

SOLUCIONES JURÍDICAS A LA CRISIS: HACIA UNA PROTECCIÓN «JUSTA» Y «EFICIENTE» DEL «CONSUMIDOR HIPOTECARIO SOBREENDEUDADO DE BUENA FE»

Carlos de la Torre Vallecillo

Cristóbal Molina Navarrete

Universidad de Jaén

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Alfonso CANDAU PÉREZ, doña Carmen ALONSO LEDESMA, don Alberto ALONSO UREBA, don Ángel CARRASCO PERERA y don Daniel RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA.

EXTRACTO

El Gobierno español se ha visto obligado por la presión social a reconocer dos veces en apenas ocho meses –RDL 6/2012, de 9 de marzo, y RDL 27/2012, de 15 de noviembre– que centenares de miles de personas en España viven un calvario estando sometidos a procesos de ejecución hipotecaria y privados de «su» vivienda, colocándose en una situación de existencia no digna. También afirma claramente que tal situación no le es imputable, no hay, por lo general, una «responsabilidad individual», sino que deriva de un sobreendeudamiento pasivo que tiene raíces claramente sociales y económicas, identificadas con malas prácticas por parte del sistema financiero e hipotecario, cuya regulación está obsoleta y mantiene privilegios hoy injustificados para los «acreedores». Si ha tenido que reconocerlo, e introducir medidas, dos veces en tan poco tiempo es porque está convencido del fracaso de la primera opción de política del Derecho. Sin embargo, a diferencia de las soluciones aportadas en otros países, la salida favorable bien a la «reestructuración de la deuda», bien, como última ratio, a la «dación en pago», sigue sin configurarse como un «derecho subjetivo» del deudor, exigiendo el consentimiento del acreedor, que, según todos los estudios, no es ajeno a tal crisis.

En paralelo, el conjunto de la Sociedad Civil, y un amplísimo número de jueces, que por primera vez se han atrevido a criticar abiertamente la solución legal, evidencia la injusticia de nuestro sistema. Precisamente, en el marco del llamado Derecho Vivo, cada vez más sentencias proponen, bajo ciertos presupuestos, fórmulas que limitan la responsabilidad patrimonial, en detrimento del principio del artículo 1.911 CC. Legislador y jueces apelan más que al Derecho a la Ética (modelo de protección basado en la responsabilidad ético-social). El objeto del artículo es intentar mostrar que una adecuada relectura constitucional del Derecho Privado, sea civil –Derecho de consumo– sea mercantil –Derecho de las reestructuraciones (también de las personas físicas)–, permite lograr respuestas jurídicas más sólidas, ya en el Derecho Positivo, no ya solo por razones de justicia –reparto equitativo de riesgos– sino de eficiencia económica.

Palabras clave: dación en pago, desahucios, ejecución hipotecaria, concurso de acreedores particulares.

Fecha de entrada: 03-05-2012 / Fecha de aceptación: 10-07-2012

TOWARDS A FAIR AND EFFICIENT PROTECTION FOR INDEBTED MORTGAGECONSUMER IN A GOOD FAITH

Carlos de la Torre Vallecillo

Cristóbal Molina Navarrete

Universidad de Jaén

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Alfonso CANDAU PÉREZ, doña Carmen ALONSO LEDESMA, don Alberto ALONSO UREBA, don Ángel CARRASCO PERERA y don Daniel RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA.

ABSTRACT

The Spanish Government has been forced by social pressure to recognize twice in just eight months –RDL 6/2012, of March 9, and RDL 27/2012, of November 15– that hundreds of thousands of people in Spain are living an ordeal being subjected to foreclosure proceedings and deprived of «their» homes, placing them in a situation of unworthy existence. The Government also clearly states that this situation is not attributable to them, there is no, generally, «individual liability», but derived from a passive indebtedness which has clear social and economic roots stated as financial and mortgage system malpractice, a system whose regulation is outdated and maintains unjustified privileges for «creditors». If they have had to admit this and implement measures twice in such a short time is because they are sure about the failure of the first legal policy option. However, unlike the solutions in other countries, a favorable outcome either through «debt restructuring» or, as last ratio, through a «deed in lieu of foreclosure», isn't still configured as a «right» of debtor, requiring the consent of the creditor, who, according to all studies, is not immune to this crisis.

In parallel, the whole of civil society, and a vast number of judges, who for the first time dared to openly criticize the legal solution, demonstrate the injustice of our system. Indeed, in the context of so called «Lived Law», judgments increasingly proposed, under certain assumptions, formulas that limit liability, detrimental to the principle of Article 1.911 CC. Legislators and judges appeal more to the Ethics than Law (a protection model based on ethical and social responsibility). The purpose of this article is trying to show that a proper constitutional reinterpretation of private law, be it Civil-law –Consumer Law– or Commercial Law –Restructuring Law (also of individuals)–, achieves stronger legal responses, in a Positive Law context, not only for reasons of justice –fair risk sharing– but of economic efficiency.

Keywords: fresh start, evictions, foreclosures, rescue culture.

Fecha de entrada: 03-05-2012 / *Fecha de aceptación:* 10-07-2012

Sumario

1. Introito: del desempleo a la masificación de los desahucios
2. En un «Estado constitucional de Derecho» las soluciones son jurídicas, no (solo) ético-asistenciales
3. Los nuevos términos –«números y rostros»– del sobreendeudamiento: la mutación de «desequilibrio individual» a «desequilibrio social»
4. La solución desde el enfoque de los derechos del «contratante débil»: un modo coherente de reconciliar el mercado con la justicia
5. La tutela del deudor hipotecario de buena fe: constitucionalización versus remercantilización del Derecho Privado
6. La autorregulación promovida: el modelo voluntario de protección del deudor hipotecario en riesgo de exclusión social
7. Experiencias judiciales favorables al control de legitimidad del equilibrio de la relación entre acreedor y deudor hipotecario
 - 7.1. Un caldo de cultivo judicial favorable: la protección jurisdiccional de los deberes de transparencia del mercado crediticio y de buena fe
 - 7.2. La protección en los procesos de ejecución hipotecaria: experiencias judiciales de reconocimiento del derecho *iure conditio* a la dación en pago
 - 7.2.1. Planteamientos generales: reformas parciales del legislador
 - 7.2.2. La flexibilización judicial de la regulación vigente del procedimiento de ejecución hipotecaria: el ajuste a los valores de mercado
 - 7.2.3. La protección del deudor hipotecario ejecutado de buena fe: el nuevo principio de trazabilidad de las conductas responsables
 - 7.3. La singular recepción judicial de la doctrina «personal rescue culture»: el procedimiento concursal y la liberación de deudas de la persona física
8. A modo de conclusión

*«así la realidad/sin puntos y sin comas/
hecha piel y mezclada.
Por el tiempo en el fondo de los ojos/ los alcoholes
nocturnos la historia que comprendo/lo que nunca
comprendo de la historia»*

Luis GARCÍA MONTERO.

Poema «La realidad». En Completamente
Viernes. 1998

1. INTROITO: DEL DESEMPLEO A LA MASIFICACIÓN DE LOS DESAHUCIOS

En una época avasalladoramente dominada por el número –«gobernanza numérica»–, el «lado humano» –«gobierno de las personas»– de la pavorosa crisis que vivimos pasa a un segundo plano para los Gobiernos, centrados en la imposición «a diestro y siniestro» de Leyes de Austeridad. Por fortuna, y como veremos de inmediato, la Sociedad Civil es bastante más «sensible» y evidencia signos de fuerte contestación, e incluso «rebelión», frente a este estado de cosas, movilizando «conciencias», incluso, y sobre todo, en la misma Judicatura. Pero en el discurso oficial, en el que podemos llamar «relato institucional» de la crisis, que tiene como máximo presupuesto las escalofriantes cifras estadísticas, estas sí muy difundidas y aireadas por los medios de comunicación, y por todas las organizaciones de tipo internacional con competencia en la materia, la historia de la «salida» a esta crisis sistémica se escribe sobre todo como la de la imposición acelerada de un tránsito peyorativo del exceso a la «frugalidad», de la prodigalidad a la «austeridad». El resultado al final, de ser realmente creíble el discurso oficial de que «todos hemos vivido por encima de nuestras posibilidades» y en consecuencia, todos tenemos que «arriar ahora el hombro», cada uno, según el viejo aforismo latino relativo a la justicia, conforme a sus posibilidades, sería que todos renuncian a una parte de lo que tenían para dejar de ser «menos ricos», y los «pobres» algo más «pobres».

Sin embargo, si hacemos un análisis más riguroso, basado en datos y no en discursos, en un análisis de la realidad social y no en las palabras formuladas en los Preámbulos de las Leyes de Austeridad, lo cierto es que la crisis está situando a cada vez más personas y colectivos fuera de la llamada «clase media», clave para toda Sociedad desarrollada, y los adentra en una nueva categoría social que podríamos delimitar como los «Nuevos Pobres». Al tiempo, desde todos los sectores, incluso desde la economía más ortodoxa, se advierte, del enorme riesgo que supone

para la estabilidad social la multiplicación e intensificación de las desigualdades, cuyo coste desmedido no es solo de fractura social, sino también de pérdida de oportunidades de crecimiento y desarrollo económicos¹. En este tiempo, los ricos son menos en número pero con más riqueza. En cambio, los «pobres» no solo tienen menos, sino que son más. Si la pobreza podía asociarse otrora a la ausencia de empleo –exclusión del mercado de trabajo–, ahora la conservación de un empleo no asegura en absoluto la salida de la pobreza, multiplicándose el colectivo, que antes se creía solo privativo de sociedades muy liberales, como EE UU, de «trabajadores pobres».

Centenares de miles de personas ven dibujado ante sí un escenario tormentoso, tanto porque carecen de un trabajo suficientemente remunerado para subvenir a la cobertura de las necesidades como, y por lo que aquí más interesa, porque están atrapados en una espiral de bajos salarios y alto endeudamiento –situaciones de sobreendeudamiento–, siendo esta última situación reflejo no ya de una decisión negligente y pródiga, como algunos afirman, sino de un imperativo social: el sobreendeudamiento fue para ellos el único camino para acceder a un bien de primera necesidad –la vivienda–. En suma, lo que no hace tanto tiempo nos hizo tener la sensación de ser «ricos», el desmedido crecimiento del sector de la construcción y la compra masiva de viviendas, eso sí mediante gravosos créditos, ahora nos hace «pobres». La pérdida de ingresos impide pagar las cuotas a centenares de miles de personas –cuyo rostro humano se diluye en las Leyes para reforzar su faceta jurídico-formal de «deudor»– y, además, el precio del bien, si se quiere «liquidar» para pago de las deudas, se devalúa a marchas forzadas, pues su valor de mercado ha caído en picado tras el estallido de la célebre «burbuja inmobiliaria».

Al drama español del desempleo le ha seguido, pues, un segundo drama social, que si se desagrega de sus cifras macroeconómicas –en tres años, según las estadísticas del Consejo General del Poder Judicial, se han abierto más de 300.000 procesos de ejecución hipotecaria, y están en riesgo de encontrarse en análoga situación otras 500.000 si no se ofrecen salidas–, y se evidencia su «rostro humano», como decimos, se concreta en un incesante número de «tragedias personales y familiares»: la de cada persona que pierde, tras el trabajo –garantía de renta para disponer de solvencia patrimonial–, su «último activo», la vivienda familiar, a través de la masiva apertura de procesos de ejecución hipotecaria y los correspondientes desahucios, sin que, además, la eventual entrega de «su» vivienda le libere de la deuda restante. El temido sobreendeudamiento privado pasivo en nuestro país, del que se venía alertando desde mucho antes de la crisis ha estallado y nos ofrece de forma «masiva» su más oscura cara. Bien puede decirse para la situación actual, que la crisis está dejando millones de desempleados y de trabajadores pobres y *sin vivienda alguna*².

¹ Vid. STIGLITZ, J. *El precio de la desigualdad*. Taurus. 2012.

² Vid. EHRENREICH, B. «Demasiado pobres para salir en las noticias». 21 de junio de 2009. En <http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=2655>. Esta relación entre empleo digno y acceso a la vivienda ya había sido advertida hace una década, alertando de las consecuencias que tendría invertir la relación. Así, en el Boletín del Banco de España de diciembre de 2001 se publicó un estudio que ponía de relieve cómo los hogares españoles se habían endeudado por

Tolerado por nuestro ordenamiento jurídico, que sigue careciendo aún, pese al cada vez más intenso y extenso movimiento ciudadano –y judicial– a favor de corregir tal vacío legal, que no jurídico propiamente –como veremos–, y a diferencia de lo que sucede en una buena parte de los países de nuestro entorno y nuestra cultura, tanto en Europa como en EE UU, de una respuesta legislativa adecuada, las entidades financieras –que actúan como «acreedores» principales esgrimiendo sus títulos jurídico-contractuales y enmascarando su actuación real como artífices de las condiciones que colocan a los deudores en riesgo de insolvencia–, han considerado la «liquidación» de la deuda mediante la ejecución civil de la garantía del crédito hipotecario como el *mejor modo de hacer el ajuste* de esta situación de insolvencia personal y familiar. En cambio, fuera han quedado de sus decisiones de gestión de tales dramas, por lo general caminos más «conservativos» para el bien del deudor, y al tiempo más «satisfactorios», en términos de expectativas de cobro, para el referido «acreedor», de un *bien socioeconómico indispensable de la existencia digna*, individual y colectiva, la vivienda habitual. Incluso cuando ha habido una respuesta legal específica, según estudiaremos de inmediato, la reacción ha sido la misma, propia de la lógica estricta de la dialéctica «deudor-acreedor»: exigir el pago, aunque se sepa que no se va a cobrar, quedándose con el bien hipotecado³.

Parece claro que las respuestas vigentes de nuestro Derecho Privado, al menos en su comprensión tradicional, no resultan adecuadas, porque no son «ni justas» –en el plano jurídico– ni económicamente eficientes –plano económico–, con lo que la comprensión precedente del funcionamiento individualizado y aislado de estas instituciones resulta disfuncional para todos: individuos que lo sufren «en primera persona», las entidades ejecutantes, con un *stock* de viviendas que lacra hasta la asfixia su negocio y la sociedad, que ve mermadas sus expectativas de recuperación. En efecto, en un número importante de estos centenares de miles de casos se ha evidenciado la desigual, y por tanto, injusta, pero también ineficiente, distribución de las *responsabilidades* y *sacrificios* derivados de esta crisis de insolvencia personal y familiar. Unas crisis que no traen

encima del 70% de su renta bruta disponible –*hoy está en el doble, por encima del 140%!–*. Vid. RESTOY, F. «El endeudamiento de las familias en España», págs. 45-53. Por su parte, el Secretario General del CES en unas Jornadas sobre el Endeudamiento Familiar, de 2001, ya atisbó lo que podía suceder si se invertía la relación entre el empleo y la renta de los hogares, pues si en aquel entonces, solo «el mantenimiento de un ritmo elevado de creación de nuevos puestos de trabajo» –y elevación de salarios habría que decir también–, fue un «elemento fundamental en el sostenimiento de la renta de los hogares», la radical inversión de la situación ocupacional –tanto por la pérdida de empleo por millones cuanto por la reducción creciente de los salarios– lleva al hundimiento de tales rentas y, en consecuencia, al riesgo de mutación del sobreendeudamiento en exclusión social. Sobre esta situación, las limitaciones de nuestro Derecho y las opciones conforme al Derecho Comparado y diversas iniciativas institucionales ya TRUJILLO DIEZ, I.J. «El sobreendeudamiento de los consumidores». *Estudio jurídico*, 2003. Este completo estudio está disponible en: <http://www.ecri.eu/new/system/files/13+Sobreendeudamiento-spanish-Trujillo.pdf>

³ Pese a que prácticamente la totalidad de las entidades financieras se han acogido al conocido Código de Buenas Prácticas en esta materia, apenas se han seguido sus pautas en un «puñado» de casos, ya sea de «dación en pago», las menos, ya de «reestructuración» de deudas, las más. El número resulta tan menor, tan irrelevante, que hubiera justificado por sí mismo un cambio radical de opción legislativa, lo que, como vamos a ver, no solo no ha sucedido, sino que se persevera en el «error».

causa tanto de conductas negligentes individuales, por tanto de imputación personal, sino del modelo de consumo hipotecario.

Ante este insolidario e ineficiente reparto de los riesgos derivados de la crisis en el plano fáctico, en el ámbito de las realidades, más allá de las frías cifras estadísticas, ya son muchos los sectores de opinión, de todo tipo, que se «rebelan» contra el modelo regulador absentista español. Al margen de las plataformas ciudadanas que han surgido específicamente para la defensa de los «deudores de buena fe desahuciados», y que han tenido el mérito de evidenciar este profundo desajuste entre la ley y la justicia, a raíz del primado de la economía financiera, destaca la reacción al respecto, con iguales presupuestos pero diferentes «armas», claro está, del Poder Judicial, que en un reciente informe, inicialmente promovido por el propio Consejo General del Poder Judicial, aunque luego no aceptó asumirlo como oficial, ha puesto de relieve las múltiples lagunas y, sobre todo, antinomias o contradicciones, de esta regulación legal. Un régimen que consagraría auténticos privilegios para los acreedores en franco detrimento de los deudores. Pero si tan clara parece la injusticia de esta situación ¿qué hace la Política y el Derecho para intentar resolver estas «tragedias», personales y familiares sí, pero también sociales, tanto por su magnitud como por los valores y bienes jurídicos que están en juego?

La primera desde luego no desconoce el problema ni es ajena tampoco a su dramatismo. Claro es el Preámbulo del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. Este Preámbulo no solo reconoce la gravedad de la situación, sino también la injusticia de la misma, pues tales situaciones.

«... están determinando que un segmento de la población quede privado de su vivienda, y se enfrente a muy serios problemas para su sustento en condiciones dignas. El Gobierno considera, por ello, que no puede demorarse más tiempo la adopción de medidas que permitan aportar soluciones a esta situación socioeconómica, en consonancia con el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, consagrado en el artículo 47 CE, que ha de guiar la actuación de los poderes público... Así lo exige, igualmente, el mandato incluido en el artículo 9.2 [igualdad efectiva entre personas y grupos] de la Norma Fundamental.»

Pero entonces ¿es asumible en un Estado Constitucional de Derecho que hace del valor de la tutela de la persona (art. 10 CE) el fundamento de todo el orden social, conforme a uno de los principios más relevantes de la tradición del Derecho Civil, una respuesta a tales dramas personales, familiares y sociales solo mediante el modelo de protección de «responsabilidad ético-social», rígidamente centrado en la asunción voluntaria por los acreedores de un «Código de Buenas Prácticas» a través del cual corregir las reconocidas «malas prácticas» precedentes? La respuesta negativa la ha dado la propia realidad y ha sido asumida, solo parcialmente, por el propio Gobierno, que se ha visto obligado, ante el fracaso de su primer «paliativo», a intervenir.

En efecto, con el referido *RDL 27/2012, de 15 de noviembre*, que básicamente propone una moratoria de dos años en los procedimientos de desahucio de personas y colectivos que se encuentren en peor situación –aunque ha habido un extraordinario baile de cifras al respecto, llegándose a hablar incluso de 600.000 familias, y luego de 120.000, parece que el efecto será en torno a unas 60.000 familias–, el Gobierno viene a reconocer que la respuesta que dio inicialmente no era ni suficiente ni iba por el camino correcto. Pese a todo, y de nuevo por el temor a efectos negativos en la «estabilidad del sistema financiero», pese a destinar a ello miles y miles de millones de euros, ha decidido persistir en soluciones muy limitadas, que no atiende al núcleo del problema, incluso lo agudizará, porque la moratoria no significa que dejen de generarse intereses moratorios, con lo que el problema de hoy será mayor después de esos dos años. Por lo que una vez más los intereses económicos de un grupo, el propio de las entidades financieras –acreedores hegemónicos–, se imponen a los de la mayor parte de la población –intereses de los deudores, contratantes más débiles–, e incluso a los de la misma economía en general –interés general–, pues la falta de soluciones reales condena a miles de personas a mantenerse en el trabajo irregular, con lo que no aflorarán como «contribuyentes» aunque cambie a mejor su «fortuna», a fin de no ser presa de los «acreedores».

En este contexto, el principal objetivo de este estudio es evidenciar algunas razones jurídicas por las cuales la respuesta no solo es insuficiente sino desenfocada e incluso plantea algunos problemas serios de ajuste a los derechos constitucionales, por ignorar y/o hacer de peor condición a miles de personas que, estando también en riesgo de exclusión social por el sobreendeudamiento no imputable, quedan fuera de la protección. Al tiempo pretendemos dar cuenta de nuevos argumentos para reforzar, en términos de Derecho Positivo, no de puro «voluntarismo» o de laxa sociología jurídica, la posición defendida por diversas soluciones judiciales que, pese a moverse igualmente más en un plano «justicialista de ocasión», por lo tanto más en el modelo de tutela de Equidad que de Derecho, asumen una posición que, a nuestro juicio, y pese a las aceradas críticas que han recibido, debe asumirse como correcta. La utilidad, e incluso la necesidad, de un análisis propio de «Derecho Vivo» para hallar soluciones justas y eficientes, nos la ofrece el Derecho Comunitario, pues, como es conocido, es más que probable que el TJUE obligue a revisar de urgencia en 2013 la regulación legal sobre ejecución hipotecaria por no ofrecer protección frente a las cláusulas abusivas de los consumidores, acelerando un proceso de reforma legal que ahora niega pero que es inexorable⁴.

2. EN UN «ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO» LAS SOLUCIONES SON JURÍDICAS, NO (SOLO) ÉTICO-ASISTENCIALES

Nos proponemos, pues, entrar de lleno a dar cuenta, valorar y criticar constructivamente –intentando aportar más solidez jurídica– tales líneas de política judicial del Derecho sobre la

⁴ La cuestión prejudicial contra el régimen español de ejecución hipotecaria suscitada por un Juzgado Mercantil de Barcelona ha recibido una primera respuesta positiva por la Abogada General asignada al caso y parece que el TJUE, que debe pronunciarse a finales de 2012 o principios de 2013, seguirá ese enfoque.

mejora de la tutela o protección del «consumidor hipotecario sobreendeudado de buena fe». Pero es preciso antes evidenciar cuál es la conciencia jurídica mayoritaria al respecto.

Conviene evidenciar esta cuestión porque pone de manifiesto el fuerte contraste que hay entre las opciones legislativas actuales y la conciencia social y jurídica, pues mientras aquellas siguen ancladas en reformas parciales y muy timoratas, esta clama, desde todas las instancias, por soluciones más eficaces, por ser más justas y también más eficientes. A tal fin, no se duda de la necesidad y urgencia de llevar a cabo reformas en el Derecho Privado. Aunque no haya consenso luego, lo que no es de extrañar, en las instituciones jurídicas a reformular concretamente a los fines indicados de realización de las garantías de efectividad de los derechos, valores y principios constitucionales, *informando y conformando también tales imperativos de protección las relaciones civiles*, sean de tipo sustantivo –las de crédito hipotecario, las de consumo en general– sean las procesales –de ejecución hipotecaria; de desahucio– *en juego*⁵.

En este sentido favorable a reformas jurídicas de calado, mientras unos proponen que se reformen las legislaciones hipotecaria y concursal, en este caso por lo que refiere a los concursos de personas físicas, prácticamente inexistentes en nuestro país, otros apuestan más decididamente por una profunda –y nueva– reforma de las leyes que integran el Derecho de Consumo, ciertamente un relativamente joven sector del ordenamiento a caballo entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil. Aunque queda bien claro que no se trata de opciones alternativas, y por tanto excluyentes unas de las otras, sino más bien complementarias, como se verá, incluso necesarias todas ellas para una ordenación jurídica sistemática, coherente y eficaz de esta compleja y magna cuestión socioeconómica, también es cierto que revela matices diferenciados que no se deben ignorar, tanto en el plano teórico como sobre todo de experiencia aplicativa. En el primer plano, destaca la posición que acaba de publicar el Colegio de Notarios, para la cual son urgentes las reformas hipotecarias y concursales a fin de corregir:

«... las innegables injusticias que el aluvión de ejecuciones hipotecarias ocurrido en los últimos años ha puesto de manifiesto.» (Editorial de *El Notariado*, núm. 41, enero-febrero 2012)⁶.

⁵ Para este movimiento orientado a la construcción de una suerte de «Derecho Constitucional Civil», destaca la obra de conjunto de uno de los mejores civilistas italianos y europeos, PERLINGIERE, P. *El Derecho Civil en la legalidad constitucional, según el sistema italo-comunitario de las fuentes*. Dykinson, Madrid, 2008, con traducción y comentarios muy sugerentes y prácticos de los profesores españoles LUNA SERRANO, A. y DE MOTES Y BERNET, M.

⁶ Tales medidas van desde un enfoque *más preventivo*, basado en la protección del deudor de buena fe en la fase de formación del contrato a las alternativas, ya en fase de impagos, a la ejecución en caso de insolvencia, como son las vías de solución de carácter extrajudicial, pasando por las modificaciones en los procesos de ejecución hipotecaria mismos y en los procesos concursales de las personas físicas, reconociendo una «nueva oportunidad» (*freshstart*), en el marco de una especie de *personal rescue culture* anglosajona. Este último mecanismo de protección tendría como presupuesto básico la exoneración parcial, tras el proceso de gestión reestructuradora de deudas correspondiente, de la responsabilidad del deudor insolvente de buena fe. Un interesante cuadro de las propuestas más relevantes, con un básico pero sugerente análisis de ventajas e inconvenientes, puede verse en PÉREZ HEREZA, J. «Propuestas para la protección del deudor hipotecario». *El Notariado*, núm. 41, enero-febrero de 2012, págs. 14 y ss. Sin duda entre las medidas más innovadoras y relevantes

Otros, en cambio, conscientes de la ausencia de una cultura jurídica del concurso de acreedores como adecuado instrumento para hacer frente a la insolvencia familiar, incluso tras la importante reforma introducida por la Ley 38/2011, en vigor desde el 1 de enero de 2012, ponen de relieve que:

«El procedimiento concursal tal y como está regulado no resulta adecuado para resolver los problemas de endeudamiento excesivo de los particulares. Esos problemas parece que deberían solucionarse con un procedimiento basado en criterios distintos, con una institución similar a la del "sobreendeudamiento de los particulares" regulada en el Código del Consumo francés, en sus artículos L 330-1 a L 333-8⁷.»

Esta nueva institución jurídica del «sobreendeudamiento de los particulares» tendría una profunda raíz socioeconómica, vinculándose estrechamente a los fundamentos mismos del sistema económico, cuyos pilares están en el artículo 38 CE, del lado económico –*principio de libertad de la iniciativa económica* y defensa de la productividad–, y en el artículo 51 CE, del lado social –*principio de protección de la seguridad integral del consumidor*–. El modelo francés de protección de la persona física sobreendeudada de buena fe presupone una marcada ambivalencia del sistema económico y exige, pues, una razonable transacción entre principios.

Por eso, se dice, la institución jurídica del sobreendeudamiento de buena fe se diferencia muy profundamente de la institución del concurso de acreedores, al menos tal y como se entiende en la tradición más arraigada de nuestro país, que las sucesivas reformas legislativas, incluida la última, no ha conseguido desarraigar, pese a proponérselo y remitir a una futura evaluación de su aplicación a tales fines –disp. adic. primera de la Ley 38/2011–.

Si la institución del concurso sigue teniendo como su finalidad más básica la «satisfacción de los acreedores» –Preámbulo de la Ley Concursal–, el resultado del procedimiento de sobreendeudamiento de buena fe podría no consistir ni en un convenio de acreedores para la reestructuración de la deuda, ni en una liquidación del patrimonio del deudor –algo que también está ínsito en el procedimiento de dación en pago de la vivienda–, sino que «pueden imponerse soluciones a los acreedores incluso contra la voluntad de estos»⁸. Una idea que está presente en diversas propuestas ya presentadas, pero también rechazadas por la mayoría, en el Parlamento español –Proposición de Ley de medidas para el «sobreendeudamiento personal y de protección ante procedimientos de ejecución que afecten a personas naturales, incluyendo el derecho a la vivienda» (BOCG, Serie B, número 53-1, de 3 de febrero de 2012), aunque no es contemplada en absoluto por nuestro legislador, que sigue prefiriendo, pese a la propuesta en el programa electoral del Par-

está la limitación, por vía legislativa, del principio general de responsabilidad patrimonial ilimitada de la persona física ex artículo 1.911 CC. Vid. CUENA CASAS, M. «Endeudamiento e insolvencia familiar». *El Notariado*, núm. 22, 2008.

⁷ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. «El presupuesto subjetivo del concurso. En particular, el problema del sobreendeudamiento de los consumidores». En AAVV. (Dirección: QUINTANA CARLO, I., BONET NAVARRO, A., GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ). *Las Claves de la Ley Concursal*. Thomson-Aranzadi. 2004, pág. 26.

⁸ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. «El presupuesto...». *Op. cit.* pág. 26.

tido hoy Gobernante (*propuesta 28, en el apartado de «política de vivienda para el crecimiento y la cohesión»*)⁹, por enfoques más «débiles», como ilustra la referida disposición adicional primera de la ley de reforma concursal. En ella se dice:

«El Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente *las garantizadas con hipoteca.*»

Formulado de esta guisa el mandato legal parece extremadamente diluido, es cierto. Por eso fue algo más allá. Así, dispone el párrafo segundo,

«Dicho informe incluirá la posible adopción de otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales que, a través de las oportunas iniciativas, *completen la protección económica y social de consumidores y familias.* A tal efecto, podrán proponerse *opciones de solución extrajudicial* para estos casos, sean de carácter notarial o registral, de mediación, o de otra naturaleza¹⁰.»

En suma, no parece que, pese a los compromisos y conciencia de la necesidad, haya un caldo político-institucional favorable a introducir las reformas necesarias, sean en un ámbito u otro del Derecho Privado para afrontar con seriedad el sobreendeudamiento de buena fe.

Pero ¿no hay otros caminos viables y efectivos? La respuesta es positiva en la actual experiencia judicial. Las propuestas por la vía de la interpretación más conocidas son las resoluciones judiciales –sentencias y autos– que, tanto en el ámbito de la legislación reguladora de los procesos de ejecución hipotecaria –Auto de la *Audiencia Provincial (AUP) número 111/2010, de 17 de diciembre de 2010*–, cuanto de la legislación concursal para personas físicas –Auto del *Juzgado de lo Mercantil (AJM) número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010*– han apostado decididamente por una relectura axiológica-constitucional de las normas de Derecho Privado, facilitando salidas más razonables para las personas deudoras y para la sociedad a estas situaciones de insolvencia. No son las únicas, como vamos a ver, evidenciando que no están tan aisladas como en principio parecería, pero sí son quizás las que más impacto mediático han alcanzado. En ambos casos, aunque sobre vías de solución jurídica diferentes nos encontramos una misma propuesta de fondo: la existencia de fundamentos de Derecho Positivo para la limitación, bajo ciertos presupuestos fácticos y jurídicos, en especial con-

⁹ Puede leerse en: <http://www.ppdigital.es/wp-content/uploads/2011/programa.pdf>

¹⁰ En la dirección de establecer un sistema de solución extrajudicial apuntaba también una Enmienda introducida en el Senado, durante el proceso de tramitación parlamentaria de la reforma concursal, para crear un «sistema de mediación extrajudicial notarial», cuyo objetivo era paliar las serias dificultades por las que están atravesando centenares de miles de personas y familias por el actual «sobreendeudamiento privado». Sin embargo, no vio la luz finalmente, porque fue rechazada en la sesión final de aprobación de la ley.

ductas de buena fe, del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 CC. Ante tan sugerente planteamiento se entiende que hayan generado auténticos «ríos de tinta» y han obtenido una gran repercusión mediática, conciliando grandes defensores por la esperanza que abre para fundamentar en nuestro Derecho una suerte de derecho a la segunda oportunidad, ya como Derecho Vivo, y críticos, por considerar que apuntan la dirección correcta pero por caminos equivocados¹¹.

Ninguna de las posiciones enunciadas tienen la «receta mágica» para esta magna cuestión, de modo que la regulación más adecuada probablemente venga de una coherente reforma, capaz de resolver los principales puntos críticos de la situación actual sin generar otros nuevos y de no menores consecuencias –ejemplo: pérdida de confianza en el sistema crediticio; promoción de actitudes pródigas...–. En consecuencia, es evidente que el legislador tiene un papel determinante. Ahora bien, a nuestro juicio, tampoco resulta discutible que cualquier medida legislativa necesita de la comprensión hermenéutica de los Jueces y Tribunales, por lo que no puede ponerse en cuestión la relevancia del momento interpretativo. La comprensión del modelo de protección basado en la responsabilidad social de las entidades financieras –el citado «Código de Buenas Prácticas»– no deja de suscitar importantes problemas aplicativos, que incluyen aspectos de legalidad ordinaria y aspectos de constitucionalidad.

En este sentido, a falta de una intervención legislativa precisa y decidida, con un carácter general, pues el RDL 6/2012, al margen de su adecuación o corrección técnica, tan solo se aplica a los colectivos en situaciones extremas de «exclusión social» –art. 3–, lejos de estar agotado el momento interpretativo y doctrinal, adquiere una especial relevancia.

3. LOS NUEVOS TÉRMINOS –«NÚMEROS Y ROSTROS»– DEL SOBREENDEUDAMIENTO: LA MUTACIÓN DE «DESEQUILIBRIO INDIVIDUAL» A «DESEQUILIBRIO SOCIAL»

Conforme al archiconocido imperativo hermenéutico del artículo 3 del Código Civil –CC–, según el cual las normas han de interpretarse de conformidad con la realidad social a la que se deben aplicar, parece claro que sin un conocimiento preciso de la realidad del «mapa humano y social» de las ejecuciones hipotecarias no puede haber una aplicación normativa seria y bien fundamentada. La evidencia de esta realidad muestra que no estamos ante problemas debidos a factores básicamente individuales, sino sociales y, en consecuencia, la aplicación del Derecho

¹¹ Para la profesora CUENA CASAS, M, en un magnífico trabajo sobre el procedimiento norteamericano del *freshstart* y sus repercusiones (positivas) en el «mercado crediticio, estas resoluciones judiciales "no tiene base legal siquiera por la vía de la interpretación de la normativa vigente..."». Cfr. «*FreshStart y mercado crediticio*». En *InDret*, julio 2011, pág. 4. Disponible en http://www.indret.com/pdf/842_es.pdf. Por nuestra parte, y como trataremos de argumentar en este trabajo, entendemos que no solo existen esas bases legales, e incluso constitucionales, sino que son muy sólidas y merecen consolidarse como jurisprudencia. En este sentido, Observatori DESC. Obra colectiva «*Ejecuciones Hipotecarias y derecho a la vivienda: estrategias jurídicas frente a la insolvencia familiar*». 2009, pág. 3.

Privado no puede vivir de espaldas a este fenómeno –cuestión– social de masificación de los desequilibrios generados en las «relaciones jurídico-económicas de consumo hipotecario» y que evidencia una auténtica crisis de su modelo de ordenación jurídica y económica¹².

En este sentido, el sobreendeudamiento del que trae causa, junto a la devaluación del trabajo –por pérdida de empleo y poder adquisitivo de los salarios–, la situación de masivas ejecuciones hipotecarias para adquirir una vivienda familiar, hunde sus raíces no (tanto) en conductas negligentes de los individuos cuanto más bien (sobre todo) –de ahí que se llame «pasivo», o sobrevenido–, en un modelo de concesión de créditos basado en la cultura del consumo intensivo auspiciado por marcos reguladores que no solo no lo contienen sino que lo espolean, como advirtieran los informes de la ONU. De ahí que las prácticas seguidas por las entidades financieras, con una tasación de pisos desmesurada a todas luces, financiación del 100 % del coste de la vivienda, la concesión de plazos de amortización muy largos y múltiples productos financieros de los que derivaba una espiral de deuda, no son ajenas al problema, tanto a niveles macro como micro, esto es, para cada concreta pequeña «historia personal», se sitúan en el centro de la situación, con evidente relevancia jurídica¹³.

En este sentido, un estudio elaborado por la Red Europea contra la Pobreza (EAPN), y conocido tradicionalmente como Informe FOESSA¹⁴, el 25,5 %, de la población española está en una situación de riesgo aún más grave que la propia del desempleo, que es la de «*riesgo de exclusión social*», lo que supone un total de *más de once millones* de ciudadanos en estas condiciones en toda España. En suma, en España, *hay en torno a un millón de personas* en esa situación, en condiciones de privación material severa. España supera en 5 puntos la media de trabajadores pobres de la Eurozona, situándose el total en torno a los 21,5 millones de personas. Además, si el porcentaje de endeudamiento fue en 2001 del 80 %, ese porcentaje se sitió en 2008 en más del 140 %. Evidentemente esta situación es insostenible social y económicamente y es preciso «rescatar» a tales personas y familias mediante una liberación parcial de sus deudas¹⁵.

Precisamente, y ante este más que descomunal sobreendeudamiento que tienen, también a raíz de la crisis actual, así como, del modelo de crecimiento económico que se promovió hace dos

¹² De «crisis urbana», en relación a una análoga situación en EE UU, habla HARVEY, D. «El derecho a la vivienda y a la ciudad en el marco de la crisis: un debate pendiente», 2007, que también formula el término de «mapa de las ejecuciones hipotecarias» para evidenciar cómo coincide con zonas de mayor depresión social y para colectivos más vulnerables.

¹³ Vid. Dictamen del Consejo de Consumidores y Usuarios. *El Endeudamiento financiero de las familias en crisis en la actual situación de crisis*. Madrid, 10 de febrero, 2009. También Observatori DESC. *Estrategias...* Op. cit. pág. 19.

¹⁴ Vid. Informe FOESSA. «*Exclusión y Desarrollo Social en España. Análisis y Perspectivas 2012*». Disponible: <http://www.eapn-clm.org/agenda/documentos/56e561Informe%20Exclusión%20y%20Desarrollo%20Social%20FOESSA.pdf>

¹⁵ Un interesante estudio económico al respecto en febrero, E-DEJÚAN, O. «Endeudamiento familiar y crecimiento económico». *Documento Trabajo* 2009/7: <http://www.uclm.es/dep/daef/DOCUMENTOS%20DE%20TRABAJO/2009-07%20DT%20DAEF.pdf>

décadas, **todas las personas**, tanto las personas jurídicas –las empresas y las Administraciones Públicas–, cuanto las personas físicas –las «personas de carne y hueso», por tanto las que «sufren y padecen» en sentido humano–, las políticas públicas ya reconocen esta exigencia de «rescate». Pero solo para las personas jurídico-corporativas (*corporaterescue culture*). En consecuencia, la desigualdad de trato de las personas físicas al respecto, rasgo de nuestro Derecho, ahora se intensificaría, hasta pensar en que resulta discriminatorio pues no hay ninguna razón objetiva y en todo caso proporcionada que lo justifique.

Así, en los últimos cuatro años, el modo más extendido de ofrecer soluciones está siendo, cualquiera que sea el «color político» del Gobierno de los Estados, e incluso de la Unión Europea y el Banco Central Europeo –este en gran medida a regañadientes–, la «**técnica de los rescates**» –*rescue culture*–. Primero fue de entidades de carácter privado, los bancos, y luego vinieron los Estados –Grecia, Irlanda, Portugal...–, y ahora lo vemos también, en el ámbito interno español, para las Administraciones Locales. Todo ello en un círculo, de momento vicioso, que, también por ahora, no parece tener fin, ni visos de resolverse bien para lo que cuenta de verdad: *el bienestar de las personas*.

Esta política se ha vinculado tradicionalmente a un modo de organizar las crisis de empresas y a través de diferentes técnicas extendidas: el concurso de acreedores y sus instrumentos de refinanciación y reestructuración de las empresas, en defensa tanto de las oportunidades de negocio, como de la protección de los créditos –básicos en una economía de mercado–, según la reforma recientemente propuesta por la Ley 38/2011, y/o la creación de Fondos Financieros para cubrir esas necesidades de financiación (RDL 9/2009, de creación del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria; RRDDL 4 y 7/2012, relativo al Fondo para la financiación de los pagos a proveedores de las Entidades Locales y de las CCAA).

En suma, a través de diversos procedimientos jurídico-económicos y financieros para la reestructuración de *deudas y afloramiento de «dinero nuevo»* –*freshmoney*–, buscan los diferentes Gobiernos –y las instituciones internacionales–, con menor o mejor eficacia, con unas técnicas u otras, resolver la situación de los grandes deudores, dándoles cobertura y una nueva oportunidad. A entidades financieras, con tales problemas de liquidez –que todavía ni siquiera conocemos– que están exigiendo «subastas billonarias» de euros por parte del Banco Central Europeo; a Administraciones Públicas, cuya morosidad se sitúa por encima de los 40.000 millones de euros– y por tanto una parte importante de los pequeños acreedores –proveedores de las Administraciones Públicas–. Y en general para las empresas en crisis concursal, para las que se han previsto diferentes fórmulas de «rescate» antes de llegar a la liquidación final, que es el destino de 1 de cada 10 empresas que entran en concurso de acreedores.

Ahora bien, quienes, en última instancia, sufren más los efectos inmediatos de la situación de crisis y de las políticas de consolidación fiscal llevadas a cabo para afrontarla *son las personas y sus familias*. Pero ¿quién acude a su *rescate*? ¿quién *afronta el rescate* de las personas víctima de esta crisis en la que muy poco han tenido que ver, pese a que continuamente se ponga de relieve que obedece en gran medida a su «prodigalidad», a su pretendido «vivir por encima de las posibilidades», a un irresponsable sobreendeudamiento? Esto es ¿quién rescata a miles de personas, y a sus familias, de los impagos de hipoteca que le supone a la vez la liquidación de su morada

(desahucio), pero sin liquidar –«rematar»– la deuda? ¿Quién rescata, en fin, a las miles de personas que, incluso teniendo empleo y casa, solo cobra salarios reducidos y carece de otros ingresos para afrontar un sobreendeudamiento que hipoteca su inmediato futuro y el de su familiar, condenándolos a ser carne de «pobreza» y/o «exclusión social»? Si las personas jurídicas (jurídico-mercantiles y público-administrativas) tienen derecho a una segunda oportunidad mediante la refinanciación de su deuda, previo proceso de reestructuración de sus ingresos y gastos, ¿no lo tendrían también las personas «de carne y hueso», antes e incluso más allá de la «dación en pago» de «su» vivienda?

Precisamente, el gran reto, el desafío y el problema, pero también la oportunidad, está en hallar soluciones para todas las personas que en España se encuentran con un expediente u otro de «liquidación» en sentido jurídico –conversión en puros derechos monetarios de salida (entrega de la casa como liberación de deudas hipotecarias, pero salida de su hogar al fin y al cabo; limitación de responsabilidad del consumidor con sobreendeudamiento de buena fe con la liquidación de su patrimonio, pero liquidación al fin y al cabo)–, favoreciendo su estabilidad sin perjudicar la de los célebres mercados financieros. ¿No es posible conseguirlo ya desde el Derecho Privado Vivo, sin tener que esperar a que se vea confortado por una reforma legislativa que se tome en serio esta dramática cuestión social del «sobreendeudamiento hipotecario» y sus efectos de liquidación de situaciones jurídicas existenciales de las personas, como el goce y disfrute de una vivienda digna tras realizar un esfuerzo considerable para su acceso a la misma, mediante créditos-préstamos hipotecarios?

Es en este sentido, en el que aquí se ha entendido especialmente adecuado, incluso necesario, proponer un estudio unitario de estos tres grandes problemas sociales que, sin embargo, presentan una íntima conexión, en sus causas –crisis económica– y en su solución –«derechos de segunda oportunidad»–: *desempleo-sobreendeudamiento-desahucios masivos*. El Derecho Privado en general, y el Derecho Civil –ordenamiento de consumidores–, y/o el Derecho Mercantil –ordenamiento concursal– en particular, en su dimensión sustantiva pero también procesal –legislación relativa a la ejecución hipotecaria–, se ve concernido por una cuestión social de primer orden que parecía cuestión de otras ramas jurídicas, como las del Derecho Social –Derecho del Trabajo, Derecho de la Seguridad Social, Derecho de la Acción Social–. En este sentido, la cadena del proceso de la exclusión social de nuestro tiempo se inicia, no ya solo con la inexistencia, o la pérdida del empleo, sino incluso con la devaluación extrema de las condiciones de trabajo –«el fenómeno de los nuevos trabajadores pobres»–, que hace difícil que se pueda hacer frente a las deudas, sobre todo las más elevadas, las hipotecarias, de modo que la «liquidación» de las situaciones, ante la responsabilidad de tipo ilimitado que se establece –se responde con todo (art. 1.911 CC)–, lleva no ya solo a la pérdida de todos los activos sino también a la marginación social. En consecuencia, el Derecho Privado en una crisis sistémica como esta, se ve llamado a contribuir decididamente a la salida a problemas de gran trascendencia social, propiciando no solo una respuesta más humana, sino más justa y también, no se olvide ni se relegue, eficiente económicamente¹⁶.

¹⁶ Vid. AA.VV. *El derecho privado en contextos de crisis. Mecanismos de protección del patrimonio familiar*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid. 2010. Para el ámbito concursal, en relación a la reforma de 2009, anterior

Desde esta perspectiva, la reacción debe ser la de desactivar esa cadena de modo que el Derecho Privado propicie para el deudor hipotecario, en situación de sobreendeudamiento de buena fe, que tenga una nueva o *segunda oportunidad (freshstart)*, a partir de la cual se facilite no solo la «liquidación de su deuda» sino que se promueva su carácter «activo». En este sentido, la solución jurídica debe propiciar no solo la liberación de una parte de su deuda, tras el correspondiente y negociado proceso de reestructuración de aquella, sino fomentar al mismo tiempo su iniciativa ocupacional –realización de una actividad emprendedora–. De este modo se impediría que la persona quede atrapada de por vida en su «torre de deudor» (*Schuldturm*), sin poder llevar una vida digna y sin que tal posibilidad pueda quedar tan solo a decisiones puramente de «responsabilidad social» de las empresas acreedoras¹⁷.

Como una solución de justicia contractual que es, al menos como aquí se propone, no se basa en la protección unilateral de uno de los intereses en juego por razones éticas o de «justicia social», sino en un compromiso o transacción entre los tres intereses implicados, los dos contractuales y el interés de la sociedad a una ordenación eficaz del mercado para todos los que concurren. La responsabilidad limitada para las personas físicas que incurrir en estas situaciones de sobreendeudamiento pasivo y de buena fe, a través de una «nueva o segunda oportunidad» no solo facilita la solvencia financiera del deudor al liberar –condonación– de toda su carga el futuro patrimonio, permitiendo incluso no perder su bien existencial básico, la vivienda, en aquellos casos en que la iniciativa se adopte antes de que sea irreversible –viabilidad de un plan propio o personal de reestructuración–, sino que es económicamente eficiente, pues reduce el riesgo, por tanto el coste, del fracaso empresarial. En suma, frente a lo que se oye y se lee usualmente, tal sistema de limitación de responsabilidad patrimonial de la persona física y reconocimiento de una segunda oportunidad incentiva la toma de riesgos y, *en particular, la creación de nuevas pequeñas y medianas empresas, lo que a su vez debería ser un impacto positivo sobre el empleo, como enseña el modelo concursal norteamericano*¹⁸.

a la más reciente e intensiva en tal sentido, aunque siga dejando en un segundo plano la insolvencia de las personas físicas, GALLEGO SÁNCHEZ, E. «Sistema concursal. Aspectos generales: deudas de empresarios y particulares tras el RDL 3/2009», y para la «insolvencia familiar», el artículo en tal sentido de una de las principales especialistas españolas en tal materia, CUENA CASAS, M.

¹⁷ Vid. CUENA CASAS, M. «Endeudamiento e Insolvencia familiar». *El Notariado*, pág. 3.

¹⁸ Este es el sentido de la legislación concursal en vigor en los EE UU, relativa a los procedimientos de *freshStart*, y también la orientación de la nueva legislación alemana reguladora de la insolvencia, tras la reforma que entró en vigor en 1999. Por eso, en esto, aunque no sea frecuente, coinciden un buen número de juristas y de economistas, pues si aquellos se preocupan más por las soluciones justas, estos lo hacen por las eficientes. Pero es un dato de evidencia científica que «limitar la responsabilidad patrimonial del prestatario individual, liberando su carga financiera respecto de la renta futura», no solo es justo sino eficiente, porque «proporciona al deudor la posibilidad de comenzar de nuevo, evitando que se convierta en una rémora para su familia, amigos y la sociedad en su conjunto». Vid. PADILLA, J.A.-REQUEJO, A. *La «Segunda Oportunidad». El tratamiento legal de la quiebra personal en España y su reforma*. CREI. 1999. pág. 153. En: [http://www.crei.cat/research/books/1998\(SE\).PDF](http://www.crei.cat/research/books/1998(SE).PDF). En el mismo sentido CUENA CASAS, M. «FreshStart y mercado crediticio». En *InDret*, 2011, pág. 29: «la política en materia de insolvencia tiende a revitalizar la productividad del deudor (*selfmademan*)».

4. LA SOLUCIÓN DESDE EL ENFOQUE DE LOS DERECHOS DEL «CONTRATANTE DÉBIL»: UN MODO COHERENTE DE RECONCILIAR EL MERCADO CON LA JUSTICIA

Evidentemente son razones sobre todo económicas –sin perjuicio de la influencia de factores de carácter ideológico– las que explican la continuidad del abstencionismo legislativo español y su opción por modelos de protección «débil», por tanto, también ineficaces. Ahora bien, aunque el debate mediático sobre, y también la lucha social por, el derecho a la segunda oportunidad se ha avivado en los últimos meses, conviene tener en cuenta dos cosas, al menos. Primero, que si bien es cierto que el debate se plantea como algo muy novedoso entre nosotros, en realidad de la «segunda oportunidad» lleva hablándose hace más de una década, en especial en el marco de las necesarias reformas de la *legislación concursal* española, algún año antes de la ley concursal de 2003. En este sentido, se pedía que se limitara la responsabilidad de los deudores a la situación de su patrimonio actual estrictamente siguiendo, además, algún modelo comparado de los diversos existentes y ya probados con éxito, como el de EE UU o el continental –alemán, de un lado, francés, de otro–.

Segundo, que en estas experiencias jurídicas y en la mayor parte de los enfoques teóricos el eje argumental básico no era la «justicia social» de la medida, aunque también, sino precisamente, como se ha dicho, la eficiencia económica, esto es, la preocupación por evitar que el sobreendeudamiento asfixie el crecimiento económico y la creación de empleo de miles y miles de personas, pues no es un problema individual sino social, como se dice. De hecho, a nivel europeo se aconseja una intervención en esta materia a nivel comunitario también con alegación de razones económicas, como la eficiencia del mercado interior¹⁹:

«La diversidad de los sistemas establecidos en cada uno de los países que los han desarrollado, no solo en Europa sino también en el resto del mundo, combinada con su ausencia en otros países, **favorece una situación de desigualdad de oportunidades que genera injusticia social**, por un lado, y que distorsiona y **obstruye la plena realización del mercado interior**, por otro. Eso justifica una intervención proporcional de la Unión Europea, cuyo fundamento jurídico indispensable puede encontrarse en el derecho primario.»

En todos los casos se plantea en torno a la dialéctica entre la justicia de esas medidas y su incidencia en los costes del crédito, si supone o no un freno a la concesión abusiva de crédito al

¹⁹ Vid. el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El Crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia» (DOCE 2008/C 44/19). Así se afirma como recomendación de conjunto en un estudio comparativo a nivel europeo financiado por la Comisión Europea. Véase el Proyecto de la Dirección General de Empresa de la COMISIÓN EUROPEA (2003), «Procedimiento Best» sobre «reestructuración, quiebra y nuevo comienzo». Informe Final del Grupo de Expertos. El texto, muy ilustrativo para hallar enfoques comunes y diferenciales en: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme2chance/doc/failure_final_es.pdf

fomentar la prudencia en la valoración y concesión de créditos. Por tanto, su impacto de mercado es siempre relevante. Pero la experiencia dice, sobre todo tras el análisis del modelo norteamericano, que son muchas más las ventajas que los inconvenientes, más los beneficios, económicos y sociales, incluso en términos de creación de empleo, que los costes. En consecuencia, al Derecho incumbe encontrar las fórmulas más adecuadas para asegurar el inexorable equilibrio entre la justicia social y la eficiencia económica. Y decimos al Derecho, no ya solo a la ley, pues tal posibilidad no puede ser competencia únicamente del legislador en un Estado Constitucional de Derecho en el que también el poder judicial aparece como un poder público vinculado a la realización de los derechos, valores y principios constitucionales, como reflejan las propias normas ordinarias. Por tanto, ni hay unidad de sujetos productores de Derecho ni sus fines son idénticos a los de los poderes económicos, ni tampoco solo de los particulares, sino el equilibrio y transacción entre todos los que están en juego en un lugar y un tiempo dados.

En suma, el Derecho no expresará nunca solo, a diferencia de lo que puede ocurrir con la Ley, un «gobierno de los números», sino un «gobierno de las personas», a la realización de cuyos valores, intereses y derechos las Leyes que integran el Derecho Privado, sean de uno u otro sector, o combinados, han de dirigirse mediante el proceso interpretativo, en el que intervienen, conforme a un principio democrático social, un conjunto de actores diferenciado, incluidos los Tribunales, tras un proceso en el que tienen posibilidad de convencer de sus razones las dos partes en conflicto²⁰. Por tanto, por mucho que un Gobierno-legislador se empeñe –por la vía del orden imperativo o por vía del orden promocional de la responsabilidad social–, primar el contrato sobre la ley, o la sociedad civil sobre el Estado no será solo el resultado de su voluntad de dar un orden determinado, sino la resultante de los procesos que se den en torno a su aplicación. Y, se quiera o no, las normas son pautas de comportamiento que dirigen las conductas de las personas siempre conforme a valores plurales. Entre estos valores-principio están los relativos a la igualdad de trato y a la no discriminación. Por eso, las normas deben asegurar el igual trato de todas las personas que se encuentren en situaciones equivalentes, de modo que la libertad legislativa de fijar el campo de aplicación subjetivo de las normas no devenga en arbitrariedad, o, en todo caso, no pasen el juicio de proporcionalidad, como creemos no sucede respecto del RDL 6/2012.

5. LA TUTELA DEL DEUDOR HIPOTECARIO DE BUENA FE: CONSTITUCIONALIZACIÓN VERSUS REMERCANTILIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

Aunque la cultura jurídica continental ha tendido a realizar esa relectura axiológica y constitucional del ordenamiento jurídico –liberal– sobre todo en el Derecho Público, y en las ramas del llamado «Derecho Social», en absoluto se descarta un movimiento análogo, aunque más controvertido sin duda, en el Derecho Privado, y en especial en el Derecho Civil. La norma constitucional

²⁰ Cfr. ZACCARIA, G. *ibidem*, pág. 227.

no es un mero depósito de máximas generales privadas de toda fuerza en los diferentes sectores de los intercambios privados bajo las reglas (siempre jurídicas) de mercado –y su formalización mediante contratos y procesos de negociación de autonomía privada–, ni un puro sistema de límites externos para el legislador ordinario en estos ámbitos de la vida social. Esta perspectiva jurídica es particularmente útil para superar las regulaciones civiles –y mercantiles– en las que los intereses patrimoniales desplazan la protección de los valores de carácter existencial de los que son portadores las personas, y que caracterizan todavía numerosos institutos jurídico-privados. Esta incidencia constituye hoy un dato adquirido de la cultura jurídica europea y conforme un cierto «principio de civilización jurídica»²¹. Este proceso de «constitucionalización» del Derecho Privado, que en gran medida contrasta con su actual remercantilización, no es privativo de la cultura europea, sino que tiene proyección relevante al otro lado del Atlántico, especialmente en la doctrina brasileña, especialmente sensible a la interpretación sistemática y axiológica del Código Civil en una «perspectiva constitucional»²².

Son, pues, numerosos los ejemplos de uso directo de las normas constitucionales no faltan también en la teoría de las obligaciones, donde indudablemente el juicio de valor se advierte menos que en otros lugares del Derecho Civil.

Con especial sentido a través de la integración o «llenado» de las «cláusulas generales», como son las relativas a la «dignidad de la persona», o la misma «buena fe», así como para la finalidad de la individuación de las nociones jurídicas de «cumplimiento de la obligación», «injusticia del daño», «enriquecimiento injusto», de «ilícito civil», o de «responsabilidad». La relación directa entre intérprete y norma constitucional intenta evitar el aislamiento de esta última del resto del sistema normativo, remarcando la unidad del ordenamiento y la consiguiente superación de la tradicional contraposición entre público y privado. De ahí que se desplegara una importante corriente doctrinal y jurisprudencial en torno a una suerte de «Derecho Civil Constitucional»²³.

²¹ Así, de un especial interés resulta la jurisprudencia italiana, que viene subrayando en los últimos años la centralidad del «più generale fenomeno di rilettura degli istituti codicistici in senso conformativo o ai precetti superiori diella sopravvenuta Costituzione repubblicana» (Cass., 24 de septiembre de 1999, n.º 10511, en Foro Italiano, 2000, I, c. 1929 ss., especialmente. c. 1938 s., con nota de PALMIERI). En el mismo sentido, Cass., 23 de mayo de 2003, n.º 8188, en Dir. Giur., 2004, págs. 104 y ss.; Cass., sez. un., 13 septiembre de 2005, n.º 18128, en DannoResp., 2006, pág. 411.

²² Para el ámbito europeo destaca el esfuerzo de la doctrina civilista italiana al respecto. Vid. R. PARDOLES-I.TASSONE. «Corte costituzionale, fonti e diritto privato: un'analisi comparativa», En N. Lipari (a cargo de). Giurisprudenzacostituzionale e fonti di diritto. págs. 481 y ss.). En Suramérica vid. la Obra colectiva a cargo de G. TEPEDINO, H.H. BARBOZA y M.C. BODIN DE MORAES. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. I y II. Río de Janeiro, 2005 y 2006. También, para Chile, ROSECO, E. *El Derecho Civil y la Constitución ante la Jurisprudencia*. P. 9. Se parte de los tópicos que ordenan esta cuestión: la interrelación de lo público y lo privado como eje del Derecho Civil contemporáneo, de un lado, y la tutela de la persona como principio axial del Derecho Civil Constitucional, de otro. Recalca que no estamos ante un «fenómeno de publicación» de las relaciones civiles, sino ante la revitalización de un sentido social y humanista típico del Derecho Civil más clásico, dándole una nueva vitalidad. Lo interesante de este libro es el análisis que hace de una copiosa jurisprudencia de los Tribunales chilenos, en especial de la Corte Suprema de este país.

²³ Por todos, PERLINGIERI, P. *El derecho civil en la legalidad constitucional según el sistema italo-comunitario de las fuentes*. Dykinson. Madrid. 2008.

La superación del formalismo y el conceptualismo en la hermenéutica presupone que la teoría de la interpretación sea enunciada no *sub specie aeternitatis*, sino en forma histórica y relativa. Sobre la incidencia constitucional en el Derecho Civil no se puede hoy reflejar ningún panorama sombrío, más bien al contrario. A nuestro juicio, la Constitución Española de 1978 promovió un fuerte retorno a sus raíces más profundas, que es la consideración de la persona en sí misma antes que en sus «relaciones patrimoniales». A partir de este valor nuclear, reflejado en el artículo 10 CE, debe llamarse la atención sobre cómo su reinterpretación conforme a tales postulados constitucionales lejos de representar una amenaza para el papel del Derecho Civil como referente básico de las relaciones *inter privatos* la fortalece, de modo que promovería una «recivilización» del Derecho Privado frente a la actual «remercantilización» del mismo. En suma, este enfoque tiene como presupuesto la actual configuración de la «tutela de la persona como principio general de orden público constitucional», y, en consecuencia, el mayor relieve de la protección de las *situaciones existenciales de la persona*, cuya coercibilidad no puede quedar condicionada a decisiones voluntarias, sino que debe contar con efectivos poderes de actuación. En todo caso, el juez no podrá negar la tutela a quien reclame garantías sobre un aspecto de la propia existencia que no tenga previsión específica, puesto que aquel interés ya tiene una relevancia en el ordenamiento, y por lo tanto, también tutela judicial (art. 24 CE).

La previsión general de tutela de la persona ofrece un fundamento normativo preciso, idóneo para calificar tales existencias como jurídicamente relevantes con consecuencias inmediatas en las mismas relaciones intersubjetivas²⁴.

La tutela de la persona **no** se puede agotar en el tradicional perfil del resarcimiento del daño. Adquiere consistencia también la conveniencia de una tutela preventiva: el ordenamiento ha de poner todos los medios para que el daño no se produzca y sea posible la realización efectiva de las situaciones existenciales (arts. 1.1, 9.2 y 10.2 en relación a los arts. 15 y 47 CE)²⁵. La personalidad tiene relevancia positiva tanto en el momento procesal –es decir, en los remedios a los que recurrir para el cese de la actividad dañosa, para la restitución en forma específica, para la evaluación, para el resarcimiento–, cuanto en la valoración sustancial del interés merecedor de realización, destinado a modificar, desde dentro, la mayor parte de las instituciones jurídicas variando su función.

Por lo tanto, los intereses existenciales acaban teniendo una tutela, ya sea de manera directa, a través de las normas específicas en tal sentido, como sucede con las «leyes de segunda oportunidad», o bien indirecta, a través de la interpretación de cláusulas generales –orden público, buena fe–, destacando incluso y especialmente sobre el ejercicio de la iniciativa económica privada. El arbitrio del titular del crédito –por ejemplo las entidades financieras– en el ejercicio de muchas

²⁴ N. LIPARI, «Dirittifondamentali e categorieciviltistiche», en *Riv. dir. civ.*, 1996, I, pág. 419. En la jurisprudencia, por todas, Cass., 9 giugno 1998, n.º 5658, in *Corriere giur.*, 1998, pág. 1.170.

²⁵ *Vid.* P. PERLINGIERI. *El Derecho Civil en la legalidad constitucional...*, *op. cit.*, pág. 698.

situaciones existenciales se concilia mal con el *principio de tutela de la persona como noción de orden público constitucional*. El titular no se puede considerar libre, de forma arbitraria y exclusiva, de ejercitar los medios de tutela, inclusive los procesales. No importa solo el interés del titular, sino también, paralelamente y quizás de forma conflictiva, un interés en la realización de la persona. Así se explica un cierto interés de carácter público, o de Derecho Civil, incluso en los supuestos de inercia del interesado. Los intereses y los valores que emergen de las normas constitucionales son, desde el punto de vista sustantivo, jurídicamente relevantes. Debemos averiguar si el aparato procesal se adecua a esta opción. Una de dos:

- O se localizan en el ámbito del sistema técnicas que, aunque nacidas por motivos diferentes, sean idóneas para la tutela de tales valores, derechos y principios. Por ejemplo, los deberes de protección derivados de la buena fe
- O bien se debe afirmar decididamente que el sistema del proceso no es legítimo constitucionalmente porque no logra tutelar intereses primarios, constitucionalmente relevantes.

El tema –complejo, actual, «angustioso»– del derecho a la vivienda ofrece un observatorio privilegiado y un caldo de cultivo para la constatación de la interacción entre los valores existenciales de la persona y los intereses de tipo económico o patrimonial.

De «derecho a la vivienda» se puede hablar en dos acepciones diferentes, según se quiera referir la situación a las relaciones económicas (art. 47 CE), o (leída en relación a los arts. 9.2 y 10.1 CE) como aspecto de un valor unitario normativo: la tutela de la persona. El derecho a la vivienda es de la persona y de la familia; ello tiene consecuencias notables en el plano de las relaciones civiles²⁶. Entre las vías para su realización debe estar los derechos de reestructuración razonable de la deuda hipotecaria, siendo último recurso el derecho a la dación en pago, con lo que se innovaría el conjunto de técnicas privadas y públicas orientadas a su tutela efectiva.

No se trata de puras especulaciones, sino de experiencias prácticas. Así lo prueba el que ciertos jueces se hayan atrevido a presentar cuestiones de inconstitucionalidad siguiendo el planteamiento aquí recogido. Es el caso del *Auto del Juzgado de Primera Instancia (AJPI) número 2 de Sabadell, de 30 de septiembre de 2010*, que entendió de dudosa constitucionalidad la actual regulación del proceso de ejecución hipotecaria por no dar cabida, precisamente, a la defensa de las situaciones socioeconómicas –fácticas– y contractuales –jurídicas– previas que pueden determinar la existencia o no del presupuesto de ejecución, el incumplimiento real del deudor hipotecario de su obligación de pago. El Auto es de una solidez jurídica innegable y aporta una serie de reflexiones muy sugerentes para la relectura del Derecho Privado, sea sustantivo sea procesal, a la luz de los derechos y principios constitucionales –arts. 24, 14 y 47 (derecho a la vivienda) CE–. Por

²⁶ Vid. P. PERLINGIERI. *El Derecho Civil en la legalidad...*, op. cit., págs. 791 y ss.

eso, es de lamentar que el *ATCO número 113/2011, de 19 de julio*, despachara tan alegremente esta cuestión de inconstitucionalidad sin ni siquiera tomarla en serio, pues no solo la inadmitió sino que deslizó un juicio crítico final sobre el sentido del mismo y el papel constitucional de los jueces que desborda la posición que ha de esperarse del Alto Tribunal.

Afortunadamente, los sistemas jurídicos complejos y pluralistas como el nuestro, suelen ofrecer siempre «otra oportunidad» ante un «nivel jurisdiccional superior», que también lo hay respecto del TCO cuando de «garantías de derechos fundamentales-humanos» hablamos, pero también si hay afectación del Derecho Comunitario. Como se dijo en la introducción, lo que una Cuestión de Inconstitucionalidad no ha podido dar –la revisión del régimen legal por indefensión–, parece que sí lo va a conseguir una paralela cuestión prejudicial comunitaria.

En todo caso, al margen de esta dialéctica entre infortunio constitucional y fortuna comunitaria, ambas ofrecen un marco para la reflexión sobre esta impregnación axiológica de los preceptos jurídico-privados y una evolución de la dogmática jurídico-privatista, muy reseñable. Por eso dedicaremos atención a algunos de sus planteamientos, de alcance general.

6. LA AUTORREGULACIÓN PROMOVIDA: EL MODELO VOLUNTARIO DE PROTECCIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO EN RIESGO DE EXCLUSIÓN SOCIAL

Como ya se advirtió al inicio de este estudio, el Gobierno-legislador no es ajeno en absoluto a esta necesidad de imbricar los derechos y principios constitucionales en el Derecho Privado, a fin de dar respuesta adecuada al drama del impago de miles de personas de sus cuotas hipotecarias, facilitando incluso el momento liquidador de la situación, como es sin duda la «dación en pago». Sin embargo, no ha considerado oportuno seguir un modelo de tutela jurídica fuerte, típico de cualquiera de las experiencias existentes en otros países, sino que se ha limitado, de modo original pero claramente ineficaz, a propiciar o promover un modelo de protección basado en la «responsabilidad social» de las entidades financieras, por tanto, meramente voluntario. De este modo, indirectamente, el Gobierno reconoce que no puede dejarse las duras cuestiones que provoca la «masificación» de los problemas relativos a la insolvencia familiar. Pero no se atreve a alterar lo más mínimo el modelo legal existente, que se basa en la responsabilidad patrimonial universal, dejando el alternativo propuesto modelo de responsabilidad limitada por parte de las personas físicas, a la libre decisión de la entidad acreedora.

En suma, el Gobierno acierta en el diagnóstico, incluso en el contenido del programa o plan de acción, a través de un proceso secuencial con diferentes fases, seleccionando cada una de las medidas en atención a cada situación concreta –plan individualizado– y propiciando una solución negociada entre acreedor y deudor de buena fe, pero yerra en el modelo regulador, al limitar en exceso el ámbito subjetivo de aplicación, con los agravios de protección generados, y debilitar su fuerza jurídica, al condicionarlo a la decisión voluntaria de la posición más fuerte, el acreedor. En este sentido, el Gobierno no ha dejado caer en saco roto, o en el completo olvido, algunas de las medidas que se le

demandaban, desde la sociedad y desde instancias profesionales. En efecto, desde diferentes sectores jurídicos se viene poniendo de manifiesto la urgencia de establecer una protección integral del deudor hipotecario sobreendeudado de buena fe, contemplando diferentes situaciones de dificultad financiera y también un catálogo amplio de instrumentos de solución de la misma, en términos análogos a los procesos de carácter concursal típicos del modelo norteamericano, conforme a la *rescue-culture*. Pidiendo al mismo tiempo que se incluyeran incentivos que pudieran hacer atractivo este proceso de renegociación para ambos sujetos contratantes, si no se quería imponer coactivamente.

Así, para incentivar ese proceso de reestructuración de la deuda en fase convencional se puede:

- a) Establecer incentivos fiscales a cualquier novación, en particular, la exención de la tributación por actos jurídicos documentados, debiéndose extender a préstamos y créditos, incluidos los de refinanciación, directa o mediante avalistas.
- b) Establecimiento, con carácter previo a la ejecución hipotecaria, de una fase obligatoria de negociación extrajudicial y autónoma, a fin de explorar todas las posibilidades que existan de refinanciación²⁷.

Es evidente que un modelo equilibrado de protección exige combinar unas normas atributivas de poderes-facultades de negociación, y otros deberes de cooperación, con normas de incentivo. Todo esto no es ajeno al Gobierno. Por eso no se ha contentado solo con facilitar un camino para la dación en pago, que en última instancia supone la pérdida del bien existencial para la persona y la familia, sin que realmente obtenga un beneficio significativo la entidad acreedora ante el *stock* formidable de vivienda que tienen todas ellas y que están lastrando sus balances e incluso todo nuestro futuro como país. En el programa de medida ha dado entrada tanto a los procesos de renegociación de la deuda, cuando la dificultad financiera sea temporal, tratándose más bien de problemas de liquidez que de insolvencia, cuanto a la continuidad en el goce de la vivienda tras la dación, pasando por los procesos de ejecución hipotecaria, cuya regulación, aún sin reformarla, ha intentado flexibilizar. De ahí que el RDL 6/2012 establezca diferentes fases a tal fin.

La primera, se dirige a facilitar una reestructuración de la deuda –hipotecaria– a fin de lograr la viabilidad a medio y largo plazo de la misma. Solicitada la reestructuración y acreditada la documentación que evidencia estar bajo la protección de esta normativa, la entidad deberá notificar y ofrecer al deudor un «plan de reestructuración». En este plan se concretará la ejecución y consecuencias financieras para el deudor de la aplicación conjunta de una serie de medidas de facilitación del pago –Anexo, punto 1 b) RDL 6/2012–. En segundo lugar, de no resultar suficiente tal mecanismo, las entidades pueden ofrecer a los *deudores una quita del capital pendiente de amortización*. En este sentido, las entidades acreedoras deberán advertir de la inviabilidad del plan –aquel que fije una cuota hipotecaria mensual de más del 60% de los ingresos que perciban de modo conjunto todos los miembros de la unidad familiar– y/o de las medidas complementarias para tales casos.

²⁷ Vid. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. «Las ejecuciones hipotecarias en el contexto de la crisis». *El Notariado*, núm. 36.

En este caso, una vez solicitada la quita por el deudor, es la entidad la que está facultada, por tanto, no obligada, para aceptar o rechazar, en el plazo de un mes a contar desde la acreditación de la inviabilidad del plan de reestructuración. El porcentaje de la quita no es ni único ni fijo para todos los casos.

Finalmente, si ninguna de esas medidas logra reducir el esfuerzo de los deudores a límites asumibles para su viabilidad financiera, se prevé medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria, a través del reconocimiento del «derecho» –más bien «resignación» por falta de otra alternativa más razonable– para el deudor de solicitar, y el deber para el acreedor de aceptar, la dación en pago de la vivencia como medio liberatorio definitivo de la deuda. En tal caso, queda cancelada totalmente la deuda garantizada con la hipoteca y las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la deuda. Asimismo, y como una medida asistencial ante una situación tan extrema, se contempla la posibilidad de permanecer en la vivienda, pero ahora ya en concepto de «arrendatario», durante un plazo de dos años satisfaciendo una renta asumible –una renta anual del 3 % de importe total de la deuda en el momento de la dación–, penalizándose el eventual impago de esa renta con un interés de demora del 20 %. La normativa fija una regulación especial del régimen de arrendamiento de estas personas, flexibilizando ciertas condiciones respecto del régimen común en unos casos y haciéndolas más rígidas en otras –disp. adic. única RDL 6/2012–, al tiempo que favorece su acceso a ayudas financieras en régimen de alquiler, si bien esta regulación se aplica a otros colectivos –art. 13 RDL 6/2012–.

Como expresión de una política de fomento de los deberes de cooperación del deudor con el acreedor, se prevé que las entidades puedan pactar con los deudores la cesión de una parte de la plusvalía generada por la venta de la vivienda, en contraprestación por la colaboración que este pueda prestar en dicha transmisión. Se trata con ello, pues, de facilitar el desarrollo de las relaciones de cooperación durante el proceso, en interés de la entidad y del deudor. Estas medidas no serán aplicables, a diferencia de las anteriores –definidas como complementarias– en los supuestos que se encuentren en procedimiento de ejecución ya anunciados para subasta, o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores.

Asimismo, y por destacar algunas de las medidas de incentivo, se prevén otras medidas fiscales y procesales. Respecto al instrumento procesal, cambia el procedimiento de ejecución extrajudicial –art. 129 de la Ley Hipotecaria–, pues se prevé una subasta única y un importe mínimo de adjudicación superior al ordinario, pues se sitúa en el 70 % –art. 12 RDL 6/2012–. Esta regulación es de aplicación general a todos los deudores hipotecarios, no solo a los que se hallan por debajo del umbral de pobreza y exclusión del artículo 2 RDL 6/2012. La regulación de la venta extrajudicial ha quedado, sin embargo, remitida a un posterior desarrollo reglamentario, y tendrá como una de sus principales novedades la posibilidad de subasta *on-line* –disp. final tercera RDL 6/2012, que da un plazo de 9 meses–. Se apuesta, pues, por una marcada flexibilización de la ejecución hipotecaria –art. 1 RDL 6/2012–.

Por lo que hace a la reducción de costes, la experiencia práctica ha acreditado la frustración del negocio por los costes fiscales que conlleva, con lo que su repercusión sobre el deudor agudi-

za todavía más la situación ya de por sí difícil de quien no tiene recursos para hacer frente a los pagos del préstamo y se ve compelido a contraer nuevos costes. De ahí la previsión de una serie de beneficios fiscales, como la exención de la cuota gradual de las escrituras públicas de formalización de las novaciones contractuales que se produzcan al amparo del Código de Buenas Prácticas –nuevo número 23 del art. 45.i B) del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados–, la inversión del sujeto pasivo del impuesto en situaciones de dación en pago –nuevo apartado 3 del art. 106 Ley Reguladora de las Haciendas Locales–, y la exención del impuesto del IRPF de la ganancia patrimonial que se pudiera generar en los deudores singularmente protegidos por el RDL 6/2012 en caso de dación en pago –nueva disp. adic. trigésima sexta Ley 35/2006, IRPF–. El artículo 11 RDL 6/2012 prevé otros beneficios orientados a reducir los costes para el deudor que se ve privado de su vivienda tras la dación en pago –bonificación del 50% de los derechos arancelarios de cancelación–.

No creemos que haya que ir más allá en este repaso del contenido del modelo tutelar o de protección ofrecido por esta norma de rango legal. Los problemas principales de esta regulación no está en su contenido, muy razonable²⁸, cuanto en el modelo de protección elegido. Primero, porque gira sobre una técnica de asunción voluntaria, el Código de Buenas Prácticas, que debe ser aceptado por las entidades financieras para ser operativo.

Segundo, y quizás más inquietante aún, porque tiene un ámbito subjetivo limitado, de modo que no quedan incluidos en la protección todos los deudores hipotecarios de buena fe con dificultades socioeconómicas para el pago regular de sus cuotas sino tan solo aquellos que se encuentren en una situación de extrema «exclusión social», esto es, por debajo del umbral de pobreza que fija esta normativa. Para la inclusión en tal colectivo protegido hace falta que concurren en las personas deudoras hipotecarias un amplio número de requisitos –art. 3.1–, que deberán ser convenientemente acreditados por el deudor –art. 3.2– y de los que se derive la absoluta falta de ingresos, esto es, la situación de emergencia. Pues no solo es necesario que carezca la unidad familiar de rentas del trabajo, y de cualquier tipo de bien que pudiera hacer frente a la deuda, sino también que

«La cuota hipotecaria resulte superior al 60% de los ingresos netos que percibe el conjunto de los miembros de la unidad familiar.»

Fuera de ellos, solo será posible acudir a este modelo –que tiene, pues, carácter excluyente–, si, una vez más, así lo deciden las entidades financieras, pudiendo también mejorar las previsiones del Código de Buenas Prácticas en cualquier caso –art. 5.8 RDL 5/2012–. La intensidad con que

²⁸ En cierto modo prevé medidas análogas, aunque no idénticas como es manifiesto, a los «planes de rescate» para las personas jurídicas, sobre todo para grandes empresas. Así sucede respecto de las personas públicas con los RRDD Leyes 4/2012 y 7/2012, relativos al «Fondo de Financiación» del plan de pago a proveedores por parte de ayuntamientos y CCAA, que implican también un duro plan de ajuste o de reestructuración. Y también en el ámbito de la legislación concursal, para las personas jurídico-mercantiles, al preverse una fase preconcursal, cuyo objetivo básico es favorecer la «refinanciación» de las deudas del concursado –Ley 38/2011–.

se plantean las exclusiones hace albergar serias dudas no ya solo sobre su eficacia, que será muy limitada, sino sobre su constitucionalidad, por vulneración del artículo 14 CE. A nuestro juicio, queda afectado negativamente el **principio de no discriminación por «circunstancias familiares y sociales» ex artículo 14 CE**, tal y como lo entiende la reciente STCO 26/2011, cuya efectividad lleva años en entredicho en este ámbito y ahora sale muy maltratada tras el RDL 6/2012, de protección solo de algunos de los deudores hipotecarios «sin recursos»²⁹.

En este sentido, una especial atención merece la contradicción que expresa, a nuestro juicio, el requisito cuantitativo segundo, la asunción de una cuota hipotecaria mayor del 60 % del ingreso disponible, con el umbral fijado para determinada la cualidad de inviable de un plan de reestructuración, que se sitúa también en ese 60 %. Esto significa, salvo error, que el Gobierno-legislador neutraliza las medidas de reestructuración, dejándolas al albur de las entidades la opción, harto improbable, de una quita –medidas complementarias–.

La voluntad excluyente del Gobierno-legislador es clara a tenor del artículo 5.6 RDL 6/2012, que prohíbe –«no procederá»– «la extensión de su aplicación, con carácter normativo o interpretativo, a ningún otro ámbito». Confirma, así, el carácter excepcional de esta medida legal. Una exclusión que plantea problemas de legitimidad constitucional, en la medida en que puede suponer hacer de peor condición a unos deudores hipotecarios en situación objetiva de necesidad grave respecto de otros aún más necesitados, sin que en un buen número de supuestos las diferencias –por ejemplo, uno que tenga una cuota hipotecaria del 57 % o del 58 o del 59 % de sus ingresos– tengan una auténtica justificación objetiva y razonable. A tal fin, insisten en dar un mensaje de confianza a las entidades financieras, y, por lo tanto, a los tan célebres como evanescentes mercados, de modo que tales medidas no lleven a:

«... deteriorar los elementos fundamentales de la garantía hipotecaria, sobre cuya seguridad y solvencia se viene asentando históricamente nuestro sistema hipotecario.»

Al autocontrol de la adhesión voluntaria se suma, como hemos visto, el que solo se aplicará a los que estén en auténticas *situaciones de estricta o mera supervivencia existencial*. Como se ha recordado más arriba, el estrepitoso fracaso de esta opción se ha verificado, como nos temíamos, sin que cultivemos de momento el incierto oficio de visionarios o adivinos, en la práctica, de modo que la gran mayoría de entidades financieras se han acogido al Código pero no ha servido prácticamente de nada, pues apenas se han tramitado a través de ella unos pocos cientos de solicitudes, de

²⁹ Aunque en un ámbito jurídico parcialmente distinto, pero vinculado a los *derechos de adaptación razonable de sus obligaciones de cumplimiento contractual* –en este caso laborales–, estos criterios previstos con carácter general en el artículo 14 CE han sido utilizados por la STCO 26/2011, 14 de marzo –obliga al juez a tener en cuenta la protección de las responsabilidades familiares del trabajador a la hora de enjuiciar la legitimidad del cambio de turno promovido por el trabajador para conciliar su vida laboral y familiar, aun sin reducción de jornada y por tanto de salario, de modo que no cargue sobre el trabajador el coste principal de estas medidas de conciliación–. Viene sosteniendo, desde 2008, el carácter discriminatorio para las familias de la regulación relativa a la insolvencia de las personas físicas CUENA CASAS, M. «Endeudamiento e insolvencia familiar». *El Notariado*, núm. 22, op. loc. cit.

las cuales menos de 100 habrían dado lugar a respuesta positiva a día de hoy, cuando el problema afecta a centenares de miles de personas. Pero, como también se anticipó, la solución que da el *RDL 27/2012, de 15 de noviembre*, como han puesto de relieve todos y cada uno de los sectores de sujetos afectados e interesados, de un modo u otro, en este asunto, salvo las entidades financieras, claro, vuelve a incidir en los dos errores mayores del primero: la solución que da no solo es insuficiente para afrontar el problema de la mayoría de las personas y familias afectadas, sino que, lo que es peor incluso, tampoco va por la senda correcta, pues la moratoria de dos años no paraliza los intereses. Asimismo, el célebre «Fondo de Viviendas de alquiler social» que promueve es una iniciativa loable pero más voluntariosa que efectiva, por cuanto de momento, y pese a existir centenares de miles de viviendas vacías –buena parte de las cuales se han destinado al llamado, impropia pero muy gráficamente, «banco malo», a fin de hacer, nuevamente, negocio, salvando la rentabilidad de inmuebles que de momento permanecen «inactivos» en el sentido más pleno del término–, no cuenta con los recursos necesarios para que pueda ser una alternativa creíble y una garantía de efectividad del derecho a la vivienda digna ex artículo 47 CE que el procedimiento de desahucio liquida en sentido estricto, privando a la persona y su familia de derecho tan inherente a la dignidad.

En suma, sus disfunciones sociales, pero también económicas, son manifiestas, y, por tanto, seguirá siendo necesaria, por más que el Gobierno-legislador se empeñe en levantar un dique, *la función interpretativa –conformadora e informadora– del Derecho Civil en el marco de los derechos, valores y principios constitucionales*³⁰.

7. EXPERIENCIAS JUDICIALES FAVORABLES AL CONTROL DE LEGITIMIDAD DEL EQUILIBRIO DE LA RELACIÓN ENTRE ACREEDOR Y DEUDOR HIPOTECARIO

7.1. UN CALDO DE CULTIVO JUDICIAL FAVORABLE: LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DEBERES DE TRANSPARENCIA DEL MERCADO CREDITICIO Y DE BUENA FE

³⁰ Pese al RDL 6/2012, pues, sigue siendo cierto que el creciente apoyo a la banca sigue sin acompañarse de la «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 fecha (en aquel tiempo se refería a los RRDD 1975/2008, sobre medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a la vivienda y 97/2009, de 6 de febrero, sobre moratoria en el pago de préstamos hipotecarios; tras el nuevo RDL comentado la conclusión no es disímil, como se ha visto), 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 derecho subjetivo, ni tampoco se han adoptado los planes adecuados que vigilen la actuación del "mercado libre"». *Vid.* Observatori DESC. «Ejecuciones hipotecarias...». *Op. cit.*, pág. 8. Un lamento que continúa en todos sus términos si se tiene en cuenta igualmente que pese a la reforma concursal por la Ley 38/2011 y su referencia a la necesidad de introducir cambios al respecto, no se ha creído oportuno, o preferente, introducir el principio de equiparación del tratamiento de la insolvencia individual y familiar con la del deudor empresario.

Ante la magnitud cuantitativa –masificación de los procesos de ejecución y desahucio– y la trascendencia cualitativa –rango jurídico de los bienes en juego–, en ausencia de aquellos presupuestos del modelo de protección mediante la autorregulación ético-social legalmente incentivada, no es posible excluir la tutela jurídica efectiva. La tutela judicial efectiva es un derecho fundamental de toda la ciudadanía y, en consecuencia, no puede tratarse como un «bien escaso», solo accesible a determinados ciudadanos. A falta de un acuerdo entre la entidad financiera y el particular, la dación en pago puede ser impuesta por los tribunales de justicia cuando concurren ciertos supuestos fácticos y contractuales, y del **principio de tutela de la igual dignidad de todas las personas** –art. 24 CE en relación a sus arts. 10 y 15 CE–. La solución efectiva, por tanto, no puede quedar únicamente para determinados colectivos, por más que la legislación recientemente aprobada se empeñe en fomentar la exclusión de la tutela de colectivos en riesgo de exclusión social, pero no en los términos del muy restrictivo umbral, extremo, previsto por la norma, lo que bien podría constituir, como hemos advertido, una tacha de inconstitucionalidad, por resultar discriminatorio.

Somos conscientes de las dificultades de llevar este enfoque a la práctica, aunque no participemos, si bien respetamos claro está, del juicio de quienes descalifican este enfoque como de mera «sociología jurídica», loable pero insostenible en Derecho Positivo, pues, al entender de quienes esto suscribimos, no solo es oportuno sino necesaria una revisión de todo el marco legislativo desde los valores, principios y derechos fundamentales. Buena prueba de ello es la revisión hecha, con toda probabilidad, por el TJUE de tal normativa a la luz del principio de protección de los consumidores y usuarios de buena fe. Por eso, y en todo caso siendo conscientes de las dificultades en el estricto plano constitucional, por los argumentos dados, hay que ensayar otras salidas en el Derecho Positivo, como ya se ha producido.

Las crisis económicas no son ninguna fatalidad predeterminada, no obstante la fuerza de las teorías de las «crisis cíclicas» de las economías capitalistas de mercado, sino la resultante de inadecuadas decisiones de conjunto. La actual es más que ninguna otra, como en su día lo fue la Gran Depresión, una «crisis fabricada». La protección del consumidor bancario, y muy en especial del deudor hipotecario, no puede prescindir de la realidad socioeconómica de las relaciones de mercado que formalizó a través de la contratación de créditos. Las burbujas financiera e inmobiliaria que todos vivimos desde 1995 hasta 2007 están en la base del sobreendeudamiento actual de una buena parte de la población española, cuya deuda privada triplica la pública. En tal contexto, la concesión de créditos por las entidades financieras, en especial para la adquisición de una vivienda a través de créditos con hipoteca –eje principal del mercado hipotecario–, tuvo como una fuente principal una agresiva política comercial que estimulaba el endeudamiento familiar, incluso para el consumo.

Como el RDL 6/2012 –también el RDL 27/2012– evidencian, también la tutela judicial puede adquirir muy diversos alcances, atendiendo a las concretas situaciones, incluso al momento jurídico en el que nos encontremos, bien ya desde la misma formación de las obligaciones –prevención del impago–, bien ya en el ámbito de los procesos de ejecución, e incluso lanzamiento.

Así, una primera clave de la respuesta es *favorecer la transparencia de los productos bancarios, pues es un eje fundamental de la ordenación jurídica de todo mercado*. Las anomalías han sido un rasgo característico del sistema, no una excepción. Un adecuado, aunque somero, repaso de la extraordinaria profusión de conflictos judicializados en la materia pone de relieve buena parte de las mismas. En este sentido, una primera clave de protección del consumidor bancario se ha dirigido a mejorar la transparencia de las relaciones contractuales al respecto, de modo que se ofrezca una solución preventiva a eventuales abusos, facilitando la protección ya en la fase de formalización misma del contrato.

Esta es la finalidad básica de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, que pretende ordenar, mediante su recopilación en un solo texto y su actualización, la extensa y compleja normativa de protección al cliente bancario. En esta dirección, no solo se amplía el ámbito subjetivo de protección, incluyendo no ya solo a las personas físicas sino a personas jurídicas constitutivas de empresas pequeñas familiares, sino que se introducen mayores límites a la acción. Sin embargo, a juzgar por la mayor parte de los comentaristas de la norma, el objetivo no se ha logrado, más bien lo contrario, por cuanto no solo no innovaría nada, en una situación urgida de tal actuación, sino que retrocedería en algunos aspectos respecto de la normativa anterior, pues bien se reducen algunos deberes de transparencia de las entidades de crédito.

Desde esta perspectiva de disfuncional continuidad, los deberes de control a cargo del notario, mediante el cumplimiento de una cierta secuencia de obligaciones de información, quedan en gran medida neutralizados, pues se limita a la fase precontractual y sin garantías de que se ejerzan de modo efectivo, como viene sucediendo en la práctica. Es el caso, por ejemplo, de las polémicas cláusulas suelo³¹, legitimando plenamente incluso aquellas más conflictivas, las que introducen límites a la baja y no al alza –techo– (art. 30), y sin que el deber de constatación expresa en la escritura por el notario de eventuales desequilibrios (art. 20) haya servido hasta ahora como útil técnica preventiva de abusos. Así, por ejemplo, no existen datos globales sobre el porcentaje de hipotecas con suelo en España, pero las entidades más transparentes sí dan a conocer esta cifra. Esta situación no es baladí. Una parte importante de los hipotecados españoles no ha podido disfrutar de las caídas del euríbor.

A partir de esta difusión, se ha abierto una nueva lucha, social y judicial, para tratar de corregir su impacto negativo en los consumidores y en la sociedad en general, evidenciando sea su ilegalidad sea su carácter, en todo caso, abusivo. Y como era de esperar, una vez más, las posiciones de la doctrina científica y, lo que ahora más importa, de los Tribunales, aparece fuertemente dispar. Las instituciones han mediado también en este debate, tratando de dar soluciones parciales pero transaccionales, esto es, que atienda tanto al malestar social por tal nueva confirmación de prácticas anómalas, unilaterales y desproporcionadas, pero sin poner en tela de juicio global el

³¹ Vid. GOMA LANZÓN, F. «Análisis y crítica de la orden EHA/28909/2011, de transparencia en los servicios bancarios». *El Notariado*, núm. 40.

modelo, para no afectar la rentabilidad de los productos financieros de las entidades crediticias, cuya garantía y estabilidad siguen siendo primarias en la crisis.

Pero, por lo general, el Tribunal Supremo parece estar decantando esa batalla, si bien de una forma muy lenta y excesivamente gradual, como por otro lado es típico del Derecho Judicial, a favor de los consumidores bancarios. Basta con recordar la influyente *STS, Civil, 16 de diciembre de 2009*, que declaró abusivas un buen número de cláusulas usualmente impuestas en los contratos bancarios, por considerarse desproporcionadas respecto al riesgo asumido por las entidades financieras y/u oscuras, así como atributivas de poderes excesivos.

Esta sentencia ya fue inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación el 7 de marzo de 2011, siguiendo a tal fin la importante previsión del artículo 84 Real Decreto Legislativo 1/2007, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ofreciendo, por lo tanto, una protección más general y objetiva, por tanto también preventivo-disuasoria para los actuales «consumidores hipotecarios»³². La polémica lejos de reducirse ha ido en aumento, como sucede en relación a las célebres cláusulas *swaps*³³ y las referidas «cláusulas suelo» en los préstamos hipotecarios –también las «cláusulas techo» a favor del consumidor bancario, pero en condiciones más difíciles de poder beneficiarse de ellas–. La finalidad básica de este tipo de cláusulas es la de limitar la fluctuación de los intereses variables en los contratos de préstamo hipotecario, cubriendo parcialmente el riesgo de incertidumbre de los mercados financieros.

La doctrina judicial ha puesto de relieve que se trata de «condiciones generales de la contratación», oponiéndose a la posición sostenida por las entidades financieras que las consideran como pactos contractuales individualmente negociados, plenamente legítimas, al tener cobertura normativa, y que, eso sí, pueden ser abusivas, atendiendo a las circunstancias concretas en que cada caso se reflejen³⁴. Sin embargo, para otras decisiones judiciales no nos hallamos ante unas

³² Entre las muchas cláusulas declaradas abusivas destaca para nuestro tema la relativa al «vencimiento anticipado» con motivo de la denegación de la inscripción de la escritura en el registro de la propiedad «por cualquier causa». *Vid.* GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. «Comentario a la STS de 16 de diciembre de 2009». CCJC, núm. 84, 2010.

³³ Constituye un mecanismo o instrumento de cobertura «más de moda», dentro de los posibles, para limitar el riesgo de la volatilidad de los tipos de interés, mediante una «permuta financiera de tipos de intereses (*SWAP*), aunque estos de costes más altos y de complejidad superior, como asimismo reconoce aquel informe pericial», respecto de las cláusulas suelo. *Vid.* Sentencia del Juzgado de lo Mercantil (SJM) número 2 de Sevilla, 246/2010, de 30 de septiembre.

³⁴ «Por tanto, su viabilidad legal es incuestionable en cuanto están previstas en la normativa sobre transparencia bancaria... También ha de tenerse en cuenta cuando se trata de valorar si estos pactos son abusivos, que la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 regula el iternegocial de la contratación, garantizando la transparencia y regulando los trámites necesarios para asegurar que el proceso de formación de la voluntad del prestatario se desarrolle libremente con el adecuado conocimiento y con total información...». Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Sevilla, de 7 de octubre de 2011, número de procedimiento 348/2010, que revoca la célebre y esperanzadora SJM núm. 2 de Sevilla, de 30 de septiembre de 2010, desestimando, en consecuencia, el recurso.

condiciones generales, sino ante condiciones esenciales del contrato, que solo forman parte del contrato tras la información y negociación (*SAP de Sevilla, 7 de octubre de 2011*).

No está de acuerdo con este enfoque la mayor parte de la doctrina judicial. Como señala la *SAP de Burgos 126/2012, de 23 de marzo*, la existencia de pactos de limitación de intereses variables –las cláusulas suelo y techo– en la concentración de préstamos hipotecarios está prevista y regulada, y su viabilidad legal es incuestionable, pero «*ello no impide que sean sometidas a un control de abusividad por los tribunales*». En esta doble consideración coincide con la *SAP de Sevilla, 7 de octubre de 2011*. Sin embargo, siguiendo su diverso parecer sostenido en la *SAP de Burgos, 40/2012, de 2 de febrero* –con cita de la *STS, 1.ª, 4 de noviembre de 2010*, relativa a la nulidad de las cláusulas de redondeo en los préstamos hipotecarios–, y de la *STJUE de 3 de junio de 2010*, considera la cláusula suelo como «una verdadera condición general», para lo que no se opone el dato de que recaiga sobre un elemento esencial del contrato, al formar parte del precio o contraprestación del «préstamo» y no ser, por tanto, «cláusulas accesorias»³⁵.

De interés la referencia que se hace al *Informe del Banco de España* para acreditar su conceptualización como condición general de la contratación y, por lo tanto, para promover la aplicación de todo el entramado de regulación protectora de estos colectivos de personas como consumidores o usuarios y contratantes débiles –en especial la ley sobre las condiciones generales de la contratación de 1998–. Esta relevancia deriva de la frecuencia con que ese mismo Informe es usado en sentido contrario.

En este sentido, la *SAP de Burgos número 126/2012*, se hace eco de la parte del referido Informe del Banco de España en el que se pone de relieve no ya solo que se trata de una «práctica decidida... por cada una de las entidades para el conjunto de sus operaciones» de préstamo, sino que también:

«... se suele aplicar... por las entidades con bastante rigidez. Es decir, la decisión de aplicar o no estas cláusulas se adoptan **como política comercial de carácter general por la dirección central de cada entidad** y se suele **ligar a los productos hipotecarios con mayor distribución** de cada una. De esta forma, los elementos finales de la **cadena de comercialización del producto**, normalmente los directores de sucursal no tienen la facultad de alterar esa característica básica del producto. Aunque en algunos casos sí pueden modificar mínimamente alguna variable del mismo, lo mismo que ocurre con los diferenciales practicados sobre el índice de referencia correspondiente.»

De este modo, la doctrina judicial incorpora elementos del entero proceso empresarial de creación de la cláusula, más allá del momento individual obligacional, para obtener estrictas con-

³⁵ En el mismo sentido Sentencia Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Cáceres, de 18 de octubre de 2011 (AC 2011/1581); *SJM número 2 de Palma de Mallorca, 2 de febrero de 2012 (JUR 2012\54064)*. Esta última es de gran interés, pues hace un estudio muy exhaustivo doctrinal y judicial del problema.

secuencias jurídicas, tanto en la calificación de las cláusulas como en el enjuiciamiento de su contenido, ponderando si existe o no el debido equilibrio. A estos efectos, se toma debida nota de la posición asimétrica existente entre ambos contratantes, y que se evidencia en todas las fases de la relación, antes –publicidad en fase precontractual–, durante –contractual– y con posterioridad –situación de impago por insolvencia personal y familiar–, constando la clara desigualdad de informaciones de uno –la parte fuerte: acreedor financiero– y otra –la parte débil: deudor hipotecario– sobre buena parte del contenido de la relación obligatoria. El resultado es una continuada «falta de transparencia informativa... que no puede considerarse ajustada a las buenas prácticas y usos bancarios» –SAP de Burgos 126/2012, cit., FJ segundo–.

Estas cláusulas son instrumentos de cobertura del riesgo de la variabilidad de los tipos de referencia de los préstamos hipotecarios que, en consecuencia, deben estar sujetos a los deberes de información previa a la constitución de las escrituras de préstamos hipotecarios –art. 19 Ley 36/2003, 11 de marzo–. Por tanto, la doctrina judicial acuña el «principio de consentimiento suficientemente informado», según el cual no cabe exigir responsabilidad al deudor respecto del cumplimiento de obligaciones introducidas por parte del acreedor en los contratos si, pese a ser firmados por aquel, no hay constancia de que tuvo una adecuada información sobre todos sus términos. Una vez más, pues, **la trazabilidad de las auténticas trayectorias en la conformación de la relación**, concretando y dando transparencia a la real situación entre las partes, se revela como un potente mecanismo de garantía del deudor.

Ahora bien, la clave se sitúa hoy no en su legalidad ni en su calificación jurídica cuanto en el control de la licitud de su contenido, esto es, en el juicio de proporcionalidad entre las respectivas cláusulas suelo –a favor de la entidad– y techo –a favor del consumidor bancario–. En este sentido, la citada SAP de Burgos 126/2012, considera como una relación abusiva por desproporcionada, la que se establece en un supuesto en el que:

«El tipo de la hipoteca ascendía a **5,794%**..., un poco más por encima del mínimo, 5,50%; mientras que el tipo de interés máximo estipulado era el de **17,50%** –haría falta que los tipos subieran un 11,706% para que el consumidor tuviera beneficio, que el banco tendría con la rebaja de poco más de dos centésimas» –FJ tercero–³⁶.

Esta misma vulneración del justo equilibrio jurídico-económico del contrato se produce en el caso en que la cláusula suelo sea del 5,50% y 17,50% para la cláusula techo, porcentaje este que se sitúa próximo al interés de demora –20%–, que lleva inherente una penalización por el retraso en el pago. Así lo entendió la SJM de Sevilla número 2 citada. Y a nuestro juicio, siguiendo la razonada doctrina judicial de la SAP de Burgos, también debería entenderse, si bien en este caso hay una menor desproporción, con relación al segundo banco español, que sitúa «el interés

³⁶ «La reciprocidad implica que cubre a ambas partes en igual o análoga medida la cobertura o limitación de riesgos de variabilidad», asegurando un «justo equilibrio» no solo formal sino jurídico-económico.

mínimo del 3 %, frente a un máximo del 15 %». Sin embargo, no se ha considerado abusivo por el *Juzgado número 9 de lo Mercantil de Madrid*, en una sentencia que ha sido impugnada recientemente por la OCU ante la Audiencia Provincial en este punto, pues sí ha declarado abusivas otras cláusulas típicas de este mercado crediticio.

Para razonar tal legitimidad utiliza dos argumentos claramente reforzadores de un principio de autonomía contractual que ya hemos visto no existe realmente en este ámbito. El primero, relativo al contenido del juicio de equilibrio, pone de relieve que la exigida reciprocidad no es estrictamente económica sino jurídico-contractual tan solo. Por lo que basta que exista esa reciprocidad de derechos y deberes, sin valorar el ajuste material o económico real, entre otras cosas porque el propio Banco de España aceptaría la licitud de una horquilla media muy disímil –el citado Informe lo sitúa en unas medias de 3,43 % (suelo) y 14,03 (techo)–. El segundo, relativo a las técnicas de tutela frente a los desequilibrios económicos, remite a la libertad de elección presunta del usuario bancario, pues recuerda

«El derecho del consumidor a no contratar un producto que considere por debajo de las expectativas económicas, o cuyas condiciones considere puedan ser superadas por otro producto de las mismas características ofrecido por otra entidad competidora.»

Precisamente, en esta misma dirección, y con un razonamiento en extremo formal, que nos retrotrae a la más odiosa tradición positivista decimonónica que creíamos superada, la *SAP de Sevilla de 7 de octubre de 2011*, también citada, revoca la SJM número 2 de Sevilla, por entender que en esta se desliza un juicio de ponderación de la oportunidad económica del contrato, esto es, un juicio de equilibrio económico-prestacional entre ambos intereses contractuales que no tendría fundamento legal en nuestro Derecho Contractual. En consecuencia, sitúa el control de abuso o desequilibrio prestacional en un terreno estrictamente formal, a fin de no introducir ningún juicio sobre la razonabilidad del equilibrio económico creado. Así, afirma que:

«Cuando el prestatario acepta que el precio de esa contraprestación sea variable, está aceptando la mutabilidad al alza y a la baja que vaya produciéndose durante la vida del contrato... El pacto de limitación de la variabilidad es un medio de control del riesgo, constituyendo uno de los elementos configuradores del precio del contrato.

Y el pago del precio es la recíproca contraprestación a la prestación de la entrega del dinero por parte del prestamista. **El equilibrio al que el artículo 82.1 LCU se refiere es un equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, un equilibrio del contenido jurídico obligacional del contrato, no del alcance económico de las contraprestaciones que constituyen el objeto del contrato. (...)**» (*SAP de Sevilla de 7 de octubre de 2011*).

A nuestro juicio, se ignora de este modo tanto la actual doctrina de la estructura compleja de los contratos, que no son una mera relación patrimonial de intercambio, sino que incorporan

también deberes de protección recíproca, máxime si se tiene en cuenta que estamos ante una relación duradera³⁷, que da sentido a la cláusula, como el principio de proporcionalidad que debe existir en toda relación, y por supuesto la relación jurídico-privada y que se concreta en esa exigencia de correspondencia entre límites. En esta dirección, pese a lo sostenido por esa doctrina judicial, debe tenerse en cuenta que si hubiese una verdadera negociación sería difícil entender que se produzca un desajuste tan extremo entre las cláusulas suelo y las cláusulas techo.

Por lo tanto, no solo será nulo un pacto que no cubra tal interés del prestamista (cláusula suelo, únicamente), por falta de una mínima reciprocidad en esta técnica, en perjuicio del consumidor, sino también «un pacto que cubriera o pretendiera cubrir tanto los intereses del uno como del otro, faltaría a la reciprocidad siempre que no guarde la prudencial o *razonable relación de equivalencia o semejanza*, legalmente exigible, entre la limitación al alza y a la baja, de la variación de los tipos de interés» –SJM número 2 de Sevilla, 30 de septiembre³⁸–. En suma:

«**No se trata meramente de examinar si concurre una mera "reciprocidad obligacional o causal"** en el sentido de que solo se revise jurídicamente si a ambas partes se le atribuyen los mismos derechos y obligaciones, sin poder entrar a examinar el precio pactado por considerarlo elemento esencial, sino que expresamente la orden ministerial obliga a advertir al consumidor si no existe **"reciprocidad económica" entre el suelo y el techo pactados.**» –SJM de Palma de Mallorca, 2 de febrero de 2012, cit.–.

La indudable complejidad en fijar tal juicio no puede hacerse recaer sobre la persona prestataria, que tiene nulo control sobre su inclusión y fijación concreta, sino que debe exigirse prueba suficiente a la entidad que la impone. Asimismo, el juez tendrá vedado realizar un juicio de es-

³⁷ Vid. por todos CABANILLAS SÁNCHEZ, A. *Los deberes de protección del deudor en el Derecho Civil, en el Mercantil y en el Laboral*. Civitas. Madrid. 2000, con un sugerente prólogo de D. Luis Díez PICAZO. Como bien argumenta este autorizado sector doctrinal, el carácter complejo que reviste la relación obligatoria hace que la misma no pueda describirse como la simple correlación entre el deber del deudor de ejecutar la prestación y el derecho del acreedor a recibirla, sino que de aquella derivan asimismo una serie de deberes accesorios, al servicio de la prestación principal, y de deberes de protección; el objeto de estos es prevenir y evitar tanto que el deudor ocasione daños al acreedor, ya sea en su persona ya en su patrimonio, con ocasión del vínculo que les une o, si se quiere, del contrato social a que la relación obligatoria da lugar entre ambas partes, de una parte, y también al objeto de facilitar la utilidad patrimonial perseguida con la formalización y desarrollo de la relación, cooperando entre los contratantes para la mejor realización –deberes de cooperación o activos–.

³⁸ «En la comparación de los mismos, a simple vista, se advierte de modo notorio un desfase entre los extremos, pues mientras considerando el tipo de partida de un préstamo, ordinariamente superior al "suelo" señalado, y hasta el mismo suelo, coherente a su firma y concierto, cabe reputarse asumible por el consumidor. Sin embargo el "techo" señalado en las cláusulas y por contrapartida, es difícilmente asumible por el mismo usuario por no decir sencillamente imposible. Es realista pensar, y razonable, que una variación sensible (varios puntos, dos o tres por ejemplo) al alza por encima de tal suelo, y aún lejos del 12 o 15 % de techo señalado, no pudiese ser afrontada por nadie o muy pocos. Y ello es de interés destacarlo considerando las estadísticas sobre el volumen de hipotecas en España en 2009 que ascendía al 42 % del mercado hipotecario español (pag. 5 del informe KPMG)».

tricta proporcionalidad, por cuanto es una cuestión eminentemente económica, que admite prueba pericial³⁹, y también jurídico-contractual. En suma, la jurisprudencia y la doctrina judicial mayoritaria llaman la atención sobre la necesidad de reinterpretar la regulación de estas relaciones y mercados con un suficiente sentido de la realidad⁴⁰.

El que muestra sin duda la también influyente *STS, Sala 1.ª, de 2 de marzo de 2011*, declaró nulas por abusivas dos cláusulas recurrentes en este ámbito, como la exclusión o renuncia anticipada a la obligación de la entidad acreedora de notificar con carácter previo al deudor la variación del tipo de interés en los préstamos hipotecarios a interés variable, y las cláusulas de redondeo solo al alza⁴¹.

7.2. LA PROTECCIÓN EN LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: EXPERIENCIAS JUDICIALES DE RECONOCIMIENTO DEL DERECHO *IURE CONDITIO* A LA DACIÓN EN PAGO

7.2.1. Planteamientos generales: reformas parciales del legislador

Superada esta fase extrajudicial sin solución, **la vía será la mejora del sistema de ejecución hipotecaria, a través de diversas actuaciones.** En este sentido, a lo largo de estos años se ha ido generando un importante cuerpo de doctrina científica en torno a la necesidad de reformar los procedimientos judiciales y extrajudiciales de ejecución hipotecaria. A este respecto, de un lado, se ha llamado la atención sobre los imperativos de perfeccionamiento del mecanismo de la subasta del bien hipotecado –la vivienda–, a fin de que el precio coincida verdaderamente con el valor real de mercado, con el consiguiente beneficio del conjunto del sistema, incluyendo no

³⁹ «No estamos ante una "horquilla dudosa", como por ejemplo si estuviéramos ante una acotación entre un suelo del 3% y un techo del 12%, caso en que necesitaríamos de específicos estudios para conocer si la cláusula de limitación es o no desproporcional, aquí estamos presenciando el ejemplo claro de las consecuencias de una posición desigual y del poder de la entidad de crédito frente al consumidor, es la representación de David contra Goliath, en la que el consumidor ha firmado un elevado límite a la baja con evidente repercusión desfavorable para sí mismo, pero que a cambio no ha obtenido ningún límite al alza, es una "cláusula techo" que por su inoperancia llega al absurdo y le deja a la intemperie, es decir, se le ha impuesto sencillamente una cláusula "suelo" sin reciprocidad alguna. Por ello entiendo que ante tal evidente desproporción, la cláusula invocada debe ser considerada abusiva...». *Vid. SJM de Palma de Mallorca*, 2 de febrero de 2012.

⁴⁰ «... **De un mínimo conocimiento de la realidad social, a la que esta Sala no puede ni debe permanecer ajena** (art. 3.1 del CC), demuestra que en la práctica de los préstamos hipotecarios su concesión por los Bancos se condiciona a que los prestatarios concierten un seguro de vida o de amortización que refuerza notablemente la garantía» (*STS*, 1.ª, 30 de noviembre de 2001).

⁴¹ «La Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2010, que reproduce la de 1 de diciembre del mismo año, declaró, de un lado, abusivas para los consumidores las "fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto", con base en los artículos 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, al tratarse, como en el presente caso, de estipulaciones no negociadas individualmente...», con remisión a *STJUE* 3 de junio de 2010 (C 484-08).

solo al deudor sino también al acreedor. A tales fines se propone la superación de los principales obstáculos que impiden la eficiencia de la subasta, ampliando el número de personas que pujen por el bien ejecutado y mejorando la colaboración activa entre el deudor y el acreedor:

- Falta de transparencia.
- Limitaciones para la financiación de la compra.
- Problemas para la toma de posesión por el rematante.

En el primer caso, ya se ha hecho referencia a la preocupación del Gobierno-legislador por buscar fórmulas que permitan abrir el número de personas que pujen en las subastas, a través de la explotación al máximo de las nuevas tecnologías. En el segundo eje, se llama la atención sobre la necesidad de reforzar legalmente el deber de cooperación contractual. Ya se ha visto cómo el RDL 6/2012 trata de incentivar esa cooperación a través de una regla de reparto de las eventuales plusvalías obtenidas en la venta de la vivienda, como una «contraprestación por la colaboración» que los deudores puedan prestar en dicha transmisión –Anexo, apartado 3, letra e)–. Por eso carece de toda razón de ser que se incorpore al Código de Buenas Prácticas sin posibilidad de extensión con un carácter general, cuando lejos de representar una medida excepcional debe constituir la regla general, pues no es expresión de un Derecho de emergencia sino de un principio jurídico general. Asimismo, y para el caso de que las subastas queden, pese a todos esos esfuerzos, desiertas y deban adjudicarse al acreedor, se ha incrementado el importe de la adjudicación hasta el 60% del valor de tasación.

Se ha evidenciado que los mayores problemas quedaban al descubierto respecto del procedimiento de venta extrajudicial ante Notario –art. 129 Ley Hipotecaria–, por cuanto contempla una tercera subasta que permitía la adjudicación al acreedor sin límite mínimo. De ahí que también el RDL 6/2012 dedique alguna atención a esta vía, estableciendo un régimen especial para la ejecución extrajudicial de la vivienda habitual del deudor –con carácter general, no ya solo para los que se encuentran en situación de exclusión social–. En este sentido, tras proclamar la vigencia general del régimen precedente, con lo que mantiene sus evidenciadas deficiencias, fija las principales especialidades del mismo en tales casos, a fin de mejorar la posición del deudor –art. 12 RDL 6/2012–. Entre estas destacan dos. Por un lado, se contempla solo una subasta, y no hasta tres como recoge el régimen general o común, precisando que servirá como tipo de referencia el pactado en la escritura de constitución de la hipoteca, si bien la presentación de posturas por un importe igual o superior al 70% del valor por el que el bien hubiera salido a subasta determinará su adjudicación a la mejor postura –apartado 1–. De otro lado, para el caso de que no hubiere ningún postor, la entidad acreedora podrá adjudicársela, en el plazo de veinte días, por importe igual o superior al 60% del valor de tasación, con lo que se introduce ahora un mínimo equivalente a la ejecución judicial, como se había auspiciado doctrinalmente⁴².

⁴² Vid. Observatorio DESC. Publicación AAVV. «Ejecuciones hipotecarias y derecho a la vivienda: estrategias jurídicas frente a la insolvencia familiar». Barcelona. 2009. En http://observatoridesc.org/files/1_Amaya.pdf

No cabe duda que para intentar incentivar una más rápida y eficiente terminación de los procedimientos judiciales y extrajudiciales de ejecución hipotecaria, favoreciendo que no se mantengan actitudes obstruccionistas, están también las preferencias de acceso a las ayudas a los inquilinos previstas en los artículos 13 y 14 RDL 6/2012.

7.2.2. La flexibilización judicial de la regulación vigente del procedimiento de ejecución hipotecaria: el ajuste a los valores de mercado

Pero la necesidad de flexibilidad no solo la ha evidenciado el legislador por esta vía, sino que está muy presente en un número importante de resoluciones judiciales, si bien con muy diferente alcance. En este sentido, encontramos diferentes actitudes en los Magistrados que se están viendo obligados a enfrentarse recurrentemente a la ejecución hipotecaria para los miles de casos de familias que pueden perder su vivienda habitual.

Estas actitudes se mueven en tres posiciones: la de «aplicador automático», evocando el más rancio modelo de juez como «boca de la ley», la de «intérprete melancólico», ante la impotencia que produce saber que se está ante una norma injusta pero frente a la que no se puede resistir por el principio de legalidad, so pena de devenir en un «juez de asalto» de la legalidad, y finalmente, la del «juez valiente», que decide ir más allá, no resignarse y tratar de encontrar, dentro de los estrictos cauces jurídicos, aunque con mayor o menor fortuna argumental, soluciones justas para cada caso, y en ocasiones con carácter general —como el ya referido AJPI de Sabadell, 30 de septiembre de 2010, aunque con muy poca fortuna, al rechazar el ATCO 113/2011 su Cuestión de Inconstitucionalidad sin ni siquiera admitirla—.

Para los primeros, la ley parece, así, inflexible y fulminante para miles de familias cuyo único error habría sido creer en que a través del mercado podían acceder a una vivienda. En nuestro sistema judicial, los procedimientos de ejecución hipotecaria tienen muy limitadas las posibilidades de oposición. El proceso de ejecución hipotecaria es normalmente un proceso de desequilibrios, sin que el TCO venga poniendo reparos al respecto, más bien todo lo contrario, con una argumentación claramente formal y sin realizar un análisis realista del problema que hoy suscita tal entendimiento rígido del título de ejecución y su procedimiento. Eso hace que en la mayor parte de las ocasiones los ejecutados tengan pocas posibilidades de ver atendidas sus peticiones. Así se automatiza la respuesta judicial aunque quien dicte la resolución sea consciente de los problemas sociales que esa ejecución puede generar. *Pero siempre hay vías, si se quieren y saben encontrar en el ordenamiento jurídico vigente para hacer la justicia del caso concreto y en aras de la efectividad del principio de protección de la igual dignidad de las personas en el disfrute de situaciones jurídicas existenciales*⁴³.

⁴³ Ahora bien, tanto si existe la ley, que no será perfecta en ningún caso, cuanto en su ausencia, con más motivo, la responsabilidad de hallar la respuesta justa en Derecho Positivo —no en equidad— es en todo caso del juez, que tiene prohibido ampararse en un eventual vacío para adoptar esa solución. Ciertamente, para que el juez pueda actuar es

El referido *AJPI número 2 de Sabadell, de 30 de septiembre de 2010*, entendió que la interpretación no era suficiente para dar tutela a estos derechos y principios constitucionales, por lo que planteó Cuestión de Inconstitucionalidad respecto de los artículos 695, 698 y 579 LEC –este modificado por Ley 37/2011–. Según establece en su fundamento fáctico sexto, una «interpretación literal y sistemática» de tales artículos, conforme a un principio de legalidad formal y estricta sujeción del juez al «imperio de la ley», debería llevar a dictar un auto en sentido favorable a la entidad ejecutante.

Sin embargo, una relectura de tales preceptos a la luz de los derechos y los principios constitucionales, tanto instrumentales –art. 24 CE, que somete al juez también al imperio del Derecho, no solo de la Ley; art. 14, relativo al principio de igualdad procesal– cuanto sustantivos –art. 47 CE, que reconoce el derecho a la vivienda digna y adecuada–, generaría «dudas de inconstitucionalidad» de esta regulación. De ahí que proponga, con el punto de vista favorable del Ministerio Fiscal, la referida Cuestión de Inconstitucionalidad.

El caso de Autos es muy ilustrativo de cómo se ha desarrollado el mercado de créditos hipotecarios en nuestro país durante la «burbuja inmobiliaria» y deja en evidencia con toda nitidez las negligencias en que incurrieron, movidos por un ánimo de rentabilidad ilimitado, tales acreedores. En efecto, una señora de edad avanzada, con una pensión mínima, y diversas deficiencias físicas –pérdida de audición– y sociales –bajo nivel cultural–, albergó la idea, al calor de la publicidad sobre la facilidad de los préstamos a tal fin, de cambiar a una vivienda más grande. Para ello, solicitó información a una empresa inmobiliaria que le aconsejó que se decidiera a tal cambio, pues bastará con la venta de su vivienda actual y la constitución de una hipoteca, pero con reducida dimensión. Se fragua para ello, pues, dos operaciones, una la venta de la vivienda y otra la constitución de la hipoteca. Por la venta obtuvo 180.000 euros, de modo que para pagar los 310.000 euros que valía la nueva vivienda, recomendándose por la empresa inmobiliaria que se constituyera la hipoteca por 157.000 euros, con la garantía de la vivienda que se pretendía vender y devolución del crédito un año después. Pues bien, pese a conocer las dificultades que habían surgido en la operación doble, que llevó a que no se vendiera de modo previo la vivienda, ante los problemas que empezaban a surgir en el mercado inmobiliario –se fecha el asunto en julio de 2007, antesala de la crisis–, la entidad bancaria no solo concertó el contrato hipotecario, sino que al mismo tiempo le concedió 179.000 euros con la garantía de la vivienda recientemente comprada.

Es manifiesto que en este caso la entidad financiadora ha actuado imprudentemente, pues ante las circunstancias subjetivas y objetivas de la situación le era exigible que pudiera prever el alto riesgo de la operación, pues con los ingresos estructurales de la deudora no sería posible pagar los préstamos contraídos si no se vendía previamente la vivienda, máxime si se tiene en cuenta

necesario que la parte realice una oposición mínimamente fundada. Nuestro sistema es de Justicia rogada. Dado que para los juzgados los problemas suelen aflorar –se conocen– en el momento del lanzamiento, cuando hay ya poco margen, debería anticiparse, también en este caso, la gestión, buscando más la prevención.

la previsión de un solo pago en el plazo de un año. Aunque este caso lejos de ser excepcional ha sido normal en esa época, nos muestra bien las «malas prácticas» de las que ahora alerta y prevé el Código de Buenas Prácticas, de manera que el «uso normal» en tales años ha sido contrario al «uso debido» normativamente, al facilitar en gran medida el mismo acreedor la situación de insolvencia del deudor, sin que esta se deba a mala fe o dispendio por su parte.

De ahí que se constate por el Auto Judicial la temeridad económica y contractual de toda la operación jurídica compleja, pues:

«Aparentemente se trataría de la concesión de una hipoteca como medio de financiación temporal, pero con sujeción a la condición de que se vendiera la primera vivienda, hecho que no dependía únicamente de la ejecutada, ya que intervenían factores como la situación de mercado inmobiliario o la facilidad al acceso a los créditos» –FJ primero–.

En este contexto, el AJPI 30 de septiembre de 2010 pone de relieve cómo la entidad, que ha presentado demanda de ejecución hipotecaria por el préstamo de 179.000 euros, no puede tenerse como completamente ajena a la situación de insolvencia de la ahora ejecutada. Es consciente el juez de que si se realiza un adecuado «trazo» –principio de la trazabilidad– de la trayectoria de la relación que da origen a la actual situación crítica jurídicamente, emerge o adquiere transparencia –principio de transparencia de las relaciones jurídico-económicas de mercado– una «situación jurídica relevante», creada fáctica y contractualmente a raíz de tal relación crediticia. Una situación jurídica que, en consecuencia, no puede ignorarse o negarse a la hora de determinar la responsabilidad del deudor en la situación de impago generada. Sin embargo, y aquí viene el problema jurídico principal para el juez:

«La regulación procesal de la oposición a la ejecución hipotecaria impide de modo absoluto entrar en el fondo y obliga a la instancia judicial a desestimar la oposición por no haberse alegado un motivo legalmente tasado (...). Lógicamente este procedimiento se produce en un proceso declarativo, no en uno de ejecución como el presente, ... por ello pone de manifiesto las extraordinarias implicaciones de las limitaciones de cognición del proceso de ejecución hipotecaria.»

No lo ha creído así el ATCO 113/2011, que remite a la STCO 41/1981, que confirmó la constitucionalidad del antiguo régimen procesal de la Ley Hipotecaria, con lo que no acepta entrar a valorar ni los cambios legislativos ni la nueva realidad social crítica.

En nuestro parecer, sin perjuicio de reconocer los atinados razonamientos del juez, tal planteamiento no es estrictamente coherente con sus argumentos civil-constitucionales, pues ha pasado por alto la fuerza integradora de deberes procesales de cooperación –análogos a los obligacionales– que tiene el acreedor-ejecutante de buena fe, en la medida en que *debe estar obligado a*

suministrar toda la información relevante para resolver la pretensión que le consta, no solo el dato objetivo del incumplimiento.

Dada la posición asimétrica de poder que retiene en esta relación jurídica documentada y en aras de la protección de la parte contratante débil, sus deberes de transparencia y cooperación *ex bona fidei*, debe ir más allá de la simple alegación de lo que le interese, para cooperar en la reconstrucción de las circunstancias concurrentes que permita al tribunal *la trazabilidad de los antecedentes fácticos y contractuales relevantes como presupuesto para la ejecución de la garantía hipotecaria.*

Desde esta perspectiva, al igual que el acreedor no puede realizar solo su derecho sin contar con la cooperación del Estado, en virtud del «principio de paz jurídica», que le pone a disposición una «vía de apremio» para obtener el valor de la vivienda hipotecada, limitando la defensa del ejecutado por esa vía y enviándole a otro proceso más dilatado e incierto –el art. 698 LEC remite a un juicio declarativo que ni suspende ni «entorpece» la ejecución–, tampoco puede aquel acreedor *dejar de cooperar*, a su vez –según el principio de solidaridad jurídica–, con el poder público actuante, el juez. El principio de buena fe procesal permitiría que se cargara sobre la entidad tales deberes de transparencia. En consecuencia, el juez puede –y debe– obtener del acreedor-ejecutante, que además ha mantenido una posición de más dominio de la situación, *toda la información útil y relevante*, tanto respecto a la *conditio iuris* del proceso –incumplimiento real de la obligación asegurada–, cuanto a los aspectos necesarios para su tramitación satisfactoria, de conformidad con *el principio de buena fe procesal*, que no solo genera *deberes de respeto –abstención de conductas obstruccionistas–* sino también de *acción –cargas de información en aras del principio de cooperación– en ambas partes de la relación jurídica –contractual y procesal–*. *El principio de economía procesal y de agilización de la justicia*, clave en la actual reforma procesal –Ley 37/2011– juegan también a favor de esta ampliación del deber de cooperación a fin de garantizar una tutela judicial efectiva.

Junto a este primer núcleo argumental –la falta de un precepto procesal que asegure al juez que dispone de la información precisa para conocer si se da o no el presupuesto de la ejecución hipotecaria, el incumplimiento imputable de la obligación asegurada exigible, con la garantía de alegación a tal fin del ejecutado–, el segundo se centra en revelar las vulneraciones de derechos constitucionales derivadas del sistema de realización del valor de la vivienda previsto en el artículo 579 LEC. En este precepto se concreta una manifestación del principio de responsabilidad patrimonial universal, en el caso, si el producto de la venta es insuficiente. Con él queda reabierto el problema de la discriminación existente en nuestro Derecho.

Argumento también rechazado por el TCO. Pero otros jueces han ido más allá y han buscado salidas interpretativas *lex data*, haciendo una **interpretación conforme al valor real de mercado para evitar las adjudicaciones abusivas**. No puede ignorarse la realidad, según la cual, la posición de poder desplegada por el acreedor bancario en este tipo de contratos se traduce, entre otras cosas, en el establecimiento prácticamente unilateral de la tasación del valor de la vivienda. A este respecto, siendo clara la naturaleza liberadora de la dación en pago, a diferencia de la

dación o cesión para pago –STS, 1.^a, 687/2011, de 11 de octubre–, el problema que se ha venido planteando es doble y tiene que ver en ambos casos con el primado que se da al consentimiento a través de pacto de ambas partes. En este sentido, no solo cabe la dación en pago solo cuando existe un pacto que así lo prevea, sino que ese pacto puede prever que la cesión en pago lo sea solo con carácter extintivo parcial de la obligación del deudor para con el acreedor, habiendo rechazado la doctrina judicial que la cesión en pago solo produjera efectos extintivos totales de la deuda –STS, 1.^a, 334/2010, 9 de junio; SAP de Navarra, 68/2004, 19 de abril–.

Desde la típica perspectiva civilista de la «atomización» o «pulverización» del Derecho en derechos-potestades, el artículo 140 de la vigente Ley Hipotecaria, deja abierta la posibilidad de pactar en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En caso de no haber un pacto entre deudor y acreedor, según lo dispuesto en el artículo 105 de la misma ley, la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1.911 CC. A este respecto, corregido parcialmente el problema de la adjudicación de la vivienda por un precio ínfimo tras las referidas reformas legales –nuevo art. 671 LCE, que incrementó un 10% el previsto antes del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, que pasó del 50% al actual 60% tal cantidad–, ciertas resoluciones judiciales han afrontado una interpretación mucho más realista del artículo 579 LEC, ajustando al valor de mercado la cláusula relativa que requiere que se satisfaga el crédito del acreedor.

Y es aquí donde aparece la posibilidad de que por vía interpretativa se puedan lograr resultados más justos para quien se ve abocado a este proceso de ejecución de su casa. Mientras que unos Tribunales, como se ha apuntado, se orientan a reconocer la «dación en pago» como una posibilidad ya reconocida en nuestro Derecho, si media la *protección de la persona sobreendeudada de buena fe*, otros, en cambio, apuestan, desde una perspectiva más respetuosa con una lectura estricta de la legislación, por rechazar tal posibilidad y, en cambio, apurar al máximo la interpretación finalista de los preceptos.

Así, una reciente doctrina judicial, menos difundida mediáticamente, pero muy relevante también, porque termina con dar el mismo resultado que con la dación en pago, por un cauce más técnico, ha defendido la necesidad de llevar al máximo sentido las reformas y atender al valor no ya institucional de adjudicación –el mínimo precio de adjudicación–, sino al «valor real de mercado» del bien en el momento de la adjudicación «y ello con el fin de evitar el despojo del deudor» (*Auto número 10/2012, Audiencia Provincial de Córdoba*), esto es, un uso antisocial del derecho. La adjudicación por un importe superior a ese límite inferior legalmente establecido no puede quedar a la libre y bondadosa determinación del acreedor, pues a ello se opondrían, en lo que se refiere al cumplimiento de la obligación de la que surge la deuda, esto es, el contrato de préstamo, y en lo que se refiere a la venta que subyace en el sistema de subastas, los principios, respectivamente extraíbles de los citados artículos 1.256 y 1.449 CC –prohibición de la arbitrariedad de uno de los contratantes–. Se desprende de esto último que el importe de la adjudicación tiene que estar.

«Objetivamente relacionado con el **valor real del bien adjudicado** y sí así no lo fuese, nada impide que el ejecutado, ante el intento de acreedor de actuar ex artículo 579 la responsabilidad personal nacida de préstamo, pueda deducir oposición (ya al margen de la celeridad y eficacia que demanda la virtualidad de la inicial garantía hipotecaria) de conformidad con los artículos 557 y 558, aduciendo pago y, en su caso pluspetición.» (*Auto número 10/2012, Sección 3.ª, Audiencia Provincial de Córdoba*)

En suma, cuando el artículo 579 habla de «producto insuficiente para abrir el crédito», dicha expresión debe sistemáticamente interpretarse en el sentido de valor real del bien en el momento de la adjudicación (así como los riesgos de depreciación del mismo).

7.2.3. La protección del deudor hipotecario ejecutado de buena fe: el nuevo principio de trazabilidad de las conductas responsables

Pero se han indagado otras vías de protección en el ámbito judicial, acudiendo a la eficacia imperecedera, pero siempre nueva, de los principios jurídicos, como el de la buena fe. Buena prueba de su fuerza jurídica y de su permanente actualidad es que está en el centro de la norma comunitaria que va a servir para tumbar nuestro arcaico sistema legal a tal fin.

La importancia de la buena fe aparece continuamente subrayada por los Tribunales⁴⁴. En esta dirección, el célebre *AUP de Navarra, número 111/2010*, ratificó la decisión de un juez que rechazaba que un banco, que previamente había ejecutado la hipoteca y se había adjudicado el inmueble por el 50% del valor de tasación, continúe reclamando la deuda restante a la familia. Ante la demanda de una entidad bancaria de proseguir con la ejecución de la deuda, el Tribunal estima que no ha lugar, porque el banco había tasado el activo inmobiliario por una cantidad que satisface con creces la deuda hipotecaria que recaía sobre la familia. Es más, le recuerda el Tribunal, que las entidades bancarias tienen una responsabilidad insoslayable en la crisis que estamos padeciendo.

La responsabilidad jurídica contractual implica una relación ternaria entre tres personas: el sujeto responsable, en este caso, del incumplimiento, al que se pueda imputar de una forma causal la situación que genera la inobservancia de sus obligaciones –el pago–, de un lado, el demandante

⁴⁴ Así, se constata cómo las conductas contrarias a tal estándar de conducta correcta deben marcar la mayor responsabilidad –en el caso afrontando incluso las costas– de los deudores: «... nos referimos en concreto a las negociaciones extrajudiciales realizadas con el Banco Popular Español, tendentes a la solución de la correspondiente deuda hipotecaria a través de la fórmula jurídica de la dación en pago, que si bien han resultado infructuosas, como así consta acreditado documentalmente, es también cierto que su incidencia en la "litis" resultaba indiscutible, como antes hemos señalado, y como en la actualidad lo es también el procedimiento de ejecución hipotecaria que ha instado Banco Popular Español contra la demandante en reclamación de la correspondiente deuda hipotecaria» –*SAP de Murcia, 676/2011, 29 de diciembre*–.

del cumplimiento, cuyos derechos e intereses experimentarían ciertos perjuicios por la situación, y un tercero, el juez –o un sujeto arbitral–, ante el que ambos acuden para que establezca una solución adecuada a la situación generada. Conforme a la configuración contemporánea, que no es igual que la de los orígenes en el Derecho Romano, ni en el orden económico liberal, de la responsabilidad jurídica contractual, para que esta quede fijada debe atenderse no ya solo a la obligación de cumplimiento de lo convenido –o de reparación indemnizatoria si no puede llevarlo a cabo en sus términos–, sino también la obligación de prevenir las circunstancias que explican el incumplimiento –o acto perjudicial–, asegurando que realizará todo lo necesario a fin de reparar los efectos. La varias veces aquí referida masificación del Derecho Privado, entre otros factores por la irrupción en el plano de los contratos de nuevos riesgos ligados a los «desarrollos tecnológicos» y económicos, han determinado que se multipliquen y acrezcan aquellos deberes de prevención y de cooperación al cumplimiento.

A tal fin, para reintroducir el principio de equilibrio de las prestaciones perdido a través de las prácticas extendidas en estos años para formalizar los préstamos hipotecarios, podría acudirse a una visión más amplia y funcional de algunos criterios jurídicos recientes.

De un lado, como recuerda el adagio del Derecho Romano *Ubiemolumentum, ibionus*, quien recibe la mayor utilidad patrimonial del negocio jurídico debe estar también dispuesto a asumir mayores cargas en caso de actualización del riesgo de frustración de una parte de la misma. En este sentido, es posible hacer un uso adaptado de una técnica cada vez más utilizada para determinar adecuadamente, y de forma transparente, a los verdaderos responsables de los daños producidos a raíz de la puesta en circulación de un «producto defectuoso»: la llamada **trazabilidad socioeconómica**. Como se sabe, este segundo criterio técnico-jurídico es típico, una vez más, del Derecho Comunitario, ahora en materia de responsabilidad por los daños creados con la elaboración y distribución de «productos defectuosos». Este principio identifica al sujeto responsable en quien ha creado originariamente el producto que causa el daño (art. 1 de la Directiva), al margen de que se trate o no de una responsabilidad por negligencia, y exista o no un vínculo contractual.

Queda expedita de esta guisa, pues, la posibilidad de «saltar por encima de las barreras o fosas del Derecho de los Contratos» –en este caso hipotecarios– para alcanzar a quien puso en circulación estos «productos financieros». En este sentido, y siguiendo una nueva máxima romana, «lo que beneficia, también perjudica», de manera que si hemos visto cómo la economía se ha visto poblada por conceptos derivados de otros ámbitos, también debe aceptar que se limite y racionalice su funcionamiento en aras de valores sociales aprovechando los «progresos jurídicos» derivados de ámbitos comerciales. Por tanto, no puede ser ajena a la atribución de responsabilidades por los daños creados las condiciones económico-financieras –prácticas prestamistas e hipotecarias– en que esos contratos se han generado⁴⁵. En consecuencia, ¿no cabe acudir a técnicas

⁴⁵ Para esta lectura expansiva *vid.* SUPLOT, A. *El Espíritu de Filadelfia...* págs. 152-153. Para él, aunque recuerda la posición restrictiva de la Organización Mundial del Comercio, que solo acepta la responsabilidad por daños a la seguridad y salud de las personas –consumidores– cuando el perjuicio derive del defecto de producción, no ya del «modo

análogas cuando lo que está en juego son derechos sociales de propiedad –la vivienda habitual, que forma parte de las garantías de la propia intimidad familiar–, que ocupa una posición similar en la organización de los intercambios del mercado hipotecario?

En nuestra opinión, cabe una aplicación expansiva, siempre y cuando se localice un análogo problema, una análoga razón de ser: el «producto financiero» permanece cargado del espíritu de quien lo puso en circulación –las entidades financieras y sus (malas prácticas)–, por lo que no puede ser nunca ajena por completo a las vicisitudes que sufre el mismo.

Aunque la economía de mercado tiene la necesidad de bienes aptos para que sean intercambiados al margen de cualquier huella personal, una elemental razón de racionalidad económica, acorde con la no menos elemental razón de justicia social, requiere modular tal exigencia cuando ciertos actores del sistema crean «cosas arriesgadas» –sistema imprudente de concesión de créditos sin las necesarias garantías de solvencia–, inherentes a un modelo de «progreso económico-tecnológico» (ingeniería financiera). Los daños que provoca su fracaso, por malas prácticas de quienes lo protagonizan y dirigen, exige recuperar, siempre de forma proporcional, el vínculo entre creador y responsable.

De forma demasiado tosca, a nuestro entender, esta idea es la que aparece en el referido *AUP de Navarra, número 11/2010, de 17 de diciembre*, según el cual, para reforzar su argumentación en torno al carácter abusivo de la actuación de la entidad financiera que no acepta la dación en pago con valor liberatorio de toda la deuda hipotecaria:

«... Y siendo esto así y en definitiva real la importantísima crisis económica, que ha llegado incluso a que la finca que en su día tasó en una determinada cantidad, hoy en día pudiera estar valorada en menos, no podemos desconocer que ello tiene también en su origen una causa precisa y que no es otra, y no lo dice esta Sala, sino que ha sido manifestado por el Presidente del Gobierno Español, por los distintos líderes políticos de este país, por expertos en economía y por líderes mundiales, empezando por el propio Presidente de Estados Unidos, que la mala gestión del sistema financiero del que resultan protagonistas las entidades bancarias, recuérdese las "hipotecas basura" del sistema financiero norteamericano.

No queremos decir con esto que la entidad financiera sea la causante de la crisis económica, pero... no puede desconocer su condición de entidad bancaria y, por lo tanto, integrante del sistema financiero, que en su conjunto, y por la mala gestión de las entidades financieras que sean... han desembocado en una crisis económica sin precedentes desde la gran depresión de 1929.»

de fabricación», considera, sin embargo, que hay «buenas razones para pensar que la obligación de responder por sus productos podría englobar sus condiciones de fabricación».

Estamos convencidos de que este razonamiento permite dar solidez jurídica al intento realizado por los Tribunales de atender a las causas de la crisis, de modo sea depurado de la no menos defectuosa reintroducción de enfoques moralistas, ni tan siquiera de juicios de reproche meramente social, legítimos sin duda, pero no en sede jurisdiccional. Los jueces civiles –otra cosa es los penales y respecto de causas concretas, como la de Bankia, o Caixa Nova en Galicia, entre otras...– no están para buscar culpables de la crisis, sino para identificar el justo reparto de responsabilidades en una determinada situación de impago, ni confundir los juicios jurídicos con los éticos o morales:

«... y ello nos obliga a hacer la presente reflexión, en el sentido de que **no constituirá un abuso de derecho, pero moralmente es rechazable** que se alegue para intentar continuar la ejecución la pérdida de valor de la finca que servía de garantía al préstamo, que no se hubiera concedido si no hubiera tenido un valor suficiente...»

La trazabilidad de las condiciones –las malas prácticas eventualmente llevadas a cabo por la concreta entidad gestora– en que se ha gestado el proceso, desde que se concedió el préstamo hasta la adjudicación de la vivienda, permitiría evitar que se haga recaer todos los efectos de la crisis sobre una parte contratante, la más vulnerable o débil, víctima y no actor del sistema. En efecto, remontarse a identificar las condiciones del proceso de «fabricación» y de «distribución» de «productos peligrosos» por quienes extraen el beneficio de ellos es la vía más adecuada para superar las dificultades en orden a la adecuada distribución de riesgos y responsabilidades en toda la «cadena de relación».

No se precisa, pues, acudir a teorías muy elaboradas y de alta discusión doctrinal, como la teoría del riesgo a la hora de valorar la responsabilidad de una persona por un daño producido –*STS, Sala 1.ª, de 14 de marzo de 2011*, se cuestiona su aplicabilidad y nos da ciertos criterios interpretativos (fundamento tercero)–, ni tampoco regresar a los tiempos de los juicios de equidad –reproche moral–. Hay otros principios y otras construcciones asentadas en el ámbito del Derecho Privado que permiten una aplicación fácil para alcanzar mejores resultados. En este sentido, la dimensión compleja de las relaciones y la necesidad de su construcción jurídica es una línea recurrente. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en la reciente Sentencia de 4 de marzo de 2011, en relación a la legitimidad de créditos al consumo a coste 0 en un contexto de relaciones contractuales más amplio entre las entidades vinculadas y a las que se les aplica la normativa de protección de consumidores⁴⁶.

⁴⁶ «La concesión de un préstamo por parte de una entidad financiera de un crédito para el consumo con un interés de tipo 0, no supone necesariamente que el préstamo tenga un carácter gratuito. La LCC 7/1995 incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva del Consejo 87/102/CEE, de 22 de diciembre, cuya finalidad principal consistió en garantizar un cierto nivel de protección del consumidor ante las amplias diferencias de las legislaciones de los Estados miembros en materia de crédito al consumo. Siendo este el propósito, la interpretación de las exclusiones que se recogen en el artículo 2 LCC, no puede alejarse del fin perseguido por la norma. El crédito al consumo debe examinarse

7.3. LA SINGULAR RECEPCIÓN JUDICIAL DE LA DOCTRINA «PERSONAL RESCUE CULTURE»: EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL Y LA LIBERACIÓN DE DEUDAS DE LA PERSONA FÍSICA

En el marco del procedimiento concursal son cada vez más los que proponen de modo abierto una nueva reforma para superar la asignatura pendiente del concurso de las personas físicas. En este marco, que cuenta con referencias legislativas, aunque vagas, se propone el introducir el llamado procedimiento de *freshstart* («nuevo amanecer» o «recomenzar»), que debe su nombre al significado de abrir un nuevo tiempo para el deudor mediante liberación de las deudas pendientes de pago tras un proceso de reestructuración de las mismas. Para todos los autores que han tratado esta cuestión se trataría de una reforma de envergadura, porque en juego estaría nada menos que la modificación de un principio axial de nuestro Derecho Patrimonial cuya erosión podría poner en riesgo, además, la confianza en el sistema financiero, hoy en estado casi catatónico.

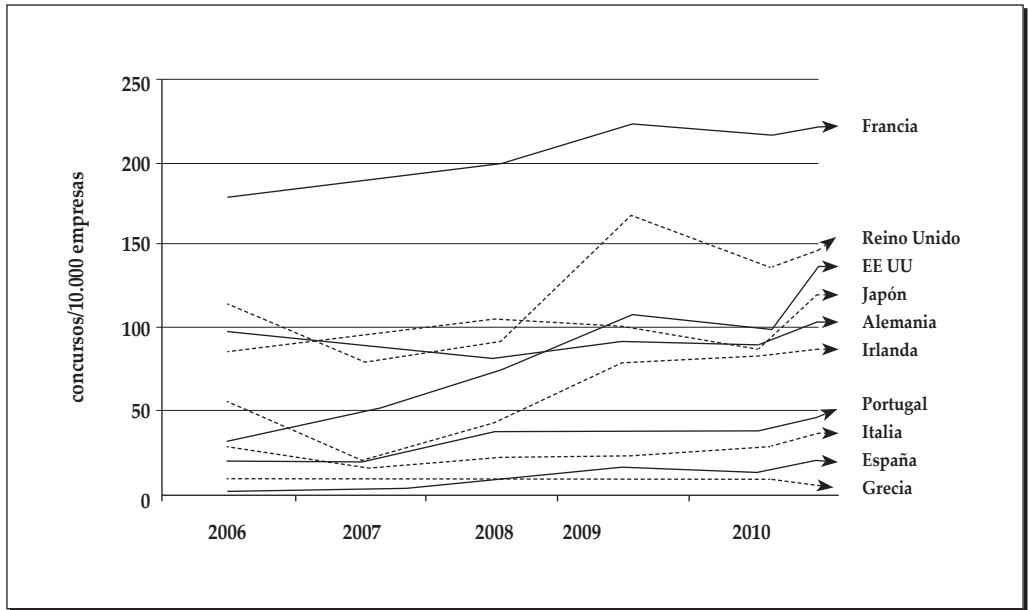
Sin embargo, un adecuado entendimiento del mismo, sobre todo tal y como ahora está funcionando, tras una notable evolución en EE UU, evidenciaría también sus grandes bondades para favorecer una salida eficiente de la crisis económico-financiera –para nosotros también de empleo–, propiciando mayores iniciativas empresariales y, por tanto, de creación de empleo y autoempleo. Como es natural, una vez más, para que estos efectos benéficos, en lo social y en lo económico, se concreten en la vida diaria debe hacerse una adecuada regulación legal. Esta precisa, una vez más, de la constatación del estándar de conducta de buena fe del deudor insolvente hipotecario –e incluso más allá de este ámbito, para todos y cada uno de los consumidores sobreendeudados de buena fe–, y del actuar judicial, que debería evaluar esa buena fe *trazando* correctamente la trayectoria personal del deudor –también las condiciones que creara en aquella insolvencia el principal acreedor– que ha desembocado en su insolvencia y proponiendo un *convenio de reestructuración* adaptado a tal proceso⁴⁷.

desde una perspectiva unitaria, porque pese a que existan varios contratos, existe una conexión entre todos ellos por la interacción de fines entre las distintas relaciones jurídicas. En el caso que se analiza aparecen unos contratos de arrendamiento de servicios de enseñanza conectados con unos contratos de financiación, resultando imposible otorgar un tratamiento aislado y diferenciado a cada una de las relaciones jurídicas que surgen de tales negocios. La consecuencia, tal y como ya se ha fijado por esta Sala (SSTS 25 de noviembre de 2009, 19 de febrero de 2010) es que basta con que el prestamista convenga con el proveedor de los servicios una retribución a cargo de este, para que la gratuidad respecto del consumidor, pese a estar expresamente pactada en la financiación, deba considerarse excluida en el conjunto de la operación, dada la aptitud potencial del oneroso contrato conexo como instrumento para provocar una repercusión en la contraprestación pactada en el otro contrato».

⁴⁷ De gran interés las reflexiones de MOLINA NAVARRETE, C. *El concurso de acreedores*. Tecnos. 2012. También CUENA CASAS, M.-COLINO MEDIIVILLA, J.L. (Coordinadores). *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*. Civitas. 2009. Siguiendo una posición extendida, de esta obra colectiva (en la que participan profesores de Derecho Civil y Mercantil, así como notarios) se deriva la necesidad de una reforma de la legislación concursal que favorezca el tratamiento de la insolvencia del consumidor mediante un procedimiento sencillo, rápido y barato, tendente a evitar, en el marco de respeto de la finalidad básica de todo concurso, la mejor satisfacción posible de los acreedores, la

Las cifras estadísticas muestran que no se acude al proceso concursal porque existe poca cultura en nuestro país al respecto, a diferencia de lo que sucede en otros países de nuestro entorno.

Figura 1. Fuente: elaboración a partir de Euler Hermes («Insolvency Outlook») ⁴⁸



En este sentido, son pocas las empresas pequeñas –si bien han ido en aumento– que acuden al concurso, no ya solo por los costes, sino también por los riesgos de que se vean implicadas con todo su patrimonio, incluso el personal, pues muchas tienen forma de persona física, e inclu-

exclusión social de la persona física concursada y de su familia. En la misma línea, recientemente, CUENA CASAS, M. *Familia y Concurso de Acreedores*. Civitas. 2010. La autora insiste en una relectura del Derecho Concursal a la luz del Derecho de Familia para hacer frente a las especialidades de las insolvencias de las personas físicas, pero sin abandonar ese ámbito legislativo. Otro sector doctrinal mercantilista aboga, en cambio, por situar este tema, como se dijo, en el ámbito del Derecho del Consumo, siguiendo el modelo francés. Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. «El presupuesto...». *Op. cit.* pág. 34. En esta dirección crítica también DE LA MORENA SANZ, G-PARRA BAUTISTA, J.R. *El concurso del consumidor. O de la insolvencia de las personas físicas y las familias*. Editorial Bosch. Barcelona. 2010,

⁴⁸ Vid. CELENTANI, M- GARCÍA-POSADA, M. –GÓMEZ POMAR, F. «El enigma de los concursos empresariales en España y la crisis». Capítulo 7 del libro colectivo. *La crisis de la economía española. Análisis económico de la gran recesión*. Monografía Fedea. 2011.

so para las que formalmente tienen responsabilidad limitada la separación entre los activos de la empresa y el patrimonio del propietario es imperfecta. Esto quiere decir que un procedimiento concursal para una empresa pequeña precipita también a su propietario, con muy alta probabilidad, a una situación de insolvencia.

Pero, además, tal proceso no solo no contempla las necesarias especialidades que requiere, pese al intento de la Ley 38/2011 de introducir mayores facilidades, sino que contiene un tratamiento negativo, esto es, discriminatorio, respecto del régimen previsto para las empresas societarias.

Desde un enfoque objetivo el proceso concursal presentaría una serie de ventajas de las que debería beneficiarse también la persona física. Pero, como se ha dicho, el sistema sigue a día de hoy disuadiendo decisivamente a la persona física de acudir a él para hacer frente a la insolvencia familiar⁴⁹.

Sin embargo, una vez más, la experiencia judicial es mucho más rica de lo que a veces la doctrina jurídica puede llegar a albergar. En este sentido, *el AJM número 3, de Barcelona, de 26 de octubre de 2010*, ha entendido que los deudores de buena fe y en situación de riesgo de exclusión social, una vez constatado que no tienen bienes para pagar la deuda –son los presupuestos básicos del RDL 6/2012–, quedarían exonerados del resto, según la interpretación más razonable de la normativa concursal.

En el primer plano, se evidencia el dislate que es permitir que para las «personas jurídicas», a través de los concursos de acreedores, las entidades financieras deban aceptar quitas y esperas, con la consiguiente condonación parcial de la deuda, así como se prevea el establecimiento de planes de pago relativamente prolongados, y, en cambio, a las personas físicas, a los «sujetos particulares» no se les posibilite a esa solución, salvo que la entidad financiera acepte tal posibilidad. En el segundo plano, y partiendo del reconocimiento de un derecho social nuevo, pero extraído a través de un proceso interpretativo de concreción de derechos fundamentales y principios jurídicos, el derecho social a «una segunda oportunidad», y de un instrumento jurídico, el recurso al principio de buena fe, se propone una interpretación de la ley ajustada a la realidad del tiempo que ha de ser aplicada –dominada por el efecto masivo de una crisis que ha sorprendido la buena fe de centenares de miles de personas y familias– y conforme a los valores y principios de orden social que dominan –o deben– nuestro ordenamiento constitucional –una suerte de «jurisprudencia de valoración *secundum Ius*» (según manda el Derecho)–. El derecho a una nueva oportunidad a través de un proceso ordenado de rescate o reestructuración de la situación de crisis se convierte, de este modo, en un principio jurídico general de las sociedades civilizadas, por parafrasear la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁴⁹ Vid. CUENA CASAS, M. «Endeudamiento e insolvencia familiar». *El Notariado*, núm. 22, 2008.

Así aparece al margen del modelo jurídico y cultural de que se trate, aunque ello suponga la quiebra de principios jurídicos básicos –como el de responsabilidad ilimitada de las personas físicas, o incluso, como acredita la regulación reciente de los llamados «escudos protectores particulares» para la refinanciación de la deuda del acreedor concursado en fase de precurso, el principio de relatividad de los contratos ex art. 1.257 CC, si, a cambio, permiten un conocimiento adecuado de su existencia (regla de transparencia)–. E incluso aunque de ello se deriven importantes cambios culturales en el uso del concurso de acreedores, al estilo del Reino Unido, como hace la Ley 38/2011, que representan la introducción en nuestro Derecho de un sistema de blindaje de máxima protección legal⁵⁰.

8. A MODO DE CONCLUSIÓN

Nadie ignora que cualquier reforma o solución debe tener en cuenta un principio de razonabilidad, de modo que no se trata de trasladar una protección a ultranza, pasando de un extremo a otro, sino de garantizar una justa ordenación contractual, esto es, que se atienda a un equilibrio efectivo de las transacciones. Por eso ha de tomarse en cuenta también la tutela de los legítimos intereses de los acreedores, dignos, por tanto, de protección. De ahí que se ponga el acento en huir de soluciones unilaterales –basadas en el poder de imposición de una parte sobre la otra, bien fáctica bien jurídica– y maximalistas. Por tanto, la solución no se toma como expresión de la «ley del más débil»– lógica típica del Derecho Social –en perjuicio o en detrimento de la «ley del más fuerte» –mecanismo típico del Derecho Mercantil–, sino como el reflejo de la «ley del efectivo equilibrio contractual» entre los intereses de los contratantes –lógica típica del «Derecho Civil Constitucional»–. En suma, no hay solo razones de protección de un sujeto, sin duda urgido de tutela, por hallarse en una situación jurídico-económica especialmente vulnerable, sino de utilidad práctica, por tanto, también con efectos de eficiencia económica.

Sin perjuicio de las ventajas que puede –y debe– tener una adecuada regulación de reforma, no puede dejarse de evidenciar que si algo no falta en estos tiempos de crisis son los cambios legislativos, ante una desbocada inflación legislativa, sobre todo mediante continuos y muy polémicos reales decretos leyes.

A este respecto, el modelo de protección dado en el RDL 6/2012 –y aún peor, pues ya se contaba con experiencia previa, el RDL 27/2202– responde a uno de los más recurrentes defectos de la actividad legislativa de este tiempo de crisis y que no es otro que la «reforma para la galería», a fin de aparentar que se hace algo cuando realmente no se hace nada efectivo. El primado de los mensajes continuos a la sociedad, a fin de dar confianza a los mercados e introducir sosiego en la comunidad que sufre los recortes y los sacrificios en pro de la garantía de rentabilidad

⁵⁰ Vid. PULGAR, J. «Reforma concursal...». *Op. cit.*, pág. 43.

de aquellos, determina que cuente mucho más la promulgación de normas de gran repercusión mediática, aunque su aplicación resulte dificultosa, lenta y de aplicación limitada, en detrimento de otras con menor tirón mediático por sus dificultades de comprensión «técnica», pero más eficaces y efectivas. La experiencia acredita que los temores de los gobernantes a soluciones justas pero que puedan causar más daño económico al sistema están equivocados –que es lo que sigue alegando el Gobierno español para rechazar la reforma legal y el enfoque de derechos, que ahora le proponen todos los grupos políticos de la oposición, incluido el PSOE, que cuando gobernaba esgrimió el mismo argumento que el Gobierno actual para no hacer ninguna reforma en profundidad, solo «parches» inútiles–, pues los países que más han innovado en esta dirección son aquellos que siguen disponiendo de cotas más elevadas de productividad, riqueza y empleo.

En suma, por enésima vez, se demuestra que «lo racionalmente jurídico» –y no ya solo lo deseablemente ético–, es el arte de lo justo, lo bueno y hoy también de lo eficiente –productivo–. Como también queda ya acreditado, con rigor y evidencia científica, que proteger a toda costa los intereses de las entidades financieras no es sinónimo de proteger la economía en su conjunto, más bien lo contrario. Aquí lo económico y lo jurídico se vuelven a dar la mano, por lo que las mejores respuestas jurídicas, que para ser tales siempre tienen que basarse en derechos, más si se trata de derechos entroncados en bienes de la personalidad –en términos más civilistas–, o de derechos fundamentales –en términos constitucionalistas–, o de derechos humanos –en términos internacionalistas–, convergen también, por enésima vez, en la mejor respuesta económica. La falla entre un ámbito –el jurídico– y otro –el económico– no procede de ninguna realidad objetiva, ni científica, sino de una concreta concepción ideológica, que, en su caso, debe ser respetada siempre, y en algún caso incluso compartida, pero nunca impuesta frente al interés general. Y este, como ya resulta evidente a todas luces, incluidas las judiciales, a nivel nacional y comunitario, se identifica en este punto con una profunda reforma legal que asegure la protección de las razones de las personas y las familias, no la del mercado financiero que, además, ya están, en todo caso, garantizadas con miles de millones de euros, nacionales y comunitarios, cuyos millonarios intereses pagan los ciudadanos en recortes y sacrificios.