

La reforma hipotecaria: tres ideas para entrar legislativamente en el siglo XXI

Como no es infrecuente en España, el legislador de Derecho privado va con retraso. La Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial¹ está huérfana de trasposición al Derecho español. La demora en este caso no es menor, pues el art. 42.1 de la Directiva 2014/17 establece que “[l]os Estados miembros adoptarán y publicarán, a más tardar el 21 de marzo de 2016, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva”. El Gobierno preparó en marzo de 2017 un borrador de Anteproyecto de Ley que, sin embargo, no se ha convertido aún en Proyecto.

Ya hay entre nosotros tratamientos doctrinales tanto sobre la Directiva² como sobre el borrador de Anteproyecto³, y no es un editorial el lugar para añadir una contribución adicional sobre el contenido de una u otro. Me limitaré a insistir en algunas ideas que me parecen importantes en cuanto a la posibilidad de aprovechar la obligada trasposición para mejorar el funcionamiento del mercado de crédito hipotecario español y también para renovar el modo de aproximarnos a cómo hacemos las leyes.

La primera surge de la convicción (más que evidente para muchos, espero; acaso incomprensible para aquellos, y no son pocos entre nosotros, que profesan concepciones antirrealistas del Derecho) que legislar es dictar normas para el mundo real. No es un empeño de fidelidad intelectual y de una más o menos reticente actualización de una tradición y unos modos de hacer. Tampoco es plasmar en un boletín oficial un recetario imaginario para un mundo virtual. Pensar y aprobar un texto legal sin tener en cuenta el contexto fáctico en el que ha de desplegarse es un pésimo programa legislativo, me parece.

En general, a los juristas no se nos suele escapar la importancia de las dimensiones jurídicas e históricas del contexto. Así, pocos ignorarán, al pensar en la reforma del régimen hipotecario español, la solera de la regulación material -algo menos de la procesal- de la hipoteca. También, la elevada y repetida litigación reciente en materia de hipoteca sobre viviendas, -singularmente en cuanto a las cláusulas suelo y, más recientemente, las cláusulas de gastos- precisamente en ese ámbito en que se entrecruzan el régimen del contrato de hipoteca y el de las condiciones generales en contratos con consumidores.

¹ DOUE núm. 60, de 28 de febrero de 2014.

² DÍAZ ALABART (2015); ALBÍEZ DOHRMANN (2016); ARROYO AMAYUELAS (2017).

³ CARRASCO PERERA (2017); LYCZKOWSKA (2017).

Pero atender al contexto, se debe traducir, ante todo, en mirar a los datos de la realidad. Y los datos acreditan que no todos los países europeos son similares en cuanto a los mercados de vivienda y de crédito hipotecario. España cuenta con singularidades bien marcadas, aunque tampoco se puede decir que todos nuestros rasgos -algunos si- carezcan de parangón en Europa. Por otra parte, nuestra historia reciente en materia inmobiliaria e hipotecaria es una de las más volátiles -por decirlo suavemente- del panorama internacional.

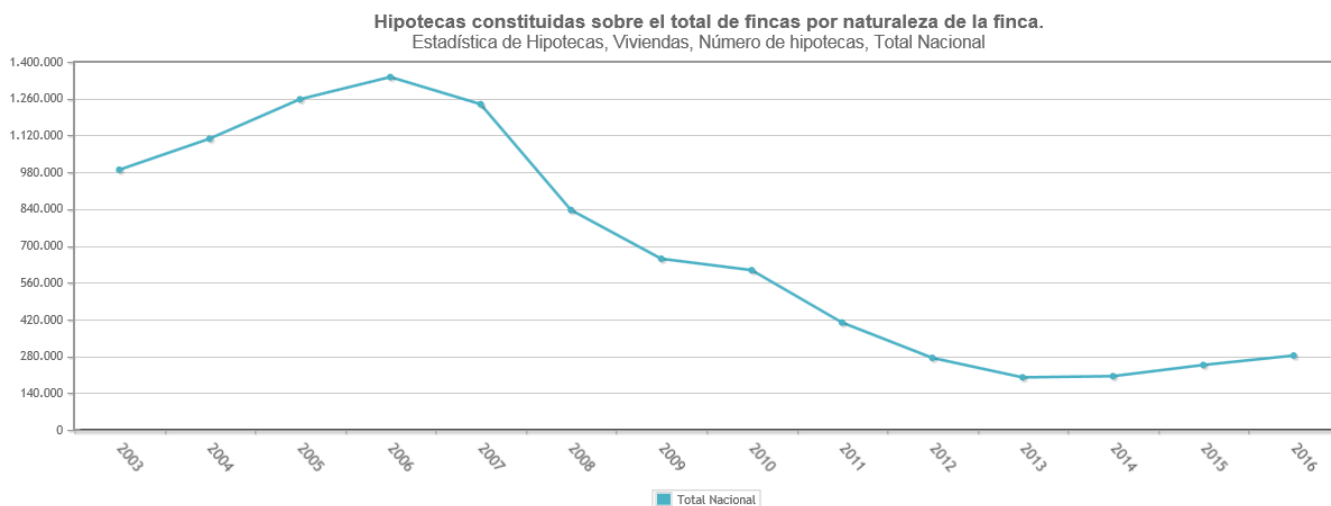
Los datos indican que España es un país en el que gusta ser propietario de vivienda. Mucho más que la media europea. Más de un 77% de los hogares españoles tenían en 2016 su vivienda permanente en propiedad, un porcentaje algo inferior al de antes de la crisis (80,5% en 2005). Esto, además, es cierto no solo para los hogares más pudientes, sino también para los de menores recursos, pues dentro del 20% de hogares más pobres, un -notable en términos comparados- 72% son propietarios de su vivienda habitual. Pero ser propietario no es solo cosa de gusto, también de oportunidad viable de serlo. Hemos contado con un mercado inmobiliario e hipotecario que hace posible satisfacer esa preferencia por la propiedad. Por eso, muchos de esos propietarios (casi un 40%, un porcentaje que, por otro lado, está en la media de la UE) lo son hoy con deuda hipotecaria viva. Todo ello muestra que el mercado de crédito hipotecario es de enorme trascendencia para los hogares en España, y también para el sistema financiero en su conjunto⁴.

Es indudable que la economía española sufrió una burbuja de gran magnitud (también su terrible pinchazo posterior) en materia inmobiliaria y de crédito hipotecario en los años 1998-2007. Más acentuadamente aún, en los primeros años desde la introducción del euro. No fuimos los únicos, pues los Estados Unidos, Irlanda y el Reino Unido también tuvieron expansiones y contracciones importantes. Sus efectos en cuanto a la estabilidad financiera y al crecimiento también fueron muy importantes, acaso más graves aún que en otros lugares⁵.

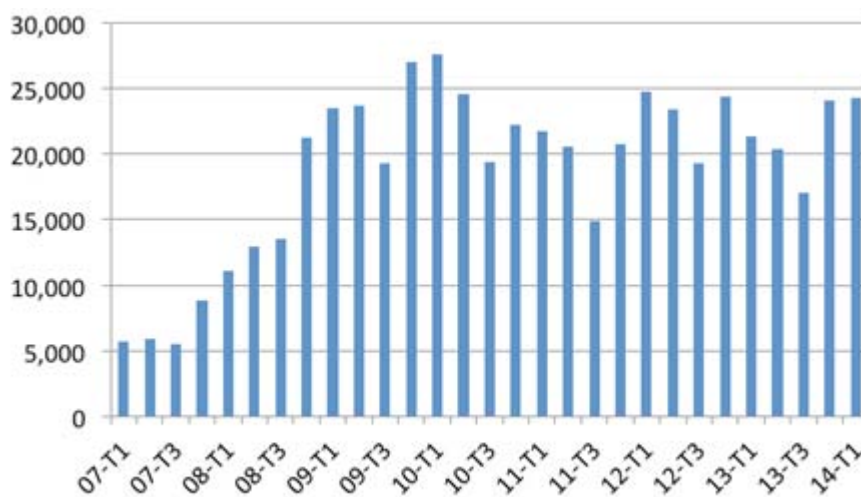
En materia hipotecaria, la evolución de la cifra anual de hipotecas nuevas sobre vivienda en España se recoge en el siguiente gráfico, que hace explícita la explosión en la concesión de hipotecas y la contracción del mercado ya desde los albores de la crisis.

⁴ En cuanto a los niveles de endeudamiento de los hogares españoles en relación con el PIB, estos eran en 2010 relativamente elevados en comparativa europea (un 91%). Esto es, algo inferiores a los del Reino Unido (106%), mucho más reducidos que Dinamarca o los Países Bajos (150 y 130%) respectivamente, pero más de 20 puntos por encima de Francia y Alemania, y casi 40 más que Italia: CECCHETTI, MOHANTY y ZAMPOLLI (2011).

⁵ En el caso español, probablemente, por las serias deficiencias de gobernanza y los graves problemas de captura política en el segmento de las cajas de ahorro: SANTOS (2014).



La crisis supuso un mazazo a la concesión de nuevas hipotecas, pero también produjo un gran impacto sobre los niveles de cumplimiento de los deudores hipotecarios, dando lugar a una elevación muy notable en las ejecuciones hipotecarias. La magnitud de este fenómeno (la crisis de ejecuciones) y la falta de respuesta legislativa, al menos inicial, al problema, son probablemente importantes factores explicativos de la “europeización” de la crisis hipotecaria española, que se tradujo en someter a examen de Derecho UE (algo que no ha ocurrido con otros sistemas hipotecarios europeos) el régimen -material y procesal- español, merced a la iniciativa de jueces españoles que acudieron vía cuestión prejudicial al TJUE para buscar alternativas a lo que percibían como un grave problema social⁶.

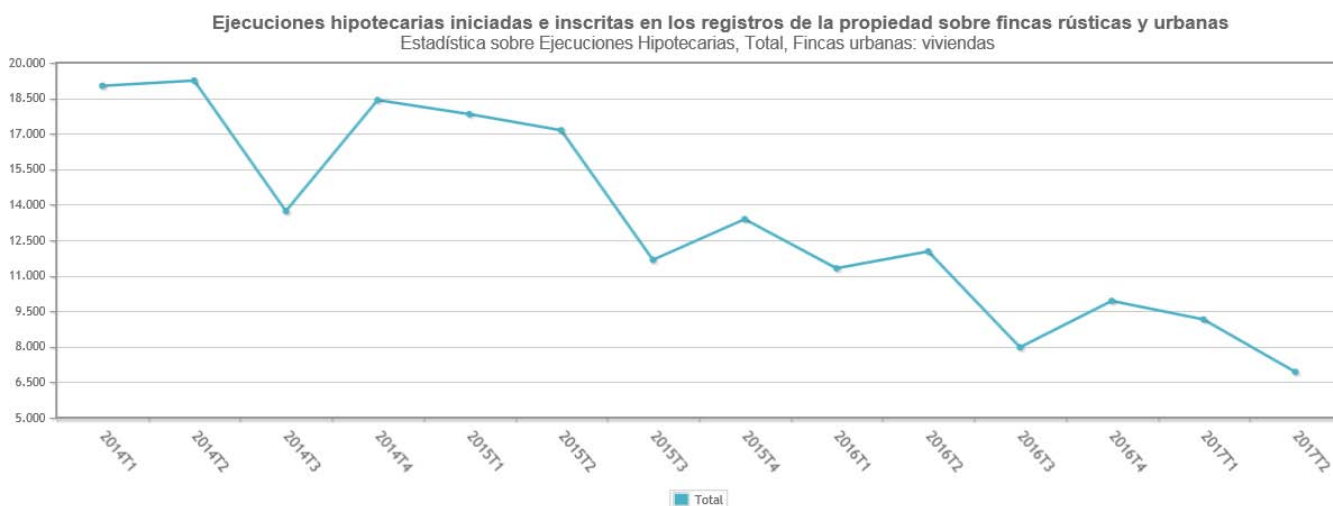


Por fortuna, la mejora de la situación económica, la reducción de tipos de interés que, dada la prevalencia de intereses variables en la cartera hipotecaria española, se ha traducido con relativa rapidez a los pagos mensuales de hipoteca de las familias⁷, y la reducción de los niveles de *negative equity* (deber más por la hipoteca de lo que vale la vivienda hipotecada) motivada por la reducción de los saldos pendientes de las hipotecas vivas y por la reciente recuperación de los

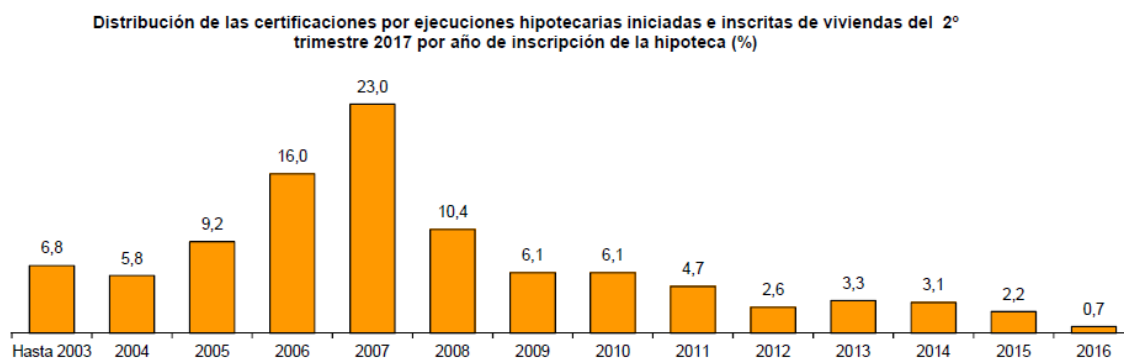
⁶ Véase, GÓMEZ POMAR y LYCZKOWSKA (2015).

⁷ EHRMANN y ZIEGELMEYER (2014).

precios de la vivienda, han contribuido a una notable reducción reciente de las ejecuciones hipotecarias, como muestra el siguiente gráfico.



De hecho, si miramos el origen temporal de las hipotecas que se están ejecutando hoy, nos encontramos con una presencia muy importante (60%) de las hipotecas constituidas en el período 2005-2008, lo cual no es sorprendente. En esos años se concertaron muchísimas hipotecas y, además, dada la burbuja inmobiliaria, la incidencia de *negative equity* en ellas es pronunciada.



Los datos nos indican que ya no estamos en una situación de crisis hipotecaria, aunque sigamos pagando (entre otras, en forma de litigación nada productiva pero socialmente costosa sobre cláusulas suelo y gastos de hipotecas, o de gran aumento de la concentración bancaria) la factura de los años de exuberancia y exceso en la contratación hipotecaria⁸. La reforma hipotecaria no debe entonces abordarse como una legislación de emergencia, pues no la hay ya. La nueva normativa ha de pensarse como la mejor para que la economía y la sociedad española de hoy dispongan de una regulación hipotecaria adecuada al presente, que permita evitar los errores del pasado y no incurrir en otros nuevos, acaso de signo contrario por intentar reparar a destiempo unos hechos que ya son pasado. Antes de legislar, miremos a los datos.

⁸ La relajación y el exceso de riesgo en la contratación de nuevas hipotecas en el período de la burbuja inmobiliaria se documenta empíricamente en AKIN, GARCÍA MONTALVO, GARCÍA VILLAR, PEYDRÓ y RAYA (2014).

La segunda idea tiene que ver con fines y medios. Dada la trascendencia del mercado hipotecario en España, debe extremarse el cuidado en los objetivos perseguidos por la reforma, así como en la búsqueda de los mejores instrumentos normativos para alcanzarlos. En cuanto a los primeros, caben, sin duda, discrepancias en función de preferencias ideológicas y de prioridades en cuanto a políticas públicas. Creo, no obstante, que los tres siguientes pueden, sin pecar en exceso de autoindulgencia, ser compartidos por muchos: i) garantizar el acceso a la vivienda a una parte notable de la población, lo que en buena medida es viable a gran escala solo a través de la disponibilidad de crédito para financiarlo; ii) preservar la estabilidad del sistema financiero y, en particular, evitar la aparición de futuras burbujas inmobiliarias y de crédito; iii) evitar los fallos de mercado, garantizando un correcto funcionamiento del mercado hipotecario, que conlleve la protección adecuada de los consumidores así como la prestación de los servicios crediticios de forma eficiente y competitiva.

Aun cuando se estimen como deseables estos objetivos, elegir cuáles son los mejores medios jurídicos y regulatorios para alcanzarlos dista de ser cuestión menor. Me interesa subrayar especialmente que no podemos (no debemos, sería más correcto) confiarlo todo a la ley hipotecaria, la ley de enjuiciamiento civil y la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. Si nos limitamos a estos instrumentos no podremos satisfacer nuestros objetivos en cuanto al mercado hipotecario. Solo con ellos no seremos capaces de avanzar en el logro de todos los fines de la reforma.

Por ejemplo, como ya se ha mencionado, los años de la burbuja inmobiliaria y crediticia se vieron aquejados por deficiencias de nota en la evaluación de riesgos en relación con los solicitantes de crédito. No fuimos los únicos en padecer este problema, de ahí que la Directiva 2014/17 insista para toda la UE en la obligación de los prestamistas de evaluar la solvencia de los demandantes de crédito hipotecario (art. 18). Pero si fiamos estas medidas solo o fundamentalmente a la LH y a la LEC, probablemente no lo haremos bien. Si el peso de implementar el deber de solvencia recae sobre los tribunales civiles, singularmente en el seno de los procesos de ejecución hipotecaria, permitiendo que los deudores ejecutados aleguen problemas con su evaluación de solvencia (lo cual, en ese momento y lugar, parecerá verse confirmado por el impago: un caso de sesgo retrospectivo de manual), la ejecución hipotecaria será, con toda probabilidad, más larga e incierta, y no podrá centrarse en lo que de veras ha de perseguir, esto es, maximizar el valor ex post de la vivienda objeto de la garantía (maximización del valor que redundará en beneficio de prestamistas y prestatarios, tanto ex ante como ex post).

Y contamos con buena evidencia empírica que indica que alargar o entorpecer las ejecuciones hipotecarias tiene un efecto claro -malo, naturalmente- sobre el “coste” y la “accesibilidad” al crédito hipotecario, especialmente de los demandantes de crédito más jóvenes y con menor renta⁹. De manera que acaso mejoremos la evaluación de la solvencia -y con ello reduciremos el sobreendeudamiento y las burbujas inmobiliarias y crediticias- pero si empeoramos el funcionamiento de la ejecución hipotecaria, estaremos cumpliendo el objetivo ii) de los enunciados antes, pero al precio de sacrificar el objetivo i). Merece la pena ampliar el horizonte visual en cuanto a las herramientas regulatorias y pensar también en el papel de la regulación

prudencial bancaria, y en el papel de agencias especializadas en el ámbito financiero al consumo, algo a lo que no somos muy dados en España, pues nos hemos caracterizado esencialmente por el tradicionalismo en este como en tantos otros ámbitos del Derecho.

La tercera idea se refiere al uso del conocimiento disponible. Dado el papel del crédito hipotecario en la gestación de la crisis financiera en distintos países (USA, singularmente), la atención que ha recibido el mercado hipotecario en la literatura de finanzas y de economía en los últimos años ha sido enorme. Hoy sabemos mucho más que hace 10 años, teórica y empíricamente, sobre el crédito hipotecario. No lo sabemos todo, naturalmente. Hay desacuerdos razonables acerca del papel (decisivo para algunos, menos relevante para otros) de la expansión del crédito entre personas de rentas bajas en el proceso de la burbuja crediticia, o de la trascendencia de la introducción de productos hipotecarios más apalancados en el crecimiento del endeudamiento familiar. Pero lo cierto es que hoy podemos reformar nuestro mercado hipotecario aprovechando (;gratis!) el conocimiento generado por la investigación académica en la materia. Sería irresponsable desecharlo y continuar fiando las decisiones legislativas a la intuición, los buenos deseos y la formación tradicional de aquellos juristas que nutren los órganos prelegislativos en España (los ministerios, las consejerías autonómicas).

Es una buena ocasión, creo, para cambiar de rumbo, abandonar el camino trillado y optar por abordar una reforma legislativa tan trascendente armados con el conocimiento del siglo XXI, no anclados en las tradiciones del siglo XIX.

Fernando Gómez Pomar

⁹ BOVER, CASADO, COSTA, DU CAJU, MCCARTHY, SIERMINSKA, TZAMOURANI, VILLANUEVA y ZAVADIL (2016).

Referencias

AKIN, Ozlem; GARCÍA MONTALVO, José; GARCÍA VILLAR, Jaume; PEYDRÓ, José-Luis; RAYA, Josep Maria, “The real estate and credit bubble: evidence from Spain”, *SERIEs* (2014): 223-243.

ALBÍEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, “Opciones legales para la transposición pendiente de la Directiva 2014/17/UE y cuestiones concretas de los contratos de crédito para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial”, *Revista de Derecho Privado*, (2016): 3-72

ARROYO AMAYUELAS, Esther, “La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial”, *InDret*, 2/2017 (2017): 1-44.

BOVER, Olympia; CASADO, Jose Maria; COSTA, Sonia; DU CAJU, Philip; MCCARTHY, Yvonne; SIERMINSKA, Eva; TZAMOURANI, Panagiota; VILLANUEVA, Ernesto; ZAVADIL, Tibor, “The Distribution of Debt Across Euro Area Countries: The Role of Individual Characteristics, Institutions and Credit Conditions”, *International Journal of Central Banking* (2016): 71-128.

CARRASCO PERERA, Ángel, “Examen y crítica del Anteproyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario”, *Análisis GA&P* (2017): 1-7.

CECCHETTI, Stephen; MOHANTY, M. S.; ZAMPOLLI, Fabrizio, “The real effects of debt”, Bank of International Settlements Working Paper No. 352 (2011): 1-34.

DÍAZ ALABART, Silvia (Dir.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, Reus (2015).

EHRMANN, Michael; ZIEGELMEYER, Michael, “Household Risk Management and Actual Mortgage Choice in the Euro Area”, Working Paper Series, European Central Bank, No. 1631 (2014).

GÓMEZ POMAR, Fernando; LYCZKOWSKA, Karolina, “Preliminary References on Consumer Law from Spanish Courts: A Law and Economics Perspective”, en Heiderhoff/Schulze (eds.), *Verbraucherrecht und Verbraucherverhalten*, Sellier (2015): 153-187.

LYCZKOWSKA, Karolina, “El Anteproyecto de la Ley Reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2017): 232-240.

SANTOS, TANO, “*Antes del Diluvio: The Spanish Banking System in the First Decade of the Euro*”, Columbia Business School Working Paper (2014): 1-57.