas razonables<sup>13</sup> y a la teoría del mercado

---

<sup>12</sup> SKIDELSKY, R., «The relevance of Keynes»; *Cambridge Journal of Economics*, Vol. 35-1, 17 de enero de 2011, p. 1.

<sup>13</sup> Tal y como explica STIGLITZ, J. (*Los felices noventa. La semilla de la destrucción*; edit. Taurus, Bogotá, 2003, pp. 193-196), la hipótesis de las expectativas razonables se funda en el supuesto de que los agentes económicos pueden hacer pronósticos que se fundan en la práctica eliminación de las imperfecciones de la información disponible. El pensamiento de la escuela de economía de las expectativas razonables describe al individuo no sólo como un ser racional que toma decisiones coherentes, sino también como alguien capaz de profesar información compleja y asimilar sus nociones esenciales. Ahora bien, como señala KRUGMAN, P. («¿Quién era Milton Friedman?»; *Claves*

---

de *Razón Práctica*, n° 171, p. 11) el presupuesto de estas teorías —el hipotético hombre económico que sabe lo que quiere; que sus preferencias pueden expresarse matemáticamente en términos de una función de utilidad y que sus opciones están informadas por cálculos racionales sobre cómo maximizar esta función— puede ser objeto de una burla fácil: «nadie, ni siquiera los economistas ganadores del Premio Nobel, toman realmente sus decisiones de este modo». Pero, como también pone de manifiesto, ese prototipo resulta útil en la construcción de la teoría económica, «bien entendido que es una representación idealizada de lo que en realidad pensamos que ocurre». El problema, en su opinión, es determinar hasta dónde cabe extender ese modelo.

Tal y como puede apreciarse entonces, para los partidarios de la teoría de las expectativas razonables, sería posible utilizar fórmulas matemáticas para predecir cuál puede ser la evolución de cualquier producto para así actuar en consecuencia. Evidentemente, si así fuera, ello confortaría a los mercados, pero el problema es que quizá no quepa aplicar modelos de seguro a productos no asegurables sujetos a un alto grado de incertidumbre, pues, tal y como explicitó Keynes, mientras que el riesgo sí puede resultar calculado, no lo puede ser, en cambio, la incertidumbre, ya que nuestro conocimiento del futuro es limitado y, a menudo, las expectativas son defraudadas (SKIDELSKI, R., «The relevance of Keynes»..., p. 2).

En esa línea, GALBRAITH, J.K. (*La economía del fraude inocente. La verdad de nuestro tiempo*; edit. Crítica, 2004, pp. 3 y ss.) ponía de manifiesto cómo los mercados financieros que creen que fundan sus proyecciones, predicciones y prospecciones en cualificados conocimientos están afectados por un error esencial, pues no tienen en cuenta la influencia en la economía de lo impredecible. He ahí, en su opinión, el fraude.

Por estas razones, no falta quien considere que la crisis actual ha supuesto un duro golpe para las bases teóricas y premisas intelectuales que han venido sosteniendo el mercado financiero (vid. así DE LA DEHESA, G., «Regulación...», p. 2).

# ÍNDICE

## CAPÍTULO I

### DE LA NECESARIA FLEXIBILIZACIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO AL ENDEUDAMIENTO RESPONSABLE

1. La Ley 41/2007 y la flexibilización del mercado hipotecario ..... 7
2. De la crisis de las hipotecas *sub prime* a la crisis de deuda soberana..... 41
3. Endeudamiento responsable y paliativos frente al sobreendeudamiento..... 72

## CAPÍTULO II

### LA POSIBLE REUTILIZACIÓN DEL CAPITAL AMORTIZADO

1. Examen de la oferta comercial de productos hipotecarios «reutilizables» ..... 87
2. Dificultades jurídicas para admitir la reutilización del capital amortizado para generar nuevo crédito. .... 99



### CAPÍTULO III

#### EL ARTÍCULO 4 DE LA LEY 2/94 Y LOS PROBLEMAS DE SU INTERPRETACIÓN

1. La influencia del modelo francés de hipoteca <i>recargable</i> en la redacción del art. 4 de la Ley 2/1994.....	105
2. La dualidad interpretativa del art. 4 de la Ley 2/1994.....	123
3. La accesoriedad de la hipoteca tras la Ley 41/2007.....	128
4. Ampliación de capital: novación modificativa <i>vs</i> acumulación.....	144
5. La <i>ratio</i> del art. 4.3 de la Ley 2/1994 para el mantenimiento del rango: la inexistencia de perjuicio a terceros.....	166
5.1. El presupuesto de la novación modificativa en el art. 4 de la Ley 2/1994 por ampliación de capital.....	166
5.2. La cifra de responsabilidad hipotecaria: función.....	179
5.3. La cifra de responsabilidad hipotecaria y el perjuicio de terceros.....	206
5.4. Delimitación de los terceros a los que eventualmente pudiera perjudicar o no una ampliación del capital asegurado con la hipoteca ya inscrita.....	227

CAPÍTULO IV

CONSTITUCIÓN *AB INITIO* DE UNA HIPOTECA CON  
NATURALEZA RECARGABLE

1. Introducción.....	239
2. El modelo del art. 153 bis LH para las hipotecas recargables o reutilizables .....	243
2.1. Análisis del propósito legislativo.....	243
2.2. La problemática hipoteca del art. 153 bis LH.....	252
2.3. La posible aplicación del art. 114 LH a las hipotecas de máximo del art. 153 bis LH.....	262
3. Hipoteca recargable constituida bajo el molde del art. 153 LH.....	273
4. Hipoteca recargable o reutilizable al margen de los arts. 153 y. 153 bis LH .....	281
BIBLIOGRAFÍA .....	307

