

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 407 bis
08008 Barcelona
Tel: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel: (34) 986 44 33 80

LAS PALMAS

Buenos Aires, 8
35002 Las Palmas
Tel: (34) 928 38 38 36

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel: (32) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC4R 1QS - Londres
28046 Madrid
Tel: (34) 91 582 91 00

MAYO 2009

EL NUEVO REGLAMENTO DEL DERECHO DEL MERCADO HIPOTECARIO

Ángel Carrasco

Catedrático de Derecho Civil y consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

En desarrollo de la reforma legal del mercado hipotecario llevada a cabo por la Ley 41/2007, y aprovechando esta ocasión para actualizar la regulación contenida en el RD 685/1982, se ha publicado en el BOE de 2 de mayo el RD 716/2009, de 24 de abril, de desarrollo parcial de la Ley del mercado hipotecario (Ley 2/1981, en la redacción actualizada por la Ley 41/2007). En esta nota se dan cuenta de los extremos más de esta norma reglamentaria más específicos del mercado hipotecario, algunos de los cuales ya estaban anticipados en la reforma legal 41/2007.

Entidades habilitadas

1. **Sucursales.** Las sucursales en España de entidades de crédito autorizadas en otro Estado miembro de la UE pueden emitir participaciones hipotecarias que tengan por objeto préstamos y créditos concedidos por ellas y garantizados con hipotecas sobre inmuebles sitos en España.

2. **Hipotecas en la UE.** Respecto de las hipotecas concedidas por entidades españolas en otros países de la UE, y para ser consideradas equivalentes al régimen de garantía nacional y puedan formar parte de la cartera de garantía de los títulos emitidos, su elegibilidad depende de que a juicio del Banco de España estas garantías sean de naturaleza y características equivalentes a las previstas para las hipotecas internas. Los factores para apreciar esta equivalencia se establecen en el art. 6.2. Con todo, en ningún caso estos préstamos podrán ser objeto de participaciones hipotecarias.

3. **Autonegociación.** Las entidades emisoras podrán negociar sus propios títulos hipotecarios, comprarlos, venderlos y pignorarlos para regular el adecuado funcionamiento de su

liquidez y cotización en el mercado y para restablecer la proporción a que se refiere el art. 25. También podrán mantener en cartera títulos hipotecarios propios que, en el caso de emisiones cuya distribución se haya realizado entre el público en general, no podrá exceder del 50% de cada emisión. Cuando la entidad realice adquisiciones con este propósito deberá informar al mercado, con carácter previo, de las compras que prevean realizar, información que será considerada relevante a efectos del art. 82 LMV.

4. **Insiders.** Los consejeros y directivos de las entidades no podrán obtener créditos ni préstamos sometidos a la regulación del mercado hipotecario salvo en condiciones de mercado y previo acuerdo del consejo de administración, en el que no podrá participar el interesado. Igualmente, los titulares de una participación superior al 5% de las entidades emisoras tampoco podrán obtener créditos o préstamos hipotecarios sujetos a la LMH, sin el requisito anterior.

Operaciones activas

5. **Facultades de la entidad acreedora.** Es importante la novedad que supone el vigente art. 4.4 frente a la regulación anterior. Las entidades titulares de los créditos y préstamos garantizados siguen sin poder "condonar" los créditos, pero ha desaparecido la prohibición de "novar" el crédito garantizado o de "prorrogarlo", siempre que estas novaciones no disminuyan el rango, eficacia jurídica o valor económico de la hipoteca. Por lo demás, no hay ninguna norma que se corresponda con el art. 63.4 del Reglamento de 1982, que prohibía la cesión por la entidad del crédito participado sin el consentimiento de los partícipes, y establecía un procedimiento para obtener el

consentimiento presunto. No puede adivinarse si se suprime la norma por considerarla obvia (pero no tanto: la subrogación de la Ley 1994 es una cesión) o si se suprime de hecho la prohibición, permitiendo a las entidades emisoras de participaciones o certificados que cedan los créditos con la "carga" de la participación o del certificado.

6. Finalidad del crédito. Se suprime el requisito de la "finalidad" de los préstamos y créditos hipotecarios (art. 24 Reglamento de 1982), para servir de base a la emisión de bonos y cédulas, superando una restricción reglamentaria anterior que no se hallaba cubierta en la Ley 2/1981 en su versión vigente.

7. Inmuebles. Entre los inmuebles admisibles para servir de cobertura se admiten ahora los derechos de superficie cuya duración sea superior a 20 años, contada a partir de la fecha prevista para el final del plazo de amortización del préstamo o crédito hipotecario.

8. Alcance de la reglamentación. Queda claro que los límites y requisitos que se establecen – para servir de cobertura a las emisiones de bonos, de ser objeto de participaciones o de servir para el cálculo del límite de emisión de las cédulas- no tienen más aplicación que la de servir de criterios para la condición de elegibilidad de los créditos hipotecarios que hayan de servir de subyacente a la emisión de títulos hipotecarios, y no tiene otra función. No constituyen una regulación general de la hipoteca ni de los créditos hipotecarios.

9. Posposición de rango. Respecto de los bonos, si no se hubiese constituido el Sindicato de Tenedores de Bonos, y la entidad acreedora pretendiera posponer el rango de las hipotecas afectas al pago de los bonos, el acuerdo de emisión de los bonos determinará la forma en, que llegado el caso, el emisor recabará el consentimiento de los tenedores, y este sistema deberá garantizar la identificación de los tenedores y la seguridad de las comunicaciones. Para entender concedido el consentimiento, se requiere una mayoría absoluta entre, por lo menos, una tercera parte de los tenedores.

10. Ratio crédito/valor de tasación. Se endurece la relación entre crédito y valor de tasación en los créditos hipotecarios no residenciales, pasando del 70 al 60% del valor de tasación. Se endurecen también las condiciones en que podrán resultar elegibles los préstamos o créditos garantizados sobre edificios en construcción o sobre fincas que formen parte de estos edificios: el límite computable vendrá determinado por la suma del 50% del valor de tasación del solar y el 50% del valor de las obras realizadas, excluida la repercusión del solar. Los créditos hipotecarios sobre terrenos en los que, de acuerdo con la legislación urbanística, sea posible edificar sólo serán elegibles con el límite computable del 50% del valor de tasación. Si el crédito hipotecario recae sobre un derecho de superficie, sólo será elegible cuando la edificación haya sido realizada dentro del plazo previsto en el título constitutivo del derecho, conforme a la legislación urbanística.

11. Garantías personales del déficit de cobertura (i). Las entidades financieras pueden utilizar avales bancarios (emitidos por entidad distinta de la acreedora y que no forme parte de su grupo en el sentido del art. 42 CCom) o seguros de crédito como una garantía adicional para aumentar la ratio crédito/valor de tasación hasta el 95% de éste en los créditos y préstamos residenciales. La cuantía de la elevación del 80 al 95% dependerá de la fortaleza jurídica de la garantía y de la calidad crediticia del garante. El coste de este aval o seguro no podrá recaer sobre el deudor hipotecario. La entidad de crédito avalista deberá tener una calificación crediticia mínima para exposiciones a largo plazo de A1, A+ o asimilada de una agencia de calificación de riesgos reconocida por el Banco de España. Si se trata de un seguro, bastará que disponga de la autorización administrativa

12. Garantías personales del déficit de cobertura (ii). Las garantías personales emitidas para cubrir el diferencial de la ratio explicada deben ser directas (es decir, no deben contener obligaciones de pago a favor de terceros distintos de la entidad hipotecaria) y tienen que cubrir al menos el importe del crédito que exceda del 80% del valor de tasación.

El acuerdo de garantía no contendrá ninguna cláusula "cuyo cumplimiento escape al control directo del acreedor" y que permita al garante cancelar unilateralmente la garantía, incrementar el coste efectivo de la misma como resultado del deterioro de la calidad crediticia del préstamo o crédito o reducir el vencimiento de la garantía. El pago por el garante no podrá estar supeditado a que la entidad hipotecaria obtenga una resolución judicial.

13. Desmerecimiento. En cuanto al régimen de la ampliación de la hipoteca como consecuencia del desmerecimiento del valor del inmueble, ahora se establece que dicha ampliación se subordina a que, si se trata de deudor persona física, la pérdida de valor se mantenga durante el plazo del año a contar desde el momento en que la entidad acreedora haya hecho constar el desmerecimiento en el registro contable regulado en el art. 21 del RD. Nada se regula en concreto sobre la necesidad de nuevas tasaciones ni sobre el coste de las mismas, al menos en las hipotecas residenciales.

Operaciones pasivas

14. Propósito. Se pretende reforzar la seguridad para el inversor en títulos hipotecarios y permitir mayor flexibilidad a las entidades de crédito para diseñar las condiciones de la emisión de los títulos.

15. Límites. El valor actualizado de los bonos hipotecarios (determinado conforme al art. 23.1) deberá ser inferior al menos en un 2% al valor actualizado de los préstamos y créditos hipotecarios afectos a la emisión. El volumen total de las cédulas hipotecarias emitidas por una entidad no podrá superar el 80% de una base de cómputo formada por la suma de capitales no amortizados de todos los préstamos y créditos hipotecarios elegibles de la cartera. Se computarán como tales préstamos o créditos los capitales de las participaciones hipotecarias adquiridas por la entidad que se mantengan en su cartera y resulten elegibles. Se han ampliado las actuaciones posibles cuando se han superado los límites de emisión de cédulas

y bonos (art. 25): suscripción de avales o seguros y afectación de activos de sustitución. Por cierto- más allá de la Ley- el Reglamento establece ahora que los activos de sustitución deberán vincularse a una determinada emisión de cédulas, siendo así que respecto de las hipotecas no existe vinculación específica entre hipotecas singulares y cédulas.

16. Condiciones financieras y trámites. Se reconoce la libertad de establecimiento de las condiciones financieras de los títulos del mercado hipotecario, frente a las restricciones del Reglamento de 1982. Se eliminan anteriores trabas financieras a la emisión, como la obligación de publicar en el BOE las emisiones o la necesidad de realizar notas al margen en el Registro de la Propiedad para afectar préstamos y créditos hipotecarios a las emisiones de bonos.

17. Participaciones. En cuanto a las participaciones hipotecarias, queda claro ahora que con ellas se produce una verdadera cesión de la parte del crédito que se participe, y la entidad cedente traslada la totalidad del riesgo del crédito que se cede. Para que la porción participada no se compute como activo de riesgo de la entidad será preciso que la participación se realice por la totalidad del plazo restante hasta el vencimiento del contrato y que no haya pacto de recompra. El emisor no podrá asumir responsabilidad alguna en garantizar directa o indirectamente el buen fin de la operación, ni hacer pagos o anticipar fondos antes de haberlos recibido del deudor hipotecario. No se pueden emitir participaciones sobre la parte no dispuesta de créditos o préstamos hipotecarios. Además, se aclara que cada título de participación representa una participación en un crédito particular, no en un grupo de créditos. El nuevo Reglamento aclara también algún extremo relativo a la legitimación subrogatoria del partícipe para instar o reanudar el procedimiento de ejecución hipotecaria y exige que la transmisión del título se realice en escritura pública, y se tome nota en el Registro de la Propiedad, cuando la suscripción y tenencia de participaciones no esté limitada a inversores profesionales.

18. **Registro contable.** Se desarrolla el registro contable especial de préstamos y créditos hipotecarios y activos de sustitución que respaldan las cédulas y bonos hipotecarios, así como de los instrumentos financieros derivados vinculados a ellos. La actualización de este registro será continua, sin que ello implique una retasación continua de los inmuebles.

19. **Certificados de transmisión de hipoteca.** Estos "pseudotítulos" fueron reconocidos o creados por la DA 5ª de la Ley 3/1994, y se configuran como una cesión de crédito, similar a las participaciones, pero que no tienen garantizada una calidad mínima. Sólo se podrán emitir para su colocación entre inversores profesionales en el sentido del art. 78bis.3 LMV o para su agrupación en fondos de titulización de activos. No se admitirán certificados de transmisión de hipoteca en los préstamos y créditos que resulten elegibles en el sentido de la LHM, ni podrán hacerse participar a terceros mediante estos certificados en los créditos y préstamos hipotecarios garantizados con hipoteca sobre inmuebles situados en otros países de la UE.