

0. Presentación

El desarrollo económico español de los últimos años ha ido estrechamente ligado al impulso de la compra de vivienda como principal régimen de tenencia. Así, con escaso control público se agilizó la concesión de créditos y las entidades financieras llegaron a financiar hasta el 100% del valor de las nuevas viviendas. Si a esta situación se le añade la casi inexistencia de viviendas de alquiler se entiende porqué gran parte de la población tuvo que aceptar el sobreendeudamiento como única forma de acceder a un bien de primera necesidad.

Con el estallido de la crisis y el aumento del paro, en la actualidad miles de familias no pueden hacer frente al pago de sus cuotas hipotecarias. Según el Consejo General del Poder Judicial, en 2009 los procesos por ejecución hipotecaria superarán los 100.000, pudiendo sumar otros 121.000 en 2010. Además, debido a que la garantía de los créditos hipotecarios son unas viviendas que hoy han perdido valor, las miles de familias que en los próximos meses perderán sus casas sufrirán también el embargo de sus nóminas para cubrir la deuda restante.

A diferencia de otros países europeos como Alemania, con un sistema de condonación de la deuda pendiente, o de la “nueva oportunidad” que ofrece la ley de bancarrota del derecho anglosajón, en el estado español se da un auténtico maltrato jurídico a las familias en situación de insolvencia, dado que un proyecto empresarial puede liquidar sus deudas y empezar de cero, mientras que una familia hipotecada no.

Para abordar esta problemática, el 22 de junio, el Observatori DESC, con el apoyo del Departamento de Vivienda de la Generalitat de Catalunya y del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, organizó unas jornadas orientadas a conocer cuáles son las posibilidades y los límites de las actuales estrategias jurídicas para hacer frente a la insolvencia familiar. En esta publicación se recogen las ponencias presentadas y se añade un documento de síntesis elaborado por el Observatori.

El primer texto, de Amaya Olivas Díaz, jueza de primera instancia en Barcelona, y colaboradora del Observatori, presenta a grandes rasgos el fenómeno de la insolvencia familiar y en concreto el papel de la labor judicial en la resolución de esta problemática. Así, señala como principal cometido de los jueces garantizar los derechos fundamentales de todas personas – civiles, políticos, económicos, sociales y culturales – y en especial de las personas en situación de vulnerabilidad. Para superar las limitaciones de una actuación judicial supeditada a una concepción legalista se proponen 3 premisas: conocimiento de la realidad social; conocimiento de la legislación más garantista y; conocimiento de posibles alternativas tanto legales como sociales.

El segundo documento está elaborado por Santiago Pérez Beltrán, responsable de la Plataforma Hipotecaria y asesoría jurídica de ADICAE (Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Bancos). En él se expone la problemática del sobreendeudamiento, y en particular la “crisis hipotecaria” de las familias españolas. Se mencionan tanto los métodos a través de los cuales bancos y cajas de ahorro han propiciado la actual crisis, como las limitaciones de la legislación hipotecaria, además de las medidas adoptadas por el Gobierno para atender la situación. Finalmente, se recogen propuestas contra la insolvencia y en materia hipotecaria.

Guillem Soler, magistrado de primera instancia en Sabadell, por su parte, reflexiona sobre los posibles visos de inconstitucionalidad del proceso de ejecución hipotecaria. En concreto, el magistrado considera que la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) supone una limitación extraordinaria al derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho a la vivienda para las personas en proceso de ejecución hipotecaria. Entre otros aspectos, y especialmente en la actual crisis económica, el autor reivindica la necesidad de que los tribunales puedan examinar las condiciones concretas en que se ha producido el impago, además de intervenir en la extensión de la ejecución de la deuda hipotecaria a todos los bienes del deudor presentes y futuros.

La cuarta ponencia, elaborada por José María Fernández Seijó, magistrado mercantil en Barcelona, aborda los límites de la Ley Concursal para abordar la insolvencia familiar. Al respecto de esta Ley expone su escasa utilidad para personas físicas en general, y en concreto para las familias en proceso de ejecución hipotecaria. El texto aborda con especial detenimiento las limitaciones de la Ley Concursal para abordar la problemática del sobreendeudamiento de matrimonios y parejas de hecho. Ante estas deficiencias, y hasta que no se aborde una reforma en profundidad de la normativa, Fernández Seijó apunta la necesidad de acudir al derecho de familia, y a la normativa en defensa de los consumidores.

Rafa Mayoral abogado de la cooperativa Kinema de Madrid, narra la experiencia de asesoría jurídica a personas con hipotecas impagables. Concretamente, esta asesoría se produce en el marco de un convenio de colaboración con la Coordinadora Nacional de Ecuatorianos en España (CONADE). El documento recoge también las principales reivindicaciones del colectivo de ecuatorianos en España. Entre ellas destaca la propuesta de realizar una auditoría hipotecaria que dé cuenta de cómo se llegó a la actual situación de emergencia social, y permita la asunción de responsabilidades.

Finalmente, Vanesa Valiño, Directora del Observatori, a modo de resumen aborda la problemática de la “crisis hipotecaria”. Para ello se recogen por un lado, las principales carencias del tratamiento del proceso de ejecución hipotecaria por parte de la legislación española. Por otro, las respuestas institucionales – estatales, autonómicas y judiciales - y las que se impulsan desde la sociedad civil a través de las asociaciones de personas afectadas.

1. Introducción: la labor judicial en los procesos de ejecución hipotecaria

Amaya Olivas Díaz

Jueza de primera instancia de Barcelona, colaboradora del Observatori DESC

La recesión de los años 80 transformó a la clase obrera en pobres con trabajo, conforme los empleos manufacturados huían al tercer mundo, obligando a los trabajadores a recurrir al sector servicios y de comercio minorista de bajos salarios. La actual recesión empuja a los pobres con empleo a un escalón más abajo, de trabajos mal pagados y viviendas inadecuadas, a empleos erráticos, dejándoles con sueldos bajos y sin vivienda alguna. La gente acomodada se ha imaginado durante mucho tiempo que la pobreza norteamericana es bastante más lujosa que la que se registra en el Tercer Mundo, pero las diferencias se están reduciendo rápidamente...¹

Las Jornadas que hoy se celebran en el Colegio de Abogados de Barcelona son el resultado de un trabajo conjunto entre asociaciones y colectivos de personas que, desde la sociedad civil, han venido denunciando la grave situación en la que se encuentran miles de familias como consecuencia del drama de las ejecuciones hipotecarias y la situación de sobreendeudamiento.

En consecuencia, la razón de ser de este encuentro es la reflexión crítica que aspira a profundizar en los motivos que han llevado a esta situación: determinados derechos sociales tan importantes como el derecho a la vivienda y, por extensión, el derecho a la ciudad, han sido gravemente afectados. Tras la reflexión que esta grave situación origina con una frecuencia creciente, procede la obligada búsqueda de posibles alternativas que puedan restaurar estos derechos o, al menos, mitigar las graves consecuencias derivadas para sus titulares en su situación de marginación y vulnerabilidad.

El trabajo que se propone no puede ser unilateral, es decir, no puede proceder solamente de un colectivo social o profesional ni debe tener una finalidad afectada a los requerimientos de un sector determinado. Por el contrario, habida cuenta de que la fragmentación es una de las notas características de un mundo escindido, que no dispone de una política capaz de atravesar sus dimensiones comunes y, en consecuencia, de establecer sus referencias y sus

¹ EHRENREICH, B. *Demasiado pobres para salir en las noticias*. 21 de junio del 2009. Disponible en <http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=2655>

prioridades, nuestro intento aspira a sumar esfuerzos que alcancen expresiones colectivas . Ésta es, por cierto, una de las paradojas políticas esenciales más apremiantes de nuestra época, ya que en nuestra celebrada “era de la comunicación”, *las luchas han llegado a ser casi incomunicables*². En consecuencia, se trata de producir alianzas entre redes y personas de distinta procedencia, que sean capaces de poner sus *saberes* y técnicas al servicio de *lo común*, y, de esta forma, contribuir a impulsar transformaciones sustanciales en el actual estado de cosas, así como frenar, en la medida de lo posible, situaciones de injusticia manifiesta.

Por todo lo apuntado y, si se atiende a los participantes de la mesa redonda, el programa refleja esa riqueza. Es cierto, sin embargo, que los juristas tienen en esta sesión un papel significativo, que se deriva de nuestra responsabilidad en este ámbito. Efectivamente, resulta importante reiterar, en concreto, la importancia de la labor judicial en la medida en que su principal obligación reside en garantizar los derechos fundamentales y sociales de las personas, y con especial incidencia, atender a la población más vulnerable y propicia a una titularidad más ficticia que efectiva, y a un débil ejercicio de estos derechos.

Se trata de insistir en remover los obstáculos que reiteradamente impiden el cumplimiento de una premisa básica para todo jurista: hacer de los derechos *la ley del más débil*³, y recordar que, junto al parámetro de la legalidad, como vinculación técnica ineludible, debe insistirse en el de legitimidad, de forma que, junto a la norma positiva, deben ser de igual aplicación los principios y valores esenciales del ordenamiento jurídico plasmados en la Constitución española: igualdad, libertad, justicia y pluralismo político.

La remoción pasa también por dejar de asfixiar las *prácticas jurídicas alternativas*; aquellas prácticas que nos recuerdan que los derechos sociales son el fruto de conquistas sociales a las que precedieron luchas durísimas; también, que el verdadero contenido de las categorías jurídicas concretas viene marcado por diversos requerimientos económicos productivos, y que, en demasiadas ocasiones, la ideología hegemónica en el mundo de los juristas contribuye con frecuencia a confundir la dimensión normativa con la empírica: “para el dogmático del derecho la validez (“ideal”) de la norma jurídica es el *prius* conceptual”, sin embargo, el orden jurídico ideal de la teoría jurídica nada tiene que ver *directamente* con el cosmos del actuar económico real; éste se manifiesta como validez empírica: un complejo de motivaciones efectivas del actuar humano real. Aquí aparece el orden económico como “la distribución del poder de disposición efectivo sobre bienes y servicios...”⁴.

Efectivamente, y al hilo de los evidentes factores apuntados, ¿se puede hablar de verdadera igualdad entre las partes que negocian un contrato obviando la tremenda asimetría que puede

² Hardt/Negri, *Imperio*, cit., 65.

³ Ferrajoli, L. L. (1999), *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. (Trotta). Madrid

⁴ Weber. “Orden jurídico y Orden económico”, en “Economía y Sociedad”, cit., vol.I, págs. 255 y ss.

darse entre ambas? En los préstamos con garantía hipotecaria se han incluido frecuentemente cláusulas impuestas unilateralmente por la entidad bancaria e intereses moratorios abusivos. Contratos rutinizados, determinados por la urgencia de los prestatarios para contar con recursos económicos mínimos para poder disponer de una vivienda; en consecuencia, contratos caracterizados por la ausencia de información básica y la falta de transparencia. Los juristas no pueden obviar la desigualdad y la intensa violencia, no siempre explícita, que se encierra en estas situaciones. Pretender esgrimir la libertad contractual obviando la situación de predominio de una de las partes sobre la otra equivale a hacer de la legalidad formal un instrumento para encubrir situaciones de arbitrariedad y abuso de derecho. Y no se puede omitir que los “*derechos iguales*” al recorrer el orden real de la desigualdad, se manifiestan como derechos con efectos y garantías completamente desiguales. El derecho y los derechos adquieren, más allá de su lingüística, la materia desigual que les presta la geografía social que recorren. Sin embargo, es extremadamente importante tener en cuenta la lingüística en la que se expresan los derechos y la comunicación de la misma estructurada como producción social de subjetividad.⁵

Ante situaciones de crisis económica como la actual, los derechos sociales, siempre en riesgo de ser atacados, ven peligrar aun más su frágil existencia. Precisamente por ello, deben ser reivindicadas con fuerza las teorías garantistas, que inciden en superar las estrechas visiones del principio dispositivo en el ámbito de la justicia civil, y, frente a ellas, promueven y justifican la aplicación de las garantías constitucionales que también deben regir este campo, como las de totalidad y efectividad. Así, y citando a Taruffo, hay que *empeñarse en que la decisión sea lo más justa posible, sustancialmente*.

¿Cómo hacer efectiva esta búsqueda de la justicia? ¿Es posible garantizar de forma auténtica derechos fundamentales y sociales con las limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico positivo existente? Se puede percibir, en efecto, la existencia de un sentimiento de impotencia y frustración, común a muchos juristas sensibles, ante la obligación de atenerse a una normativa que, como la que regula la ejecución hipotecaria, es a todas luces insuficiente para estudiar una realidad en la que se esconden multitud de factores de difícil visibilidad. Resolver esta situación conforme a los principios de igualdad y justicia, exige la instrumentación de formas complejas alejadas de los procedimientos lineales, simples y violentos, que acarrearán resultados injustos.

⁵ Los derechos se activan en los procedimientos como derechos subjetivos del individuo y funcionan en relación con el mercado y con los recorridos que el mismo facilita o posibilita a la forma política; el referente ideológico es *el individuo*, y así su distribución se hace en función de los poderes que funcionan fragmentados pero en interacción constante y continua a los mecanismos de producción y distribución. Así, la ideología de los derechos funciona de forma explícita con la determinación fundamental de su individualidad, - esta es la expresión económica tardía de la desvaída alegoría de la “libertad negativa” que garantiza el sagrado recinto del individuo propietario y su omnipotente “*autonomía de la voluntad*”.

En función de lo apuntado se intenta esbozar a continuación una propuesta de pauta en la actuación jurisdiccional, máxime en coyunturas críticas como la actual. Esta propuesta estaría sustentada en las siguientes premisas:

1. Conocimiento de la realidad social de cara a la interpretación normativa
2. Conocimiento de la legislación aplicable efectuando un examen crítico al respecto
3. Conocimiento de posibles alternativas, tanto legales, como sociales

1. Conocimiento de la realidad social para una interpretación normativa fundamentada y rigurosa

Las miles de familias expuestas en la actualidad al riesgo de perder su vivienda, así como las que ya la han perdido, la gigantesca tasa de sobreendeudamiento familiar, la grave afectación, originada por la pérdida del empleo y de poder adquisitivo, en los segmentos mas débiles de la población (migrante, trabajadora, precaria), así como los factores que han influido en esta situación, implican que se deba hablar de una auténtica *crisis urbana*⁶. Efectivamente, llama la atención el paralelismo, a grandes rasgos, entre la situación actual y la vivida por EEUU en el contexto de la crisis de las hipotecas *subprime*, atendiendo a los datos expuestos en los estudios de D. Harvey⁷.

De estos datos destacan dos que aparecen como especialmente significativos: En el año 2007, dos millones de ciudadanos perdieron su hogar, mientras que Wall Street declaró haber ganado 32.000 millones de dólares. Por otro lado, tal como sugiere Harvey “el mapa de las ejecuciones hipotecarias”, es decir, la ubicación de las zonas más afectadas, coincide con los lugares habitados por población de bajos ingresos, mayormente afroamericanos. De ahí que Harvey se refiera al respecto como uno de los mayores expolios cometidos sobre la población afroamericana.

Los jueces, como espectadores privilegiados de la realidad, podrían llegar a reproducir mapas de ejecuciones hipotecarias, y constatar cómo también se reproducen en estos procedimientos los parámetros apuntados: personas que han perdido sus empleos, inmigrantes que son expulsados del mercado de trabajo, familias sin recursos económicos para afrontar deudas pendientes, etc. Ante esta situación, las medidas gubernamentales adoptadas hasta el momento reproducen sustancialmente las estrategias emprendidas en EEUU y la

⁶ Harvey, D. *El derecho a la vivienda y a la ciudad en el marco de la crisis: un debate pendiente*. Conferencia presentada en Barcelona. Jornadas organizadas por el DESC. 10 de octubre del 2008

⁷ Ídem.

mayoría de los países del entorno europeo: apoyo sin fisuras a las entidades financieras y subordinación de los intereses públicos a los intereses privados⁸.

También son semejantes los antecedentes: crecimiento capitalista desenfadado que utiliza la urbanización de forma acentuada para primar los aspectos más destructivos de la valorización: altísimas tasas de beneficios obtenidos en plazos cortísimos con gravísimos costes de destrucción del entorno natural acompañado del estímulo y fomento de una cultura sustentada en el imaginario del consumo asociado a una escasísima conciencia ciudadana⁹. Los relatores especiales de la ONU para el derecho a la vivienda, desde Miloon Kothari a Raquel Rolnik, ponen de manifiesto, en sus Informes al respecto, la ausencia flagrante en el Estado español de políticas públicas eficaces de vivienda, que, sin duda, hubieran frenado la suscripción de hipotecas abusivas y el endeudamiento masivo de grandes segmentos sociales. La explosión de la denominada burbuja inmobiliaria, -la ciega fuga hacia el endeudamiento, siempre y cuando creciesen las comisiones para los intermediarios financieros-, ha puesto de manifiesto la muy distinta actuación de las entidades financieras antes y después del año 2008. Si en los momentos de supuesta bonanza, la tasación de los pisos era desmesurada, los plazos de amortización del préstamo, muy largos, y las posibilidades de firmar el contrato, múltiples, la respuesta en el momento actual pasa por la exigencia de múltiples avales, la no aceptación de tasaciones alternativas y la negativa mayoritaria a negociar o a aceptar daciones en pago¹⁰.

Es claro que hay que situar los datos apuntados en el marco de un contexto globalizado, caracterizado por el desigual reparto de la riqueza y garantías de muy distinto alcance¹¹, con ciudades *terciarizadas* donde predomina el uso especulativo del suelo, y la existencia de cada

⁸ Según escribe Elmar Altvater: “la estabilidad de precios es importante, pero la estabilidad del sistema bancario es más importante. El BCE se reserva más bien el alza de los precios para el caso en que los incrementos de los precios energéticos y alimentarios pudieran inducir a acuerdos salariales al alza: eso es lo que quiere impedir como sea el BCE y su jefe en Alemania: La estabilidad del sistema financiero,- es decir las rentabilidades de los actores financieros-, tiene primacía sobre la estabilidad de los ingresos de las masas. En otras palabras: la crisis *subprime* ha irrumpido ya en nuestras negociaciones salariales. Y todavía hay quien dice que la globalización es sobre todo ideología y nada tiene que ver con la realidad. (Revista electrónica “*Sin Permiso*”, 18.01.2008)

⁹ *El consumo* es uno de los grandes identificadores culturales de la condición postmoderna y de la postmodernidad; aquí coinciden F. Jameson, D. Harvey y, por supuesto, Bauman, que considera al consumismo como la principal y casi única ideología cultural de la postmodernidad. Aquí la mercancía es algo simbólico antes que funcional.

¹⁰ Dictamen del Consejo de Consumidores y Usuarios relativo al endeudamiento financiero de las familias en crisis en la actual situación de crisis. Madrid, 10 de febrero del 2009.

¹¹ “*la garantía jurídica está, en el más alto grado, al servicio directo de los intereses económicos*”. Weber, “Orden jurídico y orden económico”, en “*Economía y Sociedad*”, cit., I, 270.

vez mayores bolsas de pobreza, debido, precisamente, tanto al aumento constante de las dificultades de obtención de crédito monopolizado por las entidades financieras como al descenso de los salarios en términos reales.

En relación con los problemas reseñados, hay que constatar que la actuación de los poderes públicos ha sido insuficiente. El apoyo a la banca no se ha visto acompañado de una imposición a la misma de las correspondientes y mínimas cuotas de corresponsabilidad legal en todo lo ocurrido; los requisitos exigidos por los Reales Decretos promulgados hasta la fecha¹², dejan fuera a miles de personas afectadas por la crisis; sigue sin promulgarse una Ley de Vivienda que haga del derecho a la misma, un auténtico derecho subjetivo, ni tampoco se han adoptado los planes adecuados que vigilen la actuación del “mercado libre”. No ha habido lugar para acometer un debate serio sobre la posibilidad de reformar la regulación procesal actual, para cubrir sus manifiestas deficiencias en este aspecto, o, la Ley Concursal, para equiparar, en su caso, de forma no ficticia la situación del deudor individual a la del deudor empresario.

Una vez más, hay que recordar ante todo lo expuesto, que si bien los jueces no son los encargados de hacer políticas sociales, sí resultan sujetos especialmente adecuados para recordar a los poderes públicos sus obligaciones en la materia¹³. En esta dinámica y con el objetivo de interpretar las normas en la forma más efectiva para los derechos sociales, deben conocerse los datos expuestos, aún de forma sintética, incidiendo en una hermenéutica que se atenga a la realidad social “*del tiempo en el que han de ser aplicadas*”... (Art. 3º del Código Civil, entre otros).

2. Conocimiento de la legislación aplicable efectuando un examen crítico al respecto.

El Art. 47 de la CE garantiza el derecho a la vivienda, siendo éste un derecho central en la vida de las personas que, además, posibilita un cumplimiento eficaz de otros derechos relacionados con el mismo, como el derecho a la salud, el derecho al trabajo al trabajo, o a los servicios públicos. Así, no cabe hablar de derecho a la vivienda sin hablar del derecho a la ciudad. Cabe decir, como punto de partida, que el mencionado Art. 47 puede ser expuesto como un ejemplo de *constitucionalismo débil*, frente a la *forma agente* que han adquirido determinados

¹² Real Decreto 1975/08, de 28 de noviembre, sobre medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a la vivienda, y RD 97/2009 de 6 de febrero, sobre moratoria en el pago de préstamos hipotecarios

¹³ Pisarello, G. Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. Ed. Icaria, 2003.

movimientos ciudadanos en la lucha por hacer efectivo el mismo, poniendo de manifiesto la ausencia de políticas públicas eficaces para proteger aquel derecho¹⁴.

Como explica Pisarello, se trata, de un lado, de desenmascarar aquellos discursos que pretenden ahondar en la diferenciación teórica de los derechos sociales respecto a los derechos civiles. Así, para justificar la falta de eficacia de aquéllos, se esgrimen argumentos tales como que no pueden cumplirse si no es a través de una ley que los desarrolle, o que siempre generan costes inasumibles para una hacienda “eficiente”, entre otros muchos. Y por otra parte, de mostrar que la diferencia debe ser efectuada respecto de aquellos derechos patrimoniales que necesitan de la exclusión para seguir perpetuándose. Si la ausencia de un “diseño legal” para muchos de los derechos sociales contemplados en la Constitución es un impedimento para su justiciabilidad efectiva, entonces se podría entender, contra lo que se contempla taxativamente en el Art. 9.1. CE, que la Constitución no forma parte del ordenamiento jurídico del Estado. En el mismo sentido, cabría señalar, con este autor, que se trata más bien de señalar cuáles, de entre las políticas ejecutivas y legislativas existentes, son más o menos respetuosas del derecho a la vivienda y los derechos relacionados con el mismo.

De este último punto es del que debe partirse para efectuar esa mirada crítica sobre la legislación actual, en la medida en que puede afirmarse que la normativa vigente no resulta respetuosa, sino mas bien todo lo contrario, ni con el derecho a la vivienda, ni con los sectores de la población más afectados por las agresiones del libre mercado, protegiendo de forma injustificada al acreedor hipotecario. Efectivamente, como se verá, existen ejemplos en el derecho comparado de legislaciones que, dentro del espacio socialdemócrata, tratan a la parte mas débil con mayor equidad y respeto, protegiendo así de forma más efectiva los derechos en este ámbito.

Por el contrario, debe hacerse un severo examen de nuestro ordenamiento jurídico, desde los parámetros de *progresividad* y *no regresividad*, marcados por el Comité de la ONU que garantiza el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 1966, ratificado por España.

Así, puede observarse, en primer término, una legislación procesal reguladora de la ejecución hipotecaria, contenida en la LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil) en la que no existe margen posible para examinar la situación del deudor, o para verificar que se cumple, efectivamente, el presupuesto que posibilita la ejecución, es decir, el incumplimiento del préstamo garantizado con la hipoteca. El deudor tiene motivos tasados para oponerse, que no pasan por explicar sus circunstancias personales, la variación de condiciones respecto al momento de pactar dicho préstamo, y tampoco cabe entrar a juzgar con rigor la existencia de posibles cláusulas abusivas en el contrato, la inclusión de intereses abusivos, o la imposición de pactos de vencimiento anticipado que llevan a consecuencias tan dramáticas como las que originan

¹⁴ Olivas, A. *Castigar la disidencia. El movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico*. Revista de Jueces para la Democracia, nº 57. Noviembre 2004.

que, ante el impago de solamente una o dos cuotas del préstamo, pueda darse por finalizado el contrato e iniciarse la ejecución.

De esta forma, se impide que el juez entre a conocer, a fondo, la situación existente, con la complejidad necesaria habida cuenta de la importancia de los derechos que se ven afectados en el procedimiento. Junto a ello, resulta posible que, tras el final de la ejecución, si el producto obtenido no es suficiente para cubrir la deuda, el acreedor pueda perseguir el resto de bienes e ingresos del deudor, de forma indefinida y hasta el completo abono de las cantidades pactadas (capital, intereses y en muchas ocasiones, otros conceptos económicos).

Las características expuestas, aún resumidamente, implican que preceptos constitucionales esenciales, como el art. 24, sobre tutela judicial efectiva, el art. 14 sobre igualdad, el art. 9.3 sobre interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y por supuesto, el art. 47 sobre la vivienda digna y adecuada, puedan verse seriamente afectados, hasta el punto que algunos autores ya se plantean la posible inconstitucionalidad de esta parte de la LEC¹⁵.

En segundo lugar, cabe referirse, también de forma sintética, a la Ley Concursal, dado que, si bien viene a unificar el tratamiento de las situaciones de insolvencia de la persona física y la jurídica, en realidad sigue tratando a esta última de forma privilegiada. Así, por ejemplo, la declaración de concurso del ciudadano “en quiebra” no paraliza en ningún caso la ejecución de su vivienda habitual, al contrario de lo que sucede en el caso de una entidad mercantil.

Además de ello, la insolvencia de un miembro de una unidad familiar acaba arrastrando a la familia por completo, dado que el cónyuge no puede evitar el embargo y, además, los créditos otorgados entre miembros de la familia se consideran créditos subordinados¹⁶. En la línea apuntada, tampoco cabe la auténtica liberación de deudas, permitiendo abrir ejecuciones singulares. Esta disparidad de tratamiento con respecto a los privilegios que se ofrecen a las personas empresariales hace que autoras como Ana Cañizares¹⁷ cuestionen la “desidia legislativa” de tal regulación y su posible inconstitucionalidad desde la consideración de los contenidos contemplados en los arts. 51 y 53 de la CE.

¹⁵ Soler, G. *Posible inconstitucionalidad de la regulación sobre ejecución hipotecaria cuando el bien gravado constituye vivienda habitual del ejecutado*. Marzo 2009. Inédito. (Cortesía del autor.)

¹⁶ CUENA, M. *La insolvencia familiar: ejecución universal sobre el patrimonio familiar*. Curso sobre el Derecho Privado en contextos de crisis, organizado por el CGPJ. Madrid, Abril 2009. (En prensa)

¹⁷ Cañizares, Ana. *Efectos del incumplimiento de las obligaciones contractuales por el comprador en el contrato de compraventa. Mecanismos de protección...*CGPJ. Madrid, Abril 2009. (En prensa)

Por último, cabe también, en la línea mantenida por esta autora, criticar la insuficiencia de remedios legislativos ante las situaciones de sobreendeudamiento¹⁸, y ante la falta de una normativa específica sobre la materia, como la que existe en países cercanos. Así, sólo existen determinadas posibilidades concretas y aisladas, como las derivadas del incumplimiento tras pactar un contrato de compraventa, en el que el precepto contenido en el Art. 1.504 del CC, permite intentar una negociación, pero sólo hasta que el deudor no sea objeto de un requerimiento notarial o judicial, o bien, acudiendo a la fórmula clásica *rebus sic stantibus*, o de alteración sobrevenida de circunstancias, que pudiera permitir el cese de la obligación si se demuestra que ha desaparecido la base del negocio por destrucción de la base de equivalencia entre las prestaciones.

Ello no obstante, en un panorama como el actual, en el que los préstamos hipotecarios suelen consumir el 50% de los ingresos de las familias, y en donde existe una gigantesca *ratio* de sobreendeudamiento, con una tendencia constante al alza de la morosidad, se hace perentorio acudir a las alternativas legales existentes en otros países, y también a las propuestas de los colectivos afectados.

3. Conocimiento de posibles alternativas, tanto legales, como sociales.

Resulta interesante en extremo conocer la forma en que otras legislaciones regulan el trato de las situaciones de insolvencia, individual o familiar. En el ámbito anglosajón es conocida la fórmula de la *dación en pago*, siendo ésta una figura que han venido reclamando los colectivos de afectados por procesos hipotecarios. Con posterioridad, esta figura ha sido recogida en la proposición de Ley sobre el Derecho a la Vivienda, presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, en fecha de 13 de febrero del 2009.

La *dación en pago* permite diversas opciones en cuanto a la forma de ser articulada en la práctica, pero todas ellas tienen, como nota común, el permitir una negociación entre acreedor y deudor, de forma que este último pueda optar por entregar la vivienda liquidando con ello la deuda pendiente, y el acreedor no pueda seguir persiguiendo el resto de sus bienes de forma indefinida. Lógicamente, esta figura sería aún más adecuada si se permitiera conjugarla con medidas complementarias, como la continuación en el uso de la vivienda bajo un régimen de alquiler o de usufructo, cuando aquella vivienda constituya el domicilio habitual de la familia afectada, entre otras posibles.

¹⁸ Llamamos endeudamiento ACTIVO a aquel en el que existe un excesivo nivel de deudas, y endeudamiento PASIVO a aquel que se produce como consecuencia de circunstancias sobrevenidas, como el paro o el descenso del poder adquisitivo.

Junto a ello, cabe hacer una referencia a otros países del entorno europeo. En Alemania existe una ley específica del año 1994, que entra en vigor en el 1999, y permite al deudor de “buena fe” exponer las razones de su situación, de forma que se pueda modular la deuda o incluso liquidarla si no caben otras alternativas. En Francia, el sistema del Código de Consumo, permite que el juez conozca el tipo de contrato firmado y los caracteres de la deuda contraída, interviniendo en el tracto de aquel para aplazar el plazo de las sumas debidas, cuando exista justificación para ello, o ajustar los intereses a una tasa reducida. En Italia, se ha establecido un sistema para ajustar los tipos de interés pactados al tipo marcado por el Banco Central Europeo, a lo largo del tiempo y de forma gradual.

El ordenamiento español prevé en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles la posibilidad, precisamente, de que el Juez pueda conceder un fraccionamiento en el pago de la deuda aplazada cuando la situación del deudor así lo requiera. Esto se asemeja al procedimiento del sistema francés aunque, de forma racional, en este último sistema, tal proceder tiene carácter generalizado. En realidad, todas aquellas alternativas que implican la posibilidad de que el juez estudie a fondo la situación existente y pueda resolverla tendiendo en equidad a los derechos de ambas partes, serían mucho más adecuadas desde una óptica y una práctica garantista frente a la evidente insuficiencia de la situación actual.

En el mismo sentido se pronuncian todas las propuestas de los colectivos y asociaciones que se han implicado en este problema, desde las asambleas de afectados por la hipoteca que han surgido en diversas zonas del territorio, los grupos de defensa del derecho a la vivienda, las cooperativas legales de ayuda, o las asociaciones de consumidores o usuarios de la banca, entre otras. Estas medidas pasan por reclamar, con carácter urgente, una ley adecuada que regule las situaciones de sobreendeudamiento, para reunificar deudas y permitir la salida a esta situación, imponer la negociación obligatoria - no optativa - entre el acreedor y el deudor, vigilándose los derechos de la parte más débil por un tercero imparcial, como sería un servicio público de mediación o un juez. Asimismo, se debe reformar la legislación procesal actual, para que los jueces, de oficio, puedan vigilar los intereses abusivos o las cláusulas impuestas que impiden flexibilizar los tiempos de amortización. Habida cuenta de que la opacidad de las entidades financieras ha originado gravísimos perjuicios a depositantes, pequeños accionistas y deudores se debería fomentar una transparencia bancaria rigurosa y la necesaria corresponsabilidad legal. Curiosamente, los grandes accionistas de las firmas financieras, así como la alta gestión, han reclamado y utilizado cuantiosos fondos públicos para la supervivencia del negocio bancario sin compromiso alguno de cambio en las prácticas abusivas y especulativas.

Todas estas propuestas pueden ser perfectamente aplicadas, y de hecho, en la medida de lo posible, ya existen juzgados que tratan de estudiar el ordenamiento interno que protege al consumidor, las Directivas de la Unión Europea sobre consumo, o diversas sentencias del Tribunal de Justicia, en cuanto a la posibilidad de limitar de oficio los intereses abusivos o

declarar la nulidad de aquellas partes de un contrato que no respeten lo marcado por las normas referidas.

Para concluir, es importante insistir en dos dimensiones ya reseñadas, que se deben implicar con reciprocidad, para alcanzar expresión y efectos jurídico-políticos en este ámbito. Por lo que toca a la primera, reivindicar en sentido fuerte la plena vigencia del ordenamiento constitucional y tomar en serio los deberes que el mismo impone a los jueces en su función protectora de los derechos y garantías allí recogidos. Las consecuencias relevantes que se derivan de la *positivación* de los derechos en las constituciones contemporáneas, unida a la consolidación en el territorio europeo del *control de constitucionalidad* de las leyes, determinan una transformación sustancial en esta función que comporta la superación, de una vez por todas, del modelo simplista de “falsa” aplicación ciega de la ley, así como de su pretendida neutralidad objetiva¹⁹.

Una segunda dimensión importante hace referencia a los movimientos sociales cuya constancia e intensidad han determinado el incremento de la conciencia ciudadana sobre estos derechos importantísimos y, cuya forma jurídica y jurisdiccional sigue siendo la de “*derechos débiles*”. Las consecuencias positivas de esta atmósfera política innovadora pueden llegar a determinar cambios relevantes en las pobres o inexistentes políticas legislativas, para que se instrumenten como normas verdaderamente tuitivas y efectivas para con el deudor hipotecario acosado por una situación de extrema vulnerabilidad.

A fin de cuentas, la *cultura de los “derechos” humanos*, la lucha por los mismos, así como la construcción de los elementos institucionales necesarios para garantizar su *efectividad transversal*, ha de partir de una *cultura política* que envuelva y subordine la técnica jurídica de los derechos. *Jamás una cultura de los derechos puede ser una cultura exclusivamente técnica, sustentada únicamente en las garantías individuales de los derechos, una cultura frágil organizada y dispensada por especialistas*. Al técnico más capaz, se le escapa la trama real que se esconde debajo de la bella superficie de las retóricas normativas. Sólo la política fuerte, - en agencias que trabajen con manos comunes-, puede defender derechos contra los intereses revestidos de falsa cultura y politicidad edulcorada, “*en contra de la visión despolitizada del derecho que tiene el enfoque de la gobernanza, la legalidad cosmopolita subalterna contempla el derecho y los derechos como elementos de luchas que deben politizarse antes de*

¹⁹ Respecto a la estéril vigencia de positivismos acrílicos y reductivos, resulta muy expresivo el comentario que esta situación le merece a un estudioso que, como Gustavo Zagrebelsky, tiene una rica experiencia jurisdiccional: “la interpretación se cerraría en un discurso sobre el derecho carente de sentido, desconectado de su esencial función reguladora y privado, por ello, de su razón de ser. Un estudio del derecho y, peor aún, una jurisprudencia completamente encerrados en las formulaciones jurídicas, sin conciencia alguna de los fenómenos a los que ésta dirige su fuerza normativa, serían obras extravagantes de “juristas puros”(como existen no pocos, orgullosos e inútiles) que no deberían interesar a nadie.(“*El derecho dúctil*”, cit., 133.) Quien así procede adoptaría lo que se ha definido como el “*método del no-saber sobre el propio hacer*” (Smend).

juridificarse²⁰.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH,V./COURTIS,C.,(2002). Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid-(Trotta)
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. (2005), *Para una ética positiva del juez*. Claves de Razón Práctica nº 152
- BAUMAN, Z.,(2005). Modernidad y ambivalencia. Barcelona.(Anthropos).
- SANTOS, Boaventura de Sousa/RODRÍGUEZ GARABITO,C.(Eds.).(2007). El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita. Barcelona.(Anthropos).
- CAÑIZARES, Ana. Efectos del incumplimiento de las obligaciones contractuales por el comprador en el contrato de compraventa. Mecanismos de protección del comprador. Especial referencia al Art. 1.504 CC y la moratoria en el pago de los RD 1975/08 y 97/2009. Curso sobre el Derecho Privado en contextos de crisis, organizado por el CGPJ. Madrid, Abril 2009. (En prensa)
- CUENA, M. *La insolvencia familiar: ejecución universal sobre el patrimonio familiar*. Curso sobre el Derecho Privado en contextos de crisis, organizado por el CGPJ. Madrid, Abril 2009. (En prensa)
- DICTAMEN DEL CONSEJO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS relativo al endeudamiento financiero de las familias en crisis en la actual situación de crisis. Madrid, 10 de febrero del 2009
- EHRENREICH, B. *Demasiado pobres para salir en las noticias*. 21 de junio del 2009. Disponible en <http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=2655>
- FERRAJOLI, L. (1999), *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. (Trotta).Madrid. -
- HARDT,M./NEGRI,A.(2002). Imperio. Barcelona. (Paidós).
- HARVEY, D., (2003). *Espacios de esperanza*. Madrid. (Akal)
- HARVEY, D. *El derecho a la vivienda y a la ciudad en el marco de la crisis: un debate pendiente*. Conferencia presentada en Barcelona. Jornadas organizadas por el DESC. 10 de octubre del 2008
- NIETO, A. (2000). *El arbitrio judicial*. Barcelona. (Ariel)
- OLIVAS, A. Castigar la disidencia. El movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico. Revista de Jueces para la Democracia, nº 57. Noviembre 2004.
- PISARELLO, G., (2003).*Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción*. Barcelona. (Icaria).
- PISARELLO, G. (2007). Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Madrid. (Trotta).

²⁰ Boaventura de Sousa Santos/Rodríguez Garavito, *El derecho y la globalización...*, cit., 20.

- PROPOSICIÓN DE LEY SOBRE EL DERECHO A LA VIVIENDA, presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds Boletín Oficial de las Cortes Generales, 13 de febrero del 2009
- SMEND, R. (1985). *Constitución y Derecho constitucional*. Madrid. (CEC).
- SOLER. G. *Posible inconstitucionalidad de la regulación sobre ejecución hipotecaria cuando el bien gravado constituye vivienda habitual del ejecutado*. Marzo 2009. Inédito. (Cortesía del autor).
- WEBER,M. (1949). *Economía y Sociedad*. México. (Fondo de Cultura Económica)
- ZAGREBELSKY, G. (1995). *El derecho dúctil*. (Ley, derechos, justicia). (Trotta)

2. Medidas contra el sobreendeudamiento de las familias

Santiago Pérez Beltrán

Responsable de Plataforma Hipotecaria y asesoría jurídica de ADICAE

A continuación se expone el punto de vista de ADICAE (Asociación de usuarios de Bancos, Cajas y Seguros) sobre las medidas para evitar, prevenir y erradicar el sobreendeudamiento de las familias. Estas medidas, debido a la situación económica de crisis que se vive a nivel mundial, no deben confundirse con medidas contra los abusos hipotecarios de los últimos años exclusivamente y que son propugnadas, entre otras, nuestra plataforma hipotecaria. ADICAE lleva casi 20 años intentando sensibilizar a las familias, a los poderes públicos y a las entidades de la importancia económica y social del problema del sobreendeudamiento, cuestión que, por otro lado, está siendo analizada también profundamente a nivel europeo en los últimos meses.

1. Datos del sobreendeudamiento en España

Ciertamente, los datos económicos de los últimos años en nuestro país nos hacen vislumbrar un negro panorama para las familias españolas:

- El endeudamiento familiar ha evolucionado desde el 45% de la renta bruta disponible de las familias en 1995 al 76'7 % en 2001, hasta llegar al inaceptable y preocupante 143% de 2008. Este sobreendeudamiento está motivado sin duda por el incremento de la deuda hipotecaria de las familias.
- Relacionando sobreendeudamiento y situaciones dramáticas familiares, según datos del Consejo General del Poder Judicial, las ejecuciones hipotecarias se incrementarán hasta las 86.681 en 2009 y se prevé que lleguen a 121.006 en 2010. No hay que olvidar que, tal y como se ve a diario en ADICAE, estas ejecuciones implican en muchos de los casos la venta de la vivienda familiar, cuando no afecta también a la de algún avalista, con las connotaciones sociales y humanitarias que ello conlleva.
- El período de crisis y la situación de "asfixia" de muchas familias y empresas va a provocar un aumento del número de reclamaciones de cantidad en los juzgados desde las 984.446 que se estiman para 2009 a 1.146.242 previstas para 2010.

2. ADICAE y su lucha contra el sobreendeudamiento: histórico de acciones, actos y publicaciones

Como se ha mencionado anteriormente, ADICAE prácticamente desde sus orígenes ha venido tratando el problema del sobreendeudamiento de los consumidores y fruto de ello son las siguientes actuaciones:

- Año 2002: Publicación del Libro “El sobreendeudamiento de las familias, propuesta normativa para el ordenamiento jurídico español”.
- Año 2003: Grupo socialista: Proposición Ley Sobreendeudamiento Familiar e incorporación a programa electoral (ADICAE consiguió que se incluyera este punto en su programa y acabó siendo una promesa olvidada cuando accedió al Gobierno).
- Año 2004: Publicación del libro “El sobreendeudamiento de los consumidores: guía de mediadores”
- Simposiums monográficos: Valencia (2002), Extremadura (2004), Galicia (2005)
- 2005: Proyecto Internacional Foro permanente (Alemania, Grecia, Italia)
- Proyecto 2008: Hipotecas. Estudio realidad crédito en España.
- Año 2008: Seminario ECDN (European Consumer Debt Network) en Madrid.
- Regulación servicios intermediación de crédito (no financiero)
- 2009: Dictamen CCU sobreendeudamiento de las familias

3. Una importante dimensión del sobreendeudamiento: La “crisis hipotecaria” de los hogares

Resulta evidente que la situación de crisis económica mundial puede notarse aún más en España debido a una serie de condicionantes como son el aumento del desempleo, bajos salarios, etc. Sin embargo, un rasgo muy característico de nuestra crisis viene dado porque ha venido agravada por la brutal “crisis hipotecaria” que ha asolado a los hogares. A continuación se exponen unas cifras que acreditan el peso de la explosión de la burbuja inmobiliaria en la economía familiar:

a) Los datos de la construcción de vivienda nueva en España: se cuenta con 18 viviendas por cada 1.000 habitantes, frente a una media europea de 5,7. Se podría decir que nuestra economía es muy particular por la importancia “inducida” que se ha ido inculcando a los consumidores al respecto de la propiedad de inmuebles (cultura del ladrillo).

b) A esta tendencia hay que unirle el incremento del valor de los pisos desde el año 1997, que lleva aparejada una clara sobrevaloración de los mismos conforme a su valor real. Estos datos muestran el incremento y la sobrevaloración referidas: en 1997 el precio del m² era de 702,8 euros, en 2007 el precio ascendió a 2.085,5 euros/m², según fuentes del Ministerio de la Vivienda. La sobrevaloración, según e. Informe Anual 2004 del Banco de España se situó en torno al 35%.

Las causas que, al margen de estos datos, han instaurado este problema en la sociedad española y agravado sus consecuencias para las familias son:

- La propia política de vivienda adoptada desde los poderes públicos. Éstos han fomentado la propiedad en lugar de otras opciones, lo que ha beneficiado sin duda a Bancos y Cajas de Ahorro que se han revelado como el instrumento imprescindible para obtener la financiación necesaria.
- Los bajos tipos de interés han animado aún más a los consumidores a sumergirse en situaciones de endeudamiento.
- El abuso de crédito por bancos y cajas, que han concedido crédito a consumidores por encima de sus posibilidades y no sólo eso, sino que también se han excedido su capacidad real de dar crédito, lo que ha conllevado el aumento exponencial de la morosidad y las dificultades en tiempo de crisis, debido a la explosión de la burbuja inmobiliaria.

Podría decirse que “el piso tiró del crédito y el crédito del piso”. La subida de precios presionó sobre el crédito exigiendo mayor capacidad de endeudamiento y más garantías bancarias, e incluso en la última fase se concedieron créditos, sobre todo a personas inmigrantes, sin las debidas garantías y aunque las entidades tuvieran claro que las viviendas no cubrían el capital que prestaban. Este clima propició el recurso desesperado a créditos “rápidos” y reunificadoras, que de nuevo camparon a sus anchas sin regulación ni control por el sistema financiero español, hasta que cayeron asfixiadas por la crisis del propio crédito del que tanto dependían.

La subida de tipos además ha agravado lo que es ya un problema estructural de por sí. El sistema “se sostenía”, al menos de forma aparente, mientras hubiera crédito y no aumentase la morosidad. Sin embargo la crisis económica y la precaria situación del empleo ha provocado que las familias no hayan podido continuar con esta serie de esfuerzos que habían venido realizando en los últimos años y hayan quedado completamente “exprimidas y asfixiadas” al borde del abismo. Los datos de la subida del euribor y las cuotas hipotecarias son los siguientes: la subida de tipos del euribor fue de 2,20 en septiembre 2005; de 4,72 en septiembre 2007; y de 5,36 en julio 2008. Esto significa un incremento de la cuota mensual de un préstamo medio de 25 años de 552 euros en septiembre 2004 y de 867 euros en junio 2007.

¿Qué soluciones se adoptaron en un primer momento en el que no era tan palpable la explosión de la burbuja inmobiliaria y más bien se intuía? Pues bien las entidades optaron por interpretar a su manera los efectos de esta crisis hipotecaria larvada y a punto de estallar definitivamente y ofrecieron a los consumidores refinanciaciones, y soluciones “tóxicas” como ampliaciones de plazos hasta 50 años, períodos de carencia, hipotecas de cuota creciente. Mientras, la necesaria reforma de Ley del Mercado Hipotecario se limitaba a crear nueva fórmulas de hipotecas recargables y abiertas que permitían dar una vuelta de tuerca más a la ya difícil situación financiera y económica de los consumidores y sus familias.

4. Plataforma Hipotecaria de ADICAE

En 2007 y a la vista de esta situación ADICAE creó la denominada Plataforma Hipotecaria para dar cabida a todo tipo de situaciones, consultas y reclamaciones de los usuarios sobre los productos hipotecarios. La incipiente crisis, negada desde las autoridades una y otra vez, comenzaba a sacar a flote las miserias de la operativa bancaria en la concesión de hipotecas, los clausulados y prácticas abusivas y las dificultades de muchas familias para llegar a fin de mes y pagar la cuota de su hipoteca.

Desde su creación la plataforma ha atendido a más de 40.000 personas y ha presentado más de 10.000 reclamaciones por malas prácticas de las entidades. Pero los objetivos de la plataforma no quedan ahí y además de atender a los usuarios en sus reclamaciones se busca un triple objetivo:

- Reivindicar medidas de urgencia para sanear el sobreendeudamiento
- Apoyar, asesorar y orientar a los hipotecados con problemas de endeudamiento.
- Agrupar a los afectados en comité de movilización.

La intensa actividad de todos estos meses ha permitido detectar auténticos nuevos abusos por parte de las entidades financieras, tanto en la concesión de los préstamos, como en las cláusulas que los documentan.

5. Malas prácticas y abusos en la comercialización

En primer lugar, un estudio del año 2008 de ADICAE, sobre la realidad del crédito en España puso de manifiesto y demostró lo engañoso y agresivo de la publicidad relacionada con los préstamos. Por entonces el objetivo de las entidades era captar clientes a cualquier precio. Hacer sentir al consumidor una falsa necesidad de que necesitaba comprarse una casa (o

cambiar la que ya tenía) y que el banco podía hacer cumplir su sueño. Esa publicidad no incluía la TAE²¹ para calcular el coste económico del préstamo y poder comparar ofertas, tal y como exige la legislación, ni había pasado por el Banco de España cuando tenía contenidos económicos en un 90% de los casos, a pesar de exigirlo la legislación.

De igual forma, los propios productos que se comercializaron antes y después de la reforma de la Ley del Mercado hipotecario (hipotecas revolving, crecientes, plazos largos, 120% del valor de tasación) han agravado la situación de muchos consumidores y aún más cuando se comercializan con productos vinculados no deseados como seguros de vida, hogar, depósitos de desempleo, etc.

Ese mismo estudio de ADICAE demostró que casi la mitad de las entidades por norma general no entregaban ni folleto informativo del préstamo, ni oferta vinculante si se solicitaba por el consumidor; es decir, que el consumidor contrataba prácticamente “a ciegas”, guiado por la publicidad, engañosa, y por las informaciones del comercial de la entidad, al que muchos se lamentan ahora de haber hecho caso.

Un ejemplo muy típico en nuestras asesorías es el de aquellos consumidores que, aún no “engullidos” por su producto hipotecario pretendían cambiar de producto mediante la figura de la subrogación. Su sorpresa llegaba cuando veíamos que la entidad les había colocado un “crédito hipotecario” en lugar del “préstamo hipotecario” y en este supuesto no podían acogerse a esta figura de la subrogación, quedando a merced de la entidad y, por supuesto, sin saberlo y sin haberlo solicitado.

6. Abusos en las escrituras de préstamo

Pero los abusos no acaban en los momentos previos a la contratación, sino que muchas prácticas abusivas han sido incorporadas al contrato por las entidades, pasando el control de notarios y registradores y formando lo que podemos denominar sin lugar a dudas auténticas “cláusulas abusivas”.

La existencia e imposición de estas cláusulas ha venido motivada entre otros factores por la falta de control del Banco de España de los contratos de préstamo realizado por las entidades, por los incumplimientos de los derechos de elección de notario y revisión de la escritura con antelación suficiente que tiene el consumidor, y por último por la manga ancha que han demostrado notarios y registradores al “dejar pasar” e inscribir unos clausulados que deberían ser rechazados en virtud de la normativa vigente.

²¹ La Tasa Anual Equivalente incluye además del interés nominal otros gastos como los originados por comisiones, y por lo tanto es mucho más precisa para saber el coste o beneficio de la operación.

Los ejemplos más claros son los siguientes:

- Cláusulas techo y suelo: El tipo de interés puede llegar hasta el 14% pero no bajar de un 5%.
- Productos de inversión vinculados al préstamo hipotecario
- Interpretaciones oscuras, ambigüas e interesadas de la cláusula de revisión del tipo de interés
- Vencimiento anticipado del préstamo por incumplimientos insignificantes del consumidor, etc.

7. La legislación “remata” al consumidor

Cuando el consumidor ya ha tenido la desgracia de verse atrapado en un producto “tóxico”, y quizá algún avalista familiar de paso también, y con una vivienda que no cubre en muchos casos el 60% del valor de la deuda con la excusa de la bajada del valor de la vivienda, sería de esperar que la legislación en vigor tratara de matizar y mejorar esta posición de superioridad de la entidad y de subordinación del consumidor; nada más lejos de la realidad.

Nuestra legislación prevé, art. 131 de la Ley Hipotecaria, una ejecución hipotecaria fulminante. El hipotecado además debe tener claro que cuando su caso entra en un juzgado, la deuda se incrementa automáticamente con intereses y costas. De esta deuda responde con la vivienda, la de sus avalistas pero también con todos sus bienes presentes y futuros. Se ha dado el caso ya de personas a las que se les ha ejecutado su vivienda, y la de un avalista y aún así ha visto su nómina embargada para pagar al diferencia que quedaba por pagar del préstamo. Esto no es una mera depreciación de la vivienda ¿quién consintió que se dieran estos tipos de préstamos y se adulteraran tanto las tasaciones?

Otra perla de nuestra legislación, aún más llamativa en nuestra situación económica y de explosión de burbuja inmobiliaria, la constituye la posibilidad de que las entidades, si el bien hipotecado baja un 20% su valoración (¿quién controla este descenso y la tasación?), pueda pedir al deudor la ampliación de garantías a otros bienes o incluso la cancelación del préstamo (art. 9 Ley Hipotecaria). Habrá que estar atentos a la interpretación y ejecución en su caso de esta medida por parte de las entidades.

Nada se controla ni dice sobre los tipos usurarios, que se introducen en primeras contrataciones pero también sobre todo a la hora de renegociaciones de deuda o en intereses de mora, que tan tristemente de moda están en el momento actual. La Ley de Usura es del año 1908 y debe ser actualizada y hecha efectiva ya que es muy genérica en el momento actual.

8. La legislación actual no está pensada para los consumidores y más en un contexto como el actual

Al llegar el momento de sufrir una reclamación por impago, generalmente de una cuota de la hipoteca, precisamente en estas situaciones límite, es cuando el consumidor puede comprobar, más bien sufrir en sus propias carnes, que ni la legislación civil, ni la financiera ni la procesal están pensadas para defender sus intereses legítimos. Y es que, en caso de impago de cuotas de préstamo hipotecario, la normativa apenas permite soluciones que no sean el pago de la deuda - incrementada con intereses y costas- o de lo contrario se embarga y vende la vivienda familiar. Gracias a la iniciativa de ADICAE, se consiguió instaurar la figura de la “rehabilitación hipotecaria”, por la que el consumidor puede salvarse si paga las cuotas que debe, además de los intereses y las costas. Sin embargo, no es una solución muy brillante porque si el consumidor hubiese tenido ese dinero, ya lo habría utilizado en pagar las cuotas a tiempo.

Si todavía no ha habido impago, el consumidor podría incluso valorar la opción de subrogarse en otro préstamo hipotecario más favorable, pero no parece una opción muy factible dadas las restricciones al crédito que existen en la totalidad de entidades actualmente.

Las coyuntura de crisis hace que a las asesorías de ADICAE, acudan numerosas personas que ya han incurrido en impagos. La solución en este caso pasa por negociaciones con la propia entidad bancaria, entidad que ya cometeía prácticas irregulares o abusivas con nosotros en el pasado. En estas negociaciones el banco, sin perder garantías, por supuesto, normalmente dará períodos de carencia o aplazará la deuda, a costa de empeorar a medio-largo plazo las condiciones económicas del préstamo para el consumidor.

Por último, una última vía que está siendo utilizada de forma recurrente por los consumidores es la denominada dación en pago. Esta figura atípica, no regulada del ordenamiento jurídico, consiste en entregar la vivienda al acreedor del préstamo, es decir a la entidad, a cambio de cancelar la deuda. Pues bien, muchas entidades han aprovechado el vacío de regulación de estas operaciones para imponer daciones en pago PARCIALES, esto es, que aunque el consumidor entregue su vivienda al banco deberá seguir pagando por lo que quede pendiente debido a la pérdida de valor de la vivienda. Esta figura debe ser regulada cuanto antes para evitar futuros abusos y dar la seguridad al consumidor de que al menos si se queda sin vivienda tendrá saldada completamente la deuda.

9. Las medidas aprobadas hasta ahora son claramente insuficientes

Con todas las organizaciones sociales y asociaciones especializadas como ADICAE reclamando de los poderes públicos una acción firme y decidida, que bien podría ser la aprobación de una ley contra el sobreendeudamiento, las medidas que se han aprobado hasta ahora por el Gobierno son claramente insuficientes:

- Ampliación del plazo de la hipoteca sin coste: Esta medida es parcial, poco apropiada puesto que encarece el coste total del préstamo y además no ha sido puesto en marcha.
- Moratoria del Gobierno de dos años en el pago del préstamo para los trabajadores en paro y en unas circunstancias determinadas: Esta medida con muchos puntos oscuros en su aplicación apenas ha sido concedida a un centenar de ciudadanos, a pesar de la multitud de consumidores que la han solicitado.

Mientras tanto las entidades financieras son, para mal en este caso, la tabla de salvación de los consumidores; así pues, dependiendo de las necesidades coyunturales de los propios bancos o cajas, se mostrarán más o menos receptivos a la negociación, que en ningún caso es sencilla y acaba con la imposición de diferenciales más altos, nuevos productos vinculados, etc.

10. ¿Qué hace falta para superar la situación?

Algunas medidas ya se han ido apuntando pero en primer lugar sería necesaria una interlocución con las Asociaciones de Consumidores. Un buen punto de partida puede ser el documento aprobado por el Consejo de Consumidores y Usuarios con medidas para mejorar la situación de los consumidores en época de crisis y que está empezando a encontrar apoyos entre las organizaciones sociales una vez que se ha procedido a su difusión.

Otras propuestas del Consejo de Consumidores y Usuarios y de ADICAE son la paralización de inmediata de embargos que hayan sido solicitados por entidades que reciban ayudas. También es necesaria una ley para sanear y reordenar las deudas de los consumidores, actualizar la ley de Usura y modificar la ley hipotecaria. Por último se propone la regulación de figuras como la de la “dación en pago” para evitar que continúe la concatenación de abusos, máxime en un momento crítico para la situación de la familia como es el de la pérdida de la vivienda familiar.

En concreto ADICAE propone las siguientes medidas en el ámbito hipotecario:

- Obligación para las entidades que han solicitado ayudas al Gobierno de acceder a las ampliaciones de plazo que soliciten los consumidores.
- Actualización y reforma del art. 131 de la Ley Hipotecaria
- Garantías para los consumidores en los procedimientos de embargos hipotecarios y crediticios de las familias como pueden ser.
- Adaptar el art. 11 Ley Venta a Plazos de Bienes Muebles y el art. 1244 del Código Civil
- Conciliación previa obligatoria en la que participarían representantes de los consumidores y de la entidad para discutir, negociar la deuda y la situación del deudor-consumidor.
- Medidas para la inmediata translación de las bajadas de tipos de interés del banco central europeo a los créditos de interés variable.
- Líneas de créditos puente destinados a la rehabilitación de la hipoteca.

Por último, ADICAE propone las siguientes medidas en la lucha contra el sobreendeudamiento:

- La primera y más clara es la aprobación definitiva de una Ley de Sobreendeudamiento familiar.
- La aprobación de esta normativa conllevaría la adopción de otras medidas y reformas como la limitación de la posibilidad de contratar bienes y servicios si no se paga en efectivo una parte de los mismos y la creación de períodos de reflexión en los contratos.
- En el momento presente una buena arma contra el sobreendeudamiento sería impulsar la obtención de préstamos a cuenta de prestaciones futuras de los planes y fondos de pensiones.
- Creación de unidades de sobreendeudamiento por parte de las CCAA para que con carácter previo a la vía judicial, las asociaciones de consumidores puedan asesorar a los consumidores acerca de su situación y mediar ante la entidad sobre posibles soluciones a adoptar.
- Promover entre los consumidores y la sociedad civil la educación financiera suficiente que evite situaciones como la actuales en el futuro.
- Control de la publicidad financiera y no financiera tanto a nivel normativo como a base de inspecciones de tipo administrativo.
- Incentivar el ahorro y fomentar el crédito responsable entre los consumidores y la sociedad civil, a pesar de los serios reveses en forma de fraude que está sufriendo en los últimos años.

3. Posibles elementos de inconstitucionalidad el proceso de ejecución hipotecaria

Guillem Soler Solé
Magistrado de primera instancia de Sabadell, Barcelona

El presente texto consiste en un conjunto de sintéticas reflexiones sobre la regulación actual del proceso de ejecución hipotecaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) y de la medida en que sus extremadamente restrictivos y exigentes términos pueden generar dudas en cuanto a su constitucionalidad. Se trata de una cuestión compleja que no puede responderse de modo simple y unidireccional, pero la especial coyuntura económica y judicial por la que atraviesa España en estos momentos caracterizada por el aumento exponencial de las demandas de ejecución hipotecaria justifica el abordaje del tema, incluso aunque sea para agotar la perspectiva constitucional de análisis y poder examinar subsiguientemente la normativa referida desde una perspectiva estrictamente legal, tampoco exenta de problemáticas.

En concreto, el núcleo de la reflexión se centra en la posible inconstitucionalidad derivada de la apreciación combinada de los siguientes extremos de la normativa procesal:

- Las extraordinarias limitaciones de la oposición de fondo que puede formular el demandado en ejecución hipotecaria (art. 695 LEC): únicamente el pago y el error en el cálculo de la deuda.
- La remisión imperativa a un proceso declarativo ordinario para el análisis de cualquier cuestión distinta a los motivos de oposición admitidos (art. 698.1 LEC): entre otras cuestiones, el vencimiento de la obligación, es decir, el análisis de las circunstancias en que se ha producido el impago y si las mismas son de suficiente entidad para reputar incumplida la obligación garantizada con la garantía real de hipoteca (por ejemplo, el importe impagado o la variación de circunstancias ajenas o no dependientes del deudor).
- Los débiles efectos jurídicos que este proceso declarativo ulterior puede tener en el proceso de ejecución hipotecaria (art. 698.2, primer párrafo, LEC: en ningún caso la suspensión, sino únicamente la retención del producto de la venta del inmueble) y los exigentes presupuestos que el legislador requiere para que el tribunal acceda a esa mera retención (art. 698.2., segundo párrafo, LEC: prestación de una garantía adecuada).

- La escueta y escasamente garantista para el ejecutado previsión jurídica del art. 579 LEC: si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución. Es decir, ni siquiera se prevé que, respecto de la cantidad por la que deba seguirse la ejecución, pueda oponerse según los motivos de oposición a la ejecución general de títulos ejecutivos no judiciales, no tan restrictivos como los propios de la ejecución hipotecaria.

1. STC 41/1981 y la justificación de un nuevo pronunciamiento

Lógicamente, al abordar esta materia, no puede desconocerse la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/1981, de 18 de diciembre, en la que, al resolver un recurso de amparo, analizó y confirmó la constitucionalidad del antiguo régimen procesal de la Ley hipotecaria, para concluir que eran aceptables las limitaciones a la oposición.

Al respecto se efectúan las siguientes consideraciones:

- En el supuesto de que una normativa legal no haya variado, que no es el presente caso, el TC debería poder valorar de nuevo, 28 años más tarde, su constitucionalidad, al haber cambiado radicalmente la realidad social y la economía sobre la cual deben efectuarse las correspondientes ponderaciones. En todo caso es evidente que esto no impide plantear la cuestión y que sea en fase de admisión a trámite de la cuestión donde se pronuncie el TC en cuanto a si procede entrar a valorar de nuevo la cuestión.
- Como es evidente, la normativa sí ha cambiado y lo que se cuestiona ahora es la actual LEC, no la anterior LEC y Ley hipotecaria entonces vigente.
- De modo muy especial, el supuesto analizado por el TC se refería a la hipoteca constituida entre dos personas jurídicas, la sociedad "C.S. Inmobiliarios, S.A." y el Banco Hipotecario de España, S.A., por lo que no afectaba a un bien inmueble constitutivo de vivienda, derecho constitucional sí afectado en los supuestos que estamos analizando y que precisamente justifica la necesidad de un nuevo pronunciamiento. Por ello los juicios de ponderación constitucional que ahora deberán realizarse son sustancialmente distintos.
- Incluso con independencia de todo ello, aunque ambas legislaciones - la anterior sobre la que se pronunció el TC y la actual respecto de la que se plantean nuevas dudas de inconstitucionalidad- responden a unos mismos principios extraordinariamente restrictivos, en la actual, de un modo puntual y sutil pero sustancial, se han introducido ciertas modificaciones en perjuicio del ejecutado, añadidas a las ya

existentes, de por sí extraordinarias, que generan dudas serias de la constitucionalidad.

- Se trata, en primer lugar, de la eliminación del requerimiento previo obligatorio en el que el prestatario podía efectuar alegaciones (ver apartado H); en segundo lugar, de la información que el ejecutante debía incluir en la demanda (ver apartado H); y, en tercer lugar, de las extraordinariamente exigentes condiciones que se le imponen actualmente al ejecutado para que el procedimiento declarativo al que debe acudir tenga algún efecto en el ejecutivo (ver apartado E).
- De hecho, si se considera que ya no procede un nuevo pronunciamiento del TC, siguiendo esta sencilla *regla de tres*, se llegaría a una conclusión absurda: en cualquier materia en la que ya se haya pronunciado el TC, ya no podría plantearse una cuestión de inconstitucionalidad, aunque la normativa haya variado con posterioridad, incluso, en el presente caso, aunque se haya promulgado una nueva Ley de enjuiciamiento civil.

Por último, la propia STC 41/81 indica que el proceso de ejecución hipotecaria carece de una fase de cognición y persigue la realización del valor del inmueble, una vez consta que se ha dado la que él denomina literalmente *conditio iuris* del incumplimiento de la obligación asegurada. Es decir, no el mero impago de una cuota o parte de una cuota, sino el incumplimiento de la obligación asegurada. Más adelante se distinguirá precisamente entre las nociones de incumplimiento de la obligación asegurada e impago de una cuota, partiendo de un importante presupuesto: el legislador no enumera las causas para poder acceder a la ejecución especial; simplemente guarda silencio y se remite al contenido del título ejecutivo; en lo que nos interesa, a las conocidas cláusulas de vencimiento anticipado, que habilitan al acreedor a dar por vencidos todos los plazos ante cualquier mero impago, por insignificante que éste sea, ya se refiera al capital, a los intereses o incluso a cualquier otro concepto expresamente previsto.

No acaba de entenderse el motivo por el cual el legislador ha confeccionado un proceso especial de ejecución hipotecaria en el que es absolutamente imposible examinar, siquiera mínima y someramente, si se ha dado la referida *conditio iuris* de la que habla el propio TC. Ello puede estar justificado en relación con el proceso de ejecución hipotecaria en general, pero los bienes e intereses afectados cuando el bien es la vivienda del prestatario impiden superar sin dificultades el juicio de constitucionalidad.

En determinados casos ello podría ser relevante, pero la regulación legal impide siquiera detectarlos en el marco del proceso de ejecución o que el afectado tenga alguna opción real de obtener una tutela judicial efectiva en el procedimiento declarativo al que se le remite imperativamente.

2. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: derecho de configuración legal

Los derechos afectados en la regulación de la ejecución hipotecaria son el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución) y el derecho constitucional a la vivienda (art. 47 de la Constitución). La normativa analizada constituye una opción legislativa y, ciertamente, el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de configuración legal.

En este sentido, muchos derechos fundamentales precisan de desarrollo legislativo, al tiempo que existen otros conocidos como derechos de configuración legal, que presentan una mayor indeterminación y por ello necesitan un mayor complemento legislativo que termine de diseñar su contenido y les permita alcanzar plena efectividad. Respecto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, según el Tribunal Constitucional, que lo reconoce como un derecho de configuración legal, es el legislador quien, en atención a la naturaleza del objeto que tenga cada uno de los procesos que cree, podrá establecer el tipo de procedimiento y las limitaciones de cognición que considere oportunas (STC 20/1981).

El art. 24.1 de la Constitución comprende, primordialmente, el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, el derecho a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial, es decir, el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones. Su ejercicio y prestación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador, que no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial efectiva garantizada constitucionalmente (STC 185/1987).

El criterio para la ponderación constitucional de estos presupuestos y requisitos será, según el TC, la naturaleza del objeto que tenga cada uno de los procesos, por lo que procede analizar a continuación la naturaleza del objeto del proceso de ejecución hipotecaria: la hipoteca como gravamen real. Se trata de una cuestión relativamente compleja que requiere algunas incursiones teóricas.

3. Accesoriedad de la garantía hipotecaria respecto a la obligación garantizada

Podemos calificar a la hipoteca como un derecho real que grava un bien y que, por su naturaleza y finalidad, más que limitar el dominio, como sucede más estrictamente con derechos reales como el usufructo o el uso, garantiza el cumplimiento de una obligación personal. En concreto, permite al acreedor dirigir una acción real, la derivada de la hipoteca,

independiente de la personal, la derivada del contrato obligacional, como el de préstamo directamente contra el bien hipotecado, en caso de ausencia de cumplimiento voluntario.

Con independencia de la duplicidad de acciones, la personal y la real, la hipoteca tiene que referirse necesariamente a una relación obligacional, cuyo cumplimiento garantiza. Así, dispone el artículo 1857 del Código Civil que son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca, entre otros, que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.

De ahí deriva el trascendental principio de accesoriedad, intrínseco a la propia naturaleza de la hipoteca. En la actualidad se dan dos grandes modelos, con las correspondientes matizaciones y mezclas:

- 1) Abstracción de la hipoteca (Alemania): este derecho real no tiene por qué referirse a una relación obligacional determinada, opera de modo autónomo e independiente.
- 2) Accesoriedad de la hipoteca (España). En el ámbito de los modelos accesorios, discute la doctrina si debe mantenerse la concepción tradicional del principio de accesoriedad, que podemos calificar de *fuerte*, o una nueva o más moderna, que podemos calificar como *débil*.

Accesoriedad débil: se limita a expresar la relación o función de garantía existente entre gravamen real y obligación personal, sin ninguna implicación más, de modo que la hipoteca opera (nace, se conserva, se extingue) de modo independiente a la obligación garantizada.

Accesoriedad fuerte (tradicional): además de reflejar la función de garantía, implica la existencia de una vinculación entre la vida de la hipoteca como derecho real y las vicisitudes jurídicas por las que discurre la obligación principal garantizada. Ello afecta al vencimiento y a la ejecutabilidad de la garantía real.

4. Hipoteca de vivienda: continuidad entre préstamo-uso del capital y bien gravado; accesoriedad fuerte

En el supuesto que se está analizando, cuando el bien hipotecado es la vivienda, la garantía real no sólo se constituye en atención precisamente a la concesión del préstamo personal sino que integra el fundamento o causa económica esencial del negocio puesto que el gravamen se imputa sobre el bien para cuya adquisición se concedió el préstamo.

Es decir, se produce una consustancial continuidad entre préstamo personal, finalidad o uso del capital prestado (adquisición de un inmueble que será vivienda) y bien gravado (adquirido por el deudor hipotecario con el dinero recibido en el marco del contrato de préstamo).

Es por ello que no parece tan evidente que en este caso responda a la causa económica subyacente la asunción de un principio de accesoriedad débil, que iría en contra de esta continuidad insoslayable entre préstamo, destino del capital prestado y bien gravado.

En tales casos es indiscutible que el incumplimiento de la obligación garantizada sigue constituyendo la *conditio iuris* para acceder a la ejecución hipotecaria, pero las circunstancias del impago susceptible de provocar el incumplimiento no podrán ser analizadas de ningún modo en el proceso de ejecución.

En efecto, por un lado, el ordenamiento admite una gran variedad de tipologías hipotecarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones (hipotecas ordinarias, hipotecas que garantizan obligaciones futuras o con condiciones suspensivas, hipotecas de máximo, etc.). Por el otro, regula, para toda esta variedad de tipos de hipotecas, un único tipo de proceso de ejecución hipotecaria, marco jurídico en el que, como veremos a continuación, opta tácitamente (ya que no lo hace expresamente, en cada caso, en el ámbito del derecho material) por una de las concepciones del principio de accesoriedad, la débil.

La paradoja, clave para entender la problemática analizada, reside en que cada uno de los tipos de hipoteca responde a una situación económica subyacente - causa jurídica o contractual- que refleja un determinado grado de vinculación –dependencia- o desvinculación – independencia- con la obligación garantizada. Es decir, una proximidad mayor o menor con el modelo fuerte o débil de accesoriedad.

A pesar de ello, el legislador opta “procesalmente”, como se verá, por el modelo débil en todo caso, en claro perjuicio del deudor hipotecario y en claro beneficio del acreedor hipotecario. Esta opción legislativa radical no queda plenamente justificada cuando el tipo concreto de hipoteca de que se trate (es decir, que sea ejecutada) responda, por su propia naturaleza, al principio de accesoriedad fuerte.

5. El sistema español: ¿accesoriedad fuerte o débil?

Efectuadas estas delimitaciones previas, hay que destacar una serie de particularidades del ordenamiento jurídico español.

El legislador español se limita a acoger el principio de accesoriadad (artículo 1857 del Código Civil), pero no opta de modo expreso, en el ámbito del derecho material o sustantivo, por una de las dos concepciones de este principio, ya que dicho precepto es compatible con ambas.

Sí lo hace, por el contrario, de modo tácito, en el ámbito del derecho procesal, al regular el régimen de oposición a la ejecución hipotecaria, ya que el mayor o menor ámbito que se admita en este incidente constituye la *traslación procesal* del grado de vinculación jurídica entre el derecho de hipoteca y las vicisitudes de la obligación principal garantizada.

En concreto, atendiendo a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, opta de modo inicial por la concepción débil:

a. Art. 695 (motivos de oposición): 1ª Extinción de la garantía o de la obligación garantizada. 2ª Error en la determinación de la cantidad exigible.

b. Artículo 698.1 (remisión al proceso declarativo): cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria.

c. Artículo 698.1 (efectos entre los procesos): en dicho juicio declarativo podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo, con retención de todo o de una parte de la cantidad que en el proceso de ejecución hipotecaria deba entregarse al acreedor. El tribunal, mediante providencia, decretará esta retención en vista de los documentos que se presenten, si estima bastantes las razones que se aleguen. Si el que solicitase la retención no tuviera solvencia notoria y suficiente, el tribunal deberá exigirle previa y bastante garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor. Cuando el acreedor afiance a satisfacción del tribunal la cantidad que estuviere mandada retener a las resultas del juicio a que se refiere el apartado primero, se alzarán la retención.

Como puede observarse ninguno de los motivos de oposición habilita la posibilidad de examinar las concretas condiciones y circunstancias específicas en que, en cada caso, se ha producido el impago, es decir, un posible incumplimiento voluntario de la obligación principal y el correspondiente vencimiento anticipado de la deuda. Por otro lado, la tutela legal prevista en el proceso declarativo ulterior no afecta directamente al proceso de ejecución, ya que no lo suspende: únicamente se refiere a la retención de las cantidades obtenidas. Por ello, aunque

prosperara el juicio declarativo subsiguiente, si ya se ha procedido a la expulsión del ejecutado de su vivienda, probable, dado el colapso y retraso actual de los juzgados, difícilmente podrá obtenerse una restitución a la situación anterior real.

De esta forma, las posibilidades reales de que un deudor hipotecario ejecutado decida acudir a un proceso declarativo ulterior, ajeno a la ejecución, son remotas entre otros motivos, por la situación personal y económica por la que seguramente estará pasando, y porque, en última instancia, no generan una tutela substancial o efectiva. Además, no se trata de una garantía automática, sino que dependerá del criterio del tribunal, en atención de los documentos y las razones dadas. A todo ello debe añadirse que el tribunal exigirá previamente la suficiente garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de los perjuicios, lo que, dadas las circunstancias, es casi seguro que no podrá asumir el deudor hipotecario.

6. No todo impago equivale necesariamente al incumplimiento de la obligación con efectos de vencimiento anticipado

El presupuesto para que pueda despacharse la ejecución hipotecaria, habitualmente, entre otros, el incumplimiento de la obligación de pago, no está definido expresamente en la normativa procesal; puede suponerse que el legislador se remite implícitamente a lo pactado entre las partes, como sería lógico y coherente en atención al principio de autonomía de la voluntad. Es decir, la normativa únicamente fija los motivos para denegar el despacho de la ejecución o para oponerse al mismo, pero no atiende a los supuestos en que una parte puede acceder a la vía judicial ejecutiva.

Las escrituras públicas refieren habitualmente como causa de vencimiento anticipado el mero incumplimiento de la obligación de pago, es decir, la mera desatención de un pago determinado previsto en la escritura pública, con independencia de su entidad o cuantía.

Dado el silencio legal indicado, es razonable sostener que lo que debe entenderse por *conditio iuris* es la noción general de “incumplimiento de la obligación garantizada”, que no es equivalente a “la mera desatención de un pago determinado previsto en la escritura pública, con independencia de su entidad o cuantía o de las circunstancias en que se ha producido”.

Es cierto que el art. 693 LEC prevé que el proceso especial de ejecución hipotecaria “será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si viciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación, y siempre que tal estipulación conste inscrita en el Registro”. Ello no obstante, esta previsión legal implica únicamente que el legislador acoge la validez de las cláusulas de

vencimiento anticipado y habilita en estos casos al acreedor a acudir a esta vía procesal especial. Eso sí, sólo respecto del impago de parte del capital e intereses, en contra de lo que suelen prever las escrituras públicas de hipoteca: el vencimiento ante cualquier impago de cualquiera de las obligaciones asumidas por el prestatario. Por el contrario, este precepto no implica que, una vez se presente la demanda ejecutiva por el impago de parte del capital e intereses, el juzgado deba considerar necesariamente que se ha producido un incumplimiento de la obligación garantizada con efectos de vencimiento anticipado. Así, en el caso de que el ejecutado pretenda sostener esta eventualidad, deberá acudir al proceso declarativo correspondiente para discutir la cuestión del vencimiento (art. 685 LEC), con las limitadas posibilidades ya indicadas y que más adelante se examinarán con más detalle.

Pues bien, “impago” e “incumplimiento de la obligación” son dos proposiciones lingüísticas que no coinciden entre sí. Así, la noción de “incumplimiento” presenta una larga historia en la tradición jurídica occidental, que ha cristalizado, entre otros, en el artículo 1.258 del Código Civil, según el cual los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

En este punto debe advertirse que si optamos por admitir la equivalencia absoluta entre impago de una cuota o de parte de una cuota (con independencia de las circunstancias) e incumplimiento de la obligación garantizada (con efectos de vencimiento anticipado y ejecutabilidad directa de la garantía real) no hay debate alguno ni dudas en cuanto a la inconstitucionalidad: el ejecutado podrá oponerse a la ejecución alegando el pago de la deuda y si no ha pagado, simplemente, ha incumplido.

Por el contrario, si sostenemos que en determinados supuestos puede darse un impago pero no el incumplimiento con los indicados efectos de vencimiento anticipado, entonces debemos advertir que el régimen procesal establecido por el legislador impide de modo absoluto siquiera detectarlos, al menos en el marco del proceso de ejecución.

7. Cambio en las circunstancias relevantes ajenas a la voluntad del deudor y a su conducta contractual

A continuación se apunta un posible supuesto paradigmático respecto del cual se pueden plantear dudas de inconstitucionalidad del régimen legal: un ciudadano ha suscrito en el pasado un préstamo hipotecario para adquirir un inmueble que pasará a constituir su vivienda habitual; va pagando las cuotas hasta que, tras subir durante varios años seguidos el tipo de interés variable (por ejemplo, el Euribor), no puede afrontar, en parte, el pago del crédito, a pesar de mantener el mismo trabajo que ya tenía y que fue ponderado por el acreedor hipotecario precisamente para otorgarle el crédito. A la subida del tipo de interés debe

añadirse el propio coste de la vida, en relación con el descenso del poder adquisitivo del sueldo. La cuestión es la siguiente: el acreedor hipotecario considera que el prestatario ha incumplido, por lo que quiere ejecutar la hipoteca y expulsar al ejecutado y a su familia de su vivienda. ¿Debe ser ello así en todo caso?; ¿hay algún tipo de margen o espacio legal-procesal para analizar la medida en que se ha producido un incumplimiento de entidad mínima, atendiendo a las especialísimas circunstancias económicas y de mercado en las que se ha producido el impago parcial?

Lógicamente, el interés variable vincula al prestatario y debe abonarlo, aunque suba notoriamente, puesto que así lo contrató, pero si es el único factor que ha cambiado, ¿genera necesariamente y en todo caso el incumplimiento de la obligación con efectos de vencimiento anticipado? Ciertamente, no es tan claro que ello deba ser así.

8. Examen de oficio del vencimiento anticipado por el tribunal: información suficiente

Llegados a este punto, a continuación se examinará la medida en que estas eventuales circunstancias, que, también eventualmente, pudieran poner en duda la concurrencia de la *conditio iuris* que, como hemos visto, debe concurrir en toda ejecución hipotecaria que afecta a una vivienda, pueden ser introducidas en el proceso y ser examinadas por el tribunal.

El tribunal debe despachar la ejecución sin poder tener en cuenta hechos posteriores a la emisión de los documentos que le son presentados, en especial si tenemos en cuenta que ya no existe el requerimiento previo al despacho de la ejecución. El antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria daba cierta base para permitir al tribunal examinar cuestiones relativas a la relación jurídica documentada, es decir, el crédito asegurado (certeza, subsistencia, exigibilidad y cuantía), a cuyo efecto disponía no sólo del título y del escrito de demanda, sino también del acta notarial del requerimiento previo, en el que el deudor podía hacer constar las alegaciones que considerara oportunas. El artículo 131 de la Ley Hipotecaria establecía como requisito indispensable para el despacho de la ejecución que el juez examinara la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito.

Además, el acreedor debía hacer constar en la demanda los hechos y las razones jurídicas determinantes de la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito y la cantidad exacta. Se requería un pronunciamiento del juez relativo a que el crédito había derecho nacido, cuando ello no se desprendiera directamente del mismo título, y que no se había extinguido, que había llegado a su término natural o anticipado el vencimiento. Ello se explica porque el título ejecutivo únicamente refleja la existencia y contenido de la relación jurídica documentada en el momento de la creación del título, pero no en el momento de despacharse la ejecución. En el anterior sistema el juez debía atender no sólo al escrito de demanda sino también a las

alegaciones que pudiera hacer el deudor al contestar el requerimiento de pago, que era previo al despacho de la ejecución.

La actual LEC únicamente exige que en la demanda ejecutiva se exprese la cantidad reclamada. Con la regulación actual el tribunal no dispondrá de la información necesaria para ponderar si no ha concurrido en la realidad un incumplimiento sustancial con los efectos indicados, por lo que se ve impelido a despachar la ejecución sobre la base de las alegaciones efectuadas exclusivamente por el ejecutante. Es por ello que ni siquiera es viable una interpretación extensiva (de por sí cuestionable) de un eventual motivo de denegación del despacho de la ejecución por considerar el tribunal que el título aportado y alegado carece de fuerza ejecutiva en relación con el caso concreto: simplemente, no se dispondrá de información sobre las circunstancias fácticas que hayan rodeado el impago para que el tribunal pueda contrastarlas con el contenido de la escritura pública y ponderar la medida en la que en el caso concreto el título está en condiciones de desplegar su fuerza ejecutiva, en forma de vencimiento anticipado.

Esta situación podría resultar asumible en términos constitucionales (derecho a la tutela judicial efectiva y derecho a la vivienda) si se le diera al ejecutado, en sede de oposición, la oportunidad de introducir este tipo de alegaciones, es decir, la falta de concurrencia de un estricto incumplimiento, con efectos de vencimiento, a pesar de la presencia de un eventual impago parcial de una cuota, bajo ciertas condiciones especiales. Esta eventualidad tampoco es permitida por la normativa procesal.

El propio sistema legal impide, de modo absoluto y sin ninguna alternativa interpretativa por parte del tribunal, que se introduzca en el proceso de ejecución un mínimo examen de las circunstancias que han motivado el impago. Ya hemos visto que la remisión al proceso declarativo se efectúa en unas condiciones que no evitan la referida indefensión del ejecutado hipotecario.

9. ART. 579 LEC: Insuficiencia del producto de la venta y continuación de la ejecución respecto de todos los bienes del deudor presentes y futuros

Una vez examinados los extraordinariamente restringidos términos de la oposición a la ejecución hipotecaria, ahora nuestra atención debe dirigirse a lo dispuesto en un precepto ciertamente especial, que, interpretado juntamente con el resto del sistema legal de ejecución hipotecaria, puede realzar más si cabe sus efectos vulneradores de tales derechos constitucionales.

A diferencia de otros sistemas hipotecarios, como el norteamericano, en el que si el deudor no abona las cuotas pactadas, debe entregar al acreedor el inmueble y, simplificando, se cancelan

las deudas asumidas con ocasión del préstamo hipotecario de vivienda, en el sistema español la situación es sustancialmente distinta: evidentemente, el deudor ve ejecutado el bien inmueble y, en el caso habitual de tratarse de su vivienda, se ve privado de la misma, pero además, para el caso (también habitual) de que lo obtenido con la venta del inmueble sea insuficiente, el acreedor podrá perseguirle indefinidamente contra todos sus bienes e ingresos hasta el completo abono de las cantidades pactadas, que, en muchos casos, no se limitan al capital prestado y sus intereses, sino que incluyen muchos otros conceptos económicos.

Se trata del artículo 579 de la LEC, ubicado de hecho fuera del apartado propio de la ejecución hipotecaria, pero que constituye un nuevo argumento, de especial importancia, para la posible inconstitucionalidad del régimen legal de ejecución hipotecaria.

Los preceptos analizados hasta el momento quizá por sí solos podrían generar ciertas dudas en cuanto a su eventual inconstitucionalidad. Ello no obstante, una vez se les une sistemáticamente el artículo 579, captamos la más que probable inconstitucionalidad del sistema de oposición hipotecaria y de continuación de la misma en caso de insuficiencia del producto obtenido con la venta del inmueble.

Prevé este artículo que si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución.

De los términos del artículo 579 se observa esta significativa implicación: cuando se trata de regular la oposición a la ejecución hipotecaria del deudor hipotecario, el legislador opta procesalmente, tácitamente, por una accesoriadad débil. En cambio, cuando se trata de regular la continuación de la ejecución en caso de que el acreedor hipotecario no haya obtenido con la venta del inmueble todo el capital e intereses reclamados. Es decir, cuando ya se le han limitado al ejecutado, de modo casi absoluto, las opciones de oposición, entonces el legislador opta por una especie de “accesoriadad fuerte sobrevenida”, al establecer, ahora sí de modo expreso, una absoluta continuidad entre la ejecución especial y la ordinaria por el resto del capital e intereses que quede por cubrir.

Esta reflexión refleja y justifica de modo sintético y concluyente los motivos de la posible inconstitucionalidad planteada, la cual se basa ciertamente en ponderaciones de matiz, no evidentes a primera vista, pero que, una vez percibidas desde una perspectiva jurídico-constitucional, permiten captar la medida en que el artículo 579 no es sino un reflejo o una cristalización de la inconstitucionalidad potencialmente contenida en los artículos 695 y 698.

De modo sorprendente dada la minuciosidad con que se regula la ejecución hipotecaria cuando se trata de limitar las opciones procesales del deudor hipotecario, el legislador ni siquiera prevé que cuando se disponga acordar la continuación de la ejecución por el importe

que quede por cubrir, ello incluya una nueva oportunidad de oposición por parte del ejecutado (ya no hipotecario, sino ordinario) según el sistema general de motivos de oposición fijado para la ejecución ordinaria de títulos ejecutivos no judiciales.

En caso de no admitirse esta interpretación, postura que constituye, por otra parte, la práctica forense mayoritaria, la conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del deudor hipotecario frente al acreedor hipotecario adquiriría unas dimensiones absolutamente inadmisibles en el seno de un Estado constitucional, democrático, social y de derecho.

10. Posible admisión de un nuevo motivo de oposición sin efectos suspensivos cuando el bien afectado sea la vivienda

En definitiva, el legislador ha optado por reputar procesalmente como irrelevantes unos hechos, las circunstancias en que se producen los impagos de las cuotas hipotecarias, que difícilmente pueden reputarse como tales en la actual coyuntura social y económica. Simplemente los expulsa del proceso de ejecución y los remite a un proceso declarativo ulterior al que ningún deudor hipotecario acudiría, ya sea por falta de recursos, por falta de efectos jurídicos del segundo proceso respecto del primero o, simplemente, porque sabe que tardará al menos un año en obtener una sentencia en primera instancia. Esta situación aparentemente anómala podría solventarse con la mera previsión de la posibilidad de examinar la cuestión del vencimiento, siquiera en este tipo de casos dada la afectación a un derecho constitucional como el de la vivienda, en el marco del proceso de ejecución.

A estos efectos, ni siquiera sería imprescindible reconocer al incidente efecto suspensivo - al que tanto teme el legislador-, puesto que el tiempo que ordinariamente se requiere para la venta en pública subasta del inmueble hipotecado permitiría la celebración de la correspondiente vista y el dictado del correspondiente auto. Es cierto que el actual colapso de los juzgados y la dilación con que se señalarían tales vistas pondría en cuestión esta alternativa procesal, pero, de nuevo, ello podría solventarse, sin necesidad de recurrir a los efectos suspensivos, meramente con atribuir carácter preferente al señalamiento de la vista, opción por otro lado justificada en atención a los bienes jurídicos afectados. Mientras esta modificación legislativa no se produzca, subsisten y subsistirán las importantes dudas de inconstitucionalidad que pretendían ser expuestas con el presente texto.

4. Concursos de personas físicas y problemas inmobiliarios

José María Fernández Seijó,

Magistrado del juzgado mercantil nº 3 de Barcelona

1. Cuestiones generales.

Tal y como indica la exposición de motivos de la Ley Concursal (LC) *“La ley opta por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema [...] La superación de la diversidad de instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes es una fórmula que, además de estar justificada por la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil, viene determinada por la tendencia a simplificar el procedimiento”*.

Si un no iniciado leyera por primera vez el texto de la LC podría pensar que por su redacción la mayoría de los preceptos van destinados a regular las situaciones de insolvencia de las personas físicas dado que cuando la ley se refiere a las personas jurídicas, a las sociedades mercantiles, lo menciona expresamente – así por ejemplo en el artículo 48 de la LC-.

Sin embargo, lo cierto es que en realidad la mayor parte de los concursos que se inician tanto voluntarios como necesarios se refieren a personas jurídicas, a sociedades anónimas y limitadas. El número de concursos que afectan a personas físicas es porcentualmente insignificante, inferior al 5%, y si se circunscribe a personas físicas que no son comerciantes o no avalan o afianzan créditos de sociedades mercantiles, el número de concursos declarados de personas físicas es casi simbólico.

Las circunstancias en las que se aprobó la LC – en plena época de bonanza económica en el ya lejano principio del siglo XXI, tiempo en el que se pensaba que en un escenario de globalización no se producirían crisis en el sistema económico y financiero – hicieron que el legislador desoyera las recomendaciones que provenían de algunas instituciones europeas que advertían de las peculiaridades del sobreendeudamiento de los consumidores y la necesidad de abordar esas situaciones de insolvencia en el marco de una legislación que combinara no sólo los elementos civiles o mercantiles, sino también factores sociales, culturales y económicos propios del sobreendeudamiento.

Más de cuatro años después de la entrada en vigor de la LC, estamos inmersos en una profunda crisis económica que afecta no sólo a las estructuras industriales y financieras, sino también a la economía de cientos de miles de familia. En los años 2007 y 2008 se ha incrementado sustancialmente el número de concursos que afectan a personas físicas. Sin

embargo, aún siendo sensible este aumento, lo cierto es que la cantidad de concursos de familias sigue siendo porcentualmente intrascendente, sobre todo si se compara con el acogimiento de instituciones concursales de personas físicas en otros países del entorno económico y jurídico de España – fundamentalmente Francia y Alemania, sin eludir la experiencia en muchos países de cultura jurídica anglosajona.

A la espera de que el legislador aborde bien una reforma en profundidad de la normativa concursal, bien una norma específica en materia de insolvencia de consumidores, lo cierto es que son muy pocos los preceptos que en el texto vigente de la Ley Concursal disciplinan el concurso de personas físicas y, dentro de este ámbito, el referido a la posibilidad de declaración conjunta del concurso de un matrimonio; de “lege ferenda” sería deseable que se introdujera en la Ley un título específico que regulara este ámbito tan complejo de la insolvencia.

Antes de profundizar en el análisis de los preceptos que destina la Ley a la materia es necesario advertir algunas omisiones legales casi insalvables:

- 1) En los contados pasajes en los que se menciona al concurso conjunto de un matrimonio olvida el legislador concursal que en otros ámbitos del derecho la referencia legal no se hace tanto al matrimonio como una institución jurídico formal, sino a cualquier tipo de convivencia permanente entre personas con base en una relación afectiva incluso no formalizada.
- 2) La mención al concurso de los matrimonios olvida también la existencia en distintas comunidades autónomas de regímenes conyugales diversos que operan con carácter supletorio en los supuestos en los que los cónyuges no optaran expresamente por uno u otro régimen matrimonial.
- 3) Tampoco se hace referencia al hecho de que muchos matrimonios, sobre todo en los supuestos en los que pueda haber cierto activo patrimonial o en matrimonios surgidos como consecuencia de la nueva estructura de las relaciones familiares (matrimonios formados por cónyuges que han formado por separado familias con anterioridad a su unión), cada vez es más habitual que por la vía de las capitulaciones o pactos esponsalicios los cónyuges hayan disciplinado una parte importante de sus patrimonios y relaciones patrimoniales. Estos contratos o capitulaciones tienen un complicado encaje en las normas generales que la LC prevé respecto del efecto de la declaración de concursos en los contratos preexistentes.
- 4) No hay tampoco una normativa específica para poder abordar el tratamiento de las crisis matrimoniales – separación o divorcio – dentro del procedimiento concursal, concretamente la gestión de los aspectos patrimoniales y la intervención de la

administración concursal tanto en los procedimientos contenciosos como los de mutuo acuerdo.

- 5) Finalmente, advertir que el artículo 47 de la LC se ha manifestado ya insuficiente para coordinar las obligaciones que el concursado pueda tener en el concurso tanto durante la fase común, como durante las fases de convenio o liquidación, con las obligaciones que surjan de los procedimientos familiares.
- 6) En cuanto a las ejecuciones hipotecarias debe advertirse que el contenido del artículo 55 de la Ley impide la suspensión de los procedimientos hipotecarios en concurso puesto que la normativa concursal exige para poder acordar la suspensión, que se trate de concurso de empresas en las que el bien hipotecado sea necesario para la continuidad de la actividad empresarial. En el supuesto de concursos de personas físicas la vivienda habitual se considera necesaria para la supervivencia digna del deudor, pero no necesaria para ningún tipo de actividad.
- 7) Probablemente, el único marco posible para afrontar los problemas de las ejecuciones hipotecarias sea la protección al consumidor por medio del control de oficio de las cláusulas abusivas. Esas cláusulas se enumeran en el artículo 85 y siguientes de la Ley 1/2007, texto refundido de la ley de consumidores y usuarios, y su control de oficio lo habilita la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia (asuntos Mostaza Caro y Océano).

Estas evidentes lagunas legales deberán superarse a partir de una interpretación integradora de las normas concursales que afectan al matrimonio con las normas generales – civiles o de derecho de familia – que disciplinan esta materia, para evitar con ello que el concurso pueda servir como vía para alterar los complejos equilibrios del derecho de familia.

2. Régimen legal

2.1. Declaración conjunta del concurso necesario

No existe una norma específica que permita la solicitud de concurso necesario de un matrimonio. Si se examina al detalle el artículo 3.5 se puede comprobar que el texto de la Ley establece la posibilidad de que el acreedor solicite la declaración judicial conjunta de concurso

de varios de sus deudores si existe confusión de patrimonios, es decir, para que pueda instarse la declaración conjunta de un matrimonio será imprescindible:

- 1) Que ambos sean deudores del instante.

- 2) Que exista confusión de patrimonios, es decir, que no sea posible determinar qué bienes integran la masa de uno y otro cónyuge. En palabras del profesor ROJO²² existe confusión de patrimonios cuando no es posible determinar con seguridad los bienes y derechos afectos a la responsabilidad patrimonial universal de un determinado deudor, (art. 1911 CC) si pertenecen a éste o a otro de los deudores insolventes, o cuando esos bienes estén mezclados o confundidos con los de otro u otros deudores. Esta posible acumulación del concurso de ambos cónyuges ya ha sido abordada y aceptada por la práctica judicial²³.

2.2. Disolución del régimen de gananciales

En el auto de declaración de concurso – artículo 21 LC – se establece en el apartado 7º que dicha declaración determinará, en su caso, la decisión sobre la formación de pieza separada para la disolución de la sociedad de gananciales, remitiendo al artículo 77.2 del mismo texto legal que indica que el cónyuge del concursado podrá solicitar la liquidación de dicho régimen siempre y cuando los bienes gananciales respondan de forma efectiva de las deudas privativas del cónyuge concursado²⁴. El concursado puede solicitar la disolución en todo caso.

²² “Comentario a la Ley Concursal”, Coordinada por Ángel Rojo y Emilio Beltrán, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2004.

²³ Así el auto del Juzgado Mercantil 3 de Barcelona de 29 de diciembre de 2004: “En principio la redacción del artículo 25 de la Ley Concursal indica que los mecanismos de acumulación de los concursos de personas casadas sólo puede producirse una vez ha sido declarado el concurso y a instancia de la administración concursal. Sin embargo, no tiene sentido ni procesal ni material tener que aguardar a dicha declaración para poder tramitar los concursos de modo acumulado desde su arranque, declaración conjunta que permite la Ley en los concursos necesarios (artículo 3.5). Acreditada la situación de insolvencia de ambos cónyuges -cuestión que se examinará en el fundamento siguiente- la declaración de concurso de ambos cónyuges, su tramitación coordinada y el mantenimiento de una misma administración concursal sin duda facilitará la tramitación del procedimiento y permitirá una tramitación más ágil y beneficiosa para los deudores y, fundamentalmente, para los acreedores. La acumulación de procedimientos no debe suponer la confusión de masas, confusión que perjudicaría a los acreedores, sino la tramitación coordinada de los procesos concursales determinando las deudas privativas y las comunes así como los acreedores de uno y otro cónyuge y los que pudieran ser comunes.”

²⁴ Así los profesores ORDUÑA y PLAZA en la obra “Comentario a la Ley Concursal” citada con anterioridad.

Este precepto determina que la disolución sea una facultad reconocida al cónyuge del concursado pero no existe precepto alguno que determine si dicha facultad se reconoce también en el supuesto de que estando ambos cónyuges declarados en concursos se pueda requerir la disolución del régimen de gananciales indistintamente por cualquiera de ellos.

A la vista del artículo 807 de la LEC parece evidente que cualquiera de los cónyuges puede solicitar la liquidación del régimen económico matrimonial, siendo competente para el conocimiento de este juicio el juez del concurso.

2.3. Acumulación de concursos voluntarios

Respecto de la acumulación del concurso de ambos cónyuges el artículo 25.3 de la Ley ha sido superado por la práctica en la medida en la que el mencionado precepto determina que hayan de dictarse los autos independientes de declaración de concurso de cada uno de los cónyuges y, una vez declarados, que los administradores concursales de cualquiera de ellos solicite la acumulación. Desde el inicio de la aplicación de la Ley Concursal se ha optado, Auto del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona de 29-12-2004, por admitir la solicitud conjunta de concurso voluntario de ambos cónyuges con una sola demanda y documentos anexos – sin perjuicio de que se deban discriminar los activos y pasivos de cada uno de los miembros del matrimonio. Evitando con ello problemas de competencia, problemas de dualidad de órganos del concurso y gestionando las publicaciones del concurso, la insinuación de créditos y la emisión del informe de modo coordinado.

2.4. Las facultades patrimoniales de los concursados

En cuanto a las facultades patrimoniales del deudor – artículo 40 – debe, necesariamente, vincularse al artículo 44.2 en cuanto a la fijación de los actos u operaciones propios del giro o tráfico de la actividad del concursado que por su cuantía o naturaleza puedan quedar generalmente autorizados, e incluso al artículo 47 en cuanto al régimen de alimentos de los concursados.

En definitiva, no basta con fijar si el régimen patrimonial será de suspensión o de intervención, sino que la administración concursal habrá de fijar con mayor precisión qué actos o disposiciones patrimoniales quedan fuera de la fiscalización del concurso bien por tratarse de una cuantía ínfima; bien por ser los propios de la actividad de los concursados; o bien por entenderse incursos dentro de un criterio amplio de alimentos incluyendo no sólo los referidos a la manutención, sino también al transporte y desplazamiento del concursado, ocio, pequeñas liberalidades con familiares, etc. No cabe duda que la fijación de estos ámbitos de disponibilidad dependerán también de la concreta situación patrimonial de los concursados.

2.5. Los alimentos

La fijación de los alimentos en el concurso de las personas físicas – artículo 47 – no puede entenderse sólo en clave concursal, sino que debe vincularse a aquellos bienes y derechos que configuran el patrimonio inembargable en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre todo en lo referido a las rentas y sueldos respecto de los que no pueden efectuarse trabas – el doble del salario mínimo interprofesional y los correspondientes porcentajes respecto de las cantidades superiores a esos salarios -. No debe olvidarse que en el caso de personas físicas y, con más precisión en el supuesto de matrimonio:

- a) Que de modo motivado podrán fijarse alimentos por debajo del doble del salario mínimo interprofesional si se tiene en cuenta que el concurso puede gestionar los gastos de vivienda (alquiler o hipoteca), los suministros vitales (agua, luz y gas). De modo que los alimentos reconocidos coincidirán con un concepto muy estricto o reducido de los mismos que incluiría lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia sanitaria, desplazamiento u ocio indispensable.
- b) Que en el caso de un matrimonio podría establecerse una cantidad común para ambos que cubriera sus necesidades también comunes.
- c) No hay referencia en la Ley Concursal al régimen de alimentos en el supuesto de parejas no casadas. Debe advertirse que en algunas comunidades autónomas – Cataluña, Baleares – existen legislaciones en las que se reconocen alimentos a parejas no casadas, en otros territorios a falta de una normativa específica parece razonable extender el régimen de alimentos en caso de concurso asimilándolos al régimen de los matrimonios (así ORDUÑA y PLAZA); debe en este punto tenerse en cuenta que el artículo 93 cuando trata de los créditos subordinados se refiere no sólo al cónyuge sino a la persona que conviva con el concursado.

La falta de concordancia entre la Ley Concursal y la Ley de Enjuiciamiento civil es particularmente trascendente en la apertura de la liquidación. Así, mientras la Ley Concursal indica que se extingue el derecho a percibir alimentos con cargo a la masa activa – artículo 145 –, la LEC no modifica el ámbito patrimonial no sujeto a trabas, lo que habrá de determinar que el Juez respete cuando menos dichas cantidades y bienes – doble del salario mínimo, ajuar familiar, bienes necesarios para la actividad profesional, incluso los bienes de valor ínfimo que no pueden ser sacados a subasta conforme a la LEC. Los profesores ORDUÑA y PLAZA han advertido de la necesidad de aplicar las normas “del sentido común” para buscar acomodo en el derecho civil respecto de los derechos de las personas que dependan económicamente del concursado que no puedan percibir alimentos de ninguna otra persona.

Por otro lado, si bien es cierto que en cuanto a los alimentos que los concursados deban prestar a terceros conforme a las normas de derecho de familia no será de aplicación la Ley Concursal, no se advierte que bajo la referencia del derecho de familia o los alimentos a menores en ocasiones se recogen contribuciones al pago de cargas que exceden de los alimentos – pago de segundas residencias, de vehículos en interés de la familia, asunción de actividades no imprescindibles ... - que deberán ser tratadas conforme al prisma concursal tanto en cuanto a las deudas anteriores a la declaración de concurso como en cuanto a la deuda contra la masa generada durante el concurso. Lo único que establece la Ley Concursal es que los alimentos que se deban a terceros – artículo 47.3 – se satisfarán con cargo a la masa, lo que determina su correspondencia con el artículo 84.2.4º de la Ley.- Sin embargo este precepto no soluciona tres cuestiones capitales:

- a) ¿Qué hacer cuando la masa no tenga liquidez? El artículo 154 parece claro respecto de la imposibilidad de iniciar ejecuciones dentro del concurso para el pago de créditos contra la masa sean del tipo que sean. Con ello se limitan las amplias facultades de apremio individual previstas en la LEC que quedarán sometidas al mandato genérico de suspensión de ejecuciones iniciadas y nulidad de las que se pretendan iniciar del artículo 55.
- b) Los alimentos considerados como crédito contra la masa no quedan fuera del principio del vencimiento en cuanto a su atención. Lo que puede determinar que los alimentos puedan quedar comprometidos.

No pueden asimilarse a los créditos contra la masa los alimentos debidos anteriores a la declaración de concurso, alimentos que, conforme al artículo 49 de la Ley se consideraran dos créditos concursales que, por lo demás, no gozan de privilegio alguno y que incluso podría verse postergado puesto que los acreedores de alimentos suelen ser las personas especialmente relacionadas con el concursado – art. 93 – sin que dicho artículo haga mención a la posibilidad de que esos familiares puedan estar inmersos en procedimientos de separación de hecho o en fases preliminares de un procedimiento de familia.

El régimen del artículo 47 es manifiestamente insuficiente y esta situación en cuanto a los alimentos se complicaría en el supuesto de que ambos cónyuges estuvieran en situación de concurso no habiendo liquidado su patrimonio común pero manteniendo deudas cruzadas derivadas de medidas cautelares matrimoniales.

2.6. Acciones rescisorias

Dos son las circunstancias reflejadas en la regulación de las acciones rescisorias que pueden tener trascendencia en cuanto a las relaciones conyugales. La primera de ellas se vincula a la determinación del concepto “liberalidades de uso” al tratar de las presunciones *iuris tantum*.

La segunda se plantea respecto de la presunción *iuris tantum* de perjuicio en los actos dispositivos a título oneroso con personas especialmente relacionadas. No hay encaje legal satisfactorio respecto de los efectos dado que el artículo 73 no establece la subordinación como consecuencia de la reintegración respecto del demandado salvo en los casos de mala fe, por lo que puede resultar posible desde un punto de vista teórico plantear un acto dispositivo con un pariente o familiar que, sin embargo, no se le pueda imputar por el hecho de serlo mala fe.

Las audiencias provinciales (SAP de Barcelona de 26 de septiembre de 2007) han tenido la oportunidad de declarar que el hecho de que se hayan acumulado concursos no ha de determinar la confusión de patrimonios a efectos de las acciones rescisorias.

2.7. La integración de los bienes conyugales en la masa activa del concurso

El artículo 77 de la Ley Concursal se refiere a una situación en la que sólo uno de los cónyuges está en concurso y el otro no. Si ambos cónyuges se encuentran declarados en concurso – acumulado o no – parece lógico que cualquiera de ellos pasa a disponer de la facultad de disolver la comunidad de gananciales o cualquier otro régimen de comunidad.

La cuestión fundamental en estos supuestos será la precisión en la elaboración de los inventarios y de la lista de acreedores puesto que en función del régimen matrimonial y del tipo de deuda se tendrán que distinguir entre:

- Bienes privativos o propios de cada cónyuge.
- Bienes gananciales o comunes de cada uno de los socios.
- Deudas privativas de cada cónyuge.
- Deudas comunes a ambos cónyuges.
- Deudas de un cónyuge respecto de las que deba responder el patrimonio común.

El incidente concursal de liquidación será competencia del juez del concurso y en él deberán ser parte en todo caso los cónyuges y la administración concursal.

2.8. El juego de presunciones del artículo 78 de la Ley

No es sencillo el redactado de este artículo inicialmente pensado para supuestos en los que uno de los cónyuges haya sido declarado en concurso y el otro no. Lo que sí parece claro es que las presunciones no se aplicarán en supuestos de separación de hecho o de derecho. Aunque a este respecto el legislador no establece un período de “sospecha” similar al de las

reintegraciones, por lo que se puede llegar a la situación absurda de que cónyuges separados de hecho días antes de la solicitud de concurso evitan los efectos de este artículo.

Por otra parte debe advertirse que el artículo 78 no hace sino regular una especialidad de la reintegración que obligará a la administración concursal a plantear el correspondiente incidente previo a la inclusión en el inventario. El primero de los apartados se refiere a los supuestos de un cónyuge casado en régimen de separación de bienes, por lo tanto afecta a aquellos bienes adquiridos por el cónyuge no concursado respecto de los que la contraprestación se identifique que proviene del patrimonio del concursado. Estos bienes pasan a formar parte de la masa activa del concurso – salvo prueba en contra – pues se presume que sea contraprestación se ha hecho a título de donación, no es sino un reflejo de la presunción muciana. Debe advertirse – como indican ORDUÑA y PLAZA – que la presunción se proyecta sobre la totalidad de los bienes, no sobre la mitad de los mismos, aunque estos mismos autores defienden la posibilidad de que pueda aplicar proporcionalmente “cuando en la contraprestación se hayan empleado bienes que son titularidad del deudor junto con bienes cuya procedencia sea del cónyuge in bonis o no se puede determinar”.

Si el bien adquirido por el cónyuge no concursado lo ha sido con contraprestaciones cuyo origen no esté identificado, la presunción de donación afecta sólo a la mitad de esa contraprestación. En este caso se aplica la presunción a los bienes adquiridos durante el año inmediatamente anterior a la declaración de concurso. Esta segunda presunción se aplica tanto a las adquisiciones entre cónyuges como las de éstos con terceros.

Debe advertirse que lo que se integra en la masa es lo donado o lo presuntamente donado, la contraprestación, circunstancia que permite considerar que con esta específica reintegración se pretende dejar sin efecto la donación.

La segunda de las presunciones se refiere a los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de supervivencia. En estos supuestos el bien se considera divisible y se debe integrar en la masa la mitad del mismo evitando con ello que el pacto de supervivencia determine un perjuicio para el cónyuge que antemuera. Esa integración en la masa no ha de determinar de suyo la división del bien – el ejercicio de la acción de división de cosa común – sino sólo la inclusión del activo en ese modo reflejado en el inventario. Incluso se pudiera dar el caso de que en un escenario de liquidación la administración concursal prefiriera enajenar la cuota-parte del bien sin dividirlo siempre que fuera en interés del concurso.

El único elemento que “suaviza” permitiendo que el cónyuge no concursado eluda la inclusión del bien en el activo si satisface a la masa la mitad del valor – la ley no distingue si debe ser el valor de adquisición o si podrá generarse controversia respecto de las rentas o mejoras – supóngase que los cónyuges han adquirido un solar y en el momento del concurso de uno de ellos se ha levantado una vivienda financiada por el cónyuge no concursado. Las pautas para fijar el valor no son claras y, en caso de controversia, lo deja al arbitrio del juez una vez oídas

las partes y la administración concursal. Sólo en el caso de la vivienda conyugal a favor del cónyuge no concursado se establece como valor el de adquisición pero actualizado conforme a las modificaciones del IPC, sin superar el valor de mercado. Esta opción de división diluiría su sentido si ambos cónyuges estuvieran declarados en concurso ya que esa adquisición previo pago de la mitad debería contar con el informe favorable de la administración concursal, informe que dependerá de la referencia que se utilice para fijar el valor. La preferencia que la Ley reconoce al cónyuge no concursado desaparece si ambos están declarados en concurso.

Dos cuestiones finales en este punto que pueden resultar de interés:

- a) Para poder articular todo este juego de presunciones la administración concursal no sólo ha de indagar en el patrimonio del concursado, sino también en el del cónyuge. Debe trasladarse el deber de colaboración al cónyuge no concursado.
- b) Estas fórmulas deberán encajar con el régimen legal de la comunidad de bienes matrimonial o el régimen económico de gananciales en cuanto a las presunciones de ganancialidad de determinados bienes.

2.9. Cuentas indistintas

Aunque el precepto del artículo 79 no sólo afecta a los matrimonios lo cierto es que es en el seno de un matrimonio o de una familia en el que se pueden producir estas situaciones. Si el concursado es titular de la cuenta de modo indistinto, la misma se integra en sus saldos acreedores – no en los deudores – en la masa activa. Esta decisión la adopta la administración concursal realizando una apreciación suficiente al respecto y contra esa decisión cabe plantear el incidente concursal que rompa con la presunción de que la cuenta debe dividirse – por ejemplo si se constatan ingresos de ambos cónyuges – o incluso atribuirse al cónyuge no concursado si todos los ingresos fueren suyos.

2.10. Reflejo del régimen económico matrimonial en el inventario

Cuando la administración concursal aborda la elaboración del inventario – artículo 82 – tiene el deber de recoger no sólo los bienes privativos del concursado, sino también los bienes comunes o gananciales con su correspondiente valor. El inventario se convierte en un instrumento importante en el procedimiento concursal sobre todo si se atiende a que conforme al artículo 97 de la Ley si en el inventario hay imprecisiones o errores sobre la naturaleza del bien como privativo o ganancial la falta de recurso al inventario determinará que el cónyuge no pueda cuestionar en otro momento la naturaleza de dichos bienes. Por lo tanto, el informe de la administración concursal se convierte en un instrumento esencial para la identificación de la naturaleza de los bienes.

2.11. Créditos contra el cónyuge del concursado

Por expresa indicación del artículo 84.2 al definir la masa pasiva del concurso no se incluirán los créditos que siendo del cónyuge del concursado deban ser satisfechos con cargo a los bienes comunes o gananciales. Con el objeto de ordenar este precepto será bueno identificar el siguiente esquema:

- a. Créditos del concursado que quedan cubiertos con cargo a sus bienes privativos.
- b. Créditos del concursado que deberán ser cubiertos con cargo a los bienes comunes.
- c. Créditos que no son del concursado sino de su cónyuge pero respecto de los que deberán responder los bienes comunes o gananciales.- Son los que quedan excluidos del inventario conforme al artículo 84.2; en cualquier caso en el inventario de activos deberán advertirse como cargas dichas deudas.

La administración concursal – artículo 86.3 – deberá recoger en la lista de acreedores si los créditos en el concurso de la persona física casada tendrán que hacerse efectivos sobre el patrimonio privativo o también sobre el patrimonio común. Así aparece también en el artículo 94.2.II de la Ley concursal.

2.11. Sobre la subordinación de los créditos de los familiares del concursado

Del juego de los artículos 92 y 93.1 de la Ley no cabe otra conclusión que la de considerar que los créditos anteriores a la declaración de concurso que se encuentren pendientes de pago y de los que sea acreedor el cónyuge o sus descendiente han de ser postergados. Debe destacarse que el artículo 92 cuando identifica los créditos subordinados no discrimina entre los créditos derivados de conflictos de familia de otro tipo de créditos de los que puedan ser acreedores los familiares. Por otra parte tampoco se distingue entre familiares en situaciones de conflicto anteriores a la declaración de concurso. Con las normas de derecho de familia en la mano sólo evitarían la calificación de subordinados los créditos de cónyuges divorciados, dado que en el caso de separación o de créditos derivados de medidas cautelares no desaparece el vínculo matrimonial.

En todo caso en aras a una interpretación armónica de la Ley Concursal con el resto de normas – fundamentalmente las de derecho de familia – y con el fin de no llegar a soluciones formalmente acertadas pero con resultados injustos, parece razonable que no se posterguen

los créditos contra el concursado del cónyuge o de los hijos cuando se hayan iniciado actuaciones judiciales antes de la solicitud de concurso.

2.12. Las propuestas condicionadas de convenio

No hay dentro de las normas de convenio ningún precepto específicamente previstos para los concursos de personas físicas casadas, tanto en el supuesto de que ambos cónyuges hayan sido declaradas en concurso, como para el supuesto de que una esté concursada y la otra no. En supuestos de concurso de persona casada el cónyuge no concursado podrá asumir algún tipo de obligación conforme al artículo 100 – los llamados convenios de asunción. En el caso de que ambos cónyuges hayan sido declarados en concurso es posible la articulación de convenios vinculados o condicionados conforme al artículo 101.2, es decir que la aprobación de uno de los convenios se condicione a que el otro convenio sea aprobado.

Tampoco hay en las normas sobre liquidación preceptos específicos que pudieran aplicarse a los supuestos de personas casadas. Pese a ello deben traerse a este capítulo todas las normas y reglas referidas a la situación del patrimonio común y el régimen económico por cuanto el plan de liquidación – artículo 148 – o la realización de los bienes conforme a las normas subsidiarias afectará tanto a los bienes privativos como a los bienes comunes que respondan de las deudas del concursado. La liquidación, en todo caso, quedará supeditada a que se haya concluido el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales o de la comunidad de bienes.

Finalmente en la calificación del concurso la situación de los matrimonios podrá verse reflejada bien por la vía de la complicidad – 166 –, como incluso por la vía de considerar en algunos supuestos, siempre y cuando se haya desarrollado la prueba correspondiente, que un cónyuge ha actuado como administrador de hecho del otro sobre todo en estructuras familiares muy tradicionales en la que fuere cual fuere la titularidad formal de los bienes es uno solo de los cónyuges el que adopta todas las decisiones determinantes que puedan afectar al patrimonio del concursado. La figura del administrador de hecho – artículo 172 de la Ley Concursal – obliga a que el Juez en la sentencia de calificación deba especificar las razones, circunstancias o hechos en base a los cuales llega a tal consideración. La figura del administrador de hecho permitirá por un lado la derivación de responsabilidades patrimoniales conforme al párrafo tercero del artículo 172, por otro la inhabilitación del administrador e incluso en los supuestos más graves la adopción de la medida cautelar de embargo durante la tramitación del procedimiento – artículo 48.

5. La experiencia de asesoría colectiva a personas afectadas por ejecuciones hipotecarias

Rafa Mayoral
Abogado de la cooperativa Kinema de Madrid

La experiencia de la Cooperativa Kinema de Madrid arranca en el 2006 a partir de un grupo de profesionales jóvenes y precarizados que desarrollan un proyecto de economía social mediante el ejercicio de distintas profesiones (abogacía, economía, psicología y trabajo social). Este proyecto tiene entre sus ejes vertebrales la intervención comunitaria y el trabajo con sectores vulnerables a la exclusión social.

Junto con el ejercicio individual de cada profesión se ha participado en diversos proyectos de inserción sociolaboral, de promoción del cooperativismo, de fomento de la participación y de cooperación con diversas entidades sociales, entre las que destacan las organizaciones de migrantes. En el marco de esa colaboración con las organizaciones de migrantes se estableció un convenio con la Coordinadora Nacional de Ecuatorianos (CONAE) en España por el que la Cooperativa pasó a desarrollar la orientación y asesoría Jurídica, además de llevar adelante una labor de asesoría asociativa y de cooperar en la realización de una *auditoría social de las hipotecas basura*.

Concretamente el trabajo con la CONAE empezó el mes de octubre de 2008, y a pesar de que estaba previsto que la labor de orientación y asesoría abarcase todos los aspectos: laboral, extranjería, civil, etc... la situación de emergencia social provocada por las hipotecas basura y el boom inmobiliario cambió radicalmente las previsiones. En primer término las consecuencias se manifestaron por el aumento de los tipos interés de los préstamos hipotecarios, por la drástica reducción de ingresos familiares, entre otras razones por la desaparición de las horas extras y los destajos en la construcción.

A la reducción de los ingresos y la subida de los tipos de interés se le añade la situación de aquellas personas que cuando suscribieron el préstamo firmaron los primeros años de carencia, es decir el pago sólo de intereses, las llamadas *hipotecas crecientes*. Las cuotas aumentaron en muchos casos por encima del 100% de la cuantía inicial. Amén de estas cuestiones se detectan todo tipo de irregularidades y engaños en la compraventa de los pisos hipotecados.

En enero de 2009, a pesar de la bajada de los tipos de interés se produce una nueva oleada de personas que saturan el servicio fruto del aumento exponencial del desempleo. Mayoritariamente se trata de gente trabajadora, familias en las cuales los hombres trabajan mayoritariamente en el sector de la construcción o en sectores auxiliares a la misma, con contratos por obra y servicio, muchos de ellos en situación de trabajadores autónomos

dependientes, sin cobertura de desempleo. Las mujeres, por su parte, se encuentran más vinculadas al sector servicios, trabajadoras del hogar, ayuda a la dependencia y hostelería. La población masculina es la primera en perder el empleo de forma masiva quedando el núcleo familiar en muchos casos a expensas de la prestación al desempleo y del salario más pequeño, el de las mujeres. En muchos casos, además, las personas no tienen prestación de desempleo por tratarse de trabajadores autónomos dependientes o falsos autónomos, muy habituales en el transporte y la construcción.

El primer paso consiste en informar y explicarle a la persona qué supone un préstamo hipotecario y cuáles son las obligaciones que de acuerdo a la ley se derivan del mismo. A continuación se despliega una actividad orientada al asesoramiento de las personas hipotecas en su negociación con las entidades financieras antes del inicio de los procedimientos de ejecución hipotecaria. Esta tarea presenta resultados desiguales, y tiene como prioridad evitar un procedimiento judicial de ejecución hipotecaria. En algunos casos se llega a renegociar los términos del préstamo hipotecarios, en la mayoría se busca una solución basada en la entrega de la propiedad de la casa a cambio de la cancelación completa de la deuda. De forma excepcional, incluso, se ha llegado a conseguir el alquiler de la vivienda a los ocupantes para evitar el desalojo.

Esta atención se realiza en las instalaciones de la Asociación, sin que exista la posibilidad de realizar acompañamientos en las negociaciones y sin representar ni defender en procedimientos de ejecución, todo ello con el objetivo de garantizar un trato igualitario a todas las personas usuarias. La mayoría de estas personas afirma no saber realmente qué habían firmado y que consecuencias se derivaban del incumplimiento, existe la sensación generalizada de haber sido objeto de un engaño.

Se puede comenzar con los casos más sangrantes, aquéllos en los cuales las personas fueron captadas por medio de agresivas campañas de marketing, o bien a través de intermediarios inmobiliarios en su propio puesto de trabajo, bajo una argumentación sencilla: “Cómprase una vivienda por el precio de un alquiler, cuando vuelva a su país lo vende y así ahorra para el futuro”. En este contexto se generalizó el pago de comisiones desorbitadas - de 10.000, 15.000 y hasta 30.000 euros- a los intermediarios de las operaciones. Para poder pagarlos se llegó a pedir préstamos personales a entidades bancarias o a los propios intermediaries, e incluso en algunos casos a emitir letras de cambio que son reclamadas periódicamente a los compradores hipotecados.

La primera de residencia de los migrantes suele producirse en condiciones precarias, en muchos casos de hacinamiento. La estabilización de población migrante del Ecuador en España permitió vislumbrar la posibilidad de llevar adelante procesos de reunificación familiar. La ausencia de una oferta suficiente de alquiler y la inestabilidad que ofrece la legislación española a las personas inquilinas desde el decreto Boyer, se unió al incentivo permanente que desde las administraciones públicas promovió el acceso a la vivienda mediante la propiedad y

el préstamo hipotecario. El salto del piso compartido al piso que iba a dar cobijo al núcleo familiar en la mayoría de los casos se produjo en forma de compra de pisos de segunda mano, mayoritariamente de más de 30 años de antigüedad, en muchos casos con necesidad de importantes reformas las cuales se realizaron con préstamos vinculados a la compraventa. En otros casos se produjeron compraventas en las que participaban diferentes personas pertenecientes a la familia extensa que por los rigores de la vida se veían en la necesidad de compartir vivienda.

Los casos más habituales, no obstante, son los captados en operaciones de compra-venta de pisos con su consiguiente préstamo hipotecario y personal. Estas operaciones se impulsaron por intermediarios, en su mayoría inmobiliarias, que articulaban el entrecruzamiento de avales para conseguir los préstamos hipotecarios. Los intermediarios gestionaban las operaciones completas, la negociación con las entidades financieras, la preparación de las escrituras y el contacto con los notarios. En muchos casos, inclusive, la elección de la vivienda acababa en manos de los intermediarios. Estos mismos intermediarios, en connivencia en muchos casos con el personal de las entidades financieras, incluían a desconocidos entre sí como avalistas, en otros casos como titulares del préstamo e inclusive como copropietarios de las viviendas para eludir así el control de riesgos. De esta forma, las operaciones de compraventa y de contratación de préstamos se encontraban fuera del control de los futuros propietarios hipotecados.

Muchos de los usuarios fueron conscientes de la situación en el momento de la firma e incluso en algunos casos intentaron negarse a ella. En esos casos eran amenazados con los contratos en arras que según los intermediarios les iban a hacer perder no sólo la operación sino además una importante suma de dinero. Ante estas intimaciones, firmaban bajo la promesa verbal de poder sacar a los avalistas o copropietarios en el plazo de 2 años con la revalorización del inmueble. Una revalorización que como es obvio nunca se produjo. Sobre las condiciones particulares de estas operaciones, las entidades financieras se escudan en que ellas no sabían, no conocían los avales cruzados. Bueno quizás pudiera ser pero ¿no llama la atención una operación de un préstamo hipotecario donde no coinciden las personas titulares el préstamo y los propietarios de la casa? ¿No resultó sospechoso que determinados intermediarios repitieran las gestiones de operaciones similares una y otra vez? Muchas personas afectadas afirman que los propios directores de las sucursales les indicaron que los avales eran temporales.

Amén de otras cuestiones queda por desentrañar las relaciones que mantuvieron dichos intermediarios con las entidades financieras y los responsables de sus sucursales, que no dudaron en tramitar y preparar todas las operaciones directamente con los intermediarios sin que se produjera intervención alguna de los futuros propietarios hasta el mismo momento de la firma. Ninguna de las personas atendidas en la asesoría tuvo oportunidad de tener con antelación la documentación que iba a ser firmada.

En cualquier caso quizás el tema más llamativo es el referido a las tasadoras, muchas de ellas propiedad de las mismas entidades financieras que de forma sistemática sobrevaloraron las viviendas para hacer viable las operaciones. Sin una tasación acorde a la desorbitada escalada de precios no era posible la contratación del préstamo hipotecario y la compraventa. La sobrevaloración en las tasaciones de pisos ha sido, pues, un elemento esencial en la consolidación de la especulación inmobiliaria. Ha hecho posible el aumento desenfrenado del precio de las viviendas. En las compraventas las viviendas eran vendidas por una cuantía muy inferior a la de la valoración de la tasadora, la cual coincidía con el monto del préstamo. Dos cuestiones se deducen de este asunto:

1. El negocio inmobiliario y financiero ha sostenido y generado entre otras cosas un importante fraude fiscal.
2. Las tasadoras han dado cobertura a la subida desenfrenada de precios de la que sólo han salido beneficiadas la banca y las inmobiliarias, ambas principales propietarias de muchas de ellas. Su actividad ha contribuido a convertir un bien de primera necesidad, un derecho, en un negocio cuasi piramidal basado en la especulación.

Queda por despejar la incógnita de cómo fue posible que los precios subieran de forma tan desorbitada en España cuando eran construidas tantas viviendas. En una ocasión se acompañó a la asociación a una reunión con una de las principales entidades del país que por intermediación de terceros quiso realizar un intercambio de pareceres. No fueron capaces de explicar la sobrevaloración de pisos efectuada por su tasadora. En primer término los responsables de la entidad argumentaron que eran valoraciones de mercado. Se les dijo entonces que cómo explicaban que una vivienda efectivamente vendida en 180.000 euros según consta en escritura de compraventa sea tasada para hipotecar en 280.000 euros, ¿de qué mercado nos hablan? ¿De un mercado negro con bienes de primera necesidad avalado por las tasaciones y el crédito de las entidades financieras? ¿Quizás de maquinaciones destinadas a la subida artificial de un bien de primera necesidad como la vivienda?

Los poderes públicos debieran mirarse al espejo y encontrar en su actuación una responsabilidad que viene contemplada constitucionalmente. Legislación en materia de suelo, disposiciones en materia tributaria, planes generales de ordenación urbana, recalificaciones de suelo, todo un entramado que ha permitido el superávit fiscal y la especulación desenfrenada. Las administraciones públicas, tan preocupadas por el riesgo de una crisis generalizada del sector financiero y tan intransigentes ante la desesperación de los que pierden su empleo, su vivienda y en muchos casos su permiso de residencia como resultado de un modelo productivo basado en la especulación con un bien de primera necesidad y un derecho, la vivienda.

Resulta especialmente llamativo que hasta la fecha no se hayan tomado medidas efectivas para impedir que las familias afectadas por el fraude inmobiliario caigan en la exclusión social,

mientras miles de millones de euros de las arcas públicas son puestos a disposición de las entidades financieras. Los principales responsables del problema son los principales receptores de las ayudas mientras las víctimas sufren el más terrible desamparo frente a la arremetida de los inventores de las hipotecas basura.

A modo de resumen:

1. Resulta escandalosa la sobrevaloración de las viviendas por empresas de tasación participadas o de propiedad de bancos o cajas, que por un lado convirtieron en un mero formalismo la tasación, y por otro acomodaron el valor del piso a las necesidades del banco para colocar mayores cantidades de crédito. De una muestra de 180 hipotecas del colectivo ecuatoriano la hipoteca media es de 220.000 euros, y la más alta es de 400.000.
2. Se dieron grandes facilidades para acceder a créditos. Por una parte se concedió a familias con inestabilidad de ingresos, empleados en la construcción bajo contrato de finalización de obra y por otra se dio créditos por encima de sus capacidades de pago, que comprometían más allá del 40% de los ingresos familiares. Cabe señalar que en algunos casos las inmobiliarias ayudaron a preparar las declaraciones del IRPF de los hipotecados.
3. Se concedieron préstamos con tasas de interés de el Euribor más 2 y 3%, pero hay casos en los que el interés mínimo garantizado para el banco es 4,5%, así que aunque baje el Euribor a 0% el banco cobrará el 4,5%
4. No se explicó a la gente el funcionamiento del mercado hipotecario, por el contrario, se les dijo que no subiría tanto el interés y se promocionó la idea de que es un mecanismo de ahorro, de tal forma que cuando regresasen a su país de origen podían vender el piso y llevarse sus ahorros.

Mecanismos tramposos para eludir el control de riesgos:

1. Para cumplir aparentemente con la normativa hipotecaria se pide avales, pero se acepta avales cruzados entre deudores de distintas instituciones financieras, con lo cual el riesgo se aumenta. En muchos casos las mismas inmobiliarias consiguen los avalistas, que son otros inmigrantes que necesitan pisos y se ven obligados por este mecanismo perverso a dar su aval a cambio de que otros también les otorguen el aval, de esta manera familias que no se conocían han establecido una cadena de hipotecados y avalistas.
2. Para aumentar aparentemente o disfrazar la suficiencia de ingresos se incluye a los avalistas como copropietarios del piso, lo cual no hace necesario otros avales, resultando socios de una compra que no habían previsto ni remotamente.
3. Para supuestamente asegurar el crédito se obliga a adquirir en sus aseguradoras tanto

seguros innecesarios como el seguro de vida y en casos como Caja Madrid se presiona para comprar un seguro de hipoteca protegida, que cubre 12 meses cuando el endeudado está en paro, pero tiene que tener un contrato de trabajo indefinido. En una muestra realizada, del 22% de personas que han comprado este seguro solamente 2 personas han podido cobrarlo.

La crisis económica y la presión de las entidades financieras contra los titulares de las hipotecas de viviendas, amenazan con crear una situación de emergencia social que entra directamente en conflicto con el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la que el Reino de España es parte, " Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad."

A su vez, el Informe del Relator Especial de la ONU sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon Kothari, con respecto a España dice que a pesar de que en las disposiciones de la Constitución se reconoce que la vivienda es un derecho básico, en la práctica es considerada un simple bien de consumo, que se compra y se vende. En este contexto, debe recuperarse la función social de la vivienda y aplicarse plenamente el artículo 47 de la Constitución. Todos los sectores de la sociedad, incluidos los promotores inmobiliarios, los constructores, las agencias inmobiliarias, los grupos de la sociedad civil y otros agentes de los sectores público y privado, continua el documento, deben participar en la realización de este derecho humano básico. España debería adoptar una política nacional de vivienda integral y coordinada, basada en los derechos humanos y en la protección de los más vulnerables. En ese contexto, el Relator Especial instaba a que se adoptase un enfoque indivisible de los derechos humanos en lo que respecta a las políticas sobre vivienda adecuada. Además, es necesario incorporar políticas sociales en todos los planes y políticas sobre urbanismo y vivienda. Las autoridades españolas deberían reunir datos desglosados sobre las condiciones de vivienda, sobre todo relativos a los grupos vulnerables, que proporcionen al Gobierno la información necesaria para iniciar políticas conformes a las obligaciones que le imponen los derechos humanos y la Constitución. La legislación y las políticas del Estado y las comunidades autónomas deberían reconocer los derechos económicos, sociales y culturales, y en particular el derecho a una vivienda adecuada. El Relator Especial recomienda que en el proyecto de Plan Nacional de Derechos Humanos se incluyan todos los derechos económicos, sociales y culturales. El Relator Especial considera que la primacía otorgada al modelo de la vivienda en propiedad ha tenido varias consecuencias negativas para la realización del derecho a una vivienda adecuada. En primer lugar, ha marginado a los sectores de la sociedad que no tienen medios para comprar una vivienda. Entre esos grupos figuran las mujeres, las familias de bajos ingresos, los migrantes, los jóvenes,

las personas de edad y los romaníes. En segundo lugar, ha generado una especulación incontrolada, la cual también ha dado lugar a numerosos problemas, como los casos de corrupción que han recibido una amplia atención en los medios de difusión y están siendo investigados. La edificación desmedida en varias regiones del país también ha tenido graves consecuencias para el medio ambiente y la sostenibilidad a largo plazo de algunas regiones, en particular las del litoral español. Deberían ser objeto de seria reflexión el funcionamiento del mercado, el modelo actual de la vivienda en propiedad y el efecto negativo que éste pueda tener en las opciones de vivienda para las personas de bajos ingresos. El Relator Especial cree que el Gobierno, en todos sus niveles, no tiene más alternativa que intervenir en el mercado de la vivienda y del suelo y regularlo, para garantizar la realización efectiva del derecho a una vivienda adecuada, asequible y accesible mediante un descenso de los precios de la vivienda y del suelo.

El Relator Especial cree que la expansión del régimen de propiedad es resultado se debe a que en las últimas décadas se han aplicado políticas que lo han fomentado considerablemente, tanto en el sector inmobiliario público como en el privado, mediante deducciones impositivas y otras medidas. Esto ha dado lugar a una situación en la que no se han promovido lo suficiente otros regímenes de ocupación, como el alquiler para los segmentos de la población con ingresos más bajos. El Relator Especial reitera la recomendación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la que éste pedía a España que tomara "medidas correctivas para mejorar las condiciones de vivienda y crear más viviendas, individuales o colectivas, así como créditos y subvenciones para las familias de bajos ingresos y los grupos desfavorecidos y marginados con arreglo a la Observación general del Comité". El Estado también debería castigar con dureza prácticas tales como el acoso inmobiliario, la corrupción y la discriminación en el sector inmobiliario. Deberían ponerse a disposición de todos los residentes de España procedimientos adecuados de investigación, sanción y reparación. El Relator Especial es de la opinión que son necesarias investigaciones y enjuiciamientos más rigurosos de las personas responsables de estos casos, en particular promotores, y aboga por una aplicación más estricta de la legislación actual, como las disposiciones pertinentes de la nueva Ley de suelo. Las autoridades a todos los niveles deberían estudiar la aplicación de los Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo, en particular la recomendación de llevar a cabo evaluaciones de los efectos de los desalojos. El Relator Especial opina que debería reflexionarse seriamente sobre el funcionamiento del mercado, el modelo de propiedad de la vivienda y su posible efecto negativo en las posibilidades de vivienda económica, y que es preciso que el Estado intervenga en el mercado."

Se está delante de un problema que trasciende lo mercantil y lo civil, para entrar de lleno en un conflicto en el que se vulneran los derechos humanos, en el que los sectores más vulnerables de la sociedad están siendo sometidos a un saqueo por parte de las entidades financieras, que les sitúa a muchos de ellos en situaciones de exclusión social. Pérdida del

empleo, pérdida de la vivienda, pérdida del permiso de residencia y en los casos más extremos pérdida de la custodia de los hijos o expulsión del país. Personas que tras los procedimientos hipotecarios se quedan con una deuda impagable de por vida, algo que dificulta la salida de la situación de exclusión social a la que fueron abocados por el fenómeno de la especulación inmobiliaria.

El fraude inmobiliario y la estafa hipotecaria constituyen un atentado contra los derechos de la comunidad de la gente trabajadora y los Derechos Humanos, por lo tanto es preciso exigir el esclarecimiento de la verdad y el derecho a la justicia, así como medidas urgentes que palien los efectos provocados a las víctimas. La delimitación de la verdad y el pedido de Justicia enlazan al tiempo con la posibilidad de articular denuncias penales contra los responsables de la estafa, un mecanismo que permita delimitar responsabilidades y paralizar las ejecuciones, una posibilidad que se encuentra supeditada a la posibilidad de reunir pruebas concretas que permitan a los afectados iniciar dichos procedimientos.

La movilización ha sido una señal de identidad de la lucha de CONADEE contra la crisis hipotecaria. La primera asamblea tuvo lugar el 3 de noviembre de 2008 en el salón de actos de la UGT con la asistencia de 700 personas. En este encuentro se acordó la constitución de comisiones de trabajo, la recogida de firmas de cartas dirigidas a Rafael Correa presidente de la República del Ecuador y a José Luis Rodríguez Zapatero presidente del gobierno del Reino de España, asimismo se acordó convocar una nueva Asamblea el 16 de noviembre de 2008. La Carta dirigida a Zapatero recoge las principales reivindicaciones del movimiento: apoyo a las víctimas del fraude las familias trabajadoras, limitación de la deuda al bien hipotecado, intervención pública, expropiación a precio real de las viviendas subastadas para crear parque público de vivienda en alquiler social, impedir los desalojos y parar el proceso de ilegalización de personas iniciado por la destrucción de puestos de trabajo y por una legislación de extranjería que condiciona la estancia legal en España a tener un contrato de trabajo. Así mismo se reclama el inicio de una auditoría social que delimite las responsabilidades del fraude inmobiliario y de la estafa hipotecaria. La Asamblea considera también la necesidad de que se considere la situación como una vulneración de los derechos humanos y por tanto se exija verdad y justicia y que paguen los responsables y no las víctimas como ocurre hasta ahora.

La carta dirigida a Rafael Correa denuncia la situación de fraude y estafa hipotecaria sufrida por la comunidad ecuatoriana en España, la indefensión que padecen los deudores, se reclama una actuación enérgica en defensa de los migrantes que abarque desde el apoyo financiero mediante fondos soberanos como el Banco del Sur, hasta la creación de disposiciones legales concretas que impidan el cobro de la deuda en el Ecuador con un reconocimiento explícito de la existencia de fraude y estafa. Ante la situación de indefensión provocada por la denegación masiva del derecho a la justicia gratuita, se reclama del estado ecuatoriano la cobertura, el apoyo y la asistencia legal de las víctimas de las hipotecas basura.

La Asamblea de afectados por las hipotecas promovida desde Conadee del 16 de noviembre de 2008 decidió también la convocatoria de una Marcha contra el fraude inmobiliario y la estafa hipotecaria. En su comunicación a la delegación de gobierno en Madrid se comunica la intención de marchar desde la Embajada del Ecuador situada en la calle Serrano, hasta el Banco de España y de allí hasta la Moncloa. La idea es hacer entrega de las más de 3.000 firmas dirigidas al Presidente del Ecuador en la embajada, la visualización del problema ante el organismo regulador del sistema financiero el Banco de España y hacer entrega de 3.000 firmas al Presidente del gobierno de España. La delegación de Gobierno en Madrid recorta el derecho fundamental de manifestación restringiendo el recorrido desde la embajada del Ecuador hasta la Puerta Alcalá, lejos del Banco de España y de la Moncloa. Durante el recorrido la marcha fue rodeada por un cordón de las fuerzas de seguridad del Estado que en todo momento reducen la marcha a un sólo carril manteniendo una actitud hostil frente a los manifestantes y sin tomar medida alguna ante las puntuales provocaciones de la ultraderecha al paso por el Barrio de Salamanca.

A pesar de las restricciones la marcha fue un éxito, congregó a más de 1.500 personas y despertó masivamente la simpatía de los viandantes. Bajo qué criterios se restringieron los derechos fundamentales de los deudores, bajo qué criterios se restringió la posibilidad de congregarse a las puertas del Banco de España, qué problema existe para que las personas hipotecadas le puedan manifestar su descontento a este organismo público que a los ojos de diversos colectivos sociales ha tenido una actividad lesiva contra los intereses de los sectores sociales más vulnerables son preguntas sin responder a fecha de hoy y que desgraciadamente ponen en cuestión la calidad democrática del Reino de España.

El domingo 18 de enero de 2009 se realiza una asamblea de afectados por las hipotecas en Valencia con la asistencia de 100 personas. El domingo 25 de enero se realiza otra en Hospitalet con la asistencia de 150 personas. El domingo 15 de febrero se realiza una nueva asamblea en Madrid a la que asisten 500 personas y en la que se decide la convocatoria de una Jornada de movilización estatal para el 22 de marzo de 2009. La convocatoria se realizó con el siguiente lema: por el derecho a la vivienda, contra el fraude inmobiliario y las hipotecas basura, y tenía las siguientes reivindicaciones:

1. Moratoria en el pago de las cuotas hipotecarias para aquellas unidades familiares que acrediten que fruto de la crisis económica se han reducido sus ingresos en cantidades que hagan imposible el cumplimiento de sus obligaciones hipotecarias. Esta moratoria se aplicará sin la generación de intereses de demora y estableciendo la obligación de pago de una cuantía que no supere el 30% de los ingresos familiares.
2. En los supuestos en que se trate de ejecuciones judiciales por impago de hipotecas de viviendas familiares, que por el interés general el Estado expropie estas viviendas a un valor real, descontado la sobrevaloración fruto de la especulación, y consolide así un

parque público de vivienda que pueda ser arrendada con precios sociales, con carácter preferente a sus anteriores propietarios.

3. Realización de una auditoria social sobre el funcionamiento del mercado hipotecario. Existen indicios fundados que indican que la gente trabajadora ha sido objeto de un gran fraude que debe ser investigado con el objetivo de delimitar las responsabilidades de las entidades empresariales y bancarias beneficiadas del boom inmobiliario, así como la responsabilidad de las instituciones públicas.
4. La publicación de las entidades financieras que están recibiendo ayudas públicas para apoyar a las familias afectadas por la crisis hipotecaria y que no están cumpliendo con los compromisos.
5. Medidas sociales urgentes y una ley para impedir desahucios sin una solución habitacional estable que asegure que ninguna persona pueda quedarse en situación de desamparo fruto de la crisis inmobiliaria , en cumplimiento efectivo del artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 47 de la Constitución Española.

En la misma reunión en que se acuerda realizar la movilización se aprobó la presentación de la “propuesta de ley en defensa de los trabajadores y trabajadoras migrantes y contra el fraude hipotecario”. Esta iniciativa se presenta en la Asamblea del Ecuador, en ella se recoge la prohibición expresa de cobrar en el Ecuador las deudas contraídas fruto del fraude inmobiliario y las hipotecas basura registrado en España.

La Asamblea de afectados por el fraude inmobiliario y la estafa hipotecaria promovida por CNAEE reunida en Madrid propone a las organizaciones y entidades de la sociedad civil promover con urgencia una Iniciativa legislativa popular contra la Especulación, el fraude inmobiliario, la estafa hipotecaria y la usura. Se realizan movilizaciones en Murcia, en Valencia, en Barcelona y Madrid donde concurrirán en torno a las 2.000 personas, aunque la repercusión mediática es pequeña. En Madrid nuevamente la delegación del gobierno restringe el derecho de manifestación recortando el recorrido e impidiendo que de comienzo a las puertas del Banco de España.

El 1º de mayo ante la situación de emergencia social por la que atraviesan miles de familias trabajadoras en España en general y de la comunidad migrante ecuatoriana en particular, los afectados por las hipotecas basura y la CONADEE deciden participar en las manifestaciones de Madrid, Valencia y Murcia bajo el lema *Por el derecho a la vivienda Contra el fraude inmobiliario y las hipotecas basura!*.

La respuesta a la crisis social provocada por la especulación inmobiliaria trasciende la cuestión patrimonial y cuestiona de lleno los pilares básicos de una sociedad que pretenda proclamarse democrática. El fenómeno abarca en primer lugar la cuestión de las medidas sociales urgentes

que palien los efectos del fenómeno sobre las víctimas, las familias trabajadoras. En segundo lugar, el derecho de la sociedad a conocer la verdad acerca de un fenómeno económico que ha tenido rasgos de negocio piramidal, ha condicionado el modelo productivo y está desencadenando terribles consecuencias económicas y sociales. En tercer y último lugar la asunción de responsabilidades ante el escándalo que supone que los recursos públicos para afrontar el problema de las hipotecas basura en España estén siendo destinados principalmente para salvaguardar los intereses de las entidades financieras, mientras miles de familias son condenadas a la exclusión social y a la pobreza.

La pobreza es una situación que viola la legalidad internacional. Es la peor crisis de derechos humanos en el mundo y, sin embargo, no es un fenómeno natural o inevitable, sino que es el resultado de decisiones, acciones y omisiones por parte de los Estados y de actores no estatales. La pobreza impacta en el acceso y disfrute de los derechos económicos, civiles, sociales, políticos y culturales. Asimismo, un cuadro persistente de vulneraciones de derechos como la participación, la vivienda, la libertad de expresión, el derecho a ser informado y la salud, entre otros, no hace sino agravar y perpetuar la situación de pobreza. Así lo entendió el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU cuando definió la pobreza "como una negación de los derechos humanos "como una condición humana que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales".

El caso de las hipotecas basura en España unido a la especulación inmobiliaria está suponiendo un auténtico saqueo para las personas que pierden el empleo, la casa, y además quedan con una deuda impagable. En el caso de las personas migrantes la crisis puede significar también la pérdida del permiso de residencia. La situación de los menores ante la implosión económica y social del núcleo familiar inculca a los poderes públicos para que reaccionen y cumplan con las obligaciones en materia de protección de la infancia. Resulta patético observar las campañas de sensibilización de las obras sociales de las cajas acerca de programas de bancos de alimentos y de programas de acogida de niños empobrecidos. Quizás los principales recursos debieran ser orientados a no empobrecer a las familias trabajadoras hasta obligarlas a recurrir a los bancos de alimentos, a no destruir miles de familias trabajadoras por medio de hipotecas basura y ejecuciones hipotecarias antisociales.

Nada de lo que ha ocurrido hubiera sido posible sin la colaboración de las administraciones públicas que no han dejado de alardear acerca de superávit fiscal olvidándose que buena parte de ese superávit es fruto de la especulación inmobiliaria y se encuentra incluido en las cuantías de los préstamos hipotecarios. Muchas de las personas que han pasado por la asesoría apenas alcanzaron a pagar la parte correspondiente a impuestos del capital principal prestado por los bancos. Ahí surge la gran cuestión o la hipótesis sobre la que encontrar una explicación para la dejación de las obligaciones de las administraciones públicas contra la especulación inmobiliaria. Ahora llegado el momento de las dificultades las mismas administraciones

públicas debieran asumir su dejación de funciones y responder desde una visión social inclusiva con la protección efectiva de los derechos de las víctimas de la especulación inmobiliaria y la delimitación de responsabilidades.

Cada vez que un responsable de la administración pública alardea de la salud de nuestro maravilloso sistema financiero en comparación con el de países anglosajones se basa esencialmente en que bajo el sistema anglosajón la entrega del bien hipotecado cancela la deuda, y en cambio bajo el ordenamiento jurídico español se extiende esa responsabilidad a los bienes presentes y futuros de deudores y avalistas. Es decir, que de lo que se habla es de la capacidad que la ley da a las entidades financieras para exprimir las rentas del trabajo como garantía frente a los excesos especulativos del sacrosanto mercado.

Las grandes empresas inmobiliarias han registrado cifras récords de beneficios durante los últimos años y ahora se enfrentan a procesos de insolvencia sin que hasta la fecha nadie haya respondido penalmente ante los tribunales de justicia. Las entidades financieras, principales beneficiarias del boom de las hipotecas basura, tampoco han rendido cuentas acerca de su comportamiento antisocial, por el contrario son las principales beneficiarias del apoyo público mientras perpetran una descomunada operación desposesión de viviendas de gente trabajadora en dificultades económicas, con el aval de la administración pública.

El proceso de ejecución hipotecaria con sus motivos de oposición tasados en la Ley de Enjuiciamiento Civil - artículo 695 - deja a las personas hipotecadas en una situación que bien puede calificarse de indefensión, algo agravado por la imposibilidad en muchos casos de acceder a la Justicia gratuita. Existen indicios fundados de existencia de delitos que no han sido perseguidos. Queda un campo por explorar en la defensa de los derechos de los hipotecados, la solicitud de tutela judicial efectiva ante los juzgados de lo penal en la medida en la que se han cometido delitos con nefastas consecuencias personales, patrimoniales y sociales para sectores vulnerables de la sociedad especulando con la vivienda, en su doble condición de bien de primera necesidad y derecho. Quizás vaya siendo hora de levantar la prejudicialidad penal frente a la amenaza de los procedimientos de ejecución hipotecaria.

Si se aspira a construir una sociedad democrática existe la obligación de reclamar verdad, justicia, reparación y el fin de la impunidad de los sectores económicos privilegiados frente a la vulneración de los derechos humanos perpetrada por el capital financiero contra la gente trabajadora.

Junto con el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, se impone como necesidad la respuesta de la gente trabajadora, de la sociedad civil ante la actual situación de emergencia social, articulando respuestas colectivas solidarias, desarrollando la Auditoria Social, impulsando cuantos cambios legislativos sean necesarios para proteger los derechos humanos frente a los desmanes de las entidades financieras.

6. Ejecuciones hipotecarias y derecho a la vivienda: estrategias jurídicas frente a la insolvencia familiar

Vanesa Valiño
Directora del Observatori DESC

1. Boom inmobiliario e insolvencia familiar: el negocio del sobreendeudamiento

El crecimiento económico español de los últimos años ha ido estrechamente ligado a la construcción de viviendas y al impulso de la propiedad privada como principal régimen de tenencia. Para alcanzar este objetivo, las entidades bancarias, estimuladas por la ausencia de controles públicos, han incentivado la concesión casi indiscriminada de créditos hipotecarios. La ausencia de políticas que garanticen un alquiler accesible y estable, y el propio impulso del régimen de propiedad privada por parte de las administraciones públicas, indujo al sobreendeudamiento de una parte importante de la población como única forma de acceder a una vivienda digna²⁵.

En este contexto, llegó a financiarse hasta el 120% del valor de las nuevas viviendas, con cuotas que podían pagarse en 40 e incluso 50 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 -pero también personas desconocidas entre sí- se comprometen a responder no sólo por 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.

²⁵ El endeudamiento familiar en España ha experimentado un crecimiento vertiginoso que le ha llevado a pasar del 45 % en 1995 ó el 76,7 % en 2001, hasta el 143% en 2008. ADICAE denunció ya en 2003 la gravedad del endeudamiento familiar, cuyo factor principal era el crédito hipotecario. Ver ADICAE, http://www.adicae.net/download/ADICAE_sob.pdf

Estas actuaciones, alentadas o al menos consentidas por los poderes públicos, fueron el producto de una relación simbiótica entre notarios, tasadores, entidades financieras e inmobiliarias y contienen claros indicios de fraude y estafa generalizada. Con el estallido de la crisis y el aumento del paro, todo ello ha conducido a un escenario en el que miles de familias no pueden hacer frente al pago de sus cuotas hipotecarias y corren el riesgo de perder sus casas. Según el Consejo General del Poder Judicial, hasta septiembre de 2008 se habían iniciado 53.696 ejecuciones hipotecarias, más del doble que en todo 2007, y las previsiones apuntan a casi 90.000 nuevas ejecuciones en 2009 y más de 120.000 en 2010. Es decir, casi 300.000 ejecuciones hipotecarias y embargos en tres años²⁶. Además, en la medida en que la esencia del crédito hipotecario es garantizar el préstamo dinerario, la actual pérdida del valor de las viviendas significa que las personas hipotecadas no consiguen saldar sus deudas ni en caso de vender sus casas.

2. El proceso de ejecución hipotecaria en la legislación española

Lejos de atenuar el colapso de las familias hipotecadas, la legislación española supone un auténtico maltrato jurídico para las personas en situación de insolvencia. Por un lado, la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, elaborada en un momento de crecimiento económico y con mayoría absoluta del Partido Popular, si bien formalmente está destinada tanto a personas jurídicas como físicas, en la práctica permite que una empresa pueda liquidar sus deudas y empezar de cero pero no contempla la misma posibilidad para las familias insolventes. En concreto, el artículo 55 establece que, una vez iniciado el concurso de acreedores, se paralizarán todas las ejecuciones excepto las de los acreedores que dispongan de una garantía real, como es el caso de los créditos hipotecarios. A su vez, el artículo 56 puntualiza que sólo se paralizarán las ejecuciones de aquellos bienes vinculados a la actividad profesional, lo que, según la interpretación tradicional que se ha hecho de la ley, excluiría la vivienda habitual. Más allá de estos obstáculos, el procedimiento concursal para la solución de la insolvencia individual es desproporcionadamente costoso para ser útil. El coste medio de los servicios profesionales necesarios en la tramitación de un concurso pequeño se estima en torno a 12.000 euros (pago de procurador, abogado, administración concursal) y el plazo usual para llegar a un acuerdo es demasiado dilatado en el tiempo, alrededor de un año.

Por otro lado, la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) 1/2000 de 7 de enero, tampoco facilita el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de los afectados en procesos de ejecución hipotecaria. Su artículo 695 limita las alegaciones del ejecutado a los supuestos en que éste ya haya liquidado su deuda o en que el banco haya incurrido en un error de cálculo. De esta forma, se impide que el juez pueda examinar las circunstancias que han conducido a la

²⁶ ADICAE http://www.adicae.net/download/ADICAE_sob.pdf

insolvencia familiar o evaluar el grado de información efectiva que tenían los afectados al momento de contraer la hipoteca.

Otro aspecto controvertido de la misma LEC es el que hace referencia a la subasta del inmueble que consta como garantía del préstamo hipotecario. El artículo 671 establece que, en caso de quedarse la subasta desierta sin postores, el acreedor podrá adjudicarse el bien por el 50% de su valor de tasación. En el actual contexto de crisis, este artículo está posibilitando que las entidades financieras se adjudiquen los inmuebles por la mitad de su valor, reclamando el pago de la deuda restante, más los intereses y costas judiciales, a la persona en situación de insolvencia.

La regulación de la justicia gratuita, por su parte, establece unos baremos de ingresos que, *a priori*, suelen dejar fuera a las familias sobreendeudadas, precisamente por considerarlas "propietarias". Concretamente, el artículo 3.1. reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita a aquellas personas físicas cuyos recursos e ingresos económicos, computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar, no superen el doble del salario mínimo interprofesional. En la práctica, esto supone unos ingresos mensuales máximos por unidad familiar de 1.054,48€. Sin embargo, si bien la mayoría de familias hipotecadas suele superar el máximo de ingresos, éstos están comprometidos en su casi totalidad al pago de las cuotas hipotecarias. Como consecuencia, muchas de las personas en clara situación de insolvencia se ven excluidas de acceso a la justicia gratuita.

Finalmente, el mes de diciembre de 2007 entró en vigor la nueva Ley del Mercado Hipotecario. La reforma de la legislación hipotecaria constituía una oportunidad para establecer límites al sobreendeudamiento de las familias españolas y a la escalada de precios de las viviendas. De hecho, tanto el Comité Económico y Social de la Unión Europea²⁷ como el Fondo Monetario Internacional²⁸ habían alertado sobre los riesgos del "sobreendeudamiento doméstico y el implacable aumento de los precios de las viviendas". El mismo PSOE presentó un proyecto de "Ley de Prevención del Sobreendeudamiento Familiar por causas sobrevenidas y de buena fe" en 2003, y en su programa electoral de 2004 ofrecía una regulación sobre el sobreendeudamiento familiar. Sin embargo, una vez en el gobierno la propuesta quedó aparcada y la siguiente reforma de la Ley Hipotecaria, en lugar de introducir límites y reglas claras a la actividad crediticia, se limitó a incluir medidas que no abordaban el problema de fondo y que incluso daban más facilidades a la comercialización de nuevos productos bancarios como las "hipotecas inversas", o para los ya existentes mediante la disminución parcial de los costes y aranceles de tramitación.

²⁷ Dictamen del Comité Económico y Social sobre "El sobreendeudamiento de los hogares" (2002/C 149/01).

²⁸ Informe anual del FMI 2004 sobre España: <http://imf.org/external/pubs/ft/ar/2004/esl/index.htm>

Con el estallido de la crisis hipotecaria, en febrero de 2009, el grupo parlamentario ERC-IU-ICV, presentó una proposición de ley sobre el derecho a la vivienda²⁹. Las medidas recogidas se orientan, de un lado, a impedir el sobreendeudamiento de las familias mediante límites temporales y cuantitativos a los créditos hipotecarios, y a través del control de las entidades de crédito. Por otro lado, la proposición de ley establece medidas de intervención en caso de insolvencia familiar. Por ejemplo, se contempla desde el derecho a renegociar la deuda antes de enfrentarse al desahucio, hasta la dación del inmueble en pago de la deuda en caso de llegar a subasta. En el caso de las personas que hayan perdido su empleo o cuyos negocios hayan quebrado se prevé la posibilidad de aplazar la deuda, fraccionarla o buscar otra solución que permita que las personas afectadas sigan habitando en su vivienda. No obstante, y pese a la oportunidad de una reforma como la que plantea la propuesta del grupo mixto, todo indica que no tendrá gran acogida por el resto de grupos parlamentarios.

De hecho, las reformas realizadas en los últimos meses distan mucho de centrar la atención en la problemática de las familias hipotecadas. Así, mediante el real decreto 716/2009, de 24 de abril, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero³⁰, el gobierno aprobó una modificación que faculta a las entidades bancarias a ampliar la hipoteca en caso de que el bien inmueble sufra una depreciación respecto al valor inicial de tasación. De esta forma, con respecto a las personas físicas, la nueva regulación significa que si durante un año el valor del inmueble es inferior en un 20% al del crédito hipotecario, la entidad bancaria podrá requerir una ampliación de la hipoteca a otros bienes. Ya en el ámbito del alquiler, el Congreso de los Diputados ha aprobado el 25 de junio de 2009 un proyecto de ley de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler³¹, orientado, precisamente, a agilizar los procesos de desahucio en caso de impago de rentas.

Este panorama legislativo dista mucho del que existe en otros países europeos como Inglaterra, Francia, Alemania y Portugal. En Francia, la denominada Ley *Neiertz* de 1989, faculta por vía ejecutiva - a través de las Comisiones de Sobreendeudamiento de los Particulares- la imposición de condiciones de negociación entre entidades bancarias y particulares. Y posteriormente, en 2003, La Ley para la ciudad y la renovación urbana, también conocida como "Ley de la segunda oportunidad", prevé la condonación judicial de las deudas de personas físicas mediante la liquidación del patrimonio. En Inglaterra, por su parte, se regula la dación en pago, esto es, la posibilidad de que el hipotecado se libere de su deuda

²⁹ BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 152-1, de 13/02/2009. Disponible en: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw9&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28CDB20090213015201.CODI.%29#\(Página1\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw9&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28CDB20090213015201.CODI.%29#(Página1))

³⁰ BOE, num. 107, Sección 1, pag. 38490.

³¹ BOCG. Congreso de los Diputados, núm. 32-1, de 6/7/29.
Consultar en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_032-01.PDF

entregando el inmueble en cuestión. En Alemania y Portugal, por fin, se contempla un proceso de negociación que puede conducir a la condonación parcial de la deuda, cuando se trate de “deudores de buena fe”.

3. Respuestas institucionales frente a la insolvencia familiar

3.1. Respuestas institucionales en el ámbito estatal

En el caso español, las respuestas institucionales han venido condicionadas por la falta de voluntad para emprender una reforma global del régimen hipotecario. El gobierno central ha optado por destinar el grueso de recursos públicos a asegurar la viabilidad financiera de bancos y cajas³². Estas ayudas no han estado sujetas a ninguna condición que pueda beneficiar a las familias hipotecadas.

En este contexto, la principal medida del gobierno para solventar la insolvencia familiar ha sido la moratoria del ICO. Este programa, para el que se ha previsto un presupuesto máximo de 6.000 millones de euros, consiste en la posibilidad de posponer el pago de hasta 500€ de la cuota hipotecaria mensual. Sin embargo, se trata de una alternativa que presenta obstáculos insalvables para muchas de las familias. En primer lugar, la moratoria tan sólo se aplica a hipotecas que no superen los 170.000€. Este importe, que coincide con el precio medio a nivel estatal de una vivienda, deja fuera a grandes ciudades como Madrid y Barcelona, donde un piso no suele costar menos de 200.000€. Además, la moratoria tan sólo puede hacerse efectiva si no se ha incurrido en impago de alguna de las cuotas hipotecarias. Por último, y aún en el caso de que la persona cumpla con los requisitos, constituye una prerrogativa de la entidad bancaria aceptar o no la moratoria. De esta forma, si bien las previsiones del gobierno situaban en 500.000 las familias que podían llegar a beneficiarse de la medida, desde la puesta en marcha del programa en marzo de 2009 y hasta junio del mismo año, tan sólo se habían acogido a la moratoria 5.819 unidades familiares.

3.2. Respuestas institucionales en el ámbito autonómico: el caso de Cataluña

Las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, también impulsaron la promoción del crecimiento económico a través de la construcción de viviendas y del impulso de la propiedad privada. De hecho, en los años del boom inmobiliario la compraventa de

³² A pesar de la escasa información pública al respecto, se calcula que, a junio de 2009, estas ayudas ascendían hasta 250.000 millones de euros, entre ayudas directas, avales y compra de activos.

inmuebles fue uno de los principales ingresos – a través del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales - de las autonomías.

En términos generales, las Comunidades Autónomas tienen facultades para asumir competencias en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (Art. 148.1.3 Constitución Española). Esto significa que elaboran normativa, definen y desarrollan una política de vivienda propia, y gestionan la aplicación del Plan Estatal de Vivienda en su ámbito territorial. Además, tienen competencias en materia de asistencia social (Art.148.1.20).

En el marco de esta distribución competencial, y ante la presión de los colectivos de personas afectadas, las Comunidades Autónomas están comenzando a articular distintas propuestas. En Cataluña, por ejemplo, el Departamento de Vivienda de la Generalitat ha previsto diversas líneas de acción. La primera, ya en funcionamiento, consiste en una ayuda puntual a fondo perdido con objetivo de evitar la pérdida de la vivienda. No obstante, por una parte, al ser de un máximo de 2.800€ difícilmente puede resolver la situación de insolvencia y por lo tanto evitar el proceso de ejecución hipotecaria. Por otro lado, la prestación tan sólo se otorga si la cuota hipotecaria no supera los 1.000€ mensuales. Esta cifra resulta insuficiente para las hipotecas celebradas en los últimos años especialmente en ciudades como Barcelona.

La segunda línea de actuación anunciada recientemente es la voluntad de promover entre las entidades financieras la dación del inmueble en pago de la deuda, y su posterior conversión en vivienda de alquiler. Esta medida parece consistir en subvenciones a fondo perdido para bancos y cajas dirigidas a cubrir las mensualidades no cobradas por la entidad durante el proceso de dación. Además, una vez formalizado el contrato de alquiler, la Generalitat, a partir de un aval al alquiler, garantizaría a la entidad bancaria el pago de la renta, y el afectado, por su parte, podría permanecer en la vivienda, además de acceder a las ayudas públicas para el alquiler. Respecto a esta medida, por un lado es de esperar que no signifique una nueva ayuda para las entidades bancarias desvinculada de las subvenciones que ya han recibido. Por otro lado, la promoción pública de la dación en pago no debería representar en ningún caso, tal como sucede con la moratoria del ICO, una prerrogativa que las entidades puedan aceptar o no en función del caso en concreto, y que por lo tanto desincentive los actuales procesos de dación en pago que ya se están consiguiendo gracias a la presión de las organizaciones de consumidores y plataformas de afectados.

Finalmente, también desde el Departamento de Vivienda se está considerando la posibilidad de crear un servicio de asesoría y mediación para las personas afectadas, a través de la colaboración entre la propia administración, las entidades bancarias y las organizaciones sociales que están abordando la problemática.

3.3. Respuestas institucionales en el ámbito judicial

En el ámbito estrictamente judicial, se están planteando diferentes vías de defensa de los intereses de las familias hipotecadas. Una primera sería la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, esto es, la alegación de un cambio sustancial de las circunstancias en las que se pactaron los créditos hipotecarios. Así, la insolvencia sobrevenida de las familias con motivo de la crisis y la devaluación de las viviendas representarían circunstancias imprevistas que justificarían un cambio en las condiciones de pago de las hipotecas. Esta cláusula ha sido desarrollada en varias ocasiones por el Tribunal Supremo (así, por ejemplo, en las STS de 27 de junio de 1984 y 19 de abril de 1985), en contraposición al principio *pacta sunt servanda* (los contratos se celebran para cumplirse). Entre los requisitos de admisión de la cláusula *rebus sic stantibus*, el Tribunal Supremo ha señalado:

1. La alteración extraordinaria de las circunstancias desde el momento en que se celebró el contrato;
2. Que a consecuencia de esa alteración, se haya producido una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo de las pretensiones convenidas;
3. Que no exista otro medio jurídico para compensar ese desequilibrio;
4. Que esas nuevas circunstancias fueran del todo imprevisibles para las partes al momento de la celebración del contrato;
5. Que la parte que alega la cláusula lo sea de buena fe y carezca de culpa.

En aplicación de este principio, pues, podría reclamarse una nueva solución más favorable al ejecutado y diferente a la vigente al tiempo de firmarse el contrato. Esto podría incluir desde una posible reducción de la cuota hipotecaria en función de una nueva tasación de la vivienda, hasta una nueva negociación de la tasa de interés aplicable.

Una segunda vía, más incisiva, para afrontar las actuales ejecuciones hipotecarias, tiene que ver no ya con la alegación de un mero cambio de circunstancias, sino con la consideración como abusivas de muchas de las cláusulas originariamente pactadas. Esta posibilidad, en realidad, está contemplada en buena parte de la normativa de protección de usuarios y consumidores, tanto de ámbito estatal como europeo. El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, se refiere a este tipo de cláusulas en sus artículos 85 a 89. Aunque en muchos casos estas cláusulas tienden a excluir el tipo de operaciones que realizan las entidades financieras (artículos 85.3 y 91), consideran abusivas aquellas decisiones que vinculen el cumplimiento del contrato a la voluntad del empresario, las que sean contrarias a la buena fe o las que limiten o priven de derechos básicos a los usuarios, comenzando por el derecho a la información.

En realidad, uno de los problemas básicos para una intervención favorable a las familias hipotecadas tiene que ver con límites de carácter procesal, que impiden discutir durante la ejecución cuestiones de fondo. El procedimiento previsto en la LEC, como se ha dicho, imposibilita que el juez conozca las circunstancias en que se firmó el contrato, si los ejecutados disponían de la información necesaria, y cuáles son los motivos que le impiden hacer frente a su cuota hipotecaria. Frente a esta situación, se ha sostenido que la regulación vigente comporta un estado tal de indefensión, que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución española) y que sólo podría resolverse mediante una cuestión de inconstitucionalidad.

También se ha dicho, sin embargo, que los jueces podrían actuar de oficio en caso de que hubiera cláusulas abusivas. Esta posibilidad ha sido prevista recientemente por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). Así, en el asunto Océano, de 2009, el TJCE ha sostenido, en interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores que “las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores no vinculan al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito tal cláusula. El juez nacional deberá examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual. Y cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone”.

La posibilidad de que los propios afectados puedan intervenir en los procesos de ejecución hipotecaria plantea algunos problemas. Uno de ellos, como se ha visto ya, es la interpretación con frecuencia restrictiva que se ha hecho del derecho de acceso a la justicia gratuita. Esta interpretación, sin embargo, está en contraste con la propia exposición de motivos de la Ley de asistencia jurídica gratuita 1/1996. Allí, en efecto, se sostiene que el reconocimiento del derecho a la justicia gratuita opera en función de un “criterio objetivo, basado en la situación económica de los solicitantes, pero también a partir de un mecanismo flexible de apreciación subjetiva que posibilita efectuar el reconocimiento del derecho a personas cuya situación económica excede del módulo legal pero que, sin embargo, afrontan unas circunstancias que hacen conveniente ese reconocimiento”. Así, el artículo 5, sobre el reconocimiento excepcional del derecho, establece que la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita a partir de “las obligaciones económicas que pesen sobre la familia” podrá conceder excepcionalmente el reconocimiento del derecho a las personas cuyos recursos e ingresos, aun superando los límites previstos, no excedan el cuádruplo del salario mínimo interprofesional”. Además, el artículo 4 también precisa que “si el solicitante es propietario de la vivienda en que resida habitualmente, no constituirá por sí misma obstáculo para el reconocimiento del derecho, siempre que aquélla no sea suntuaria”.

La LEC, por su parte, contempla específicamente la posibilidad de que puedan plantearse acciones colectivas (*class action*), y no meramente individuales, contra estas prácticas

abusivas. Así, en su artículo 11 prevé la posibilidad de que las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas puedan defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios. Según el artículo 11.2, cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados. El artículo 11.3, por su parte, estipula que cuando los perjudicados sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas. Estas acciones son de especial interés ya que las eventuales sentencias que se dicten tienen efectos sobre todos aquellos consumidores que se hallen en igual situación que los enumerados en la demanda.

4. Respuestas de la sociedad civil y de los colectivos de personas afectadas

Numerosas organizaciones sociales y de consumidores venían anunciando en los últimos años las terribles consecuencias que ocasionaría el estallido del “boom inmobiliario”. Así, la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros, (ADICAE) denunció ya en el año 2002 los problemas del sobreendeudamiento hipotecario de las familias españolas³³. A su vez, en numerosas ciudades españolas a partir del 2006 se sucedieron manifestaciones en contra del encarecimiento de las viviendas y de la especulación inmobiliaria.

Con el estallido de la crisis hipotecaria, y ante el apoyo institucional a la gestión de las entidades bancarias, números colectivos y plataformas de afectados dirigen su actuación a señalar, en primer lugar, la corresponsabilidad de bancos, cajas de ahorro, notarios, agencias de tasación e inmobiliarias en el sobreendeudamiento de las familias. Con este objetivo, se ha defendido la necesidad de celebrar una «auditoría social» que, además de señalar los diferentes grados de responsabilidad por la crisis actual, restituya la autoestima de las familias sobre endeudadas e investigue dónde han ido a parar los beneficios millonarios que se generaron durante el boom inmobiliario³⁴.

³³ Para más información consultar el documento de ADICAE en esta misma publicación.

³⁴ Ver, por ejemplo, el Manifiesto de la Plataforma de Afectados por la Hipoteca, en: http://afectadosporlahipoteca.blogspot.com/2009/03/manifiesto-de-la-plataforma-de_4822.html; o la Carta dirigida al Presidente del Gobierno Español, Sr. Rodrigo Zapatero, por parte de la Coordinadora Nacional de Ecuatorianos en España: http://www.conadee.org/IMG/pdf/presidente_espana_final_3.pdf

Un segundo reclamo, también en este sentido, consiste en detener las ayudas y avales dirigidos a recapitalizar las entidades financieras con dinero público. La gestión de estas ayudas, de hasta 250.000 millones de euros entre fondos y avales, se está haciendo de forma opaca, sin deliberación ciudadana y sin que las autoridades monetarias hayan dado ni un sólo paso orientado a poner en marcha un nuevo orden financiero que evite los males que han provocado la crisis. Ni una mayor disponibilidad de dinero, ni el mayor tamaño de las entidades significa más y mejores controles del sistema bancario.

Por el contrario, el grueso de los recursos debería dedicarse al apoyo de los colectivos en situación de vulnerabilidad, como son las personas afectadas por las altas tasas de desempleo, o las personas inmigradas, para quienes la pérdida de la vivienda puede significar, además, la denegación del permiso de residencia, y la expulsión del país. En todo caso, las ayudas a bancos y cajas de ahorro tendrían que vincularse a la imposibilidad de que embarguen primeras viviendas.

En tercer lugar, las propuestas de las organizaciones sociales van dirigidas a demandar que se aproveche la coyuntura actual para constituir un parque público de viviendas de alquiler³⁵. La conformación de este parque debería nutrirse de: el creciente stock de viviendas nuevas que no encuentran comprador, - cifradas en alrededor de 1 millón³⁶ - ; más la tradicional bolsa de viviendas vacías, - 3,1 millones según el Censo de Viviendas 2001 del Instituto Nacional de Estadística - ; además de las viviendas ejecutadas y subastadas a precios de saldo y que por el momento están adquiriendo las entidades financieras.

De hecho, algunas administraciones públicas como la catalana han manifestado la voluntad de promover la dación en pago como fórmula para convertir las viviendas hipotecadas en viviendas de alquiler. Concretamente, como se ha dicho, la propuesta parece consistir en que la Generalitat de Cataluña sufrague parte de los costes que pueda significar para la entidad bancaria el proceso de dación en pago a condición de que la vivienda se ofrezca en régimen de alquiler. No obstante, resulta preocupante que, al igual que la moratoria del ICO, la dación en pago en vez de convertirse en una medida dirigida a las personas hipotecadas, se convierta en otra ayuda que las entidades bancarias puedan usar de forma discrecional. Más preocupante aún sería que, como resultado de la crisis, los escasos recursos públicos ayudaran a bancos y cajas de ahorro a convertirse en los grandes propietarios del parque de vivienda de alquiler.

³⁵ A diferencia de otros países europeos, en el estado español las viviendas públicas de alquiler no alcanzan el 2% del total del parque residencial. Pese a algunos esfuerzos en lugares concretos, como en Cataluña, lo cierto es que aún hoy la mayor parte de las nuevas viviendas de protección oficial se ofrecen en régimen de compra (60%), y que incluso en parte del porcentaje de viviendas públicas de alquiler (40%) se incorpora la posibilidad del derecho a compra.

³⁶ 613.000 en junio de 2009 según el Ministerio de Viviendas y alrededor de 1,3 millones según un estudio del profesor de Economía de la Universidad Pompeu Fabra, José García Montalvo.

Por el contrario, la administración debería convertirse en proveedora directa de vivienda. La adquisición de las viviendas ejecutadas al 50% de la tasación inicial, tal y como se las adjudican las entidades en subasta, constituye una oportunidad sin precedentes. Esta medida permitiría evitar los desahucios y aumentar el parque público de vivienda en alquiler; inyectar la liquidez que reclama el sistema financiero; desvincular la política de vivienda de la promoción de la construcción; y lo que es más importante, redirigir la ayuda monetaria al conjunto de la sociedad y en particular a los colectivos en mayor situación de vulnerabilidad.

En definitiva, como señala la nueva Relatora de Naciones Unidas de Vivienda, Raquel Rolnick, en su informe anual³⁷, es preciso realizar una revisión profunda de las políticas de vivienda adoptadas en los últimos años. Este informe, dedicado al análisis de la situación del derecho a la vivienda, menciona en numerosas ocasiones a España como uno de los principales impulsores de las políticas están en el origen de la actual crisis global, y que han significado el abandono del acceso a una vivienda adecuada en manos del mercado. No se trata, pues, de nuevos planes de vivienda, ni de reformas puntuales a la legislación hipotecaria. Hace falta, hoy más que nunca, determinación para considerar la política de vivienda como un servicio público orientado a garantizar un auténtico derecho, como la salud o la educación.

³⁷ Informe de la Relatora Especial de Vivienda de Naciones Unidas, Raquel Rolnik, A/HRC/10/7, 4 de febrero de 2009.