

**ESTUDIOS
JURÍDICOS
SOBRE
VIVIENDA Y
DESAHUCIOS**



JUNTA DE ANDALUCÍA
CONSEJERÍA DE FOMENTO Y VIVIENDA

JUNTA DE ANDALUCÍA
Consejería de Fomento y Vivienda
Secretaría General Técnica
Coordinación:
Amalia Tarín, jefa del
Servicio de Publicaciones

Editores:
Fco. Javier Arellano Gómez
Manuel Jesús Díaz Gómez
Corrección de textos:

Rafael Ariza
Fotografías:
Archivo de la Agencia de Vivienda y
Rehabilitación de Andalucía /
Rafaela Rodríguez
Diseño y maquetación:
Miguel Tarapiella

© de la presente edición: Junta de Andalucía
Consejería de Fomento y Vivienda
© de los textos: los autores
© de las fotografías: los autores

La Consejería de Fomento y Vivienda no
se hace responsable de las declaraciones y
opiniones expresadas por los autores

Nº de Registro: JAFV/SGT-01-2015
ISBN: 978-84-8095-572-0
Depósito legal: SE 359-2015

Autores

Araceli Aguado Montiel
Nuria Agudo Torrado
Fco. Javier Arellano Gómez
Marta Bardallo Cabrera
Ana María Becerril Hurtado
Victoria Bellido Mora
María Cárdenas Fernández
Cristina Carrasquilla Muñoz
Angelo Carozzo
María Cinta Garrido Macías
Estrella Correa Solís
Rocío del Valle Delgado Requena
Lorena Díaz Bayón
Manuel Díaz García
Manuel Jesús Díaz Gómez
Jorge Díaz Farías
Ramón Doria Bajo
Andrés Escalante Hidalgo
Diego Antonio Gálvez Domínguez
Esther García Sosa
Estefanía Gómez Lagares
Marina González Mateos
Emilio Haro Grande
Lucía Jiménez Morgado
Elena López Barba
María Teresa López Moreno
Sandra Mairé Martín Liscano
José María Márquez Pinto
Karla Márquez Toro
Jorge Martín Avilés
Juan Carlos Mena Marrón
José María Miquel González
José Luis Moreno Perelles
José Antonio Navarro Fernández
Noelia Osorno Florido
Manuel Padilla Camacho
Jamaica Pérez Delgado
María Del Carmen Ponce Cruz
Roberto Prado García
José Manuel Reifs Miranda
Miguel Ángel Ruiz Albert
José Manuel Robledo Álvarez
Ismael Rodríguez Alonso
Antonio Rodríguez Redondo
María Serrano Fernández
Grupo de Investigación: "El Derecho civil del siglo XXI"

ESTUDIOS JURÍDICOS SOBRE VIVIENDA Y DESAHUCIOS

Análisis crítico y propuestas alternativas

Garantizar el acceso a la vivienda en condiciones dignas es uno de los caballos de batalla en nuestro Estado de Bienestar. El despegue económico y social vivido por España desde la aprobación de la Carta Magna en 1978 no ha conseguido dar respuesta a las necesidades de vivienda de las capas más desfavorecidas de la sociedad, que sistemáticamente han visto cómo la realidad de los números les apartaba del acceso a un techo. El ascenso de la clase media y la progresiva mejora en el nivel de renta de los españoles en las últimas décadas ha sido superado por el incremento en el precio de la vivienda, de modo tal que los ciudadanos tenían que destinar cada vez una mayor porción de sus ingresos para cubrir las necesidades de vivienda, derivando en un progresivo endeudamiento de las familias. La crisis económica ha dado lugar a situaciones de auténtico drama social en esta materia.

Ante esta realidad, y especialmente en la actual coyuntura de crisis económica, el Gobierno andaluz ha tenido claro desde el primer momento la necesidad de actuar, con medidas que dieran una respuesta efectiva a la situación complicada que atraviesan muchas familias andaluzas, que han visto caer sus niveles de renta en los últimos años, dificultando aún más el pago de sus viviendas.

En este sentido, decidimos priorizar los programas de alquiler de las viviendas sociales sobre los de compra, con la adecuación de los precios al nivel de renta de las familias; impulsamos la utilización de las viviendas vacías; y tratamos de frenar los procesos de desahucio, a través de la regulación de esta materia y con la intermediación ante las entidades financieras. Al mismo tiempo, incentivamos los programas y actuaciones de rehabilitación de vivienda con el objetivo de reactivar la economía y apoyar el empleo en el sector de la construcción, tan castigado por la crisis.

La Ley para Asegurar la Función Social de la Vivienda aprobada por el Gobierno andaluz supuso un hito en toda España y la demostración más evidente de que los poderes públicos estamos obligados a buscar nuevas respuestas ante las distintas realidades que ha traído la crisis económica. La normativa ha supuesto un efecto disuasorio sobre los desahucios en Andalucía, consiguiendo reducir notablemente la cifra de lanzamientos en nuestra comunidad, y contribuyendo al debate abierto para garantizar el derecho a la vivienda de los ciudadanos.

Nos congratula por todo ello haber colaborado con la celebración de las jornadas acerca del derecho a una vivienda digna y el drama de los desahucios organizadas por la Universidad de Huelva, embrión y origen del presente estudio con el que pretendemos incentivar el debate acerca de una problemática cuya resolución redundará en beneficio de los ciudadanos y nos hará una sociedad más justa y, en definitiva, mejor.

María Jesús Serrano Jiménez
Consejera de Fomento y Vivienda

La crisis económica que ha azotado nuestro país en los últimos años se ha dejado sentir de forma particular entre los más desfavorecidos de la sociedad, agravando muy peligrosamente su propia subsistencia material. Entre otras muchas vertientes y entre muchos de los variados análisis que pudieran hacerse, la estructura socio-económica y jurídica española no ha soportado nada bien los envites de la necesidad habitacional o de vivienda que algunos ciudadanos han precisado para un desarrollo digno como personas. Algo más de quiebra o de movilidad en el modelo de valores puede denotarse mediatamente como causa, pero lo cierto es que, en la práctica, los mecanismos utilizados no han respondido a las expectativas protectoras de un moderno Estado social. Viejos herrajes sin engrasar se han aplicado a problemas sobrevenidos y complejos.

A partir de una concreta realidad socio-económica se han puesto en común experiencias y conocimientos muy variopintos procedentes de la sociología, la psicología, la política, la economía, la educación y el derecho –fundamentalmente del derecho– para tratar de afrontar y aportar claridad a la situación que se presenta y, sobre todo, valorar las posibilidades de ofrecer alternativas y propuestas de futuro. La actividad está aún en proceso, los métodos y estructuras están siendo cambiados desde diferentes ámbitos, pero hemos encontrado el momento de sentarnos y repensar el fenómeno.

La obra que aquí se presenta es fruto, sobre todo, de varios seminarios anuales, llevados a cabo como experiencias grupales, dirigidos por el profesor Arellano, y de la celebración de unas jornadas universitarias de investigación que tuvieron lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Huelva (España). No todos están aquí representados, ni todos los que escriben estuvieron en aquellas, por eso es propio y oportuno en este momento valorar su participación y mostrarles nuestro más afectuoso agradecimiento: a los profesores Octavio Vázquez (Trabajo Social), Enrique Anarte (Derecho Penal), al jurista Andrés Rodríguez (especialista en Consumo), a la activista social Ada Colau (representante de la Plataforma de Afectados por la Hipoteca) y al magistrado Edmundo Rodríguez (Audiencia Provincial de Álava). Nuestro agradecimiento, asimismo, a los que colaboraron con este proyecto y lo hicieron posible: Consejería de Fomento y Vivienda (Junta de Andalucía), Diputación Provincial de Huelva, Universidad de Huelva (Rectorado, Fundación, Facultad de Derecho y Departamento Anton Menger), Plataforma de Afectados por la Hipoteca de Huelva y Asociación de Estudiantes de Derecho Gaudeamus Igitur. Finalmente, nuestro recuerdo y homenaje a la profesora Rosario Valpuesta Fernández, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Huelva durante una década, a quien dedicamos con orgullo esta obra.

Jesús Díaz / Javier Arellano
Editores

Era el 13 de marzo de 2013. Ese día triste nos llegó la noticia de la muerte de Rosi. Todos en nuestra Facultad, cuando hablábamos de Rosi, nos estábamos refiriendo a la profesora María del Rosario Valpuesta Fernández, catedrática de Derecho civil, profesora de las universidades de Sevilla, Huelva y Pablo de Olavide. Fue vicerrectora en las dos primeras y rectora de la última, miembro de tres universidades a las llevó siempre en su corazón.

Cuando el Prof. Jesús Díaz y yo coincidimos en el homenaje que la Universidad Pablo de Olavide le rindió en la bellísima ciudad de Carmona, hablamos enseguida de que era un obligado deber de justicia recordarla también en nuestra Universidad, en esta Facultad de Derecho de Huelva, y empezamos a pensar en cómo hacerlo.

Desde el principio tuvimos clara la fecha, se trataba de organizar algún acto en el primer aniversario de su fallecimiento; y también coincidimos en que el homenaje debería tener un carácter eminentemente científico. Pensábamos en aquel momento que su figura estaba siendo evocada en sus facetas más conocidas: la de activa luchadora por los derechos de la mujer, la de mujer pionera en tantas cosas (llegar a la cátedra, ocupar un vicerrectorado o ser la primera mujer que se convertía en rectora de una universidad andaluza) o la de colaboradora con los medios comunicación... (¡Cuántas personas la conocían por sus intervenciones en la radio!). Sin embargo, a mi modo de ver, Rosario Valpuesta no había quedado reivindicada ante la opinión pública del mismo modo en su condición de profesora universitaria. Y ella lo fue, fue una buena profesora y, además, disfrutó mucho siéndolo. Yo la conocí como profesora, la primera que tuve en la Facultad de Derecho de Sevilla. Estaba ella entonces notablemente embarazada, y quiero pensar que el llegar con diecisiete años a mi primera clase en la Universidad, encontrarme con una mujer embarazada, menuda pero con fuerza suficiente para expulsar del aula a los impertinentes que querían bromear con los novatos, fue una imagen que me impactó. Sin duda, esta fue la imagen de Rosi que vino a mi mente en aquel triste 13 de marzo.

Fue profesora de Derecho civil, y estudió, porque además le tocó vivirlos, aquellos cambios fundamentales del Derecho de familia en los 80, en los años en los que preparaba y en los que defendió y publicó su tesis. Dirigió después cinco tesis doctorales de Derecho civil y escribió sobre temas clásicos de esta materia, como la acción reivindicatoria y la titularidad dominical. Sin embargo, viendo la lista de sus publicaciones es fácil colegir su interés por los temas sociales, y ello a pesar de dedicarse a la disciplina más clásica de la rama del Derecho privado. Quizás por eso no sea del todo casualidad que nos encontráramos recordándola en el desarrollo de unas jornadas tituladas "El derecho a una vivienda digna y el drama de los desahucios. Análisis y respuestas alternativas". El resultado del trabajo de aquellos dos días se ve ahora publicado, editado por el Prof. Jesús Díaz, que ha querido que aparezcan también en este volumen unas palabras de recuerdo a nuestra querida maestra desgraciadamente desaparecida.

La misión de quienes somos profesores en las facultades de Derecho consiste en recoger los problemas de la sociedad, estudiarlos, analizarlos y ofrecer soluciones. Soluciones racionales, pues una ley solo si es racional es ley. Rosario Valpuesta lo hizo, y desde su oficio de profesora, desde su tarea de investigadora, quiso

acercarse a los problemas de la mujer, de la familia, analizándolos en relación con los grandes temas del Derecho civil. Escribió así “La protección de la familia en la Ley de Arrendamientos Urbanos”, o un enjundioso artículo para el Anuario de Derecho civil titulado “Publicidad registral, seguridad del mercado y Estado social” en el que relaciona estos tres auténticos pilares del Derecho en nuestra sociedad.

Todos queremos recordarla, pues, como profesora, como una mujer que inculcó a sus alumnos, y sobre todo a quienes compartieron con ella tareas de investigación, una predilección por trabajar en temas que afectan a los menos favorecidos. Al mismo tiempo, queremos recordarla con su alegría, con sus bromas, en definitiva con todo nuestro cariño. Con todo cariño se organizaron aquellas jornadas en su memoria, con ese mismo afecto queremos que quede ahora constancia escrita del homenaje de admiración y respeto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Huelva a la Dra. Rosario Valpuesta. Descanse en paz.

Aurora M^a López Medina

Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Huelva

Un antes y un después: de afectado a principio de activista

Cuando empecé a escuchar la conferencia del profesor Antonio Rodríguez Ramos me quedé pegado a la silla, transportándome a no sé dónde. Después de haber entregado mi casa al juez, al banco, al sistema o a quién sea, este hombre me cuenta que está preparando a sus alumnos en mi favor: no me lo podía creer.

¡Me dijo que había que ser Quijote y no Sancho! ¿Y por qué no?

“Vivienda y esperanza: gerundios en femenino.” Y hacienda, como dicen por América. Palabras preciosas y a las que todos tenemos que aferrarnos con dignidad y humanidad.

“Navaja igual a Ley Hipotecaria.”

Todas las gracias que pueda dar a todas estas personas que luchan a nuestro lado e incluso proclaman que todos tenemos derecho a una vivienda, y que no somos los únicos culpables del desahucio, y que buscan respuestas que no sean la exclusión social.

Que la contabilidad de los bancos no es sólo valores que se cuentan como un número mayor o menor de euros; que hay otros valores, como la humanidad, la dignidad, el sentido común, la solidaridad, etc., que tienen que servir de contrapartida de esos valores de que hablan los bancos.

Estoy obligado a luchar porque este sistema de poderes cambie y, como dice Ada Colau, ¡Sí se puede!

Joaquín Narciso Guillén Hernández
Afectado por la hipoteca

Índice

1. MERCADO Y CONTRATACIÓN

1. Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios

José María Miquel González 19

2. La dación en pago imperativa como una alternativa viable, no extravagante, a la insolvencia sobrevenida de un deudor de buena fe ante ejecuciones hipotecarias sobre vivienda habitual

Fco. Javier Arellano Gómez 51

3. Algunas consideraciones en torno a la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, y su posible conexión con la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social

Elena López Barba 97

4. Cláusulas abusivas

María Cárdenas Fernández, Rocío del Valle Delgado Requena, Lorena Díaz Bayón, Marina González Mateos y Jamaica Pérez Delgado 107

5. Cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario

Marta Bardallo Cabrera, Victoria Bellido Mora, María Cinta Garrido Macías, Lucía Jiménez Morgado y Jorge Martín Avilés 133

2. EJECUCIONES HIPOTECARIAS Y DESAHUCIOS

1. Respuestas jurídicas *de lege data* al drama de los desahucios: la garantía del alojamiento alternativo y el “desalojo social”

Miguel Ángel Ruiz Albert 155

2. Conexiones entre la tutela judicial efectiva y el derecho humano a una vivienda digna en la aplicación e interpretación práctica por parte de los juzgados y tribunales de Justicia

Andrés Escalante Hidalgo 189

3. La defensa del derecho a la vivienda desde la Universidad: laboratorio jurídico sobre desahucios de la Universidad de Córdoba

Facultad de Derecho y CEE de la Universidad de Córdoba, Grupo de Investigación: “El Derecho civil del siglo XXI” (SEJ-448), Alumnos y alumnas de Derechos reales (3º Grado en Derecho, Grupo B).
Coordinador: Antonio Manuel Rodríguez Ramos 197

4. Arrendamiento de viviendas y desahucios. El llamado desahucio express

María Serrano Fernández 221

5. Ejecuciones hipotecarias

Angelo Carrozzo, Manuel Díaz García, Esther García Sosa, Sandra Mairé
Martín Liscano y Noelia Osorno Florido 229

6. Breve análisis comparativo del proceso ejecutivo hipotecario y cláusulas abusivas en países cercanos a España

Estefanía Gómez Lagares, Nuria Agudo Torrado, Araceli Aguado Montiel,
Ana María Becerril Hurtado y María Teresa López Moreno 267

3. INTERÉS GENERAL Y FUNCIÓN SOCIAL

1. La Oficina en Defensa de la Vivienda

José María Márquez Pinto 283

2. La regulación neoliberal y la ruina del Estado social. La cuestión de la vivienda en España

José Antonio Navarro Fernández 309

3. Los poderes del Estado en la conformación de la propiedad privada a la luz práctica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Manuel Jesús Díaz Gómez 329

4. Año natural y año bancario: parecidos pero no iguales

Ramón Doria Bajo 351

5. El acceso a la vivienda en España: evolución legislativa

Cristina Carrasquilla Muñoz, Estrella Correa Solís, Jorge Díaz Farias,
Karla Márquez Toro y Juan Carlos Mena Marrón 359

6. Derecho a la vivienda y su función social: análisis general de la situación, antecedentes y posibles soluciones para preservar la función social de la vivienda

Diego Antonio Gálvez Domínguez, Emilio Haro Grande, Roberto Prado
García, José Manuel Robledo Álvarez e Ismael Rodríguez Alonso 381

7. Función y exclusión social de la vivienda

José Luis Moreno Pereles, Manuel Padilla Camacho, María Del Carmen
Ponce Cruz, José Manuel Reifs Miranda y Antonio Rodríguez Redondo 431

8. La gestión pública en el mercado de la vivienda

María C. Villaverde 449

1

Mercado y contratación

1

CONDICIONES GENERALES ABUSIVAS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

José María Miquel González
Catedrático de Derecho Civil. Abogado

I. Hipoteca y condiciones generales de los contratos. **II.** El desafortunado artículo 12 LH introducido por la ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Regulación del Mercado Hipotecario. **III.** El desgraciado artículo 84 TR-LGDCU (Antiguo 10.6 LGDCU). **IV.** Libertad contractual y condiciones generales de los contratos. **V.** La STJUE de 14 de marzo de 2013. **VI.** Las cláusulas de vencimiento anticipado por falta de pago. **VII.** Los intereses moratorios. **VIII.** La STS de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo. **IX.** Bibliografía.



I. Hipoteca y condiciones generales de los contratos

El drama provocado por las generalizadas ejecuciones hipotecarias ha puesto de manifiesto lo expeditivo de la llamada ejecución directa de la hipoteca y la frecuente existencia de cláusulas abusivas en las condiciones generales de los préstamos hipotecarios. Hipoteca y condiciones generales de los contratos constituyen una peligrosa mezcla para el consumidor, a la vez que, correlativamente, otorgan importantes prerrogativas a las entidades financieras. Las páginas que siguen pretenden tratar críticamente algunos puntos esenciales que, en mi opinión, han provocado el fallo del necesario control de legalidad de las condiciones generales de los préstamos hipotecarios.

II. El desafortunado artículo 12 LH introducido por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Regulación del Mercado Hipotecario

Una de las prerrogativas de las entidades financieras es la que les otorga el párrafo dos del artículo 12 LH:

“Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización.”

Esta norma ha tenido malas consecuencias, pues la ejecución hipotecaria directa se produce en virtud de un título ejecutivo extrajudicial, la escritura pública, y los datos que consten en la inscripción registral (art. 130 LH¹). El privilegio citado en favor de esas entidades financieras, que consiste en cercenar las facultades calificadoras que al registrador corresponden en virtud del artículo 18 LH², ha perjudicado notablemente a los deudores hipotecarios³.

¹Art. 130 LH: “El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo”.

²Art. 18 LH: “Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro”.

Hasta la STJUE de 14 de marzo de 2013, caso Aziz, no se hecho tan patente, pública y notoria la indefensión en que se encuentran los deudores en la ejecución hipotecaria ante cláusulas abusivas, pues, por diversas razones, no se ha efectuado el control de legalidad que debería haber evitado que el título ejecutivo y la inscripción las contuvieran.

Las innumerables y dramáticas ejecuciones de hipotecas sobre viviendas y la citada sentencia del TJUE han avisado y alarmado a la opinión pública sobre la existencia de abusos de las entidades financieras, que no provocaban antes tanta atención. Ojalá esta alarma contribuya a rectificar los errores derivados de no haber evitado adecuada y eficazmente la presión de las entidades financieras para esquivar el control de legalidad de sus préstamos hipotecarios.

El error cometido por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de reforma del mercado hipotecario, no ha sido subsanado todavía, como era de rigor, para evitar la ejecución hipotecaria con cláusulas abusivas.

Es necesario recordar que no hay hipoteca sin escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad. Como se ha dicho, con razón, lo limitado “de la oposición a la ejecución de títulos no judiciales está relacionado con el grado de fehaciencia del documento que acredita la procedencia del despacho de la ejecución y con el control de legalidad del fedatario sobre su forma de otorgamiento y su contenido. La combinación de ambos factores –fehaciencia y control de legalidad– es lo que condiciona, en última instancia, las posibilidades de defensa del deudor frente a la ejecución despachada contra él con base en el documento presentado por el acreedor”⁴. Por esto, es imprescindible el control notarial y registral de las condiciones generales de los préstamos hipotecarios⁵.

³DÍAZ FRAILE, J.M., “El control de las cláusulas abusivas de las hipotecas en la calificación registral y en el procedimiento de ejecución tras la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013”, en *La Ley Unión Europea*, nº 5, junio de 2013: “Esta ausencia forzada de calificación registral de las cláusulas financieras no produjo aparentemente ningún efecto inmediato en la seguridad del tráfico, pero se reveló como un grave error en el momento en que comienzan a dispararse las ejecuciones hipotecarias”. Naturalmente, fue un grave error con independencia del mayor o menor número de ejecuciones hipotecarias, pero el error ya no ha podido pasar desapercibido para la generalidad de los expertos.

⁴SÁNCHEZ LÓPEZ, B. y DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dirigidos por Menéndez y Díez-Picazo y coordinados por Alfaro, 2002, p. 505.

⁵Es difícil explicar que A. Carrasco, director de un centro de consumo, insista en que los registradores de la propiedad no deben controlar la legalidad de las condiciones generales de los préstamos hipotecarios en la línea de la doctrina errónea de la resolución de 19 de abril de 2006 y otras que la siguieron hasta octubre de 2011. Es digno de lamentar también que un autor tan bien intencionado como Humberto Clavería insista, aunque no lo apruebe, en sostener que en nuestro Derecho los notarios no pueden apreciar la nulidad de las cláusulas abusivas, salvo las declaradas nulas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales. Dice: “Si no hubiera en los últimos años en España normas y sentencias que específicamente se refirieran al ámbito de actuación del Notario ante la posibilidad de que una cláusula contractual que le propongan para su inserción en una escritura, cuyo contenido no sea negociable, sea abusiva, tal vez carecería de sentido un artículo jurídico sobre la cuestión: sería obvio que, una vez ingresada en nuestro Ordenamiento jurídico la figura de la cláusula abusiva por obra de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LCU), el Notario, valorando la conformidad o no conformidad de dicha cláusula con la ley, rechazaría su inserción en la escritura si la reputase abusiva, al ser la abusividad un supuesto más de ilegalidad si concurren las circunstancias de predisposición e imposición”²Art. 130 LH: “El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo”.

No obstante, hay que decir que el problema ciertamente es anterior a la Ley de 2007, pues esta consagró legalmente una doctrina que ya había adoptado la Dirección General de los Registros y del Notariado⁶, claramente formulada en su desdichada resolución de 19 de abril de 2006, que negó tan categórica como erróneamente el control de legalidad a los registradores en esta materia, sin tener en cuenta que las leyes de defensa de los consumidores merecen el mismo respeto que cualquier otra norma, y lo hizo con palmario desprecio de las normas y principios del Derecho de la Unión Europea, de la LGDCU y de la Constitución Española (art. 51). Lo expresó así:

“Segunda, debe destacarse que los supuestos preceptos invocados como causa de la nulidad de tales cláusulas, que vedarían su acceso al registro a juicio del funcionario calificador, se refieren a la normativa de defensa de consumidores y usuarios y de condiciones generales de la contratación –Ley 26/1984, de 19 de julio, y Ley 7/1998, de 13 de abril [...]

Ahora bien, y como a continuación se expondrá, el Registrador no puede erigirse en una suerte de juez que declare la nulidad de determinadas cláusulas por contravenir dicha normativa sin que previamente exista la pertinente declaración judicial de tal nulidad. [...]

Sin embargo, tal posibilidad está vedada para el Registrador por las razones que a continuación se señalan.”

En mi comentario al artículo 84 TR-LGDCU y en otros trabajos anteriores⁷, ya argumenté lo erróneo de esta doctrina, que ha favorecido la ejecución hipotecaria con cláusulas abusivas. El texto de la Directiva no puede ser más claro: las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor (art. 6). Lo que significa que no es precisa una sentencia que declare la nulidad, como ha dicho la STJUE de 4 de junio de 2009, caso Pannon, C 243/08: “El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquel haya impugnado previamente con éxito tal cláusula”. La ley LGDCU 1984, en su artículo 10.4, ya decía que las cláusulas, condiciones y estipulaciones abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas, y lo mismo el artículo 10 bis 2 de la redacción de 1998. Lo repite el artículo 83 TR-LGDCU.

Si una cláusula contractual es nula de pleno derecho y se tiene por no puesta, no debe ingresar en el Registro de la Propiedad. Su inscripción produce y ha producido gravísimos perjuicios a los deudores, pues la ejecución se produce sobre la base del título ejecutivo y los datos registrales (art. 130 LH).

⁶Antes de la Directiva de 1993, la Dirección General de los Registros y del Notariado ya mantuvo un criterio restrictivo respecto del control registral de las condiciones generales.

⁷MIQUEL, J.M., “Comentario al artículo 84 TR-LGDCU”, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, CÁMARA, S. (dir.), Madrid, 2011, p. 768-788. También en “La nulidad de las condiciones generales”, en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (coord.), 2007, p. 193-223.

Lo grave de la doctrina de esta resolución, y de las que la siguieron en el mismo sentido⁸, es que ignora: 1) que las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho con las consecuencias de este tipo de ineficacia; y 2) que las normas de protección de los consumidores son también de estricta observancia. La resolución ignoró también de manera sorprendente la función calificadora del registrador.

Con razón, dijo hace mucho tiempo De Castro: “La nulidad de pleno derecho de los actos y contratos contrarios a las leyes *significa que no es precisa declaración judicial previa y es obligación de todos los funcionarios públicos negarles su cooperación*” (Derecho Civil de España, 1949, I, p. 539). El mismo De Castro repitió años después la misma idea: “la ineficacia del negocio nulo se produce *ipso iure*, por sí misma y sin necesidad de la intervención judicial” (*El negocio jurídico*, 1971, p. 475). Si estas ideas elementales y esenciales se tuvieran en cuenta, se evitarían muchos errores. Pero desgraciadamente, se sigue diciendo por muchos y al máximo nivel institucional que los funcionarios no pueden apreciar la nulidad de las cláusulas abusivas, pues sólo los jueces pueden declarar su nulidad. El error consiste en que la nulidad de pleno derecho no necesita declaración judicial y en que los funcionarios también aplican la ley y el Derecho (art. 103.1 CE)⁹.

Afortunadamente, la Dirección General rectificó desde el 1 de octubre de 2011 la nefasta y aberrante doctrina de la resolución de 19 de abril de 2006 y de otras que la siguieron, como la resolución de 24 de julio de 2008.

Ya antes de esta rectificación, la Ley de 29 de marzo de 2009 en su artículo 18 había desautorizado afortunadamente de manera general tanto la citada doctrina de la DGRN como la de la STS de 20 de mayo de 2008 (sala 3ª). Dispone este precepto en su primera parte:

“1. En su condición de funcionarios públicos y derivado de su *deber genérico de control de legalidad* de los actos y negocios que autorizan, los Notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley. Del mismo modo, los Registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley.”

⁸Especialmente censurable es la resolución de 24 de julio 2008, que repite errónea e imprudentemente que el control de legalidad que incumbe al registrador es “un claro entrometimiento en el ámbito del control judicial, pues el Registrador no puede hacer ese tipo de pronunciamientos, que sólo competen a un Juez”.

⁹No comprendo tampoco cómo Clavería sostiene que se trata de una nulidad “retardada”, cuando tanto la Directiva como el art. 83 TR dejan bien claro que se trata de nulidad de pleno derecho y las cláusulas abusivas “se tienen por no puestas”. El TJUE ha dejado muy claro que las cláusulas abusivas no vinculan al consumidor y que para ello no es necesaria una decisión judicial.

El artículo 84 TR es muy desafortunado y perturbador, porque propicia interpretaciones erróneas y, sobre todo, se basa en una idea disparatada como es dar algún valor a la inscripción de una sentencia en un registro. Estoy de acuerdo con Clavería en que el Registro de Condiciones Generales se debe suprimir, pero discrepo en la interpretación que hace del art. 84 TR. No comprendo que le dé valor a una interpretación a contrario del art. 84 que choca frontalmente con otros preceptos. Menos aun entiendo que invente un nuevo concepto de nulidad –“nulidad retardada”– que carece de toda base normativa. *Ex falso quodlibet sequitur*.

No obstante, este artículo en su número 2, b, 3º se remite al desafortunado artículo 84 TR:

“El Notario advertirá [...]: 3º [...] En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes, salvo que resultara de aplicación lo dispuesto en el artículo 84 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, en cuyo caso procederá conforme lo indicado en dicho precepto.”

Esta remisión al artículo 84 TR parece poco adecuada, pues no puede entenderse que el control de legalidad que el mismo artículo 18 de esta Ley 2/2009 reconoce a notarios y registradores desaparezca o se limite por el artículo 84 TR cuando se trata de la protección de consumidores. Como se ha observado, además el artículo 1 de la propia Ley impone la aplicación de la norma más favorable a los consumidores.

En mi opinión, esta Ley, a pesar de esa específica remisión al artículo 84 TR y “a otras Leyes complementarias”, desautoriza claramente la interpretación de los artículos 10.6 LGDCU (hoy 84 TR) y 258.2 LH efectuada por la DGRN (especialmente por la R. 19/4/2006 y otras que la siguen) y alguna doctrina, que parte de la errónea idea de que una nulidad de pleno derecho, como es la establecida por los artículos 8 LCGC y 83.1 TR, sólo puede ser apreciada por los jueces y queda fuera del control de legalidad de los registradores. Esta Ley, como hemos visto, también desautoriza la errónea doctrina de la STS de 28 de mayo de 2008 (sala 3ª) sobre el control notarial de legalidad.

Especialmente lúcida es la SAP Tarragona de 2011 que revocó la citada resolución de 24 de julio de 2008. Con razón afirmó esta sentencia: “resulta evidente que el párrafo segundo del artículo 12 de la L.H. no puede determinar la exclusión de la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado si las mismas poseen trascendencia real, pues su inscripción en el Registro de la Propiedad determina su integración en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, gozando de la presunción de validez y exactitud de los asientos del registro, por lo que han de ser calificadas por quien dota al asiento de tal presunción”. Consideró también que para el acceso al Registro de “cláusulas que van a participar de los efectos legitimadores y de fe pública, resulta imprescindible que se actúen los filtros de legalidad sancionados por el legislador”. Esta doctrina incontestable ha sido ratificada por la STS de 13 de septiembre de 2013 del Pleno, que merece una crítica muy favorable.¹⁰

¹⁰Dice esta sentencia: “Sin embargo, es lo cierto que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, por más que merezca la consideración de básico sobre la materia, no es el único a ella referido. Así, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, tras destacar, en el artículo 2, que los derechos reconocidos por ella a los consumidores que contraten las actividades incluidas en su ámbito de aplicación son irrenunciables y que son nulos la renuncia previa a tales derechos y los actos realizados en fraude de Ley, proclama, en el artículo 18, con ocasión de referirse a los deberes de los notarios y registradores, que estos últimos denegarán la inscripción de las escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en la propia Ley. Así también los apartados 1 de los artículos 552 y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto regulan el tratamiento de las cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución. En general, las normas de protección de los consumidores y las exigencias

III. El desgraciado artículo 84 TR–LGDCU (antiguo 10.6 LGDCU)

La ignorancia de las consecuencias de la nulidad de pleno derecho también dio lugar al desgraciado artículo 84 TR-LGDCU (antiguo 10.6 LGDCU).

Artículo 84. “Autorización e inscripción de cláusulas declaradas abusivas.

Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.”

Este precepto es nefasto si se lee a contrario, pues esa lectura es disparatada, porque no sólo las cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación deben ser excluidas de las escrituras públicas y de los asientos del Registro de la Propiedad, sino todas las que sean nulas.

Lo único que dice este artículo, rectamente interpretado, es que las cláusulas declaradas nulas por sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación¹¹ no deben ser autorizadas por el notario y tampoco deben ser inscritas por el registrador. No dice nada de las demás cláusulas abusivas, como obviamente tampoco de las demás cláusulas nulas de pleno derecho por vulnerar los límites generales de la autonomía privada (art. 1255). Es desatinado distinguir, a estos efectos, entre la nulidad de pleno derecho derivada de normas protectoras de consumidores y la nulidad de pleno derecho derivada de otras normas.

El argumento *a contrario sensu*, como ha señalado García Amado¹², para ofrecer una conclusión lógicamente correcta, ha de apoyarse en una norma cuya estructura sea la del doble condicional “si y sólo si”. Además, el argumento a contrario es tributario de la previa interpretación, pero no interpretativo por sí mismo. Ninguna de estas

de su interpretación conforme a la legislación europea, contienen una llamada al referido elemento sistemático de interpretación. Finalmente, no hay que olvidar las consecuencias que se derivan de los que nuestra doctrina ha venido denominando actos nulos *apud acta*, las cuales se imponen de una manera inmediata; entre ellas, la de mandar que los funcionarios se nieguen a prestar su colaboración profesional a los títulos jurídicos que sean evidentemente nulos. Sucede que esta es la doctrina seguida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, claramente en resoluciones posteriores a la que motivó el recurso de casación, como la de 16 de agosto de 2011, que trata la cuestión en sus términos adecuados, a los que, en lo menester, nos remitimos”.

¹¹La expresión Condiciones Generales de la Contratación, que es la usada por la Ley de 1998, parece responder más a una concepción normativa de las condiciones generales de los contratos, que a una contractual, que, en cambio, es la seguida por la Ley y por la generalidad de la doctrina.

¹²GARCÍA AMADO, J.A., “Sobre el argumento a contrario en la aplicación del Derecho”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 24, 2001, p. 85-114.

condiciones se da en nuestro caso. Ni el texto está formulado literalmente en el sentido de un doble condicional, ni su interpretación por los medios ordinarios conduce a suponer que solamente puedan ser calificadas como nulas las condiciones generales cuya nulidad haya sido declarada por una sentencia inscrita en el desafortunado Registro de Condiciones Generales.

Se debe entender, por el contrario, que la finalidad del artículo 84 TR se limita a dar cierta seguridad a los funcionarios que tienen que ejercer un control de legalidad, pues sólo quiere decir que podrán calificar de abusivas esas cláusulas sin temor a equivocarse, pero su control de legalidad no se limita a ellas. Me parece muy importante afirmar y sostener claramente que la dificultad no delimita la competencia. Esta afirmación tan obvia no debería olvidarse. El control de legalidad de notarios y registradores no se limita a los casos fáciles de aplicación de normas imperativas notorias y de interpretación sencilla, sino que comprende todas las normas, usen o no conceptos indeterminados. La aplicación del Derecho no está reservada a los jueces, corresponde a todos los funcionarios dentro de los límites de su competencia y con los efectos propios de ella cualquiera que sea el grado de dificultad de las normas aplicables.

La exposición de motivos de la LCGC ha contribuido, junto a los debates parlamentarios, a esa nefasta e inaceptable interpretación *a contrario sensu* del artículo 84 TR, cuando en su apartado IV dice: “La Ley parte de que el control de la validez de las cláusulas generales tan sólo corresponde a Jueces y Tribunales, sin perjuicio de la publicidad registral de las resoluciones judiciales relativas a aquéllas a través del Registro regulado en el capítulo III y del deber de colaboración de los profesionales ejercientes de funciones públicas”.

Ahora bien, este texto está situado en el apartado IV de la exposición de motivos, no en el preámbulo de dicha exposición como dice la RDGRN de 19 de abril de 2006. Hago esta precisión porque es importante la situación del citado texto en el apartado IV de la exposición de motivos de la Ley, pues ahí es donde trata del llamado control abstracto de las condiciones generales. En ese contexto la idea es exacta, porque, en efecto, ese control abstracto corresponde solamente a los tribunales, a diferencia de lo que sucede en otros países (Reino Unido, Francia) en los que existe un control administrativo general. Extraer esa frase de este contexto ocasiona una lectura contradictoria con los preceptos que establecen la nulidad de pleno derecho (artículos 8 LCGC y 10 bis LGDCU y actual 83.1 TR-LGDCU), el principio de legalidad (artículos 9 y 103.1 CE y 18 LH), el artículo 6 de la Directiva y la jurisprudencia del TJUE.

Además, el texto citado también alude al “deber de colaboración de los profesionales ejercientes de funciones públicas”. Aunque esta frase deje en la ambigüedad la naturaleza de esa colaboración, es razonable referirla a las funciones que corresponden a notarios y registradores con arreglo a las leyes.

El artículo 84 es desafortunado también, aunque no se lea a contrario, porque no tiene en cuenta que la eficacia de una sentencia viene delimitada por la fuerza de la cosa juzgada. Una sentencia no es más que un acto de aplicación de la ley y carece de fuerza normativa general. Los funcionarios públicos no están sometidos a la doctrina de una sentencia, porque las sentencias no establecen ni pueden establecer

normas de carácter general. Por otra parte, es ridículo pretender que una sentencia posea mayor eficacia por su inscripción en un registro. Lo único que podría añadir la inscripción en un registro sería una carga específica de conocimiento de la sentencia a efectos de la responsabilidad de los funcionarios que debieran conocerla. Mas ni siquiera esto parece razonable, porque las sentencias no hacen pronunciamientos vinculantes fuera de los límites de eficacia de la cosa juzgada. En cualquier caso, hay que notar que este precepto no se refiere a la doctrina reiterada de las sentencias del Tribunal Supremo, que son las que pueden dar lugar a jurisprudencia en el sentido del artículo 1.6 CC.

Este precepto, que corresponde al artículo 10.6 LGDCU, es uno de los más desafortunados de los que la Ley de 13 de abril de 1998 introdujo en la LGDCU. Debía haber sido derogado por la reciente Ley de protección de los deudores hipotecarios, pues en esa improcedente lectura a contrario se justifica en cierta medida la ausencia de control de legalidad del título ejecutivo en esta materia.

El proyecto de la Ley de 1998 no contenía esta norma, a la que se llegó después de un debate parlamentario revelador de los errores de algunos parlamentarios sobre la función calificador del registrador y sobre el alcance de la nulidad de pleno derecho, que la Ley establece para las llamadas cláusulas abusivas.

El texto del proyecto no era censurable cuando disponía que los registradores calificasen el carácter abusivo de las cláusulas que afectaran a la eficacia real de los derechos inscritos. Las cláusulas abusivas son nulas y, por tanto, no deben ingresar en el Registro. No se debió sustituir este texto por el del artículo 10.6 LGDCU, actual 84 TR.

La crítica a las excesivas funciones que el proyecto atribuía al registrador fue más allá de lo necesario. Además incurrió en el desconocimiento de las que la legislación vigente (artículo 18 LH), con toda razón, le atribuía y atribuye.

Ahora bien, en rigor, no era necesario un artículo en la LGDCU que repitiera el artículo 18 LH, como el que contenía el proyecto inicial¹³. Este defecto de técnica legislativa ha tenido malas consecuencias.

El informe del Consejo de Estado (Dictámenes. Número de expediente: 3194/1997) tampoco atinó cuando consideró que la calificación registral del carácter abusivo de las condiciones generales podía suponer, en los casos dudosos, un ataque a la libertad contractual de las partes y a la tutela judicial de los derechos.

El alto organismo consultivo no tuvo en cuenta que la contratación por medio de condiciones generales es un procedimiento que provoca un enorme déficit de libertad contractual para el consumidor. La imposición del contenido contractual por medio de condiciones generales o cláusulas predispuestas no es conciliable con la verdadera libertad contractual del consumidor. Los contenidos contractuales impuestos en con-

¹³En este sentido acertadamente, ALBIEZ DOHRMANN, K.J., "La Ley 7/1998, de 13 de abril, ¿excluye el control registral de las cláusulas abusivas?", en *RdPat.* 8, 2002, p. 69-104.

diciones generales no se pueden legitimar sólo por una ficción de libertad contractual de ambas partes, que, en gran medida, es realmente inexistente referida al consumidor, sino sólo por superar un específico control de legalidad, además del control de incorporación. Por eso, el control de legalidad de las condiciones generales no ataca a la verdadera libertad contractual. Como Basedow ha dicho con razón, el control de legalidad del contenido es el reverso de la pretensión de una de las partes contratantes de ostentar el poder de configuración unilateral del contrato¹⁴.

Tampoco cabe argüir, como hizo el Consejo de Estado, que la calificación registral podría poner en peligro la tutela judicial de derechos, porque la calificación registral en ningún caso cierra el acceso a los tribunales. Si hablamos de la tutela judicial de derechos, la cuestión consiste en si debe ser el consumidor o el empresario quien tenga la carga de acudir a los tribunales. La nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas y el principio constitucional y europeo de protección de los consumidores dan clara respuesta a esta cuestión: las cláusulas abusivas no vinculan al consumidor y para ello no es necesaria una declaración judicial. En cambio, siguiendo la opinión del Consejo de Estado, si la cláusula abusiva ingresa en el Registro, será el consumidor quien, en su momento y en su caso, tenga que recurrir a los tribunales, cosa que difícilmente hará. Las consecuencias de esta doctrina en el caso de la ejecución hipotecaria de viviendas han sido nefastas.

Como ya se ha dicho, el TJUE ha sentado claramente que la nulidad de las cláusulas abusivas no requiere una sentencia judicial que la declare. Las cláusulas abusivas no vinculan al consumidor y para ello no se requiere una declaración judicial.

Si la calificación registral es desfavorable, la consecuencia debería ser la inscripción conforme al título presentado, pero sin la cláusula nula. No debe aceptarse que no se inscriba el derecho por retirada del título, porque lo procedente es que recurra el empresario, bien para sostener la inscribibilidad de la cláusula, bien para sostener la nulidad total del contrato correspondiente. La inscripción de la cláusula nula es contraria a la legalidad y además perjudica notablemente al consumidor, pues le impone o acudir a los tribunales, lo que difícilmente hará, o aceptar la cláusula abusiva, que es lo que precisamente la Ley no quiere.

El principio constitucional (artículo 51 CE) y de la Unión Europea de protección de los consumidores mereció en ese dictamen del Consejo de Estado menos consideración que la libertad contractual de los empresarios para imponer contenidos contractuales y, eventualmente, cláusulas abusivas. En caso de duda, se protegería el acceso al Registro de los contenidos contractuales impuestos, porque así, se dijo, se protege la libertad contractual del empresario, en vez de proteger al consumidor. Equivocarse en favor de los empresarios es preferible, según esta filosofía o ideología, a equivocarse en favor de los consumidores. También, en caso de duda, el Consejo de Estado entendió “sesudamente” que fueran los consumidores los que acudiesen a los tribunales, porque en otro caso se pondría en peligro la tutela judicial de los derechos de los empresarios.

¹⁴BASEDOW, J., “Kommentar zum § 306 BGB”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Múnich, 2003, p. 1065 y ss.

Esta doctrina es contraria, como ya se ha dicho, a la Ley (art. 83 TR-LGDCU y 18 LH), al artículo 51 CE y al Derecho de la Unión Europea, y por tanto, no debe prevalecer.

El nuevo artículo 129 LH, que ha sido reformado por la Ley 1/2013 de protección de los deudores hipotecarios, parte de que el notario puede advertir la existencia de cláusulas abusivas en el momento de la ejecución extrajudicial. Sería más eficaz que las apreciara a la hora de autorizar el título y que, como es de rigor, controlara su legalidad denegando su inclusión en la escritura. Carece de buen sentido que el notario advierta la existencia de cláusulas abusivas a la hora de la ejecución hipotecaria y, en cambio, no se le permita controlar la legalidad *ex ante* de los títulos ejecutivos que autorice¹⁵. Podría suceder que un notario apreciara la existencia de cláusulas abusivas y advirtiera al deudor para que demande la nulidad a fin de que se pueda paralizar una ejecución (nuevo art. 129 LH) que se apoyara en un título autorizado por él mismo. Es preferible obviamente un control de legalidad preventivo para evitar este resultado.

No obstante, esta solución ideal encuentra un grave inconveniente en la actitud de las partes. El adherente puede hacer caso omiso a la advertencia del notario por desear cerrar el negocio sin dilación. Ante una decisión del notario de no incluir cierta cláusula, el predisponente puede negarse a otorgar el documento. Son necesarias reglas claras y terminantes que proscriban la inclusión de cláusulas nulas en el documento notarial, pero el predisponente siempre se podrá negar a la documentación y se producirá la situación de todo o nada, que es la que la Ley no quiere, pues la nulidad de las cláusulas abusivas sólo determina la nulidad parcial del contrato (art. 83TR-LGDCU). Al adherente, aunque antes de la documentación ya se hubiera perfeccionado el contrato, por la aceptación de una oferta vinculante, solamente le queda el recurso a la vía judicial para exigir la documentación (art. 1279 y 1862 CC), vía que difícilmente emprenderá.

La sala tercera del Tribunal Supremo ha cooperado también a provocar esta insensata situación de ausencia de control preventivo de legalidad, cuando en su sentencia de 20 de mayo de 2008 anuló, entre otros preceptos, parte del artículo 145 del Reglamento notarial, invocando, entre otras razones, la trascendencia que tiene para los particulares la denegación de la autorización del documento por parte del notario.

No supo ver el Tribunal Supremo la gravedad de la autorización de un documento público con contenido ilegal, pues la escritura pública está dotada de fe pública y fuerza ejecutiva. Desde su parcial visión, el Tribunal Supremo afirmó:

¹⁵El nuevo artículo 129.2. f) dispone: "Cuando el Notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento de deudor, acreedor y en su caso, avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos.

En todo caso, el Notario suspenderá la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales.

La cuestión sobre dicho carácter abusivo se sustanciará por los trámites y con los efectos previstos para la causa de oposición regulada en el apartado 4 del artículo 695.1 de Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una vez sustanciada la cuestión, y siempre que no se trate de una cláusula abusiva que constituya el fundamento de la ejecución, el Notario podrá proseguir la venta extrajudicial a requerimiento del acreedor."

“A tal efecto lo primero que debe significarse es la trascendencia que la denegación puede tener para los derechos y titularidades jurídicas de carácter patrimonial de los interesados, privándoles de la forma de documentación pública (arts. 1278 y 1279 CC) y la correspondiente garantía y eficacia que de ello deriva (art. 1218 CC) y posibilidades de negociación que tal garantía facilita, así como de la subsiguiente protección registral, si quiera sea provisional y temporal, que proporciona el acceso al registro a través del correspondiente asiento de presentación, comenzando por la posible subsanación y con los consiguientes efectos derivados de tal prioridad (arts. 17, 18, 24, 25, 32 LH; arts. 1473 párrafo segundo, 1526, párrafo segundo del CC, entre otros), por citar los aspectos más destacados.

Tales efectos se proyectan sobre el derecho de propiedad, comprometido en gran parte de los actos o negocios jurídicos en cuestión, afectando a su adquisición, conservación y eficacia, materia que por lo tanto ha de entenderse sujeta a reserva de ley según resulta del artículo 33.2 de la Constitución, en relación con el artículo 53.1 de la misma, en cuando incide en aspectos sustanciales del ejercicio y alcance del derecho.”

La sentencia erróneamente atendió sólo a las consecuencias de la falta de documentación, sin ver que es gravísimo documentar en escritura pública un contenido ilegal, puesto que, insisto, la escritura pública goza de fe pública y de fuerza ejecutiva. Asombra además el desconocimiento, por parte del Tribunal, del principio de legalidad al que está sometida toda la actividad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias.

Notarios y registradores, en cuanto son funcionarios públicos, están sometidos al principio de legalidad. Conforme a este principio, la Administración está sometida plenamente a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), lo cual, se ha dicho, tiene un doble significado: a) El sometimiento de la acción administrativa a todo el sistema normativo; y b) La plena juridicidad de la acción administrativa. El Derecho es un parámetro de toda la actuación administrativa.

Aunque los notarios y los registradores sean funcionarios con características muy especiales y su función no sea “administrativa”, ni los notarios pueden poner la fe pública al servicio de cláusulas nulas, ni los registradores pueden permitir su acceso al Registro. Ambos son titulares de una función pública que los obliga, en su ejercicio, al respeto de la ley.

Del principio de legalidad aplicado al Registro de la Propiedad y a la función notarial no debería hacerse ninguna excepción cuando se trata de la protección de los consumidores, cosa que se olvida al interpretar *a contrario sensu* este artículo y el artículo 258.2 LH.

Es lamentable que esta doctrina errónea haya facilitado la ejecución de hipotecas con cláusulas abusivas. La Ley del Notariado (artículos 2.17 bis, 24) prestaba además suficiente cobertura al reglamento para respetar la reserva de ley.

IV. Libertad contractual y condiciones generales de los contratos

Los problemas que originan las condiciones generales de los contratos han merecido la atención de los legisladores especialmente en el último cuarto del siglo pasado. En España, aunque ya antes de la Directiva europea de 1993 la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 trató de las condiciones generales en los contratos entre empresarios y consumidores, puede decirse que existe todavía una incompreensión bastante extendida en la práctica sobre los problemas que origina el procedimiento que establece la regla contractual mediante condiciones generales¹⁶.

La protección de los consumidores y usuarios frente a los contratos con condiciones generales no ha calado del todo en la cultura jurídica española a todos los niveles: legislativo, judicial, institucional y doctrinal. Es verdad que existe un sentimiento generalizado sobre la necesidad de protección de los consumidores ante las condiciones generales, pero es necesaria una mejor formación de los juristas en esta materia, pues ideas básicas son frecuentemente ignoradas. Ojalá las malas experiencias de estos últimos tiempos estimulen la mejora de esa formación.

El control de las cláusulas abusivas no basta por sí solo para resolver los problemas de los deudores que no alcanzan a cumplir sus obligaciones y se ven privados de su vivienda, pero los puede mitigar notablemente. La justicia y la ley exigen que los acreedores no exploten ilegalmente a los deudores y, sin embargo, los explotan mediante condiciones generales de los contratos y prácticas abusivas sin que lo impidan siempre quienes tienen competencia para aplicar la ley.

Es muestra de esta desprotección, por ejemplo, que para justificar la injusticia y la ilegalidad se apele a la seguridad jurídica, como ha hecho la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 —en su marginal 287— al declarar que la nulidad de ciertas cláusulas suelo no tiene efectos retroactivos¹⁷. Así, quienes cobraron ilegal-

¹⁶No ignoro los primeros e importantes trabajos de muchos autores sobre las condiciones generales de los contratos, algunos excelentes. Sin embargo, no han sido tenidos en cuenta, en general como se merecen, en la práctica de los tribunales y por el legislador. Son merecedores de especial mención, entre otros, los trabajos de DE CASTRO, F., "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", en ADC, 1961, p. 295-342, y su polémica con Garrigues, también en "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", ADC, 1982, p. 987-1086; de SÁNCHEZ ANDRÉS, A., "El control de las condiciones generales en Derecho comparado: panorama legislativo", RDM, nº 157-158, 1980, p. 385-436; y ALFARO, J., *Las condiciones generales de los contratos*, Madrid 1991.

¹⁷"287. No obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho —entre ellos, de forma destacada, la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)—, como lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que «las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes»."

mente retendrán lo indebidamente percibido. Me ocupo más adelante en este mismo trabajo de esta sentencia.

La palabra “abusiva” no es afortunada, porque centra su fuerza de significación en el contenido de la cláusula contractual, y oculta que la nulidad de las llamadas cláusulas abusivas no depende solamente de su contenido, sino además y de modo esencial, del procedimiento por el que se establece la regla contractual y de la cualidad de empresario y consumidor de los contratantes. Esta precisión es fundamental, porque unos mismos contenidos contractuales en condiciones generales o cláusulas predispuestas son válidos entre empresarios y nulos en contratos entre empresarios y consumidores. También una misma cláusula puede ser válida si ha sido negociada individualmente entre empresario y consumidor y nula si se contiene en condiciones generales o ha sido predispuesta por el empresario. La palabra abusiva no da cuenta de la importancia de estos factores y da lugar a que se interprete más laxa e indebidamente el control que la ley efectúa. No se trata de un control excepcional y sólo por razón del contenido inícuo de la cláusula, sino de un control que toma en cuenta un procedimiento contractual típicamente desequilibrador de derechos y obligaciones de las partes respecto del que existiría si la cláusula no existiera.

En efecto, cuando la ley considera nulas las llamadas cláusulas abusivas no lo hace sólo por su contenido, sino por el procedimiento contractual y la condición de los contratantes. Se trata de un control específico de validez que efectúa la ley por razón del procedimiento empleado al establecer los derechos y obligaciones de las partes y por razón de las personas de los contratantes. Este control es más riguroso que el general. El control general de validez de los contenidos contractuales se efectúa por medio de las leyes imperativas, la moral y el orden público (art. 1255). En el control de las llamadas cláusulas abusivas tienen importancia decisiva el derecho dispositivo y la buena fe.

Ese específico control de validez se debe a que las condiciones generales o cláusulas predispuestas por el empresario son *impuestas* al consumidor, como la misma Ley dice¹⁸. La “imposición” es presupuesto de un régimen jurídico específico, que establece un control de validez diferente del general para los contenidos impuestos en condiciones generales.

Si algo se “impone” por una parte contratante a la otra, parece claro que su obligatoriedad no se puede justificar por ser un acto de autonomía privada, o al menos, un acto de autonomía privada igual a aquellos en que no exista imposición. Supuesto que los empresarios no tienen una potestad creadora de normas, y supuesto que las condiciones generales se “imponen” como la Ley dice y la doctrina repite, ese contenido contractual debe merecer un tratamiento diverso del general aplicable a los otros contenidos contractuales. ¿Por qué obligan entonces las condiciones generales? Esta pregunta, lejos de estar fuera de lugar, como alguno cree, es esencial.

¹⁸ “Art. 1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea *impuesta* por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.”

La libertad contractual es uno de los valores fundamentales de una economía de mercado liberal, pero puede concebirse de manera muy diferente según se entienda en sentido formal o en sentido material.

Quienes la conciben desligada de los valores materiales encarnados en el libre desarrollo de la personalidad no otorgan demasiada importancia al procedimiento contractual a través del que se ejerce. Se utiliza entonces el concepto de autonomía de la voluntad como un concepto casi vacío que se aplica *tout court* a figuras tan dispares como el testamento, la letra de cambio, los contratos que son objeto de detenidas negociaciones, y las condiciones generales de los contratos entre empresarios y consumidores. Todos estos actos y contratos producen efectos jurídicos, se dice, por haber sido queridos. El control de las llamadas cláusulas abusivas aparece entonces como algo excepcional determinado por el contenido de la concreta estipulación. Algunos planteamientos de este signo parten de una concepción de la autonomía privada meramente formal, propia más bien del siglo XIX, para someterla después de manera excepcional a un intervencionismo característico de ciertas épocas del siglo XX.

Las condiciones generales ponen de manifiesto, si se analizan a fondo como fenómeno social, gravísimas objeciones a la teoría liberal de los contratos, porque su admisión trae consigo imposiciones del contenido contractual que son inconciliables con la verdadera libertad contractual. Se trata de una grave contradicción que ha de ser destruida mediante un específico control de contenido y la explicación de las condiciones generales como contenidos contractuales diversos.

Para la coherencia de la doctrina liberal de los contratos, los contratos con condiciones generales han de ser segregados de los contratos en general y tratados en alguna medida de manera diferenciada. Solamente desde posiciones ultraliberales, puede desconocerse la necesidad de un control de contenido de las condiciones generales diferenciado del aplicable al resto de los contenidos contractuales.

Desde una perspectiva intervencionista, un control de contenido muchas veces se considera normal y no se plantea, al menos de modo tan imperioso, la necesidad de fundamentarlo y diferenciarlo de los generales. Mas la aplicación del control específico al que se someten las condiciones generales y cláusulas predispuestas exige establecer esa diferencia para su debida concreción. No es indiferente partir de unas u otras ideas a la hora de determinar el control de contenido de las condiciones generales y cláusulas predispuestas. Un ejemplo muy relevante puede encontrarse en la ya superada reticencia jurisprudencial a estimar la nulidad de las condiciones generales de sumisión expresa. A pesar de contar en la LGDCU con la cláusula general de la buena fe desde 1984, los tribunales no declararon la nulidad de dicha sumisión hasta que apareció la Directiva. Las diversas sentencias que declararon su validez se enfrentaron con la cuestión desde gélidos planteamientos contractualistas desde los cuales era difícil declarar su nulidad. Esta jurisprudencia es un ejemplo de que el descuido de las cuestiones básicas acarrea malos resultados. El control de contenido depende en gran medida de ellas y más aún cuando se trata de concretar la cláusula general de la buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones, que no es un elemento decorativo y meramente retórico, sino herramienta fundamental para obtener una finalidad de política legislativa definida constitucionalmente (art. 51 CE).

Libertad para vincularse e igualdad ante las reglas jurídicas están seriamente afectadas por un procedimiento contractual que establece el contenido mediante condiciones generales o cláusulas predispuestas, más aún cuando se trata de contratos con consumidores.

Por otra parte, la sociedad moderna de consumo exige imperiosamente la protección de la confianza del consumidor. Este no puede determinar el contenido contractual y como no tiene posibilidades de elegir, porque la selección de condiciones generales entre las de los diversos competidores es prácticamente imposible por ineficiente, solamente le quedaría como alternativa abstenerse de contratar. Esta alternativa es inaceptable, porque al ciudadano ha de ofrecérsele la posibilidad de realizar contratos sin someterse a la voluntad de la otra parte. Además, contratar o no contratar no sólo interesa al consumidor, sino a una sociedad en la que el consumo es pieza clave de la economía.

La renuncia a contratar no puede ser una alternativa aceptable, porque desde un punto de vista de protección de la libertad individual, el ordenamiento jurídico debe garantizar el desenvolvimiento de una actividad contractual en condiciones adecuadas, y porque la sociedad de consumo no puede admitir que la renuncia a contratar sea una opción generalizada.

De la misma manera que se ha dicho que la transformación del Derecho de la competencia desleal procede de la idea de la protección de los consumidores, puede decirse que el control de las condiciones generales en beneficio de los consumidores es un problema relacionado con la ausencia de competencia entre los empresarios en lo que se refiere al contenido contractual establecido mediante ellas. También se ha dicho, con razón, que hoy la libertad y la justicia contractuales sólo pueden ser concebidas bajo referencia constante a los efectos de la competencia.

Esto tiene importancia, como se puede comprender fácilmente, porque el control de las condiciones generales y cláusulas predispuestas depende, para unos, de los límites de la autonomía privada, y para otros, además y sobre todo, de la naturaleza del procedimiento por el que se establece la regla contractual. En nuestro Derecho, además depende de la condición de profesional y consumidor de las partes. Algunas sentencias, al controlar las condiciones generales, todavía fundan sus decisiones en la voluntad del adherente sin tener en cuenta la peculiaridad de un procedimiento contractual en el que disminuye la relevancia de esa voluntad en lo relativo al contenido predispuesto. Así por ejemplo, la importante sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, en su fundamento séptimo, apela a la libertad contractual del consumidor para considerar válida una condición general que, al alterar las reglas de la compensación de los artículos 1196 y siguientes, le privaba de los derechos que le confieren normas dispositivas, y es, por tanto, nula conforme al artículo 86 del TR-LGDCU.

A lo largo del siglo XX se han producido profundos cambios y se han manifestado ideologías muy diversas que se reflejan en las doctrinas sobre el contrato, pero si algo parece claro hoy es que ya no se puede hablar ni de crisis o muerte del contrato (Gilmore, *The Death of Contract*, 1974) ni del predominio de una ideología intervencionista, sino más bien del retorno de las doctrinas liberales, aunque en un contexto

muy diferente y, por tanto, con significado y alcance distintos a los que tuvieran inicialmente. El libro de Atiyah *Rise and Fall of Freedom of Contract*, 1980, según reconoce el mismo autor, se cierra cuando comienza un resurgimiento de las doctrinas liberales de la mano de la que llama “nueva derecha”, a partir de la llegada al poder de M. Thatcher en 1979 (v. Atiyah, “Freedom of Contract and the New Right”, en *Essays on Contract*, Oxford 1990, p. 355 y ss.).

Cuando se parte de una concepción del negocio jurídico que disminuye la importancia de la voluntad, el centro de gravedad del control se desplaza hacia el contenido y se desdibuja la importancia del procedimiento contractual. Si lo que importa es el contenido de la cláusula, entonces no aparece claro por qué no se somete también al mismo control a las cláusulas negociadas.

Las concepciones que dan por supuesta la obligatoriedad de las condiciones generales, como algo absolutamente natural, sin separar esta cuestión de la obligatoriedad del contrato, olvidan que la justicia contractual es en gran medida una cuestión de procedimiento. Canaris¹⁹, desde un punto de vista sustancial de la libertad contractual, se refiere al carácter fundamentalmente “procedimental” (*prozedural*) de la justicia conmutativa en el actual Derecho contractual: “[...] aa) En un Ordenamiento jurídico en el que el principio de la libertad contractual sea uno de sus valores centrales, el criterio más importante para garantizar la justicia conmutativa consiste en la voluntariedad del vínculo contraído por las partes. Esto es coherente con la máxima *volenti non fit iniuria*, que expresa una idea fundamental de la justicia, en cuanto respeta la autonomía de la persona y su dignidad. Según esto no se atiende a una cierta corrección sustancial o del contenido. Consecuentemente no se plantea, en contra de una tradición centenaria, el famoso y muy tratado problema del justo precio. Subyace a este tipo de justicia el principio de equivalencia formal o subjetiva, según el que el Ordenamiento jurídico reconoce como contraprestación justa la que las partes hayan acordado. Aparte de ello, no es necesaria ni siquiera una contraprestación, como muestra el ejemplo de la donación. Este ejemplo prueba de manera especialmente convincente que el juicio acerca de la justicia del acuerdo se ha de construir ante todo sobre la voluntariedad de la celebración del contrato y no sobre cualquier clase de corrección del contenido. Pues si la donación verdaderamente se ha efectuado libremente, sería completamente absurdo considerarla «injusta», porque el donante no obtiene ninguna contraprestación. bb) En consecuencia, entonces ha de ser ciertamente una tarea central del Derecho contractual, asegurar la voluntariedad de la perfección del contrato”.

Algunas posiciones doctrinales, por el contrario, se atienen a una concepción meramente formal de la autonomía privada, sin asegurarse de la plena voluntariedad del acuerdo, y después dan importancia —erróneamente— a la equivalencia de las prestaciones, sin tener en cuenta, además, que el equilibrio que se persigue es de derechos y obligaciones (art. 82 TR-LGDCU). Pero hay que partir de otros presupuestos, porque es injusto un contenido contractual establecido con engaño o intimidación, aunque no exista lesión (art. 1300 Código Civil), mas no contravienen la justicia conmutativa ni una donación ni una venta con precio inferior al de mercado por diversas razones como amistad, parentesco o conveniencia.

¹⁹ *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, Múnich 1997, p. 46 y ss.

No se debe marginar la importancia de la voluntad en los contratos en una economía de mercado, que es la que ahora prevalece. Si se justifica un control de contenido de las condiciones generales y cláusulas predispuestas es por establecerse la regla contractual por un procedimiento en el que típicamente la voluntad del adherente no tiene ningún protagonismo y, por tanto, por un déficit de libertad contractual. No debe perderse de vista que es presupuesto de aplicación de la cláusula general de la buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones que las estipulaciones no hayan sido negociadas individualmente. También depende de este presupuesto la aplicación de las listas que se contienen en los artículos 85 a 90 del TR-LGDCU, en la medida en que no contengan normas imperativas de aplicación general.

De otra parte, es llamativo, como ya hemos dicho, que nadie, incluso la misma Ley, se recate de hablar de imposición de las condiciones generales. La insensibilidad de algunas sentencias para distinguir el control de los contenidos contractuales impuestos de los demás controles solamente se explica por aceptar una idea meramente formal de la autonomía privada.

En cualquier caso, las condiciones generales o cláusulas predispuestas no tienen fuerza de ley entre las partes, como para los contratos en general dice el artículo 1091, por la mera adhesión, si no superan un control al que no están sometidos otros contenidos contractuales.

Aunque se ha discutido mucho sobre la naturaleza contractual de las condiciones generales, no puede discutirse que sean contractuales en el sentido de que pretendan regular un contrato y por ello ser regla contractual. Pero la regla contractual procede de fuentes distintas y, cuando no procede de la voluntad de ambos contratantes, debe proceder de una fuente que tenga eficacia normativa. Si, como en frase célebre ya puso de manifiesto Durkheim, en los contratos hay muchos elementos no contractuales (“car tout n’est pas contractuel dans le contrat”), se puede decir que la vigencia de las condiciones generales no se legitima solamente por el consentimiento contractual, sino por su conformidad con un equilibrio que no se exige a las reglas contractuales que proceden de la voluntad de ambas partes. “Les seuls engagements que méritent ce nom (contractuel) sont ceux qui ont été voulus par les individus et qui n’ont pas d’autre origine que cette libre volonté. Inversement, toute obligation qui n’a pas été mutuellement consentie n’a rien de contractuel”²⁰. Las condiciones generales son contractuales, sin duda, si llegan a ser regla contractual, pero para ello deben cumplir requisitos de validez extraños a otros contratos, si es que se las somete, como en el TR-LGDCU, a un control de contenido específico. Ese control se justifica precisamente por haber sido consentidas de manera diferente y entre sujetos determinados (predisponente profesional y adherente consumidor).

No cabe decir: la voluntad no importa, el adherente las ha consentido mejor o peor, por eso las condiciones generales son vinculantes para él. Si las ha consentido peor que otros contenidos contractuales, o si su voluntad no importa en cuanto a esas cláusulas, eso introduce justamente la razón de un control de contenido más intenso que el general, porque la justicia contractual es una cuestión en gran medida de procedimiento y en ese procedimiento la voluntad es esencial.

²⁰DURKHEIM, E., *De la division du travail social*, 7ª París, 1960, p.189.

El artículo 86 TR-LGDC limita extraordinariamente el ámbito de la obligatoriedad de las condiciones generales y cláusulas predispuestas en los contratos entre empresarios y consumidores al decir: “En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas [...]”. De acuerdo con esta norma, son abusivas cláusulas que están permitidas por la mayoría de las normas del Derecho de Contratos, pues estas son generalmente de derecho dispositivo. La trascendencia de esta norma es enorme. Como ya he dicho, las cláusulas de compensación sometidas al control por la STS de 16 de diciembre de 2009 son nulas conforme a ese artículo, pues priven al consumidor de derechos reconocidos por normas dispositivas, al admitir compensar obligaciones no homogéneas (dinero con valores) y con obligaciones no vencidas. La apelación que hace la sentencia a la libertad contractual del consumidor olvida precisamente que el derecho dispositivo deja de serlo cuando condiciones generales o cláusulas predispuestas priven de derechos al consumidor.

Aunque se habla constantemente de control judicial de contenido de las condiciones generales o cláusulas predispuestas, en realidad, el control del que tratamos es un control de legalidad que incumbe a todo aquel que deba aplicar la ley. Se trata ante todo de un control de validez de las condiciones generales o cláusulas predispuestas que realiza la ley y cuya consecuencia es la nulidad de pleno derecho (art. 83 TR-LGDCU). Es decir, ni los jueces tienen un poder configurador del contenido contractual, ni es necesaria una sentencia para que se produzca la nulidad, porque esta es de pleno derecho. La STJUE de 4 de junio de 2009 (caso Pannon, C 243/08) confirma que la apreciación de la nulidad no requiere una declaración judicial, y con ello desautoriza una interpretación *a sensu contrario* del artículo 84 TR-LGDCU y que el control de legalidad de las cláusulas predispuestas corresponda solamente a los jueces.

Ahora bien, el control abstracto del contenido de las condiciones generales, por medio de las acciones colectivas, sí es, en cierto sentido, un control judicial, si lo designamos así justamente por oposición a un hipotético control administrativo, es decir, en el sentido de que no existe un control administrativo que someta las condiciones generales a un control abstracto de validez por un órgano de este tipo. Pero ese control judicial efectuado en abstracto sigue siendo un control legal de validez, porque los tribunales, al ejercer ese control, lo hacen exclusivamente en aplicación de la ley.

Es importante reconocer el carácter de control de legalidad del control del contenido de las condiciones generales o cláusulas predispuestas y negar que pueda entenderse como un control judicial de equidad. Esto es importante en la Ley de Condiciones Generales para poner de manifiesto que los jueces no cuentan con normas específicas que les autoricen a controlar las condiciones generales de los contratos entre empresarios. En el TR-LGDCU hay que precisar que el control es un control de legalidad para rechazar de plano que pueda existir un control de contenido sobre extremos como los precios no sometidos a disposiciones jurídicas. En los dos ámbitos, que se trate de un control de legalidad es importante para afirmar la posibilidad de apreciar una nulidad de pleno derecho, no sólo por los jueces, sino también por los funcionarios dentro de sus competencias.

V. La STJUE de 14 de marzo de 2013

La repercusión de esta sentencia ha sido extraordinaria, porque ha llegado en un momento de importantes movimientos ciudadanos en contra de las graves consecuencias que provocan las ejecuciones hipotecarias de viviendas.

Esta sentencia ha declarado que la Directiva de 1993 se opone a que a una normativa como la española, que al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite tampoco que el juez que conozca del procedimiento declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esta cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de la decisión final²¹.

Ha provocado la necesidad de arbitrar un cauce de oposición a la ejecución hipotecaria para evitar precisamente que esta se produzca sobre la base de un título ejecutivo y datos registrales que contengan cláusulas abusivas. A esta situación no se debería

²¹Dice la sentencia: "59. Por consiguiente, procede declarar que un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet, C-432/05, Rec. p. I-2271, apartado 77).

60. En efecto, tal como señaló también la Abogada General en el punto 50 de sus conclusiones, sin esa posibilidad, en todos los casos en que, como en el litigio principal, se haya llevado a cabo la ejecución de un inmueble hipotecado antes de que el juez que conozca del proceso declarativo adopte una decisión por la que se declare el carácter abusivo de la cláusula contractual en que se basa la hipoteca y, en consecuencia, la nulidad del procedimiento de ejecución, esa decisión sólo permite garantizar al consumidor una protección a posteriori meramente indemnizatoria, que resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13.

61. Así ocurre con mayor razón cuando, como en el litigio principal, el bien que constituye el objeto de la garantía hipotecaria es la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia, puesto que el mencionado mecanismo de protección de los consumidores, limitado al pago de una indemnización por daños y perjuicios, no es adecuado para evitar la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda.

62. Así pues, tal como ha puesto de relieve asimismo el juez remitente, basta con que los profesionales inicien, si concurren los requisitos, el procedimiento de ejecución hipotecaria para privar sustancialmente a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva, lo que resulta asimismo contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 55).

63. En estas circunstancias, procede declarar que la normativa española controvertida en el litigio principal no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos."

haber llegado, al menos como regla general, si se hubieran respetado, e incluso potenciado, los controles de legalidad que incumben a notarios y registradores.

La nueva Ley de 9 de mayo de 2013 ha modificado, además del artículo 129 de la LH que regula el procedimiento de ejecución extrajudicial, también la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La STJUE además es importante porque ha recordado cómo hay que proceder para determinar si una cláusula es abusiva. Es una de las cuestiones que ya debería ser bien sabida, pero no es así. J. Alfaro lo explicó muy bien hace años, mientras que De Castro ya antes puso de manifiesto la importancia del derecho dispositivo para el control de las condiciones generales de los contratos.

“60. [...] para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente”.

Esto significa que ha de buscarse la norma aplicable en defecto de pacto, esto es, la norma dispositiva que la cláusula cuestionada haya excluido de aplicación. El parámetro del control lo proporciona el Derecho que sería aplicable si no existiera la cláusula que se cuestiona. Con esta regulación es con la que hay que comparar el equilibrio de derecho y obligaciones contrario a la buena fe. Es contraria a la buena fe la sustitución del Derecho aplicable por unas condiciones contractuales que establezcan unos derechos y obligaciones de las partes distintos de los legales en interés exclusivo del predisponente. Derechos y obligaciones legales, en el sentido del derecho dispositivo, no del imperativo, pues este impone límites generales de la autonomía privada con independencia de que se trate de condiciones generales y de contratos entre empresarios y consumidores.

La STJUE de 14 de marzo de 2013 se refiere a dos cláusulas muy frecuentes y que son abusivas generalmente. Se trata de las cláusulas de vencimiento anticipado y la de los intereses de demora.

La importancia de estas cláusulas es muy notable, sobre todo porque al actuar de forma combinada aumentan enormemente la deuda.

VI. Las cláusulas de vencimiento anticipado por falta de pago

Las cláusulas de vencimiento anticipado provocan la obligación de restituir el importe total del préstamo. A partir del vencimiento se devengán intereses de demora del

total capital y no sólo de las cuotas impagadas. Como es fácil imaginar, esta obligación de restitución es imposible de afrontar por quien no ha podido pagar las cuotas vencidas.

Es razonable que el prestamista pueda resolver el contrato y exigir anticipadamente el pago del capital si el deudor no cumple su obligación. Ahora bien, si confrontamos las cláusulas de vencimiento anticipado que contienen muchos contratos con la regulación aplicable en caso de incumplimiento del deudor, se observa que muchas son abusivas.

Para que pueda resolverse un contrato por incumplimiento del deudor, este incumplimiento debe revestir cierta gravedad, además de afectar a la obligación principal. La cláusula de vencimiento anticipado por el impago de una sola cuota del préstamo es, según esto, abusiva.

En un préstamo hipotecario a 30 años de 150.000 euros, por ejemplo, el impago de una sola cuota, como establecen algunas cláusulas de vencimiento anticipado, parece claramente desviado de la regla dispositiva, tal como ha sido interpretada por el TS y la generalidad de la doctrina. Es por tanto abusiva²². Recuérdese que, cuando utilizamos la expresión abusiva, nos referimos a cláusulas predispuestas e impuestas en contratos entre empresarios y consumidores. En nuestro caso, entidades financieras y deudores hipotecarios consumidores. Con absoluta abstracción de esta delimitación, la STS de 16 de diciembre de 2009, afirmó:

“La parte recurrente entiende que la cláusula se subsume en las hipótesis de cláusula abusiva de los Apartados 2, inciso segundo, 3, inciso segundo, y 17 de la Disposición Adicional Primera de la LGDCU, por falta de reciprocidad y desproporción en la sanción que se aplica (la resolución del contrato).

El motivo se desestima porque, sin necesidad de tener que analizar las diversas eventualidades jurídicas a que se refiere el recurso, sucede que la doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado con base en el artículo 1255 CC la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concurra justa causa –verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo–. En esta línea se manifiestan las Sentencias de 7 de febrero de 2000 (RJ 2000, 282) (aunque para el ámbito del contrato de arrendamiento financiero); 9 de marzo de 2001; 4 de julio de 2008; y 12 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 152).

Por lo tanto, no hay conculcación de la doctrina jurisprudencial actual, y el motivo decae.”

²²Como dice BALLUGERA, C., “Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo hipotecario en la STS de 16 de diciembre de 2009”, *Diario La Ley*, nº 7507, Sección Doctrina, 11 de noviembre de 2010: “El incumplimiento reiterado y grave de la prestación principal del contrato es motivo suficiente para desencadenar el vencimiento anticipado de la obligación y reclamar el reintegro del capital prestado por medio de la acción hipotecaria. Pero no pagar el 0,31% de la deuda, que es lo que representa una mensualidad de capital e intereses en una hipoteca vivienda media de 2008, según la Asociación Hipotecaria Española, ¿es un incumplimiento grave, reiterado y con entidad suficiente para provocar el vencimiento de toda la deuda pendiente?”.

La sentencia acudió simplemente al artículo 1255 CC, como si el control de legalidad de las condiciones generales en contratos entre empresarios y consumidores fuera el mismo que el general de la autonomía privada. La Ley de 14 de mayo de 2013 ha modificado el artículo 693 de la LEC para permitir la ejecución en caso de vencimiento anticipado por el impago de tres mensualidades o el importe equivalente.

Esta norma parece todavía insuficiente, pues tres mensualidades pueden representar un importe que no alcance el 1% de la deuda. Conforme a las reglas del derecho dispositivo, tal como lo interpretan la jurisprudencia y la doctrina dominantes, un incumplimiento semejante no es suficiente para provocar el vencimiento anticipado. La regla no debe verse aislada ni de sus consecuencias determinadas por el interés de demora, ni de la garantía que supone la hipoteca para el acreedor. La regla establecida por una sola de las partes, predispuesta e impuesta a la otra, debe atender al interés de ambas tal como lo valora el derecho dispositivo, y este requiere un incumplimiento grave, aparte de atender a la existencia de una garantía tan potente como la hipoteca (art. 1129 CC).

Además se echa de menos en el artículo 693 LEC una regulación específica para el préstamo hipotecario sobre la vivienda habitual. El nuevo artículo 693 LEC establece una regulación para toda clase de hipotecas y sólo se refiere a la de vivienda habitual para permitir la liberación del bien con la consignación de las cantidades debidas²³.

VII. Los intereses moratorios

La otra cláusula a la que se refería la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia del TUE era la de los intereses moratorios. Según el relato de los hechos de la sentencia:

“El Sr. Aziz abonó con regularidad las cuotas mensuales desde julio de 2007 hasta mayo de 2008, pero dejó de hacerlo a partir de junio de 2008. En vista de ello, el 28 de octubre de 2008 Catalunyaixa acudió a un notario con objeto de que se otorgara acta de determinación de deuda. El notario certificó que de los documentos aportados y del contenido del contrato de préstamo se deducía que la liquidación de la deuda ascendía a 139.764,76 euros, lo que correspondía a las mensualidades no satisfechas, más los intereses ordinarios y los intereses de demora. Tras requerir infructuosamente al Sr. Aziz el pago de lo debido, Catalunyaixa inició el 11 de marzo de 2009, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Martorell, un procedimiento de ejecución contra el interesado, reclamándole las cantidades de 139.674,02 euros en concepto de principal, 90,74 euros en concepto de intereses vencidos y 41.902,21 euros en concepto de intereses y costas.”

²³“Si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior.”

Como puede verse, desde el 28 octubre de 2008 al 11 de marzo de 2009 la deuda del Sr. Aziz ha pasado de 139.674,02 euros a más de 181.000. Es decir, en poco más de 5 meses, según este relato de los hechos, la deuda aumentó en más de 40.000 euros a pesar de que los intereses moratorios eran de 18,75%, cifra comparativamente menos abusiva que la de otras cláusulas que alcanzan el 29%. El vencimiento anticipado, combinado con los intereses de demora más las costas, produce una auténtica ruina para el deudor. A ello hay que sumar que la entidad acreedora se adjudicó la vivienda por el 50% de su valor de tasación, es decir, por 97.500 euros, según el relato que se contiene en las conclusiones de la abogada general Kokott. De esta manera, el Sr. Aziz se quedó sin vivienda y debiendo a la acreedora seguramente mucho más de 90.000 euros, por la duración de la ejecución, y a un interés del 18,75%.

A la vista de estas consecuencias, cabe preguntar si este resultado no es solamente abusivo, sino también usurario. ¿Qué habrá sido en los casos en los que los intereses moratorios alcanzaron el 29%? Habrá que dejar para otro momento el estudio de los préstamos usurarios, pero en mi opinión, los intereses y resultados que producen estas ejecuciones hipotecarias son usurarios.

Si aplicamos el detector de cláusulas abusivas, que, como hemos dicho, es el derecho dispositivo, esto es, el que sería aplicable sin la cláusula, hallamos un interés en caso de mora del deudor del 4% (art. 1108 CC); por tanto, un interés del 18,75% es abusivo, pues excede en mucho a ese parámetro.

Las decisiones de las Audiencias sobre los intereses moratorios son dispares. Una línea jurisprudencial aplica por analogía el artículo 19.4 LCC (hoy 20.4), que fija imperativamente un límite a los intereses por descubiertos en cuenta corriente en 2,5 veces el interés legal²⁴.

La LGDCU en su redacción de 1984 consideraba nulas en su artículo 10.4: “Las condiciones abusivas de crédito” sin ulterior concreción.

El actual artículo 89.7 del TR-LGDCU dispone: “La imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo”, hoy artículo 20.4 en la redacción de 2011.

Ahora bien, obsérvese que la lectura del artículo 89.7 TR-LGDCU sería más clara si se invirtiera el orden de las frases así: “La imposición de condiciones de crédito que superen los límites que se contienen en el artículo 20.4 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Crédito al Consumo para los descubiertos en cuenta corriente”.

En mi opinión, este texto no es una norma reguladora de los descubiertos en cuenta corriente, sino una norma reguladora de las condiciones de crédito en general por

²⁴V. las numerosas sentencias citadas por ANTÓN MEDRANO, N., “Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, en *Hacia un Código del Consumidor*, CGPJ, 2006 p. 368; y además, entre otras, SAP Asturias 21/2/2005 con cita de otras, SSAP Las Palmas 17/7/2009, 16/2/2009, SAP Santa Cruz de Tenerife 4/11/2009, AP Girona 15/12/2009 con cita de otros autos y sentencias. En contra, Badajoz 1/7/2008, Barcelona 18/6/2008, Castellón 25/3/2008, Pontevedra 5/3/2008, etc.

remisión a los límites establecidos para los descubiertos en cuenta corriente en la LCC, lo que es muy distinto. La propuesta inversión de las frases proporciona una redacción más clara que la vigente, pues la frase “para los descubiertos en cuenta corriente” debería ir entre comas o antes del primer “que” del párrafo para ser clara en el sentido que usualmente se le atribuye. Tal como está redactado el texto es defectuoso, al menos, por la falta de comas. Pero lo que queda claro en mi opinión es que este precepto no se lee correctamente, porque no regula otra vez los descubiertos en cuenta corriente, sino que regula las condiciones de crédito en general en contratos con consumidores y en cláusulas predispuestas, esto es, no negociadas individualmente. No regula los descubiertos en cuenta corriente, sino el límite de las condiciones de crédito en contratos con consumidores en general por remisión a la norma que regula los descubiertos en cuenta corriente, esto es, se remite al límite que se establece en el artículo 20.4 de la Ley de Crédito al Consumo.

Es inaceptable, en efecto, entender que el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios se limite a regular las condiciones de crédito para los descubiertos en cuenta corriente, sobre todo cuando la primera versión de la Ley aludía en general a las condiciones de crédito. La lectura que habitualmente se hace en doctrina y jurisprudencia es incorrecta, a mi juicio, porque supone que la ley general repite lo ya dispuesto por la ley especial sin añadir nada. Las normas de remisión pueden estar dirigidas al supuesto de hecho de la norma a la que se remiten o a sus consecuencias jurídicas. El artículo 89.7 TR-LGDCU se dirige al límite del artículo 20.4 para imponerlo a las condiciones de crédito en general, y no para un supuesto de descubierto en cuenta corriente que ya está regulado en la LCC.

La conclusión debe ser por tanto que las condiciones de crédito, y no sólo los descubiertos en cuenta corriente, que superen en 2,5 veces al interés legal del dinero son abusivas en condiciones generales o cláusulas predispuestas entre empresarios y consumidores, que es lo que regula el artículo 89.7 TR-LGDCU, y no por vía de analogía, sino por aplicación directa.

La Ley de 14 de mayo de 2013 que pretende reforzar la protección de los deudores hipotecarios en este punto la empeora, según esto, pues establece el límite en tres veces el interés legal. Por ello merece una crítica muy desfavorable, pues se aprecia claramente que el legislador ha cedido a los intereses inmediatos de las entidades financieras. No parece que esta decisión sea adecuada, porque se ha dicho con razón que estos intereses “no es cierto que cumplan una función disuasoria del impago: en los préstamos hipotecarios, nunca se deja de pagar por un cálculo económico, sino por un imprevisto o por una verdadera imposibilidad sobrevenida. De hecho, la acumulación de los intereses de demora tiene justo el efecto contrario –conocido como *debt overhang*–: cuando la deuda aumenta hasta tal punto que el deudor sabe que no va a ser capaz de pagarla, la cantidad que es probable que cobre el acreedor pasa a ser menor cuanto más aumenta la deuda [...] Esta teoría, desarrollada en el campo de las finanzas internacionales, se aplica en el caso de los deudores hipotecarios, pues cuando estos perciben que no podrán pagar ni con la venta o dación en pago de la vivienda, ni con los ingresos futuros, la actuación

coherente del deudor desde el punto vista exclusivamente económico es tratar de dilatar el lanzamiento y de ocultar sus ingresos, con perjuicio de acreedor y de la economía en general”²⁵.

Existía además una línea jurisprudencial muy ampliamente seguida, como hemos dicho, consistente en aplicar el límite del artículo 20.4 LCC por analogía. Además la norma de la Ley de 2013 es especial para los préstamos hipotecarios sobre la vivienda habitual. La contradicción valorativa es enorme, primero porque la protección de la vivienda es una meta de política legislativa asumida constitucionalmente (art. 47 CE) que merecía un trato más favorable que los descubiertos en cuenta corriente, y segundo, porque la existencia de una garantía real tan sólida como la hipoteca justifica un interés de demora menor. Lo grave es, por supuesto, que la combinación de estos intereses con el vencimiento anticipado provocará una deuda inasumible.

El límite exponencial, aunque fuese menor, tampoco sería adecuado. Lo procedente es sumar puntos a un interés básico y no multiplicar este por 2,5 o por 3. Así lo hace la Ley de lucha contra la morosidad (Ley 3/2004, de 29 de diciembre), que en su artículo 7 suma ocho puntos al tipo de interés aplicado en la última operación principal de financiación del Banco Central Europeo. Esta tuvo lugar el 24 de junio de 2014, a un tipo de 0,15%. Resulta, por tanto, que hoy los intereses de demora en las operaciones comerciales por Resolución de 27 de junio de 2014, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se publica el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el segundo semestre natural del año 2014, es el 8,15%.

Me parece una notable incoherencia valorativa que la ley que protege a los acreedores en operaciones comerciales imponga un interés del 8,15%, mientras que una ley que pretende mejorar la situación de los deudores hipotecarios de vivienda habitual permita un interés de demora del 12%. Los intereses de demora por deudas tributarias son del 5%. Así, los comerciantes acreedores y la Hacienda pública tienen peor trato que las entidades financieras, y correlativamente los comerciantes y contribuyentes morosos mejor trato que los deudores hipotecarios de vivienda habitual. No es preciso recordar una vez más que los deudores hipotecarios de vivienda habitual merecen constitucionalmente una protección especial, tanto por el artículo 47 CE –derecho a una vivienda– como por el artículo 51 CE –protección de los consumidores–, y también por el Derecho de la Unión Europea a través de la Directiva 1/93 sobre cláusulas abusivas. El legislador ha cedido claramente a los intereses de las entidades financieras.

La comparación con el Derecho alemán deja al nuestro en este punto en evidencia, en una situación que me parece vergonzosa; además con un resultado espectacular, pues en Alemania se suman 2,5 puntos a un interés básico (*Basiszinsatz*) tan bajo, que en estos momentos está bajo cero (-0,73% desde el 1 de julio de 2014). El § 503 BGB para los préstamos hipotecarios a consumidores establece en su apartado 2: “El interés de demora importa, a diferencia de lo dispuesto en el § 497 ap. 1, 2,5 puntos por

²⁵ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Por qué hay que limitar los intereses de demora en los préstamos hipotecarios, y cómo hacerlo”, en el blog *¿Hay derecho?*

ciento anuales sobre el interés básico”. Es decir, en general, en las deudas de dinero de los consumidores, en caso de mora se suman 5 puntos al interés básico (§ 497 ap. 1 BGB), pero en los préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual sólo se suman 2,5 (§ 503 BGB). Un deudor hipotecario moroso alemán, si la hipoteca es sobre su vivienda habitual, debe sólo 2,5 menos 0,73 por ciento. Es razonable que en los préstamos hipotecarios el interés de demora sea menor que en los préstamos personales. En España, en cambio, por la Ley de 2013, el interés de demora puede llegar al 12% en préstamos hipotecarios de vivienda habitual, mientras que un descubierto en cuenta corriente no puede pasar del 10%. La cuestión merece un replanteamiento a fondo.

VIII. La STS de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo

En esta sentencia el Tribunal Supremo considera abusivas ciertas cláusulas suelo por falta de transparencia. No me ocuparé ahora más que del efecto no retroactivo que la sentencia da a la declaración de nulidad de estas cláusulas, que tiene como consecuencia que las entidades financieras retengan lo indebidamente cobrado.

El Tribunal Supremo mezcla directamente Derecho privado y economía, ignorando, aunque conscientemente, que no puede excusar la aplicación de la ley porque los deudores –en este caso, los bancos– experimenten al cumplirla dificultades económicas²⁶. Es una decisión sorprendente, pues a pesar de razonar que la nulidad se produce desde el momento de la celebración del contrato²⁷, invoca la seguridad jurídica de los bancos para eximirlos de devolver lo que cobraron indebidamente.

²⁶En su marginal 293 letra k: “Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas”.

²⁷“282. Como apunta el Ministerio Fiscal, la finalidad de las acciones de cesación no impide el examen de los efectos de la nulidad determinante de la condena a cesar en la utilización de las cláusulas abusivas y a eliminar de sus contratos las existentes, cuando estas se han utilizado en el pasado.

283. Como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos –o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste– exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto). Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil, a cuyo tenor «declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes».

284. Se trata, como afirma la STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009: «[...] de una propia *restitutio in integrum*, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que esta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la *condictio indebiti*. Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente».

285. Este principio es el que propugna el IC 2000 al afirmar que «la decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (*ex tunc*)».

Desde el punto de vista de la nulidad de pleno derecho, la llamada irretroactividad de la declaración de nulidad no es admisible, porque la nulidad la declara la ley, sin que sea necesaria una sentencia, como ha dicho el TJUE. Las sentencias no son constitutivas de la nulidad, ni tampoco fuente del Derecho, por lo que no pueden suplantar a la ley.

Los argumentos para declarar la irretroactividad de la nulidad en el sentido de que las cantidades indebidamente percibidas no hayan de ser devueltas no son convincentes. En contra de lo que dice la sentencia, ni el artículo 106 de la LRJPAC, ni los artículos de las leyes de Régimen Jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad (art. 114.2), de Marcas (art. 54.2) y de Protección Jurídica del Diseño Industrial (art. 68), justifican la retención de las cantidades cobradas por aplicación de la cláusula abusiva. De los límites señalados en el artículo 106 LRJPAC solamente puede operar el derivado de la prescripción, pero obviamente ni la equidad ni la buena fe pueden justificar la retención de lo cobrado indebidamente por los bancos a los consumidores. En cuanto el límite de los derechos de los particulares, que también menciona el citado artículo, es evidente que está fuera de lugar su aplicación, pues es el derecho de los consumidores el que se pretende limitar con la irretroactividad. Los artículos de las otras leyes citadas admiten la restitución de las cantidades cobradas antes de la declaración de nulidad, por lo que su alegación es improcedente.

El TS cita también sentencias del Tribunal Constitucional que han limitado la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad²⁸, sin embargo, me parece claro que las situaciones son diferentes. Las cantidades cobradas sobre la base de una cláusula abusiva son cantidades cobradas *en contra* de una ley vigente, mientras que las cobradas en los casos de las sentencias del Constitucional que el Tribunal

²⁸289. También el Tribunal Constitucional, por exigencias del principio de seguridad jurídica, ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad en las SSTC 179/1994 de 16 junio (RTC 1994, 179), 281/1995 de 23 octubre, 185/1995, de 14 diciembre (RTC 1995, 185), 22/1996 de 12 febrero (RTC 1996, 22) y 38/2011 de 28 marzo (RTC 2011, 38)”.

²⁹290. En la misma línea se manifestó la justificación de la enmienda 2 al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo, presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, y por la presentada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés para la adición de una Disposición transitoria nueva con el objetivo de aplicar límites a la variación a la baja del tipo de interés pactado en contratos de préstamo o crédito de garantía hipotecaria, en los que el bien hipotecado sea la vivienda familiar que tengan saldo pendiente de amortización a la entrada en vigor de la Ley, al proponer la ineficacia retroactiva y que «la eliminación, en su caso, de la cláusula abusiva surtirá efectos económicos en la cuota del mes siguiente al de la entrada en vigor de la presente Ley».

291. También esta Sala ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que «*la restitutio* no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y esta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad» (STS 118/2012, de 13 marzo, RJ 2012, 4527).

292. Finalmente, la propia STJUE de 21 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 93), RWE Vertrieb, ya citada, apartado 59, dispone que «[...] puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias Skov y Bilka, antes citada, apartado 51; Brzeziński, antes citada, apartado 56; de 3 de junio de 2010 (TJCE 2010, 164), Kalinchev, C-2/09, Rec. p. I-4939, apartado 50, y de 19 de julio de 2012 (TJCE 2012, 220), Rçdlihs, C-263/11, Rec. p. I-0000, apartado 59».”

Supremo cita lo fueron *conforme* a una ley vigente hasta que fue expulsada del ordenamiento jurídico o bien derogada por la Constitución, pero no *en contra* de una ley vigente como es el caso de la STS de 9 de mayo de 2013.

Otros argumentos invocados por la sentencia tienen todavía menos fuerza, si cabe²⁹. Es incomprensible apelar al sentido de una enmienda no aceptada en la discusión parlamentaria de otra ley. Tampoco se entiende que diga a favor de la irretroactividad que el fin de la restitución de las cantidades cobradas en virtud de un contrato nulo “no es otro que evitar que una de las partes se enriquezca sin causa a costa de la otra y esta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad”. Es un argumento que el Tribunal debía haber omitido, pues es irrisorio aplicado al caso. Finalmente la cita de la STJUE de 21 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 93) no es apropiada al caso, pues las cantidades cobradas en virtud de las cláusulas declaradas nulas lo han sido por falta de transparencia y ello es contrario a las exigencias de la buena fe. El principio de la buena fe exige proteger la confianza del consumidor en que las cláusulas contractuales que regulan la carga económica que él debe asumir y que han sido impuestas por la otra parte no producirán, al ser aplicadas, un resultado contrario a su cálculo.

IX. Bibliografía

ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “La Ley 7/1998, de 13 de abril, ¿excluye el control registral de las cláusulas abusivas?”, en *RdPat.* 8, 2002, p. 69-104.

ALFARO, J., *Las condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1991.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Por qué hay que limitar los intereses de demora en los préstamos hipotecarios, y cómo hacerlo”, en el blog [¿Hay derecho? \(El blog sobre la actualidad jurídica y política\)](#).

ANTÓN MEDRANO, N., “Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, en *Hacia un Código del Consumidor*, CGPJ, 2006, p. 368.

ATIYAH, P., *Rise and Fall of Freedom of Contract*, 1980.

ATIYAH, P., “Freedom of Contract and the New Right”, en *Essays on Contract*, Oxford 1990, p. 355 y ss.

BALLUGERA, C., “Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo hipotecario en la STS de 16 de diciembre de 2009”, en *Diario La Ley*, nº 7507, Sección Doctrina, 11 de noviembre 2010.

BASEDOW, J., “Kommentar zum § 306 BGB”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Múnich, 2003, p. 1065 y ss.

CANARIS, C.W., *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, Múnich, 1997.

CLAVERÍA, H., “El notario ante las cláusulas abusivas”, en *El Notario del siglo XXI*, nº 54, 2014.

DE CASTRO, F., “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, en *ADC*, 1961, p. 295-342.

DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, 1971.

DE CASTRO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, en *ADC*, 1982, p. 987-1086.

DÍAZ FRAILE, J.M., “El control de las cláusulas abusivas de las hipotecas en la calificación registral y en el procedimiento de ejecución tras la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013”, en *La Ley Unión Europea*, nº 5, junio 2013.

DURKHEIM, E., *De la division du travail social*, 7ª París, 1960.

GARCÍA AMADO, J.A., “Sobre el argumento a contrario en la aplicación del Derecho”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 24, 2001, p. 85-114.

GILMORE, G., *The Death of Contract*, 1974.

MIQUEL, J.M., “Comentario al art. 84 TR-LGDCU”, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, S. CÁMARA (dir.), Madrid, 2011, p. 768-788.

MIQUEL, J.M., “La nulidad de las condiciones generales”, en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Jesús DELGADO ECHEVERRÍA (coord.), 2007, p. 193-223.

SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “El control de las condiciones generales en Derecho comparado: panorama legislativo”, en *RDM*, nº 157-158, 1980, p. 385-436.

SÁNCHEZ LÓPEZ, B. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dirigidos por A. Menéndez y L. Díez-Picazo y coordinados por J. Alfaro, 2002, p. 505.

2

LA DACIÓN EN PAGO IMPERATIVA COMO UNA ALTERNATIVA VIABLE, NO EXTRAVAGANTE, A LA INSOLVENCIA SOBREVENIDA DE UN DEUDOR DE BUENA FE ANTE EJECUCIONES HIPOTECARIAS SOBRE VIVIENDA HABITUAL

Fco. Javier Arellano Gómez
Prof. TEU de Derecho Civil en la UHU

«¿Por qué intento hablar de un Derecho audaz, de la audacia del Derecho en materia de tutela de los consumidores? Porque las indicaciones que han ido realizando tanto el ordenamiento jurídico comunitario como la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo determinan la exigencia inequívoca de que los poderes públicos realicen una defensa “radical” de los consumidores.»

Ars Iuris Salmanticensis, Estudios, vol. I, junio 2013
José María Fernández Seijo
Magistrado de lo Mercantil, Barcelona

I. Introducción. **II.** Situación de inferioridad del consumidor prestatario frente al banco o profesional prestamista, y ausencia en nuestra normativa de ejecución hipotecaria de medidas verdaderamente eficaces que repongan la situación de equivalencia de fuerzas. **III.** La necesaria limitación y excepciones al principio general de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil en un contexto de crisis económica: el deudor hipotecado insolvente de buena fe. **IV.** La dación en pago necesaria o imperativa como una posible alternativa viable, y no extravagante, a la insolvencia sobrevenida de un deudor de buena fe ante ejecuciones hipotecarias sobre vivienda habitual. **V.** Conclusiones. **VI.** Bibliografía.



I. Introducción

La premisa de la que parte quien escribe este artículo es clara desde el comienzo: consideración de la problemática ya enunciada en el propio título de este artículo¹, desde la perspectiva del derecho humano y fundamental a una vivienda digna² por parte de todos aquellos consumidores y ciudadanos que en su momento acudieron a una entidad bancaria para financiar la compra de una vivienda, en la que poder desarrollar los derechos de su personalidad como el derecho a la dignidad o a la intimidad personal y familiar, que suscribieron un contrato de préstamo hipotecario con garantía real sobre esa misma vivienda, que mantuvieron desde el inicio voluntad firme, cierta y contrastada de pagar y cumplir de buena fe con sus compromisos contraídos, y que de repente, sin embargo, fueron sorprendidos por una crisis económica no provocada precisamente por ellos, viéndose abocados, como consecuencia del desempleo o de una escasez económica y reducciones salariales sobrevenida, a impagos generadores de procedimientos de ejecución hipotecaria promovidos por las entidades bancarias.

¹“Históricamente la dación en pago necesaria ha sido un mecanismo utilizado para resolver el problema de la falta de liquidez de los deudores de cantidad de dinero, que no podían vender sus bienes en el mercado a un justo precio. A pesar de que el Código Civil la excluyó, el Fuero Nuevo de la Comunidad Foral de Navarra la ha mantenido como un régimen excepcional que permite atemperar el exacto cumplimiento de la deuda dineraria. El actual contexto de crisis económica ha llevado a redescubrir esta figura, motivando la reflexión sobre su potencial desarrollo futuro”, resumen de “Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio del párrafo segundo in fine de la Ley 493 del Fuero Nuevo”, M^a Ángeles Egusquiza Balmaseda, catedrática de Derecho Civil, Universidad Pública de Navarra, *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio 2011, nº 51, págs. 37-87. Tal y como expone la autora en ese trabajo, p. 83 en su reflexión final, se trata de una vía de solución para el tema candente del pago del crédito hipotecario en el que se halla comprometido todo el patrimonio del deudor (art. 1.911 Código Civil) por un régimen de ejecución hipotecaria que no permite obtener el valor efectivamente tasado del bien sujeto a garantía. El Informe del Defensor del Pueblo, *Crisis económica y deudores hipotecarios*, 2012, p. 35: “[...] El sistema actual, ante una situación de insolvencia del deudor hipotecario, favorece la exclusión social del deudor persona física. La vivienda habitual no es, por ende, un bien inembargable, y está sujeta a las normas generales sobre responsabilidad patrimonial (art. 1.911 CC)”. Reconociendo que la Ley Concursal se funda en el principio fundamental de satisfacción de los acreedores, se cuestiona si debe atenderse a otros principios dignos de tutela, como es el derecho a una vivienda digna. Según Matilde Cuenca Casas, “es preciso coherente los intereses del sistema financiero con los de las familias que, en ocasiones, se han visto en la tesitura de generarse un sobreendeudamiento hipotecario por consecuencia de un mercado inmobiliario altamente especulativo y, también, por consecuencia de determinadas actuaciones irresponsables de las entidades financieras, tal y como se está poniendo de relieve en la actualidad. Y es que el objetivo del proceso concursal, que es el de la satisfacción de los intereses de los acreedores, debiera compatibilizarse con el de evitar la exclusión social del deudor, objetivo presente en legislaciones de nuestro entorno que dotan a la insolvencia del consumidor de un estatuto especial”.

Matilde Cuenca Casas, profesora titular de Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid: “Crédito responsable, *fresh start* y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas”, en *Revista El Notario del Siglo XXI*, nº 43, Opinión, 16 de mayo de 2012: “[...] Una cosa está clara, el deudor insolvente hoy lo será también mañana porque le estamos invitando a una economía sumergida. ¿Alguien cree que un deudor insolvente generará actividad económica para pagar a sus acreedores pendientes? No. Utilizará testaferreros y dinero negro [...] y con ello todos perderemos. El banco no va a cobrar nunca lo que le deben, el Estado no percibirá ingresos y, además, probablemente ese ciudadano desahuciado por el sistema será acreedor de prestaciones públicas. Con este planteamiento que quiere respetar a toda costa el art. 1.911 del CC, el déficit público aumenta, y, con él, nuestra ‘prima de riesgo’. Mejor será que ese deudor insolvente deje de estar obligado al pago de sus deudas pendientes y pueda ‘volver a empezar’ y reiniciar su actividad de manera legal ‘sacando la cabeza’, generando puestos de trabajo y pagando impuestos.

Son muy significativas, desde la perspectiva del artículo que estamos empezando a escribir, las propias alegaciones de la letrada del Parlamento de Andalucía en defensa de la constitucionalidad de la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, *de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda*, en recurso de inconstitucionalidad promovido por el presidente del Gobierno, y que se recogen en el Auto del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 2014,³ por el que este acuerda mantener la suspensión del artículo 1 de la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, haciendo no obstante nosotros la muy relevante advertencia de que, en la fecha de estas alegaciones y del correspondiente Auto del Tribunal Constitucional, no se había pronunciado aún el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en asunto Monika Kasínova y Smart, s.a, en Sentencia 10 de septiembre de 2014, y en donde como en el párrafo precedente subrayamos y se refrenda en nota a pie de página nº 2, el Tribunal se pronuncia de manera tajante en favor del carácter de derecho fundamental del derecho a la vivienda: “[...] La finalidad de la ley 4/2013 (defiende la letrada del Parlamento de Andalucía en recurso de inconstitucionalidad antes dicho) es la de lograr la efectividad del principio rector de la política social y económica consagrado en el art. 47 CE, mediante el establecimiento de una serie de medidas para garantizar el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada de todas aquellas personas que, tras el estallido de la burbuja inmobiliaria y como consecuencia de la crisis, se han quedado

No se trata, obviamente, de derogar el art. 1.911 CC, principio capital, sino de limitarlo en una situación excepcional, a imagen y semejanza de lo que sucede con el patrimonio inembargable. La legislación concursal debe tender a la recuperación económica del deudor y su reintegración en el proceso productivo”. Empero, este pasaje reproducido de la profesora Cuenca Casas tiene hoy en día que actualizarse y ajustarse a una debida matización con ocasión del reciente advenimiento de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internalización (BOE 28 de septiembre de 2013), que incorpora, en el marco de la reforma de la Ley Concursal, el régimen de la segunda oportunidad para la persona física insolvente, si bien es cierto que de una manera incompleta e incoherente, tal y como ella misma se encarga de criticar en “Conclusión del concurso de persona física y pasivo insatisfecho”, en Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad Complutense, Madrid, noviembre 2013 [E-Prints Complutense], texto de la ponencia presentada en el XI Seminario Harvard-Complutense sobre “Reestructuración del sistema financiero y nuevas estrategias de negociación”, celebrado los días 7, 8 y 9 de octubre de 2013 en Harvard Law School / Real Colegio Complutense, así como en “Ley de Emprendedores, exoneración de deudas o fresh start”, nº 30 *Anuario Derecho Concursal*, y también en “¿Una segunda oportunidad para los emprendedores?”, nº 52 *Revista El Notario del Siglo XXI*, noviembre-diciembre 2013, 16 de diciembre de 2013.

²Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que considera el derecho a una vivienda adecuada como parte del derecho de toda persona a un bienestar y a un nivel de vida adecuado. Apartado 65 de la novísima Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2014 (Sala Tercera), Asunto C-34/13, Monika Kasínová y Smart, capital, as.: “En el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que el tribunal remitente debe tener en consideración al aplicar la Directiva 93/13” [Tribunal de Justicia de la Unión Europea].

³El párrafo que reproducimos en el cuerpo del texto corresponde al apartado 11 de los Antecedentes del Auto del Tribunal Constitucional (Pleno) de 8 de abril de 2014, nº de registro 7357/2013, Asunto: Recurso de Inconstitucionalidad promovido por el presidente del Gobierno, sobre: art. 1, por el que se da nueva redacción al art. 1.3 y se introducen los arts. 25 y 53 1.a) en la Ley 1/2010, de 8 de marzo, *reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía*, y Disposición Adicional Primera de la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, *de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda*. Por este Auto, el Pleno acuerda, con voto particular incluido, mantener la suspensión del art. 1 de la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, *de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda*, por el que se da nueva redacción al art. 1.3 de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, *reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía* y se introducen en ella los arts. 25 y 53.1 a), y de la Disposición Adicional Primera de la mencionada Ley 4/2013.

sin vivienda, están a punto de quedarse sin ella, por no disponer de los medios económicos necesarios para hacer frente al pago de sus préstamos hipotecarios [...] Por otro lado, las medidas establecidas son muy variadas y van desde las que pretenden evitar los desahucios por el impago de hipotecas de las personas que se encuentran en especial situación de emergencia social hasta las medidas de fomento, intermediación y policía, con las que se pretende incorporar al mercado inmobiliario a unos precios adecuados y razonables las miles de viviendas vacías y desocupadas que existen en Andalucía (más de setecientos mil, según la Exposición de Motivos). Los preceptos impugnados forman parte de un conjunto sistemático de medidas para garantizar el derecho a disfrutar de una vivienda digna. Los perjuicios son, además, especialmente graves, pues la vivienda es instrumento para la satisfacción de otros derechos fundamentales (como los recogidos en el art. 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los arts. 39, 40 y 43 CE y en el art. 10.3.14 del Estatuto de Autonomía de Andalucía) y para el cumplimiento de los principios del Estado social consagrado en el art. 1.1 CE [...] El mantenimiento de la suspensión de la eficacia de la Disposición Adicional Primera afectará y perjudicará directamente al colectivo de personas incluidas en su ámbito de aplicación, que además de perder la propiedad de su vivienda habitual por no poder hacer frente al pago de sus hipotecas serán lanzadas de la vivienda y quedarán en riesgo de exclusión social. Es un daño real y efectivo que, cuando menos, afectará a las ciento cuarenta y cuatro familias cuyas solicitudes se están tramitando (en la Comunidad Autónoma de Andalucía), así como a todas las que, aunque no han presentado solicitud todavía, reúnan los requisitos establecidos. Y dado que existe una relación directa entre la tasa de paro (muy alta en Andalucía) y los índices de morosidad, es muy probable que en los próximos meses y años aumente el número de personas que cumplan estos requisitos. Estos daños no se subsanan mediante la aplicación del art. 1 de la Ley 1/2013 del Estado, pues su ámbito de aplicación es más restringido, protege a menos familias y el tiempo de suspensión del lanzamiento es más limitado (dos años desde la entrada en vigor de la Ley) que la duración de la expropiación del uso de vivienda (tres años desde la fecha del lanzamiento)".

Las entidades bancarias, financieras e intermediarias, con prácticas dudosas en muchos casos, no advirtieron ni previnieron a sus clientes y a los consumidores finales de sus productos, con la lealtad que les es exigible en los tratos comerciales normales, de eventuales soluciones rápidas y eficaces para solventar situaciones concretas sobrevenidas e imprevisibles perjudiciales para los deudores hipotecados, despreciando o minusvalorando al menos que ello podría redundar en soluciones potencialmente beneficiosas y de interés recíproco, aprovechándose por añadidura estas entidades bancarias y financieras con ese comportamiento desleal de una legislación que es de suyo favorecedora de los intereses económicos y financieros hegemónicos representados por la banca y grupos empresariales afines⁴.

⁴Sirvan de ejemplo los discursos pronunciados, que constan en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Pleno y Diputación Permanente, 11 de febrero de 2014, número 174, págs. 4 a 19, a raíz de la toma en consideración en el Congreso de los Diputados de la Proposición de Ley de medidas contra el sobreendeudamiento personal y familiar y de protección ante procedimientos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual, aprobada por unanimidad por el Parlamento de Cataluña, julio de 2012. En representación del Parlamento de Cataluña, tomó la palabra D^a Meritxell Roigé: "No sólo hace falta rescatar bancos, también hace falta rescatar familias, aquellas que de buena fe sólo pretendieron adquirir una vivienda, y que hoy, debido a una normativa muy restrictiva y obsoleta, se encuentran en una situación desesperada"; el Sr.

Luego ya aquí nos encontramos que el vértice de nuestros planteamientos va a ser en todo momento una perspectiva clara y radicalmente pro consumitore, como contraposición a las explicaciones que se detienen en el funcionamiento del sistema establecido del mercado hipotecario, y en donde el deudor hipotecario pasa a ser una pieza más utilizada para el mejor y más eficiente engranaje de este complejo sistema,⁵ lo que podría aclarar, quizás, el porqué del desdén con el que los bancos han considerado históricamente los derechos de los consumidores: de tal modo y manera que, desde este punto de vista, el eje discursivo prioritario y central pasan a ser los seres humanos, que utilizan aquel como instrumento para la adquisición de un bien de primera necesidad como es la vivienda.

A estos efectos, además, como uno de los ejes destacables del discurso que mantenemos, es imprescindible citar que, conforme reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de la que precisamente se hace eco la muy reciente de 17 de julio de 2014 en el asunto C-169/14, Juan Carlos Sánchez Morcillo, María del Carmen Abril García y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como al nivel de información⁶. Todo lo cual resulta congruente con las argumentaciones de algunas de las últimas decisiones de Audiencias Provinciales que en los últimos

Martínez Gorriarán (pág. 10): “[...] en consecuencia, la crisis económica, que no sólo ha afectado a créditos temerarios ni muchísimo menos, sino a créditos que eran en su momento, cuando se concedieron, absolutamente razonables y de buena fe por ambas partes, pero que debido a una legislación que no protege de una manera suficiente y adecuada a los deudores, en este caso a los hipotecados, han acabado redundando en perjuicio solamente o sobre todo, de una manera muy asimétrica y desmedida, de aquellos ciudadanos que se han visto arrastrados a una situación de deuda sobrevenida [...] es un problema de deuda sobrevenida, agravado por la crisis, agravado, como se ha dicho aquí antes [...] por la bajada de las rentas salariales, que ha hecho que incluso ahora que gente que tiene un trabajo esté, sin embargo, en condiciones peores que antes para amortizar el crédito hipotecario que tomaron hace cinco, diez o quince años”.

⁵Estas explicaciones quedan sintéticamente plasmadas en las págs. 16 y ss. Informe del Defensor del Pueblo: *Crisis económica y deudores hipotecarios*, 2012.

⁶Apartado 22 de la STJUE de 17 de julio de 2014, Asunto C-169/14, Juan Carlos Sánchez Morcillo, María del Carmen Abril García contra BBVA [[Tribunal de Justicia de la Unión Europea](#)].

Todo lo cual nos conduce a distanciarnos de posicionamientos equidistantes como los que defiende, a modo ilustrativo, Dulce Calvo González-Vallinas, registradora de la Propiedad, que participó en la Comisión de Calificación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, *de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, en su artículo “¿Es la dación en pago una solución? Las implicaciones jurídico-económicas de la dación en pago”, publicado en la Fundación Ciudadanía y Valores, a nuestro juicio erróneamente, pues no parece situarse en una posición empática con las personas y familias que sufren y padecen las consecuencias de un sistema económico (al que el sistema jurídico se encarga de darle el ropaje adecuado que necesita) cuyo dogma emblemático es el beneficio y la eficiencia, en tanto que por el contrario los más perjudicados por la crisis son siempre los más débiles del sistema; pág. 5: “Lo cierto es que las consecuencias de la crisis son innegables y hay que buscar soluciones. Es más, la crisis por la que estamos atravesando reviste una especial virulencia, entre otros motivos, por el desplome de los precios de las viviendas desde unos niveles elevadísimos, circunstancia que no había acontecido con tal intensidad en crisis anteriores. Por otra parte, no puede perderse de vista la otra parte afectada, y es que no sólo los consumidores están sufriendo las graves consecuencias de la crisis, sino que también las entidades financieras. En efecto, los bancos y cajas de ahorro se adentraron en exceso en el sector inmobiliario durante los años anteriores a la crisis, sobreexponiéndose al riesgo de depreciación de un bien que constituye un porcentaje exagerado de su activo. Desde una perspectiva macroeconómica no es aconsejable adoptar medidas que supongan una carga excesiva para el sistema financiero en aras a la protección de los consumidores”.

años han ido pronunciándose en nuestro país: por ejemplo, por todas, el Auto de la A.P. Girona (Sección 2ª), nº 119/2011, de 16 de septiembre de 2011, en cuyo Fundamento de Derecho Primero, en su punto 6, razona que: “La decisión que se adopta en esta alzada resulta acorde con la justicia material del caso. Se olvida a veces que en la interpretación y aplicación de las leyes los tribunales deben buscar aquella respuesta que, sin contravenirlas, sea más acorde con una decisión justa que es lo que, en última instancia, la ciudadanía espera de un ‘tribunal de justicia’. Aquí existen normas y doctrinas jurisprudenciales que no sólo permiten acoger la pretensión de la parte recurrente sino que llevan a una aplicación integrada de los preceptos del ordenamiento jurídico, que posibilitan tanto que un acreedor vea resarcido su crédito como que un deudor no deba pagar, sin causa justificada, mayor suma de la por él debida. Ante las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales que se dan en respuesta a lo que constituye el objeto de la presente apelación, debe optarse por una solución que no olvide, pues, la justicia del caso y no conlleve un beneficio injustificado a favor de aquella parte que interviene en una posición de fuerza en la firma de un contrato de adhesión”.

El examen empírico recopilatorio de muchas resoluciones judiciales referidas a litigios concretos de personas afectadas por las hipotecas conduce a deducir que la aplicación automática de la regulación de la ejecución hipotecaria, pretendiendo desconocer la situación actual de crisis económica excepcional por la que aún hoy seguimos atravesando, conllevaría dejar exento de responsabilidad a uno de los partícipes (empresario, banco o entidad financiera predisponente de las condiciones contractuales), como entidad de crédito sin duda corresponsable, junto con las demás y constituyendo todas ellas piezas del engranaje financiero global, en la provocación de la vigente situación económica general todavía con unos amplios márgenes de depresión⁷; razonamiento que se explica en la práctica del caso concreto por la valoración frecuente especulativa, o de manera irreal interesada, del bien inmueble objeto de garantía. Ciertamente es, en efecto, que se les permite a los bancos y entidades financieras adquirir el citado inmueble sujeto a hipoteca, tras el oportuno procedimiento de ejecución hipotecaria, subastado por un precio sensiblemente inferior al que figura en la escritura de préstamo hipotecario, y continuar además, si hubiere lugar a ello, la ejecución ordinaria contra el patrimonio personal del deudor, en la hipótesis de no habersele satisfecho plenamente el crédito hipotecario una vez hecho efectivo su vencimiento anticipado exigiendo, ya en esta fase, una cantidad dineraria que podría rozar incluso el importe del préstamo o capital concedido⁸.

⁷Dictamen del Comité Económico y Social de la Unión Europea, de 29 de octubre de 2011, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre “Los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial”, en la actualidad Directiva 2014/17 U.E., del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 (DOUE de 28 de febrero de 2014): “En caso de impago, el prestamista deberá asumir la responsabilidad si su decisión se ha basado en una evaluación mediocre de la solvencia del prestatario. Los costes que generan los préstamos irresponsables deben ser soportados por el prestamista”. “Esto desde luego no ocurre en España, donde el riesgo lo soporta el prestatario obligado a cumplir no sólo su obligación de restituir el capital, sino también los intereses moratorios y remuneratorios, y además su crédito no puede ser exonerado en el proceso concursal por tratarse de un préstamo con garantía real”, Matilde Cuenca Casas, en “Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario”, blog *Hay Derecho*, 2 de septiembre de 2014. También Edmundo Rodríguez Achuétegui, en www.notariosyregistradores.com, de 9 de mayo de 2013: “[...] si además quien gobierna decidiera que los sacrificios de la crisis no sólo los hicieran los deudores sino que se compartieran por los acreedores, se contribuiría a hacer efectivo algún grado mayor de paz social, tan necesaria en estos tiempos convulsos”.

Pues bien, si asumiésemos con normalidad el quehacer perverso que hemos descrito, y por ende nos aquietásemos sin más a la realidad existente, estaríamos aceptando de adverso, a nuestro juicio, una operación que en múltiples situaciones no diferiría mucho de la usura⁹, como sabemos, ilícita y prohibida por nuestro ordenamiento jurídico desde la Ley Azcárate de 23 de julio de 1908, o de un enriquecimiento injusto y un ejercicio abusivo y antisocial del Derecho que nuestro ordenamiento jurídico rechaza, entre otros, por vía de los artículos 7.2 del Código Civil y 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁰. Fijémonos sobre el particular de esta cuestión, en la lúcida reflexión que aporta el profesor Manuel Atienza¹¹ en el sentido de que el abuso del derecho es una técnica que podrían, incluso deberían (remarcan tanto el citado autor, como quien suscribe este artículo que ahora presentamos al lector), utilizar los jueces para evitar, en determinados supuestos de préstamos con garantía hipotecaria, algunos resultados que son manifiesta e insoportablemente injustos y que, en consecuencia, producen en el prestatario “un daño excesivo o anormal”, cual sería evidentemente, a nuestro modo de pensar, el caso especificado en el párrafo anterior agravado adicionalmente por circunstancias personales o familiares, que pudieran haber acontecido al deudor hipotecado y ejecutado a resultas de la crisis económica sistémica que se ha presentado en los últimos tiempos, por ejemplo, el desempleo o reajustes salariales a la baja resultado de la aplicación de las reformas laborales. No se trata por tanto, continúa Manuel Atienza, de considerar como abuso de derecho cualquier supuesto en que se prosigue un proceso de ejecución hipotecaria después de que el banco prestamista se

⁸Informe del Defensor del Pueblo, *Crisis económica y deudores hipotecarios*, 2012, págs. 81, en relación con la 46, y 82. Pág. 46: “La regulación del mercado hipotecario debe respetar el derecho a una vivienda digna y el ejercicio de los derechos constitucionales vinculados: la protección de este derecho debe ser tenida en cuenta al interpretar las normas sobre concesión y ejecución de las hipotecas”; pág. 81: “Llegados a este punto hay que tener en cuenta que el art. 47 CE reconoce el derecho de todos a vivienda digna y adecuada; si bien es cierto que no establece un derecho subjetivo, no deja de contener un mandato o directriz de las actuaciones que los poderes públicos desarrollen en esta materia. Así, cualquier norma que directa o indirectamente afecte a la vivienda habitual ha de tener presente este derecho procurando evitar la exclusión social que la falta de vivienda puede conllevar [...] En la actualidad existen pocos problemas más acuciantes que los que padecen las personas que se han visto atrapadas en el desempleo, con deudas elevadas y a muy largo plazo, que derivan de un préstamo hipotecario contratado para la adquisición de su vivienda habitual o el local de negocio donde se desarrolla la actividad que constituye su medio de vida”; pág. 82: “No obstante, debido a la regulación que de la responsabilidad del deudor acoge nuestro Código Civil, las personas que llegan a perder su vivienda, en virtud de un procedimiento de ejecución hipotecaria, se ven además impedidas para realizar actos tendentes a la mejora de su situación, puesto que pueden quedar aún endeudadas a pesar de haber perdido todo su patrimonio”.

⁹Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social” (2014/C 311/06), Sesión de 29 de abril de 2014 (DOUE 12 de septiembre de 2014), 4.4: Lucha contra la usura; 4.4.1: Los consumidores europeos gozarían de una mayor protección si existiera un marco europeo para la usura; 4.4.2: El contexto europeo es muy heterogéneo en este ámbito; 4.4.3: Como norma general, existen salvaguardias para los créditos concedidos a los particulares, aunque determinados países han liberalizado totalmente sus regímenes de usura para los créditos a empresas. Francia (en Francia la usura es un delito sancionable con dos años de cárcel y con una multa de 45.000 EUR, o con solo una de estas dos penas. Además, los cobros excesivos deben reembolsarse para compensar el capital del crédito) e Italia son la única excepción; 4.4.4: En la mayor parte de los países, el control de los tipos de interés no se basa en la legislación, sino en la jurisprudencia. Este es el caso de Reino Unido y de España.

¹⁰De la misma opinión es el juez Carmelo Jiménez Segado: ver para ello pág. 58 de “Vivienda digna y dación en pago”, en *Revista Claves de Razón Práctica*, mayo-junio 2013.

¹¹Manuel Atienza: “La autoridad y los límites del derecho”, en *Revista El Notario del Siglo XXI*, mayo-junio 2011, nº 37, Opinión.

ha quedado ya con el inmueble hipotecado, sino cuando se dan además una serie de circunstancias adicionales (que justifiquen hablar de “daño excesivo o anormal”) y que los jueces deberían determinar de manera razonable, esforzándose por dar sentido tanto a la dimensión autoritativa como a la valorativa del derecho¹². Concluye en este sentido Atienza expresando que el abuso del Derecho se plantea cuando existe un supuesto de laguna axiológica, un caso resuelto por las reglas del sistema pero de manera contraria a los principios: como sabemos, se trata de una figura jurídica introducida en nuestro Derecho por el Tribunal Supremo, como una técnica para evitar que, en ciertos casos, el Derecho se distancie de la justicia. Por consiguiente, y coincidiendo al propio tiempo con la opinión de la profesora Matilde Cuenca Casas¹³, probado que sea el hecho de que el acreedor hipotecario no evaluó adecuadamente el riesgo o que la tasación realizada en el momento de la constitución de la hipoteca no fue correcta y no era acorde con el valor real de mercado, el acreedor hipotecario habrá de pagar un “peaje” por su comportamiento irregular y no, como hasta la fecha, que el coste de las irregularidades producidas y los vicios del sistema los esté pagando el consumidor a quien a la hora de la verdad se le condena a la exclusión social, en un sistema que es a todas luces injusto.

II. Situación de inferioridad del consumidor prestatario frente al banco o profesional prestamista, y ausencia en nuestra normativa de ejecución hipotecaria de medidas verdaderamente eficaces que repongan la situación de equivalencia de fuerzas

De la antecedente exposición introductoria resulta coherente traer a colación las siguientes apreciaciones del juez José M^a Fernández Seijo en el sentido de que¹⁴ “[...] la exigencia inequívoca de que los poderes públicos realicen una defensa ‘radical’ de los consumidores, tan radical que no es necesario ni tan siquiera que el consumidor tenga

¹²Remisión al último epígrafe de nuestro trabajo, en donde recopilamos algunas de las sentencias judiciales más destacadas.

¹³Matilde Cuenca Casas, “Crédito responsable, fresh start y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas”, en Revista *El Notario del Siglo XXI*, nº 43, 16 de mayo de 2012, Opinión.

¹⁴J.M^a Fernández Seijo, “La audacia del Derecho (Notas prácticas sobre la protección de los consumidores en el marco del Derecho y la jurisprudencia de la Unión Europea)”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, Estudios, vol. I, junio 2013, págs. 117 y ss.

una noticia concreta de esta protección que debe realizarse no ya con carácter ‘preventivo’ –evitando que determinadas prácticas o cláusulas se introduzcan en los contratos–, sino también con carácter ‘curativo’, es decir, cuando se detecte una circunstancia que cause un daño efectivo a un consumidor, los poderes públicos han de activar los mecanismos de tutela sin esperar a que el consumidor ponga en marcha los procedimientos –en muchos casos costosos y complejos– por los que haya de pretender justicia”.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea es consciente de que esa situación de desequilibrio no sólo marca las relaciones entre el consumidor y las empresas en el contexto privado, sino también en el contexto público, en el propio proceso, que es, por cierto, lo que ha impulsado al Gobierno de España a promover estos dos últimos años, 2013 y 2014, en el Parlamento nacional, la reforma parcial de determinados aspectos concretos de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de ejecución hipotecaria¹⁵; por lo tanto, la actuación de los poderes públicos ha de evitar que en el marco de un procedimiento judicial o administrativo se pueda producir esa situación de descompensación que determina que el consumidor no quiera o no pueda obtener una respuesta razonable a sus pretensiones.

¹⁵En primer lugar, lo reconoce así, como no podía ser de otra manera, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; Preámbulo: “La atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivada por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentra en dificultades para hacer frente a sus obligaciones, exige la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios [...] El esfuerzo colectivo que están llevando a cabo los ciudadanos de nuestro país con el fin de superar de manera conjunta la situación de dificultad que atravesamos [modo eufemístico y figurado o simbólico de expresión que utiliza el legislador, con lo que pretende barnizar las verdaderas palabras y significados tabúes para este Gobierno y el partido del PP que lo sustenta: rescate y recortes] requiere que, del mismo modo y desde todos los sectores, se continúen adoptando medidas para garantizar que ningún ciudadano sea conducido a una situación de exclusión social [causa cierto estupor en quien escribe este artículo esta expresión, harto paradójica y contradictoria, si se la quiere embridar con las actuales políticas legislativas predominantes en el marco socio-económico]. El primer capítulo de esta Ley prevé la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión. Esta medida, con carácter excepcional y temporal, afectará a cualquier proceso judicial de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial por el cual se adjudique al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos [...] En estos casos, la Ley sin alterar el procedimiento de ejecución hipotecaria impide que se proceda al lanzamiento que culminaría con el desalojo de las personas [de nuevo aquí queremos resaltar la confusión que nos ocasiona el que si esta reforma trae causa, según manifiesta el Preámbulo, en seguida lo vamos a constatar, de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, en verdad esta impugna el procedimiento existente en la normativa española en estas cuestiones de protección al consumidor con incidencia en la ejecución hipotecaria, al declarar en el apartado 63 de la referida Sentencia de 13 de marzo de 2013 que “procede declarar que la normativa española controvertida en el litigio principal no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas pretende conferir a estos últimos” y en su párrafo 57 constata con alcance negativo que “en el sistema procesal español, la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria”.] [...] Dichas modificaciones se adoptan como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto por el que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 [recordemos que en el apartado 64 de la Sentencia de

Y no en vano, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de julio de 2014, que reseñamos ya en el texto de la Introducción de estas páginas y que ahora completamos en lo que aquí interesa, expone en sus apartados 22 a 24¹⁶: “A este respecto procede recordar de entrada que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como al nivel de

Luxemburgo en cuestión se nos advierte que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esta cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.] [...] El capítulo III recoge diferentes modificaciones a la Ley de Enjuiciamiento Civil con el fin de garantizar que la ejecución hipotecaria se realiza de manera que los derechos e intereses del deudor hipotecario sean protegidos de manera adecuada y, en su conjunto, se agilice y flexibilice el procedimiento de ejecución”.

La última modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de procedimiento de ejecución hipotecaria, acontecida por virtud del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre (BOE 6 de septiembre de 2014), de medidas urgentes en materia concursal, admite también que el Gobierno se vio ante la necesidad de modificar el art. 695.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en la Disposición Final Tercera de este Real Decreto-ley) para adaptar en este punto la LEC a la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de julio de 2014, y de la cual estamos dando aquí suficiente cuenta: se da viabilidad a que el deudor hipotecario pueda interponer recurso de apelación contra el auto que desestime su oposición a la ejecución, si esta se fundaba en la existencia de una cláusula contractual abusiva que constituya el fundamento de la ejecución o la cantidad exigible. La adaptación a la que se refiere el Real Decreto-ley proviene directamente del contenido de los párrafos o apartados 44, 45 y 46; pero, no obstante, la valoración que merece esta reciente reforma debe ser crítica, pues omite el resto de las mejoras necesarias para paliar las deficiencias observadas en nuestro ordenamiento procesal, en materia de ejecución hipotecaria, respecto a la igualdad de armas durante el proceso judicial instado por los bancos frente a los deudores consumidores: en sus párrafos 42, 43 y 47 o 50, por ejemplo, esta STJUE declara que el sistema procesal español en materia de ejecución hipotecaria se caracteriza por el hecho de que, tan pronto como se incoa el procedimiento de ejecución, cualesquiera otras acciones judiciales que el consumidor pudiera ejercitar se ventilarán en otro juicio y serán objeto de una resolución independiente, sin que ni aquel ni esta puedan tener como efecto suspender ni entorpecer el procedimiento de ejecución en curso de tramitación, salvo en el supuesto residual de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad (véase, en este sentido, la Sentencia Aziz, apartados 55 a 59); el párrafo 43 lo reproducimos en nota a pie de página nº 19; en el 47 se dictamina que procede declarar que un sistema procesal de este tipo resulta contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del derecho nacional, no constituyen un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13 (véase en este sentido la sentencia Aziz, apartado 62); o en el 50, que un procedimiento nacional de ejecución hipotecaria, como el controvertido en el litigio principal, se caracteriza por disminuir la efectividad de la protección del consumidor que pretende la Directiva 93/13, interpretada en relación con el artículo 47 de la Carta, en la medida en que dicha regulación procesal incrementa la desigualdad de armas entre los profesionales, en su condición de acreedores ejecutantes, por una parte, y los consumidores, en su condición de deudores ejecutados, por otra, en el ejercicio de las acciones judiciales basadas en los derechos que la Directiva 93/13 atribuye a los consumidores, máxime habida cuenta de que las modalidades procesales de articular esas mismas acciones resultan incompletas e insuficientes para lograr que cese la aplicación de una cláusula abusiva incluida en el documento auténtico de constitución de hipoteca que sirve de base para que el profesional proceda al embargo del bien inmueble que constituye la garantía.

¹⁶Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 17 de julio de 2014, en el asunto C-169/14, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Castellón, en el procedimiento Juan Carlos Sánchez Morcillo, María del Carmen Abril García y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. [[Tribunal de Justicia de la Unión Europea](#)].

información (Sentencia Barclays Bank, C-280/13, EU: 279, apartado 32; y Aziz, C-415/11, EU: C: 2 p 13: 164, apartado 44)". Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la citada Directiva prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas (Sentencia Banco Español de Crédito, C-618/10, EU: C: 2012: 349, apartado 40 y jurisprudencia citada)". Y en el apartado 24 de la citada sentencia de referencia TJUE de 17 de julio de 2014: "[...] en este contexto, el Tribunal de Justicia ha declarado en varias ocasiones que el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (Sentencias Aziz, EU: C: 2013: 164, apartado 46; y Barclays Bank, EU: C: 2014: 279, apartado 34)".

El tratamiento consistiría, y con ello me adhiero con literalidad a las opiniones publicadas por la juez Amaya Olivas Díaz¹⁷, en remover los obstáculos que reiteradamente impiden el cumplimiento de una premisa básica para todo jurista: hacer de los derechos la ley del más débil, y recordar que junto al parámetro de la legalidad, como vinculación técnica ineludible, debe insistirse en el de la legitimidad, de forma que, junto a la norma positiva, deben ser de igual aplicación los principios y valores esenciales del ordenamiento jurídico plasmados en la Constitución Española: libertad, igualdad, justicia. Esta remoción pasa también por dejar de asfixiar las prácticas judiciales alternativas; aquellas prácticas que nos recuerdan que los derechos sociales (aquí la citada autora está pensando ya, entre otros, básicamente en el derecho a la vivienda) son el fruto de conquistas sociales; y también, y esto resulta relevante, que el verdadero contenido de las categorías jurídicas concretas viene marcado por diversos requerimientos económicos productivos, y que, en demasiadas ocasiones, la ideología hegemónica en el mundo de los juristas contribuye con frecuencia a confundir la dimensión normativa con la empírica.

Este planteamiento lo argumenta sólidamente, a nuestro parecer, la propia Amaya Olivas Díaz cuando interroga en el artículo bibliográfico seleccionado: "¿Se puede hablar de verdadera igualdad entre las partes que negocian un contrato obviando la tremenda asimetría que puede darse entre ambas?", y, a continuación, se responde a sí misma con contundencia: "Pretender esgrimir la libertad contractual obviando la situación de predominio de una de las partes sobre la otra equivale a hacer de la legalidad formal un instrumento para encubrir situaciones de arbitrariedad y abuso del Derecho. Y no se puede omitir que 'los derechos iguales' al recorrer el orden real de la desigualdad se manifiestan como derechos con efectos y con garantías comple-

¹⁷Amaya Olivas Díaz, juez de 1ª instancia de Barcelona, colaboradora del Observatorio DESC, "Ejecuciones hipotecarias y derecho a la vivienda: estrategias jurídicas frente a la insolvencia familiar", septiembre 2009, www.descweb.org, págs. 2 y ss., con cita, pág. 2, de Ferrajoli (1999), *Derechos y garantías: la ley del más débil* (Trotta), Madrid; también incluye cita en este artículo doctrinal, págs. 2 y 3, tanto de Weber, "Orden jurídico y orden económico", en *Economía y sociedad*, vol. I, págs. 225 y ss.; como de Ana Cañizares, "Efectos del incumplimiento de las obligaciones contractuales por el comprador en el contrato de compraventa. Mecanismos de protección", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, abril 2009.

tamente desiguales”¹⁸. Precisamente por ello, y no puedo estar más de acuerdo con Olivas Díaz, y con ello retomamos la conclusión terapéutica manifestada en el párrafo anterior, deben ser reivindicadas con fuerza las teorías garantistas, que inciden en superar las estrechas visiones del principio dispositivo en el ámbito de la justicia civil y, frente a ellas, promover y justificar la aplicación de las garantías constitucionales que también deben regir este campo. Así, e incluyendo una pertinente alusión a Taruffo (sentencia en su lógica argumental la autora Olivas Díaz), hay que empeñarse en que la decisión sea la más justa posible, sustancialmente.

Pero indagemos más aún. ¿Cómo hacer efectiva esta búsqueda de la justicia?, se pregunta otra vez Amaya Olivas Díaz. Y vuelve a contestarse ella como consecuencia de su propia reflexión en el ejercicio profesional de la judicatura: Se puede percibir, en efecto, la existencia de un sentimiento de impotencia y frustración, común a muchos juristas sensibles, ante la obligación de atenerse a una normativa que, como la que regula la ejecución hipotecaria, es a todas luces insuficiente para estudiar una realidad en la que se esconden multitud de factores de difícil visibilidad. Resolver esta situación conforme a los principios de igualdad y justicia exige la instrumentación de formas complejas alejadas de los procedimientos lineales que acarrearán resultados injustos¹⁹. Retomando las explicaciones del profesor Miguel Atienza, atendiendo al texto vertido ya aquí, el que los jueces no puedan tomar sus decisiones apartándose

¹⁸Por todas las innumerables sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, véase lo contenido en el apartado 48 de la STJUE de 10 de septiembre de 2014, Asunto C-34/13, que tiene por objeto la petición de decisión prejudicial en el procedimiento Monika Káasionová y SMART capital, as.: “Situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional, sin poder influir en el contenido de estas” [Tribunal de Justicia de la Unión Europea].

¹⁹Véanse, por ejemplo, algunas de las consideraciones del Tribunal de Luxemburgo que representan, como detallábamos por anticipado en nota a pie de página nº 15, una auténtica impugnación del sistema procesal español de ejecuciones hipotecarias judiciales con respecto a la protección de los consumidores demandados como deudores hipotecarios, en la ya reiterada sentencia del caso Sánchez Morcillo frente a BBVA, de 17 de julio de 2014, en los párrafos o apartados números 26, 38, 39 o 43. 26: “En el marco de tales procedimientos, el Tribunal de Justicia ha declarado que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio –*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento– el carácter abusivo de una cláusula de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición”; 38: “En primer lugar, cabe señalar que de la documentación remitida al Tribunal de Justicia se desprende que, según las normas procesales españolas, puede ocurrir que un procedimiento de ejecución hipotecaria que tenga por objeto un bien inmueble que responda a una necesidad básica del consumidor, a saber, procurarse una vivienda, sea incoado a instancia de un profesional sobre la base de un documento notarial dotado de fuerza ejecutiva, sin que el contenido de dicho documento ni siquiera haya sido objeto de un examen judicial destinado a determinar el carácter esencialmente abusivo de una o varias de las cláusulas que contenga. Este trato privilegiado que se concede al profesional hace aún más necesario que el consumidor, en su condición de deudor ejecutado, pueda obtener una tutela judicial eficaz; 39: “En lo que atañe al control que a este respecto ejerce el juez que sustancia la ejecución, cabe observar, por una parte, que según confirmó el Gobierno español en la vista, a pesar de las modificaciones que la Ley 1/2013 introdujo en la LEC, como consecuencia del pronunciamiento de la sentencia Aziz (EU: C: 2013: 164), el artículo 552, apartado 1, de la LEC, no impone a dicho juez la obligación de examinar de oficio el carácter eventualmente abusivo de las cláusulas contractuales que constituye el fundamento de la demanda, sino que le atribuye meramente la facultad de efectuar tal examen”; 43: “Habida cuenta de las mencionadas características, en el supuesto de que se desestime la oposición formulada por el consumidor contra la ejecución hipotecaria de un bien inmueble de su propiedad, el sistema procesal español, considerado en su conjunto, y tal como resulta aplicable en el litigio principal, expone al consumidor, o incluso a su familia –como sucede en el pleito prin-

de lo que establece el Derecho (eso es precisamente lo que determina el principio de independencia) no supone, obviamente, que deban considerarse esclavos de las palabras de la ley o que deban renunciar a jugar un rol activo en la conformación del Derecho. Como dictamina el mismo Código de Ética Judicial (Modelo Iberoamericano de Ética Judicial), artículo 40: “El juez debe sentirse vinculado no sólo por el texto de las normas vigentes, sino también por las razones en las que ellas se fundamentan”. Es decir, tanto por las reglas como por los principios. Y esto constituye el principal antídoto frente al formalismo: los jueces no pueden desentenderse de los valores jurídicos y deben, por ello, procurar hacer justicia por medio del Derecho²⁰.

Por último, y con ello regresamos al texto formulador del enunciado de este epígrafe, en estos momentos, y por lo que respecta en particular a la Ley concursal vigente en la actualidad (a raíz de su última profunda reforma por vía de la Ley 14/2013, *de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*, de 27 de septiembre, BOE 28 de septiembre), esta continúa tratando a las personas jurídicas deudoras insolventes, frente a las personas físicas o naturales, igualmente deudoras e insolventes, de una forma privilegiada²¹: así, por ejemplo, la declaración de concurso del ciudadano persona física deudor insolvente no paraliza en ningún caso la ejecución judicial hipotecaria de su vivienda habitual, al contrario de lo que pudiera acontecer respecto al caso de una entidad mercantil deudora e insolvente; además de ello, y por si fuera poco, la insolvencia de un miembro de la familia deudora acaba arrasando al conjunto familiar. Esta disparidad de tratamiento lleva a que autores como la profesora Ana Cañizares cuestionen “la desidia legislativa” de esta regulación y

cial— al riesgo de perder su vivienda como consecuencia de la venta forzosa de esta, siendo así que el juez que tramita la ejecución, en su caso, habrá llevado a cabo, a lo sumo, un examen somero de la validez de las cláusulas contractuales en las que el profesional fundamentó su demanda. La tutela que el consumidor, en su condición de deudor ejecutado, podría obtener eventualmente de un examen judicial distinto, efectuado en el marco de un proceso declarativo sustanciado en paralelo al procedimiento de ejecución, no puede paliar el mencionado riesgo, puesto que, aun suponiendo que tal examen desvele la existencia de una cláusula abusiva, el consumidor no obtendrá una reparación in natura de su perjuicio que le reintegre a la situación anterior al despacho de la ejecución del bien inmueble hipotecado, sino que obtendría únicamente, en el mejor de los casos, una indemnización que compensara tal perjuicio. Ahora bien, este carácter meramente indemnizatorio de la reparación que eventualmente se conceda al consumidor le proporcionará tan sólo una protección incompleta e insuficiente. No constituye un medio adecuado y eficaz, en el sentido del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, para lograr que cese la aplicación de la cláusula considerada abusiva del documento auténtico de constitución de hipoteca sobre el bien inmueble que sirve de base para trabar el embargo de dicho inmueble (véase, en este sentido, la sentencia Aziz, EU: C: 2013: 164, apartado 60). Algunos párrafos de esta nota están personalizados, debido a su considerable extensión, por quien suscribe el presente artículo.

²⁰Manuel Atienza, “La autoridad y los límites del Derecho”, *Revista El Notario del Siglo XXI*, mayo-junio 2011, nº 37, Opinión.

²¹Acerca de la Ley de apoyo a los *emprendedores y su internacionalización*, de 27 de septiembre de 2013 (BOE 28 de septiembre), y sobre el tema que nos ocupa, ver, de Matilde Cuenca Casas: “Conclusión del concurso de persona física y pasivo insatisfecho”, Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, noviembre 2013, texto de la ponencia presentada en el XI Seminario Harvard-Complutense sobre “Reestructuración del sistema financiero y nuevas estrategias de negociación”, celebrado los días 7, 8 y 9 de octubre de 2013 en Harvard Law School / Real Colegio Complutense; “El impacto económico del *fresh start* o Ley de segunda oportunidad”, *Revista El Notario del Siglo XXI*, nº 48, marzo-abril 2013, 4 de abril de 2013; “Ley de Emprendedores, exoneración de deudas o *fresh start*”, nº 30 *Anuario Derecho Concursal*; “¿Una segunda oportunidad para los emprendedores”, *Revista El Notario del Siglo XXI*, nº 52, noviembre-diciembre 2013, 16 de diciembre de 2013.

su posible inconstitucionalidad, dada la consideración de los contenidos contemplados en los artículos 51 y 53 de la Constitución Española²².

Es ilustrativo cómo, atendiendo a una similar línea diagnóstica, el Defensor del Pueblo español propone, en su informe actualizado de 2013 sobre crisis económica y deudores hipotecarios²³, la necesidad de llevar a cabo una profunda reforma legislativa que aborde la regulación de la situación de los deudores hipotecarios en su conjunto. Por añadidura, y como complemento a lo expuesto, en un Informe anterior del año 2012²⁴, acerca del mismo ámbito sectorial, el Defensor del Pueblo español denuncia cómo los bancos y las entidades de crédito insolventes se benefician de unos auténticos privilegios no reconocidos legalmente: así, como empresas que son, están obligadas a solicitar el concurso de acreedores, y en su lugar, no obstante, acuden al cauce de ayudas públicas para superar su situación de debilidad económica o de déficit financiero o contable; por lo tanto, y a la hora de la verdad, estas ayudas son contrarias al principio de igualdad constitucional, ya que para responder de sus deudas, los bancos no sólo cuentan con su propio patrimonio, sino que además cuentan con las ingentes cantidades de dinero público recibidas por el sector financiero, lo que, obviamente, en absoluto sucede con las personas físicas o naturales deudoras e insolventes.

Podríamos, por consiguiente, terminar este epígrafe corroborando, de conformidad con el lúcido análisis del Defensor del Pueblo, lo injusto, discriminatorio y desequilibrado que representa el que todas estas prerrogativas sólo implican ayudas para una de las partes de la relación obligatoria, sin que los beneficios se extiendan a la otra parte, a la de los consumidores deudores hipotecados de buena fe²⁵. Y por eso, entre otras consideraciones no menores, y por ende, por la propia credibilidad de las entidades financieras y el retorno de la confianza de los ciudadanos al sistema financiero, hoy en día con toda razón en entredicho por las capas sociales mayoritarias en

²²Amaya Olivás Díaz: op. cit., págs. 7 y 8, con cita, a su vez, a la profesora Ana Cañizares, op. cit. en nota pie de página nº 17.

²³Defensor del Pueblo. Documento de actualización. *Crisis económica y deudores hipotecarios: Actuaciones y Propuestas del Defensor del Pueblo*. Actualización a 9 de abril de 2013, Consideraciones finales, pág. 23.

²⁴Informe del Defensor del Pueblo: *Crisis económica y deudores hipotecarios*, 2012, págs. 10 y 11.

²⁵La constatación práctica demuestra a diario, además, que este colectivo de consumidores deudores hipotecados de buena fe, y que estén dentro de unos parámetros de sobreendeudamiento, suelen quedar con frecuencia en riesgo de perder su vivienda o el local donde ejercen su profesión que constituye su medio de vida, y, por consiguiente, en peligro de exclusión social.

²⁶Profesora Matilde Cuenca Casas, "Crédito responsable, fresh start y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas", Revista *El Notario del Siglo XXI*, nº 43, Opinión, 6 de mayo de 2012: "En lo que se refiere al tratamiento general de la insolvencia de la persona física, ya he señalado las disfunciones que presenta nuestra Ley Concursal, y que son de tal entidad que cabe decir que no soluciona los problemas, sino que los agrava. Concluido el concurso por inexistencia de bienes y derechos, la situación del deudor concursado es la misma que al iniciar el mismo, pues sigue pesando sobre él todo su pasivo pendiente, sin posibilidad alguna de recuperación [...] No sólo no ha mejorado la posición del deudor, sino que se habrá agravado, ya que los costes del procedimiento concursal habrán aumentado su pasivo [...] Ahogar al deudor e impedir su recuperación es lo más antieconómico y lo menos inteligente que se puede hacer en un contexto de crisis como el actual [...] La actuación indiscriminada del principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1.911 del Código Civil se ha erigido en uno de los principales enemigos de la recuperación económica comprometiendo el patrimonio futuro del deudor. Las razones que se alegan en contra de la implantación de una exoneración del pasivo pendiente que permita al deudor de buena fe liberarse de las deudas impagadas por falta de activo con el objeto de favorecer su recuperación

este país, no ya tanto por los grandes inversores, se hace imprescindible reequilibrar cuanto antes realmente el sistema, reparando con ello los excesos cometidos y restaurando en consecuencia la equidad resquebrajada y transgredida.

III. La necesaria limitación y excepciones al principio general de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil en un contexto de crisis económica: el deudor hipotecado insolvente de buena fe

El ordenamiento jurídico español, por tanto, no cuenta por el momento con un procedimiento verdaderamente eficaz que procure atajar de raíz la insolvencia de los consumidores²⁶. Ciertamente es que muchos deudores, personas físicas, encuentran que con su patrimonio no pueden cubrir el conjunto de las deudas que lo gravan. Los recortes económicos, el desempleo o las bajadas salariales son situaciones, muchas veces, imprevistas que han provocado el empobrecimiento de un gran número de ciudadanos españoles y las dificultades, e incluso la imposibilidad, de hacer frente a sus deudas, suscitando la consiguiente detracción en el consumo interno, lo cual ocasiona, entre otros lastres no menores, que la riqueza no circule o que circule sin la precisa fluidez²⁷.

económica, son el riesgo de encarecimiento del crédito, así como su ralentización, el 'efecto llamada' que supondría la implantación de esta medida con el consiguiente atasco judicial y el riesgo de abuso por el consumidor. Tales riesgos son evitables con una regulación adecuada que establezca mecanismos de control de comportamiento del deudor y con la instauración de una mediación notarial previa obligatoria que favoreciese un convenio entre deudor y acreedores [...] En cuanto al riesgo de aumento de coste crediticio, este no es real tal y como extensamente he tratado en otro lugar [se reafirma la propia autora]. Precisamente el *Fresh Start* estimula el crédito responsable y provoca una mejor y sosegada valoración del riesgo crediticio por parte del acreedor, que es precisamente lo que no se ha hecho y es lo que nos ha llevado a la lamentable situación que vivimos ahora".

Véase lo que al respecto reseñamos de esta autora en la segunda parte de nuestra nota nº 1. En consonancia con la advertencia con la que acabamos la nota nº 1, las precedentes apreciaciones deben verse atemperadas siempre por la reciente reforma de la Ley Concursal de 27 de septiembre de 2013 por Ley 14 /2013, de Emprendedores y su Internacionalización, de 27 de septiembre (BOE 28 septiembre), ya que, a partir de esta Ley, sí que se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico concursal el régimen de segunda oportunidad para la persona física insolvente, si bien, al decir de un sector importante de la doctrina especializada y de la profesora Cuenca Casas en particular, de una manera deslavazada, incoherente e inoperantemente restrictiva: Matilde Cuenca Casas, "Conclusión del concurso de persona física y pasivo insatisfecho", en Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad Complutense, Madrid, noviembre 2013, texto de la ponencia presentada en el XI Seminario Harvard-Complutense sobre "Reestructuración del sistema financiero y nuevas estrategias de negociación", celebrado los días 7, 8 y 9 de octubre de 2013 en Harvard Law School / Real Colegio Complutense, así como en "Ley de Emprendedores, exoneración de deudas o *fresh start*", nº 30 *Anuario Derecho Concursal*; y también en

Existen diferentes causas de sobreendeudamiento de las personas físicas²⁸. A veces, y no debe descartarse en absoluto, puede obedecer a una mala gestión del presupuesto familiar; también puede tener su origen en un aumento de los gastos o incapacidad de pago de las deudas por razones externas y ajenas a la voluntad de los ciudadanos; a la reducción de los ingresos por pérdida del empleo o bajada del salario; al incremento de gastos familiares por la necesidad de atender a hijos recién nacidos o a algún familiar imposibilitado; a la incapacidad sobrevenida al mismo deu-

"¿Una segunda oportunidad para los emprendedores?", nº 52 *Revista El Notario del Siglo XXI*, noviembre-diciembre 2013, 16 de diciembre de 2013.

Segismundo Álvarez Royo-Villanova, notario de Madrid, "Ejecuciones hipotecarias en el contexto de la crisis", *Revista el Notario del Siglo XXI*, nº 36, Opinión, 29 de marzo de 2011, repasa también algunos de los argumentos esgrimidos en contra de la limitación de responsabilidad patrimonial universal, como el de la reducción del crédito hipotecario, el encarecimiento de las condiciones del crédito, el fomento de la irresponsabilidad del deudor (ir en contra de la cultura del pago por parte de los ciudadanos): todos ellos los califica de falaces, y los contrapone, en un análisis interesante, a la exigencia de responsabilidades por actuaciones negligentes, si no claramente temerarias, en la concesión de préstamos hipotecarios, así como en la connivencia de bancos y cajas con empresas tasadoras para conseguir tasaciones excesivamente altas. Llega a la conclusión de que el sistema se ha revelado, por una parte, ineficiente, y por otra, injusto, y por tanto no cabe duda de que requiere, reclama este notario, una reforma que debe venir desde el poder legislativo.

²⁷Según datos del Banco de España, recopilados por el Sr. Coscubiela y aportados al debate parlamentario, según consta oficialmente en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Pleno y Diputación Permanente, 11 de febrero de 2014, nº 174, pág. 12, a raíz de la toma en consideración en el Congreso de los Diputados de la Proposición de Ley de Medidas contra el sobreendeudamiento personal y familiar y de protección ante procedimientos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual, aprobada por unanimidad por el Parlamento de Cataluña, julio de 2012: "Durante 2013 ha continuado creciendo la morosidad, estamos en niveles de morosidad que se acercan al 6%, casi el doble de hace sólo un año. Y además nos encontramos con una situación dramática, 60.000 familias están atrapadas con hipotecas que valen más que sus casas y son susceptibles de estar de nuevo en esa situación los que aún no lo están".

²⁸Para la profesora Matilde Cuenca Casas es preciso abordar de manera diferenciada la insolvencia general de las personas físicas del sobreendeudamiento hipotecario, ya que, a pesar de la evidente conexión entre ambos problemas, su tratamiento jurídico es distinto. Ambos problemas, esgrime Cuenca Casas, tienen un denominador común: la concesión abusiva de crédito por parte de las entidades financieras. El dar crédito a manos llenas, sin una adecuada valoración del riesgo, es una de las causas de esta situación, y la impunidad con la que se ha actuado debe desaparecer si no queremos repetir los errores del pasado (en su nota a pie de página nº 2 la profesora Cuenca Casas destaca que el Fondo Monetario Internacional viene alertando de la necesidad de reestructurar la deuda de las familias e incluso ha llegado a proponer la quita de parte de la deuda hipotecaria. El organismo pide ayudas estatales para las familias al igual que las otorgadas a la banca. Ejemplo paradigmático es Islandia, donde los bancos han perdonado deuda hipotecaria equivalente al 13% PIB, y lo cierto es que este país ha iniciado el crecimiento económico). Matilde Cuenca Casas, "Crédito responsable, *fresh start* y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas", *Revista El Notario del Siglo XXI*, nº 43, Opinión, 16 de mayo de 2012.

Por su parte, y referido a quienes afecta, causas y motivos del sobreendeudamiento, transcribimos los apartados 2.8, 2.11, y 2.12 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema "Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social", 2014/C 311/06, Diario Oficial de la Unión Europea de 12 de septiembre de 2014. El 2.8 dice que "En la actualidad el sobreendeudamiento resulta más preocupante, puesto que afecta a los trabajadores pobres, a los parados, que han acumulado facturas no abonadas de servicios indispensables como la energía, el agua, los seguros y de telefonía, así como retrasos en el pago del alquiler; a personas de clase media tras un accidente en su vida, así como a jubilados cuya pensión se ha visto reducida por las políticas de austeridad, o porque apoyan financieramente a miembros de su familia. Se conocen las causas del sobreendeudamiento: el paro, los empleos precarios y determinadas situaciones familiares. Se conoce que los hogares monoparentales son los más afectados. En algunos casos, puede ser resultado de un accidente cotidiano, un divorcio, una separación, un fallecimiento, una enfermedad o una discapacidad que entrañe unos gastos médicos elevados. El coste prohibitivo de las matrículas universitarias en algunos Estados miembros también contribuye sustancialmente al sobreendeudamiento de los jóvenes"; el 2.11: "El riesgo de sobreendeudamiento se ve acentuado por la asimetría entre la progresión de los ingresos y la del coste de la vida, relacionada esta última con la evolución de los modos de vida, las políticas nacionales de auste-

dor, o por ayuda a otros familiares empobrecidos, etcétera.²⁹ En este preciso contexto, y por coincidir en el análisis subyacente, resulta de interés traer aquí a colación, debido al diagnóstico global e intersectorial que ofrece y las respuestas que se proponen a nivel territorial de la Unión Europea, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema, “Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social” (Dictamen exploratorio, 2014/C 311/06, Diario Oficial de la Unión Europea 12, septiembre 2014)³⁰. Observa el Comité Económico y Social Europeo que, si bien se han detectado las causas del sobreendeudamiento, que se ha agravado como consecuencia de la crisis financiera, del incremento del coste de la vida y del recurso a créditos en efectivo, no existe, sin embargo, ninguna definición armonizada del concepto de sobreendeudamiento. Dicha definición debiera contener los siguientes elementos: a) el hogar como unidad de medida apropiada para cuantificar el sobreendeudamiento; b) los compromisos financieros adquiridos; c) los compromisos informales adoptados por una familia o una comunidad; d) la incapacidad de pago; e) el sobreendeudamiento estructural; f) el nivel de vida digno; y g) la insolvencia. En este sentido, el Comité Económico y Social Europeo aboga por la fijación a nivel europeo de una definición operativa común de sobreendeudamiento, basada en la incapacidad de los consumidores para hacer frente al conjunto de sus deudas, independientemente de la naturaleza de las mismas o de los compromisos del consumidor

ridad y el aumento de los gastos de la vida diaria como la energía, la vivienda, la comunicación electrónica, la telefonía, el transporte o los gastos financieros”; y el 2.12: “En muchos de los casos, el sobreendeudamiento también se debe al recurso al crédito en una sociedad de abundancia, fomentado por campañas publicitarias agresivas y engañosas con el objetivo de compensar la falta de ingresos o de adquirir bienes y servicios. En este sentido, cabe destacar que los colectivos vulnerables están ‘mal endeudados’, puesto que no tienen acceso a todas las formas de crédito a causa de su falta de solvencia. Optan por fórmulas que resultan ser las más costosas, como los créditos en efectivo, a menudo vinculados a tarjetas facilitadas por diferentes canales y con tipos de interés muy elevados”.

²⁹Ver nota a pie de página nº 4, Debate parlamentario, que consta oficialmente en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Pleno y Diputación Permanente, 11 de febrero de 2014, nº 174, pág. 10, Sr. Martínez Gorriarán, a raíz de la toma en consideración en el Congreso de los Diputados de la Proposición de Ley de Medidas contra el sobreendeudamiento personal y familiar y de protección ante procedimientos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual, aprobada por unanimidad por el Parlamento de Cataluña, julio 2012: “En España la crisis hipotecaria, la crisis de ejecuciones hipotecarias, la de desahucios, es consecuencia de la crisis económica, que no sólo ha afectado a créditos temerarios ni muchísimo menos, sino a créditos que eran en su momento, cuando se concedieron, absolutamente razonables y de buena fe por ambas partes, pero que debido a una legislación que no protege de una manera suficiente y adecuada a los deudores, en este caso a los hipotecados [...] Esta es una cuestión que tiene que resolver el Congreso, porque para eso estamos y, si es a propuesta del Parlamento de Cataluña bienvenida sea”.

Y págs. 8 y 9 Informe Defensor del Pueblo, *Crisis económica y deudores hipotecarios*, 2012: “[...] la reciente crisis económica ha agravado el problema del sobreendeudamiento de los particulares y por la ineficacia de la legislación para resolver estas situaciones.

La disminución de ingresos por el desempleo y otras circunstancias derivadas de la coyuntura económica reducen la capacidad de hacer frente al pago de las cuotas de los préstamos hipotecarios. Quienes se encuentran en estas circunstancias, aunque quieran, no pueden saldar sus deudas al vencimiento de las mismas. Cada vez son más frecuentes los casos de viviendas que por la bajada de precios valen menos que la deuda hipotecaria. Aumentan los desahucios y el riesgo de marginación social. Como es bien sabido, por el sistema legal vigente en España, el deudor no se libera con la entrega de la vivienda. Rige el principio de responsabilidad patrimonial universal y tras la ejecución hipotecaria y la pérdida de la vivienda, el deudor consumidor mantiene la parte de la deuda no satisfecha [...]

Estos hechos hacen que nos preguntemos sobre la conveniencia de proteger a los deudores de buena fe que han perdido su vivienda, o están en riesgo de perderla, afectados por el paro u otras circunstancias imprevisibles fuera de su control. La respuesta debe ser prudente [...] Sin embargo, hay que partir del hecho que nos encontramos ante situaciones excepcionales que merecen respuestas excepcionales.”

Para resolver todas estas contingencias se utilizan, entre las entidades bancarias y los usuarios o consumidores finales, fórmulas o técnicas varias de refinanciación o reestructuración de deuda, como, entre otras, la obtención de créditos personales, préstamos familiares o el uso para gastos corrientes de las tarjetas de crédito. Una vez agotadas las fórmulas anteriores, se llega al endeudamiento excesivo, con el crédito cerrado, y a la incapacidad de devolución del dinero prestado. Ante una situación así se produce en gran número el inicio de una ejecución hipotecaria, que puede llevar a la pérdida de la vivienda y otros inmuebles (locales comerciales, garajes, etc.)³¹, sin que, en muchas ocasiones, la deuda total quede saldada tras su venta, en vía de apremio, en la subasta judicial, con lo cual se ha de continuar pagando después: el remanente resultante (del capital principal, intereses remuneratorios, intereses de demora, gastos y costas), más, en su caso, los créditos personales pendientes. Esto lleva al sujeto pasivo de las deudas, u obligado, a una situación de insolvencia de por vida³², ya que responde de dicho débito con todos sus bienes presentes y futuros (es decir, en definitiva, la denominada tradicionalmente responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil). Una cosa es evidente, como advierte M. Cuenca Casas: el deudor insolvente hoy lo será también mañana, porque le estamos invitando a la economía sumergida, aumentando las posibilidades de que el banco no vaya a cobrar nunca lo que le deben, el Estado no perciba ingresos y, además, probablemente ese ciudadano desahuciado por el sistema será acreedor de prestaciones públicas, y con ello, por consiguiente, todos acabemos perdiendo.

Parecería, por lo tanto, que lo más sensato y más coherente para propiciar una reactivación económica general fuese, precisamente, que ese deudor insolvente (estamos hablando siempre de un deudor insolvente que lo sea de buena fe) dejara de estar obligado al pago de sus deudas pendientes y pudiera “volver a empezar” y reiniciar su actividad de manera legal. No se trataría de derogar el artículo 1.911 CC, que seguiría rigiendo como una regla general, sino de limitarlo en una situación excepcional, a imagen y semejanza de lo que ya en la práctica ocurre por ley con el denominado

³⁰Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social” (Dictamen exploratorio, 2014/C 313/06). Ponente General: Reine-Claude Mader, en su 498 Pleno de los días 29 y 30 de abril de 2014 (sesión del 29 de abril), el Comité Económico y Social Europeo aprobó el Dictamen (DOUE 12 de septiembre de 2014): 1. Conclusiones y recomendaciones; 2. Introducción; 3. Hacia una definición europea, operativa y común de sobreendeudamiento; 4. Prevención del sobreendeudamiento; 5. Gestión del sobreendeudamiento; 6. Garantizar un nivel de protección elevado para el consumidor y contribuir a la consolidación del mercado único; 7. Observatorio europeo del sobreendeudamiento.

³¹Debate parlamentario, que consta oficialmente en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Pleno y Diputación Permanente, 11 de febrero de 2014, nº 174, pág. 14, Sr^a. Ciuró i Buldó, a raíz de la toma en consideración en el Congreso de los Diputados de la Proposición de Ley de Medidas contra el sobreendeudamiento personal y familiar y de protección ante procedimientos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual, aprobada por unanimidad por el Parlamento de Cataluña, julio 2012: “La morosidad de 2013 se incrementa de forma alarmante, ello indefectiblemente ligado a la falta de creación de empleo. A más morosidad, señorías, más procedimientos ejecutivos, más lanzamientos y más desahucio”.

³²Ver 2ª parte de nuestra nota a pie de página nº 1: Matilde Cuenca Casas, “Crédito responsable, fresh start y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas”, *Revista El Notario del Siglo XXI*, nº 43, 16 de mayo de 2012; y de la misma autora, “Conclusión del concurso de persona física y pasivo insatisfecho”, noviembre 2013, Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, texto de la ponencia presentada en el XI Seminario Harvard-Complutense sobre “Reestructuración del Sistema Financiero y nuevas estrategias de renegociación”, celebrado los días 7, 8 y 9 de octubre de 2013 en Harvard Law Schol / Real Colegio Complutense.

patrimonio inembargable del deudor. En conformidad con las enseñanzas del profesor Díez Picazo, que configura el principio de responsabilidad patrimonial universal como una suerte de garantía que ostenta el acreedor sobre el patrimonio del deudor³³ para impedir la preparación, consumación o el aumento de la insolvencia patrimonial deudora, y para lograr la disminución o la desaparición de la ya producida, aquel principio general otorga al acreedor un poder de actuación, o derecho subjetivo autónomo, sobre el patrimonio del deudor, y que, por tanto, descarta su entendimiento como afección real de todo el patrimonio del deudor al cumplimiento de la obligación, ya que la noción de garantía en sentido estricto (derecho real de garantía) implica un refuerzo singular del crédito que es en sí mismo incompatible con la idea de derecho subjetivo autónomo que afecte al completo patrimonio de la persona deudora. Es esta consideración la que permite, sin lugar a dudas, que dicha responsabilidad universal se pueda limitar a bienes concretos³⁴ y se restrinja a estos el poder de agresión del acreedor, lo que sucede por ejemplo con las hipotecas voluntarias, entendiendo válidos los pactos (artículo 1.255 CC) que constriñen la responsabilidad a los bienes hipotecados (artículo 140 Ley Hipotecaria³⁵), y también, siempre desde nuestro modesto y particular punto de vista, la que haría viable técnicamente que por ley pudieran introducirse determinados tipos de bienes inmuebles como inembargables, ya sea en unos casos la vivienda o residencia habitual, ya sea en otros el local de negocio donde se ejerce la actividad profesional que constituye el medio de vida normal; y, en los dos casos, siempre y cuando

³³Díez Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 2ª edic., Tecnos, 1989, págs. 387 y ss., citado por M^a Ángeles Eguisquiza Balmaseda, “Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio del párrafo segundo *in fine* de la Ley 493 del Fuero Nuevo”, *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio 2011, n° 51, pág. 45.

³⁴M^a Ángeles Eguisquiza Balmaseda, “Crisis económica, falta de liquidez...”, *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio 2011, n° 51, págs. 44 a 46.

³⁵Art. 140 L.H.: “No obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados.

En este caso la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor”.

³⁶Tras una lectura sosegada, con una visión de crítica bastante lógica y razonable, el artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece literalmente que: “No serán en absoluto embargables: [...] 4º Los bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal”. Y el artículo 606 LEC: “Son también inembargables: 1º El mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo. En general, aquellos bienes como alimento, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia. 2º Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado. 3º Los bienes sacros y los dedicados al culto de las religiones legalmente registradas”.

Nos parece, o al menos esa es la sensación que le queda al autor de este artículo que presentamos aquí, que es simple cuestión de voluntad política el incluir o no en el texto procedimental civil que, excepcionalmente y para situaciones de insolvencia sobrevenida, el deudor hipotecario pudiera salvar, como inembargables en vía de apremio en un procedimiento de ejecución hipotecaria, ya sea su inmueble vivienda habitual, en donde se localiza el mobiliario y el menaje, o ya sea, llegado el caso, su local de negocio como inmueble en que se encuentran libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de su profesión habitual como medio normal de supervivencia económica cotidiana. No vemos aparentemente ningún motivo técnico racional que justifique la no inclusión de estos bienes como inmuebles excluidos de embargo en caso de ejecución hipotecaria. Está claro que son excepciones a la regla general del artículo 1.911 Código Civil, y que en determinadas circunstancias, sí que pudiera quedar justificada la condición de inembargabilidad, en la vía de apremio judicial, de este tipo de bienes inmuebles.

la persona física titular de esa vivienda o local de negocio tuviese la condición de deudor hipotecario insolvente de buena fe, imposibilitado por esta circunstancia de cumplir con las cuotas vencidas y exigidas del préstamo hipotecario, y de lo cual trajese causa un determinado procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, ya en fase de apremio, instado por el banco o entidad financiera que asumiese la condición de acreedor hipotecario³⁶. En esta dirección abunda, por cierto, el Defensor del Pueblo español cuando, en una de las conclusiones al Informe del año 2012, *Crisis económica y deudores hipotecarios*, manifiesta³⁷: “Esta Institución considera que tanto la vivienda, que constituye la residencia de las personas particulares, como el local de negocio donde se ejerce la actividad, que constituye su medio de vida, deben tener un tratamiento diferenciado en todos los ámbitos, y, al igual que ocurre en el terreno fiscal, en el que el legislador entiende que deben estar separados del resto del patrimonio de los contribuyentes, en el sector hipotecario debería regularse separadamente, de forma que obtengan una mayor protección, acorde con la voluntad de la Comunidad Europea, a fin de paliar la desigualdad existente entre los sujetos que intervienen en este tipo de contratos”.

³⁷Pág. 95 del Informe del Defensor del Pueblo *Crisis económica y deudores hipotecarios*. En la página 85 del citado Informe, el Defensor confiere análogas consideraciones de *lege ferenda* al recomendar que: “[...] se debería examinar la posibilidad de dividir en subtipos los créditos hipotecarios y otorgar diferente consideración, en caso de mora o impago, a las viviendas habituales y locales de negocio en los que se ejerce la profesión habitual, frente a cualquier otra adquisición de bienes inmuebles en los que estos se constituyan en garantía”.

³⁸Cuena Casas, “Crédito responsable, fresh start y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas”, *Revista el Notario del Siglo XXI*, nº 43, 16 de mayo de 2012: “Un dato incontestable (para abordar la problemática del sobreendeudamiento hipotecario) es la disminución del valor del mercado de los bienes inmuebles. Pero esta razón no es la única que ha provocado que, cuando se procede a la ejecución de una hipoteca, el valor del bien no sea suficiente para el pago de la deuda garantizada. En primer lugar, ha fallado la tasación realizada en el momento de la constitución de la hipoteca, la cual no se ha hecho a valor de mercado en tal momento, sino que se ha ‘inflado’ partiendo de la idea de que el valor subiría [...] esta es la primera irregularidad y que no es imputable al consumidor. En segundo lugar, ese valor de tasación ‘inflado’ ha permitido a la entidad financiera ‘prestar más’ para hacer más negocio y, en ocasiones, superando el 80% del valor de tasación. Segunda irregularidad tampoco imputable al consumidor. Por lo tanto, nos encontramos con inmuebles con valores inflados que garantizan deudas hipotecarias escandalosas, efectos de los que el consumidor no podía escapar si quería tener una vivienda. Y si la vivienda era excesiva para la capacidad económica del deudor, el departamento de riesgos de la entidad financiera, preparado para tal evaluación, debería haberlo detectado. Tercera irregularidad. Y no se diga que la culpa es del consumidor irresponsable. Esta afirmación que escucho con cierta frecuencia ignora la posición de inferioridad en la que se encuentra el consumidor en la contratación bancaria; ignora que el sistema avaló el sobreendeudamiento como mecanismo de acceso a un bien de primera necesidad como es la vivienda y, sobre todo, ignora que no hay consumidor que se endeude de manera irresponsable si no hay un acreedor que le concede crédito de manera irresponsable”.

Es llamativa, por su elevado contraste con los planteamientos que aquí defendemos, la postura de autores como Dulce Calvo González-Vallinas, “¿Es la dación en pago una solución? Las implicaciones jurídico-económicas de la dación en pago”, abril 2014, Fundación Ciudadanía y Valores, págs. 8 y 9: “Por otra parte, cabe destacar que la morosidad hipotecaria, en el ámbito que aquí interesa que es el crédito hipotecario para adquisición de vivienda, afecta a menos del 6% de los deudores hipotecarios. De manera que existe más de un 94% de deudores que podríamos denominar ‘cumplidores’. Es este un importante dato a tener en cuenta a la hora de determinar medidas frente al problema del aumento de las ejecuciones hipotecarias. En efecto, debe razonarse si aprobar una reforma de la ley, que por definición se aplica a la generalidad de la ciudadanía, es lo más adecuado en una situación en que el problema a resolver se centra en un número mucho más reducido de deudores. No parece eficiente la adopción de una norma que afectará al 94% restante de los deudores hipotecarios que cumplen regularmente sus obligaciones de pago. Por añadidura, han de tenerse en cuenta los efectos que la norma producirá en los acreedores hipotecarios”. Y es llamativa, replico, precisamente porque va en una dirección contraria a los propios llamamientos de

Al decir de la profesora M. Cuenca, el extraordinario sobreendeudamiento hipotecario de los consumidores es fruto de la “burbuja inmobiliaria” estimulada desde todos los órdenes: la burbuja revienta y nos encontramos con “activos tóxicos” que descuadran los balances de la entidades bancarias y familias enteras “en la calle” que tuvieron que sobreendeudarse para adquirir un bien de primera necesidad (ya sea su vivienda o residencia habitual o ya sea, por qué no, su propio local de negocio como medio de vida para el ejercicio de su actividad profesional)³⁸. Entonces, llegado a esta situación, es bastante lógico predecir que el deudor hipotecario sobreendeudado, ante la falta de alicientes y de perspectivas socioeconómicas, busque por sí mismo sistemas de supervivencia marginales y alternativos en la economía sumergida³⁹, como por ejemplo el trabajo sin contrato, o la transferencia a familiares u otras personas de confianza de la titularidad de otras eventuales propiedades susceptibles de persecución y embargo por el banco, o entidad crediticia similar, para la liquidación y cobro de la deuda total que aún quede por cobrar, etc.⁴⁰ Es debido a ese estado de cosas no deseadas ni deseables, y precisamente para superarlo y llegar a un estadio normalmente alcanzable por la generalidad de las personas físicas naturales, que la propia institución del Defensor del Pueblo diseñó en el año 2012 las siguientes líneas o parámetros de intervención, entre otras y las más destacables en relación con lo que se trata en el presente trabajo: a) la elaboración de un concepto jurídico del deudor de buena fe; b) abordar de una vez la modificación del artículo 1.911 del Código Civil, con el fin de matizar la responsabilidad patrimonial universal de las personas físicas insolventes, mediante un sistema respetuoso con los principios constitucionales y acor-

organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional, que hemos reseñado en nuestra nota a pie de página nº 27, o las cifras reconocidas oficialmente por el INE o por el Consejo General del Poder Judicial en el sentido de que, desde que comenzó la crisis hasta la actualidad, unas 570.000 ejecuciones hipotecarias se han iniciado en nuestro país, cifra no menor, y que revela, detrás de ese frío pero muy considerable dato, dramas y tragedias humanas que merecen respuestas sólidas y enérgicas por parte de nuestro ordenamiento jurídico.

³⁹La economía sumergida en España, según estudios de la Fundación La Caixa, es un 20% del PIB del Estado español. Dice también, con toda la cautela que supone calcular lo que es la economía informal, que hay alrededor de 80.000 millones de euros en economía sumergida. Datos aportados por la señora Ciuró i Buld a raíz del debate sobre la toma en consideración en el Congreso de los Diputados de la Proposición de Ley de medidas contra el sobreendeudamiento personal y familiar y de protección ante procedimientos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual, aprobada por unanimidad por el Parlamento de Cataluña, julio 2012, en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación permanente, 11 de febrero de 2014, pág. 14.

⁴⁰Informe Defensor del Pueblo, *Crisis económica e insolvencia personal*, octubre 2013, págs. 3 y 4.

⁴¹Informe del Defensor del Pueblo, *Crisis económica y deudores hipotecarios*, 2012, pág. 35: “El sistema actual, ante una situación de insolvencia del deudor hipotecario, favorece la exclusión social del deudor persona física. La vivienda habitual no es, por ende, un bien inembargable, y está sujeta a las normas generales sobre responsabilidad patrimonial universal del art. 1.911 CC Para Matilde Cuenca Casas (“Algunas reflexiones de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física”, esprints.ucm.es/9714/ref. de 18 de enero de 2012), excluir la vivienda habitual de la agresión de los acreedores bloquearía la posibilidad de los cónyuges de obtener crédito, pues aunque la vivienda sea considerada un bien de primera necesidad, también constituye normalmente el único valor patrimonial importante de la pareja. Luego, en su opinión, la protección de la vivienda habitual debe encontrar su límite en la salvaguarda de la capacidad de crédito familiar. Reconociendo que la Ley Concursal se funda en el principio fundamental de la satisfacción de los acreedores, se cuestiona si debe atenderse a otros principios dignos de tutela, vigentes en nuestro sistema jurídico general, como el derecho a una vivienda digna. Según Cuenca Casas, es preciso cohonestar los intereses del sistema financiero con los de las familias que, en ocasiones, se han visto en la tesitura de generarse un sobreendeudamiento hipotecario por consecuencia de las reglas de un mercado inmobiliario altamente especulativo y, también, por consecuencia de determinadas actuaciones irresponsables de las entidades financieras, tal y como se está poniendo de relieve en la actualidad. Y

de con el concepto de deudor de buena fe; c) regular el procedimiento de insolvencia personal, de seguimiento obligatorio para los acreedores, estableciendo plazos y prórrogas de pago, quitas y esperas, con la posibilidad de continuar, a cambio de una renta o alquiler social, en el uso de la vivienda habitual o del local de negocio que constituye la actividad profesional fundamental para el sustento económico personal y familiar: se trataría de establecer la llamada “Ley de segunda oportunidad”, que ya existe para las personas jurídicas pero no para las personas físicas, evitando así la exclusión social⁴¹. (Como ya hemos tenido ocasión de subrayar varias veces páginas atrás, en cualquier caso de forma tangencial, en la actualidad, por virtud de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, BOE 28 de septiembre, ya existe hoy en día una “Ley de segunda oportunidad” para los deudores que sean personas físicas insolventes, si bien debe recalcar que esta regulación adolece de evidentes deficiencias, es susceptible de críticas por su incoherencia y escasísima ambición, y, en consecuencia, es manifiestamente mejorable, tal y como ya se ha encargado de poner de relieve la doctrina especializada: a título meramente indicativo, además de los estudios monográficos de la profesora Matilde Cuenca Casas, véase la nota nº 43 de nuestro trabajo.) Teniendo siempre en cuenta el lector esta necesaria e ineludible actualización legislativa que acabamos de enmarcar entre paréntesis en nuestra exposición, evoquemos que el Consejo Económico y Social español, ya en el año 1999, llamó la atención acerca de su preocupación sobre la regulación del sobreendeudamiento en España, al afirmar en el Informe sobre los derechos del consumidor y la transparencia de mercado⁴²: “El CES considera que en España no debería descartarse la posibilidad de estudiar la implantación de un sistema para solucionar los problemas de sobreendeudamiento de los consumidores de buena fe, en todo caso para casos excepcionales que hayan ocasionado la imposibilidad de pagar del consumidor. Tales casos podrían ser aquellos en los que el consumidor hubiera quedado en paro, hubiera sufrido alguna enfermedad importante, o cualquier otra circunstancia trascendente que hubiera cambiado su vida desde el punto de vista económico y sin culpa alguna por su parte”. Posteriormente, en la Memoria del Consejo Económico y Social español del año 2011, capítulo III, sobre Protección social y calidad de vida, se vuelve a insistir en que la ausencia del tratamiento específico de los graves casos de sobreendeudamiento familiar, a través de la inclusión de unos mecanismos específicos paliativos o curativos, sigue constituyendo una asignatura pendiente en España⁴³.

En esta misma línea orientativa (y con idéntica observación que hemos introducido entre paréntesis en el párrafo precedente, a propósito de la entrada en vigor de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionaliza-

es que el objetivo del proceso concursal, que es el de la satisfacción de los intereses de los acreedores, debiera compatibilizarse con el de evitar la exclusión social del deudor, objetivo presente en legislaciones de nuestro entorno que dotan a la insolvencia del consumidor de un estatuto especial”.

⁴²Aprobado en la Sesión del Pleno del Consejo Económico y Social celebrado el día 17 de febrero de 1999, recogido en pág. 29 y nota a pie de página nº 16 del informe del Defensor del Pueblo *Crisis económica e insolvencia personal*, octubre de 2013.

⁴³Desde la perspectiva de la protección de los consumidores y usuarios, el año 2011 ha dejado pendiente varias líneas de avance. La reforma de la Ley Concursal, que había creado expectativas en torno a la creación de mecanismos específicos para el tratamiento de los casos de sobreendeudamiento familiar, finalmente no recogió novedades en ese sentido, limitándose a posponer la redacción de una ley específica de sobreendeudamiento de los consumidores”, referencia tomada de la pág. 30 del informe del Defensor del Pueblo *Crisis económica e insolvencia personal*, octubre de 2013.

ción, BOE 28 de septiembre, y su incidencia en este campo para resolver la insolvencia del deudor en quien concurra la condición de persona física) es de reseñar, en un plano supranacional, la recomendación hecha a España por parte del Fondo Monetario Internacional en la Declaración Final de la “Consulta del Artículo IV de 2013 con España”, emitida en Madrid el 18 de junio de 2013, en la que alienta a las autoridades españolas a considerar progresos adicionales, complementando el conjunto de medidas ya adoptadas para abordar las dificultades financieras vinculadas a las hipotecas de primera vivienda, con la conveniencia de introducir en el futuro un régimen de insolvencia personal (como en otros países del área Euro), con condiciones estrictas que preserve la cultura del pago (véase al respecto nuestra nota a pie de página nº 46). Asimismo, en el ámbito europeo, el “Dictamen del Banco Central Europeo, de 22 de mayo de 2013, sobre protección de los deudores hipotecarios”, emitido a petición de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, en la observación general 2.3, indica: a) que es importante que los prestamistas garantizados adapten sus prácticas actuales de gestión de prestatarios incursos en incumplimiento a fin de evitar las ejecuciones hipotecarias; b) que es importante también que el marco regulador proporcione incentivos a todas las partes interesadas para que acuerden una reestructuración de deuda oportuna y razonable en caso de incumplimiento⁴⁴.

Es por todo ello, concluye el Defensor del Pueblo en su informe *Crisis económica e insolvencia personal* de octubre de 2013, que es imprescindible revisar la normativa que pueda paliar situaciones graves o muy graves, no sólo como ahora en la actualidad la situación de insolvencia leve (entendida como la situación en que el deudor puede hacer frente a la práctica totalidad de los créditos que pesan sobre su patrimonio), y elaborar un marco legal más flexible, menos gravoso y que evite la pérdida de bienes que constituyen el único patrimonio de los afectados personas físicas deudoras insolventes, ya que, en definitiva, la responsabilidad patrimonial indefinida, como hemos reiterado a lo largo de este artículo, aboca a un alto porcentaje de este tipo de deudores a tener que malvivir en la pobreza y en la exclusión social, además de situarse ante el alto riesgo de precipitarse a la economía sumergida para tratar de eludir la situación de tener que vivir y trabajar única y exclusivamente para el pago de las deudas pendientes. Precisamente para reconducir este desafortunado resultado económico y social de un segmento importante de la ciudadanía y para redistribuir el riesgo de insolvencia entre acreedores y deudores, además de por obvias razones de justicia constitucional, es por lo que, compartiendo de nuevo el diagnóstico y las medidas propuestas por el Defensor del Pueblo en su reseñado Informe de 2013⁴⁵, debemos preconizar una vía reguladora que, estando basada en la cultura del pago⁴⁶, permita volver a emprender legalmente sus actividades a aquellas personas deudoras de buena fe que se han visto envueltas y arrastradas en su perjuicio por la coyuntura económica, o sea, en definitiva,

⁴⁴Referencias tomadas de las págs. 30 y 31 del informe del Defensor del Pueblo, de octubre de 2013, *Crisis económica e insolvencia personal*.

⁴⁵Informe del Defensor del Pueblo, *Crisis económica e insolvencia personal*, octubre 2013, pág. 31.

⁴⁶Como ha señalado la doctrina especializada, no puede existir en sentido jurídico un “deudor” que no responda del cumplimiento de sus obligaciones; los pactos que impliquen con carácter absoluto una “no responsabilidad” son nulos, pues vulneran los límites previstos en el artículo 1.255 del Código Civil. M^a Ángeles Egusquiza Balmaseda, “Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio del párrafo segundo in fine de la Ley 493 del Fuero Nuevo”, *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio 2011, pág. 45 y nota a pie de página nº 19, citando al profesor Gullón Ballesteros.

ofrecer regladamente a este tipo de deudores de buena fe una segunda oportunidad real, efectiva, así como una verdadera perspectiva de futuro.

Dos últimas cuestiones especialmente relevantes, y que aparecen ancladas de una manera recurrente en el abordaje de este epígrafe de nuestro trabajo, merecen ahora finalmente nuestra atención.

La primera: ¿qué hemos de entender técnicamente por deudor de buena fe (en el caso objeto de nuestro examen, deudor hipotecario de buena fe), en una época de crisis social, económica y estructural como la que estamos viviendo desde hace ya más de un lustro?⁴⁷ A nuestro entender, en efecto, debe poder considerarse razonablemente que semejante crisis es un acontecimiento económico imprevisible y fuera del control de una gran mayoría de deudores hipotecarios, que suscribieron sus contratos o pólizas de préstamos hipotecarios en un momento y en unas circunstancias sociales, económicas y familiares sobrevenidas que no son las actuales. Por consiguiente, hemos de plantearnos qué índice de responsabilidad le cabe al deudor cuando el incumplimiento o impago de sus amortizaciones o plazos viene derivado de circunstancias ajenas a su control. Acudimos a nuestro Derecho civil común y el artículo 1.105 del Código Civil establece que: “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieren podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”. El profesor Pantaleón Prieto explica que para aplicar este artículo del Código Civil, y que el deudor, en su caso, quedare exonerado de responsabilidad contractual, deberán concurrir estos tres requisitos: a) La falta de cumplimiento debe haber sido provocada por un impedimento ajeno al ámbito de control del deudor; b) Ha de tratarse de un suceso (la crisis) cuyo acaecimiento, durante la vida de la relación contractual, no fuera razonablemente previsible al tiempo de contratar; y c) Debe tratarse de un impedimento inevitable, en sí y en sus consecuencias, empleando la diligencia que corresponde a un buen padre de familia. De lo cual evidenciamos, a nuestro juicio, que la crisis social y económica que arrastramos en los últimos tiempos es ciertamente un supuesto de caso fortuito, que previsiblemente pudiera haber sido pronosticado y analizado en sus resultados a sus clientes por los empresarios o profesionales del crédito (la banca), pero que para los deudores usuarios consumidores de buena fe de este tipo de productos financieros, o similares, es causa notoria de exoneración de responsabilidad por incumplimiento obligacional y contractual, lo que, por tanto, les liberaría de responsabilidad según el propio Código Civil (exégesis del art. 1.105 CC). No en vano, en varias de sus recomendaciones finales, el Defensor del Pueblo, esta vez en su Informe de abril de 2013⁴⁸, formula, entre otras varias, la necesidad de elaborar un concepto jurídico de deudor de buena fe, así como la conveniencia de modificar, no de derogar (como, a mi juicio, equívoca y desafortunadamente expresan algunos autores⁴⁹), el artículo 1.911 del Código Civil a fin de matizar la responsabilidad patrimonial universal de las personas físicas

⁴⁷ Informe del Defensor del Pueblo, *Crisis económica y deudores hipotecarios*, 2012, pág. 84 (con cita expresa al profesor Fernando Pantaleón Prieto) y pág. 85.

⁴⁸ Informe del Defensor del Pueblo, *Crisis económica y deudores hipotecarios. Actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*, Actualización a 9 de abril de 2013, págs. 19 y 23.

⁴⁹ Dulce Calvo González-Vallinas, “¿Es la dación en pago una solución? Las implicaciones jurídico-económicas de la dación en pago”, Fundación Ciudadanía y Valores, abril 2014, pág. 20.

mediante un sistema respetuoso con los principios constitucionales y acorde con el concepto de deudor de buena fe.

La segunda cuestión especialmente relevante que finalmente merece la atención en este epígrafe de nuestro trabajo quiere incidir un poco más en el contenido del Informe del Defensor del Pueblo español de octubre de 2013⁵⁰, que nos recuerda que la Constitución Española, además de reconocer el derecho a una vivienda digna en el artículo 47, contiene otros principios materiales y valores constitucionales como son la dignidad de la persona (art. 10) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24)⁵¹. Añadamos que nuestra norma fundamental, en el artículo 9.1 y 2, sujeta la intervención de los poderes públicos al respeto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, así como la obligatoriedad que asumen de promover las acciones necesarias para hacer efectivos los derechos subjetivos de las personas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, intentando con ello reconducir situaciones de exclusión social a la que, inevitablemente, y en la práctica, se ven sumidos un gran número de ciudadanos, deudores-consumidores hipotecarios insolventes, por virtud de una normativa legal vigente que continúa siendo permisiva con prácticas privilegiadas, abusivas y torticeras por parte de las entidades bancarias en su relación con un segmento importante de usuarios consumidores de productos financieros⁵². Esta afirmación se ve corroborada por el dato de que el procedimiento español aplicable a la ejecución hipotecaria judicial agrava además la situación de los deudores hipotecarios insolventes, ya que, aparte normativa procedimental a la que nos hemos ido refiriendo en el presente artículo, a la deuda principal inicial habrá que agregar los intereses remuneratorios que siguen computándose durante la tramitación del procedimiento, los gastos y recargos que se vayan generando, la liquidación de costas, los intereses moratorios del período que, aunque se hayan reducido por la Ley 1/2013, de 14 mayo, *de medidas para reforzar la protección de los deudores*

⁵⁰Informe del Defensor del Pueblo, *Crisis económica e insolvencia personal*, octubre 2013, pág. 26.

⁵¹La letrada del Parlamento de Andalucía, en las alegaciones presentadas ante el Tribunal Constitucional el 14 de marzo de 2014, interesadas para levantar la suspensión de preceptos impugnados por supuestamente inconstitucionales de la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, *de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda*, en recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el abogado del Estado en nombre del presidente del Gobierno, expuso, entre otros razonamientos, que: “Los perjuicios son, además, especialmente graves, pues la vivienda es instrumento para la satisfacción de otros Derechos Fundamentales (como los recogidos en el art. 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los arts. 39, 40 y 43 CE y en el art. 10.3.14 EA Andalucía) y para el cumplimiento de los principios del Estado social consagrado en el art. 1.1 CE [...] Y por la necesidad de que se cumplan los mandatos contenidos en los arts. 1, 10.1 y 47 CE y 25 EA Andalucía” (pág. 10, Auto del Pleno del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 2014, manteniendo la suspensión art. 1 de Ley 4/2013, de 1 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía).

⁵²Aquí, para evitar reiteraciones, rogamos encarecidamente al lector que vuelva su mirada a **nuestra nota a pie de página nº 8**, donde acogemos párrafos tomados prestados del Informe del Defensor del Pueblo, *Crisis económica y deudores hipotecarios*, 2012, págs. 81, 82, en relación con la pág. 46; así como **también a las notas a pie de página nº 15, 19, 26, 27, 28, 29, 31 y 41**, enunciadoras, por un lado (15 y 19), de párrafos de sentencias muy recientes del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en las que se denuncia que la legislación procesal hipotecaria española, con reflejo en el ámbito de protección de los consumidores, es muy deficiente al ser contraria a la interpretación del TSJUE de directivas europeas sobre la materia, y por otro lado (26, 27, 28, 29, 31, 41), glosadoras de la exclusión social radicada en la adquisición de productos financieros hipotecarios para la compra de única vivienda, y la imposibilidad sobrevenida de su cumplimiento por parte de deudores-consumidores de buena fe, así como las consecuencias judiciales de ejecución hipotecaria que de ahí se derivan.

hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (nueva redacción del art. 114, párrafo 3, de la Ley Hipotecaria), continúan existiendo y evidentemente siguen resultando en alta medida excesivos (máximo del 12% de interés)⁵³. El Defensor cita en ese mismo Informe de octubre de 2003, Crisis económica e insolvencia personal, y justo para reforzar su pronunciamiento en la faceta que nos ocupa, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 113/1989, según la cual resulta congruente crear una esfera patrimonial intangible a la acción ejecutiva de los acreedores que coadyuve a que el deudor pueda mantener la posibilidad de una existencia digna: razones de interés público obligan a ello. Esta doctrina es avalada asimismo por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de julio de 2004⁵⁴: “Así, la transferencia del bien efectuada de conformidad con legítimas políticas sociales, económicas o de otro tipo puede ser de ‘interés público’ incluso si la comunidad en general no utiliza o no se beneficia directamente del bien transferido”.

IV. La dación en pago necesaria o imperativa como una posible alternativa viable, y no extravagante, a la insolvencia sobrevenida de un deudor de buena fe ante ejecuciones hipotecarias sobre vivienda habitual

En un panorama como el actual, que hemos tratado de describir hasta aquí, se hace perentorio acudir a las alternativas legales existentes en otros países⁵⁵ y también a las propuestas de los colectivos de afectados por las hipotecas (las PAH)⁵⁶.

⁵³Informe Defensor del Pueblo español, *Crisis Económica e insolvencia personal*, octubre 2013, pág. 29.

⁵⁴Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2004/56, c. Bäck contra Finlandia, en la que enjuició la compatibilidad de la regulación finlandesa sobre liberación imperativa de deudas de las personas físicas con el derecho a la propiedad privada.

⁵⁵Informe Defensor del Pueblo, octubre 2013, *Crisis económica e insolvencia personal*, págs. 19 a 25, referencia al Derecho comparado en cuanto a la experiencia desarrollada en nuestro entorno para luchar contra el excesivo endeudamiento de los ciudadanos; y en cuanto a la positivación sustantiva de la dación en pago necesaria, M^a Ángeles Egusquiza Balmaseda, “Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio del párrafo segundo *in fine* de la Ley 493 del Fuero Nuevo”, *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio 2011, pág. 57, respecto a los Códigos Civiles europeos, y todo el artículo en general, que estudia la previsión legislativa *ad hoc* en el Derecho civil navarro.

⁵⁶El Pleno del Congreso de los Diputados, en sesión de 12 de febrero de 2013, decidió tomar en consideración la Proposición de Ley de Iniciativa Legislativa Popular, avalada por 1.402.854 firmas acreditadas, de regulación de la dación en pago, de paralización de los desahucios y de alquiler social (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie B, número 102-1, de 21 de diciembre de 2012).

En efecto, el ordenamiento jurídico de otros países cuenta con una vía para evitar que las personas físicas no tengan futuro, en tanto que en España, incluso llegado el día en que se supere la actual situación económica, las personas físicas deudoras consumidoras y no empresarias insolventes tendrán que vivir en su mayoría el resto de su vida pagando a sus acreedores; el procedimiento de ejecución hipotecaria, como ya hemos tenido ocasión de comprobar, agrava las situaciones, y el ordenamiento jurídico español no ofrece las fórmulas para resolver los conflictos económicos del siglo XXI, pues van mucho más allá de los negocios jurídicos en que se sustentan (en nuestro caso concreto de estudio, el negocio jurídico subyacente son los contratos de préstamos hipotecarios suscritos por consumidores de esta operación financiera para la adquisición de su vivienda habitual). Así las cosas, el Defensor del Pueblo constata que la realidad social impone un cambio, pues hasta los jueces y tribunales dictan sentencias que interpretan las normas de forma beneficiosa para el deudor hipotecario, favoreciendo la extinción del crédito mediante figuras como la dación en pago⁵⁷.

Podríamos llegar a convenir sin mayores inconvenientes que, en una situación económica y social relativamente estable, apenas si habría discusión en torno a la tradicional responsabilidad patrimonial ilimitada del deudor más allá de la responsabilidad del bien inmueble hipotecado (art. 1.911 Código Civil en coordinación con el artículo 105 de la Ley Hipotecaria), pero cuando se asiste, como hemos contemplado en este trabajo, a una situación excepcional como demuestran las cifras económicas, cuando resulta que dicha situación de excepción ha sido provocada por quienes especularon con un bien de primera necesidad, y cuando además este tipo de especulaciones han tenido que ser soportadas por la sociedad entera mediante rescates y ayudas públicas millonarias a la banca, y rentas mínimas de inserción a los desempleados, aquel principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, al decir de algún autor, “entra en cuarentena”⁵⁸, o bien, en definitiva, es susceptible de matización y de contener alguna excepción justificada por las muy serias y críticas circunstancias sociales y económicas por las que viene atravesando buena parte de la ciudadanía. La gravedad de esta última crisis económica que estamos padeciendo desde finales del verano de 2008, cuyo origen internacional lo encontramos en la quiebra del grupo financiero estadounidense Lehman Brothers, y la penosa situación en la que han quedado muchos deudores hipotecarios, un buen número de ellos en paro, lanzados y desalojados de sus domicilios o a punto de serlo, y con una deuda pendiente que, en ocasiones, trasciende a sus familiares avalistas, quienes, a su vez, a la vejez, ven peligrar su propia existencia, ha motivado que desde los años 2008 y 2009 viesen la luz, al menos en los distintos territorios del Estado español, diversos colectivos ciudadanos como Stop Desahucios o Plataforma de Afectados por la Hipoteca, cada vez más numerosos y mejor organizados, que han llegado a promover incluso una revisión de la legislación en materia de

⁵⁷Defensor del Pueblo, octubre 2013, *Crisis económica e insolvencia personal*, pág. 29, en el apartado 5 “Necesidad de procedimiento de insolvencia personal”, en donde indica, además: “[...] jueces y tribunales han ido más allá, pronunciándose a favor de la regulación de un procedimiento concursal específico para las personas físicas, a la vista de la situación en que se encuentran miles de familias en este país, como consecuencia de la crisis económica, con riesgo de pérdida de su vivienda, frecuentemente el bien de mayor valor del que disponen y que constituye su hogar, y ello a un precio muy inferior a su valor real, que no permite saldar una deuda que arrastrarán de por vida arruinando también su futuro”.

⁵⁸Carmelo Jiménez Segado, magistrado y doctor en Ciencias Políticas, “Vivienda digna y dación en pago”, *Revista Claves de Razón Práctica*, mayo-junio 2013, págs. 56 y 57.

ejecución hipotecaria, con el fin de que nuestro ordenamiento jurídico pudiera acoger por ley, por qué no, la denominada “dación en pago” para las viviendas habituales, es decir, que en este caso se cancelaría la deuda contraída con el banco, caja de ahorros o entidad financiera intermediaria con la entrega del bien inmueble hipotecado a la entidad crediticia (es decir, la empresa profesional del ramo)⁵⁹.

En este sentido, la dación en pago permite diversas opciones en cuanto a la forma de ser articulada en la práctica, pero todas ellas tienen como nota común el permitir una negociación entre acreedor y deudor, de forma que este último pueda optar por entregar la vivienda liquidando con ello la deuda pendiente, y el acreedor no pueda seguir persiguiendo el resto de sus bienes de forma indefinida⁶⁰. Lógicamente, esta figura sería aún más adecuada si se permitiera conjugarla con medidas complementarias, como la continuación en el uso de la vivienda, bajo un régimen de alquiler o de usufructo, o de derecho de habitación, entre otras posibles, cuando aquella vivienda constituya el domicilio habitual de la familia afectada. Las diferentes modalidades alternativas que sugiere la propia categoría jurídica de la dación en pago⁶¹ pasan por reclamar, con carácter urgente, una ley adecuada que regule la situación de insolvencia del deudor (en el caso que estamos examinando, que se trate de un deudor hipo-

⁵⁹Carmelo Jiménez Segado, magistrado y doctor en Ciencias Políticas, “Vivienda digna y dación en pago”, *Revista Claves de Razón Práctica*, mayo-junio 2013, págs. 56 y 57.

⁶⁰Para evitar el enriquecimiento injusto, hay que considerar que para liberarse de la deuda debe entregar la vivienda a su acreedor: pág. 85, Informe del Defensor del Pueblo *Crisis económica y deudores hipotecarios*, 2012.

⁶¹Amaya Olivas Díaz, juez de 1ª Instancia de Barcelona, colaboradora del Observatorio DESC, “Ejecuciones hipotecarias y derecho a la vivienda: estrategias jurídicas frente a la insolvencia familiar”, www.descweb.org, septiembre 2009, págs. 9 y 10, incluye unas reflexiones que nos parecen muy interesantes y que queremos extrapolar aquí, al abordar un tema que no desconocemos que es espinoso doctrinalmente y, desde luego, no pacífico y poco estudiado en sus ricas dimensiones para superar conflictos sociales, económicos y jurídicos que suscita la propia realidad social al entrar en juego un deudor consumidor insolvente y una entidad bancaria, y por medio un contrato de préstamo hipotecario incumplido por circunstancias sobrevenidas no imputables al deudor consumidor: “Las consecuencias relevantes que se derivan de la positivación de los derechos en las constituciones contemporáneas, unidas a la consolidación en el territorio europeo del control de constitucionalidad de las leyes, determinan una transformación sustancial en esta función que comporta la superación, de una vez por todas, del modelo simplista de ‘falsa’ aplicación ciega de la ley, así como de su pretendida neutralidad objetiva [...]”

A fin de cuentas, la cultura de los derechos humanos, la lucha por los mismos, así como la construcción de los elementos institucionales necesarios para garantizar su efectividad transversal, ha de partir de una cultura política que envuelva y subordine la técnica jurídica de los derechos. Jamás una cultura de los derechos puede ser una cultura exclusivamente técnica sustentada únicamente en las garantías individuales de los derechos, una cultura frágil y dispensada por especialistas. Al técnico más capaz se le escapa la trama real que se esconde debajo de la bella superficie de las retóricas normativas”.

No cabe duda de que estas frases escogidas de la juez Olivas Díaz nos sirven para replicar afirmaciones y argumentos utilizados de forma sutil e interesada por Dulce Calvo González-Vallinas, registradora de la Propiedad, que participó en la Comisión de Calificación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, *de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, quien en su artículo “¿Es la dación en pago una solución? Las implicaciones jurídico-económicas de la dación en pago”, Fundación Ciudadanía y Valores, abril 2014, págs. 19 y 20, escribe: “Debe distinguirse, en sede hipotecaria, entre responsabilidad limitada y el derecho del deudor a liberarse de la deuda mediante la entrega del bien hipotecado al acreedor. El primer caso es el regulado en el art. 140 de la Ley Hipotecaria, en que se pacta que ‘la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados’, de modo que, en un eventual procedimiento de ejecución hipotecaria, tras la adjudicación de la finca, si existe sobrante (esto es, si el precio del remate excede del crédito debido y garantizado), tal cantidad es del deudor, excepto cuando hay acreedores posteriores, a los que deberá entregarse el sobrante, en su

tecario insolvente), y que imponga una negociación obligatoria –no optativa– entre el acreedor y el deudor, vigilándose los derechos de la parte más débil por un tercero imparcial (que, para las circunstancias examinadas en el artículo que presentamos al lector, entendemos debiera ser la autoridad judicial). Es exactamente lo mismo que el Defensor del Pueblo español expresa en una de sus conclusiones más interesantes en el informe *Crisis económica y deudores hipotecarios*, del año 2012, cuando literalmente habla de que: “la dación en pago⁶² evidentemente restringe la responsabilidad y la reparte entre las partes intervinientes en la operación, y podría limitarse exclusivamente a estas adquisiciones de carácter necesario (vivienda habitual y local de negocio en que se ejerce la profesión habitual), dejando un sistema agravado para otro tipo de adquisiciones. Del mismo modo, tanto la vivienda habitual como el local de

caso. El segundo supuesto implica que el deudor consta del derecho de liberarse de la deuda extinguiéndola definitivamente al entregar el bien hipotecado a su acreedor. A diferencia del anterior caso, en este, si hay sobrante porque el valor del inmueble es superior a la deuda pendiente de amortizar, será para el acreedor hipotecario, no irá a parar a manos del deudor o a sus acreedores posteriores.

La dación en pago, al igual que la hipoteca del artículo 140 L.H., implica una derogación del principio de responsabilidad patrimonial universal previsto en los artículos 1.911 Código Civil y art. 105 L.H. Sin embargo, la dación en pago no debe confundirse con la figura regulada en el precitado artículo. Así, en el caso de la hipoteca de responsabilidad limitada, el bien no se transmite su propiedad al acreedor. Por el contrario, en caso de impago, se ejecuta la hipoteca y se salda la deuda con el importe obtenido en la realización del bien”. Significábamos antes que se trata de afirmaciones sutiles e interesadas porque, aun sujetándose estricta y perfectamente a la técnica jurídica consolidada, sin embargo, a nuestro entender, no empecen para nada, pues estamos hablando de planos estructurales diferentes, construcciones jurídicas que lo único que pretenden es dar viabilidad a alternativas legales dibujadas en torno a la categoría de la dación en pago legal obligatoria, necesaria o imperativa. Aparte, y no es menor la réplica, de que no se trata de ninguna manera de postular la defensa de la derogación del principio de responsabilidad patrimonial universal, que nadie discute que sea básico en el régimen general del derecho de obligaciones, sino más bien, por el contrario, indagar y encontrar soluciones jurídicas excepcionales que sirvan para situaciones de hecho excepcionales.

⁶²Informe Defensor del Pueblo, *Crisis económica y deudores hipotecarios*, 2012, págs. 85 y 86, en relación con la pág. 95, epígrafe “Conclusiones y Recomendaciones”. Pág. 86: “No tiene encaje constitucional privar a las personas de los medios mínimos necesarios para el mantenimiento de sus necesidades y las de su familia, lo que motiva que esta Institución precise solicitar que se evalúen medidas que atajen las situaciones descritas en la pérdida de la vivienda o el local de negocio como consecuencia de la mora en un préstamo hipotecario, así como de medidas paliativas para aquellos que en el momento actual se encuentran en riesgo de exclusión por haber sido ya privados de estos medios”.

⁶³Defensor del Pueblo, Informe *Crisis económica y deudores hipotecarios. Actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*, Actualización a 9 de abril de 2013, págs. 15 y 23. En la pág. 15 el Defensor del Pueblo reclama “la adopción de medidas extraordinarias con el fin de evitar situaciones de exclusión social, debiéndose adoptar medidas que permitan a los deudores de buena fe, que han perdido su vivienda o local de negocio donde ejercen su actividad económica, continuar utilizando los mismos mediante un precio asumible, buscando su recuperación económica e integración social. Se trata de utilizar fórmulas jurídicas alternativas (arrendamiento forzoso, *leasing*, derecho de habitación, retroventa, etc.) que garanticen a los deudores el derecho a una vivienda digna”. Y en la pág. 19 recomienda “tener presente la necesidad de llevar a cabo una reforma profunda que aborde la regulación de la situación de los deudores hipotecarios en su conjunto. Existe, además, la Iniciativa Legislativa Popular, así como varias resoluciones de los tribunales de justicia. Es importante insistir en la necesidad de abordar la regulación de un procedimiento de insolvencia personal, en el que los deudores de buena fe puedan hacer frente a sus obligaciones económicas de forma ordenada y realista y obtener alguna quita en sus deudas. Con ello se podría evitar la exclusión social a que se ven abocados muchos ciudadanos y sus familias, que tras la pérdida de su vivienda se encuentran endeudados con las entidades financieras de por vida. Se trata de establecer la llamada segunda oportunidad, que existe para las personas jurídicas pero no para las personas físicas”.

Respecto a esto último, ténganse presentes las reiteradas matizaciones, en las que hemos insistido en distintos momentos de este artículo sobre la vigencia en la actualidad de la Ley 14/2013, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, BOE 28 de septiembre, que incorpora el régimen de segunda oportunidad para las personas físicas insolventes, si bien de una manera deficiente técnicamente y descri-

negocio deberían recibir una protección extraordinaria en una ejecución hipotecaria, ya que su pérdida multiplica el riesgo de pobreza debido al desempleo y a la escasa probabilidad de recuperar la capacidad productiva”.

Es precisamente todo este planteamiento lo que nos induce a sugerir, y siempre con el debido respeto a voces discrepantes, innovación y creatividad⁶³; primero, de un más amplio sector de nuestra doctrina científica (para la toma en consideración técnica de esta propuesta que, a nuestro modesto parecer, sería susceptible de perfecto anclaje en nuestro ordenamiento jurídico), y luego, de parte del legislador, que es a quien compete en verdad la función creadora de tipos legales (origen legal, que coloquialmente lo radicaríamos en sede de la sola voluntad política), en orden a formular o reformular a día de hoy la expresión de la categoría jurídica de la dación en pago, que entendemos no debe acotarse sólo a la consideración tradicional consolidada de la dación en pago voluntaria, siempre al amparo del clásico artículo 1.255 del Código Civil, sino que, insisto, con el debido respeto a otras opiniones contrarias mejor fundamentadas, pensamos que tendría encaje en nuestro Derecho Civil una hipotética dación en pago legal, a imagen y semejanza de lo ya previsto legal y doctrinalmente para que la persona que se crea con facultad para exigir de otra, por ejemplo, la constitución de una servidumbre legal de paso, o la de una hipoteca legal, etc., dándose en cada situación concreta los presupuestos exigidos por ley, por ejemplo, para una servidumbre de paso, o para una hipoteca por razón de tutela o por los bienes de quienes están bajo la patria potestad, etc., lo pueda ejercitar efectivamente de quien aparece como sujeto pasivo de la relación jurídica de que se trate, y de lo cual se ocupa también, en un excelente artículo monográfico, M^º Ángeles Egusquiza Balmaseda al estudiar la viabilidad de recuperar y rediseñar la vieja figura de la dación en pago necesaria, imperativa u obligatoria, ante la difícil coyuntura social y económica por la que atraviesa en la actualidad nuestro país⁶⁴ (a pesar de que las grandes cifras macroeconómicas anuncian, a fecha de noviembre de 2014, una tenue línea de recuperación que sobre todo parecen vislumbrar o divisar sólo las grandes empresas y corporaciones nacionales y transnacionales, además por supuesto de los políticos nacionales y europeos que están pilotando las llamadas “políticas de austeridad”) y que sufre una significativa parte de la población española, de la cual, a su vez, un porcentaje cualitativamente importante está endeudada hipotecariamente y en proceso judicial de ejecución hipotecaria.

Es importante considerar en este punto, para enmarcar en su sistema metodológico adecuado la configuración de la categoría jurídica de la dación en pago legal o necesaria, que lo acabamos de considerar exclusivamente en el plano del Derecho civil o sustantivo, pues en puridad la perspectiva procedimental interviene en un plano perfectamente diferenciado del anterior, resultando así imprescindible como una he-

minando su régimen jurídico de manera injustificada, ya que el legislador ha optado injustificadamente por diferenciar el régimen de segunda oportunidad a los empresarios persona natural frente a los consumidores deudores (ver M. Cuenca Casas, “Conclusión del concurso de persona física y pasivo insatisfecho”, texto de la ponencia presentada en el XI Seminario Harvard-Complutense sobre “Reestructuración del sistema financiero y nuevas estrategias de negociación”, celebrado los días 7, 8 y 9 de octubre de 2013 en Harvard Law School / Real Colegio Complutense. Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, noviembre 2013, [E-Prints Complutense](#)).

⁶⁴M^º Ángeles Egusquiza Balmaseda, “Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio del párrafo segundo in fine de la Ley 493 del Fuero Nuevo”, *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio, 2011, págs. 37 a 87.

herramienta eficiente que serviría como un instrumento habilitado en los procedimientos judiciales de ejecución hipotecaria. Así es como justificaríamos la Proposición de Ley de Iniciativa Legislativa Popular que reseñamos en el siguiente párrafo, y que pudiera tener su antecedente histórico en la *datio in solutum necessaria* del derecho justinianeo, que se incorporará, a su vez, a la regulación procesal civil, por ejemplo, en el procedimiento francés como mecanismo aplicable a los procedimientos ejecutivos civiles, obligando en este supuesto a los acreedores a recibir los bienes cuando las subastas quedaren desiertas y sin que pudieren rehusarlos⁶⁵.

Una de las mejores oportunidades abiertas, de entre otras varias, para que pudiera cristalizar la herramienta de la dación en pago como alternativa válida en unos taxativos supuestos de insolvencia del deudor de buena fe hipotecado, al hilo del primer comentario que dejamos reflejado nada más comenzar este epígrafe IV del presente trabajo, ha sido la Iniciativa Legislativa Popular de 21 de diciembre de 2012 de regulación de la dación en pago, de paralización de los desahucios y de alquiler

⁶⁵M^a Ángeles Egusquiza Balmaseda, “Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio del párrafo segundo in fine de la Ley 493 del Fuero Nuevo”, *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio, 2011, págs. 57 y 58 (nota a pie de página n^o 50 de dicho artículo monográfico).

⁶⁶Carmelo Jiménez Segado, “Vivienda digna y dación en pago”, *Revista Claves de Razón Práctica*, mayo-junio 2013, pág. 60 y nota a pie de página n^o 3: “Las objeciones efectuadas al contenido de dicha iniciativa legislativa popular, como el posible abuso o fraude por parte de deudores de mala fe, tentados de dejar abandonada su vivienda en manos del banco a las primeras de cambio, el perjuicio a las entidades bancarias derivado del atesoramiento de inmuebles, o la retracción del crédito como consecuencia de la elevación de los tipos de interés, carecen de sentido. La vivienda es un bien de primera necesidad y este no suele adquirirse de manera frívola. Frívolo ha sido especular con él, concediendo créditos basura sin garantías de devolución a *dextra e sinistra*. Si ahora resulta que tales entidades tienen *stocks* de pisos y terrenos, les corresponderá a ellos asumir sus propios actos y buscar soluciones imaginativas para dar salida al excedente con la debida supervisión pública. En cualquier caso, como sucede a diario, las conductas abusivas son susceptibles de ser controladas por los tribunales. El temor de que se resienta el crédito de aprobarse la dación en pago es infundado si se tiene en cuenta que actualmente el flujo crediticio es prácticamente inexistente”.

En su nota a pie de página n^o 3, el juez Carmelo Jiménez Segado remite para su consulta a un resumen de las objeciones a M^a José Achón Bruñén, “Iniciativa Legislativa Popular relativa a la dación en pago, impedimentos para que prospere y soluciones alternativas”, en *Diario La Ley*, N^o 8.031, Doctrina, febrero 2013, Año XXXIV, ref. LA LEY 1.487/2013.

Remisión a nuestras notas a pie de página n^o 26 y 38. La nota n^o 26, profesora M. Cuenca Casas, “Crédito responsable, fresh start y dación en pago: reflexiones sobre algunas propuestas legislativas”, *Revista El Notario del Siglo XXI*, n^o 43, Opinión, 16 de mayo de 2012: aquí la autora enumera razones que se alegan en contra de la implantación de una exoneración del pasivo pendiente que permita al deudor de buena fe liberarse de deudas impagadas; estas razones, replica Cuenca Casas, son evitables. En nuestra nota a pie de página n^o 38, la misma autora da las razones que han provocado que cuando se procede a la ejecución de la hipoteca, el valor del bien no sea suficiente para el pago de la deuda garantizada.

Segismundo Álvarez Royo-Villanova, notario de Madrid, “Ejecuciones hipotecarias en el contexto de la crisis”, *Revista el Notario del Siglo XXI*, n^o 36, Opinión, 29 de marzo de 2011, repasa algunos de los argumentos esgrimidos en contra de la limitación de responsabilidad patrimonial universal, como el de la reducción del crédito hipotecario, el encarecimiento de las condiciones del crédito, el fomento de la irresponsabilidad del deudor (ir en contra de la cultura del pago por parte de los ciudadanos): todos ellos los califica de falaces, y los contrapone, en un análisis interesante, a la exigencia de responsabilidades por actuaciones negligentes, si no claramente temerarias, en la concesión de préstamos hipotecarios, así como en la connivencia de bancos y cajas con empresas tasadoras para conseguir tasaciones excesivamente altas. Llega a la conclusión de que el sistema se ha revelado, por una parte, ineficiente, y por otra, injusto, y por tanto no cabe duda de que requiere una reforma que debe venir desde el poder legislativo. En la pág. 19, bajo el rótulo “Eliminación de la responsabilidad patrimonial universal. Consideraciones preliminares”, Dulce Calvo González-Vallinas, “¿Es la dación en pago una solución? Las implicaciones

social, avalada por casi millón y medio de firmas acreditadas fehacientemente, que, con un carácter a nuestro modo de ver más que razonable (recordemos que el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 12 de febrero de 2013, decidió tomar en consideración esta proposición de Ley de Iniciativa Legislativa Popular⁶⁶, si bien luego la mayoría absoluta del Partido Popular desnaturalizó y vació de contenido la Iniciativa Popular, transformándola en lo que pocos meses después se convertiría en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, *de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*), propuso la modificación de unos muy precisos artículos de la Ley Procesal de Enjuiciamiento Civil. En concreto, en esta proposición se contempló expresamente la virtualidad de la dación en pago, para lo que bastaba añadir al artículo 693 LEC, y al dictado de esta Iniciativa Legislativa Popular, un nuevo apartado 4º, con una redacción en estos términos: “Si el bien ejecutado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá comparecer con anterioridad a la celebración de la subasta solicitando la entrega del bien hipotecado en pago de la deuda garantizada. En este caso, el tribunal dictará resolución autorizando la entrega y acordando la adjudicación del inmueble al ejecutado en pago del total de la deuda garantizada, extinguiéndose la misma junto con los intereses y costas”. En coherencia con este nuevo apartado introducido en la proposición de reforma del artículo 693 LEC, se daría al propio tiempo una nueva redacción al artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en virtud del cual quedaría prohibida la ejecución dineraria posterior a la hipoteca que fuera insuficiente para cubrir el crédito, cuando el bien ejecutado sea la vivienda habitual. Y para terminar de completar congruentemente la proposición, se preveía un nuevo artículo 675 bis para “prohibir, en el seno de la ejecución hipotecaria, el lanzamiento del inmueble que constituya la vivienda habitual del deudor, cuando el impago del préstamo hipotecario sea debido a motivos ajenos a su voluntad. En este caso, el ejecutado tendrá derecho a seguir residiendo en la vivienda como arrendatario por un período de cinco años desde la fecha de la adjudicación por una renta mensual no superior al 30% de sus ingresos mensuales”.

Contemplemos a continuación las respuestas que, por una parte, los Tribunales de Justicia, y por otra parte, el legislador (en sentido amplio), han decidido para resolver de una forma equitativa la problemática central suscitada de origen, ante la conciencia de los poderes del Estado de estar en presencia de una crisis económica excepcional.

Ya se ha reiterado en alguna ocasión en este artículo que, a falta de una ley general que regule la situación específica del deudor consumidor de buena fe insolvente, es más, de adverso incluso, la consagración como principio básico del régimen general de obligaciones de la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 CC, así como, en su caso también, la ausencia de regulación integral de la figura técnica de la dación en pago, en sus diferentes y ricas variantes, ha abocado indefectiblemente a que jueces y tribunales, sensibles ante la injusticia material, muestren técnicamente su rechazo, en el ejercicio profesional de juzgar y ejecutar lo juzgado, a situaciones concretas graves, de que conocen por razón de su función, de crisis habitacionales e insoportablemente injustas por razón de procedimientos judiciales de ejecución

jurídico-económicas de la dación en pago”, abril 2014, Fundación Ciudadanía y Valores: la autora, al comienzo de ese apartado de su artículo, cita algunas críticas y peligros a la limitación de responsabilidad en el patrimonio del deudor.

hipotecaria en donde los demandados son personas físicas insolventes de buena fe consumidoras del producto financiero préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda habitual (o local de negocio necesario para su actividad profesional); a hipótesis de trabajo frecuentemente contrarias a la protección máxima que merecen los consumidores en virtud de la normativa europea (fundamentalmente la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores) y la aplicación e interpretación vinculante de esta por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el lector interesado puede acudir, entre otras, a nuestras notas a pie de página números 15, 16, 18 y 19), junto con la normativa sectorial nacional en materia de protección de consumidores (Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, modificado, a su vez, por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, sobre todo, arts. 7 y 82 a 85).

La conjunción de todos estos elementos ha conducido a que órganos jurisdiccionales⁶⁷ hayan tenido que acudir a la Teoría General del Derecho, artículo 3.1 del Código Civil: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto [...] y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”; así como a otro tipo de construcciones jurídicas doctrinales ya perfectamente consolidadas y cristalizadas, tanto en el Título Preliminar del Código Civil, como en los Principios Generales del Derecho: teoría de los actos propios a que tienen que acomodarse bancos y cajas en operaciones bancarias y financieras sensibles, actuación de buena fe del deudor insolvente, y proscripción de la mala fe en la actuación de los bancos y cajas en la contratación de productos financieros. Lo que los propios juzgados y tribunales de Justicia pretenden evitar es que con su quehacer (en el ejercicio de la potestad jurisdiccional) queden desactivadas eventuales consecuencias ya de todo punto irreparables para el deudor consumidor insolvente de buena fe con una única vivienda habitual (o local de negocio donde ejerce su actividad profesional habitual), objeto de garantía hipotecaria ejecutada por el banco, caja o entidad financiera, deudor que en muchos

⁶⁷Tras las diferentes proposiciones legislativas, de muy diferente significación política, que han tenido entrada en el Congreso de los Diputados para cambiar un estado de cosas tan marcadamente injusto en perjuicio de millones de familias que se vieron sorprendidas por los efectos adversos de la crisis económica, “es necesario preguntar cómo los representantes del pueblo, donde reside la soberanía nacional, han dejado en manos de jueces la necesidad de un techo por no legislar una respuesta al drama que supone el sobreendeudamiento y los desahucios. Tendríamos también que preguntar cómo se han permitido por el Gobierno central del Estado tantos desalojos de viviendas sin hacer nada, sin pararlos, y tendríamos que volver a preguntar al Gobierno cómo pudo desoír el clamor que supuso la ILP sobre la dación en pago, cuya tramitación fue una burla al procedimiento legislativo y a los ciudadanos, dejando de lado sus tres ejes: una moratoria de verdad a los desalojados, la dación en pago y el alquiler social”, Sr. Ruiz y Carbonell, en el debate para admisión a trámite de la proposición de Ley de Medidas contra el sobreendeudamiento personal y familiar y de protección ante procedimientos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual, que entre otras cosas contempla la dación en pago, y que el Parlamento de Cataluña aprobó por unanimidad en julio de 2012 (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, 11 de febrero de 2014, pág. 15).

⁶⁸Carmelo Jiménez Segado, “Vivienda digna y dación en pago”, *Revista Claves de Razón Práctica*, mayo-junio 2013, pág. 58: “Si en la ejecución hipotecaria concreta se hiciera abstracción de estos dogmas jurídicos, principios esenciales para la convivencia pacífica, se correría el riesgo de dejar exentas de responsabilidad a las entidades financieras ejecutantes, artífices de la excepción que se vive, permitiéndoles, primero, adquirir el bien ejecutado por un precio irrisorio y, segundo, continuar adelante con la ejecución contra los bienes personales del deudor exigiendo una cantidad dineraria que, una vez calculados los intereses y las costas, supondría colocar de nuevo al deudor en la casilla de salida para devolver todo el préstamo inicial”.

supuestos tiene, además, hijos menores de edad u otros familiares a su cargo⁶⁸. En casos concretos, pues, a jueces y tribunales, por la propia incompetencia o cobardía del legislador, les ha resultado necesario atender a una interpretación forzosa de la ley, atisbando a su través la necesaria aplicación de la justicia material, poniendo así un límite a las entidades crediticias que en los procesos hipotecarios siempre cuentan con una potestad muy superior al deudor, y evitando con este proceder la caída en el automatismo de la ejecución hipotecaria, como si esta pudiera permanecer ajena a las clásicas e indiscutidas prohibiciones del abuso del Derecho, del enriquecimiento injusto, o a las consecuencias derivadas de los actos propios. Por consiguiente, a pesar de la falta de materialización normativa de la “dación en pago” de la vivienda habitual (o local de negocio donde se ejerce la actividad profesional habitual), en el estudio del caso concreto y teniendo en cuenta las alegaciones de las partes, pues resulta difícil que el juez pueda ir más allá de lo alegado por estas, la práctica judicial ha llegado a soluciones inspiradas en aquella, poniendo fin a la ejecución hipotecaria o impidiendo que continúe la reclamación por la deuda no satisfecha con la adjudicación al ejecutado de la vivienda habitual del ejecutado⁶⁹.

Con una finalidad meramente ilustrativa⁷⁰, y sin pretender en ningún caso finalidad u objetivo de localización exhaustiva, el Auto 111/2010 de 17 de diciembre, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra, se abona a la doctrina de los actos propios de la entidad bancaria, considerando válidas “las razones por las cuales la juzgadora de instancia no considera en este punto continuar la ejecución, por entender que el valor de la finca, no obstante el resultado de la subasta, es suficiente para cubrir el principal de la deuda reclamada e incluso encontrándose por encima de dicho principal, siendo circunstancial el que la subasta, al haber resultado desierta, tan sólo sea adjudicada en la cantidad de 42.895 €, pero lo cierto es que, como señala el auto recurrido, el banco se adjudica una finca, que él mismo valoraba en una cantidad superior a la cantidad adeudada por el préstamo concedido, a salvo el tema de intereses y costas”.

También, a título ilustrativo, seleccionamos la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona, número 119/2011, de 16 de septiembre, que supone la aplicación firme de la dación en pago. En sus antecedentes de hecho pone de manifiesto la coyuntura económica, situación igualmente recogida en el Auto del Juzgado nº 3 de Torrejón de Ardoz, que dispone en su Fundamento de Derecho Ter-

⁶⁹Art. 7 del Código Civil; 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y 247.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Remitimos al lector a que consulte nuestra nota a pie de página nº 11.

⁷⁰Una relación extractada de estas resoluciones judiciales puede verse en Gemma Vives Martínez, “Ejecuciones hipotecarias y dación en pago. Revisión jurisprudencial y problemas prácticos. Dación en pago”, en *Diario La Ley*, nº 7.908, Doctrina, 24 de julio de 2012, Año XXXIII, ref. La Ley 7.901/2012. La realidad social impone un cambio, pues, en efecto, hasta los jueces y tribunales dictan sentencias que interpretan las normas de forma beneficiosa para el deudor hipotecario favoreciendo la extinción del crédito mediante figuras como la dación en pago. Otras sentencias, por ejemplo, aparte de las citadas en el texto, y sin carácter exhaustivo, son: Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real nº 1/2011, de 17 de enero; Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba nº 10/2012, de 1 de febrero; Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, de 26 de octubre 2010; Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 44 de Barcelona, nº 42/2011, de 4 de febrero de 2011; Auto del Juzgado de Instrucción nº 3 de Torrejón de Ardoz, nº 10/2012, de 10 de enero; Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Valladolid, de 27 de febrero de 2012; Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Arenys de Mar, nº 38/2012, de 29 de febrero.

cero: “Las entidades bancarias y otros operadores del mercado financiero concedían préstamos para sufragar cualquier tipo de operación (empresa, negocio o contrato) en la que hubiera de por medio un bien inmueble que le sirviera de garantía. Frente a un eventual incumplimiento del crédito financiado, la entidad contaba con no tener problema en ver satisfecho su crédito, pues la garantía que se le ofrecía a cambio valía la cantidad prestada, si no más. Haciendo un paralelismo histórico, parecía que un nuevo patrón oro iba a descubrirse: el patrón inmueble. Sin embargo, al igual que ocurriera con el patrón oro, la moneda de cambio terminó por devaluarse por una situación de crisis económica internacional”. La Audiencia Provincial de Girona en esta Sentencia aplica la dación basándose en la teoría del abuso del Derecho, al tiempo que se aplica la doctrina de los actos propios en el punto dos del Fundamento de Derecho Primero: “Si el banco, parte fuerte en el contrato de adhesión que firma con el prestatario, tasa la finca hipotecada en una determinada cuantía, no puede luego, si no quiere contravenir dicha doctrina, de reiterada aplicación jurisprudencial, incorporar como propio el bien subastado sin darle el valor que él mismo fijó”; en el punto cuatro: “La actuación de la entidad financiera incurre en abuso de Derecho, límite intrínseco del derecho subjetivo (así, STS de 21 de diciembre de 2000) recogido en el art. 7 CC y art. 11 LOPJ, y comporta su ejercicio antisocial, en la medida en que, en base a lo dispuesto en una norma jurídica, se busca obtener una consecuencia que no entra dentro de la previsión para la cual hay que entender que ha sido dictada. La finalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria es la de que el acreedor, por vía de ejecución del bien gravado en garantía, cobre la deuda que el prestatario tenga pendiente. Lo que la entidad financiera pretende aquí es una interpretación del artículo 579 LEC que contravenga la finalidad misma del proceso procurando al acreedor un beneficio injustificado que, hay que presuponer, la norma no busca amparar. En este sentido la actuación de la entidad financiera se considera contraria al principio de buena fe que debe presidir el ejercicio de un derecho (art. 7 CC)”; y en el punto cinco: “De mantenerse el criterio de instancia, Deutsche Bank obtendría un enriquecimiento injusto, ya que después de haber cobrado lo adeudado podría, sin justa causa, obtener otras cantidades que no le corresponderían y que buscarían su amparo en una interpretación formalista de la norma citada que, ya ha quedado dicho, olvidaría el hecho de que el acreedor sí que ha visto satisfecho su crédito con el producto de la subasta que, en el caso concreto, es el derivado de ingresar en su patrimonio un bien valorado por las partes en una suma superior a la adeudada. Es este hecho el que impide sostener que, en el caso enjuiciado, la reclamación se basa en un precepto legal (artículo 579 LEC) que excluye la aplicación de esta doctrina jurisprudencial”.

De una manera clarividente, el punto 6 de esta misma Sentencia reseñada de la Audiencia Provincial de Girona declara lo siguiente: “La decisión que se adopta en esta alzada resulta acorde con la justicia material del caso. Se olvida a veces que, en la aplicación e interpretación de las leyes, los Tribunales deben buscar aquella respuesta que, sin contravenir las, sea más acorde con una decisión justa que es lo que, en última instancia, la ciudadanía espera de un tribunal de justicia [...] Aquí existen normas y doctrinas jurisprudenciales ya citadas que no sólo permiten acoger la pretensión de la parte recurrente, sino que llevan a una aplicación integrada de los preceptos del ordenamiento jurídico que posibilitan tanto que un acreedor vea resarcido su crédito, como que un deudor no deba pagar, sin causa justificada, mayor suma que la por él debida. Ante las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales que se dan en respuesta a lo que constituye el objeto

de la presente apelación, debe optarse por una solución que no olvide, pues, la justicia del caso y no conlleve un beneficio injustificado a favor de aquella parte que interviene en una posición de fuerza en la firma de un contrato de adhesión”.

Por su parte, y cambiando de tercio, el legislador, en un sentido amplio, para resolver de forma equitativa la problemática central suscitada de origen y ante la conciencia de los Poderes del Estado de estar en presencia de una crisis económica excepcional, se ha limitado a dictar en los últimos años normas extraordinarias y urgentes para paliar situaciones extremas e irremediables de vulnerabilidad social, estableciendo unos criterios excesivamente rígidos y rigurosos: el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, *de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos*, que contempló un Código de Buenas Prácticas de adhesión voluntaria por parte de las entidades bancarias, y que sí prevé, reuniendo una serie de requisitos de especial vulnerabilidad y cumplimentando una exhaustiva documentación, la dación en pago voluntaria por los bancos, cajas de ahorros y entidades financieras intermedias; un Real Decreto-ley que en esencia se mantuvo en su integridad en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, *de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, que, aun cuando es cierto que amplía el ámbito de aplicación, se sigue criticando con razón, a nuestro juicio, su cicatería. Según datos oficiales disponibles, hasta septiembre de 2013 se registraron 9.861 solicitudes, de las cuales una parte importante han sido rechazadas, el 48%, y del 52% que han sido aceptadas, 1.864 familias han podido acceder a la reestructuración de la deuda y sólo 611 familias han podido acordar la dación en pago. En cuanto al Fondo Social de las Viviendas, integrado por 6.000 inmuebles propiedad de las entidades financieras que cedían gratuitamente para instrumentalizarlas por vía del alquiler social, se presentaron 1.259 solicitudes por los criterios restrictivos, de las cuales se han rechazado 406, habiéndose adjudicado tan sólo 637 viviendas durante el año 2013.

Como colofón a este trabajo, ponemos a disposición de los lectores una solución alternativa, que si bien está prevista expresamente para el Derecho Foral de Navarra, y el Derecho común español lo considera simplemente como inexistente, sin embargo, en la medida en que el Derecho por naturaleza nunca es un sistema cerrado en sí mismo, podría servir de orientación para resolver por el legislador situaciones preocupantes y extraordinarias como consecuencia de la crisis económica que sufrimos desde hace ya algo más de seis años, y que, como es de todos bien conocido, ha elevado en nuestro país la cifra de pobres, desempleados, excluidos y en situación de vulnerabilidad a varios millones de personas. Estamos hablando de la figura o categoría jurídica de la dación en pago legal, imperativa, de derecho necesario, como instrumento eficaz para dar respuesta al tema candente en la actualidad del pago del crédito hipotecario en el que se halla comprometido todo el patrimonio del deudor, cuando este (en alusión a la persona deudora) se ve desbordado por circunstancias sociales, económicas, laborales y familiares que impiden o dificultan extraordinariamente el pago de la deuda. Para explicar la operatividad que quizás pueda llegar a cumplir hoy en día esta institución, ya digo que desterrada actualmente del Código Civil español y de escaso conocimiento práctico dada la tendencia huidiza que, en ocasiones, suele advertirse hacia la disciplina del cumplimiento obligacional del Código Civil, hemos optado por seleccionar párrafos escogidos de uno de los estudios de la profesora M^a Ángeles Egusquiza Balmase-

da, catedrática de Derecho civil en la Universidad Pública de Navarra⁷¹, a nuestro juicio, de una extraordinaria agudeza y alto nivel pedagógico, sobre esta desconocida institución que, por qué no, animamos a los especialistas y compañeros del Derecho civil y, en definitiva, también al legislador, a redescubrirla para resolver de manera eficiente situaciones de iliquidez que comprometen gravemente la economía familiar, en momentos como los actuales de tal magnitud de la crisis económica por la que seguimos atravesando.

“Los precedentes normativos de la *datio in solutum necessaria* se hallan ligados a momentos y contextos históricos en los que la iliquidez constituía un problema de orden público. Todos ellos compartían un elemento común: la existencia de una situación de crisis económica que motivaba que el dinero escasease y el valor de la propiedad inmobiliaria se depreciara, haciendo muy difícil –cuando no imposible– el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias [...]

El punto crucial para el tema será la época justiniana: en ella se asentarán las bases normativas de la institución de la *datio in solutum necessaria* o *beneficium dationis in solutum*, perfilándose esta figura como un mecanismo que posibilitará la liberación del deudor sin consentimiento del acreedor y constreñirá a este a aceptar un *aliud pro alio*. Los textos en los que se ha fundado específicamente esta institución son la Nov. 4, 3 y la Nov. 120, 6, 2 [...] Como ha señalado la doctrina, de las fuentes justinianas se traslucen dos ideas de especial importancia para el entendimiento y evolución posterior de la dación en pago necesaria [...]

La primera que se vislumbra es que fueron razones de política social y económica las que motivaron las decisiones de Justiniano en aras de la tutela de los deudores. La intervención del emperador perseguía resolver cuestiones de mayor calado que el reequilibrio de las relaciones entre los contratantes, tema que podría haberse resuelto –en abstracto– a través del principio de buena fe como medio de integración del contenido contractual. Las normas dictadas pretendieron ser un instrumento efectivo de política legislativa que paliase los problemas derivados de la crisis económica, pues la coyuntura social había llevado a los deudores a una situación en la que resultaba enormemente difícil lograr monetizar los bienes más valiosos y, por tanto, se hacía imposible cumplir las obligaciones en los términos que se habían pactado inicialmente [...]

Una segunda idea que desvela las *Novelas* es que este remedio tenía un carácter claramente excepcional, justificado en la escasez de trabajo y la crítica situación económica vivida que impedían que los deudores pudieran encontrar compradores para sus bienes inmuebles a un justo precio. Se trataba de un *ius singulare*, si bien justificado en la coyuntura económica y social. No obstante, este se convirtió en un instrumento habitual en su devenir posterior, recurriéndose a él cíclicamente para paliar situaciones de crisis homologables a las descritas [...]

⁷¹M^a Ángeles Egusquiza Balmaseda, “Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio del párrafo segundo *in fine* de la Ley 493 del Fuero Nuevo”, *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio 2011, págs. 37-87.

La propia interpretación de los comentaristas condujo a la evolución y ampliación de la figura. La *datio insolutum necessaria* devino de medio extraordinario para la tutela de los deudores, que eran víctimas de una contingencia económica particular, en un instrumento habitual con el que los acreedores podían satisfacerse sobre el patrimonio del deudor en sede de ejecución. En este contexto, la calificación de *necessaria* terminó por significar la posibilidad de que el deudor pudiera exigir que el acreedor aceptara un *aliud pro alio*, pues este carecía de la facultad para rechazar la entrega. Tal calificación supuso a la vez la obligación del deudor de responder ‘necesariamente’ con todos los bienes propios en el caso de incumplimiento, liberándose en definitiva de la obligación –sobre todo en sede de ejecución judicial– con objetos o prestaciones diversas a las previstas originariamente [...] Por su parte, las legislaciones medievales de este período acogieron la figura con una singular variedad de perfiles: en el Derecho castellano, las Leyes del Fuero Real, las Siete Partidas, Glosas de Gregorio López a la Partida 5, 14 [...]

En siglos posteriores (XVI al XVII), los juristas dedicaron estudios notables y profusos al *beneficium dationis in solutum necessaria* atraídos por su singularidad. En ellos se plasmarán distintas opiniones sobre su bondad, abriéndose una línea crítica a su utilización [...] por constituir un obstáculo al carácter expedito y la seguridad que demanda este tipo de relación negocial en materia comercial [...] También se planteará su carácter *uti singuli* y la imposibilidad de fijar una regla general para su aplicación, ya que el uso de este mecanismo depende de las circunstancias y la situación de los deudores [...] Con todo, no se puede olvidar el papel que continuó otorgándose a esta figura, a la que recurrió el Parlamento alemán en un Recessum Imperiale de 1654 para combatir las difíciles condiciones económicas y sociales derivadas de la guerra de los treinta años [...] el hecho de que se dictara testimonia la presencia dentro del sistema jurídico romano de una suerte de principio de salvación, que permite a los deudores, en presencia de circunstancias excepcionales que les sitúan en tesituras difíciles –cuando no imposibles–, que puedan cumplir sus deudas pecuniarias entregando bienes diferentes al dinero debido [...] Debe tenerse en cuenta, además, que los autores de la época (siglos XVI al XVIII) que se mostraron favorables a la utilización generalizada de la institución que nos ocupa [...] coincidieron en señalar que la aplicación del *beneficium dationis in solutum* tenía que satisfacer determinadas exigencias. De forma compendiada se entendieron requisitos ineludibles: a) que el deudor no poseyera dinero líquido y le resultase imposible procurárselo, sin su culpa; b) no encontrara comprador para sus propios bienes, o, de encontrarlo, no se le ofrecería adquirirlo a un justo precio; c) el acreedor pudiera elegir una entre las cosas mejores del deudor; d) el deudor tenía que transferir al acreedor la propiedad de la cosa así individualizada y garantizar la evicción con el resto [...]

El cambio definitivo de orientación se producirá en el Código napoleónico. La dificultad de acompasar el principio de libertad negocial con la constricción de la voluntad creditoria que entrañaba la dación necesaria supuso la erradicación de la figura de la regulación sustantiva [...] A partir de ahí, los códigos civiles europeos siguieron este planteamiento de forma general y excluyeron de sus regulaciones a la dación en pago necesaria. La excepción a esta corriente general la planteó el Código Civil austríaco de 1811, que reconocerá [...] una suerte de posibilidad de que el deudor, ante la imposibilidad sobrevenida de realizar el pago, pueda liberarse entregando un *aliud pro alio* aunque no lo consienta el acreedor [...]

La codificación española, en líneas generales, no escapó a ese influjo. García Goyena [...] admite la existencia de algunas excepciones que entienden que ‘son hijas de la necesidad’, ‘tomadas del Derecho romano’ y que identifica con la Nov. 4, 3 ‘que concedía al deudor que no tenía dineros ni bienes muebles para proporcionárselos la facultad de pagar en fincas por su justa estimación, si el acreedor no prefería procurar un comprador de ellas’ [...] El aspecto más significativo de su argumentación es el reconocimiento explícito de la exclusión de dicha excepción –la dación en pago necesaria–, institución que afirma ‘se ha observado hasta ahora en Navarra, pero nunca en Castilla’ [...]

Por lo que se refiere a Navarra, según afirmó García Goyena, la institución de la dación en pago necesaria se mantuvo como parte integrante de la tradición jurídica recibida del Derecho Romano [...]

La Ley 493, párrafo 2 *in fine* del Fuero Nuevo, ha tipificado como una excepción al principio general de *aliud pro alio invito creditor solvi non potest*, con una conformación que resulta muy próxima a su sentido originario y definición ulterior [...]

Requisitos para la operatividad de la dación en pago necesaria (Fuero Nuevo de Navarra):

- a. La obligación a extinguir ha de consistir en una prestación de cantidad de dinero [...]
- b. Al deudor la prestación debida de pago de cantidad de dinero se le ha debido haber hecho excesivamente gravosa [...] Esta previsión normativa legitima la decisión judicial de sustitución de la prestación originaria ante la circunstancia de que el pago le resulte sobremanera gravoso al deudor, habiéndose ofrecido en cumplimiento de la obligación bienes generalmente rechazados por el acreedor que objetivamente puedan satisfacer el valor de la obligación [...]

La dación en pago necesaria persigue la extinción de la obligación de pago de cantidad de dinero, y no una modificación del contenido del contrato o la resolución de la relación. Se propone como una suerte de subrogado del cumplimiento por decisión judicial [...] Pretende atemperar, mediante la equidad, el rigor del principio *aliud pro alio invito creditor solvi non potest*, que permite al acreedor incluso, cuando objetivamente su interés podría satisfacerse con un objeto distinto, rechazar todo aquello que no fuera lo expresamente pactado. Por ello, conforme a la tradición histórica, la valoración de que ‘se ha hecho excesivamente gravosa la prestación debida’ tiene sentido si se liga al aspecto subjetivo de la posición de iliquidez del deudor que no logra realizar sus bienes para pagar en metálico la deuda contraída, este quiere cumplir y no puede cumplir (habitualmente habiendo rechazado el acreedor una dación de bienes en pago) [...] Este es el fundamento del poder que se concede al juez con la dación en pago necesaria que le permite excepcionar, con amparo legal, el riguroso régimen del principio *pacta sunt servanda* [nota a pie de página número 68] [...]

La situación de iliquidez, sin embargo, no bastará para que se considere que la prestación deviene excesivamente gravosa. Será necesario que concurren cir-

cunstances que hagan que la vinculación del deudor, por la prestación, exceda de los límites del rigor propio que entraña su débito y su responsabilidad. Entiendo [expone la autora, M^a Ángeles Egusquiza] que esa valoración habrá que efectuarla teniendo presentes las consecuencias que se anudarían a un cumplimiento forzoso de la prestación pecuniaria, atendiendo a la agravación extraordinaria del contenido económico de la prestación (por cláusulas penales, garantías adicionales retribuidas, etc.) o el riesgo de pérdida –de todo o parte– del patrimonio por la desproporción económica de esa deuda de cantidad con sus garantías, o la afección patrimonial que el incumplimiento conlleva (casos , por ejemplo, de ejecución hipotecaria que no cubre la cantidad adeudada por no lograrse la venta a su justo precio ante la falta de postores, o apertura del procedimiento concursal por iliquidez, etc.) [...]

c. Decisión judicial en la que se estime ‘justa la sustitución’ de la prestación de dinero por la entrega de un objeto distinto [...] El juez, a petición del deudor, adoptará la decisión de sustitución de la prestación primigenia por la entrega de un bien diferente. Esta es una medida rogada que no parece que pueda acordarse de oficio.”

V. Conclusiones

1. Parafraseemos al magistrado-juez de lo Mercantil nº 3 de Barcelona: ¿Por qué intentamos hablar de un Derecho audaz, de la audacia del Derecho en materia de tutela de los consumidores? Porque las indicaciones que han ido realizando tanto el ordenamiento jurídico comunitario como la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo determinan la exigencia inequívoca de que los poderes públicos realicen una defensa “radical” de los consumidores.

2. Consideración de la vivienda digna desde la perspectiva del derecho humano y fundamental por parte de todos aquellos consumidores y ciudadanos que en su momento acudieron a una entidad bancaria para financiar la compra de una vivienda, en la que poder desarrollar los derechos de su personalidad como el derecho a la dignidad o a la intimidad personal y familiar, que suscribieron un contrato de préstamo hipotecario con garantía real sobre esa misma vivienda, que mantuvieron desde el inicio voluntad firme, cierta y contrastada de pagar y cumplir de buena fe con sus compromisos contraídos, y que de repente, sin embargo, fueron sorprendidos por una crisis económica no provocada precisamente por ellos, viéndose abocados, como consecuencia del desempleo o de una escasez económica y reducciones salariales sobrevenidas, a impagos generadores de procedimientos de ejecución hipotecaria promovidos por las entidades bancarias, cajas de ahorros y entidades financieras intermediarias y, como derivación de ello, se encuentran ante el peligro de pérdida de su vivienda habitual o local de negocio donde ejercen su actividad profesional habitual: respuestas legales que, sin necesidad de violentar principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico, pueden hacer eficaz el derecho de toda persona a una vivienda digna, aunque sea en régimen de alquiler, usufructo o derecho de habitación; el derecho de pro-

riedad es perfectamente prescindible. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (el derecho a una vivienda adecuada formando parte de un nivel de vida y un bienestar adecuado que tiene derecho a disfrutar toda persona) y la Constitución Española (todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada) a lo que se refieren es al derecho básico de toda persona a una vivienda adecuada, no al tipo de derecho subjetivo patrimonial privado a ejercitar sobre esa vivienda.

3. La figura de la institución de la dación en pago necesaria o imperativa fue desterrada por la codificación francesa y, en consecuencia, también por el Código Civil español; sin embargo, la legislación navarra ha conservado una figura jurídica de muy vieja tradición para tiempos difíciles y de crisis económica, en donde ahora, como ya en la época romana, los deudores se encuentran, por circunstancias económicas sobrevenidas, en situación de insolvencia y ante la imposibilidad de pagar el débito exigido por el acreedor. Quizás fuera buen momento para, desechando inútiles o al menos no muy aconsejables formalismos y apriorismos jurídicos, iniciar un acercamiento a figuras e instituciones jurídicas de otros ordenamientos patrios, con Derecho civil propio, que han jugado y que juegan en la actualidad un papel extraordinariamente útil para resolver situaciones complicadas en las relaciones entre el acreedor y el deudor, vinculados entre sí por un vínculo obligatorio de imposible o muy difícil cumplimiento por razones de insolvencia ajenas a la voluntad del deudor.

El actual contexto de crisis económica permite observar con una nueva perspectiva esta figura, sabiendo que su aplicación se encuentra sujeta ineludiblemente a varios parámetros: a) ponderada valoración judicial, que faculta al juez para que actúe en justicia y equidad; b) el cariz extraordinario de esta institución que exceptúa una regla general por todos compartida, pero que puede resultar injusta para el deudor de cantidad en ocasiones concretas.

4. Es una vía de solución para el tema candente del pago del crédito hipotecario en el que se halla comprometido todo el patrimonio del deudor (art. 1.911 CC) por un régimen de ejecución hipotecaria que no permite obtener el valor efectivamente tasado del bien sujeto a garantía.

En el ordenamiento jurídico navarro este instrumento se encuentra tipificado legalmente y resulta plenamente operativo; no obstante, se advierte que existe un difícil encaje de esta normativa sustantiva civil con el régimen procesal que desconoce la figura, lo que plantea una necesaria actuación legislativa para que este subrogado del cumplimiento despliegue todo su potencial. Es por ello que, al propio tiempo, debieran establecerse cauces procesales que permitiesen que la dación en pago necesaria cumpliera de forma efectiva su papel extintivo, y que este fuera realmente eficaz en el momento del procedimiento de ejecución hipotecaria.

VI. Bibliografía

AA.VV. *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

ALONSO SÁNCHEZ, B., *Las adjudicaciones procesales de bienes en los procedimientos de ejecución*, Edersa, Madrid, 1999.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Las ejecuciones hipotecarias en el contexto de la crisis”, *Revista El Notario del Siglo XXI*, nº 36, Opinión, 29 de marzo de 2011.

ATIENZA, M., “la autoridad y los límites del derecho”, *Revista El Notario del Siglo XXI*, nº 37, mayo-junio, 2011, Opinión.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Artículo 1.166”, *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. M. Albadalejo, XVI-1, Edersa, Madrid, 1980.

BLANCH NOUGUÉS, J.M., “Acerca de la *datio in solutum necessaria* en el derecho romano, en la tradición jurídica europea y en los códigos civiles iberoamericanos”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 21, 2010-1.

CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, D., “¿Es la dación en pago una solución? Las implicaciones jurídico- económicas de la dación en pago”, Fundación Ciudadanía y Valores, abril 2014.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social* (Dictamen exploratorio, 2014/311/06), Ponente General: Reine-Claude Mader, Diario Oficial de la Unión Europea, 12 de septiembre de 2014.

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (PLENO), “Debate sobre admisión a trámite de la Proposición de Ley de Medidas contra el sobreendeudamiento personal y familiar y de protección ante procedimientos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual, aprobado por unanimidad por el Parlamento de Cataluña en julio de 2012”, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, nº 174, 11 de febrero de 2014.

CUENA CASAS, M., “Crédito responsable, *fresh start* y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas”, *Revista El Notario del Siglo XXI*, nº 43, Opinión, 16 de mayo de 2012.

CUENA CASAS, M., “Conclusión del concurso de persona física y pasivo insatisfecho”, ponencia presentada en el XI Seminario Harvard-Complutense sobre “Reestructuración del sistema financiero y nuevas estrategias de negociación”, celebrado los días 7, 8 y 9 de octubre de 2013 en Harvard Law School /Real Colegio Complutense, Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad Complutense de Madrid, noviembre 2013 [[E-Prints Complutense](#)].

- CRISTÓBAL MONTES, A.**, *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1986.
- DEFENSOR DEL PUEBLO ESPAÑOL**, Informe *Crisis económica e insolvencia personal*, Informe, Madrid, octubre 2013.
- DEFENSOR DEL PUEBLO ESPAÑOL**, Informe *Crisis económica y deudores hipotecarios. Actuaciones y Propuestas del Defensor del Pueblo*, Actualización a 9 de abril de 2013, Madrid.
- DEFENSOR DEL PUEBLO ESPAÑOL**, Informe *Crisis económica y deudores hipotecarios*, Madrid, 2012.
- DÍEZ PICAZO, L.**, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 2ª edic., Tecnos, Madrid, 1988.
- D'ORS PÉREZ-PEIX, A.**, *Derecho Privado romano*, 10ª edic., Eunsa, Pamplona, 2004.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A.**, “Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio del párrafo segundo *in fine* de la Ley 493 del Fuero Nuevo”, *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio 2011, nº 51.
- FELIU REY, M.I.**, *La prohibición del pacto comisorio y la oposición en garantía*, Civitas, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M.**, “La audacia del Derecho. Notas prácticas sobre la protección de los consumidores en el marco del Derecho y de la Jurisprudencia de la Unión Europea”, *Revista Ars Iuris Salmanticensis*, vol. I, junio 2013.
- GULLÓN BALLESTEROS, A.**, “Artículo 1.911”, *Comentarios al Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- JIMÉNEZ PRATS, T.A.**, “Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 724, 2011.
- JIMÉNEZ PRATS, T.A.**, “El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la ley concursal”, *La Ley*, nº 7.487, 13 de octubre de 2010.
- JIMÉNEZ SEGADO, C.** “Vivienda digna y dación en pago”, *Revista Claves de Razón Práctica*, mayo-junio 2013.
- LACRUZ BERDEJO, J.L.**, *Elementos de Derecho Civil II*, vol. I, Bosh, 2ª edic., Barcelona, 1985.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.**, “El cumplimiento de las obligaciones y sus subrogados en el Derecho navarro”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 27, 1999.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.**, “En torno a la regulación de la responsabilidad contractual en el Fuero Nuevo”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 21, 1996.

OLIVAS DÍAZ, A., “Ejecuciones hipotecarias y derecho a la vivienda: estrategias jurídicas frente a la insolvencia familiar”, www.descweb.org, septiembre 2009.

PÉREZ GARCÍA, M.J., “La realización del valor de los bienes en los procesos de ejecución y su problemática en el derecho español (reflexiones a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010)”, *La Ley*, nº 7.590, 16 de marzo de 2011.

SERRANO CHAMORRO, M.E., *Entrega de cosa distinta a la pactada*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

TOMASELLI ROJAS, A.L., “La dación en pago y la realidad social”, *Revista Noticias Jurídicas*, Artículos doctrinales, Derecho civil, noviembre 2012.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA (SALA PRIMERA), Sentencia de 14 de marzo de 2013, Asunto C-415/11, Mohamed Aziz y Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona y Manresa (Catalunyacaixa).

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA (SALA PRIMERA), Sentencia de 17 de julio de 2014, Asunto C-169/14, Juan Carlos Sánchez Morcillo, María del Carmen Abril García y Banco Bibao Vizcaya Argentaria, S.A.

3

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA LEY 4/2013, DE 4 DE JUNIO, *DE MEDIDAS DE FLEXIBILIZACIÓN Y FOMENTO DEL MERCADO DEL ALQUILER DE VIVIENDAS*, Y SU POSIBLE CONEXIÓN CON LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO, *DE MEDIDAS PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS, REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA Y ALQUILER SOCIAL*

Elena López Barba
Profesora contratada doctora de Derecho Civil
Universidad de Huelva



El vertiginoso aumento del desempleo en España durante los años de crisis económica ha propiciado que muchas personas dejen de cumplir las obligaciones contraídas con las entidades de crédito para la compra de su vivienda. Por lo general, el cumplimiento de estas obligaciones viene garantizado por un contrato de hipoteca que recae sobre el mismo inmueble adquirido, de suerte que el incumplimiento del contrato de préstamo habilita al banco a ejecutar el inmueble. La ejecución supone, para el hasta entonces propietario y su familia, la imposibilidad de continuar en el uso de la vivienda.

Paralelamente a esta realidad, hay que señalar que el crédito financiero se ha frenado, lo que dificulta notablemente, o casi imposibilita, el acceso a la titularidad de los inmuebles.

Todo parece, pues, reconducir la mirada hacia el mercado del alquiler de viviendas como el instrumento que permita el desarrollo del derecho a la vivienda digna. Incluso, oyendo a algunos operadores económicos y políticos del momento, podría pensarse que el arrendamiento de viviendas fuera un descubrimiento, un “hallazgo”. La propiedad, que otrora tanto se ensalzara, ahora resulta el origen de todos los males. Así, la exposición de motivos de la Ley 4/2013¹ subraya sus efectos perniciosos sobre “la economía y la sociedad española” en cuanto lastra la movilidad de los trabajadores y favorece la existencia de un “elevado número de viviendas en propiedad, vacías y sin ningún uso”².

Todas las esperanzas parecen volcarse ahora sobre el alquiler; sin embargo, este mercado en España sigue siendo muy reducido, de ahí la necesidad de impulsar el uso de los contratos de arrendamiento de viviendas, a lo que resulta decidido el legislador. Para ello, la fórmula a la que acude es reforzar la figura del arrendador, en detrimento de las garantías del inquilino. Sólo así, expone, el propietario se sentirá confiado para sacar sus viviendas en alquiler, lo que está convencido que aumentará la oferta y redundará en una bajada de precios, de la que se beneficiará directamente el inquilino. Por ello, entiende que todas las medidas que *a priori* podrían considerarse como una reducción de sus derechos, le reportan, sin embargo, notables beneficios, no sólo porque va a ser mayor la competitividad en la oferta de viviendas, sino porque eso ha de traducirse en una disminución.

La práctica, en cuanto al desarrollo de los precios de la vivienda en alquiler, no constata estas previsiones, al menos de momento, si bien pudiera alegarse que no ha

¹Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (BOE nº 134, de 6 de junio de 2013).

²En la exposición de motivos de la Ley 19/2009, en la exposición de motivos de la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficacia energética de los edificios (BOE nº 283, de 24 de noviembre de 2009) se reconoce: “Las ventajas económicas, sociales y laborales que ofrece el alquiler son innumerables. Entre otras, facilita la elección de vivienda de los ciudadanos, adecuándola a las diferentes necesidades del ciclo vital, propicia el aumento de la movilidad geográfica de los trabajadores, permite disminuir el endeudamiento de los hogares y ofrece mayor flexibilidad ante cambios en los ingresos de la unidad familiar”. Si bien, y pese a todo lo anterior, “el alquiler no ha sido la opción mayoritariamente escogida por los ciudadanos en los últimos años para acceder a la vivienda. A la preferencia generalizada por la compra han contribuido diversos factores, como las propias características del mercado de vivienda en alquiler, los incentivos ofrecidos por los poderes públicos y unas condiciones financieras favorables al endeudamiento”.

pasado el tiempo suficiente desde la entrada en vigor de la Ley³. Sin embargo, parece que hay motivos para dudar de las bondades del camino emprendido por el legislador de 2013, tal y como se desprende de una lectura conjunta de las exposiciones de motivos que acompañan a las leyes que se han sucedido sobre la materia. Así, la Ley 29/1994⁴, en relación con las normas de los años 1964⁵ y 1985⁶, vio la necesidad de reducir las garantías de los inquilinos en pro de la posición del arrendador; lo mismo puede decirse de lo sucedido con las leyes 19/2009 y 37/2011⁷. Ninguna de estas medidas tuvo como resultado el fin deseado: el aumento del mercado del alquiler; y como prueba de este fracaso basta con acudir a los datos aportados por el propio legislador en las normas mencionadas.

En la exposición de motivos de la Ley 29/1994 se recoge que “sólo un 18 por 100 aproximadamente del parque total de viviendas se encuentra en régimen de alquiler”, por lo que aboga por la necesidad de reforzar el mercado del alquiler, lo que va acompañado de una considerable reducción de derechos de los inquilinos en relación con la Ley de 1964 y con el Real Decreto-ley de 1985.

En el año 2009, 15 años después, y de acuerdo con la exposición de motivos de la Ley 19/2009, “el alquiler en España representa tan sólo el 11 por ciento del mercado de vivienda”, cifra que justifica la necesidad de fomentar el mercado del alquiler, una vez más, por la vía de reforzar la posición del propietario, en lo que se dio a conocer cómo el desahucio exprés.

La exposición de motivos de la Ley 4/2013 indica que “el porcentaje de población que habita en una vivienda de alquiler se encuentra apenas en el 17 por ciento”. Esto es, tras un recorrido de 20 años, justificando el recorte de derechos de los inquilinos en la necesidad de dinamizar el alquiler a través del reforzamiento de la posición del propietario, nos encontramos que en 2013 el porcentaje está aún un punto por debajo de cuando se inició este periplo en el año 1994. No parece, entonces, que el camino más adecuado para conseguir fomentar el mercado del alquiler pase, exclusivamente, por disminuir las garantías del inquilino⁸.

De lo visto hasta ahora parece concluirse que la clave para fomentar el alquiler no debe pasar exclusivamente por reforzar los derechos del propietario en detrimento del inquilino. Pues esta fórmula, en nuestra opinión, ha resultado claramente inadecuada. De ahí que no creamos que el camino de la desprotección del inquilino conduzca al aumento del número de alquileres, ni a la bajada de precios de la renta, antes bien, la experiencia de

³La entrada en vigor de la Ley 4/2013 se establece para el 6 de junio de 2013; casi un año después, no encontramos motivos para pensar que la tendencia se haya invertido en cuanto a los precios del alquiler.

⁴Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de *Arrendamientos Urbanos* (BOE nº 282, de 25 de noviembre de 1994).

⁵Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos* (BOE nº 312, de 29 de diciembre de 1964).

⁶Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, *sobre Medidas de Política Económica* (BOE nº 111, de 9 de mayo de 1985).

⁷Ley 37/2011, de 10 de octubre, *de medidas de agilización procesal* (BOE nº 245, de 11 de octubre de 2011).

⁸Cabría reflexionar en este sentido sobre la bondad de la Ley 8/2013, de 26 de junio, *de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas* (BOE nº 153, de 27 de junio de 2013), en cuanto a los acuerdos de financiación de las actuaciones y la posible repercusión sobre el inquilino.

20 años nos confirma que otros factores puedan ser determinantes y que no se debe estar actuando debidamente sobre ellos cuando los resultados no son los deseados.

En este sentido, llama la atención que, mientras, en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, *de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*⁹, se trabaje en la línea de aumentar la protección de determinados propietarios de vivienda habitual, en los casos en los que no puedan hacer frente a las obligaciones contraídas para la compra de las mismas, y se ordene, por ejemplo, la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables. Contrariamente, en el caso de los alquileres (Ley 4/2013) se mantiene y mejora la vía del *desahucio exprés* incluida en el año 2009. Resulta paradójico que dos leyes casi coetáneas en su tramitación parlamentaria¹⁰ permitan que en el caso de dos familias que estuvieran en idéntica situación de riesgo de exclusión social y ante idéntica imposibilidad de hacer frente a las obligaciones contraídas para poder residir en una vivienda digna, una resulta más protegida por el legislador, si es propietaria de la vivienda habitual, que la otra, si está en régimen de alquiler, resultaría desalojada sin valorar sus particulares circunstancias económicas y familiares.

La reducción de derechos para el inquilino en la nueva redacción de la Ley 4/2013 es clara. Quizás los más conocidos se refieran a la reducción del periodo de prórroga forzosa (ahora tres años), a la terminación del contrato de arrendamiento, a las cuestiones relacionadas con el desahucio... Pero hay un asunto interesante que une a los contratos de alquiler con las ejecuciones hipotecarias en el ámbito de la Ley 1/2013, punto de conexión que justifica nuestra ponencia en unas Jornadas que tienen como base el estudio de la ejecución hipotecaria y sus posibles alternativas. Nos estamos refiriendo al supuesto de los inquilinos que son lanzados de la vivienda en la que habitan como consecuencia no de su incumplimiento, sino del incumplimiento del propietario del inmueble, que desatiende la obligación garantizada con una hipoteca, hipoteca que recae sobre el inmueble en el que habita el inquilino. Este inquilino puede ser un sujeto cumplidor escrupuloso de todas las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento, que está al día en el pago de las rentas y demás compromisos adquiridos; sin embargo, se ve forzado a abandonar la vivienda en la que habita en régimen de alquiler.

Hasta la reforma de la Ley 4/2013 el inquilino estaba protegido en su derecho, al menos durante el periodo de prórroga forzosa (cinco años), con independencia de las vicisitudes por las que pudiera pasar la propiedad del inmueble, incluso cuando el derecho de alquiler no estuviera inscrito en el Registro de la Propiedad, situación harto frecuente. Además, esta preferencia del inquilino se hacía prevalecer frente a los terceros del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, eso sí, siempre con la limitación temporal de cinco años de la prórroga forzosa.

Desde la entrada en vigor de la Ley 4/2013, los inquilinos, si quieren evitar verse afectados por los cambios que pudieran acontecer sobre la propiedad del inmueble,

⁹BOE nº 116, de 15 de mayo de 2013.

¹⁰Consúltense el portal del Congreso de los Diputados en el apartado relativo a las iniciativas legislativas: [Buscador de Iniciativas del Congreso de los Diputados](#).

deben inscribir sus contratos de alquiler en el Registro de la Propiedad¹¹; pero esta inscripción en sí misma no es suficiente: lo es sólo en la medida en que el derecho de alquiler haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad al derecho en virtud del cual un tercero resulte titular protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria¹².

Las consecuencias de este cambio de criterio son especialmente llamativas cuando estamos en presencia de un inquilino celoso cumplidor de sus obligaciones de pago y de cualesquiera otras que se infieran del contrato de alquiler, que además ha inscrito su derecho de alquiler en el Registro de la Propiedad conforme a lo ordenado en la Ley 4/2013. Sin embargo, ni el cumplimiento de sus obligaciones, ni la protección de la inscripción del derecho de alquiler, pueden impedir su lanzamiento si la vivienda fue adquirida por el arrendador a través de un préstamo con garantía hipotecaria y este derecho de garantía se hubiese inscrito con anterioridad al contrato de alquiler, en atención al principio de prioridad registral. Toda vez que la vivienda ahora alquilada fue adquirida a través de un préstamo con garantía hipotecaria y dado que la inscripción de la hipoteca es constitutiva, es más que probable que la inscripción de este derecho sea siempre anterior a la del alquiler, pues el orden lógico de inscripciones de derechos sería: primero, la propiedad, seguido de la hipoteca y, luego, el alquiler. Difícilmente el contrato de alquiler accede al Registro de la Propiedad antes que el derecho real de garantía a favor del banco, por lo que incluso cumpliendo todas las obligaciones propias del contrato de alquiler y protegiendo su derecho frente a terceros con su inscripción en el Registro de la Propiedad, nada evitaría la ejecución de la hipoteca si la obligación de préstamo es incumplida por el propietario y nada evitaría el lanzamiento de los inquilinos, si el derecho de hipoteca ha accedido al Registro con anterioridad al de arrendamiento, y el inquilino poco o nada puede hacer ante esto.

Esta situación contrasta fuertemente con lo que venía sucediendo en el caso de los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la Ley 4/2013. Con anterioridad, y de acuerdo con el artículo 13 de la Ley de 1994, los inquilinos no se veían afectados

¹¹Nueva redacción dada al artículo 7.2: “En todo caso, para que los arrendamientos concertados sobre fincas urbanas surtan efecto frente a terceros que hayan inscrito su derecho, dichos arrendamientos deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad”.

¹²Artículo 13. “Resolución del derecho del arrendador.

1. Si durante la duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, quedará extinguido el arrendamiento.

Conforme a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 7 y en el artículo 14, se exceptúan los supuestos en los que el contrato de arrendamiento hubiera accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendado. En este caso continuará el arrendamiento por la duración pactada.

Cuando se trate de un arrendamiento sobre finca no inscrita se estará a la duración establecida en el apartado 4 del artículo 9”.

¹³De acuerdo con la disposición transitoria primera: “*Régimen de los contratos de arrendamiento celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.*

Los contratos de arrendamiento sometidos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación.

Sin perjuicio de ello, cuando las partes lo acuerden y no resulte contrario a las previsiones legales, los contratos preexistentes podrán adaptarse al régimen jurídico establecido en esta Ley”.

por los derechos ejercidos por los terceros, con independencia de si el alquiler hubiese sido o no inscrito. Eso sí, su protección se limitaba en el tiempo, esto es, se reducía al plazo de tiempo que restara hasta que el contrato de alquiler celebrado cumpliera cinco años, el periodo de finalización de la prórroga forzosa¹³. Hay que advertir que, de haberse seguido el anterior régimen, el periodo de protección frente a terceros del artículo 34 LH en los nuevos contratos celebrados tras la entrada en vigor de la Ley 4/2013 se extendería tan sólo por tres años, que es el nuevo plazo previsto para la prórroga forzosa a favor de los arrendatarios.

La justificación a este giro normativo pudiera encontrarse en la idea de que, de este modo, se favorece a los propietarios ejecutados, pues sus inmuebles salen a subasta libres de inquilinos, de donde se infiere que resultará más fácil adjudicarlos en el proceso de ejecución y que se obtendrá un mayor precio de remate, frente a los casos en los que la misma vivienda se ejecutara estando ocupada por el arrendador por el tiempo que duren las prórrogas pendientes. Esto beneficiaría al particular ejecutado, que conseguiría un mayor precio tras la ejecución y, de acuerdo con el principio de responsabilidad universal del artículo 1.911 C.c., evitaría seguir respondiendo con todos sus bienes presentes y futuros por la parte de la obligación que no se viera satisfecha tras la ejecución.

Pero no podemos dejar de señalar que con esta medida resultan también muy beneficiados los bancos, no tanto porque sea más fácil ejecutar la vivienda o porque se adquiera un mayor precio de remate tras la ejecución, sino porque dado el elevado número de viviendas que terminan en manos de los bancos como consecuencia de su adjudicación en el proceso de ejecución, estos consiguen tener un parque de viviendas en propiedad libre de inquilinos, lo que les facilita su posterior venta o su destino al mercado del alquiler¹⁴. Pareciera, una vez más, tal y como sucede con algunas de las medidas previstas en la Ley 1/2013, que tras este nuevo criterio marcado por la Ley 4/2013 estuviera, de algún modo, el deseo de proteger a la banca, en esta ocasión como propietaria final de un gran número de viviendas ejecutadas.

En última instancia resulta también beneficiado el tercer adquirente del bien, que, en todos los casos de contratos de alquiler no inscritos, o inscritos con posterioridad al derecho en virtud del cual él viene a ser el nuevo propietario, resulta titular libre del contrato de alquiler que sobre la vivienda ejecutada existía. Este cambio legislativo también ha puesto fin a la práctica fraudulenta de los propietarios de inmuebles que, ante un inminente proceso de ejecución hipotecaria, recurrían a la celebración de un contrato de alquiler con el único fin de retrasar o dificultar, al menos, cinco años la ejecución. Práctica sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse la jurisprudencia atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso¹⁵.

Como última reflexión, nos gustaría plantear la duda que nos provoca el siguiente supuesto: ya sabemos que si el contrato de alquiler accede al Registro de la Propiedad con anterioridad a la inscripción del derecho de hipoteca, el arrendamiento

¹⁴CALLEJO CARRIÓN, Soraya y PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes de, "Arrendamientos y ejecución hipotecaria: a propósito de la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de vivienda", *Actualidad Civil*, 2014, nº 2, pp. 147 a 161, esp. p. 153.

¹⁵CARRETERO PEÑA, Cristina, "El incidente del artículo 675 de la LEC. La puesta en posesión judicial. Entrega del inmueble", en *Jornadas sobre ejecución hipotecaria*, Valencia, enero 2012.

permanece, y lo soporta el nuevo titular del inmueble que resulte tras la ejecución de la hipoteca (ex artículo 13.1, prf. 2º LAU y por el principio de prioridad registral). Quiere decir que el nuevo titular se sitúa en la posición del anterior titular registral en tanto en cuanto finalice el periodo pactado para el contrato de arrendamiento, al que en caso de indeterminación, la ley le reconoce una duración obligatoria mínima de tres años. ¿Cabría en este caso que el nuevo titular del inmueble, fruto de la ejecución hipotecaria por un derecho de hipoteca que accedió al Registro de la Propiedad tras el contrato de arrendamiento, alegue una vez que se cerciore que ha transcurrido el primer año de vigencia del contrato de arrendamiento que *tiene necesidad de la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o para sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial*, de acuerdo con el artículo 9.3 LAU? Difícilmente puede darse esta circunstancia si quien se adjudica el bien tras la subasta es la entidad financiera; pero si el nuevo titular es un particular, cabría pensar que, salvo que al tiempo de celebrarse el contrato de arrendamiento se hubiese excluido esta posibilidad expresamente, nada impide al nuevo propietario, que se coloca en la posición del anterior arrendador, hacer uso del derecho a recuperar la vivienda en atención a lo previsto en la nueva redacción de la Ley de Arrendamientos Urbanos (art. 9.3).

Las anteriores consideraciones nos llevan a concluir que la inscripción del contrato de arrendamiento en el Registro de la Propiedad no le confiere al inquilino la protección anunciada, sin olvidar los costes que infiere la inscripción en orden al pago de los aranceles de Notaría y Registro de la Propiedad¹⁶. Quien sí podría verse beneficiada de algún modo de la práctica de la inscripción del contrato de arrendamiento es la Hacienda Pública, que de esta manera puede conseguir que afluera a la superficie contratos de alquiler que, quizás, de otra forma no hubiesen aflorado. Sin perjuicio del efecto que la formalización de los contratos y su publicidad registral pudiera tener en el aumento de una práctica, en ocasiones, olvidada, cual es la obligación del arrendador de depositar el importe de la fianza en la Administración autonómica o en el ente público competente¹⁷.

¹⁶Disposición final segunda de la Ley 4/2013: “Adaptación del Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamientos urbanos. En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno adaptará la regulación contenida en el Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamientos urbanos, a las previsiones de la misma, en especial en lo concerniente a las condiciones de cancelación de la inscripción de los arrendamientos y a la modificación de los aranceles notariales y registrales aplicables”.

¹⁷Disposición adicional tercera de la Ley de Arrendamientos Urbanos: “Las Comunidades Autónomas podrán establecer la obligación de que los arrendadores de finca urbana sujetos a la presente Ley depositen el importe de la fianza regulada en el artículo 36.1 de esta Ley, sin devengo de interés, a disposición de la Administración autonómica o del ente público que se designe hasta la extinción del correspondiente contrato. Si transcurrido un mes desde la finalización del contrato, la Administración autonómica o el ente público competente no procediere a la devolución de la cantidad depositada, ésta devengará el interés legal correspondiente”.

Lecturas recomendadas:

CALLEJO CARRIÓN, Soraya y PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes de, “Arrendamientos y ejecución hipotecaria: a propósito de la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de vivienda”, *Actualidad Civil*, 2014, nº 2, pp. 147 a 161.

CARRETERO PEÑA, Cristina, “El incidente del artículo 675 de la LEC. **La puesta en posesión judicial. Entrega del inmueble**”, en *Jornadas sobre ejecución hipotecaria*, Valencia, enero 2012

COLINA GAREA, Rafael (Dir.), *La protección del arrendador como instrumento para dinamizar el mercado del alquiler de viviendas. Perspectiva desde la reforma*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

CRESPO ALLUÉ, Fernando y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (Dirs.), *Comentarios a la Ley de arrendamientos urbanos*, Thomson Reuters - Lex Nova, Valladolid, 2014.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos traslativos del uso o disfrute*, Tomo III, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

4

CLÁUSULAS ABUSIVAS

María Cárdenas Fernández
Rocío del Valle Delgado Requena
Lorena Díaz Bayón
Marina González Mateos
Jamaica Pérez Delgado

Taller de trabajo especializado
Universidad de Huelva

I. Ámbito europeo. **II.** Conceptos y requisitos. **III.** Sentencia del Tribunal Supremo del 9 de mayo de 2013 y crítica de la revista *Cesco*. **IV.** Novedad de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva. **V.** Más ejemplos prácticos. **VI.** Conclusiones.



I. Ámbito europeo

Creemos conveniente, en primer lugar, abordar las cláusulas abusivas en el ámbito europeo y poder explicar así qué motivó a los Estados a ejercer una mayor protección de los consumidores.

La necesidad de una regulación en el plano europeo que garantizara la tutela de los consumidores se viene afirmando desde 1975 con el primer programa comunitario para una política de protección e información de los consumidores. En este contexto, es necesario resaltar la importancia que tuvo la Directiva 93/13 CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos. Representó un hito en materia de política de los consumidores y abordó una cuestión que se venía trabajando desde hacía 20 años.

Sin embargo, el texto finalmente adoptado por unanimidad por el Consejo fue fruto de delicados compromisos y planteó problemas por dos motivos fundamentalmente: por las distintas tradiciones jurídicas de los Estados miembros, y porque la Directiva afectaba al núcleo del derecho nacional. Es decir, fue difícil influir en el derecho interno de cada Estado y especialmente en aquellos que tenían filosofías totalmente divergentes. De hecho, así se expresa en su preámbulo: “considerando que corresponde a los Estados miembros velar porque no se incluyan cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores” y “considerando que, en particular, las legislaciones de los Estados miembros que regulan las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores presentan diferencias considerables”. Todo ello, sumado a la materia que aborda la Directiva (proteger al consumidor ampliando, por tanto, sus derechos frente a otros poderes), hizo que dichos Estados fueran muy reticentes para adoptarla y que se creara una serie de lagunas o imperfecciones:

Por un lado, la tardía transposición de la Directiva por parte de varios Estados miembros (no concluyó hasta mayo de 1998, con la transposición de España). Consecuentemente, no se pudo cumplir lo previsto en el artículo 10.1, que preveía que debían ratificarse como máximo hasta el 31 de diciembre de 1994:

“Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar, el 31 de diciembre de 1994. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.”

Y por otro lado, la transposición incompleta o incorrecta que redujo en la práctica los cinco años previstos en la Directiva. Debido a estas dos causas, la Comisión no pudo hacer una tarea de evaluación y ver así el impacto, incidencia y resultado de la Directiva:

Artículo 9: “A más tardar, cinco años después de la fecha contemplada en el apartado 1 del artículo 10, la Comisión presentará al Consejo y al Parlamento Europeo un informe sobre la aplicación de la presente Directiva.”

A pesar de estas deficiencias, no hay que olvidar el avance que ha supuesto en las legislaciones de la mayoría de los Estados miembros.

Frente a lo expuesto, la Comisión se vio en la obligación de poner en marcha una serie de acciones destinadas a reforzar la Directiva, como procedimientos de infracción atendiendo a dos motivos:

- a) Por falta de comunicación de las medidas de transposición. Por ejemplo, Alemania.
- b) Por transposición incompleta o incorrecta. Aquí cabe hablar de algunos países que, como vamos a ver, presentan problemas “casualmente” en aquellos preceptos de la Directiva que más garantías ofrecen al consumidor. Esta reticencia nos muestra que hoy día se protege al consumidor no por iniciativa de los Estados, sino gracias a la influencia de esta Directiva. Ejemplos:

Alemania. Reforma de su legislación de 1976 a fin de dar pleno efecto al artículo 6.2.

Bélgica. Modificó la legislación vigente de 1991, ya que esta preveía un ámbito de aplicación más reducido que el de la Directiva. Sin embargo, no garantizaba plenamente la transposición de los artículos 5 y 7.2 y no se había incorporado el artículo 6.2.

Portugal. No incorporó correctamente el artículo 3.2 y había omitido la transposición del artículo 5.

Francia. Prevé también completar próximamente su ley de 1995 para corregir la transposición del apartado 2 del artículo 4. Esta ley no incorporó completamente el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva, y excluye cualquier apreciación del carácter abusivo de las cláusulas en lo relativo a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre el precio y los servicios o bienes prestados.

Italia. Es un caso más peculiar, ya que no sólo hizo una transposición incorrecta del artículo 7, sino que las asociaciones de consumo presentaron ante la Comisión varias denuncias. La Comisión decidió no incoar el procedimiento de infracción debido a la ausencia de una jurisprudencia reiterada en torno al artículo 7.

En última instancia cabe hablar de España, que incorporó la directiva mediante la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación. Como hemos visto anteriormente, fue el último país en ratificar (con 40 meses de retraso). Sin embargo, según la STSJ de 9 de septiembre de 2004, no adaptó correctamente los artículos 5 y 6.2. Esta deficiencia es subsanada mediante la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, *de mejora de la protección de los consumidores y usuarios*. De hecho, podemos ver un artículo que se equipara al artículo 5 de la Directiva: el artículo 80.2 TRLGDCU: “Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor”.

Por tanto, si observamos los artículos que han sido más problemáticos, se corresponden con aquellos que ofrecen más garantías al consumidor. Presentamos una síntesis de los mismos para aclarar la “iniciativa” de los Estados en esta materia de protección al consumidor:

- Las cláusulas deberán redactarse de manera clara y comprensible; de no ser así, se aplicará la interpretación más favorable al consumidor.
- Los Estados adoptarán todas las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de su protección.
- Los Estados velarán para que existan medios eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas y, además, que permitan a las personas (por separado o conjuntamente) acudir a órganos administrativos o judiciales para que determinen el carácter abusivo o no de la cláusula.

Además de esos procedimientos de infracción, como una herramienta imprescindible para su operatividad y para que las normas de la Directiva tengan carácter imperativo se establece la apreciación de oficio del juez (STS de 9 de mayo de 2013). Con esto queremos decir que no es necesaria una demanda por parte del consumidor, sino que el juez tiene el deber, y no sólo la facultad, de estimar el carácter abusivo de una cláusula en cuanto tenga los elementos de hecho y de derecho.

II. Conceptos y requisitos

Las cláusulas abusivas son todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración. Estas cláusulas son nulas de pleno derecho.

El artículo 80 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios señala, en su apartado primero, que en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, se deberán cumplir los siguientes requisitos:

- Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.
- Accesibilidad y legalidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.

- Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

Por otro lado, en su apartado segundo se señala que cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor.

También otros artículos legislativos mencionan las cláusulas abusivas y debemos tenerlos en cuenta. En primer lugar, el artículo 5 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación señala los requisitos de incorporación y, en concreto, su apartado quinto especifica que la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. En segundo lugar, el artículo 7 de esta misma Ley dice que no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones: las que sean ilegales, ambiguas, oscuras e incomprensibles; y las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

Finalmente, el artículo 83 de la LGDCU, que fue reformado en marzo de 2014, recoge que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. Añade que el juez declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

Concluimos con la definición de cláusula abusiva mediante un ejemplo de contrato no negociado individualmente con la introducción de una cláusula suelo en un préstamo hipotecario.

Hipótesis: Un sujeto X, en 2005, se dirige al banco La Caixa para pedir un préstamo hipotecario, y firma el mismo día una hipoteca de treinta años de duración.

Supongamos que ese año el Euribor se encontraba en un 3,5%, y que a este se le sumaría un tipo de interés de las cláusulas del 1,5%, por lo que resultaría interés total del 5%.

En 2006 sube el Euribor, y la cantidad final sigue aumentando. Suponiendo que sube el Euribor a un 3,9%, sumándole el tipo de interés del 1,5% (que es fijo), se establece una suma total del 5,4%.

Así ocurre sucesivamente, año tras año, hasta llegar a 2014. En 2014, el Euribor ha bajado a un 0,5 %, y el tipo de interés sigue siendo el mismo (1,5%). Por tanto, lo correcto sería pagar un interés total del 2%. Pero ¿cuál es el problema?

Pues que el sujeto X tenía incorporada en su contrato una cláusula suelo con un mínimo del 3%, por lo que nunca podría pagar menos de esa cantidad. Ese uno por ciento de diferencia entre lo que debería pagar y lo que realmente paga, por tener la cláusula suelo en su préstamo hipotecario, se considera abusivo. También puede tener una cláusula techo, que sería el máximo interés a pagar, que supongamos que es del 12%.

III. Sentencia del Tribunal Supremo del 9 de mayo de 2013 y crítica de la revista *Cesco*

3.1. Sentencia del 9 de mayo de 2013 del Tribunal Supremo

De esta sentencia cabe destacar ciertos puntos que servirán para entender qué se considera cláusula abusiva y qué lleva a su consideración como tal.

En primer lugar, el concepto de condiciones generales de la contratación, que el Tribunal Supremo menciona, utilizando la Ley, de la siguiente manera:

El apartado primero del artículo 1 LCGC dispone que son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

La norma ha llevado a la doctrina a señalar como requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

- **Contractualidad:** se trata de cláusulas contractuales y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.
- **Predisposición:** la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos.
- **Imposición:** su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.
- **Generalidad:** las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin, ya que se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

Por otra parte, según lo dispuesto en el artículo 1261.1 CC, no hay contrato sino cuando concurre el consentimiento de los contratantes. Por tanto, las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo.

Cabe concluir que el conocimiento de una cláusula es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias, no obligaría a ninguna de las partes.

Al hilo de estas conclusiones, es el consumidor el que, ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quién, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre, y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo. Máxime cuando se trata de productos o servicios de consumo no habitual y de elevada complejidad técnica, en el que la capacidad real de comparación de ofertas y la posibilidad real de comparación para el consumidor medio es reducida, tratándose con frecuencia de un “cliente cautivo” por la naturaleza de las relaciones mantenidas por los consumidores con sus bancos, que minoran su capacidad real de elección.

Destacamos esta expresión del Tribunal Supremo, “cliente cautivo” de su banco, donde podemos percibir el desequilibrio de las partes.

En segundo lugar, los requisitos que el Tribunal Supremo considera para que se dé una falta de transparencia en las cláusulas suelo, tras las sentencias analizadas, son los siguientes:

- Falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamos de la propia entidad.

Por lo que el análisis de las normas transcritas permite concluir que constituyen requisitos para considerar abusivas las cláusulas no negociadas los siguientes:

- Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.
- Que, en contra de exigencias de buena fe, causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.
- Que el desequilibrio perjudique al consumidor.

De manera que, si alguno de estos criterios no se cumpliera, se declararía la abusividad de la cláusula.

Hay que tener también en cuenta que el mismo Tribunal Supremo, en un auto de aclaración del 3 de junio de 2013, señala que a los motivos de falta de transparencia señalados se podría añadir cualquier otro por el que se diera abusividad.

En tercer lugar, otro aspecto a destacar es la irretroactividad. En los casos enjuiciados, para decidir sobre la retroactividad de la sentencia en el sentido apuntado por el Ministerio Fiscal es preciso valorar que:

- Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.
- No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes.
- Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado.
- La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos, sino en la falta de transparencia.
- La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información.
- La finalidad de la fijación del tope mínimo responde a mantener un rendimiento de esos activos que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.
- La ley 2/1994 sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios permite la sustitución del acreedor.
- Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves, con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas.

Así, concluimos que si se da la nulidad y abusividad de la cláusula, se puede plantear la cuestión de la retroactividad. Entre otros motivos, el Tribunal Supremo señala la irretroactividad de la sentencia porque va en contra del principio de seguridad jurídica que se menciona en el artículo 9.3 de la Constitución Española y porque generaría serios riesgos para el sistema económico.

Finalmente, destacamos también la referencia que hace el Tribunal Supremo en esta sentencia a la Directiva 93/13.

La finalidad de la Directiva es la tutela del consumidor, por lo que frente a la regla de que la nulidad absoluta la puede invocar cualquiera de quienes fueron parte en el contrato nulo o con cláusulas nulas, la nulidad absoluta de las cláusulas abusivas nada más entra en juego cuando operan en “detrimento del consumidor”, de tal forma que la obligación de garantizar la efectividad de la protección conferida por la Directiva, en lo que respecta a la sanción de una cláusula abusiva, no permite imponer la nulidad en contra de la voluntad del consumidor, ya que, frente al desequilibrio de las posiciones de empresario y consumidor, el Ordenamiento reacciona con un tratamiento asimétrico y atribuye a este la decisión de invocarla.

En este sentido, “el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula”, de tal forma que, “cuando considere que tal cláusula es abusiva, se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone”.

Por tanto, la posibilidad de la intervención del juez, incluso de oficio, se revela así como una herramienta imprescindible para conseguir el efecto útil de la Directiva 93/13.

3.2. Crítica sobre la solicitud de las cláusulas suelo

El control de transparencia

El control de transparencia pretende lograr la comprensibilidad real del desarrollo razonable del contrato. Se declara la nulidad de las cláusulas que no sean transparentes.

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 no concreta cuáles son los casos en los que se puede considerar suficientemente informado al consumidor. Pero a esto responde el mismo Tribunal diciendo que no existe una relación exhaustiva de circunstancias, ya que no hay forma de anticipar cuándo una determinada cláusula superará este nuevo control de transparencia.

A la hora de controlar su carácter abusivo, ¿es indiferente si la cláusula suelo es o no un elemento esencial del contrato?

Para empezar, digamos que la cláusula suelo es una cláusula esencial.

La sentencia del Tribunal Supremo en este aspecto es un poco confusa sobre la posibilidad de control. Dice (aunque el autor de esta crítica en la revista *Cesco* de Derecho de Consumo no está muy de acuerdo con esta opinión) que, al ser un elemento esencial, no cabría el control de abusividad, ya que no existe una simple adhesión, sino que el consumidor ha prestado su consentimiento. Lo que sí se podría llevar a cabo es un control de transparencia, aunque estuviéramos ante cláusulas individuales negociadas con el consumidor.

Hay extremos que aparecen oscurecidos en la sentencia; por ejemplo, el Tribunal Supremo excluye el control de abusividad de aquellas cláusulas suelo que definan el objeto principal del contrato. Pero, en cambio, tanto la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios como la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación permiten controlar cláusulas contractuales esenciales, que incluso pueden ser moderadas por el juez.

Por tanto, es falsa la idea de que el control legal de abusividad queda excluido de las cláusulas esenciales del contrato, ya que procederá en todo caso.

Más lógica sería la exclusión del control de abusividad cuando el juez carece de parámetros racionales de decisión: “si el precio no puede ser declarado abusivo no es porque sea una cláusula esencial, sino porque no existe un paradigma de referencia que permita contrastar la razonabilidad de la decisión”.

La cláusula suelo es una condición general no abusiva

A este respecto, la opinión del autor de esta crítica es totalmente contraria a la del Tribunal Supremo, ya que considera que la cláusula suelo no es abusiva porque no es preciso que exista equilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo. Son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo.

Estas cláusulas suelo no son abusivas porque el juzgador carece de parámetros que le permitan determinar dónde se halla el límite entre lo abusivo y lo no abusivo. No hay criterios que permitan afirmar la mayor razonabilidad de un precio sobre otro.

La nulidad por falta de transparencia “sustancial” carece de fundamento legal

Según el Tribunal Supremo, la contratación bajo condiciones generales está sujeta a una doble exigencia de transparencia. Transparencia a efectos de incorporación al contrato (control de inclusión o de incorporación), como, por ejemplo, en el contrato de hipoteca.

Es preciso que las condiciones ya incorporadas al contrato superen el control de transparencia, que como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer tanto la “carga económica” que supone el contrato celebrado, como la “carga jurídica” del mismo.

Por tanto, según el Tribunal Supremo, es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonable completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

Por último, el autor de esta crítica afirma que la sentencia es bastante opaca en este tema al explicar cuáles son las consecuencias de la falta de transparencia “sustancial” de la cláusula incorporada, ya que la cláusula incorporada tiene como consecuencia su sometimiento al control de abusividad, control que tiene un resultado negativo al no ser abusivas las cláusulas suelo. Sin embargo, tras excluir la lesividad de las cláusulas suelo, el Tribunal determina la nulidad parcial del contrato, condenando a las entidades demandadas a eliminar de sus contratos las cláusulas suelo en concreto cuestionadas. La sentencia deja sin explicar cuál es la regla de Derecho en que se funda para declarar la nulidad de las cláusulas suelo.

El Tribunal Supremo afirma que la falta de transparencia de las cláusulas incorporadas era abusiva por provocar un desequilibrio lesivo para el consumidor. Por tanto, el Tribunal convierte la falta de transparencia sustancial en una causa autónoma de nulidad que nada tiene que ver con el desequilibrio que comporte la cláusula.

El control de transparencia sustancial es redundante y requiere un contraste casuístico costoso de implementar

El Tribunal Supremo dice que no basta con que se hayan cumplido los procedimientos de formación del contrato establecidos en la legislación especial sobre transparencia bancaria, sino que, además, se requiere “que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”.

El Tribunal dice que no hay transparencia sustancial porque “falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato”, “se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas”, “no hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo de otras modalidades de préstamo de la propia entidad”, “se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen al atención del consumidor”.

Hay varios extremos que aparecen completamente oscurecidos en la sentencia: Es manifiestamente incorrecto considerar incorporada una cláusula y, sin embargo, negar su eficacia por falta de información “sustancial” del consumidor.

Esto es un contrasentido, ya que las reglas que disciplinan la inclusión de condiciones generales en los contratos están fundadas en el conocimiento que el consumidor tiene de las mismas. Por tanto, si esta oportunidad ha existido (por ejemplo, en los préstamos hipotecarios, la escritura es leída al consumidor en el acto del otorgamiento por un notario, quien da fe de estos hechos y de que el consumidor presta consentimiento libremente), las cláusulas integran el contrato y son, pues, vinculantes, sin perjuicio de que puedan ser abusivas (y nulas).

La expresión del consumidor en las hipotecas con cláusula suelo no tiene como fin hacer constar que el consumidor “realmente” ha consentido lo que firma (de este hecho da fe el notario), sino únicamente si le han informado de los riesgos.

La sentencia introduce un elevado riesgo sobre la validez de los contratos que la entidad celebre, que sólo podrá ser minimizado (no excluido) a un alto coste: la entidad deberá procurarse pruebas que acrediten que informó hasta el aburrimiento al consumidor. Es la omisión de información sobre los riesgos lo que puede concluir un consentimiento existente pero viciado por error o dolo.

La transparencia y la seguridad jurídica en la Ley 1/2013 y en la OM de 5 de mayo de 1994

Ha de considerarse que cuando es el legislador el que ha establecido el estándar de transparencia (los contenidos relevantes) en un ámbito negocial determinado (por ejemplo, en los préstamos hipotecarios, en la Orden de 5 de mayo de 1994 *sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios*, sustituida hoy por la Ley 1/2013), el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa especial determina la incorporación de las cláusulas correspondientes al contrato, lo que presupone su conocimiento por parte del consumidor. Esto no significa que el contrato así celebrado sea válido en cualquier circunstancia, ya que el cumplimiento de las formalidades contenidas en la regulación especial no impedirá que el contrato pueda contener cláusulas abusivas o que pueda ser anulado por error.

El cumplimiento de formalidades no ha de impedir al juzgador verificar el conocimiento “real” por parte del consumidor.

¿Pero acaso cabe un control contextual de la transparencia sustancial en concreto a través de una acción colectiva de cesación?

Se había entablado una acción colectiva de cesación de condiciones generales fundada en su carácter abusivo. ¿Cómo es posible que, si la entidad pidió la nulidad por abusividad, se decree por falta de transparencia? ¿Ese control se hace de oficio? En la sentencia no aparecen debidamente tratados estos aspectos sobre los que nos preguntamos, pero aun así hacemos referencia a ellos:

- No cabe control de oficio sobre la transparencia “sustancial”, ya que, de acuerdo con el TJUE, este sólo se exige para el control de las cláusulas abusivas.
- El Tribunal no estaba facultado para efectuar ese control, porque nadie se lo pidió; entonces, existe un vicio de incongruencia que genera indefensión en las entidades condenadas (artículo 24 de la CE).
- Incluso aunque el Tribunal pudiera efectuar de oficio este control de transparencia, hubiera sido necesario también dar trámite a las entidades demandadas y al demandante (tutela judicial efectiva). Dado que los procedimientos de cesación de condiciones generales abusivas son declarativos, las partes deberán tener la oportunidad de utilizar los más amplios medios de prueba.
- Finalmente, con respecto a este punto, hay que decir que la asociación demandante estaba legitimada para entablar una acción de cesación de condiciones generales de contratación.

Pero también hay que señalar que la acción de cesación no puede ejercitarse frente a cualquier patología que afecte a condiciones generales, sino únicamente frente a cláusulas abusivas.

Mediante esta acción de cesación se puede combatir la publicidad que engaña e induce a error a los consumidores como colectivo.

El negro futuro que para los consumidores, y para el Derecho de Contratos en su conjunto, augura este nuevo sacrificio del pacta sunt servanda

Estos pronunciamientos que hemos ido comentando están causando un grave daño al Derecho de Contratos, y a los consumidores del futuro como conjunto. Si los aplicadores del Derecho de Contratos no son capaces de dar a los conflictos respuestas que respeten los principios contractuales, se estará prestando un flaco servicio a los consumidores venideros. La razonabilidad de esos pronunciamientos judiciales debe estar fundada en reglas jurídicas, y únicamente las sentencias razonables posibilitan la seguridad jurídica a la que cada contratante aspira en un Estado de Derecho.

IV. Novedad de la SAP de Huelva

Se trata de un recurso de apelación civil, rollo número 151/13, interpuesto por una particular, en el que apela a Banco Mare Nostrum, S.A.

Antecedentes de hecho

Primero

Se acepta la correspondiente sentencia apelada.

Segundo

En dicha sentencia, el fallo es el siguiente: se desestima la demanda interpuesta por el procurador en representación de la particular, y se absuelve a la demandada de las pretensiones de la misma.

Tercero

La representación de la demandante interpuso recurso de apelación contra la misma.

Fundamentos de derecho

Primero

Los hechos son los siguientes: el 29 de junio de 2006 se otorgó escritura pública por la que la demandada, Mare Nostrum, se subrogó en 10 préstamos con garantía hipotecaria por un importe total de 1.839.917,35 €, anteriormente suscritos por la demandante con otra entidad de crédito, con un tipo de interés inicial del 4,15% variable de Euribor más 0,75%, tipo mínimo del 3,75% y máximo del 14%. El 5 de noviembre de 2008, las partes otorgaron sendas escrituras públicas de préstamo con garantía hipotecaria en la que se establecía un interés inicial del 7,40% variable de Euribor más 2%, mínimo del 4% y máximo del 14%.

El 14 de junio de 2011 remitió la actora a la demandada una carta declarando la nulidad de las cláusulas, interesando su anulación y la devolución de lo cobrado de más, petición que no fue atendida por la entidad de crédito.

Segundo

En la primera subrogación del préstamo hipotecario y en la segunda, las ofertas vinculantes que se incorporan a la escritura tienen la misma fecha de emisión y firma que la propia escritura de subrogación; es decir, que se han aportado las mismas a la documentación contractual el mismo día de la firma de escritura, sin tiempo suficiente para que el cliente analizara las condiciones, por lo que no se negociaron previamente las condiciones con el cliente, sino que se le impusieron el día de la firma. Con todo ello no se cumple la transparencia, ya que la información al cliente debe ser clara y previa al contrato, no en el mismo tiempo de la firma de la hipoteca.

Tercero

Respecto a la condición general, el artículo 1 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) dice que: “1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas, cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. 2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al respecto del contrato si la apreciación global legal lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión”.

Por tanto, se tienen que dar cuatro requisitos: contractualidad, predisposición, imposición por una de las partes y utilización en una pluralidad de contratos.

Las entidades bancarias suelen defender que nunca podríamos estar ante una condición general porque afecta a un elemento esencial del contrato, el precio. Esta

cuestión queda resuelta por la STS de 9 de mayo de 2013: la cláusula suelo es una condición general de la contratación y deberá acreditarse por la parte demandada que cumplió con su obligación de informar a su cliente.

No se acredita que la entidad incidiera en la información de la cláusula suelo en su negociación con los consumidores, para que estos tuvieran un conocimiento cabal de lo que estaban contratando y de la carga asumida por la suscripción del préstamo con tales condiciones, estimando que los actores no tuvieron al tiempo de la firma información suficiente para poder comprender el significado económico de la cláusula que estaban asumiendo con su firma.

Cuarto

Se da la posibilidad de efectuar un control de abusividad de la cláusula. Así, de acuerdo con el artículo 8 LCGC, las condiciones generales que contradigan cualquier norma imperativa o prohibitiva son nulas de pleno derecho, siendo en particular nulas las que sean abusivas en contrato celebrado con un consumidor. Esta abusividad se concreta en que haya un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes.

La cláusula nula por abusiva no puede ser ni modificada ni reparada, sino que se elimina del contrato, por lo que el préstamo hipotecario mantiene su vigencia, con eliminación de la cláusula.

Quinto

Respecto a si se deben restituir las cantidades percibidas de más por el banco, mientras no se modifique o derogue el artículo 1303 del Código Civil, debe condenarse a la entidad demandada a la devolución de las cantidades percibidas de más. Por lo que no son de aplicación las conclusiones que se dan en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, donde se declara la irretroactividad de la sentencia, basándose en el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 de la Constitución Española, por el riesgo que para el sistema económico español pudiera suponer. En este caso, no se daría tal supuesto, ya que con la cuantía de lo reclamado no se pone en peligro el sistema económico.

Fallo

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la particular frente a la entidad bancaria Mare Nostrum.

Por tanto:

- Se declara la nulidad, por tener carácter de cláusula abusiva de la condición general de la contratación.

- Se condena a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general de la contratación de los contratos de préstamos hipotecarios objeto del pleito.
- Se condena a “Caja Granada/Mare Nostrum, S.A.” a la devolución al prestatario demandante de la cantidad cobrada de más en el préstamo hipotecario.
- Se condena a “Caja Granada” a abonar el interés legal, incrementado en dos puntos, aplicado sobre la cantidad a devolver (intereses de mora procesal).
- Se condena a la parte demandada a las costas de primera instancia y no imponer las costas del recurso.

V. Más ejemplos prácticos

5.1. Audiencia Provincial de Álava

Se trata de un recurso de apelación civil, rollo de sala nº 283/13, promovido por Liberbank, S.A. (Caja de ahorros de Extremadura) frente a la sentencia de 3 de abril de 2013. La parte apelada es José Manuel Rubio Durán.

Antecedentes de hecho

Primero

En la sentencia de 3 de abril de 2013 se estima la demanda presentada por José Manuel Rubio Durán contra Liberbank, S.A. y se acuerda lo siguiente:

- Declarar la nulidad, por tener el carácter de cláusula abusiva, el límite a las revisiones del tipo de interés de un mínimo aplicable de un “suelo” establecido y cuyo contenido literal es: “tipo mínimo de interés: 4,25% nominal anual”.
- Condenar a Liberbank, S.A. a la devolución de las cantidades que se hubieran cobrado en virtud de la condición declarada nula. En concreto, las cantidades de 8.233,13 €, 6.466,93 € y 2.283,31 € por los tres contratos de préstamos realizados con la entidad bancaria.
- Condenar a la demandada al pago de los intereses legales.
- Condenar al pago de las costas causadas por el procedimiento.

Segundo

Frente a esta resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación de Liberbank basada, sobre todo, en que no se tuvo en cuenta la nota de prensa de 20 de marzo de 2013 del gabinete de comunicación del Tribunal Supremo; por no tenerse en cuenta la STS de 9 de mayo de 2013 del Tribunal Supremo; por considerar que la limitación inferior o superior del interés no es condición general, sino parte esencial del contrato; y por conocimiento del cliente de la cláusula.

Fundamentos jurídicos

Primero

José Manuel Rubio Durán compró tres viviendas, subrogándose en el préstamo con garantía hipotecaria, en el que se había convenido un tipo de interés del Euribor más 0,75%, con tipo máximo de interés del 12% y mínimo del 2,65%.

El préstamo en el que se subrogó había sido otorgado por Caja Extremadura ampliando su importe, quedando los contratos de préstamos con un tipo de interés del Euribor más 0,65%, con un tipo máximo del 12% y mínimo del 4,25%.

Como consecuencia del tipo mínimo de interés del 4,25%, José Manuel Rubio Durán abonó un interés por encima del Euribor más 0,65%, por el importe de las cantidades expuestas anteriormente.

Segundo

Respecto a que no se tuvo en cuenta la nota de prensa del gabinete correspondiente del Tribunal Supremo, esto es debido a que no constituye fuente de Derecho conforme al artículo 1 del Código Civil.

Tercero

No se tiene en cuenta la STS de 9 de mayo de 2013 del Tribunal Supremo ya que en este caso se ejercita una acción distinta, con un plazo diferente y un resultado ajeno al que señala dicha sentencia.

Cuarto

Ahora bien, que la cláusula discutida, conocida como “suelo”, tenga la función de determinar un elemento esencial del contrato, la remuneración del préstamo mediante un interés variable que se limita con un mínimo y un máximo, no le priva de la

consideración de condición general en el sentido que dispone la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación.

Quinto

Sobre el conocimiento del cliente, no se da la transparencia documental “que permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”. Por lo que no es suficiente con que el cliente supiera que tenía que subrogarse en la hipoteca, ya que tampoco intervino ni en la negociación ni en la fijación de las condiciones.

Sexto

Sobre el control del carácter abusivo del suelo pactado, según el artículo 8.2 LCGC, merece tal consideración porque la diferencia entre techo y suelo “produce un desequilibrio entre las prestaciones a cargo de cada una de las partes, pues mientras que la cláusula suelo se ha activado en numerosas ocasiones durante la vida del préstamo, no así la cláusula techo”.

Séptimo

Sobre la abusividad de la cláusula suelo, hay una desproporción, falta de reciprocidad y vulneración del justo equilibrio de las partes que justifica que se declare el carácter abusivo de la cláusula de limitación inferior, en relación a la superior, de las oscilaciones del tipo de interés variable más 0,65% que se convino en el contrato.

Octavo

Respecto a la devolución de las cantidades, vemos un claro enriquecimiento de uno de los contratantes, el banco recurrente, frente a otro, su cliente. Por lo que se aplica el artículo 1303 del Código Civil.

Fallo

Se desestima el recurso de apelación presentado por Liberbank, S.A. frente a la sentencia de 3 de abril de 2013. Por lo que Liberbank, S.A. tendrá que cumplir con lo estipulado en dicha sentencia.

5.2. Auto 41/2014 del Juzgado de 1ª Instancia de Donostia

El núcleo de esta sentencia es que M^a José Idarreta presenta en nombre de X un escrito de oposición al despacho de ejecución hipotecaria del Banco Bilbao Vizcaya y Argentaria, S.A. con la pretensión de declarar abusivas: cláusula suelo, cláusula de intereses moratorios, comisiones por reclamación de posiciones deudoras, cláusula de vencimiento anticipado y cláusula de pacto de liquidez. En la exposición sólo vamos a abordar la abusividad de la cláusula suelo, que es el tema que nos ocupa.

La cláusula suelo viene redactada de la siguiente manera: “En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2,250%, este valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el tipo de interés vigente en el periodo de interés. Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser en ningún caso superior al 15% nominal anual. Índice de referencia principal referencia interbancaria a un año Euribor. Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el valor del último índice adicionado en 1,25 puntos porcentuales”.

Para valorar la licitud de dicha cláusula debemos partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. En esta sentencia, son lícitas las cláusulas suelo siempre que respondan a las exigencias de transparencia ya explicadas con anterioridad, con independencia de la existencia de un desequilibrio entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo. Además, este auto amplía la justificación de este criterio de transparencia con los siguientes artículos (algunos ya mencionados):

- Artículo 5.5 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación: “la redacción de las cláusulas con condiciones generales de la contratación deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”.
- Artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE: “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.
- Artículo 80.I del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuario: en el caso de tratarse de consumidores, exige que las cláusulas no negociadas individualmente cumplan los requisitos de concreción, claridad y sencillez en la redacción.

Haciendo una transposición de tales criterios jurisprudenciales a este auto, podemos concluir:

1. La cláusula no tiene una redacción clara y comprensible. Esa falta de claridad no le permite a X tener constancia de las condiciones económicas pactadas, yendo en contra de la buena fe y el justo equilibrio exigible para este tipo de operaciones. Además, ese desequilibrio de las partes se hace palpable en la inclusión de una cláusula que convierte el tipo variable en uno fijo, sin que sea informado el consumidor. Por tanto,

no sólo el consumidor no entiende lo que está firmando, sino que además se incluyen cláusulas que varían las condiciones originarias que se pactaron.

2. La consecuencia de no superar la cláusula el deber de transparencia exigible lleva aparejado, según el artículo 695.3 LEC, “el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva”.

Finalmente, al dictar el fallo se estima la nulidad de la cláusula suelo y se acuerda sobreseer la ejecución.

5.3. Auto nº 107/2014 de Córdoba

Se trata de un auto de apelación de lo civil en el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Córdoba donde se establece un auto de ejecución hipotecaria hacia el Banco Popular Español, S.A.

Antecedentes de hecho

Primero

Se estima la ejecución hipotecaria con los siguientes pronunciamientos:

- Se acuerda el sobreseimiento de la ejecución en base a la nulidad de la cláusula suelo.
- Se declara la nulidad de la cláusula que fijaba los intereses moratorios (12%).
- Se desestima la petición de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y de la liquidación unilateral de la deuda.

Segundo

Por parte de la representación de la parte ejecutante se interpuso recurso de apelación.

Fundamentos jurídicos

Primero

Se contempla la alzada de la controversia relativa a la cláusula de estabilización de tipos de intereses (cláusula suelo). Adicionalmente, se contempló la abusividad de

la cláusula que fijó los intereses moratorios, pero se desestimó la declaración del vencimiento anticipado.

Segundo

El primer motivo que se alega es el error en la valoración de la prueba. Como los ejecutados carecían en el pacto novatorio de libertad de contratación, no se trata de una mera cuestión relativa a la condición general de contratación, que se encuentra ligada al control de transparencia.

Tercero

El segundo motivo alude a la infracción del artículo 81 TRLGDCU, aduciendo la supuesta sencillez de la cláusula. Especifica los elementos que debe tener todo contrato, incluyendo la transparencia de la cláusula en el contrato y que el sujeto se encuentre informado de ella.

Cuarto

Establece que lejos de la claridad meridiana que pretende hacer ver la recurrente, la estipulación relativa a la cláusula suelo se encuentra inserta en un apartado secundario, donde la mayor parte se dedican a describir el cálculo del interés variable.

Quinto

El Tribunal Supremo considera que el control abstracto de la abusividad de una cláusula no permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente. Por otra parte, no impide el control del carácter abusivo de la cláusula. Y finalmente, las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas al control de su carácter eventualmente abusivo.

Sexto

El tercer motivo del recurso denuncia la infracción del artículo 695.3 LEC, que establece que se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. Se ve en relación con el artículo 83 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que permite la integración contractual cuando la cláusula declarada nula permita la subsanación de la situación de desigualdad entre las partes.

En definitiva, el recurso de apelación ha de ser desestimado, con imposición a la apelante de las costas de la alzada.

Parte dispositiva

Se acuerda desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad Banco Popular Español, S.A. contra en auto dictado, y la imposición de las costas de la alzada a la parte recurrente, a la que se condena a la pérdida de la cantidad depositada para recurrir.

VI. Conclusiones

Todo lo analizado hasta ahora nos lleva a la conclusión de que las cláusulas suelo salen muy caras al consumidor. Como hemos visto en la mayoría de ejemplos prácticos, el consumidor no es suficientemente informado, lo que conlleva el desequilibrio de las partes. Además, este desequilibrio se da por ignorancia del consumidor de lo que realmente está firmando.

A continuación, queremos hacer una crítica al Tribunal Supremo acerca de la irretroactividad de la sentencia. Como ya se ha explicado, dicha irretroactividad se basa en el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución Española, según el cual conllevaría un riesgo para el sistema económico español. Discrepamos en este punto, ya que el consumidor no tiene culpa de la situación económica del país, y tampoco el Tribunal Supremo fundamenta razonablemente esta cuestión. Donde sí encontramos fundamentación jurídica es en el artículo 1303 del Código Civil, por el cual, si se declara nula una cláusula, debe condenarse a la entidad demandada a la devolución de las cantidades cobradas indebidamente.

Por otro lado, vemos cada vez más personas que demandan a los bancos para que se declare la abusividad de las cláusulas suelo. Por tanto, cabe plantearse que al haber más gente afectada, hay algo que falla; por lo que creemos que el Estado no posee unos mecanismos eficaces para proteger al consumidor.

Aquí podemos incluir las palabras del profesor José María Miquel en las pasadas jornadas de Derecho Civil, donde hace una crítica al legislador cuando dice que la *Ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios* no ha ayudado a los consumidores, más bien se les ha perjudicado, ya que dicha ley se ha hecho según las exigencias de los bancos.

Otro aspecto que queremos criticar es la posibilidad de intervención del juez, incluso de oficio, en el ámbito de aplicación de la Directiva 1993/13. En dicha Directiva se dice que el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre el carácter abusivo

de una cláusula sin necesidad de interponer el consumidor una demanda. Pero no conocemos ningún caso al respecto. Literalmente queda muy bien, pero en la práctica no hay eficacia.

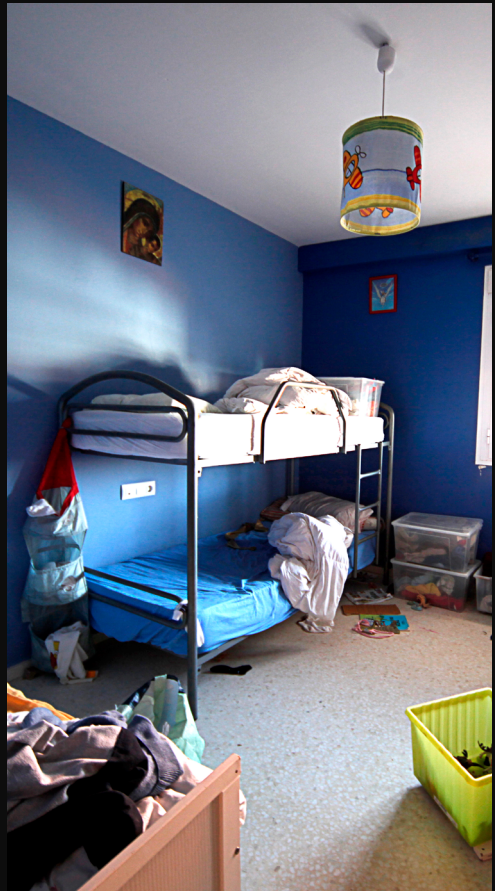
Finalmente, vemos un futuro oscuro. Hemos utilizado esta expresión porque es cierto que el consumidor puede demandar al banco, o quejarse ante el Banco de España, pero si no tiene medios económicos para ello, como suele pasar en la mayoría de los casos en los que se pide una hipoteca, las opciones que quedan son pocas para los consumidores, a menos que el legislador imponga mecanismos más eficaces.

5

CLÁUSULAS SUELO EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Marta Bardallo Cabrera
Victoria Bellido Mora
María Cinta Garrido Macías
Lucía Jiménez Morgado
Jorge Martín Avilés

Panel de trabajo de especialistas jurídicos
Universidad de Huelva



El trabajo en el que hemos querido plasmar nuestra investigación parte de un caso práctico inspirado en uno real de contrato de préstamo con garantía hipotecaria donde se introducen cláusulas abusivas, concretamente las cláusulas suelo. El objetivo del proyecto ha sido analizar en qué consisten dichas cláusulas, en qué medida afectan a cada una de las partes contratantes y qué líneas de actuación podría seguir una persona que se encuentre sometida a una realidad de este tipo.

Hemos partido del estudio de nuestro Derecho positivo, nos hemos asesorado jurídicamente desde los dos polos de la relación contractual, afectado por un lado, y banca por otro, y hemos comprobado la labor social y de asesoría a posteriori que hacen organizaciones como la PAH de Huelva o Ausbanc. Y nos hemos centrado en el momento previo a la ejecución, de cara a evitar el desahucio.

Para saber por dónde nos movemos en términos legales, perfilamos las líneas básicas de nuestro sistema hipotecario. Dentro de la gran variedad de normativa, nos centramos en la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Código Civil y la nueva Ley 1/2013, de 14 de mayo, de *medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social*.

Esta última norma es la que marca el antes y el después en nuestra legislación, pese a las críticas que recibe desde muchos sectores. Antes de ella, lo que hay es la Ley Hipotecaria, que responde al Decreto de 8 de febrero de 1946, que en su artículo 129, que es lo que nos interesa, dice:

“La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados, sujetando su ejercicio al procedimiento judicial sumario que dicta el artículo 131 de esta misma Ley, sin que ninguno de sus trámites pueda ser alterado por convenio entre las partes. Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse un procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria, todo sujeto al Reglamento Hipotecario.”

Formando equipo con la Ley Hipotecaria tal y como acabamos de exponerla, se encuentran el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el primer caso, el tema de la hipoteca se regula en los artículos 1.874 a 1.880 del Código, los cuales se limitan a establecer requisitos básicos del concepto remitiéndose constantemente a la Ley; no ofrece, pues, novedades.

Y en cuanto a la Ley de Enjuiciamiento Civil, tenemos que mencionar, por un lado, la de 1881, y por otro, la actual de 2000. Del estudio de la primera extraemos que el juicio ejecutivo coincide con el procedimiento judicial. Los bienes hipotecados serían ejecutados en subasta ya con la predisposición a favor del acreedor bancario, de modo que las entidades acuden normalmente al artículo 131 de la Ley Hipotecaria porque hacía el proceso muy rápido y el tipo fijado para la subasta era superior al establecido en la obligación garantizada. Además, también sacamos de su lectura que, en caso de no ser suficiente, el acreedor bancario podría ejercitar un juicio ejecutivo embargando otros bienes ajenos a la relación obligacional. Por su parte, la de 2000, vigente, se presenta como continuista de la anterior. Sus novedades se centran en la vertiente procesal (y después de la Ley 1/2013, en algunas que parecen ajustar el

desequilibrio entre el deudor y el acreedor), pero no cambia los aspectos de fondo. De hecho, con esta nueva LEC el acreedor puede seguir acudiendo a la ejecución de otros bienes para satisfacer la deuda.

Tenemos que señalar, pero no vamos a entrar en ello, la Ley 2/1981, de 25 de marzo, y la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, para *flexibilizar la movilidad de clientes entre los distintos préstamos*.

A primera vista, podemos decir que se trata de una legislación que no ofrece muchas posibilidades al deudor hipotecario. Así lo cree también la Unión Europea, que considera que la Ley Hipotecaria española viola la Directiva comunitaria 93/13/CEE, porque permite la entrada de cláusulas abusivas en los contratos de préstamos hipotecarios. Insta, pues, a cambiar el panorama, y se saca adelante el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, *de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, considerado por muchos un parche que no pone solución al problema*, ya que no modifica la Ley, no revisa los tipos de interés de demora, no tiene carácter retroactivo y no contempla la dación en pago.

Posteriormente, y de nuevo desde la Unión Europea, el Tribunal de Justicia dicta la sentencia de 14 de marzo de 2013, en la que afirma que nuestra Ley viola la normativa comunitaria y que hay que cambiarla. Así como establece que los jueces podrán ampararse en la Directiva para paralizar desahucios.

En consecuencia, y tras la crisis que aprieta el cinturón a los ciudadanos que, suscritos a préstamos hipotecarios, se han visto envueltos en apuros, se aprueba la citada Ley 1/2013, de 14 de mayo, *de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social*. Criticada por algunos y defendida por otros, supone un cambio e introduce novedades. Algunas de ellas son las siguientes:

- La que hace en su Capítulo I sobre los desahucios, introduciendo criterios de especial vulnerabilidad para ir sacando adelante a los afectados.
- La que hace en su Capítulo II sobre la Ley Hipotecaria, que es la que nos interesa, limitando los intereses de demora y mejorando el procedimiento extrajudicial.
- La que hace en el Capítulo III, introduciendo en la LEC de 2000 la posibilidad de valorar la abusividad de determinadas cláusulas por parte del órgano (y parando la ejecución) o a instancia de parte.
- Y la que hace en el Capítulo IV sobre el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, *de medidas urgentes de protección a los deudores hipotecarios sin recursos*, y referida también al Código de buenas prácticas.

Nos centramos concretamente en la modificación que hace del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, que es de lo que trata nuestro caso, pero el análisis de la Ley da para mucho. Queda, pues, tras la aprobación de esta Ley, del siguiente modo:

“1. La acción hipotecaria podrá ejercitarse:

- a) Directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V.
- b) O mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada.” (El artículo 1.858 del Código dice que, vencida la obligación, pueden ser enajenadas las cosas en las que consiste la prenda o la hipoteca para pagar al acreedor.)

Después del estudio de la normativa a la que remite este apartado, concluimos que sigue fomentando el desequilibrio que hemos mencionado y que las reformas que se introducen no son suficientes, se anclan en lo meramente procesal y se olvidan, nuevamente, de la cuestión de fondo.

“2. La venta extrajudicial se realizará ante Notario y se ajustará a los requisitos y formalidades siguientes:

- a) El valor en que los interesados tasen la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni podrá en ningún caso ser inferior al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.
- b) La estipulación en virtud de la cual los otorgantes pacten la sujeción al procedimiento de venta extrajudicial de la hipoteca deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura y deberá señalar expresamente el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la venta extrajudicial el inmueble es vivienda habitual si así se hubiera hecho constar en la escritura de constitución.
- c) La venta extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título y con las limitaciones señaladas en el artículo 114.

En el caso de que la cantidad prestada esté inicialmente determinada pero el contrato de préstamo garantizado prevea el reembolso progresivo del capital, a la solicitud de venta extrajudicial deberá acompañarse un documento en el que consten las amortizaciones realizadas y sus fechas, y el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca.

En cualquier caso en que se hubieran pactado intereses variables, a la solicitud de venta extrajudicial, se deberá acompañar el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca.

d) La venta se realizará mediante una sola subasta, de carácter electrónico, que tendrá lugar en el portal de subastas que a tal efecto dispondrá la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Los tipos en la subasta y sus condiciones serán, en todo caso, los determinados por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

e) En el Reglamento Hipotecario se determinará la forma y personas a las que deban realizarse las notificaciones, el procedimiento de subasta, las cantidades a consignar para tomar parte en la misma, causas de suspensión, la adjudicación y sus efectos sobre los titulares de derechos o cargas posteriores así como las personas que hayan de otorgar la escritura de venta y sus formas de representación.

f) Cuando el Notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento de deudor, acreedor y en su caso, avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos.

En todo caso, el Notario suspenderá la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales.

La cuestión sobre dicho carácter abusivo se sustanciará por los trámites y con los efectos previstos para la causa de oposición regulada en el apartado 4 del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una vez sustanciada la cuestión, y siempre que no se trate de una cláusula abusiva que constituya el fundamento de la ejecución, el Notario podrá proseguir la venta extrajudicial a requerimiento del acreedor.

g) Una vez concluido el procedimiento, el Notario expedirá certificación acreditativa del precio del remate y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas, todo ello con aplicación de las reglas de imputación contenidas en el artículo 654.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cualquier controversia sobre las cantidades pendientes determinadas por el Notario será dilucidada por las partes en juicio verbal.

h) La Ley de Enjuiciamiento Civil tendrá carácter supletorio en todo aquello que no se regule en la Ley y en el Reglamento Hipotecario, y en todo caso será de aplicación lo dispuesto en el artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

El apartado que nos interesa es la letra f), donde parece que el deudor hipotecario tiene un hilo del que tirar para protegerse, pero debemos tener cuidado con el lenguaje. Hacemos hincapié en palabras como “considerase”, “acredite” y las constantes remisiones a una norma que ya hemos descrito como insuficiente, y destacamos el último apartado, que apunta que se podrá llevar a cabo “siempre que la cláusula abusiva constituya el fundamento de la ejecución” y entonces el notario la detenga. Eso hay que probarlo, por lo que concluimos que quien tiene las herramientas para proteger sus intereses de una forma más clara es el acreedor. Es una Ley que no se adapta a las circunstancias sociales y económicas de su tiempo. Y aunque lo señalemos en las conclusiones finales, apuntamos de momento que la Ley, aunque algunos sectores la tilden de moderna, nos parece un parche de cara a la galería, porque realmente no encontramos medidas de protección efectivas de los deudores hipotecarios, todo conlleva un peso especial para el deudor y el desequilibrio sigue siendo patente.

Y finalizamos este análisis legal con una expresión que nos llamó la atención durante las jornadas sobre desahucios que celebramos en la Facultad y que creemos viene como anillo al dedo: “La Ley mata al Derecho”.

A continuación, pasamos a exponer el caso práctico partiendo de una pincelada teórica y avanzando con la explicación hacia la práctica y los datos. La mayoría de los ciudadanos adquieren sus viviendas a través de los contratos de préstamos hipotecarios, dada la imposibilidad de pagar el precio de compraventa sin financiación por la enorme diferencia existente entre los salarios y los precios de los inmuebles.

Partiendo, pues, de una situación de necesidad, se establece una relación de dependencia con la entidad financiera para la adquisición de los bienes más esenciales para el desarrollo del ciudadano, por lo que llegamos a la conclusión de la inexistencia de capacidad de negociación de los consumidores.

El consumidor tiene la posibilidad de leer y conocer la oferta vinculante, pero esta viene predispuesta y es impuesta por la entidad, sin negociación individual. La simple confección del documento genera, de por sí, una situación notablemente desproporcionada para el consumidor, que a cambio del préstamo de un capital principal asume una posición de absoluta sumisión a todas las cláusulas queridas por la entidad.

Es decir, la entidad ostenta una posición de superioridad frente a la actora, que se ve privada de toda libertad de negociación y asume todas las obligaciones derivadas del contrato, sin posibilidad de resolución anticipada. La entidad se ha asegurado sólo la obligación de entrega del importe pactado, sin asumir ningún riesgo o coste por la operación.

En el caso que a continuación detallamos, los protagonistas son una pareja joven, policía nacional él, y contratada laboral de Correos ella, que animados por la bajada de precios de los inmuebles deciden adquirir su primera vivienda, encuentran un pisito estupendo y se lanzan a la conquista del mercado hipotecario, pues a pesar de dicha bajada de precios, es imprescindible la formalización de la tan temida y nombrada hipoteca.

Aquí comienza la larga andadura de financiera en financiera y la incursión en el mundo del Euribor, diferencial, TAE... Llegando a la conclusión de que las condiciones

ofrecidas por el Banco Sabadell son, supuestamente, las más ventajosas. No es fácil llegar a esta conclusión; ante todo, debemos saber que el valor utilizado para las revisiones hipotecarias es el Euribor. Y ¿qué es el Euribor?

El Euribor es la “referencia interbancaria”, es decir, el tipo de interés ofertado por distintos bancos europeos para las operaciones entre entidades de depósitos, índices diarios que son publicados por la Federación Bancaria Europea. La referencia más utilizada es una media mensual de estos tipos de interés. El Euribor mensual de referencia a aplicar en un préstamo con garantía hipotecaria es el publicado el mes anterior a la formalización del contrato con el otorgamiento de escritura pública. Cuando los tipos Euribor aumentan o disminuyen (significativamente), existe la probabilidad de que los intereses sobre productos bancarios como hipotecas, cuentas de ahorro y préstamos también se vean afectados.

El Euribor en julio de 2008 está en su punto más alto, un 5,393%; seis meses después, en enero de 2009, se reduce a un 2,622%; y como podemos observar en la tabla siguiente, ha llegado hasta el 0,506% en noviembre de 2013.

EURIBOR MENSUAL DE LOS ÚLTIMOS CINCO AÑOS						
	2009	2010	2011	2012	2013	2014
enero		1,232%	1,550%	1,837%	0,575%	0,562%
febrero		1,225%	1,714%	1,678%	0,594%	0,549%
marzo		1,215%	1,924%	1,499%	0,545%	0,577%
abril		1,225%	2,086%	1,368%	0,528%	0,604%
mayo	1,644%	1,249%	2,147%	1,266%	0,484%	
junio	1,610%	1,281%	2,144%	1,219%	0,507%	
julio	1,412%	1,373%	2,183%	1,061%	0,525%	
agosto	1,334%	1,421%	2,097%	0,877%	0,542%	
septiembre	1,261%	1,420%	2,067%	0,740%	0,543%	
octubre	1,243%	1,495%	2,110%	0,650%	0,541%	
noviembre	1,231%	1,541%	2,044%	0,588%	0,506%	
diciembre	1,242%	1,526%	2,004%	0,549%	0,543%	

Los préstamos hipotecarios pueden ser a interés fijo o variable. Algunas entidades financieras en los últimos cuatro años contratan la hipoteca a interés mixto, que aplica un tipo de interés inicial fijo durante el primer año (plazo que se puede alargar hasta cinco años), y con posterioridad, un tipo de interés variable, con revisión anual marcada por el Euribor más el diferencial pactado con la entidad. Este tipo de interés inicial suele estar por encima del 4%, ya de entrada el banco se asegura un tiempo inicial de aseguramiento del tipo.

En el caso que estudiamos, durante el primer año se contrata un tipo de interés fijo que asciende al 4,35%. Transcurrido el plazo inicial, se revisará la cuota aplicándose un tipo de interés variable que se calcula a partir del tipo de referencia (Euribor) más el diferencial pactado, que en este caso es del 1%. Para conseguir este diferencial, la entidad bancaria exige la contratación de un seguro de hogar, seguro de vida, la domiciliación de la nómina, tarjeta de crédito y tarjeta de débito y, en ocasiones, aportaciones a planes de pensiones. Contratar todos, uno o ninguno de estos productos incide directamente en el pacto del diferencial a aplicar. Igualmente, incluyen comisiones de apertura del 0,5% e incluso por encima del 1,5%, así como por amortización anticipada, por cancelación... Es decir, la vinculación máxima con la entidad.

El préstamo se formalizó el 21 de noviembre de 2010 por un total de 140.000 euros, al 4,35% de cuota inicial por un año, y la primera renovación del tipo de interés se calcularía aplicando el referencial de octubre de 2011, que se corresponde con un 2,110%, más el 1% de diferencial acordado, es decir, un 3,110%. Pero eso no se corresponde con la realidad, pues en el contrato de préstamo aparece estipulada una cláusula suelo del 3,85% (también incluye una cláusula techo del 12%), que es el interés que se aplica porque es el límite predispuesto por la entidad financiera. Ese es el momento en que los afectados toman conciencia de la existencia de una cláusula no pactada que es la realmente aplicada.

La entidad bancaria, una vez pactada la operación, tras la tasación y la decisión firme de conceder el préstamo, está obligada a emitir una oferta vinculante que el cliente debe aceptar firmándola en los diez días siguientes; pasado este, plazo pierde su efectividad dicha oferta como tal. Una vez aceptada la oferta vinculante, la financiera remite la documentación a la notaría correspondiente para la elaboración de la escritura de préstamo. Y una vez elaborada esta, se debe entregar un borrador al interesado en los tres días anteriores a la formalización para el estudio de las condiciones introducidas por la entidad bancaria y la posible consulta o aclaración en la lectura de escritura.

Aparte de que la entidad tiene una información cualificada y la posibilidad de prever la evolución del Euribor, y al margen de que en cada caso el consumidor tuviera un conocimiento de la oferta vinculante de la entidad, se puede afirmar que se trata de una cláusula predispuesta redactada por la entidad con anterioridad a la contratación, general e impuesta por la entidad, que no ha sido negociada por los firmantes en su condición de consumidores, y se excluye la libertad contractual y el principio de autonomía de la voluntad en la determinación del contenido del contrato, que depende exclusivamente de la voluntad de la parte predisponente, sabiendo los consumidores que no aceptar las condiciones tal y como estaban redactadas supondría la denegación del préstamo.

En el préstamo detallado anteriormente, la oferta vinculante se firmó el mismo día de la formalización notarial, en los minutos previos a la lectura de la escritura; la representante de la gestoría de la financiera presentó a la pareja dicho documento sin darle margen de tiempo suficiente para su estudio. Posteriormente, el notario realizó una lectura literal de la escritura y los contratantes no tuvieron posibilidad de consultar ningún punto de la escritura por su falta de información previa.

La inclusión de las cláusulas suelo y techo da lugar a:

- La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero.
- La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.
- Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas.
- Ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual. El banco sólo da los referenciales más altos e incide en la temporalidad de los más bajos.
- Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la misma entidad.

Volviendo al caso que nos ocupa, pasados dos años la situación económica de la pareja cambia notablemente en sentido negativo, porque ella deja de ser contratada en Correos y nace su primer hijo. Conscientes de la tendencia a la baja del Euribor y el interés fijo aplicado por la cláusula suelo, se ponen en contacto con la entidad y es cuando se dan cuenta de la falta de información y la poca transparencia de la entidad bancaria, que se centra sólo en la negociación del diferencial sin aclarar que la tendencia actual de bajada del Euribor hace inaplicable estas condiciones pactadas, pues la cláusula suelo ya incluida y no negociada se convierte en un tipo de interés fijo por el que se paga más del 50%.

Así pues, comienzan pagando un 4,35% durante el primer año (interés fijo acordado). En la primera revisión, según lo pactado, debería aplicársele el 3,110%, pero por la inclusión de la cláusula suelo no negociada, el porcentaje aplicado es el 3,85%. La diferencia ya es destacable (0,740 puntos porcentuales), pero esta diferencia aumenta notablemente en la segunda revisión, pues el Euribor de octubre de 2012, que es el referente, baja a 0,650%, que, más el diferencial pactado del 1%, suma un interés total del 1,650%, frente al 3,85% de suelo que es el aplicado. Por tanto, la cuota de préstamo es 2,200 puntos porcentuales superior a la que les correspondería pagar.

La aplicación de la cláusula supone un 57% de incremento de la cuota del préstamo. Deciden intentar solucionar el problema por la vía judicial. En primer lugar se dirigen al Ilustre Colegio de Abogados para informarse de si pueden ser beneficiarios de la asistencia jurídica gratuita. El intento es infructuoso, pues para optar a ello es requisito imprescindible que los ingresos brutos anuales no superen el total de 15.975,33 euros (por ser una unidad familiar de menos de cuatro miembros).

A continuación acuden al despacho de un abogado especializado en asuntos financieros. Este, tras el estudio de la documentación, les aconseja intentar una negociación con la entidad bancaria, porque aunque las cláusulas suelo y techo son claramente abusivas y la falta de transparencia es total, la realidad judicial es bastante penosa en la provincia de Huelva por la saturación del único Juzgado de lo Mercantil existente, lo que hace que se eternicen los procedimientos, y, sobre todo, por la tendencia del juez titular de dicho juzgado a no considerar abusivas las cláusulas suelo y techo, lo que obliga a recurrir en segunda instancia ante la Audiencia Provincial de Huelva, que por aquel entonces aún no había emitido ninguna sentencia a favor. Por otro lado, la reclamación judicial conlleva un coste mínimo de 1.800 euros y casi dos años para su resolución.

Los problemas económicos de la pareja les impiden iniciar este proceso, por lo que deciden acudir de nuevo a la entidad bancaria para conseguir una negociación. La entidad, ante la amenaza de recurrir a los tribunales y siendo consciente de las faltas cometidas en la negociación del crédito, sobre todo por la fecha de la oferta vinculante, les ofrece una reducción en la cuota disminuyendo la cláusula suelo sin formalizar escritura, y a cambio, los interesados se comprometen a no iniciar acciones judiciales contra la entidad.

Los protagonistas de nuestra historia, no pudiendo afrontar el gasto de 1.800 euros necesario para interponer la demanda ni soportar una espera de dos años para la finalización del procedimiento, y por no tener la seguridad de una sentencia estimatoria, aceptan la oferta, pero con el convencimiento de que el banco les había vuelto a “meter un gol”.

Realmente no estaban equivocados, porque esta última negociación resultó nefasta. Por un lado, no consiguen la anulación de la cláusula suelo, que sería muy interesante pues quedaría vigente su oferta inicial, que era del Euribor más un diferencial del 1%, y un diferencial de menos del 2% es muy ventajoso. Por otro lado, se han cerrado la puerta de la vía judicial, que sería la opción más plausible, sobre todo a partir de la sentencia de 21 de marzo de 2014 de la Audiencia Provincial de Huelva que resuelve estimando el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el magistrado juez de Primera Instancia nº 4 de lo Mercantil, de fecha 4 de marzo de 2013, y revoca la indicada resolución en el sentido de estimar la demanda en ejercicio de la acción declarativa de nulidad de condiciones generales de Caja Granada:

- a.** Declara la nulidad, por tener carácter de cláusula abusiva, de la condición general de estipulación de un tipo mínimo y máximo (suelo y techo).
- b.** Condena a la entidad financiera a eliminar dicha condición general de los contratos de préstamo hipotecario.

- c.** Condena a la devolución de la cantidad cobrada de más, por cualquier concepto.
- d.** Condena a abonar al interés legal, incrementado en dos puntos, aplicado a la cantidad a devolver.

Esta sentencia es muy interesante y resuelve sobre unos hechos muy parecidos a los que afectan a nuestros protagonistas. Coinciden en que la fecha de la oferta vinculante y de la escritura de préstamo hipotecario es la misma, y sobre todo, en que de la redacción de la citada oferta vinculante se deduce que dichas cláusulas suelo y techo son condiciones generales, según concluye la STS de 9 de mayo de 2013 al asegurar que la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido.

En las conclusiones de la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva se establecen los elementos determinantes de esta resolución favorable en los aspectos siguientes:

- a.** Las ofertas vinculantes no cumplían su función esencial de transparencia.
- b.** La cláusula suelo sí es una condición general de la contratación, pues cumple con todos los requisitos exigidos por el artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación para ser considerada como tal. Además, precisamente el propio Juzgado de lo Mercantil la considera como tal al estimar la competencia objetiva para resolver el litigio, pues si no fuese condición general de la contratación, el procedimiento tendría que haberse seguido en un Juzgado de Primera Instancia.
- c.** La cláusula suelo no es un elemento esencial del contrato, porque los intereses tampoco son un elemento esencial del contrato de préstamo (el art. 1740 CC establece que los préstamos pueden ser gratuitos). Y por otro lado, las cláusulas suelo no forman parte del precio cierto, son un elemento accesorio.
- d.** La cláusula suelo es contraria a la buena fe contractual.
- e.** Con la cláusula suelo se produce un desequilibrio entre derechos y obligaciones, pues no hay reciprocidad económica.
- f.** Las cláusulas suelo de este procedimiento son un ejemplo claro de abuso de posición dominante del banco.
- g.** Deber de transparencia en la contratación con referencia a la estipulación de las cláusulas suelo (Directiva 13/1993, art. 5).

Por último, destacamos en esta sentencia las alegaciones de la demandante sobre la devolución de cantidades percibidas de más por el banco como consecuencia de la nulidad declarada de la cláusula suelo, que se basa principalmente en el criterio del Tribunal, Sección Tercera, sobre este particular, entendiéndose que dicha devolución es consecuencia lógica de la declaración de nulidad.

Por otro lado, alega que el Tribunal Supremo, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, rechaza los efectos retroactivos de la sentencia a pesar de la declaración de nulidad en virtud del principio de seguridad jurídica por el riesgo para el sistema económico español, pero debe tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo adoptó su decisión resolviendo una acción colectiva de cesación, mientras que el caso presente se trata de una acción individual de declaración de nulidad. Hay que destacar que esta postura también la adopta la Audiencia Provincial de Álava, entre otras, en su sentencia de 9 de julio de 2013, cuyo ponente, Sr. Rodríguez Achútegui, asistió como conferenciante a las Jornadas celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Huelva, desarrollando su tesis sobre la STS de 9 de mayo de 2013 y su interpretación de dicha resolución, destacando el carácter de acción colectiva de cesación que se proyecta hacia el futuro a diferencia de lo que ocurre cuando se ejercita una acción individual.

En definitiva, esta sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva supone un gran logro para muchas familias onubenses que, al igual que nuestros protagonistas, se encuentran “atrapadas en su hipoteca”, sin posibilidad de reducir su cuota de préstamo a pesar de la bajada tan significativa de los tipos, pero sobre todo, por la incapacidad de cancelar la relación contractual con la entidad financiera a consecuencia de la crisis inmobiliaria, que ha provocado una caída de los precios de los inmuebles que hace imposible que con la venta de la vivienda se pueda cancelar el total de la deuda.

Después de la exposición práctica, se ha estimado oportuno añadir las líneas más llamativas y relacionadas con el tema de las cláusulas suelo de nuestra jurisprudencia. Poco a poco, vamos encontrando sentencias a lo largo de toda España que consideran las cláusulas suelo abusivas y, por tanto, nulas. Pero la batalla contra la abusividad de las cláusulas suelo continúa, siendo un ejemplo el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Málaga, ya que ha declarado nula la cláusula suelo de un contrato hipotecario de Banco Popular, condenando a esta entidad a devolver a su cliente 3.181 euros más aquellas cantidades pagadas durante el procedimiento, más los intereses desde la fecha de cada cargo.

La cláusula, denominada “límite a la variación de tipo de interés”, fue incluida en un contrato de novación de hipoteca por el Banco Popular. Esta cláusula establecía un tipo de interés nominal anual mínimo del 4,50%. Según la sentencia, se trata de “una cláusula que aparece integrada en una pluralidad de contratos, elaborada, con carácter general, de manera unilateral y previa por el predisponente, la entidad bancaria, en la normalidad de los casos, resultando ser la excepción su variación y negociación particular”.

El fallo estima la demanda presentada por Ausbanc en representación de un cliente, declara la nulidad de la cláusula y obliga a la entidad a devolver las cantidades indebidamente cobradas al aplicar la cláusula, además de imponerle el pago de las costas.

Otro ejemplo lo encontramos en el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Murcia, el cual ha dictado sentencia sobre una demanda colectiva contra la cláusula suelo en la que condena a Caja Murcia, ahora llamada BMN, a eliminar esta condición abusiva de sus contratos, destruyendo así la cláusula suelo en las hipotecas, una práctica bancaria generalizada y escriturada y defendida por el mismo Banco de España.

La sentencia estima íntegramente la demanda, declara la nulidad por abusivas de las cláusulas suelo del 3 y el 3,25% (con un techo del 12% en ambas), condena a eliminar el suelo de los préstamos y ordena la publicación del fallo y la inscripción registral de la sentencia.

El juez concluye que “por todo lo expuesto, declaro que la parte demandada no ha acreditado que existiera una negociación individual de la cláusula impugnada; afirmo que se trata de una cláusula predispuesta, general e impuesta por la entidad demandada, que no ha sido negociada por los firmantes en su condición de consumidores; y declaro que se excluyó la libertad contractual y el principio de autonomía de la voluntad en la determinación del contenido del contrato, que dependió exclusivamente de la voluntad de la parte predisponente”.

Esta sentencia no comporta la devolución de las cantidades ya satisfechas por los clientes por la aplicación de la cláusula suelo, pero los afectados sí pueden recuperar su dinero a través de la interposición de demandas individuales.

Confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Córdoba, la Audiencia Provincial de Córdoba condena a Caja Sur a eliminar la cláusula suelo que incorporar en sus préstamos hipotecarios.

En esta demanda colectiva observamos una cláusula suelo del 3 y el 4%, ambas con un techo del 12%, por lo que estamos ante una condición general de la contratación de carácter abusivo, por tratarse de una cláusula incorporada de manera generalizada por la entidad bancaria a los préstamos hipotecarios sin posibilidad de negociación, vulnerando así el principio de buena fe contractual. Como podemos deducir, esto crea un desequilibrio en los derechos y obligaciones del consumidor. El juez estima la demanda, obligando a Caja Sur a la suspensión y eliminación de la cláusula abusiva. Pero en el proceso no se había pedido la devolución de las cantidades satisfechas, porque no se estaban juzgando casos concretos, sino la inclusión de la cláusula genérica.

No obstante, como hemos visto en el caso anterior, los clientes pueden reclamar las cantidades pagadas de más durante la vida del préstamo hipotecario mediante el ejercicio de una demanda individual.

Por último, encontramos en el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Málaga otro ejemplo clarificador de la abusividad de estas cláusulas y la supremacía en la relación consumidor-entidad. Este Juzgado ha condenado a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) a eliminar la cláusula suelo de un contrato hipotecario, además de devolver las cantidades cobradas indebidamente y pagar las costas producidas en el pleito y los intereses legales del dinero.

Así, el juez cree que hay un desequilibrio entre las posiciones de ambas partes contratantes, derivando en un “importante desequilibrio entre las prestaciones de las partes derivadas del contrato como consecuencia de la inclusión de la cláusula suelo”. Podemos observar, como bien señala la sentencia, que “es fruto de una actuación contraria a la buena fe” por parte del BBVA. El magistrado considera que dicha cláu-

sula es impuesta y no negociada individualmente, ya que el BBVA la introdujo en el contrato un día antes de que este se firmase.

Como hemos advertido antes, los tribunales de toda España están dejando claro que la llamada cláusula suelo, que establece un límite mínimo por debajo del cual no se puede bajar el tipo de interés aplicado a un préstamo hipotecario, es abusiva e ilegal.

Ahora, después de seguir una línea de pensamiento concreta basada en la investigación de las leyes y de la jurisprudencia, además del contacto tomado en la calle con casos reales, exponemos a la contra la postura de las entidades bancarias.

Cuando vamos a pedir un préstamo hipotecario, lo primero que hacemos es dirigirnos a las entidades financieras para preguntar acerca de los intereses. Normalmente solemos decidirnos por la entidad bancaria donde tengamos domiciliada la nómina y demás recibos de luz, agua, etc. Una vez decidida la entidad bancaria que más nos interesa, nos dirigimos al jefe de riesgos, que es el encargado del pasivo de la entidad financiera y la persona con la que tendremos que hacer las gestiones, aunque generalmente nos atenderá un comercial que, lejos de ver lo que más nos interesa, verá lo que le interesa a la empresa financiera para la que trabaja.

La primera pregunta es si el préstamo hipotecario va destinado a primera vivienda o segunda residencia. Si es para una primera vivienda, el interés será más bajo y por un plazo de tiempo superior que si es para una segunda residencia. Si se trata de una primera vivienda, el préstamo será del 80% del valor de tasación o de compraventa, el importe de menor valor.

El tipo de interés suele ser fijo, mixto o variable. El interés fijo y mixto es aquel fijado desde el comienzo de la operación financiera hasta el final de la misma. El mixto es de interés fijo en el primer año y variable en los restantes, y el interés variable es el más usado y se obtiene indexando el tipo de interés a un índice que suele ser el Euribor más un diferencial entre el Euribor y lo que nos cobra el banco a nosotros.

En este punto concreto es cuando entra a valorarse la calidad crediticia del peticionario, incrementándose el interés cuanto más riesgo haya de morosidad. Hay tres puntos que son claves: los ingresos de que dispone el cliente, las garantías que lo respaldan y la estabilidad de los ingresos, porque no es lo mismo una persona que esté empleada en una empresa temporalmente a otra que sea fija. También es importante que el valor de la cuota a pagar no exceda de 1/3 de los ingresos. La entidad financiera, para evaluar el riesgo, solicita al cliente la siguiente documentación: certificado de ingresos, declaración de bienes y autorización para solicitar al Banco de España los niveles de riesgos y morosidad en el sistema financiero (CIRBE).

Se le comunica al cliente las condiciones en las que el préstamo ha sido autorizado, plazos, tipo de interés, etc. Si el cliente acepta las condiciones, se solicitará la tasación del inmueble; será el banco quien encargue la tasación a una entidad homologada elegida aleatoriamente entre varias (con la ley actual, el cliente también puede participar en la elección de la empresa tasadora). La tasación y el importe de la compra determinarán el importe del préstamo hipotecario. Se entrega la oferta vinculante al cliente

como mínimo tres días antes de la firma, quedando a su disposición en la notaría la escritura de hipoteca. También entregaremos la ficha personalizada (FIPER).

Tras la lectura y aclaración de las dudas por parte del notario, se procede a la firma de los intervinientes. Con la aprobación de la nueva Ley Hipotecaria, el cliente debe escribir de su puño y letra que conoce las cláusulas suelo y que las acepta. Además, también es obligatorio contratar un seguro de incendio a favor de la entidad financiera.

Para terminar con esta parte, apuntamos las estimaciones del Banco de España en un informe sobre la presencia de determinadas cláusulas en contratos de préstamos hipotecarios:

- Las cláusulas que limitan la variación de los tipos de interés son condición esencial del contrato al formar parte del precio, que es la estipulación más importante del préstamo.
- La fijación de los tipos de interés de las operaciones activas es libre entre las partes.
- El acceso de los consumidores españoles a los créditos hipotecarios se realiza en mejores condiciones que en el resto de Europa.
- La finalidad de la utilización de las cláusulas de acotación por las entidades de crédito es la de asegurar la recuperación de los costes mínimos generados por esos productos en momentos de caídas muy pronunciadas de los tipos de interés.
- Las cláusulas suelo favorecen la estabilidad financiera, elemento de interés público.
- La eventual supresión de estas cláusulas podría conllevar o bien un descenso del volumen del crédito hipotecario disponible, o bien el aumento del coste del crédito y la reducción del plazo de las operaciones.
- Estas cláusulas constituyen parte del préstamo, y siempre que se incluyan redactadas de manera clara y comprensible, deben considerarse libremente pactadas.
- Las obligaciones de información al cliente que establece la normativa actual garantizan que pueda conocer con suficiente precisión el alcance de este elemento del coste financiero.
- No aprecia falta de reciprocidad ni siquiera cuando las cláusulas de acotación son a la baja.

Ahora sí, después de ver todo el conjunto, llegamos a las siguientes conclusiones:

- Desamparo del ciudadano ante la Ley. A la vista del análisis que hemos realizado de nuestra normativa, creemos que es insuficiente para las cir-

cunstancias sociales ante las que nos encontramos. Se trata de un sistema continuista donde, al final, todo conduce a la Ley Hipotecaria, que ya hemos visto que, incluso con su reforma reciente, no ofrece posibilidades de defensa reales para los deudores hipotecarios. Como, por ejemplo, en la modificación del artículo 693 de la LEC 2000, introducida por la Ley 1/2013, por la que se amplía a tres plazos mensuales el impago del deudor para que el acreedor pueda pedir la totalidad de la deuda. Sería conveniente la exigencia a las entidades bancarias de que, una vez demostrada la situación de especial vulnerabilidad del deudor hipotecario, las entregas dinerarias a cuenta realizadas para reducir el número de plazos pendientes se aplique directamente sobre capital más intereses ordinarios de la cuota pendiente más antigua, pues actualmente las prácticas bancarias son muy distintas: por ejemplo, el orden de cobro comienza por las comisiones de cada plazo no satisfecho; después, los intereses de demora de cada uno de ellos; posteriormente, se aplica a los intereses ordinarios, pero también de cada plazo; y por último, se descuenta del capital del más antiguo. Con esta praxis bancaria es casi imposible reducir los plazos pendientes, y muy factible la reclamación de la totalidad de lo adeudado por capital más intereses por parte del acreedor hipotecario, haciendo así ineficaz la ampliación de los plazos.

- Discrecionalidad de los jueces. Hay precedentes jurisprudenciales que han obligado a bancos a quitar las cláusulas abusivas, pero otros las siguen teniendo; la estimación depende del juez que toque. En el caso de Huelva, las demandas no suelen prosperar porque el Juzgado está saturado y porque el juez no sigue esa línea, pese a que se declaró nula la cláusula suelo desde el Tribunal Supremo; sin embargo, en otras ciudades de Andalucía el prisma es otro, como hemos visto.
- Pocas y malas negociaciones. Se suelen buscar acuerdos en la trastienda que siguen dejando en una posición de inferioridad al ciudadano, que ante situaciones extremas opta por aceptar lo que le proponga el banco en esa negociación, y los bancos evitan a toda costa devolver el dinero.
- Indefensión. Los costes económicos no pueden ser cubiertos en muchas ocasiones. Aproximadamente, la contratación de un abogado y un procurador sale por unos 1.800 euros.
- Problema de fondo: irresponsabilidad de la Administración, que debería jugar un papel más activo para evitar llegar a la situación extrema del desahucio, y facilitar más partidas presupuestarias para vivienda y no tan enfocadas a salvar a los bancos.

Y con este planteamiento, mostramos lo que podrían ser posibles alternativas a tener en cuenta:

- Posibilidad de plantear demandas y acciones colectivas que trabajen en ese momento previo, cuando el ciudadano se encuentra ante el contrato de préstamo hipotecario con una cláusula suelo y no entiende ni sabe qué debe

hacer. Algunas asociaciones con las que hemos contactado, como la PAH y Ausbanc Huelva, hacen una labor a posteriori. Además, habría que considerar también que no todos los ciudadanos se pueden asociar a entidades que los defiendan, por lo que se podría establecer un régimen de acceso fácil para casos de especial necesidad.

- Un nuevo juzgado para Huelva que se ocupe de estos temas.
- Función de asesoría jurídica y de control dentro de las propias entidades bancarias que supervisen el contrato en favor del ciudadano. Podría diseñarse por ley una figura jurídica que protegiese la transparencia de los contratos, y en especial, vigilase que el equilibrio de la relación contractual fuera parejo. De forma que, a la hora de solicitar un préstamo hipotecario, al igual que se encuentra la figura del notario cumpliendo una determinada función, también estuviera presente un jurista.
- Labor jurisprudencial que establezca precedentes que presionen para cambiar de dirección.

Bibliografía y fuentes

Legislación:

- Ley Hipotecaria: Decreto de 8 de febrero de 1946 *por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.*
- Ley 1/2013, de 14 de mayo, de *medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.*
- Reglamento Hipotecario: Decreto de 14 de febrero de 1947 *por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.*
- Leyes de Enjuiciamiento Civil: Real Decreto de 3 de febrero de 1881 *de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil*; y Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Código Civil: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.*

Material docente:

- *Breve manual sinóptico de Derecho Civil III: Derechos Reales y Derecho inmobiliario registral*, Universidad de Huelva, 2012, F. Javier Arellano López.
- *Compendio de Derechos Reales. Derechos Reales e Hipotecario*, segunda edición, Marcial Pons, 2014, Carlos Lasarte.

Prensa:

- Perspectiva social y mediática sobre las ejecuciones hipotecarias y uso del lenguaje.
- Algunos diarios seguidos: *El País*, *El Mundo*, www.eldiario.es, *Público*, *ABC*.

Fuentes personales:

- Asociaciones: Ausbanc Huelva y Plataforma Antidesahucios Huelva.
- Asesoría jurídica.
- Jefe de riesgo de una entidad bancaria.
- Afectados, que prefieren no hacer constar su identidad.

2

Ejecuciones hipotecarias y desahucios

1

RESPUESTAS JURÍDICAS *DE LEGE DATA* AL DRAMA DE LOS DESAHUCIOS: LA GARANTÍA DEL ALOJAMIENTO ALTERNATIVO Y EL “DESALOJO SOCIAL”

Miguel Ángel Ruiz Albert
Profesor doctor de Derecho Procesal
Universidad de Huelva

I. Introducción: el drama de los desahucios y las respuestas jurídicas al mismo. **II.** El alojamiento alternativo como condición para el desalojo forzoso de vivienda (colaboración de los servicios sociales en los desalojos de vivienda: “desalojo social” vs. “desalojo *manu militari*”). **III.** Los derechos humanos relativos a la vivienda y la prohibición de desalojos forzosos sin alojamiento alternativo en la Constitución Española. **IV.** Los derechos humanos relativos a la vivienda y la prohibición de desalojos forzosos sin alojamiento alternativo en el Derecho internacional de los derechos humanos. **V.** Conclusión: prontuario ante el desalojo de personas sin alojamiento alternativo. **VI.** Bibliografía.



I. Introducción: el drama de los desahucios y las respuestas jurídicas al mismo

El “drama de los desahucios” es la expresión con la que a veces¹ se denomina un fenómeno que, al menos desde 2007, asola nuestra sociedad: la pérdida de su vivienda habitual por cientos de miles² de familias (españolas o inmigrantes en España) por no haber podido pagar las mensualidades de sus hipotecas³. Se enmarca este drama en el contexto de la crisis económica que resultó del estallido el año mencionado de la denominada “burbuja inmobiliaria” y que se concretó, por lo que ahora nos interesa, en la pérdida o precarización del empleo de millones de personas que, como consecuencia de ello, se vieron incapacitadas para pagar los préstamos hipotecarios que habían contraído con entidades financieras para adquirir su vivienda. Las entidades financieras reclamaron judicialmente el pago de los préstamos otorgados acudiendo a procesos de ejecución hipotecaria (regulados por los arts. 600 y sigs. –y concordantes– LEC), cuyo fin es, precisamente, la venta en subasta de la vivienda que garantiza o avala un préstamo para cobrarlo con el dinero obtenido. Ante la falta de postores en dichas subastas (subasta desierta) o en caso de quiebra de la subasta (art. 653 LEC), los bancos han terminado, en la mayoría de los casos, por quedarse o “adjudicarse” las viviendas hipotecadas en un porcentaje de su valor de salida a subasta (valor, a su vez, siempre inferior al valor por el que la vivienda fue comprada). Las entidades financieras mantienen el crédito con el deudor hipotecario por la diferencia entre el valor obtenido en la subasta o, más frecuentemente, el valor

¹No hay que ir más lejos: este artículo tiene su origen en nuestra contribución a las Jornadas Universitarias en homenaje a la Dra. Rosario Valpuesta Fernández celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Huelva los días 27 y 28 de marzo de 2014 con el título *El derecho a una vivienda digna y el drama de los desahucios. Análisis y respuestas alternativas*, organizadas por el área de Derecho Civil del Departamento Anton Menger y la Plataforma de Afectados por la Hipoteca de Huelva (PAH-Huelva).

²Los datos de este desgraciado fenómeno han ido afinándose con el tiempo pues, inicialmente, las fuentes eran fragmentarias y confusas. Con tal limitación de datos, entre 2007 y 2012 se produjeron en España unas 400.000 ejecuciones hipotecarias (no todas de vivienda ni todas de primera vivienda). La información ha ido mejorando. Según datos del CGPJ en 2013 perdieron su vivienda habitual unas 25.000 familias por ejecución hipotecaria (quizá unas 30.000 en 2012) y unas 38.000 por desalojos derivados de juicios de desahucios arrendaticios (quizá otro tanto en 2012).

³Con frecuencia se olvidan las familias que viviendo en alquiler no pueden hacer frente al pago de la renta y que también sufren el drama del desahucio. Estas, sin embargo, han quedado marginadas por las “leyes anticrisis”. Al contrario, las reformas del régimen de los procesos arrendaticios tras el estallido de la crisis en 2007 no han hecho sino endurecer la situación de los inquilinos sometidos a acciones de desahucio. Véase, a este respecto, la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, *de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios* (desahucio exprés y lanzamiento directo), la Ley 37/2011, de 10 de octubre, *de medidas de agilización procesal* (juicio monitorio de desahucio) y la Ley 4/2013, de 4 de junio, *de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de vivienda*. También parecen haber sido marginadas por las reivindicaciones sociales y las “respuestas alternativas”, que sólo las han contemplado marginalmente. Quizá el orillamiento se explique porque este drama (el de los desahucios arrendaticios) es anterior a la crisis inmobiliaria y la sociedad ya lo tenía “descontado” en su balance (como, por otra parte, tenía y tiene también descontado el fenómeno de los asentamientos de chabolas, mayoritariamente de población gitana o inmigrante, o el fenómeno de las personas sin techo). Por el contrario, el fenómeno de los desalojos de deudores hipotecarios, muchos ellos de clase media, por su carácter sorpresivo (y masivo) fue (y es) mucho más visible.

de adjudicación tras la falta de postores, y el importe de la deuda. El banco acreedor puede admitir (si así lo considera oportuno) la dación en pago, es decir, la entrega de la vivienda hipotecada a cambio de la extinción completa de la deuda. Una vez propietario de la vivienda (por adjudicación o por dación en pago), el banco puede pedir el desalojo forzoso del ocupante, esto es, su “lanzamiento”, que se ha dado en llamar “desahucio”⁴, regulado en los artículos 699 y siguientes –y artículos concordantes– de la LEC. Mediante el desalojo forzoso (lanzamiento, desahucio), el deudor hipotecario y su familia son obligados a salir del inmueble mediante la aplicación de medidas de coerción o fuerza progresivamente más intensas: *vis compulsiva* o *vis animo*, inicialmente (orden del tribunal, desplazamiento al piso de sus representantes, comisión judicial), y *vis ablativa* o *absoluta* (intervención de cerrajero y policía), después (desalojo por la fuerza o *manu militari*).

Calificar la realidad descrita como “drama” demuestra, de entrada, cierta compasión o comprensión empática del fenómeno: las personas que sufren el proceso descrito, en cualquiera de sus etapas, viven, sin duda, una situación angustiosa que, de llegar a su término con el desalojo, puede conducir, tras la humillación de verse expulsado del hogar familiar y del trauma psicológico para los más débiles de la familia (ancianos, menores, enfermos...), a situaciones de hacinamiento (en casas de familiares, normalmente), de infravivienda (comprendido aquí el fenómeno del chabolismo) y, en el peor de los casos, a tener que vivir “en la calle” (fenómeno de las personas sin hogar o sin techo que pernoctan en albergues de “transeúntes”, en el mejor de los casos), todas ellas contrarias a la dignidad humana. Cuando a la pérdida de la vivienda se añade la pervivencia de una deuda impagable (impagable por su elevado volumen, unido a las malas expectativas del mercado de trabajo), nos atrevemos a decir que la situación creada se asemeja a una suerte de moderna (o “psicologizada”) servidumbre por deudas, igualmente contraria a la dignidad de la persona.

Sin perjuicio de la indignación que pueda producir este drama⁵, se impone la búsqueda de soluciones. Prescindiendo aquí (por no ser el foro) de análisis, sin duda imprescindibles, de naturaleza política o económica y adoptando un punto de vista

⁴El término “desahucio” es empleado en la actual LEC 1/2000 (proveniente de los precedentes códigos procesales civiles de 1881 y 1855) para calificar un tipo de juicio declarativo verbal: el llamado “juicio de desahucio”, con que el arrendador de un bien inmueble (rústico o urbano) pretende que el juez dicte una sentencia (“sentencia de desahucio”) en la que, por una parte, declare extinguido o resuelto el contrato de arrendamiento falta de pago de la renta (o cantidades asimiladas) o la expiración del plazo legal (o contractual) de duración del arrendamiento, y, por otra parte, condene al arrendatario (inquilino o colono) a que entregue el piso o finca rústica a su propietario (abandonando el piso y haciendo entrega de las llaves, por ejemplo). El inquilino condenado a abandonar el inmueble se dice que ha sido “desahuciado” porque se entiende que la falta de pago o la expiración del plazo hacen que el arrendador “retire la confianza” (*des* = quitar, y *fiducia* = confianza, en latín) al arrendatario y ponga fin al contrato por medio de un juicio y sentencia que son entonces “de desahucio”. Para ejecutar forzosamente esta sentencia de desahucio en caso de no haber cumplimiento voluntario se debe acudir a un segundo proceso, ahora un “proceso de ejecución no dineraria” (arts. 699 a 704), proceso que para la entrega de bienes inmuebles tiene un trámite característico denominado “lanzamiento” (arts. 703 a 706 LEC). En el lenguaje común y no técnico, a este segundo momento del drama arrendaticio (el del lanzamiento que sigue al “desahucio”) se le pasó a denominar también “desahucio”. Puesto que el proceso de ejecución no dineraria para entrega de inmuebles (y su trámite, el lanzamiento, ya “desahucio”) sirven también para perseguir judicialmente la entrega forzosa del inmueble al adjudicatario de una subasta o la dación en pago judicial (por ejemplo, el banco adjudicatario de la vivienda tras el proceso de ejecución hipotecaria), también a este tipo de desalojo de vivienda o lanzamiento se le ha dado el nombre de “desahucio”, aunque ya no provenga de un proceso arrendaticio.

estrictamente jurídico, podemos identificar (con todas las cautelas que reclaman este tipo de esquematizaciones) dos tipos de respuestas o enfoques jurídicos (no necesariamente excluyentes). El primero, que podemos denominar un enfoque o respuesta *de lege ferenda*, toma como punto de partida la conformidad al ordenamiento jurídico del fenómeno descrito en el párrafo precedente, es decir, la legalidad de las hipotecas (legalidad de las diferentes cláusulas de los préstamos con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual celebrados durante el *boom* inmobiliario), la legalidad de los procesos de ejecución hipotecaria que siguen al impago (para subasta de la vivienda hipotecada) y la legalidad de los desalojos forzosos (los lanzamientos o desahucios) tal como son realizados en la práctica (dejando personas sin hogar o abocándolas a vivir en condiciones de hacinamiento o de infravivienda). Sobre esta premisa, se considera la necesidad de nuevas normas que permitan moderar el efecto de la crisis sobre las familias. El segundo enfoque o respuesta podemos calificarlo de *lege data* y considera que las respuestas ante los dramas enunciados pueden encontrarse (al menos, en parte) en las normas vigentes, siempre que sean debidamente interpretadas y, en su caso, depuradas.

En el primer enfoque, *de lege ferenda*, pueden distinguirse dos corrientes: una que podemos denominar “postura oficial” y que ha dado lugar a las normas “anticrisis” actualmente en vigor, y otra, la “postura alternativa”, que no ha tenido el mismo éxito. En efecto, se han dictado (para muchas familias, desgraciadamente, tarde y sin efecto retroactivo) normas para aumentar el porcentaje de salario del deudor que resulta inembargable (reforma del art. 671 LEC por el RD 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios); normas para aumentar al 60% el porcentaje del valor de tasación por el que el acreedor puede adjudicarse la vivienda habitual en caso de falta de posturas (reforma del art. 671 LEC por el RD 8/2011); normas para regular la reestructuración de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual de personas consideradas “en riesgo de exclusión social” que reúnan las condiciones exigidas por la ley, siempre que las entidades financieras acreedoras se adhieran (voluntariamente) a los llamados “códigos de buenas prácticas” (comprendiendo la reestructuración periodos de carencia, extensión de plazos para el pago, reducción de intereses, quita de parte de la deuda hipotecaria y, en casos extremos, la dación en pago con sustitución del desalojo forzoso subsiguiente por la permanencia en el piso, por tiempo limitado, con alquiler reducido o asequible –Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de *medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos*, modificado luego por la Ley 1/2013–); normas para aumentar al 70% el porcentaje del valor de tasación por el que el acreedor puede adjudicarse la vivienda habitual en caso de falta de posturas (reforma del art. 671 por la Ley 1/2013, de 14 de mayo de 2013, de *medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*); normas para limitar el valor de los intereses moratorios (modificación del art. 114 LH por la Ley 1/2013); normas autorizando que el monto de deuda hipotecaria que resta por pagar una vez deducido lo obtenido por el acreedor como resultado de la ejecución pueda reducirse “por pronto pago”

⁵Indignación incrementada por la evidencia, como realidad paralela al drama de los desahucios y de la precariedad laboral, de multimillonarios planes de rescate a las instituciones financieras (salvándolas de la caída de un fenómeno especulativo que contribuyeron a crear), así como de los centenares de miles de viviendas vacías en manos de los bancos o de entidades privadas de gestión (creadas y fomentadas por el Gobierno) para de hacer negocio con ellas (y “salvar la economía”).

(de modo que, pagando un porcentaje de dicho monto en los plazos que señala la norma, el deudor queda libre del resto –reforma del art. 579 LEC por la Ley 1/2013–); normas, en fin, concediendo una moratoria de dos años en el lanzamiento de aquellos deudores considerados “especialmente vulnerables” (en virtud de rigurosas condiciones legales) que así lo soliciten una vez su vivienda sea adjudicada al banco acreedor (Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, *de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios*, y Ley 1/2013). Se incluyen, asimismo, medidas para crear bolsas de vivienda en alquiler social mediante aportaciones (voluntarias) de las entidades financieras.

La “corriente alternativa” de respuestas de *lege ferenda* está claramente representada por la iniciativa legislativa popular promovida por la PAH (proposición de ley *de regulación de la dación en pago, de paralización de los desahucios y de alquiler social*, con más de 1.400.000 firmas), proponiendo la dación en pago universal y retroactiva (como solución a una deuda hipotecaria impagable para muchos ciudadanos) y el alquiler social ulterior (como solución a la pérdida de vivienda consiguiente a la dación en pago). Esta iniciativa perdió sin embargo su contenido durante la tramitación parlamentaria, quedando vertida (y travestida) en la ya citada Ley 1/2013. Podemos añadir, entre los representantes de este “enfoque alternativo”, tanto por su ambición transformadora del *statu quo* inmobiliario como por hallarse suspendida su aplicación por el Tribunal Constitucional, el Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, *de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda*, norma de reforma de la ley andaluza reguladora del derecho a la vivienda, de febrero de 2010. Se pretende regular el fenómeno de las viviendas vacías ubicadas en Andalucía presionando a sus propietarios (a través de un sistema de sanciones y unos mecanismos de registro e inspección), bien para que las alquilen por su cuenta y a precios de mercado, bien para que las cedan a los poderes públicos andaluces, de modo que estos gestionen su alquiler con criterios sociales para atender, entre otras, las situaciones de necesidad habitacional derivadas de las ejecuciones hipotecarias. Como medida excepcional para atender desalojos derivados de ejecuciones hipotecarias, el Decreto-ley prevé (DA 2ª) la posibilidad de la expropiación de urgencia del uso de las viviendas adjudicadas a los bancos, lo que permitiría paralizar el lanzamiento y mantener al ocupante en régimen de alquiler social.

El segundo de los enfoques mencionados pretende ofrecer respuestas jurídicas *de lege data* al drama de los desahucios. No tratan estas respuestas de retorcer las normas vigentes para hacerlas decir lo que interesa o se desea oír en cada momento (por muy loables que sean tales deseos); con esta actitud las normas jurídicas dejan de ser derecho para convertirse en programas políticos. El punto de partida de este enfoque es, ciertamente, una reacción instintiva del jurista (sea el abogado a quien se encarga la defensa del deudor hipotecario o de la persona en trance de lanzamiento, sea el estudioso del Derecho que aborda la cuestión teóricamente) que intuye que algo no cuadra en el marco someramente dibujado: ¿cómo son posibles las situaciones de desvalimiento descritas en los primeros párrafos de este escrito en un Estado calificado, por la Constitución que lo instituye, de social y democrático de Derecho (propugnando la justicia y la igualdad como valores superiores de su ordenamiento jurídico –art. 1.1. CE–); que afirma que los poderes públicos promoverán las condiciones y removerán los obstáculos para que la igualdad de los individuos sea real y

efectiva (art. 9.2 CE); que sostiene que la dignidad de la persona es un fundamento de su orden político (art. 10.1 CE); que afirma que toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual sea su titularidad está subordinada al interés general (art. 128 CE); que otorga, a todos, un derecho a la vivienda digna (art. 47 CE), exigiendo a los tribunales que informen su actuación (es decir, la interpretación y aplicación de las leyes, también durante los desahucios) en dicho derecho (art. 53.3 CE); que se somete a una extensa lista de derechos fundamentales (art. 53.1 y 2 CE), varios de los cuales, como el derecho a la intimidad personal y familiar y al domicilio (art. 18 CE) se ven afectados por la falta de vivienda digna; que ha firmado la Declaración Universal de Derechos Humanos (en la que se proclama el derecho a un adecuado nivel de vida, que incluye una vivienda adecuada), los dos Pactos Internacionales de Derechos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea (que protegen directa o indirectamente la vivienda de las personas)? Esta intuición es la misma que tiene la persona de la calle cuando ante un desahucio exclama: “¡No hay derecho!”.

No pretende esta respuesta, por tanto, inventar normas, realizando una suerte de jurisprudencia ficción, sino que pretende, nada más (y nada menos), aplicar rigurosamente las normas instrumentales que rigen la interpretación y aplicación de las normas en nuestro ordenamiento (arts. 9, 10 y 53 CE; art. 5 LOPJ; arts. 1 a 7 CC., entre otras). Esto significa tomar como punto de partida el sentido propio de las palabras con que las normas están codificadas (interpretación gramatical) y armonizar dicho sentido con la finalidad que sus autores les quisieron imprimir en un momento social determinado (interpretación teleológica basada, por ejemplo, en los antecedentes legislativos de la norma e interpretación sociológica); pero, simultáneamente, las normas deben insertarse, de modo igualmente armónico (sin contradicciones), en el complejo total de normas existentes, que debe ser, por axioma, coherente en su totalidad, es decir, un sistema (interpretación sistemática de las normas), tarea en la cual su sentido suele matizarse e incluso mutarse; es más, el sistema permite expulsar por diversas vías (declaración de inconstitucionalidad, declaración de nulidad, inaplicación de normas...) y conforme a distintos criterios (jerarquía, por ejemplo) las normas que no se avengan al sistema ni siquiera por vía interpretativa. Por otra parte, puesto que una norma sólo cumple su función en tanto forma parte de la realidad personal y social de la que es elemento constitutivo (aspecto en que el ordenamiento jurídico se revela como institución), su sentido queda influido por los cambios en las sociedades, por la realidad social de su tiempo (de nuevo, interpretación sociológica). En este último sentido, podría decirse que las situaciones de crisis son acicate para todo tipo de avances y giros interpretativos, no por un acto de voluntad o político, sino por un legítimo ejercicio hermenéutico: interpretaciones erróneas del sentido y alcance de ciertas normas, que antes pasaban desapercibidas, se ponen, ante la magnitud del desafuero, bajo un foco más intenso de análisis que favorece la más clara comprensión y refinamiento del ordenamiento vigente.

Un ejemplo relevante de este mecanismo lo ofrece la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/2011), recaída en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por un juzgado de lo Mercantil de Barcelona en juicio de nulidad de cláusulas hipotecarias instado por un ciudadano sometido paralelamente a un proceso de ejecución hipotecaria con base en el citado contrato; el juez de lo Mercantil planteó al TJUE la cuestión prejudicial relativa

a la compatibilidad entre la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados por consumidores*, y las cláusulas introducidas habitualmente en los contratos de hipoteca (preguntando al juez europeo si, teniendo presente la directiva citada, podían considerarse abusivas), así como entre la citada Directiva y las normas del proceso de ejecución hipotecaria (preguntando al juez europeo si proporcionaban una tutela suficiente al consumidor demandado —el deudor hipotecario— en cuanto este no podía impugnar en dicho proceso —que había de terminar con su expulsión— la validez de las cláusulas del contrato que se ejecutaba, debiendo esperar a un proceso posterior). El TJUE entiende que algunas de las normas del proceso de ejecución hipotecario español no responden a las garantías de la Directiva de protección de consumidores y, por tanto, son contrarias al Derecho comunitario y, en consecuencia, inaplicables; establece, asimismo, que las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario podrían ser abusivas conforme a la Directiva comunitaria, ofreciendo criterios a seguir para comprobar, en cada caso, dicho carácter. Para adaptarse a lo prescrito por esta sentencia, el legislador español modificó la LEC, alterando algunos rasgos clásicos de este proceso (la limitación de causas de oposición a la ejecución) mediante la incorporación de una nueva regulación de la oposición a la ejecución hipotecaria (arts. 557 y 695 LEC modificados por Ley 1/2013, ya citada⁶). Para comprobar el giro copernicano que supone esta interpretación (esta sentencia) basta recordar que el TC, en auto 115 /2011, de 9 de julio, al resolver una cuestión de inconstitucionalidad frente a las normas hipotecarias ahora reformadas, había resuelto que la ausencia de contradicción procesal en la ejecución hipotecaria no ocasionaba indefensión, pues el demandado siempre podía acudir a un proceso declarativo ulterior. El TC llegó a afirmar que quien se somete a una hipoteca asume que su derecho de defensa tenga una eficacia “momentáneamente disminuida”.

II. El alojamiento alternativo como condición para el desalojo forzoso de vivienda (colaboración de los servicios sociales en los desalojos de vivienda: “desalojo social” vs. “desalojo *manu militari*”)

A la segunda categoría de respuestas jurídicas, respuestas de *lege data*, al drama de los desahucios, pertenece la que pretendemos abordar en lo que resta de este trabajo y sostiene lo siguiente: en el trámite de lanzamiento de vivienda habitual,

⁶Adviértase que la respuesta legislativa viene aquí forzada por una interpretación de las normas existentes, de modo que la respuesta *de lege data* (mediante interpretación de las normas vigentes) motiva o potencia respuestas *de lege ferenda* (mediante la producción de nuevas normas).

regulado en los artículos 699 a 704 –y concordantes– de la LEC el deudor ocupante tiene derecho a no ser desalojado a menos que disponga de un alojamiento alternativo digno, siendo potestad del tribunal realizar el desalojo forzoso de modo que no produzca los resultados expuestos, es decir, garantizando que existe alojamiento alternativo.

El punto de anclaje de esta norma lo encontramos en el art. 703.1 LEC, el cual afirma: “Si el título dispusiere la transmisión o entrega de un bien inmueble, una vez dictado el auto autorizando y despachando la ejecución, el secretario judicial responsable de la misma ordenará de inmediato lo que proceda según el contenido de la condena [...]”. El sentido de la expresión “lo que proceda” alude a las medidas que el secretario judicial está facultado para acordar (y que el art. 551.3.1.º LEC califica como “medidas ejecutivas concretas que sean procedentes” –decreto de concreción de medidas ejecutivas– cuyo control somete al juez –a través de recurso directo de revisión– el apartado 5 de este mismo artículo). ¿Cuáles son esas “medidas ejecutivas concretas que sean procedentes”? En todo caso, ¿procedentes para qué o respecto a qué? Es cierto que una de estas medidas está expresamente señalada en el artículo 704 LEC: el otorgamiento de un plazo de un mes, norma especial para el caso en que el inmueble a desalojar sea la vivienda habitual del ejecutado (“Cuando el inmueble cuya posesión se deba entregar fuera vivienda habitual del ejecutado o de quienes de él dependan, el secretario judicial les dará [y será, por tanto, una de las medidas que proceden] un plazo de un mes para desalojarlo”), pero tras ese plazo, “procede” el “lanzamiento”, como señala el artículo 704 en su segundo párrafo (“Transcurridos los plazos señalados, se procederá de inmediato al lanzamiento”), por lo que la pregunta será ahora: ¿qué es el lanzamiento?, ¿en qué actos ejecutivos concretos consiste?, lo que, adviértase, no es sino volver a la misma pregunta inicial: ¿cuáles son estas “medidas ejecutivas concretas que sean procedentes”... para la entrega del inmueble (que denominamos lanzamiento)? Una posible respuesta puede consistir en identificar la “procedencia” de las medidas con el éxito de la actividad procesal para el ejecutante. Puesto que un fin típico (pero no único) de la ejecución forzosa es la satisfacción del ejecutante, medidas procedentes serán las que logren dicho fin del modo más eficaz. Entonces debemos preguntarnos si cualquier medida eficaz es procedente (y tanto más procedente cuanto más eficaz). Esto nos llevaría, por reducción al absurdo, a admitir medidas como expulsar a una pareja de ancianos en pleno invierno, dejándolos sentados sobre la nieve. Tal *reductio ad absurdum* revela que la procedencia de los medios no puede aludir únicamente a la satisfacción del ejecutante. La procedencia o adecuación de los medios de ejecución debe serlo al conjunto de bienes jurídicos en presencia. En efecto, junto al derecho del acreedor a la tutela efectiva, derecho avalado y descrito con precisión en el título ejecutivo que la fundamente, existen otras posiciones jurídicas unidas a la vivienda, como ámbito o espacio donde la persona se protege del entorno hostil (tanto social como natural) y donde desarrolla su intimidad y su vida familiar. Posiciones jurídicas que están protegidas por derechos humanos. En resumen, no son procedentes aquellas medidas que vulneren los derechos humanos de los ocupantes de la vivienda. Si nuestras leyes de enjuiciamiento decimonónicas (códigos procesales de 1855 y 1881) establecían que el desalojo tuviera lugar “sin [...] consideración de ningún género”, la LEC 1/2000 reclama para el desalojo las medidas que procedan, que en el marco de un Estado social y democrático de Derecho reclaman una conclusión bien diferente.

Lo anterior no significa que no se puedan restringir las posiciones jurídicas de las personas amparadas por derechos humanos. Ningún derecho es absoluto. Ni lo es el del propietario que quiere liberar su inmueble de ocupantes a los que, sin embargo, respeta el Derecho, como venimos diciendo, ni lo es el del ocupante que desarrolla, en un inmueble ajeno sobre el que no tiene título bastante, su vida privada y familiar o protege en él su integridad física y su seguridad. El autor de un delito que sufre la pena de privación de libertad no pierde simultáneamente (en un Estado social y democrático de Derecho) el derecho a su integridad física y moral o la protección frente a tratos inhumanos o degradantes. Del mismo modo, el sujeto sometido a lanzamiento habrá perdido un derecho patrimonial sobre el inmueble y no podrá alegar que le conviene más para sus necesidades personales que otro bien determinado o que su vida privada quedará menoscabada por la presencia de extraños en su hogar (la comisión judicial, el cerrajero, la policía...), pues todo ello es consustancial a su condición de deudor que no ha cumplido con su obligación de entrega y debe soportarlo; pero no habrá perdido su derecho personal (humano) a la integridad física, salud, seguridad, intimidad... amparados por la vivienda y que quedarían comprometidos si se permitiesen ciertas actuaciones ejecutivas desconsideradas que lo dejen a la intemperie o lo aboquen a soluciones habitacionales extremadamente degradadas (peligrosas e insalubres) o a condiciones de hacinamiento extremo (con riesgo ahora, sobre todo, para la integridad psíquica o la intimidad). El tribunal se ve abocado, en estos casos, por imperativo del artículo 703.1 LEC, a realizar una tarea de ponderación entre fines y medios, seleccionando de entre los medios disponibles aquellos que, siendo más eficaces para el derecho del ejecutante, no menoscaben más allá de lo permitido los derechos del ejecutado. Será, sin duda, desproporcionado para la posición jurídica del acreedor que el tribunal, constatada la falta de vivienda alternativa del ocupante, espere, sin hacer nada, a que mejore su situación; pero será desproporcionado para la posición jurídica del ocupante que el tribunal se limite a otorgarle un plazo (incluso, luego, una prórroga a dicho plazo), desentendiéndose de su situación, una vez transcurrido, como si el mero transcurso del tiempo pudiera resolver por sí solo su situación de precariedad y anular los efectos perversos del desalojo. En cambio, serán medios proporcionados y procedentes aquellos que garanticen al ocupante un alojamiento alternativo. Puesto que estos medios serán medidas de asistencia social, este tipo de lanzamiento o desalojo puede calificarse de "desalojo social", frente al "desalojo *manu militari*" que acude directamente a la fuerza física (y que, no puede negarse, será finalmente necesario si, pese a disponer de alojamiento alternativo, el ocupante no abandona el inmueble).

¿En qué consistirá el desalojo social? Se pueden distinguir dos tipos de medidas procedentes: medidas de instrucción, por medio de las cuales el tribunal se informa de la situación real del ocupante y su familia (desplazando al inmueble una comisión judicial o encomendando esta tarea a la Administración competente: servicios sociales municipales, por ejemplo); y medidas de intervención social (mediante su encomienda a las Administraciones competentes: generalmente servicios sociales o Administraciones competentes en materia de vivienda, pero también, según las circunstancias del caso, Administraciones a cargo de atender a los ciudadanos de la tercera edad, sanitarias, etc.). Debemos destacar que los recursos necesarios para procurar tal alojamiento alternativo a los sujetos desalojados no necesariamente deben ser recursos públicos: es posible que los ocupantes dispongan de recursos propios (expectativas de trabajo o de reconocimiento de algún tipo de renta o pen-

sión, titularidad de bienes que pueden liquidarse, posibilidades de auxilio familiar o social...) pero necesiten el tiempo adicional o la colaboración administrativa que les permita acceder a ellos (auxilio para la gestión administrativa de las ayudas sociales o para hacer efectivo el deber de alimentos entre parientes, por ejemplo).

Podría pensarse que esta actuación no forma parte de la ejecución forzosa, sino que es una actuación administrativa y, por tanto, sostener que el tribunal debiera ordenar el desalojo *manu militari* dejando que, a partir de ahí, intervenga la Administración. En cambio, entendemos que la intervención de la Administración se debe realizar necesariamente bajo la dirección y control del tribunal (art. 118 CE), porque la finalidad de su intervención es, en definitiva, “ejecutar lo juzgado”, tarea exclusivamente jurisdiccional (art. 117.3 CE), si bien, en un Estado que respeta los derechos humanos, debe usar medios apropiados cuyo dominio material y técnico corresponde a la Administración Pública. Podríamos decir que se trata de una modalidad de cooperación interadministrativa, donde las potestades de ejecutar lo juzgado y administrativas se articulan⁷. En todo caso, no podrá dejar de reconocerse que en el desalojo *manu militari* la intervención policial es, igualmente, la participación de una administración especializada (en la seguridad ciudadana) en tareas propiamente jurisdiccionales. También el carácter pacífico (y, en general, beneficioso para el deudor) de la intervención social descrita puede hacer pensar que no estamos en el ámbito propio de la jurisdicción. Sin embargo, la ejecución forzosa se caracteriza por realizar cambios en la esfera jurídica del deudor que, aun sin su concurso (carácter sustitutivo), permitan satisfacer al acreedor (carácter satisfactivo de la ejecución), prescindiendo, de ser necesario, de la voluntad del deudor (carácter coercitivo de la ejecución), pero no es consustancial a la ejecución forzosa menoscabo alguno: la ejecución forzosa civil tiende a la satisfacción del acreedor y no en que resulte un daño para el deudor. La voluntad del deudor debe someterse a la autoridad del tribunal, para que proceda la ejecución social el deudor debe obedecer: recibir a los servicios sociales u otras administraciones comisionadas por el tribunal, colaborar con ellas y seguir sus indicaciones.

La existencia del plazo a que alude el artículo 704.1 LEC (tradicionalmente llamado plazo de gracia o humanidad) no perturba la conclusión obtenida. Se trataría de un medio procesal de ejecución que confía en la libertad y autonomía del ocupante (permitiéndole realizar el desalojo en los términos que más convengan a sus intereses: buscando, libremente, nuevo alojamiento, entrando en contacto con familiares que puedan acogerlo...). El desalojo social a que nos referimos no se fundamenta en tal confianza, antes bien, parte de la incapacidad del demandado para, por sus medios y con su sola voluntad, cumplir con la orden de desalojo; desde este momento será la Administración comisionada por el tribunal la que determine medios y tiempos (buscando alojamiento disponible, contactando con los familiares que puedan acogerlo...). Cuando la situación original del demandado permita prever que no podrá resolver por sus medios su necesidad habitacional, este debería hacerlo saber al tribunal (como ejercicio de buena fe procesal exigida por el art. 256 LEC), y

⁷Fenómeno, por otra parte, que otras jurisdicciones abordan sin complejos. Vid. US Supreme Court, *Brown v. Plata*, caso nº 09-1233, de 23 de mayo de 2011: el Tribunal Supremo de los Estados Unidos considera conforme a la Constitución la orden (*institutional injunction*) de los tribunales a las autoridades de prisiones de California para que disminuyan el número de población reclusa o mejoren sus condiciones de vida.

el tribunal anticipar las medidas de desalojo social. En todo caso, tales medidas pueden anticiparse como medidas ejecutivas de naturaleza cautelar conforme al párrafo primero del artículo 700 LEC (“Si el requerimiento para hacer, no hacer o entregar cosa distinta de una cantidad de dinero no pudiere tener inmediato cumplimiento, el secretario judicial, a instancia del ejecutante, podrá acordar las medidas de garantía que resulten adecuadas para asegurar la efectividad de la condena”).

III. Los derechos humanos relativos a la vivienda y la prohibición de desalojos forzosos sin alojamiento alternativo en la Constitución Española

En nuestro Estado, se suele invocar como fundamento jurídico de cualquier aspiración relativa a la vivienda el derecho reconocido en el artículo 47 de la Constitución Española. Frente a esta invocación es también frecuente la objeción de que tal artículo no reconoce un verdadero y propio derecho subjetivo que pueda invocarse ante los poderes públicos constriñendo su conducta, sino un mero “principio rector de la política social y económica” (como reza la rúbrica del capítulo III del título I en que se ubica el art. 47). Como principio rector, sólo es un mandato dirigido a los poderes públicos (pero no correlativo a un poder del ciudadano) para que estos doten el citado “interés” de un verdadero contenido, mediante normas que desarrollen sus diferentes facetas. En este sentido, el artículo 53.3 CE establece que estos intereses (a la vivienda) sólo pueden alegarse ante los tribunales ordinarios conforme a lo que establecen las “normas que los desarrollen”. Al no existir una ley que prohíba el desalojo forzoso sin alojamiento alternativo, se dirá que esta exigencia no puede derivarse directamente del derecho a la vivienda reconocido en el artículo 47 CE.

Es cierto que el artículo 47 CE (y el resto de derechos económicos y sociales del capítulo III, título I CE) consagra una posición jurídica (un interés) cuya exigencia directa está supeditada a un desarrollo legislativo (art. 53.3 CE). Ahora bien, tales normas de desarrollo no tienen necesariamente que ser normas especiales (en materia de vivienda) que procedan a regular *ex novo* y con carácter explícito algún aspecto del interés en cuestión (como lo sería una norma reconociendo ciertas prestaciones o ayudas financieras en materia de vivienda, por ejemplo). Hay que entender, en cambio, que pueden ser normas dictadas con una finalidad genérica (por ejemplo, las normas procesales reguladoras del lanzamiento o desalojo de inmuebles ocupados por el deudor) que se convierten en normas “de desarrollo” en el sentido y con el efecto que prevé el artículo 53.3 CE en cuanto se refieren o entran en contacto con la posición jurídica descrita (el interés “vivienda”). De este modo, cuando el artículo 703.1 LEC establece la obligación del secretario judicial de adoptar las medidas “que procedan”, esa referencia es la norma de desarrollo que reclama el artículo 53.3 CE,

pudiéndose exigir entonces que su interpretación y aplicación esté “informada” por el artículo 47 CE (art. 53.3 CE: “[...] informarán [...] la práctica judicial”).

Puede resultar paradójico que invoque el derecho a la vivienda precisamente quien debe abandonarla por no tener derecho alguno sobre el inmueble que ocupa, derecho que, en cambio, corresponde al demandante (quien, en cambio, debe esperar). Esta paradoja se resuelve si pensamos que el objeto del derecho correspondiente al demandante es un derecho patrimonial, en tanto que el derecho del demandado y ocupante es un derecho de la persona, derecho humano, aunque asentado sobre un bien físico del que coyunturalmente no puede dissociarse. Admitir que el derecho personal (humano) debe protegerse pese a la ilicitud (desde el punto de vista patrimonial) de la ocupación, no es más que la afirmación de que el Estado no puede dar efectividad a un derecho humano (a la tutela efectiva o a la propiedad del demandante, por ejemplo) a costa de otro derecho de iguales características (la integridad física o intimidad personal y familiar amparadas por la vivienda), al menos, no a cualquier coste o de forma desproporcionada.

Cuando un inmueble concreto satisface el derecho a la vivienda de quien lo habita, tal bien protege y ampara otros derechos humanos con los que la vivienda guarda relación directa de medio a fin: integridad física (art. 15 CE), vida privada (art. 18 CE), seguridad... De este modo, la privación ex abrupto de dicho bien no sólo lesiona el derecho a la vivienda, sino que vulnera, simultáneamente, todos los demás derechos por ella amparados. Este razonamiento traduce la que se denomina, en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos, la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos.

IV. Los derechos humanos relativos a la vivienda y la prohibición de desalojos forzosos sin alojamiento alternativo en el Derecho internacional de los derechos humanos

El derecho a la vivienda está reconocido en el Derecho internacional de los derechos humanos, tanto en su ámbito global o universal (correspondiente al Sistema de Naciones Unidas) como en su ámbito regional (ámbito correspondiente, para nuestro Estado, al Consejo de Europa y la Unión Europea). Hay que destacar que las normas internacionales de derechos humanos, en tanto contenidas en tratados internacionales, forman parte del ordenamiento jurídico español conforme al artículo 96 de la Constitución Española y, por tanto, vinculan a nuestros tribunales. Las diferentes conclusiones que extraeremos del estudio de dichas normas (y de la interpretación que de ellas han hecho los órganos internacionales encargados de supervisar

su aplicación por los Estados o, en su caso, a cargo de su aplicación jurisdiccional) refuerzan las conclusiones obtenidas en los apartados anteriores relativas a la existencia de una garantía frente a desalojos sin alojamiento alternativo y a la exigencia de medidas de “desalojo social”, más aún si tenemos en cuenta que conforme al artículo 10.2 CE, “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

4.1. El Sistema de Naciones Unidas: los pactos internacionales de derechos humanos

Las normas sobre derechos humanos de ámbito global o universal reconocen el derecho a la vivienda como parte de un derecho de más amplio contenido conocido como “derecho a un adecuado nivel de vida”: artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, de 1966)⁸. En el ámbito regional europeo, el derecho a la vivienda está reconocido tanto en el artículo 16 de la Carta Social Europea de 1961 (de modo implícito)⁹, como en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007), donde aparece como “derecho a una ayuda en materia de vivienda”.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), órgano técnico creado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para supervisar su aplicación por los Estados, ha interpretado que el derecho a la vivienda prohíbe a los Estados realizar desalojos forzosos que dejen personas sin hogar (o que de otro modo vulneren los derechos humanos). El desalojo forzoso tiene, en consecuencia, que ir acompañado de una garantía de alojamiento alternativo para ser conforme a los derechos humanos. El CDESC ha realizado esta interpretación tanto en documentos interpretativos de carácter general (las llamadas observaciones generales)¹⁰, como en las observaciones que dirige a los Estados tras analizar los

⁸En vigor desde 1976, en España desde 1977.

⁹En vigor desde 1965, para España desde 1980. Sin embargo, España no ha ratificado la Carta Social Europea Revisada de 1996 (en vigor desde 1999), que reconoce expresamente el derecho a la vivienda en su artículo 31. España no ha firmado el protocolo adicional de 1995 a la CSE (mecanismo de reclamaciones colectivas, en vigor desde 1 de julio de 1998).

¹⁰La Observación General nº 4 del CDESC, del año 1991, se dedicó monográficamente al derecho a la vivienda adecuada, con el título “El derecho a la vivienda adecuada: párrafo 1 del artículo 11 del Pacto”, y la Observación General nº 7, del año 1997, a los desalojos forzosos, con el título “El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos”. El párrafo 16 de esta última OG afirma que “Los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda”.

¹¹La última Observación Final para España fue dada en 2012 (CDESC: OF, 2012, España); en su párrafo 22 censura que en España se sigan realizando desalojos forzosos sin ofrecer alojamiento alternativo; en este mismo sentido, vid., por ejemplo, CDESC: OF, Polonia: 2002, §§ 26 y 48 y 1998, §§ 16 y 25; Eslovaquia, 2012, § 22; Bélgica, 2013, § 20; Dinamarca, 2013, § 17; Canadá, 2006, § 63; Rusia, 2011, § 9; y Hungría, 2007, §§ 22 y 45, entre otras.

informes que estos le dirigen exponiendo la situación de los derechos humanos en su territorio (las denominadas observaciones finales)¹¹. Su interpretación del derecho a la vivienda ha sido respaldada por diversos órganos del Sistema de Naciones Unidas (por ejemplo, la Comisión de Derechos Humanos¹²). Desde marzo de 2013, con la entrada en vigor del protocolo adicional al PIDESC¹³, el CDESC puede recibir quejas de personas y colectivos cuyos derechos económicos y sociales, entre ellos el derecho a la vivienda, crean vulnerados. Es de suponer que las decisiones adoptadas con ocasión de estas quejas (decisiones en respuesta a quejas) trasladarán a las situaciones concretas planteadas la interpretación ya realizada en sus restantes instrumentos. El CDESC ha señalado expresamente que la prohibición de desalojo de personas sin alojamiento alternativo se predica incluso cuando se pretende desalojar ocupantes sin título.¹⁴

El CDESC ha destacado, asimismo, la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos¹⁵, haciendo ver que, al dejar a una persona sin hogar mediante un desalojo, se produce simultáneamente la violación de su derecho a la vivienda, la violación inmediata y directa de otros derechos, tanto económico-sociales como civiles y políticos que tenían su amparo en dicha vivienda, tales como el derecho a la vida e integridad física o el derecho a la vida privada y familiar. En el mismo sentido se ha pronunciado la Comisión de Derechos Humanos¹⁶ y, luego, el Consejo de Derechos Humanos. El Comité de Derechos Humanos (CDH), órgano a cargo de la supervisión

¹²Órgano dependiente del Consejo Económico y Social y redactor de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los Pactos Internacionales de Derechos; desde 2006 ha sido sustituida por el Consejo de Derechos Humanos. En los años 1993 y 2004 la Comisión de Derechos Humanos dictó sendas resoluciones sobre “desalojos forzosos” y sobre “prohibición de desalojos forzosos”; posteriormente, el Consejo de Derechos Humanos, en resoluciones de 2007 y 2010, asumió como propias todas las resoluciones de la Comisión sobre el derecho a la vivienda y, por tanto, las dos citadas.

¹³Protocolo facultativo al PIDESC, firmado en 2008, en vigor desde marzo de 2013, España es signataria.

¹⁴CDESC: OG nº 7, § 11 (donde se afirma que “aunque algunos desalojos pueden ser justificables [...] deberán garantizar que los desalojos se lleven a cabo de manera permitida por una legislación compatible con el Pacto”) y § 14 (sosteniendo el CDESC que “cuando se considere que el desalojo está justificado, debería llevarse a cabo con estricto cumplimiento de las disposiciones pertinentes de las normas internacionales de derechos humanos y respetando los principios generales de la razón y la proporcionalidad”); OG nº 4, § 8 a) (sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia, esta protección es una obligación inmediata para los Estados, ajena a los recursos disponibles); OG nº 20, § 25 (no discriminación por razones económicas: carecer de bienes o vivir en alojamiento informal) y § 34 (no discriminación por lugar de residencia: asentamiento formal o informal); CDESC: OF, Japón, 2001, §§ 30 y 57 (desalojo de personas sin hogar de su domicilio provisional y de personas que invadieron viviendas hace mucho tiempo); Serbia y Montenegro, 2005, §§ 31 y 58 (desalojo de asentamientos improvisados y de centros colectivos ilegales); Macedonia, 2006, §§ 23 y 43 (asentamientos de romaníes proponiendo su legalización).

¹⁵CDESC: OG nº 4, § 9 y OG nº 7, § 4 (con mención expresa al derecho a la vida, a la seguridad personal, a la vida privada, la familia, el hogar y la propiedad) y § 8 (mención expresa al párrafo primero del art. 17 PIDCP: derecho a la protección frente a injerencias arbitrarias o ilegales en el propio domicilio). La Asamblea General afirmó en 1977 que “la plena realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible”: AG, 1977, A/RES/32/130; en diciembre de 1987 la AG dictó su resolución sobre “Indivisibilidad e interdependencia de los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos”, doc. ONU: A/RES/42/102. Vid., asimismo, Declaración y programa de acción de Viena, adoptada en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (§ 5). En el plano doctrinal, vid. Principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1987 (doc. ONU: E/CN.4/1987/17, anexo) y Directrices de Maastricht sobre violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 22-26 de enero de 1997.

¹⁶Comisión: 1993, § 1 y 2004, § 1.

del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹⁷, acepta sin fisuras la interpretación que el CDESC ha venido elaborando durante años respecto a la vulneración de derechos civiles y políticos en relación con los desalojos forzosos¹⁸. Son ejemplos claros de lo afirmado el derecho a la vida (art. 6.1 PIDCP)¹⁹; el derecho a la seguridad personal (art. 9.1 PIDCP)²⁰ y el derecho a la vida privada y familiar –y el domicilio en que se desarrolla–, con expresa tipificación de la intromisión arbitraria o ilegal en el domicilio como forma de vulneración –desalojos arbitrarios– (art. 17 PIDCP; art. 16 Convención de Derechos del Niño).²¹

La relación, pues, de multitud de derechos con la vivienda permite afirmar que la protección frente al desalojo forzoso no es sólo una garantía del “derecho a la vivienda adecuada” amparado en el artículo 11.1 del PIDESC (aunque este sirve de crisol o aglutinante de todos los demás), sino de un amplio conjunto de derechos que dependen de la vivienda (los a veces denominados, colectivamente, “derechos relativos a la vivienda”²²). La protección frente a desalojos forzosos es una muestra evidente de la interdependencia de todos los derechos humanos.

A pesar de que el propio PIDESC considera que la obligación de satisfacción de los derechos sociales queda moderada por la capacidad económica de los Estados (que sólo están obligados a “dar pasos” para satisfacerlos “progresivamente”, art. 2 PIDESC), el CDESC entiende que la referencia a los “recursos disponibles” y, por consiguiente, a la cláusula programática, carece, en principio, de aplicación a los desalojos forzosos²³. El CDESC considera que lo reclamado prioritariamente con la prohibición de desalojos no es una acción o prestación (necesitada siempre de un mí-

¹⁷Firmado el año 1966, en vigor desde 1976, para España desde 1977.

¹⁸CDH: OF, Kenia, 2005, § 22 y Comisión de Derechos del Niño: OF, Rumanía, 2009, §§ 84 y 86 (mencionan garantías largamente destacadas por el CDESC para el desalojo conforme a los derechos humanos, entre ellas el alojamiento alternativo).

¹⁹CDH: OG nº 6 (“derecho a la vida: art. 6”), § 5 (el derecho a la vida no debe ser entendido de modo restringido); CDH: OF, Canadá, 1999, § 12 (exigiendo que el estado de Canadá se preocupe por la falta de vivienda de las personas que viven en la calle, como parte de su obligación de garantizar la vida).

²⁰CDH: OG nº 8 (“derecho a la libertad y a la seguridad personales: artículo 9”), § 1 (afirmando que el derecho a la seguridad personal ha sido entendido de forma muy estrecha). CDESC: OG nº 7, § 10 (destacando la particular vulnerabilidad de las mujeres a los actos de violencia y abuso sexual cuando se quedan sin hogar).

²¹CDESC: OG nº 7, § 8; CDH: OF, Alemania, 2004, § 21; Grecia, 2005, § 18; Serbia y Montenegro, 2005, § 18; Lituania, 2006, § 22; Bulgaria, 2011, 24; Uzbekistán, 2001, § 16; CDESC: caso Vojnovia c. Croacia, dictamen de 30/03/2009 (vulneración del art. 17 en casos desalojos de minorías étnicas, religiosas o raciales o de personas desplazadas); CDH: OF, Kenia, 2005, § 22 (considera contrario al art. 17 del Pacto el desalojo de miles de personas de asentamientos informales o irregulares en Nairobi sin consulta previa con los afectados o previsiones de reasentamiento).

²²La terminología inglesa es quizá, por razones propias de la estructura de esta lengua, más expresiva que la castellana, denominando al primer derecho *right to adequate housing* y calificando los segundos de *housing rights* (aunque esta expresión también se ha utilizado para aludir a los derechos a la vivienda que dimanan del ordenamiento interno para oponerlos a los derechos que emanan del Derecho internacional de los derechos humanos; así, Hohmann: 2013).

²³CDESC: OG nº 7, § 8 (afirmando, en referencia a los desalojos forzosos que “la referencia [...] al logro progresivo de tales derechos basándose en los recursos disponibles rara vez será pertinente”) y § 9 (afirmando que los Estados deben adoptar las medidas “de forma inmediata” (no progresiva) para evitar los desalojos forzosos).

²⁴El CDESC: OG nº 3, §§ 1 y 5 (afirmando que no todas las obligaciones impuestas en el Pacto son de actividad, pues algunas lo son de resultados y no todas requieren medidas de desarrollo legislativo,

nimo de recursos)²⁴, sino una omisión que, como tal, no conlleva, en principio, gasto alguno²⁵. Se puede concluir que si bien el Estado firmante no resulta compelido con carácter general por el derecho a la vivienda reconocido en el artículo 11.1 PIDESC a realizar (de modo inmediato) las prestaciones de dar o de hacer que den satisfacción a la necesidad de vivienda adecuada de los ciudadanos sin vivienda (o sin vivienda adecuada), sí queda obligado, desde el mismo momento de entrada en vigor del Pacto y de modo no condicionado por los recursos, a no efectuar desalojos que dejen personas sin hogar²⁶, y por tanto, si quiere desalojar debe proporcionar alojamiento alternativo a quien lo necesite (si el Estado dispone de recursos suficientes) o, en otro caso, abstenerse de tal desalojo (decisión esta última ajena a los recursos y, por tanto, susceptible de inmediato cumplimiento).

4.2. El Sistema del Consejo de Europa: la Carta Social Europea

En el ámbito regional europeo, el órgano a cargo de la supervisión de los derechos sociales contenidos en la Carta Social Europea (CSE) es el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS). Este órgano, formado por técnicos de los países miembros, dicta decisiones con las que resuelve las quejas presentadas contra los Estados parte por ONG acreditadas (sistema de reclamaciones colectivas, del que España no forma parte); también se pronuncia sobre la interpretación de la Carta al valorar su aplicación por los Estados parte sobre la base de informes periódicos. El CEDS ha realizado una interpretación similar a la del CDESC y ha declarado expresamente como vulneración de la Carta los desalojos que dejan personas sin hogar. Aunque el artículo 16 de la Carta de 1961 (la única aplicable en España) sólo se refiere expresamente a la protección económica, social y jurídica a la familia, el CEDS ha interpretado que forma parte de tal protección la prohibición de desalojos forzosos sin alojamiento alternativo. El CEDS ha calificado como “desalojos ilegales” aquellos que, aunque sean conformes a la ley nacional, no se adecúan a los “estándares internacionales sobre derechos humanos”. Para concretar tales estándares, el CEDS acude a los criterios ya explicitados por los órganos del Sistema de Naciones Unidas, remitiéndose expresamente a las Observaciones Generales números 4 y 7 del CDESC²⁷.

Siguiendo también la línea marcada por el CDESC, el CEDS interpreta que los desalojos acordes con los derechos humanos deben asegurar que exista un alojamiento alternativo²⁸. Esta obligación se intensifica cuando el desalojo afecta a menores o

quedan impuestas directamente por el Pacto: son *self-executing*).

²⁵CDESC: OG nº 4, § 10 (“independientemente del estado de desarrollo de tal o cual país, hay ciertas medidas que deben tomarse inmediatamente [...] muchas de las medidas requeridas para promover el derecho a la vivienda requieren sólo la abstención del gobierno de ciertas prácticas [...]”).

²⁶Comisión: 2004, § 5; CDESC: OG. nº 4, §§ 8 a), 10 y 18.

²⁷CEDS: caso IM ATD-FW c. Francia (2007), §§ 68-71 y caso FEANTSA c. Francia (2007), § 67. El CEDS también acude a las observaciones finales del CDESC (vid. CEDS: Informe sobre Ucrania, 2011).

²⁸CEDS: ERRC c. Italia (2005), § 41; ERCC c. Bulgaria (2006), § 57; IMATD-FW c. Francia (2007), § 80; FEANTSA c. Francia (2007), §§ 88 a 90 y 163; FEANTSA c. Francia (2009), § 69; INTERIGHTS c. Grecia (2009), § 68; ERRC c. Italia (2005), § 43; FIDH c. Bélgica (2012), §§ 163 y 165; Médecins du Monde-International c. Francia (2012), §§ 75 y 80; Informe sobre Grecia (2006); Informe sobre Turquía (2011).

a personas desvalidas²⁹. La finalidad de garantizar la existencia de un alojamiento alternativo es evitar que los ocupantes queden sin hogar y, por tanto, en situación de riesgo para su vida, su seguridad personal y su dignidad³⁰. El colectivo protegido debe alcanzar a todas las personas a quienes el desalojo obligue a vivir “sin techo” o en otras condiciones de riesgo para los anteriores valores³¹. La exigencia rige incluso si la privación de vivienda se debe a razones de insolvencia u ocupación indebida³². El Comité Europeo invoca a este respecto la doctrina de las manos limpias, afirmando que “una persona o grupo de personas, que no pueden beneficiarse de los derechos que les reconocen las normas, pueden verse obligadas a adoptar comportamientos reprobables para satisfacer sus necesidades. Esta circunstancia no puede ni ser tenida en cuenta para justificar sanciones o medidas hacia esas personas ni ampararse en ella para mantener a tales personas privadas de sus derechos”³³.

La garantía de un alojamiento alternativo no significa que el Estado proporcione siempre, sin más y de modo inmediato, una vivienda al sujeto desalojado. En cambio la garantía se puede satisfacer ofreciendo una prórroga que permita al ocupante mejorar su situación económica o buscar una solución habitacional³⁴.

El CEDS considera exigibles unos mínimos de habitabilidad en los alojamientos alternativos ofrecidos, rechazando como tales las infraviviendas³⁵, los asentamientos superpoblados o abandonados y aquellos cuyos precios no estén al alcance de los ocupantes desalojados (rechazando la adecuación de alojamientos municipales cuya renta era demasiado alta para familias desalojadas)³⁶. El desalojo no debe tener como consecuencia que las personas desalojadas se vean obligadas a deambular de un lado a otro en busca de alojamiento³⁷.

¿Cuál es el valor que se debe atribuir a las conclusiones de los citados comités? Conforme a los tratados internacionales que los crean, estos comités son órganos de supervisión formados por expertos (con frecuencia no juristas) y encargados de dar su opinión a los Estados en relación con la interpretación de los derechos amparados por el tratado y con el cumplimiento por el Estado de sus obligaciones, sea con carácter general y panorámico, sea en relación con un asunto concreto. En este

²⁹CEDS: caso *Autisme Europe c. Francia* (2003), § 56; caso *DCI c. Holanda*; CEDS: Informe sobre Finlandia (2007); Informe sobre Ucrania, (2011).

³⁰CEDS: caso *Médecins du Monde-International c. Francia*, (2012), §§ 34, 76 y 80; caso *DCI c. Holanda* (2009) §§ 47 y 61; caso *ERTF c. Francia* (2012) §§ 117 y 118.

³¹CEDS: caso *ERRC c. Italia* (2005), § 21; caso *ERRC c. Bulgaria* (2006), § 54; caso *ERTF c. Francia* (2012) § 118 y 124; caso *Médecins du Monde-International c. Francia*, (2012), §§ 34, 76 y 80.

³²CEDS: Informe sobre Suecia (200), pág. 653; caso *ERRC c. Bulgaria* (2006), §§ 48 y 56; caso *IM ATD-FW c. Francia* (2007), § 78 y 108; caso *FEANTSA c. Francia* (2007), § 163; caso *COHRE c. Francia* (2011), § 42; caso *Médecins du Monde-International c. Francia*, (2012), § 80.

³³CEDS: caso *ERRC c. Bulgaria* (2006), §§ 51 y 53 y caso *COHRE c. Francia* (2010) § 43; caso *FIDH c. Bélgica*, (2010) § 161; caso *FEANTSA c. Francia* (2009), §§ 38 y 67; caso *ERTF c. Francia* (2012) §§ 123 y 124; caso *Médecins du Monde-International c. Francia* (2012), § 74.

³⁴Prórrogas que pueden llegar a ser indefinidas en Croacia (Informe de 2003) o Suecia (Informe de 2003), de hasta 18 meses en Italia (Informe de 2007), de un año en Finlandia (Informe de 2007) o de 6 meses en Holanda (Informe de 2011); así como ayudas económicas para permitir buscar una solución al propio ocupante en Holanda (Informe de 2011), apoyo de los servicios sociales para buscar vivienda (Informe sobre Finlandia de 2007) o colaboración de asociaciones privadas (Informe sobre Holanda de 2011).

³⁵CEDS: caso *DCI c. Holanda* (2009), § 62; caso *ERTF c. Francia*, §§ 127 a 129.

sentido, sus actos no son vinculantes. No obstante, viniendo tales opiniones de órganos creados en virtud de tratados firmados por el Estado, un principio de buena fe en el cumplimiento del tratado exige, cuando menos, que el Estado (en particular sus tribunales) consideren el punto de vista del comité (como doctrina especialmente calificada) y, en su caso, fundamenten la razón esgrimida para apartarse del mismo³⁸.

4.3. El Sistema del Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos

A diferencia de los pronunciamientos de los citados comités (el CDESC y el CEDS), órganos técnicos (formados por expertos) a cargo de la supervisión del respeto por los Estados a los derechos económicos y sociales, emitiendo opiniones al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es un verdadero órgano jurisdiccional, formado por jueces y dotado de potestad jurisdiccional, cuyas sentencias gozan de fuerza de cosa juzgada, quedando los Estados sometidos a su cumplimiento y vinculados por su interpretación. Los derechos humanos cuyo amparo le corresponden, los contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, firmado en 1950 y en vigor desde 1953, desde 1979 para España), son derechos humanos de naturaleza civil y política. Sin embargo, como era de esperar habida cuenta del principio de interdependencia, el TEDH no ha sido ajeno a la protección frente a los desalojos forzosos susceptibles de dejar personas sin hogar.

En la jurisprudencia del TEDH no aparece tan nítidamente como en los pronunciamientos de los comités analizados una exigencia general a los Estados de que el desalojo forzoso acometido por sus autoridades no deje personas sin hogar o en situaciones de desvalimiento equivalentes. A nuestro modo de ver, tal falta de claridad se debe, en primer lugar, a que el TEDH no hace pronunciamientos interpretativos de carácter general (como las observaciones generales o, en cierto modo, las observaciones a los informes estatales). En segundo lugar, porque el TEDH está llamado a pronunciarse tanto a instancia del sujeto desalojado, que considera vulnerado alguno de sus derechos amparados por el CEDH (usualmente el derecho a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH), como también a instancia del propietario del piso que no ha logrado que las autoridades nacionales expulsen al ocupante que embaraza su inmueble, en perjuicio tanto de su derecho de propiedad, amparado por el artículo 1 del Primer Protocolo al CEDH (art. 1-P1), como de su derecho al proceso justo, amparado por el artículo 6 del CEDH (que comprende el derecho a la ejecución de las

³⁶CEDS: caso ERRC c. Italia (2005), §§ 35 y 43; caso ERRC c. Bulgaria (2006), §§ 35, 48 y 56.

³⁷CEDS: caso IM ATD-FW c. Francia (2007), § 72.

³⁸El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo españoles, sin embargo, en relación con las decisiones dictadas por el Comité de Derechos Humanos en respuesta a quejas individuales, han trasladado, de modo acríptico y un tanto confuso, parte de la doctrina sobre la eficacia de las sentencias del TEDH, afirmando que tales decisiones tienen valor declarativo y que producen efecto de cosa juzgada aunque no tengan fuerza ejecutiva; no parecen advertir que, al atribuir valor de cosa juzgada a un pronunciamiento, están atribuyéndole una cualidad típica de las sentencias y generando una jurisprudencia vinculante (aun cuando sea en el plano declarativo al que se limitan). Esto, que es cierto en el caso de las sentencias del TEDH, no es tan claro en el caso de los pronunciamientos de los comités de supervisión de los tratados.

sentencias en plazo razonable). Si en respuesta al sujeto desalojado el TEDH llega a afirmar que las autoridades estatales están obligadas por el CEDH a tomar en consideración los efectos del desalojo sobre las personas que los sufren, en su respuesta a los propietarios manifiesta que la consideración debida a los ocupantes no justifica la inejecución de sentencias a su favor. Soluciones, como puede verse, aparentemente contradictorias, lo que difumina, de algún modo, la postura del tribunal.

En una “primera serie” de casos, tal como acabamos de adelantar, el TEDH se ha pronunciado en respuesta al punto de vista de los ocupantes desalojados, es decir, se ha pronunciado sobre la compatibilidad con el convenio (principalmente, con el art. 8 del CEDH³⁹) de las actividades estatales de desalojo de ocupantes sin título de edificios o terrenos de propiedad pública o privada. Las autoridades estatales se amparaban para acometer el desalojo que se impugna tanto en el ejercicio de derechos patrimoniales (de los poderes públicos o de particulares) sobre los inmuebles o terrenos, como en el ejercicio de potestades administrativas para el desarrollo políticas (de vivienda, sanitarias o de urbanismo, por ejemplo) al servicio de los ciudadanos que el TEDH considera finalidades legítimas, en el sentido del artículo 8.2 CEDH, para restringir un derecho garantizado por el CEDH.

El TEDH afirma que la condición irregular o falta de título de la ocupación no priva a los ocupantes de la protección que el artículo 8.1 CEDH otorga al domicilio (u hogar) en cuanto garantía de la vida privada y familiar. Se pone así de manifiesto, una vez más, la relativa disociación entre el derecho patrimonial sobre un inmueble y los derechos personales (derechos humanos) que sobre el mismo se desarrollan⁴⁰. En efecto, el artículo 8.1 CEDH menciona el domicilio u hogar (según se traduzca la versión francesa o la inglesa) no en tanto que bien susceptible de un derecho de naturaleza patrimonial, sino en cuanto elemento de la vida privada y familiar, de tal modo que el derecho humano se proyecta sobre el inmueble exista o no un título sobre el mismo⁴¹. En segundo lugar, el

³⁹También se ha invocado el derecho a la vida, que según el demandante quedaba afectada por el desalojo, llegando a considerar este como trato inhumano o degradante prohibido por el art. 3 CEDH; el TEDH niega que el desalojo pueda caracterizarse como tal (caso van Volssem c. Bélgica, decisión de inadmisión de 9 de mayo de 1990; caso O'Rourke c. Reino Unido, decisión de inadmisión de 26 de junio de 2001).

⁴⁰Caso Buckley (1996), §§ 52-54 y caso McCann (2008), §§ 46 y 50 (“que una propiedad deba ser calificada como domicilio –hogar–) es una cuestión de hecho que no depende de la licitud de la ocupación según la ley nacional [...]”; caso Brezec c. Croacia (2013), §§ 35 y 36 (“La jurisprudencia de los órganos del Convenio es clara al señalar que el concepto de ‘domicilio’ [hogar] en el sentido del art. 8, no se limita a aquellos inmuebles ocupados legalmente o en los que el asentamiento es legal. El de ‘domicilio’ es un concepto autónomo que no depende de las categorías propias de las leyes nacionales. Si un inmueble constituye ‘domicilio’ o no, lo que conlleva la protección del art. 8.1, dependerá de circunstancias fácticas, como la existencia de vínculos relevantes y continuados con un determinado lugar”; “por tanto, que una propiedad pueda ser calificada de ‘domicilio’ es una cuestión de hecho, que no depende de la legalidad o ilegalidad de la ocupación conforme al derecho interno”); caso Škrtić c. Croacia (2013), § 21.

⁴¹En el art. 18 de la Constitución Española, por exigencia del art. 10.2 CE, debería interpretarse la mención al domicilio (“inviolable”) en un sentido armónico con el expuesto y protegido, más allá de entradas coyunturales o registros, de la privación de vivienda que deje a la persona sin hogar.

⁴²Stanková c. Eslovaquia (2007), § 57 (“la obligación de la demandante de abandonar el piso constituye una interferencia con su derecho al respeto al domicilio”); caso McCann (2008), § 47; caso Škrtić c. Croacia (2013) §§ 23-25 (“El Tribunal ya ha dictado varias sentencias estableciendo la existencia de una interferencia con el derecho del demandante al respeto a su domicilio en casos en que se había dictado una orden de desalojo”).

⁴³Caso Škrtić c. Croacia (2013), § 26.

tribunal considera que toda orden de desalojo emanada de una autoridad pública es una interferencia sobre el derecho a la vida privada y familiar, a la que se refiere el artículo 8.2 CEDH⁴² (y ello al margen de que el desalojo se materialice o no, bastando la orden de desalojo para que haya interferencia⁴³). Por tanto, la conformidad de la interferencia con el artículo 8.2 CEDH debe ser analizada con los parámetros allí recogidos. Por tanto, aun no existiendo derecho a ocupar el inmueble, el tribunal debe proceder a controlar la interferencia que en la vida privada y familiar supone el desalojo, porque el tribunal no sólo debe valorar la dimensión patrimonial del caso (que ya está clara), sino también la dimensión personal (¿se vulneran derechos humanos?, ¿deja el desalojo personas sin hogar o desvalidas?). A este respecto, el TEDH afirma que “cualquier persona en riesgo de una interferencia con su derecho al domicilio debería, en principio, hacer que la razonabilidad y proporcionalidad de la medida [de desalojo] sea determinada por un tribunal independiente a la luz de los principios del artículo 8 del Convenio, “con independencia de que conforme a la ley nacional no tenga derecho a la ocupación del piso” (STEDH de 5 de diciembre de 2013, caso Škrtić c. Croacia, § 31)⁴⁴. En tercer lugar, para determinar la proporcionalidad de las medidas, el TEDH recurre tanto a criterios formales (la propia existencia de un procedimiento adecuado y sometido a revisión judicial que permita a las autoridades nacionales llegar a la conclusión racional y fundada sobre la proporcionalidad de la medida⁴⁵), como a criterios materiales o sustanciales, con los que el TEDH supervisaría la racionalidad de los juicios de ponderación realizados por las autoridades nacionales a través de los mecanismos expuestos, en particular analizando si la medida es adecuada y necesaria (inexistencia de medios alternativos menos lesivos) y si es proporcionada en sentido estricto (razón o equidad entre el grado de restricción y su eficacia para el fin perseguido), en particular por las consecuencias del desalojo en la esfera jurídica del ocupante, como puede ser la existencia de un alojamiento alternativo.

Trasladando a nuestro sistema algunas conclusiones de lo afirmado hasta el momento, puede deducirse que es el tribunal a cargo del lanzamiento el órgano nacional que

⁴⁴Caso Škrtić c. Croacia, § 35 (“[...] las autoridades internas [...] se limitaron a la conclusión de que, según la ley nacional, la demandante no tenía derecho a ocupar el piso. Los tribunales nacionales confirmaron que la ocupación por la demandante no tenía base legal, pero no realizaron un ulterior análisis de proporcionalidad de la medida a aplicar frente al demandante, es decir, su desalojo del piso que había ocupado desde 1991”) y § 36 (“Al no examinar los anteriores argumentos, los tribunales nacionales no ofrecieron al demandante las garantías procedimentales adecuadas. El proceso de decisión que condujo a la medida de interferencia no fue equitativo en tales circunstancias y no ofreció el debido respeto a los intereses del demandante garantizados por el art. 8”).

⁴⁵Esta dimensión formal o procedimental cobra, en ocasiones, una relevancia extraordinaria. En el caso Chapman “el Tribunal considera que se ha prestado suficiente atención a la difícil situación del demandante tanto desde el punto de vista de los términos del marco regulador, que contenía adecuadas garantías procedimentales para proteger sus intereses amparados por el art. 8, como por las autoridades responsables de la ordenación del territorio en cuanto ejercitaron sus poderes discrecionales en atención a las particulares circunstancias del caso. Las autoridades tomaron sus decisiones tras sopesar los distintos intereses en presencia. No corresponde a este Tribunal actuar como órgano de apelación de tales decisiones, basadas en razones relevantes y suficientes, a los efectos del art. 8, para justificar las interferencias en el ejercicio de los derechos de los demandantes” (§ 114). En Škrtić c. Croacia, el TEDH afirma que “La cuestión central en este caso es, por tanto, si la interferencia fue proporcionada al fin perseguido y, por tanto, ‘necesaria en una sociedad democrática’. Debe recordarse que esta exigencia del apartado 2 del art. 8 plantea una cuestión de procedimiento y otra sustancial” (§ 30) y sostiene que “A este respecto, el tribunal reitera que cualquier persona en riesgo de una interferencia con su derecho al domicilio debería, en principio, hacer que la razonabilidad y proporcionalidad de la medida sea determinada por un tribunal independiente a la luz de los principios del art. 8 del Convenio, con independencia de que conforme a la ley nacional no tenga derecho a la ocupación del piso” (§ 31).

debe realizar la ponderación mencionada a través de la determinación, como ordena el artículo 703.1 LEC, de los medios “que procedan”, cuya proporcionalidad debe ser determinada de modo que la restricción al derecho a la vida privada y familiar del demandado asentado sobre el domicilio se pueda entender proporcionada a la finalidad perseguida (y debida) de entrega posesoria. Entre tales medios deberá contarse la garantía de alojamiento alternativo de que nos venimos ocupando.

Algunos de los casos que han dado lugar a la jurisprudencia que analizamos provienen de las demandas presentadas por ocupantes sin título, desalojados, por vía judicial, de viviendas de titularidad pública, es decir, de viviendas gestionadas por los poderes públicos para atender las necesidades sociales de vivienda.

En el caso *McCann* y otros contra Reino Unido, STEDH de 13 de mayo de 2008⁴⁶, el TEDH consideró que el mecanismo empleado por la autoridad municipal para recuperar las viviendas de su propiedad ocupadas por la familia del demandante (un proceso judicial sumario), si bien permitía participar a los afectados, limitaba su función a comprobar los elementos patrimoniales de la situación (existencia de título posesorio) y no permitía analizar si la restricción de la vida privada y familiar sufrida por las familias desalojadas era proporcional a las verdaderas finalidades de la entidad pública (más allá de la recuperación posesoria, la tutela de los derechos de los demás ciudadanos a través de la política de viviendas)⁴⁷. El TEDH entiende que se vulnera el derecho del artículo 8.1 CEDH desde una perspectiva formal o procedimental: por ausencia de un mecanismo de ponderación sometido a control judicial⁴⁸.

⁴⁶Se trataba del desalojo de viviendas de propiedad municipal ocupadas por familias sin título vigente que la autoridad local, en calidad de propietaria de las viviendas, quería recuperar para seguir desarrollando su política de vivienda. El Municipio acudió a un proceso judicial sumario de recuperación posesoria. Las familias afectadas invocaron ante el TEDH su derecho a la protección del domicilio (como lugar en que desarrollan su vida privada) frente a injerencias arbitrarias prohibidas por el art. 8 del CEDH.

⁴⁷Afirma el TEDH que “[...] proteger el derecho de la autoridad local a recobrar la posesión de su propiedad contra quienes no tenían derechos contractuales o de otra naturaleza [los tribunales nacionales pusieron un considerable énfasis en este aspecto, que se aplica con carácter general a todos los propietarios que tratan de recobrar la posesión de sus propiedades. Sin embargo, la interferencia también perseguía el objeto de garantizar que el servicio público de provisión de vivienda funcionara correctamente. ‘Los demás’ en este caso eran los potenciales beneficiarios del sistema [...]]” (*McCann*, § 48) y añade: “no parece que en el curso del procedimiento la autoridad otorgara consideración alguna a los derechos del demandante en relación con el respeto a su domicilio. Más aún, la ley nacional [...] en los procedimientos sumarios de entrega de la posesión como el desarrollado frente al demandante no existe posibilidad para el tribunal del condado de considerar ningún asunto relativo a la proporcionalidad de la orden de posesión salvo en casos excepcionales” (*McCann*, § 52)

⁴⁸“Al igual que en el caso *Connors*, las ‘garantías procedimentales’ requeridas por el artículo 8 para evaluar la proporcionalidad de la interferencia no quedaban satisfechas [...]. Los mecanismos de revisión judicial no están bien adaptados para la resolución de cuestiones *de facto* [...]. En este caso, ni el sistema de revisión judicial ni los procedimientos para la entrega posesoria proporcionaron oportunidad alguna para que un tribunal independiente examinara si la pérdida por el demandante de su hogar era, como exige el art. 8.2, proporcionada al objetivo perseguido” (*McCann*, § 53), de este modo, “[...] el demandante es desposeído de su casa sin ninguna posibilidad de que un tribunal independiente se pronuncie sobre la proporcionalidad de la medida. De ello se deduce que, debido a la falta de garantías procesales adecuadas, ha habido violación del artículo 8 del Convenio en el presente caso” (*McCann*, § 55).

⁴⁹El Municipio de Propad solicitó una orden judicial de lanzamiento de la Sra. Stanková del inmueble de propiedad municipal que había ocupado junto a su padre, el arrendatario, recién fallecido. El Municipio entendía que al disponer la Sra. Stanková de otro apartamento (aun cuando fuera de 33 metros cuadrados en otra localidad a 15 km de Propad), no cumplía las condiciones requeridas para subrogarse en la posición de su padre.

En el caso *Stankova contra Eslovaquia*⁴⁹, STEDH de 9 octubre 2007, el TEDH considera que el tribunal nacional debía haber realizado un juicio de proporcionalidad en relación con el derecho del artículo 8 CEDH y no sólo relativo a la dimensión patrimonial del caso. De haberlo hecho, debería haber advertido que la recuperación posesoria de una vivienda de propiedad municipal (cuya función es, precisamente, atender a sus vecinos más necesitados) debe ceder ante la situación de necesidad de su ocupante⁵⁰. En el caso *Škrtić contra Croacia*⁵¹, STEDH de 5 de diciembre de 2013, la orden judicial de desalojo se había dictado por el tribunal nacional a petición de un ciudadano particular, titular del arrendamiento social sobre el inmueble. El TEDH consideró que la finalidad de la medida de desalojo acordada por los tribunales croatas (satisfacer los derechos patrimoniales de ese ciudadano: entregar la vivienda a su legítimo arrendatario) era una finalidad legítima conforme al artículo 8.2 CEDH⁵². Sin embargo, con ello no bastaba, considerando el TEDH vulnerado el artículo 8 del CEDH porque la restricción que supone la medida de desalojo de vivienda debe ser proporcionada en relación con los medios empleados y en función de los fines perseguidos, y tal condición no puede ser comprobada por medio de procedimientos judiciales sumarios cuyo único objetivo es la determinación de aspectos jurídico-patrimoniales. El TEDH destaca, sin embargo, que para ser exigible, el juicio de proporcionalidad a cargo del tribunal debe ser instado por el ocupante (principio de rogación)⁵³. En el juicio de proporcionalidad material que realiza el TEDH, concluye que siendo vivienda de titularidad pública (aunque el demandante hubiera sido el particular titular del arrendamiento social), el interés en su recuperación posesoria es menor y debía haber cedido ante la necesidad de la Sra. Škrtić.

En esta categoría podemos encuadrar también el caso *A.M.B. y otros contra España*⁵⁴, del que, por ahora, el TEDH sólo ha conocido en fase de medidas cautelares⁵⁵ y que está actualmente pendiente de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional⁵⁶. También

⁵⁰“En las circunstancias propias de la causa, debería haberse examinado si ordenar a la demandante que abandonase el piso junto a su hija menor de edad y sin facilitarles un alojamiento alternativo era contra bonos mores en el sentido del artículo 3.1 del Código Civil [eslovaco]. La protección de la familia, menores y jóvenes, en virtud del artículo 41 de la Constitución [eslovaca] también debería haber sido tenida en cuenta” (*Stankova*, § 25); “Debería haberse comprobado si el Ayuntamiento, como propietario y gestor de las viviendas municipales, tenía un motivo convincente para ordenar el desalojo inmediato de la demandante sin estar obligado a facilitarle un alojamiento alternativo” (*Stankova*, § 26).

⁵¹La demandante llevaba viviendo más de 20 años en un piso de arrendamiento público protegido; tras su divorcio, los tribunales croatas ordenaron su desalojo (junto a sus hijos) a instancias del marido, que reclama para sí la vivienda (pues él era el titular del contrato).

⁵²Škrtić, §§ 27 a 29.

⁵³El TEDH afirma que “dicha cuestión [la proporcionalidad entre la medida de desalojo y la restricción causada en el derecho a la vida privada y familiar] no surge automáticamente en cada caso de desalojo. Si un demandante desea esgrimir una defensa con base en el art. 8 CEDH para evitar el desalojo, a él corresponde hacerlo y al tribunal estimar o desestimar la pretensión” (Škrtić, § 32).

⁵⁴La demanda de amparo se ha dirigido contra la orden de desalojo dictada en 2012 contra la Sra. A.M.B. y sus hijos, quienes desde 2009 ocupan, sin título alguno, una vivienda del Instituto de la Vivienda de Madrid (IVIMA). La Sra. A.M.B. cobra el subsidio mínimo y lleva solicitando un piso a esta entidad desde el año 2007.

⁵⁵El 6 de diciembre de 2012 la Sra. A.M.B. solicitó ante el TEDH la suspensión del desalojo como medida cautelar. El 12 de diciembre de 2012 el TEDH la acordó. Posteriormente la alzó, considerándola innecesaria ante el compromiso del Gobierno de que los servicios sociales proporcionarían atención a la Sra. A.M.B. y sus hijos.

⁵⁶Inadmitido provisionalmente por resolución del TEDH de febrero de 2014 a la espera de que el TC resuelva el recurso de amparo interpuesto por los demandantes

a esta tipología pertenece el caso *Ceesay contra España*⁵⁷, también conocido por el TEDH en fase de medidas cautelares e igualmente pendiente de resolución ante el TC⁵⁸.

Una categoría muy próxima a los casos expuestos la forman aquellos en que la demanda es interpuesta por ocupantes de viviendas precarias (caravanas o chabolas), ubicadas o construidas ilegalmente en terrenos públicos (o privados pero bajo control público), que son obligados a abandonarlas por las autoridades estatales en ejecución de políticas medioambientales, urbanísticas o de ordenación del territorio.

Varios de estos casos surgieron en el Reino Unido con relación a ciudadanos de vida itinerante⁵⁹. El TEDH rechazó las pretensiones de los demandantes en el caso *Buckley contra Reino Unido*⁶⁰, STEDH de 25 de septiembre de 1996; y en los casos *Chapman contra Reino Unido*⁶¹, *Beard contra Reino Unido*⁶², *Jane Smith contra Reino Unido*, *Lee contra Reino Unido*, y *Coster contra Reino Unido*, todas sentencias de la Gran Sala de 18 de enero de 2001⁶³. Aunque todos los demandantes consideraron que las autoridades británicas vulneraban su derecho a la vida privada y familiar (y su derecho de propiedad para los que habían comprado el terreno), al forzar su salida de los terrenos en que se habían instalado, el TEDH entendió, sin embargo, que su salida forzosa estaba justificada por los fines medioambientales y de ordenación del territorio⁶⁴ invocados por las autoridades y que, además, era

⁵⁷Un matrimonio con cuatro hijos menores, que había sido ya víctima de un desalojo forzoso, ocupó, en octubre de 2013, un bloque de viviendas vacías en Girona propiedad del SAREB (entidad privada pero con un 45% de capital público), siendo perseguido su desalojo a través de un procedimiento penal.

⁵⁸En un primer momento, el TEDH ordenó la suspensión del desalojo; el Gobierno español alegó que tolerar las ocupaciones ponía en riesgo un “interés nacional” y que se había ofrecido a los afectados alternativas habitacionales; el TEDH decidió levantar la medida cautelar.

⁵⁹Se trata de ciudadanos ingleses que desarrollaban una vida itinerante fuera de las ciudades. En un determinado momento, asentaron sus caravanas en terrenos bien públicos, bien de su propiedad, que estaban, en cualquier caso, especialmente protegidos por normas medioambientales frente a asentamientos humanos. Estos ciudadanos itinerantes se conocen en el Reino Unido como *gypsies* (literalmente, “gitanos”), aunque no todos ellos pertenecen a la etnia y cultura gitana o romaní.

⁶⁰Al Sr. Buckley, ciudadano británico de vida itinerante, se le denegó, invocando razones de protección medioambiental, el permiso que había solicitado para aparcar su caravana en una parcela de su propiedad, obligándole a su abandono y a retomar su vida itinerante.

⁶¹La Sra. Chapman, británica de origen gitano, había decidido establecerse de modo sedentario para poder atender a las necesidades sanitarias y educativas de su familia. Para ello, en 1985, compró un terreno para ubicar en él su caravana de modo permanente. Se le denegó el permiso, otorgándole 15 meses para abandonar el terreno. Transcurridos los 15 meses, la Sra. Chapman solicitó permiso para construir un bungalow, siéndole igualmente denegado. Para forzar el desalojo, las autoridades locales emplearon multas coercitivas hasta que la Sra. Chapman abandonó su terreno en 1990, volviendo a su estilo de vida nómada, debiendo sus hijas abandonar su formación académica.

⁶²Los hermanos Beard (John y Catherine Beard) y sus familias habían llevado un estilo de vida itinerante. Decididos a establecerse, compraron un terreno en 1986, pero les fue denegado el permiso de residencia. El terreno se hallaba en estado lamentable y la familia Beard lo tuvo que adecuar, tarea en la que emplearon dos años. Por no abandonar el terreno fueron procesados y multados en diversas ocasiones (1993, 1994 y 1995) y amenazados con prisión. Finalmente, abandonaron el lugar y retornaron a su estilo de vida itinerante.

⁶³Se trataba de supuestos en los que ciudadanos británicos romaníes (gitanos) de vida itinerante habían instalado sus caravanas en terrenos (a veces municipales y otras de su propiedad) de los que fueron desalojados a instancia de las autoridades locales con fundamento en razones medioambientales o relativas a la ordenación del territorio.

⁶⁴Considerando estos fines comprendidos en la “protección de los derechos de los demás” a que alude el art. 8.2 CEDH (*Buckley*, § 81).

proporcionada a los mismos. Para llegar a esta conclusión relativa a la proporcionalidad, el tribunal analizó, entre otros aspectos del caso, la existencia de alojamiento alternativo para los demandantes⁶⁵ (es decir, la existencia de asentamientos para las caravanas de los demandantes), valorando tanto la disponibilidad real de tales asentamientos y su distancia respecto al emplazamiento original, como las posibilidades económicas de los demandantes para acceder a ellos (teniendo en cuenta el precio de los estacionamientos), así como las posibilidades reales de acceso (dado que en algunos estacionamientos de caravanas los gitanos eran discriminados). El tribunal, a este respecto, consideró que existían alojamientos alternativos adecuados aunque no fueran del gusto de los demandantes. El TEDH afirmó que el derecho a la vida privada y familiar no alcanza a elegir el lugar donde nos gustaría vivir cuando existen frente a esta preferencia necesidades sociales relevantes⁶⁶. El TEDH entiende que entre el respeto al medioambiente y la ordenación del territorio y el derecho a elegir el lugar de residencia y el modo de vida, las autoridades dieron preferencia al primero mediante un proceso de decisión razonable⁶⁷. Los votos particulares disidentes sostenían, por el contrario, que no existían alojamientos alternativos y que la forma de vida que estas personas pretendían llevar no era un mero gusto o capricho, sino que formaba parte de su cultura y, por tanto, el impacto del desalojo en su vida privada y familiar amparada por el domicilio era mayor de lo que el TEDH quería reconocer y, en consecuencia, desproporcionada⁶⁸.

En el caso *Codona contra el Reino Unido*⁶⁹, decisión de inadmisión de 7 de febrero de 2006, el TEDH constata que existe un alojamiento alternativo para la familia Codona y, por el hecho de que la demandante prefiera (por razones culturales respetables) otro tipo de alojamiento, no se debe considerar su desalojo contrario al derecho a la vida privada y familiar⁷⁰. En el mismo sentido se pronuncia el TEDH en el caso *Gabriel Louis Stenegry y Sonia Adam contra Francia*⁷¹, decisión de inadmi-

⁶⁵Afirmando que “Una consideración relevante a tener en cuenta por las autoridades nacionales es que, si no hay un acomodo alternativo disponible, la interferencia es más seria que si lo hubiera. Cuanto más factible es el acomodo alternativo, menos seria es la interferencia constituida por el desalojo del demandante de su actual residencia” (Chapman, § 103; Beard, § 114).

⁶⁶“Si los problemas del demandante provienen de la falta de recursos, entonces está en la misma situación desafortunada que muchos otros que no son capaces de hacer frente al coste de residir en un emplazamiento o en casas que resulten de su agrado” (Chapman, § 113).

⁶⁷En el caso Chapman, el tribunal también valora, como muestra de la racionalidad de la ponderación realizada por las autoridades locales, la extensa prórroga (de 15 meses) otorgada por las autoridades administrativas con carácter previo al desalojo.

⁶⁸Voto separado del juez Bonello, y otro común de los jueces Pastor Ridruejo, Bonello, Tulkens, Strá Nická, Lorenzen, Fischbach y Casadevall.

⁶⁹La Sra. Codona, de etnia gitana y ciudadanía británica, fue desalojada del campamento de caravanas que ocupaba con su familia extensa, ofreciéndosele alojamiento alternativo para ella y su familia directa en un motel, como solución temporal previa a otra más permanente, de ser posible, en un campamento de caravanas. La Sra. Codona recurrió alegando que esta forma de alojamiento no era acorde con sus necesidades culturales, por ser un alojamiento “de ladrillo y mortero” al que tenía aversión; además alegaba que deseaba vivir junto a su familia extensa (que ocupaba otras caravanas, también desalojadas y que iban a ser alojadas en otros moteles).

⁷⁰El TEDH afirma que “el tribunal no descarta que, en principio, el deber de las autoridades con relación al art. 8 en el supuesto de una persona gitana sin hogar podría incluir una obligación positiva de proporcionar un tipo de alojamiento que facilitase su ‘modo de vida gitano’. Sin embargo, considera que esta obligación sólo podría surgir en aquellos casos en que las autoridades tuvieran tal tipo de alojamiento a su disposición y pudieran hacer la elección entre ofrecer ese alojamiento u otro no

sión de 22 de mayo de 2007: a los demandantes se les había ofrecido alojamiento alternativo y no podían reclamar, al amparo del artículo 8 CEDH, que este fuera de las características que por su identidad cultural hubieran deseado. En sentido parecido es la decisión de inadmisión en el caso Marzari contra Italia, de 4 de mayo de 1999, pues las autoridades locales trataron de evitar el desalojo durante mucho tiempo (casi cinco años) y luego proporcionaron alojamiento alternativo al demandante (que renunció a él).

En cambio, en los casos Connors contra Reino Unido⁷², STEDH de 27 de mayo de 2004, y Buckland contra Reino Unido, STDH de 18 de septiembre de 2012⁷³, el TEDH sí entendió vulnerado el artículo 8 CEDH, invocando, en este caso, argumentos formales o procedimentales: la determinación de la proporcionalidad entre la restricción que suponen los desalojos sobre el derecho a la vida privada y familiar asentada sobre el domicilio, los medios empleados y los fines (de orden público en el caso Connors) perseguidos por las autoridades, se confiaron a procedimientos sumarios, inadecuados para tal función⁷⁴.

En el caso Yordanova y otros contra Bulgaria⁷⁵, STEDH de 24 abril 2012, el TEDH consideró justificadas las razones invocadas por las autoridades (salubridad y protección del medioambiente) para proceder al desalojo de ocupantes sin título; sin embargo, entendió que los medios seleccionados para lograr tales fines no fueron proporcionados. El TEDH elucubra sobre los medios de desalojo que hubieran sido proporcionados, mencionando, entre ellos, haber buscado y ofrecido a la Sra. Yordanova alojamiento alternativo⁷⁶.

El TC español ha resuelto recientemente un caso similar a los expuestos relativo al desalojo y demolición por el Ayuntamiento de Madrid de viviendas o chabolas no

adecuado a las necesidades culturales de la persona gitana. En este caso, sin embargo [...] no había campamentos disponibles para que la demandante pudiera instalar legalmente su caravana. Sobre estas premisas, el tribunal no puede concluir que las autoridades tuvieran la obligación positiva de crear tal tipo de asentamiento para la demandante (y su familia extensa). Esto sería llevar la obligación positiva impuesta por el art. 8 más allá de los límites establecidos la jurisprudencia del tribunal [...] El tribunal no encuentra que haya razones en el presente caso para apartarse de la posición adoptada por la Gran Sala en el caso Chapman" (caso Codona).

⁷¹Los demandantes, de vida itinerante (*travellers*) pero aquejado uno de ellos de una grave enfermedad, habían adquirido un terreno en una zona rural; se les denegó el acceso a la red de luz y agua por ser un terreno protegido por razones ecológicas. Se les ofreció, a cambio, instalarse en las zonas habilitadas para su forma de vida itinerante (campamentos de caravanas) o buscarles una vivienda.

⁷²Se trataba en dicho caso del desalojo del Sr. Connors del campamento de propiedad municipal en que se encontraba acampado, al amparo de razones de orden público (conductas antisociales de sus familiares).

⁷³María Buckland es una británica de origen romaní desalojada de un estacionamiento de caravanas de Gales.

⁷⁴Las garantías procesales disponibles para el individuo afectado serán especialmente relevantes para determinar si el Estado demandado, al fijar el marco legal [del procedimiento] se ha mantenido dentro del margen de apreciación que le corresponde. En particular, el tribunal debe examinar si el proceso de toma de decisiones que conduce a las medidas de interferencia fue lo suficientemente equilibrado [fair] como para asegurar el debido respeto al interés garantizado al individuo por el art. 8" (caso Connors, §, 83).

⁷⁵La Sra. Yordanova y 23 demandantes más son personas de étnica romaní que ocupan terrenos municipales sin título alguno desde los años 60 y 70; sus viviendas no reúnen las condiciones esenciales de las normas de construcción y seguridad, lo que conduce, a su vez, a consideraciones sanitarias. El Ayuntamiento pretende desalojarlos porque sus construcciones ilegales implican riesgo sanitario y deterioran el

autorizadas en suelo no urbanizable (la vía pecuaria denominada Cañada Real)⁷⁷. El TC español, sorprendentemente, ha resuelto, en STC de 13 de noviembre de 2013, que es conforme al CEDH (y a la Constitución Española) el desalojo de las familias ocupantes, en sentido opuesto a lo afirmado por el TEDH⁷⁸.

Como anunciábamos, en una “segunda serie” de asuntos, el TEDH se ha pronunciado “desde el otro lado del espejo”, es decir, en repuesta a propietarios que no habían obtenido de las autoridades estatales el desalojo de quienes ocupaban sin título vigente sus inmuebles. Los propietarios invocaban, lógicamente, su derecho de propiedad (art. 1, del P1 al CEDH), así como el derecho a la ejecución de las sentencias dictadas a su favor en un plazo razonable (art. 6 CEDH).

En algunos de los casos de esta “segunda serie”, las autoridades nacionales se amparaban en leyes dictadas a favor de los arrendatarios cuyo título había vencido, protegiendo su posición. Los mecanismos previstos por dichas leyes para proteger a los arrendatarios de desalojos que los dejaran sin hogar conducían a restricciones del derecho de propiedad (y del derecho a la ejecución de sentencias) consideradas desproporcionadas por el TEDH. Así, en el caso *Saffi contra Italia*, STEDH, GS, de 28 de septiembre de 1999 (así como en un gran número de asuntos⁷⁹ para los que el anterior se ha convertido en *leading case*), el TEDH consideró desproporcionado que, según las leyes italianas, las autoridades encargadas de autorizar el apoyo de la fuerza pública a los desalojos (los prefectos) tuvieran potestad para limitar dicho apoyo sin posibilidad de control judicial, volviéndolas, de hecho, discrecionales. Como las causas para negar este apoyo (la situación socioeconómica de los ocupantes) eran de tipo estructural, la negativa de apoyo al desalojo se prolongaba durante años (a lo que contribuían las distintas prórrogas otorgadas directamente por distintos decretos y leyes). El TEDH considera admisible “una suspensión en la ejecución de una resolución judicial durante el tiempo estrictamente necesario para encontrar una solución satisfactoria a los problemas de orden público” (caso *Saffi*, § 69), pero no es razonable permitir su posposición *sine die*, de modo discrecional y no revisable judicialmente. En un gran número de casos⁸⁰ del que es *leading case* el caso *Hutten-Czapska contra Polonia* (sentencia

paisaje. El tribunal adoptó una medida provisional, ordenando que los demandantes no fueran desalojados hasta que las autoridades aseguraran al tribunal que habían tomado medidas para garantizar una vivienda alternativa a los niños, ancianos, personas con discapacidad o cualesquiera otras personas vulnerables.

⁷⁶El Gobierno no ha mostrado que no hubiera otra forma de afrontar dichos problemas, tales como legalizar los edificios y construir saneamiento público y suministro de agua o proporcionando ayuda para un alojamiento alternativo si el desalojo era inevitable. Por tanto, la afirmación del tribunal de que el desalojo de los demandantes era la solución apropiada queda muy debilitada.”

⁷⁷El 31 de enero de 2013 el TEDH remitió por fax a las autoridades españolas un requerimiento de suspensión del desalojo hasta que se pueda acreditar que los demandantes tienen acceso a vivienda adecuada y servicios sociales.

⁷⁸En una sorpresiva sentencia que parece ignorar el alcance y sentido de la jurisprudencia del TEDH y que da la espalda a todas las observaciones de los órganos internacionales de supervisión de tratados. El voto particular formula una crítica durísima y sin precedentes a la opinión mayoritaria

⁷⁹El Comité de Ministros del Consejo de Europa dictó la Resolución provisional de 8 diciembre de 2004 (Res DH (2004)72), “relativa al fracaso de la ejecución judicial de las órdenes de desalojo contra inquilinos en Italia”, en la que constata el gran número de casos sobre esta materia condenando al Estado (140 desde 1997) o resueltos mediante un acuerdo ante el propio tribunal (160).

⁸⁰El número de afectados por esta legislación podría llegar a 600.000, el 5,2% de las viviendas

piloto: STEDH, Gran Sala, de 19 de junio de 2006⁸¹), el TEDH consideró contrarias al CEDH las situaciones creadas por una ley polaca de vivienda que (entre otras cosas) prohibía el desalojo de ciertas categorías de inquilinos de renta baja si estos no recibían previamente una oferta de alojamiento alternativo por las autoridades locales. Al no establecer simultáneamente medidas financieras de apoyo a las autoridades locales para que pudieran cumplir esta obligación, quedaban bloqueados *sine die* los desalojos, situación contraria al principio de proporcionalidad.

En otros casos de esta “segunda serie”, las autoridades nacionales a cargo de los desalojos no invocaban leyes específicas, sino principios o valores generales de respeto a la dignidad de las personas afectadas, es decir, se amparaban, en definitiva, en los derechos humanos afectados por el desalojo. El TEDH ha considerado contrarias a los derechos de propiedad y al proceso justo las situaciones creadas por algunas de estas resoluciones, que generaron retrasos de duración excesiva, cuando se demostró que la conducta de las autoridades había sido poco diligente en relación con el despojo.

En el caso *Matheus contra Francia*⁸², STEDH de 31 de marzo de 2005, el oficial del juzgado (*huissier de justice*) no desalojó a los inquilinos ante la negativa del prefecto de proporcionar el auxilio de la fuerza pública, aduciendo que se trataba de una familia de ocho personas con dos menores y sin ingresos para la que no existía alojamiento alternativo. El TEDH considera vulnerado el artículo 1-P1 y el artículo 6 CEDH, pues aunque admite que el derecho a la ejecución no es absoluto y puede restringirse en casos como el descrito⁸³, un retraso de 16 años es un medio desproporcionado para el fin perseguido (podría haberse alcanzado en ese tiempo por medios muy diversos) y, por tanto, una restricción desproporcionada en el derecho del propietario⁸⁴. En sentido parecido, *Sud Est Réalisations contra Francia*, STEDH de 21 de abril de 2010.

Sin embargo, cuando el Estado ha mostrado la debida diligencia en el caso concreto, procurando que la restricción del derecho de propiedad (el retraso temporal en la ejecución) fuera proporcionada (lo más breve posible) a los fines perseguidos de tutela del derecho a la vida privada y familiar del ocupante, el TEDH la ha considerado proporcionada y conforme al convenio.

de Polonia. Al tiempo de la sentencia había 18 casos similares pendientes ante el TEDH.

⁸¹Como resultado de esta sentencia, las partes firmaron el 8 de febrero de 2008 un acuerdo amistoso que el TEDH (Gran Sala) considera adecuado en su sentencia de 28 de febrero de 2008 (con votos particulares disidentes) por entender que “teniendo en cuenta tanto las medidas generales adoptadas para hacer frente al problema sistémico identificado por el tribunal en su sentencia principal, como las medidas concretas adoptadas para compensar al demandante, el tribunal considera que el acuerdo se basa en el respeto a los derechos humanos amparados por el Convenio y sus Protocolos” (STEDH, 28 de febrero de 2008, § 45).

⁸²Solicitado el desahucio de su inquilino, el Sr. Matheus obtuvo sentencia firme en 1988, no obteniendo su ejecución hasta el año 2004 (¡16 años después de la sentencia firme!). Los antiguos inquilinos, ocupantes sin título, eran una familia de ocho personas con dos menores, con ingresos limitados y para los que, al parecer, no existía posibilidad de realojo.

⁸³“Este derecho no es absoluto y, por su propia naturaleza, exige una regulación por parte del Estado. Los Estados contratantes gozan de cierta facultad discrecional, sin embargo, corresponde al TEDH decidir en última instancia sobre los requisitos del convenio: debe estar convencido de que las limitaciones que se apliquen no restringen la tutela ofrecida a la persona de tal manera o hasta tal punto que el derecho se vea afectado en su misma sustancia [...] Dicha limitación no será compatible con el artículo 6 § 1, si no persigue un fin legítimo o si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo buscado” (§ 56).

En el caso *Spadea y Scalabrino contra Italia*, STEDH de 28 de septiembre de 1995, al amparo de la misma norma aplicada en el caso *Saffi*, el TEDH considera en cambio que no se vulnera el derecho de propiedad y de la ejecución en plazo de las sentencias.

En el caso *Société Cofinfo contra Francia*⁸⁵, decisión de inadmisibilidad de 12 de octubre de 2010, el propietario de un inmueble demanda al Estado francés por vulnerar su derecho de propiedad y al proceso justo (que incluye la ejecución en plazo de las sentencias), pues los tribunales de París se habían negado a desalojar a las familias que ocupaban su inmueble alegando que dichas familias, con hijos menores, no podían ser desalojadas sin alojamiento alternativo⁸⁶. El TEDH considera la demanda inadmisibile al entender que la restricción a la propiedad privada que supone no ejecutar la sentencia durante el tiempo necesario para hallar alojamiento alternativo a los ocupantes es una medida equilibrada y proporcionada, pues las autoridades habían demostrado diligencia en la búsqueda de soluciones (incluso habían tratado de expropiar el inmueble)⁸⁷.

En determinados casos, el TEDH es consciente de que el Estado debe realizar reformas en sus sistemas de ejecución para poder alcanzar la proporcionalidad requerida. De este modo, la condena a un Estado por la negativa a desalojar a los ocupantes sin recursos para que no queden sin hogar no supone, en ningún caso, una invitación a los Estados a realizar tales desalojos que dejan personas sin hogar, ni siquiera cuando el Estado no dispone de mecanismos para acometer desalojos sociales: es, en cambio, una exigencia para que los ponga en funcionamiento, en cumplimiento del CEDH. En el caso *Cvijetic contra Croacia*, STEDH de 26 de febrero de 2004, el TEDH afirmó que “el artículo 6.1 del Convenio impone a los Estados contratantes el deber de organizar su sistema jurídico de tal modo que sus tribunales puedan atender a cada una de sus exigencias, incluida la obligación de oír sus casos dentro de un plazo razonable de tiempo” (§ 41).

⁸⁴Las motivaciones de orden social, loables en su momento, no justifican una ocupación ilegal de más de dieciséis años, pues el tiempo transcurrido habría debido permitir encontrar una solución al realojo de la familia afectada [...] (Matheus, § 59); “sin que las circunstancias excepcionales puedan explicar tal exceso de poder. Por lo tanto, la prolongación excesiva de la inejecución de la resolución de los órganos de justicia y la incertidumbre que de ello resulta para el demandante en cuanto al disfrute de su propiedad, ha obstaculizado su derecho a una protección judicial efectiva garantizada por el artículo 6.1º del convenio. Por lo tanto, ha habido vulneración de este precepto” (Matheus, § 60).

⁸⁵Dieciséis familias, consistentes en sesenta y dos personas, entre ellas treinta y nueve niños pequeños, se trasladaron al edificio de París perteneciente a la compañía Kentucky (luego Cofinfo) y que estaba desocupado. El juez del tribunal de París ordenó el desalojo de los ocupantes. La compañía propietaria solicitó varias veces asistencia policial para el desalojo, pero le fue denegada.

⁸⁶El tribunal considera que permitir que familias con niños pequeños queden sin hogar es un atentado al orden público, entendido como el orden propio de una sociedad civilizada donde sus menores no vagan por las calles sin hogar. Así “La negativa de las autoridades a proceder a la ejecución de la decisión [...] fue debida a la necesidad de evitar el riesgo de alteración del orden público que podría suponer la expulsión de varias familias, entre las que había muchos niños, [...] los ocupantes se encontraban en una situación de precariedad y fragilidad, y parecían merecer, a este respecto, una mayor protección”.

⁸⁷Hay que tener en cuenta, a este respecto, el tiempo que, en cualquier caso, ha sido necesario para la reubicación de sesenta y dos personas, dieciséis familias. El Tribunal observa que las autoridades municipales ejercieron su derecho de tanteo al ponerse en venta el edificio en 2001 y, luego, de un procedimiento de expropiación, aunque impugnado por la demandante y, por tanto, aún pendiente de resolución.”

V. Conclusión: prontuario ante el desalojo de personas sin alojamiento alternativo

1º La parte a la que se señale una fecha para el lanzamiento y no disponga de alojamiento alternativo digno debe notificar al tribunal esta circunstancia y postular del mismo la realización del desalojo por medios sociales (el TEDH exige la iniciativa de parte en el caso Skrtic), fundamentando jurídicamente la pretensión en una interpretación del artículo 703.1 LEC (partiendo de la expresión relativa a “los medios que procedan”) de conformidad con el artículo 47 de la CE (invocado, a su vez, con fundamento en el art. 53.3 CE) y de conformidad, asimismo, con el artículo 18 CE (invocado, a su vez, con fundamento en el art. 53.1 CE), interpretado este último, tal como exige el artículo 10.2 CE, a la luz del artículo 8 CEDH (siguiendo la jurisprudencia del TEDH que ha calificado esta pretensión como “una defensa para evitar el desalojo con base en el art. 8 del CEDH” –caso Skrtic, § 32–), del artículo 11 del PIDESC (siguiendo la interpretación del mismo que realiza el CDESC, en su OG número 7) y del artículo 16 de la CSE (siguiendo la interpretación dada por el CEDS).

La pretensión podrá formularse una vez dictado el decreto de medidas ejecutivas concretas a que se refieren los artículos 551.3 y 703.1 LEC (otorgando el plazo a que se refiere el art. 704.1 LEC y señalando la fecha de lanzamiento) o, en el caso del juicio monitorio de desahucio, tan pronto el secretario dicte el decreto dando por terminado el juicio de desahucio a que se refiere el párrafo 5 del artículo 440.3 LEC. El *dies ad quem* es el correspondiente a la fecha de lanzamiento, pero de no hacerse antes la solicitud, queda comprometida la posibilidad de suspensión de la diligencia de lanzamiento *manu militari*, que seguirá su curso.

2º Habiendo entre los ocupantes menores o personas desvalidas, la solicitud puede corresponder al Ministerio Fiscal, informado por cualquier medio, en su caso, por el propio tribunal. Si la situación de desvalimiento es detectada durante el propio acto de lanzamiento, deberá suspenderse la diligencia para poder realizar la comunicación mencionada.

3º La desestimación por el tribunal de la petición de adopción de las medidas de desalojo social puede ser impugnada por medio del recurso directo de revisión ex artículo 551.5 LEC (tramitado en los términos del art. 545 bis 2 LEC) y, frente a su denegación, recurso de amparo ante el TC por vulneración del artículo 18 CE (u otro de la sección primera del capítulo II del título primero), interpretado según se expuso. El recurso de amparo puede ir acompañado de la solicitud de suspensión del lanzamiento con base en el artículo 56 LOTC. La negativa a la suspensión por el TC (o el retraso en su repuesta, aproximándose la fecha de lanzamiento) habilita a solicitar la suspensión al TEDH (art. 39 del Reglamento del TEDH); alternatively, la suspensión puede solicitarse al CDESC (Protocolo Adicional al PIDESC: mecanismo de reclamaciones individuales). Contra la inadmisión o desestimación del amparo, se puede acudir al TEDH o, alternatively, al CDESC, por el procedimiento previsto en el Protocolo Adicional de 2008 (que también contempla la posibilidad de suspensión de las medidas previstas).

4º Formulada la pretensión, el secretario judicial deberá acordar mediante decreto medidas de instrucción: comprobación de las circunstancias del ocupante y de su familia (al amparo, en su caso, de no haber transcurrido el plazo señalado con base en el art. 704 LEC, de las medidas cautelares previstas en el art. 700 LEC). Dicha diligencia informativa puede realizarse el día ya señalado para el lanzamiento (pues el lanzamiento sigue su curso, sólo que ahora adoptará la modalidad de “desalojo social”). Tras la diligencia informativa, se acordarán las medidas ejecutivas que procedan para el “desalojo social” (art. 703.1 LEC). Para ello, el tribunal oficiará a las Administraciones con competencias idóneas para procurar tal resultado (en garantía de alojamiento alternativo).

5º Las Administraciones intervienen por orden del tribunal y bajo sus directrices (art. 118 CE); su actuación, si bien ejercitada con fundamento en potestades y conforme a criterios técnicos propios, se desarrolla bajo la dirección del tribunal (enviando al tribunal, por ejemplo, informes sobre las medidas diseñadas y posibles o los plazos previstos para resolver la situación habitacional). Cuando el inmueble ocupado es de titularidad pública, el tribunal puede ordenar a la Administración que ostente su titularidad una autorización de permanencia a través de algún procedimiento de urgencia (tal como ha exigido el TEDH en los casos Stankova, McCann y Skirtic, entre otros).

6º La intervención social puede tratar de activar todos los recursos a que la familia afectada tenga acceso (ahorros, bienes muebles e inmuebles, expectativas de empleo...) y buscar el apoyo por parte de familiares (derecho de alimentos) y amigos (solidaridad social). Las medidas sociales pueden implicar compromisos por parte de la familia afectada (en función de lo que determinen las Administraciones intervinientes). Los ocupantes deben colaborar de buena fe, pudiendo ser sancionado el abuso de derecho: artículos 11 LOPJ y 247 LEC. La falta de cooperación podrá conllevar el lanzamiento *manu militari*.

7º La tutela efectiva del demandante sólo se garantiza si la actividad es dirigida diligentemente por el tribunal conforme a planes y plazos lo más precisos que sea posible. Vulnera el derecho del demandante si el tribunal se limita, sin más control o supervisión, a delegar el desalojo en las Administraciones públicas, convirtiendo la actividad judicial en una mera tolerancia para el ocupante sin título, tal como expresamente ha proscrito el TEDH (casos Cvijetic y Matheus, por ejemplo).

VI. Bibliografía

ALEXY, Robert y otros, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

ALSTON, Philip y GOODMAN, Ryan (comps.), *International Human Rights*, Oxford University Press, 2012.

BERNARD, Nicholas, “Expulsions de logement, relogements et dignité humaine”, en *Le droit au logement: vers la reconnaissance d’un droit fondamental de l’être humain*, Brylant, Bruselas, 2008, págs. 97 a 134.

FERNÁNDEZ DE CASADAVANTE ROMANÍ, Carlos (dir.), *España y los órganos internacionales en materia de derechos humanos*, Dilex, Madrid, 2010.

HOHMANN, Jessie, *The right to housing. Law, concepts, possibilities*, Hart Publishing, Oxford, 2013.

LAMBERT, Pierre, “Le droit au logement dans la Convention Européenne des droits de l’homme”, en PLAS, Daniel y PUECHAVY, Michel (dirs.), *Le droit au logement: vers la reconnaissance d’un droit fondamental de l’être humain*, Brylant, Bruselas, 2008, págs. 13 a 20.

MARGUENAUD, Jean-Pierre, “Le droit au respect du domicile”, en AA.VV., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l’Homme*, Presses Universitaires de France, París, 2003 (2.^a ed.), págs. 362 a 371.

RIPOL CARULLA, Santiago, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Atelier, Barcelona, 2007.

RIQUELME CORTADO, Rosa, “Hacia la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. El protocolo del Pacto”, en SOROETA LICERAS, Juan (dir.), *Los derechos económicos, sociales y culturales en tiempos de crisis*, Thompson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, págs. 107 a 178.

RUIZ MIGUEL, Carlos, *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1994.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada y OLMEDO CARDENETE, Miguel (dirs.), *Desahucios y Ejecuciones Hipotecarias. Un drama social y un problema legal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

TULKENS, Françoise y VAN DROOGHENBROECK, Sébastien, “Le droit au logement dans la Convention européenne des droits de l’Homme: bilan et perspectives”, en BERNARD, N. y MERTENS, C. (dirs.), *Le logement dans sa multidimensionnalité. Une grande cause régionale*, Ministère de la Région Wallonne, Études et Documents, Namur, 2005, págs. 311 a 325.

2

CONEXIONES ENTRE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL DERECHO HUMANO A UNA VIVIENDA DIGNA EN LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN PRÁCTICA POR PARTE DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE JUSTICIA

Andrés Escalante Hidalgo
Abogado especialista
Colegio de Abogados de Huelva



La magnífica intervención del profesor Ruiz ha articulado una exposición donde –en el momento final del procedimiento por ejecución hipotecaria, esto es, el lanzamiento– se ha buscado el ejercicio equilibrado de ambos derechos, y, para ello, ha apuntado a una serie de sentencias del Tribunal de la UE que persiguen este equilibrio en la búsqueda de la justicia material.

Mi intervención se retrotrae al momento anterior al lanzamiento, esto es, aquel en el que se produce la subasta del bien hipotecado para garantizar el pago de la deuda hipotecaria al acreedor.

¿Es posible también en este momento procesal encontrar posicionamientos que permitan el respeto de ambos principios? Mi posición de entrada es que sí es posible.

Y para ello, voy a referirme a algunos principios del derecho que han sido claves en la práctica jurídica a la hora de la interpretación de los derechos y obligaciones contractuales.

Si bien es verdad, también hay que decir, que mientras uno de los principios es claro y su aplicación en la práctica forense es incondicional, el otro ha sido aceptado de forma muy restrictiva en su interpretación de acuerdo con la jurisprudencia del TS.

Estos principios, que han dado mucho juego, como decimos, en el marco de la práctica de los tribunales de Justicia, son el de *pacta sunt servanda* y el de *igualdad de partes*, en conjunción con el de *rebus sic stantibus*, que en una traducción libre sería “los pactos (contratos) han de ser cumplidos” y “hay que estar para su cumplimiento a la permanencia de las circunstancias en que se pactaron”.

No cabe duda de que el derecho positivo, es decir, toda la normativa referida al cumplimiento de los contratos y a la interpretación de las normas que los regulan, articula reglas para hacer posible la aplicación de estos principios, pero serán los tribunales de Justicia los que, en cada caso concreto, habrán de hacer realidad en sus sentencias la aplicación de los mismos.

Acerca de la problemática planteada con el incumplimiento de las obligaciones contractuales derivadas de los contratos hipotecarios –contratos, por lo general, de adhesión, donde las entidades financieras (bancos) aparecen con una posición de supremacía frente a la otra parte contratante, el deudor hipotecario, quebrándose así la *igualdad de partes*, máxime en estos momentos, debido a las vicisitudes de la crisis económica–, donde el deudor se juega, ante su incumplimiento contractual, la pérdida de su vivienda, es importante ver cuáles son los últimos posicionamiento de los tribunales sobre la articulación de ambos principios, de forma que comprobemos si se produce en realidad el equilibrio entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a una vivienda digna, tal como lo recoge el artículo 47 de nuestra Constitución.

Dos posicionamientos marcan la tendencia jurisprudencial en estos momentos. Por un lado, el que podríamos decir que pone fundamentalmente de relieve el principio de *pacta sunt servanda*, esto es, las obligaciones contraídas en los contratos son de obligado cumplimiento.

En esta dirección encontramos **la sentencia del TS, sala de lo Civil, sección 1ª, procedimiento nº 829/2008, de fecha 25 de septiembre de 2008**. Partiendo del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor que consagra el artículo 1911 del Código Civil, sostiene que cuando el acreedor no ha obtenido el pago completo del crédito por el que ejecutó, al haberse adjudicado el bien hipotecado por un importe del 50% del valor de tasación establecido en la escritura de concesión del préstamo hipotecario, cabe seguir con la ejecución contra el patrimonio del deudor, al ser el criterio tradicional de nuestro ordenamiento, por el principio de la extensión universal de la responsabilidad (art. 1911 del CC) y porque no hay constancia de la limitación de la responsabilidad a solo dicho bien, como permite el artículo 140 de la LH como excepción a lo dispuesto en el artículo 105 del mismo cuerpo legal. Por tanto, no existe un enriquecimiento injusto del acreedor, ni siquiera cuando luego vende el mismo bien en una cantidad mayor, ni tampoco un abuso de derecho.

Sigue este posicionamiento la **sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 19ª, de 3 de septiembre de 2012, rec. 349/2012**. En esta sentencia se dice, frente a los argumentos esgrimidos en la sentencia objeto del recurso, que es loable el esfuerzo argumentativo de la resolución recurrida que trata de revestir de razón jurídica lo que no es sino un ejercicio de equidad, pero ocurre que en España los jueces y magistrados no hacen el derecho, sino simplemente lo aplican. Olvida esta sentencia que también en nuestro país los tribunales interpretan el derecho.

En el mismo sentido se pronuncia **la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 de marzo de 2012, rec. 364/2011**. Argumenta que, siguiendo otras sentencias ya dictadas en la misma dirección, el artículo 579 de la LEC faculta al acreedor hipotecario para continuar la ejecución en los casos, como el presente, en que el producto de la subasta fuera insuficiente para cubrir el crédito. Sigue, por tanto, el principio establecido en el artículo 1911 del CC de responsabilidad universal del patrimonio del deudor, y, por tanto, no se puede dar una interpretación distinta a la que se desprende de la propia literalidad del artículo 579 de la LEC, amparándose para ello en que la Ley 37/2011, de 10 de octubre, *de medidas de agilización procesal* confirma lo razonado cuando dice que “el ejecutante podrá pedir el despacho de ejecución por la cantidad que falte”.

Igualmente, argumenta que el propio TC mantiene la constitucionalidad de este artículo cuando inadmite una cuestión de inconstitucionalidad sobre él, promovida por el Juzgado de Primera Instancia de Sabadell, en su auto de fecha 19 de junio de 2011, donde, después de declarar la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad, afirma que “la cuestión de inconstitucionalidad no es cauce procesal idóneo para que los órganos jurisdiccionales puedan cuestionar de modo genérico o abstracto la constitucionalidad de un régimen o esquema legal (proceso de ejecución hipotecaria) por contraste con un hipotético modelo alternativo que no le compete formular al órgano proponente ni corresponde valorar a este Tribunal Constitucional por ser materia de exclusiva competencia del legislador, dentro de cuyos límites constitucionales dispone de un amplio margen de libertad de elección que este Tribunal ni puede ni debe restringir”.

Estas tres sentencias, por tanto, evidencian un posicionamiento jurisprudencial muy escorado hacia el principio de *pacta sunt servanda*, con todas las consecuencias

legales que de ahí se derivan; entre ellas, por lo que al tema se refiere, el contenido del artículo 1911 del CC, que establece que: “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros”, y su correlativo procesal, el artículo 579 de la LEC, cuando dice: “Si subastados los bienes hipotecados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución”.

Pues bien, a pesar de este posicionamiento de los tribunales en la actualidad, se está abriendo otra línea interpretativa que está más en la dirección del principio general referido de igualdad de partes en la contratación y al juego de la cláusula *rebus sic stantibus*, a pesar del carácter restrictivo con que la jurisprudencia del TS se posiciona sobre la misma, de forma que se pretende atemperar la rigidez de la aplicación literal del comentado principio *pacta sunt servanda*.

También esta línea encuentra apoyos en el derecho positivo. Así, tenemos el artículo 3.1 del CC que establece: “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”. Y en su apartado segundo: “la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas y siempre que la Ley exclusivamente lo permita”. Por otro lado, el artículo 7 del mismo cuerpo legal, en su apartado primero, establece que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, y en su segundo, que la Ley no amparará el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo.

Igualmente, el artículo 247.1 y 2 de la LEC establece que los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe, rechazando los tribunales las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o que entrañen fraude de ley o procesal.

También la LOPJ, en su artículo 11, apartados 1 y 2, establece que en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe, y que los juzgados y tribunales rechazarán fundamentalmente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

Al amparo de esta normativa y del juego restrictivo de la cláusula citada *rebus sic stantibus*, se han venido produciendo una serie de sentencias de los tribunales que atemperan el principio general de *pacta sunt servanda*.

Así tenemos, por ejemplo, la **sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Barcelona, de 4 de febrero de 2011, procedimiento 224/2010**, que establece que el valor a tener en cuenta es el fijado en la escritura para tasación en caso de subasta, y no el de adjudicación, que fue por un 50% del valor de tasación.

En su fundamento de derecho único dice: “con carácter general, no se puede olvidar que la ejecución no debe atender a criterios puramente formales y rigoristas, y que aunque la redacción literal del artículo 579 de la LEC no parece ofrecer dudas interpretativas, ello no quiere decir que pueda ser siempre y en todo caso aplicable, ya que lo

que se observa en el presente caso es que el ejecutante, a través del mecanismo del artículo 671 de la LEC, se adjudica el bien por una cantidad igual al 50% del valor de tasación, cantidad insuficiente para cubrir principal, intereses y costas, pero se ha de tener presente que en su patrimonio no entra por tal valor sino el del real de mercado, es decir el que se tasó a efecto de la subasta en la escritura del crédito hipotecario”.

Por todo ello, no es procedente continuar con la ejecución, pues el ejecutante ha obtenido la satisfacción de su crédito mediante adjudicación del bien; de continuar la misma, la pretensión se muestra abusiva; y de atenderse, estaríamos ante un manifiesto abuso de derecho.

En el mismo sentido se pronuncia la **sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Torrejón de Ardoz de 10 de enero de 2012, procedimiento 535/2009**. En ella igualmente se pone de relieve que continuar una ejecución contra los bienes del ejecutado, cuando la entidad bancaria se ha adjudicado como único postor el bien en la subasta por el 50% de su valor de tasación, supone abuso de derecho y provoca un enriquecimiento injusto.

En su fundamento quinto de derecho afirma: “La aplicación automática de la regulación de la ejecución hipotecaria, desconociendo esta situación actual de crisis económica excepcional (la ha explicado en el fundamento anterior), conllevaría dejar exento de responsabilidad a uno de los partícipes (la entidad financiera) en la causación de dicha situación, al haber valorado el bien objeto de garantía especulativamente o de manera irreal, y le permitiría además adquirir el citado bien por un precio irrisorio y continuar adelante con la ejecución contra los bienes personales del deudor exigiendo una cantidad dineraria que rozaría incluso el importe del préstamo concedido. Se estaría amparando así una operación que no difiere mucho de la usura, proscrita por nuestro ordenamiento [...] y consiguiendo con ello un enriquecimiento injusto y un ejercicio abusivo y antisocial del derecho que nuestro ordenamiento no permite (art. 7.2 CC)”.

Esta sentencia, además, cita en apoyo de su argumentación la de la **Audiencia Provincial de Navarra, sección 2, de 17 de diciembre de 2010**, que hace un análisis de la actuación de la banca en la crisis, y aunque salva al BBVA como responsable directo de la misma, no le exime de su parte de responsabilidad, como entidad perteneciente al sistema financiero que la ha generado, concluyendo que ha de tenerse presente lo dispuesto en el artículo 3 del CC, apartado 1, que señala que las normas se interpretaran según la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo al espíritu y finalidad de aquellas.

También cita en su argumentación **el auto de 16 de septiembre de 2011 de la Audiencia Provincial de Girona, sección 2ª, procedimiento 119/2011**, que está en la misma línea de la anterior al insistir en la doctrina de los actos propios, en el sentido de que hay que estar a la cuantía de la tasación para subasta que se fijó en la escritura de préstamo hipotecario; que la interpretación del artículo 579 de la LEC ha de hacerse teniendo presente lo dispuesto en los artículos 82.1 y 85.6 de la Ley 1/2007, de 16 de noviembre, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que considera como cláusulas abusivas las no negociadas individualmente y las prácticas no consentidas expresamente que se causen en contra de la buena fe, quedando por tanto como

nulas por el juego de lo dispuesto en la LH en sus artículos 105 (la hipoteca podrá constituirse sobre toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad ilimitada del deudor del artículo 1911 del CC) y 140 (podrá pactarse en la constitución voluntaria de hipoteca que la obligación que garantiza la misma se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados). Además, razona que los jueces y tribunales deberán en sus resoluciones buscar la justicia material del caso, dando así la razón al recurrente y debiendo la ejecutante estar a sus propios actos (fundamento de derecho siete).

Para concluir, citamos la **sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 16 de septiembre de 2011, procedimiento 265/2011**. La sala argumenta en su fallo que si el banco tasa la finca hipotecada en una determinada cuantía, no puede luego incorporar como propio el bien subastado sin darle el valor que él mismo fijó, pues lo contrario sería dar al artículo 579 de la LEC una interpretación que contraviene la finalidad misma del procedimiento al procurar al ejecutante (acreedor) un beneficio injustificado que hay que suponer que la norma no ampara, pues lo contrario sería ir contra el principio de la buena fe, con abuso de derecho y obteniendo un enriquecimiento injusto. Por ello, en sus fundamentos de derecho declara lo siguiente:

1º Al pasar el bien hipotecado a integrar el patrimonio del banco, este no obtiene la suma mentada (cuantía de la subasta), sino el valor que tiene el bien hipotecado en la propia escritura de concesión del préstamo hipotecario, por lo que se ha de estar a la doctrina de los actos propios.

3º Hay que tener también en cuenta lo establecido en el RDLG 1/2007, de 16 de noviembre, Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su artículo 82.1, que considera cláusulas abusivas “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor y usuario un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”. Igualmente, en su artículo 85.6 se establece que serán consideradas cláusulas abusivas, y por tanto, nulas, aquellas “que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla con sus obligaciones”.

4º Que la finalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria es que el acreedor vea satisfecho el cobro de su deuda por vía de la ejecución del bien gravado en garantía, pero no que se haga una interpretación del artículo 579 de la LEC que contravenga la finalidad misma del proceso al procurar al acreedor un beneficio injustificado, que hay que presuponer la norma no busca amparar.

Esta línea jurisprudencial es la que nos ha servido, desde la PAH de Huelva, asesorada por el profesor Francisco Javier Arellano y con mi pequeña colaboración, para atender a una familia en el trámite judicial de cuantificar a efecto de subasta el bien hipotecado. Se ha conseguido que el juzgado ordene la adjudicación por el 70% de la cantidad con que salió a subasta, que era de 280.500 €, esto es, por 196.350 €; y al ser la deuda de 165.000 € aproximadamente, quedar satisfecho su crédito, incluso con la posibilidad de que la diferencia sea utilizada para los intereses y costas.

3

LA DEFENSA DEL DERECHO A LA VIVIENDA DESDE LA UNIVERSIDAD: LABORATORIO JURÍDICO SOBRE DESAHUCIOS DE LA UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Facultad de Derecho y CEE de la Universidad de Córdoba
Grupo de Investigación: “El Derecho civil del siglo XXI” (SEJ-448)
Alumnos y alumnas de Derechos reales (3º Grado en Derecho, Grupo B)
Coordinador: Antonio Manuel Rodríguez Ramos (Profesor Derecho civil)

I. La Universidad como agente social: La necesidad del laboratorio jurídico sobre desahucios. **II.** Objetivos cumplidos del proyecto de innovación docente y divulgación científica. **III.** Diversidad de los agentes participantes. **IV.** Metodología. **V.** Resultados obtenidos. **VI.** Impacto de la metodología y resultados. **VII.** Intersectorialidad, interdisciplinariedad y ámbito territorial. **VIII.** El laboratorio jurídico sobre desahucios como proyecto de divulgación científica.



Sinopsis:

El Laboratorio jurídico sobre desahucios “Derecho a la vivienda y a la esperanza” (premio Universidad y Sociedad 2013, Aula Abierta) es un proyecto de innovación docente y divulgación científica que comienza con la producción propia de un cortometraje sobre el drama de los suicidios por desalojos de vivienda (*La navaja*), y que ha conseguido enlazar la universidad con la sociedad tanto en el proceso de enseñanza-aprendizaje como en el impacto ético y práctico de sus conclusiones. En consecuencia, el proyecto ha cumplido y continúa desarrollando una doble función:

- Experiencia de innovación docente dirigida al alumnado de Derechos reales (3º Grado de Derecho) para tomar conciencia de la realidad socio-jurídica sobre los desalojos judiciales de vivienda y hallar soluciones prácticas a esta problemática de forma colectiva, intersectorial e interdisciplinar, en permanente ósmosis con la sociedad.
- Transferencia de los resultados obtenidos a los agentes sociales e instituciones públicas competentes (Consejería de Fomento y Vivienda de la Junta de Andalucía, Defensor del Pueblo Andaluz y Congreso de los Diputados), así como la divulgación científica en congresos, seminarios, jornadas, publicaciones, proyecciones o mesas redondas con profesionales y plataformas sociales en centros educativos y culturales de distintas localidades andaluzas y estatales, especialmente en colegios e institutos de enseñanza secundaria.

I. La Universidad como agente social: La necesidad del laboratorio jurídico sobre desahucios

Cerca de medio millón de personas perdieron su casa y más de un centenar de personas perdieron la vida antes que perder la vivienda. Este es la cruda realidad derivada de una legislación procesal e hipotecaria injusta, en palabras del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La universidad no puede vivir de espaldas a un drama social de esta magnitud. Especialmente desde las facultades de Derecho, donde se forman jóvenes juristas encargados de hacer justicia interpretando y aplicando las leyes. Como jóvenes, están hechos de esperanza y tienen el deber de ejercerla. Como juristas, sus propuestas se presumen cargadas de rigor. Por ello creímos necesario crear el *Laboratorio jurídico sobre desahucios*, donde se combine el estudio y la utopía, al que llamamos “Derecho a la vivienda y a la esperanza”. Y llevarlo a cabo en el marco del EEES, con nuevas técnicas pedagógicas, acompañadas de una experiencia complementaria de divulgación científica.

1.1. Visualización del problema con nuevos formatos audiovisuales: el cortometraje *La navaja*

Primer día de clase. Habitualmente, un trámite de presentación del programa, del manual de la asignatura, de los métodos de evaluación... Esta vez, no. Esa mañana un hombre se había quitado la vida para no ver cómo le quitaban su casa. Ocurrió en Málaga en 2013. Y no fue un suicidio cualquiera: se quemó a lo bonzo en una desesperada llamada de atención que apenas mereció un hueco en la sección de sucesos. Las mismas llamas que incendiaron la primavera árabe se quedaron en el pellejo de una persona desahuciada hasta en la memoria de su muerte. Para no caer en la indiferencia del olvido, propusimos a los estudiantes de tercero de grado en Derecho crear un "laboratorio jurídico" contra los desahucios injustos. Y aceptaron.

El primer paso consistió en la elaboración de un cortometraje: *La navaja* (Yaumate films), escrito por el coordinador del proyecto y realizado para tomar conciencia de un problema capaz de provocar el suicidio por desahucio. Es una forma distinta y original de plantear la situación, empleando lenguajes audiovisuales más cercanos al alumnado y a la sociedad en general, permitiendo la presentación compartida en otros foros junto a miembros de plataformas sociales, técnicos de la administración pública, asociaciones de consumidores, docentes y profesionales del Derecho. Lo llamamos así porque una navaja, como un desahucio, puede ser útil para echar de su casa a quien pudiendo no quiere pagar, pero es asesina con quien de buena fe no puede hacerlo. El cortometraje ya ha recibido más de 10.000 visitas en la red, casi 2.000 presenciales (universidades españolas y extranjeras, centros culturales y sociales, plataformas de afectados, Filmoteca de Andalucía, festivales de cine, congresos de distinta índole, colegios e institutos de secundaria...) y ha sido reseñado en revistas especializadas y en publicaciones de innovación docente.

El tránsito de la imagen a la realidad, que comenzó con los fotogramas de amenazados por desalojo judicial de su vivienda, se complementó cuando los propios alumnos y alumnas pusieron cara a los protagonistas con personas de carne y hueso, amenazadas de desahucio, que acudieron a las aulas para compartir su experiencia vital. Entonces entendieron lo que el cortometraje significaba y asumieron la responsabilidad de investigar y buscar soluciones jurídicas a este drama social.

1.2. Marco social del proyecto

El proceso de enseñanza-aprendizaje siempre debe ser permeable a la realidad social, especialmente cuando demanda soluciones urgentes y necesarias a una problemática de la magnitud dramática de los desalojos de vivienda, sean por lanzamiento o desahucio. Carece de sentido que el alumnado universitario se limite al estudio de la legislación hipotecaria, civil o procesal desde un plano meramente técnico, como si viviera en una burbuja al margen de los suicidios por desahucio, de la cruda situación de miles de familias desahuciadas o amenazadas de desahucio, o del activismo civil que ha evidenciado las injusticias del sistema.

Por todo ello, el modelo de enseñanza-aprendizaje tiene que romper las estrechas barreras éticas y estéticas del aula, para colocar los pies en el suelo y la cabeza en la posibilidad real de cambiar la normativa. Comenzando por tomar conciencia de la situación desde nuevos formatos y lenguajes audiovisuales más cercanos a la contemporaneidad. Pasando por elaborar un diagnóstico socio-jurídico desde múltiples enfoques teóricos y prácticos. Y terminando por aportar una visión autónoma y multidisciplinar, acompañada de posibles soluciones acordadas colectivamente en el aula como un cuerpo vivo, capaz de compartirlas con la sociedad en mesas redondas y debates públicos.

Durante meses, los estudiantes del laboratorio han investigado este Derecho que no termina de morir pero que todavía tiene capacidad de matar. Y como prueba, el mismo día que entregaron sus primeras conclusiones al Defensor del Pueblo Andaluz en mayo de 2013, una persona se ahorcó en Murcia y otra se quemó en Cataluña. Estas muertes demuestran que, a pesar de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o de la última reforma de la ley hipotecaria, el sistema debe cambiar. Y para buscar otras soluciones, estos jóvenes de luz han escuchado a especialistas en Derecho bancario, afectados, activistas, jueces, abogados, empleados de banca, notarios, políticos, técnicos de la administración... incluso a la misma consejera de Fomento y Vivienda, que asistió a clase como una ciudadana más, acompañada de los técnicos de la Delegación. Finalmente, presentaron sus propuestas en el Congreso de los Diputados, donde fueron recibidos por cinco grupos parlamentarios. Las 11 medidas han sido admitidas a trámite y actualmente se estudian en la Comisión de Economía. Otros dos grupos parlamentarios nos han ofrecido la posibilidad de intervenir en varias proposiciones no de ley.

En 2014, el grupo de la mañana ha redactado una propuesta de reforma del art. 704 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que permitiría dotar a los jueces de una herramienta para poder suspender los desalojos de vivienda por causas humanitarias. Y el grupo de la tarde ha redactado un informe que avala la constitucionalidad de la recurrida y suspendida ley andaluza que asegura la función social de la vivienda, huyendo de los argumentos económicos esgrimidos por el Gobierno central y centrándose sólo en los estrictamente jurídicos.

La repercusión mediática y social ha sido un elemento clave de motivación para el alumnado. Sus conclusiones se han hecho públicas en numerosos foros docentes y profesionales, centros cívicos y culturales, y muchísimos medios de comunicación. “Universidad y Sociedad” de la mano, nombre del premio que les concedió el programa de Canal Sur Aula Abierta a la mejor experiencia docente de 2013.

1.3. Marco conceptual del proyecto: configuración jurídica de la vivienda como bien jurídico y derecho humano

La vivienda es un bien jurídico. Y el derecho a la vivienda, un derecho humano. Esta ecuación jurídica debiera conceder al derecho a la vivienda la máxima protección constitucional a la altura de los derechos fundamentales. Desgraciadamente, no es así. Y ello se debe a la confusión de vivienda con inmueble y del derecho a la vivienda con

el de propiedad. Ambos errores terminan otorgando al derecho de propiedad un rango que jurídicamente no merece y degradando la vivienda a simple objeto de un derecho.

1.3.1. Vivienda y propiedad

Vivienda y propiedad no son hermanas siamesas. Y cuando lo son, suelen tener como madrastra a un préstamo hipotecario. La engañosa facilidad con la que pudimos acceder al crédito para cumplir el deseo obsesivo de adquirir una vivienda en propiedad nos hizo creer que eran palabras sinónimas. Que todos podíamos y debíamos ser dueños de nuestra vivienda. Que nadie corría riesgo porque el valor del inmueble crecería más allá de las estrellas. Y desde allí nos estrellamos contra el suelo. Ahora somos legión las víctimas inocentes de la estafa. Y Andalucía, uno de los territorios más devastados por esta pandemia de lágrimas y cemento. Miles de hectáreas de tierra fértil esquiladas con estructuras fantasmales de promotoras en ruinas. Miles de trabajadores de la construcción en desempleo o en el exilio. Miles de familias amenazadas de desahucio y otras miles arrojadas a la calle como despojos humanos. Muchas dejaron de comer para pagar su hipoteca. Y otras se quitaron la vida antes de que les quitaran su casa.

Parafraseando a Juan Ramón Jiménez, "la vivienda es la virtud, y la propiedad, el vicio". Aunque el art. 17 de la Declaración de los Derechos Humanos reconoce que toda persona tiene derecho a la propiedad y a no ser privado arbitrariamente de ella, para nada la norma garantiza el acceso universal a la vivienda, sino todo lo contrario: ampara formalmente la acumulación ilimitada y blindada de la riqueza por unos pocos, provocando desigualdades entre las personas y el expolio de los recursos naturales. Por eso, algunos prefieren la formulación incluyente "derechos de vivienda, tierra y propiedad" (HLP, "housing, land and property")¹. Tampoco lo creemos exactamente así. No podemos confundir el derecho de propiedad con el objeto del mismo. Primero, porque no es necesario ser dueño para disfrutar legítimamente de la tierra y la vivienda. Y segundo, porque ser dueño sólo nos proporciona la máxima garantía jurídica frente a su desposesión, pero siempre y cuando la propiedad se encuentre libre de cargas hipotecarias de naturaleza abusiva. La vivienda es tuya aunque no tengas el derecho de propiedad. Y paradójicamente, no hay nada menos tuyo que la propiedad hipotecada.

La propiedad privada no es un dogma. Ni siquiera un derecho fundamental en sentido estricto. La propiedad privada es un instrumento, un medio, no un fin en sí misma. Es verdad que se trata del máximo poder jurídico, directo e inmediato, sobre una cosa o un derecho. Como si fuera un gas que se expande hasta ocupar todo el espacio que quede libre. Pero es posible que un émbolo lo comprima hasta reducirlo a la mínima expresión, sin que por ello deje de ser el máximo poder jurídico privado sobre la cosa. Y ese émbolo consiste hoy en que cumpla con su

¹PLESSIS, J. y LECKIE, S., "Los derechos de propiedad y la necesidad de conceptos, leyes, políticas y prácticas más incluyentes", *El derecho a la propiedad es un derecho humano*, Soto, H. y Cheneval, F. (coords.), Auroch, México, 2006, p. 194.

función “ecosocial”, es decir, que la propiedad esté al servicio del entorno (función ecológica) y de la persona (función social), no a la inversa.

Es esta “función social”, aplicada a la tierra o a la vivienda, la única razón que reconfigura o matiza la “exclusividad” del derecho de propiedad como un derecho humano. Y más bien expresado como un deseo universal que como la garantía de una realidad efectiva: “el derecho a la vivienda y a la tierra en propiedad”. No encontramos otra explicación jurídica para la formulación incluyente de los derechos “HLP”. El Centro por el Derecho a la Vivienda contra Desalojos (COHRE) tiende a la doctrina del “manejo de derechos” para abarcar el abanico de posibilidades del “derecho de residencia”. A nuestro juicio, una expresión más acertada y correctora del carácter absoluto y excluyente del derecho de propiedad. Desde esta visión más abierta, podemos encontrar hasta seis posiciones fácticas en la relación a los derechos HLP:

- Los derechos de quienes carecen de derechos sobre la tierra o la vivienda: sin tierra, sin techo.
- Los derechos de quienes poseen injustamente pero de buena fe la tierra o la vivienda.
- Los derechos de quienes poseen justamente la tierra o la vivienda conforme a títulos vinculados a la memoria colectiva (colonos, poblaciones indígenas o similares).
- Los derechos de quienes poseen justamente la tierra o la vivienda, sean o no dueños de la misma (inquilinos, usufructuarios o propietarios). Los derechos de quienes sufren discriminación para acceder a la posesión de la tierra o la vivienda (mujeres, minorías étnicas...).
- Los derechos de quienes ven amenazadas la posesión de su tierra o vivienda por desalojos injustos o desplazamientos ilegales.
- Esta variedad de situaciones fácticas vinculadas al derecho de residencia, especialmente en relación a la vivienda, demuestra que no es la propiedad el núcleo esencial del derecho y que la vivienda es mucho más que un simple inmueble. De ahí que deba ser la vivienda como objeto del derecho de residencia la que merezca una especial configuración jurídica que garantice su máxima protección, independientemente de la propiedad de la misma.

1.3.2. Vivienda como bien jurídico

A diferencia de la propiedad, la vivienda sí es un dogma. Y como el ser humano, la vivienda también es cuerpo y alma. El inmueble es el cuerpo. Y la vida, el alma. Sin vida, no hay vivienda. Ahí radica la clave de su protección jurídica como derecho humano. No hay metáfora que lo explique con más luz y elocuencia que la propia palabra: vivienda es el gerundio en femenino del verbo vivir. Lo más parecido al vientre materno. Todos tenemos derecho a una vida digna en un espacio concreto durante un tiempo indefinido. Cuerpo,

alma, espacio y tiempo bajo el mismo techo. Cuando la vida afecta a un inmueble, se convierte en vivienda. Deja de ser un bien patrimonial y adquiere el rango de bien jurídico (como la vida, la salud o el medio ambiente), merecedor de una protección infinitamente mayor que la del inmueble que cubre con su velo.

No podemos caer en la trampa de confundir el cuerpo con el alma. No existen viviendas vacías, sino inmuebles sin vida. Cuerpos sin alma. La vivienda no es un inmueble potencialmente habitable, sino efectivamente habitado. De ahí que el derecho vinculado por naturaleza a la vivienda sea el de posesión, no el de propiedad, como nos han hecho creer. Todos tenemos el derecho humano a la posesión justa de una vivienda y a ser protegidos frente a desahucios injustos. Y no podemos consentir que el simple derecho de propiedad sobre un inmueble venza al derecho humano a poseer una vivienda.

En efecto, sobre todo en este aparente primer mundo, nos hemos dejado abducir por una ecuación equivocada que confunde el derecho humano a la vivienda con la obligación de adquirirla en propiedad mediante un préstamo hipotecario. Y no es así. Aceptando las reglas de este juego perverso, la realización de una hipoteca implica la pérdida del derecho de propiedad, pero no necesariamente su posesión. Vale que la titularidad del inmueble pase a la entidad bancaria por el impago del préstamo. Pero un Estado social debe garantizar que la familia no será privada de la posesión de su vivienda cuando concurren razones humanitarias. Cuando conste que la familia no puede afrontar la deuda por una insolvencia sobrevenida. Cuando son poseedores de buena fe, aunque no sean dueños de nada. Cuando haya menores, ancianos, enfermos, discapacitados. En mitad del crudo invierno o del calor infernal del verano.

En consecuencia, no debemos poner el enfoque garantizador de los derechos humanos en el derecho privado y excluyente de propiedad, forzando su justificación según el objeto sobre el que recaiga, sino en el derecho universal e incluyente de residencia. En este caso concreto, a una vivienda digna. El cambio de mirada coloca en el núcleo del derecho a la posesión². No cabe duda que la protección posesoria es más débil que la derivada del dominio, y que no es igual según se trate de una posesión justa (posee quien debe poseer) o injusta (posee quien no debe poseer). E incluso dentro de esta última, no merece idéntico trato jurídico el poseedor de buena fe (cree equivocadamente que tiene derecho a poseer) que el poseedor de mala fe (sabe a ciencia cierta que no tiene derecho a poseer). En todos estos casos, incluida la posesión injusta de mala fe, el poseedor es protegido por las legislaciones civiles por el mero hecho de poseer. Creemos de justicia que los derechos humanos de residencia deben tutelar a los poseedores justos e incluso a los injustos de buena fe de una vivienda en su calidad de bien jurídico. La situación se complica sobremanera en los supuestos de desahucio como consecuencia del impago por insolvencia sobrevenida de un préstamo hipotecario o de la renta del arrendamiento. En la escala

²Comentario general nº 4 del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "La tenencia adopta una diversidad de formas, que incluyen el alojamiento en alquiler (público o privado), la vivienda en cooperativa, el arrendamiento, la ocupación con propietario, el alojamiento de emergencia, y los asentamientos informales, incluidas la ocupación de tierra o de propiedad".

de valores tradicionales, propia de la lógica liberal y ajena a la consideración de los derechos humanos, el ordenamiento jurídico prefiere al titular de la propiedad de un bien inmueble antes que al poseedor efectivo de la vivienda. De ahí que resulte urgente repensar la propiedad, al menos en relación a la tierra y la vivienda, y reconfigurar los derechos humanos de residencia conforme a los siguientes criterios:

a. La vivienda es un bien jurídico, como la vida o la salud, directamente vinculado a la dignidad del ser humano y merecedor de una tutela jurídica superior a la del simple inmueble que cualifica con su posesión efectiva.

b. El derecho a poseer una vivienda digna es un derecho humano, sin matices, reconocido en el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos³, así como en numerosos estándares y convenios internacionales⁴. En este sentido, también se reconoce en el art. 47 de la Constitución Española, aunque no con el rango de derecho fundamental. Aun así, es obligación de los poderes públicos remover los obstáculos que impidan el acceso universal a este derecho en condiciones de igualdad (art. 9.3 Constitución Española).

c. Igualmente es un derecho humano la protección posesoria de la vivienda, una vez que se ha tenido acceso a la misma, especialmente frente a desalojos injustos⁵.

Es unánime el pronunciamiento en numerosos estándares internacionales contra los desplazamientos forzosos como violaciones flagrantes del derecho humano a una vivienda digna. El problema se plantea cuando es la propia legalidad la que ampara el lanzamiento del propietario de su vivienda por incumplimiento de un préstamo hipotecario, cuando el contrato contiene cláusulas abusivas y la razón del impago deriva de una insolvencia sobrevenida provocada por la cruda crisis económica.

Llegados a este punto, resulta indispensable evidenciar la perversa inversión de valores que sufre nuestro actual sistema legislativo y la necesidad de buscar elementos correctores que amparen a los propietarios o poseedores a los que se les privará injustamente del derecho a una vivienda digna.

³Art. 25 (1) Declaración Universal de los Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros caos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".

⁴Art. 11 (1) Convenio Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "Los Estados Partes del presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para asegurar la realización plena de este derecho, reconociendo para este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional basada en el libre consentimiento". Punto 8 Declaración Estambul (1996) adoptada durante Habitat II: "Reafirmamos nuestro compromiso de lograr progresivamente el pleno ejercicio del derecho a una vivienda adecuada, como se ha previsto en los instrumentos de derecho internacional. A tal fin, solicitaremos la activa participación de nuestros copartícipes de los sectores público y privado, y de las organizaciones no gubernamentales, a todos los niveles, para brindar a todas las personas y a sus familias garantías jurídicas con respecto a la tenencia, la protección frente a la discriminación y la igualdad de acceso a una vivienda asequible y adecuada".

⁵Comentario general nº 4 del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "Independientemente del tipo de tenencia, todas las personas deben poseer un grado de seguridad de la tenencia que garantice la protección legal en contra del desalojo forzado, hostigamiento y otras amenazas".

II. Objetivos cumplidos del proyecto de innovación docente y divulgación científica

Sin lugar a dudas, el que se hayan alcanzado todos los objetivos planteados de inicio ha sido fundamental para el éxito de este proyecto de innovación docente.

1. Tomar conciencia en el aula de la realidad social sobre los desahucios.
2. Realizar un diagnóstico jurídico de la normativa causante de las situaciones injustas.
3. Planteamiento de nuevos métodos de enseñanza-aprendizaje para acercar el Derecho en formación a las aulas.
4. Combinación de trabajos de campo e investigación adaptados a los distintos roles individuales o grupales.
5. Aportación de distintos sistemas de evaluación para fomentar una mayor y plural asunción de competencias.
6. Promover el pensamiento crítico entre el alumnado a partir de la búsqueda de soluciones prácticas.
7. Diseñar instrumentos de simbiosis entre la participación ciudadana y la universidad.
8. Demostrar que las propuestas universitarias responden y son útiles a las demandas ciudadanas.

III. Diversidad de los agentes participantes

Una de las claves del proyecto fue desde su origen conseguir el mayor grado posible de participación social. Desde el afectado por desalojo al diputado, pasando por todos los ciudadanos y colectivos a los que drenar con este mensaje de conciencia y esperanza. Y lo estamos consiguiendo. No sólo por el enorme impacto mediático y humano que ha alcanzado, lo que supone que son muchas las personas que han tenido conocimiento de la iniciativa y de sus propuestas. Sino, especialmente, por la enorme y variada cantidad de personas y colectivos sociales que se han implicado

directamente en el proyecto. Comenzando por los estudiantes de Derechos reales que tomaron la determinación de llevarlo a cabo, con el respaldo de la Facultad de Derecho y C.E.E. de Córdoba y el Vicerrectorado de Estudiantes de la Universidad de Córdoba.

1. Asociaciones de consumidores y usuarios. Por ejemplo, AUSBANC, Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios, invitó a todos los integrantes del *Laboratorio jurídico sobre desahucios a las Jornadas sobre Condiciones generales de la contratación bancaria* que se desarrollaron en Córdoba el 5 de marzo de 2013, y en la que intervinieron magistrados del Tribunal Supremo, jueces, fiscales y juristas de reconocido prestigio. Igualmente, ADICAE ha prestado su colaboración desinteresada compartiendo sus conocimientos cuando los estudiantes así se lo han pedido.

2. Yaumate films, productora cinematográfica de Málaga, así como los actores Rocío Oliva, José María Rico y Fernando de la Rubia, y los músicos Shabu y El niño de la guitarra. Gracias a su colaboración desinteresada pudimos realizar el cortometraje *La navaja*.

3. Plataforma “STOP desahucios” Córdoba. Desde los afectados a los portavoces, pasando por los juristas que la integran y asesoran. Ha sido crucial su aportación personal y profesional para que los estudiantes tomaran conciencia de la realidad social de los desahucios.

4. Juristas. Abogados, notarios y registradores. Fue muy especial la intervención de Miryam Jurado (coordinadora jurídica de “STOP desahucios”) y Rafael Ruiz (juez de Primera Instancia de Montoro) en la mesa redonda organizada en la Facultad de Derecho y CEE, por la carga emotiva y motivadora que suponía ser exalumnos de la misma asignatura y profesor.

5. Periodistas. Desde el Gabinete de Comunicación de la Universidad de Córdoba, y con la complicidad de periodistas que habían trabajado directamente la cuestión con afectados de desahucio. Nos gustaría destacar a la periodista italiana Elvira Corona, especializada en cubrir movimientos sociales, que ha dedicado al laboratorio un capítulo completo de su último libro *Sí se puede*, publicado recientemente en su país.

6. Técnicos de la Administración. Tanto en el trabajo de captación de información como en el difusión del proyecto y de sus conclusiones, hemos contado con el apoyo de los técnicos de la Delegación de Fomento y Vivienda de la Junta de Andalucía, tanto en clase como asistiendo a los grupos de trabajo sobre la función de la Oficina de Mediación. También hemos participado en mesas redondas en otras localidades con la colaboración de alcaldes, secretarios de Ayuntamiento y técnicos de la Oficina del Consumidor.

7. Colegios e institutos de secundaria. Creíamos desde el principio que la implicación ética debía alcanzar a los más jóvenes, y por eso nos dirigimos como experiencia piloto a profesores de institutos de secundaria, como el de Posadas (Córdoba), para explicar a los alumnos y alumnas el proyecto con un impacto inusitado.

8. Asociaciones de vecinos. Una de las primeras conclusiones que alcanzamos fue el enorme grado de invisibilidad de los afectados que no querían exponerse públicamente. De ahí que decidiéramos llevar el proyecto sin intermediarios a las asociaciones de vecinos de Córdoba y a otras localidades, como Castro del Río (Córdoba), el barrio del Naranjo, Málaga o Granada.
9. Centros culturales. La necesidad de concienciación social también debe alcanzar al voluntariado cultural. Este proyecto ha sido presentado directamente, entre otros, en los ateneos de Dos Hermanas y Mairena del Aljarafe (Sevilla), con un rotundo éxito de asistencia y concienciación.
10. Colectivos y plataformas sociales. Una de las experiencias más enriquecedoras ha sido el compartir lo vivido y nuestros planteamientos con colectivos sociales dedicados a luchar desde abajo por el derecho a la vivienda. Además del citado caso de "STOP desahucios" Córdoba, nos gustaría destacar el encuentro con el movimiento 15M de Sevilla y el PIVE de Dos Hermanas. Fue una clara demostración de hermanamiento entre universidad y sociedad.
11. Profesores y estudiantes universitarios. Nos sentimos especialmente orgullosos de haber compartido nuestra experiencia con profesores de otras ramas del Derecho en la misma (Derecho mercantil, Derecho constitucional) y otras universidades (Granada, Zaragoza, Bogotá...). Ha sido muy gratificante comprobar que puede ser un modelo de proyecto para otros compañeros e incluso para estudiantes que han requerido información.

De especial relevancia fue la presentación del laboratorio en las jornadas dedicadas a alternativas para los desahucios en la Universidad de Huelva, a las que estamos muy agradecidos. Y la invitación por el Departamento de Derecho Internacional en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad Sapienza de Roma.

12. Congreso de los Diputados. El *Laboratorio jurídico sobre desahucios* ha sido invitado en 2013 y 2104 a presentar sus propuestas ante distintos grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados. En ambos casos, sus propuestas fueron registradas y admitidas a trámite.
13. Defensor del Pueblo Andaluz. Tuvo la amabilidad de asistir a clase para aportar la visión del problema desde su posición humana e institucional, así como de recibir nuestras propuestas.
14. Consejera de Fomento y Vivienda de la Junta de Andalucía. Al igual que el Defensor del Pueblo, también accedió a acudir a clase como una ciudadana más y explicar a los estudiantes las directrices del Decreto de la Función Social de la Vivienda, tanto en 2013 como en 2014.
15. Parlamento de Andalucía. Los jóvenes del *Laboratorio jurídico sobre desahucios* expusieron sus propuestas ante los grupos parlamentarios y la Consejería de Fomento y Vivienda, en una sesión informativa de extraordinaria importancia formativa y social. Poco después, recibieron una invitación de la Comisión de Justicia.

IV. Metodología

4.1. Diagnóstico de la realidad socio–jurídica actual sobre los desahucios

Durante el curso 2012/2013, a sabiendas del enorme impacto que supondría la admisión a trámite en el Congreso de la ILP para la dación en pago, así como la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que permite la apreciación de oficio por el juez de la nulidad de las cláusulas abusivas, estimamos oportuno realizar un barrido multidisciplinar en el fondo y en la forma de las cuestiones más problemáticas que podrían resultar afectadas por estos cambios, o que aportarían posibles soluciones comparadas. A tal fin se propuso una actividad colectiva sobre 22 grupos de cuatro componentes, que realizarían 11 trabajos de campo e investigación jurídica, presentados en la plataforma virtual en formato PowerPoint:

- Una visión de la jurisprudencia constitucional sobre la legislación hipotecaria española.
- Una visión comunitaria de la legislación hipotecaria española (cuestión prejudicial TJUE).
- La ejecución hipotecaria en el Derecho comparado (Francia, Alemania e Italia).
- Condiciones y requisitos “Rehabilitación de la hipoteca”.
- Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.
- La mediación entre acreedor y deudor hipotecario (especial referencia a la normativa andaluza).
- Código de buenas prácticas bancarias.
- Las cláusulas abusivas en la contratación hipotecaria (especial referencia a las cláusulas suelo).
- LP de dación en pago.
- El pago de los intereses de demora en ejecución hipotecaria.
- Recomendaciones de los defensores del Pueblo sobre la legislación hipotecaria.
- Proposición de ley sobre la insolvencia singular hipotecaria.
- Alquileres sociales como alternativa al desahucio: función social vivienda.

En el curso 2013/2014 los temas han sido más funcionales, pensando en que servirían para realizar una propuesta de una reforma legal para la suspensión provisional de los desalojos judiciales de vivienda por razones humanitarias, así como un informe sobre la constitucionalidad de la Ley andaluza sobre la Función Social de la Vivienda. Los dos grupos realizaron trabajos de campo con asociaciones y afectados por lanzamientos judiciales; rastrearon el concepto de vivienda en el ordenamiento jurídico común, foral y en la jurisprudencia nacional e internacional; buscaron supuestos de protección judicial en los casos de especial vulnerabilidad; investigaron los casos de emergencia habitacional en la práctica forense y derecho comparado; o los recursos y sentencia del Tribunal Constitucional contra la Ley andaluza de la Reforma Agraria.

Estos trabajos colectivos PPT sobre las materias citadas (art. 4+7 CE sobre el derecho a la vivienda) sirvieron para tomar una primera impresión parcial sobre el problema. A continuación, los grupos con la misma materia hubieron de convenir en un planteamiento común, presentado en una primera instancia por escrito en cinco láminas PPT, y posteriormente en una exposición oral en el aula de 10 minutos como máximo, llevada a cabo por dos ponentes elegidos libremente entre ambos grupos y evaluada en ítems por el aula anónimamente.

4.2. Consolidación de las competencias adquiridas

El trabajo colectivo en común, las exposiciones grupales en el aula, así como las distintas actividades de presentación, favorecen la percepción global de la problemática. De ahí que resulte una tercera fase de trabajo cooperativo consistente en la redacción por dos alumnos de un resumen (en cuatro páginas como máximo) sobre cada una de sus áreas de investigación, supervisado como material didáctico en la plataforma virtual.

Antes de su entrega, en 2012/2013 contrastaron su visión en una mesa redonda motivadora, divulgativa y crítica, presidida por el decano de la Facultad, en la que se proyectó el cortometraje, con intervención de afectados y representantes de "STOP desahucios" Córdoba y dos exalumnos que reunían la condición de coordinadora jurídica de la plataforma y juez de Primera Instancia e Instrucción. En otra ocasión, contaron con la presencia de la diputada en el Congreso Leire Iglesias; y una última, con la de la consejera de Fomento y Vivienda de la Junta de Andalucía.

En el curso 2012/2013, tras la entrega del material elaborado por los alumnos y alumnas, procedimos a estudiar los tres pilares jurídicos que condicionarán el futuro Derecho hipotecario: la sentencia del TJUE (jurisprudencial); el Proyecto de reforma de la Ley Hipotecaria (Derecho estatal); y el Decreto de Función Social de la Vivienda (Derecho autonómico). Una vez realizado este somero análisis, dos alumnos elaboraron 10 preguntas-test sobre cada uno de los resúmenes como material académico para el futuro examen al final de la materia hipotecaria. Y finalmente, los dos alumnos restantes concluyeron con las soluciones debatidas y aportadas en clase durante las siguientes semanas.

En el curso 2013/2014, la consolidación mediante la elaboración de test se sustituyó por una interesante experiencia de aproximación investigadora y creativa. Dos miembros de cada grupo realizaron propuestas libres de reforma legal o de valoración del recurso de inconstitucionalidad. La realización de este trabajo nos permitió elaborar macrogrupos en torno a las propuestas finales que promovieron el entendimiento y el consenso entre muchos para la realización de un último informe.

La propuesta de reforma de la LEC se estructuró en cinco grupos de 16 miembros, con cuatro ponentes finales por grupo, en torno a estos temas: nuevo concepto de vivienda para todo el ordenamiento; reinterpretación del art. 53 de la Constitución Española para que pueda ser protegido con el rango de fundamental el derecho a la vivienda; supuestos de emergencia habitacional y de especial vulnerabilidad; recomendación de un procedimiento especial para el caso de desalojo de vivienda; y propuesta de modificación del art. 704 LEC.

El informe sobre la constitucionalidad de la Ley andaluza sobre la Función Social de la Vivienda se articuló sobre cuatro macrogrupos encargados de analizar los argumentos a favor y en contra de cada uno de los preceptos impugnados: art. 1.3 (deber de destinar el inmueble a vivienda); art. 25 (indicios razonables de vivienda vacía); art., 51.3 (sanción por incumplir la función social de la vivienda); disposición adicional 1ª (expropiación de uso o “despojo legal” en caso de especial vulnerabilidad).

Las muchísimas aportaciones doctrinales, teóricas y prácticas se condensaron en un trabajo global que se entregó en portafolios grupal, con un compromiso ético de cada uno de sus integrantes declarando su grado de implicación en el proyecto.

V. Resultados obtenidos

En menos de dos años, los estudiantes han conseguido ejercer de investigadores, legisladores y ciudadanos comprometidos, sin perder su condición universitaria.

5.1. Curso 2012/2013

El curso 2012/2013 plantearon 11 medidas contenidas académicamente en 11 portafolios grupales. Un resumen del documento final fue entregado en clase y en mano al Defensor del Pueblo Andaluz y personalmente en el Congreso de los Diputados, habiéndose admitido a trámite por la Comisión de Justicia.

“Este Laboratorio jurídico sobre desahucios ‘Derecho a la vivienda y a la esperanza’ es un proyecto de inteligencia colectiva y compromiso social. Los estudiantes de Derecho que lo integramos demostramos así nuestra condición ciudadana y que la universidad no puede existir al margen de la realidad. Durante meses hemos

investigado un Derecho hipotecario que no terminaba de morir pero que tenía capacidad de matar. Y hemos comprobado el impacto que sobre el mismo ha tenido un Derecho que tampoco terminaba de nacer: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la iniciativa legislativa popular de la dación en pago, el Real Decreto-ley sobre protección de los deudores hipotecarios o el Decreto-ley andaluz de la Función Social de la Vivienda.

Es opinión mayoritaria de los integrantes del laboratorio que nuestras soluciones debían responder a un nuevo paradigma jurídico de futuro, de naturaleza preventiva, coherente, justo y equilibrado entre deudores hipotecarios y entidades financieras. De ahí que nuestras once aportaciones mantengan el fundamento humanitario del derecho a la vivienda, durante las tres fases vitales de una garantía hipotecaria: constitución, riesgo y pérdida.”

Así comienza el documento “Propuestas de reforma hipotecaria” que fue entregado al Defensor del Pueblo Andaluz y a la consejera de Fomento y Vivienda de la Junta de Andalucía, y registrado y admitido a trámite en el Congreso de los Diputados. En él se contienen extractadas 11 novedosas medidas de reforma legislativa, producto del rigor científico y del compromiso ciudadano. Dada la extensión y tecnicismo de las mismas, nos limitaremos a enunciarlas:

Fase de constitución

- 1. Limitación de la responsabilidad del deudor al valor de la vivienda hipotecada:** Artículo 140 de la Ley hipotecaria obligatorio para viviendas habituales.
- 2. Control previo de cláusulas abusivas:** control previo de cláusulas abusivas por parte de registradores, notarios y entidades bancarias, y, en su caso, sanciones por incumplimiento.
- 3. Oficinas autonómicas de asesoramiento y mediación hipotecaria:** ampliación de competencias y extensión por todo el estado de las oficinas autonómicas de mediación y asesoramiento.

Fase de riesgo

- 4. Concurso de insolvencia singular:** reforma de la ley concursal ante la necesidad de ampliación de los derechos a personas físicas, deudores hipotecarios de buena fe.
- 5. Acción de rescate personal:** acción de rescate hipotecario por un tercero (sareb).
- 6. Fondo garantía hipotecaria:** instituto público y autonómico para mantener el valor y la garantía hipotecaria durante su vigencia.

7. Condonación moratoria: condonación moratoria de la deuda hipotecaria como medida transitoria con cargo al rescate bancario.

Fase de pérdida

8. Exclusividad judicial en el proceso de desahucios: inconstitucionalidad de la ejecución extrajudicial en manos de notarios.

9. Suspensión humanitaria: derecho a la dignidad como fundamento de suspensión provisional de la ejecución hipotecaria por razones humanitarias.

10. Garantía de la función social de la vivienda deshabitada: medidas para garantizar la función social de la propiedad y la vivienda como derecho fundamental.

11. Amnistía fiscal en caso de desahucio: exenciones fiscales y modificación de la plusvalía para el deudor hipotecario de vivienda habitual de buena fe.

5.2. Curso 2013/2014

También fueron esperanzadores los resultados logrados por los estudiantes de la segunda edición del laboratorio. Los alumnos y alumnas del grupo de tarde elaboraron un documentado informe sobre el recurso de inconstitucionalidad nº 7357-2013, contra el artículo 1, por el que se da nueva redacción al artículo 1.3 y se introducen los artículos 25 y 53.1.a) en la Ley 1/2010, de 8 de marzo, *reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía*, y disposición adicional primera de la Ley 4/2013, de 1 de octubre, *de la Comunidad Autónoma de Andalucía de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda*.

El grupo de la mañana elaboró una propuesta de reforma del art. 704 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para permitir la suspensión provisional de los desalojos judiciales de vivienda por causas humanitarias.

Nueva redacción del artículo 704 LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil) propuesta por el Laboratorio jurídico sobre desahucios:

“Art. 704: Lanzamiento de vivienda.

1. Cuando el inmueble cuya posesión se deba entregar fuera vivienda del ejecutado o de quienes de él dependan, el Secretario Judicial les dará el plazo de un mes para desalojarlo, si su adquirente se compromete a su uso como vivienda de forma inminente. De no ser así, o existir motivo fundado, podrá prorrogarse dicho plazo un mes más.

Transcurridos los plazos señalados, se procederá de inmediato al lanzamiento, fijándose la fecha de éste en la resolución inicial o en la que acuerde la prórroga.

2. Si el inmueble a cuya entrega obliga el título ejecutivo estuviera habitado por terceras personas distintas del ejecutado y de quienes con él compartan la utilización de aquél, el secretario judicial responsable de la ejecución, tan pronto como conozca su existencia, les notificará el despacho de la ejecución o la pendencia de ésta, para que, en el plazo de diez días, justifiquen su situación.

El ejecutante podrá pedir al Tribunal el lanzamiento de quienes considere poseedores de mero hecho o sin título suficiente. De esta petición se dará traslado a las personas designadas por el ejecutante, prosiguiendo las actuaciones conforme a lo previsto en los apartados 3 y 4 del artículo 675.

3. El juez, con carácter excepcional, suspenderá el lanzamiento cuando concurren causas humanitarias apreciadas discrecionalmente, hasta que se garantice la protección de los derechos o intereses en riesgo. A tal fin, se librárá oficio a las administraciones competentes.

El Ministerio Fiscal intervendrá cuando el lanzamiento afecte a menores, personas mayores, con discapacidad, dependencia, enfermedad grave, víctimas de violencia género y otros supuestos de especial vulnerabilidad.

Lo dispuesto con anterioridad será de aplicación a todos los supuestos de desalojo judicial de vivienda.”

El resultado de ambos trabajos fue expuesto en una sesión informativa ante una representación de los grupos del Parlamento de Andalucía, registrado oportunamente y presentado en la Comisión de Justicia, en un hecho de trascendencia histórica tanto para la Universidad como para el propio Parlamento. Posteriormente, fueron elevadas y defendidas personalmente por los estudiantes en la Sala Campoamor del Congreso de los Diputados, en otro hecho sin precedentes.

VI. Impacto de la metodología y resultados

El extraordinario impacto mediático, social, académico y político de esta iniciativa demuestra que universidad y sociedad son dos círculos concéntricos e indisolubles, y desmonta todos los tópicos sobre la indolencia y pasividad de la juventud universitaria. Los estudiantes del laboratorio sobre desahucios no sólo son un ejemplo de compromiso educativo, sino que han dado un ejemplo de motivación para toda la ciudadanía. Más allá de la tasa de éxito académico, nos sentimos orgullosos del éxito humano y ético.

1. Impacto mediático. Ha sido espectacular en prensa escrita, radio, televisión, web y redes sociales. Más de 200.000 referencias directas e indirectas en Google. Y apariciones en TVE, Canal SUR, la Sexta, RNE, SER, ONDA CERO, *El País*, *El Mundo*, *ABC*, diarios digitales, blogs, etc. Sería imposible hacer un *dossier* completo de prensa. Lo importante es que este impacto ha conseguido poner a la Universidad de Córdoba en la vanguardia social y que los estudiantes sean apreciados como

ciudadanos comprometidos. Producto de todo ello fue la consecución del premio Universidad y Sociedad a la mejor experiencia docente de Andalucía, concedido por el programa Aula Abierta de RAI (RTVA) y la Universidad de Sevilla. Entre las innumerables apariciones en prensa, quizá habría que destacar por su calidad e interdisciplinariedad el reportaje de TESIS en Canal SUR.

2. Impacto académico. También ha sido y sigue siendo notable su impacto en el ámbito universitario. Además del citado premio Universidad y Sociedad, la experiencia ha sido compartida con otros profesores de la Facultad de Derecho en el seminario *Conversaciones en la frontera*; ha sido objeto de comunicación en el *X Foro internacional de innovación y calidad* docente celebrado en Granada; y en el XIII Congreso de la Asociación Sainz de Andino de Mercantilistas *El deber y el derecho de protección de los consumidores en un tiempo en crisis*. Igualmente fue admitida y publicada en el Congreso Internacional de Derechos Humanos que se celebró en el mes de noviembre en Sevilla; en diciembre, en unas jornadas de Derecho constitucional a celebrar en Córdoba; en unas extraordinarias jornadas en la Universidad de Huelva; en el doctorado de Derechos Humanos de la Universidad Sapienza de Roma; en el XI Foro Innovación Docente en Bilbao...

Su continuidad está garantizada como proyecto de innovación docente para el próximo curso académico, y se ha solicitado como proyecto de divulgación científica especialmente para institutos de secundaria. La metodología del proyecto también fue publicada en un libro de experiencias docentes a partir del lenguaje cinematográfico por la Universidad de Granada.

3. Impacto social. Como se ha reseñado con anterioridad, la influencia en la sociedad ha sido enorme y va en aumento. Además de presentar la experiencia en numerosas plataformas sociales, asociaciones de vecinos, ayuntamientos, institutos, centros culturales..., lo más importante es el calado de realidad que ha tomado para reivindicarla como propia allí donde es escuchada.

Desde distintas organizaciones sociales se nos ha solicitado la incorporación de nuestra metodología; un gabinete socio-jurídico de Madrid se ha ofrecido para realizar una web de participación abierta; y la periodista italiana Elvira Corona, especializada en asuntos socio-políticos, nos ha considerado como uno de los paradigmas de movimiento social para su libro *Sí se puede* sobre los desahucios en España.

4. Impacto político. El Laboratorio jurídico sobre desahucios fue invitado formalmente por la consejera de Fomento y Vivienda para la futura redacción del proyecto de ley sobre la Función Social de la Vivienda, en el que se recogerán algunas de las medidas y de las ideas planteadas. Una de ellas, de enorme trascendencia jurídica, fue la equiparación del Decreto andaluz con la Ley de Reforma Agraria y la sentencia que la declaró constitucional. Medios andaluces, canarios, catalanes y de otros territorios del Estado se hicieron eco de nuestra opinión que ahora también defienden los redactores del Decreto.

Las medidas también fueron presentadas personalmente al Defensor del Pueblo Andaluz, quien se comprometió a elevarlas a las administraciones competentes.

Por último, se registraron en el Congreso de los Diputados, manteniendo un grupo de alumnos y alumnas entrevistadas con cinco grupos parlamentarios. Las medidas fueron admitidas a trámite y posteriormente trasladadas a la Comisión de Economía y Competitividad, donde serán estudiadas y debatidas.

VII. Intersectorialidad, interdisciplinariedad y ámbito territorial

A la vista de lo expuesto, es evidente la riqueza de sectores sociales y de disciplinas académicas que han participado activamente en el proyecto. Una experiencia nacida de abajo arriba, que ha tomado conciencia de la realidad desde el lenguaje audiovisual, el contacto directo de los afectados y el trabajo grupal sobre Derecho civil, mercantil, constitucional, penal, bancario, administrativo, financiero, tributario, comunitario, comparado... En total, más de 30 portafolios encabezados por un compromiso ético de los estudiantes, con tantos otros trabajos de investigación y una explicación científica de cada una de las propuestas. Más de mil páginas de investigación y propuestas posibles de reforma procesal, civil e hipotecaria.

El ámbito territorial sigue siendo preferentemente Andalucía, aunque haya crecido hasta el extremo de presentar las propuestas en el Congreso de los Diputados, contar con proyectos de colaboración con grupos parlamentarios, compartir la experiencia en otros territorios del Estado o transferir los resultados en congresos y publicaciones internacionales.

VIII. El laboratorio jurídico sobre desahucios como proyecto de divulgación científica

Una de las experiencias más motivadoras de este proyecto ha consistido en divulgar científicamente, sobre todo entre quienes serán futuros universitarios, los resultados de la investigación realizada por un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Córdoba.

Este proyecto de divulgación científica se ha dirigido especialmente a estudiantes de últimos cursos de ESO y bachillerato, en una primera fase, de la provincia de Córdoba y parte de la Comunidad Autónoma Andaluza. Los resultados de la investigación científica también se han compartido en centros cívicos, congresos especializados en innovación docente y derechos humanos, e incluso otras universidades nacionales e internacionales. Para acercar nuestro lenguaje técnico y académico a los más jóvenes, hemos elaborado materiales divulgativos propios:

1. El citado cortometraje *La navaja*, producido por Yaumate films. Una historia de ficción que retrata la realidad más dramática de la crisis: los suicidios. La obra, escrita por Antonio Manuel Rodríguez y dirigida por Mariano Ibáñez y Antonio Jaime, sirvió para poner el foco sobre el objeto de investigación del *Laboratorio jurídico sobre desahucios*.
2. Diseño de un logotipo para el proyecto de divulgación científica, ajustado a la población potencial a la que se dirigirían las conclusiones del *Laboratorio jurídico sobre desahucios*.
3. Producción de la exposición 4+7: *Derecho a la vivienda y a la esperanza*, con paneles informativos sobre aspectos relacionados con el derecho a la vivienda y las propuestas de los participantes del *Laboratorio jurídico sobre desahucios*.
4. Edición de una página web y perfiles en redes sociales con la información del proyecto.

Plan de acción:

“Derechos en ruta”

Se organizaron charlas divulgativas en colegios e institutos de enseñanza secundaria en las que el coordinador del *Laboratorio jurídico sobre desahucios* explicó a los jóvenes todas las claves del marco jurídico hipotecario que afecta en España al derecho a la vivienda, las semejanzas y diferencias con el ordenamiento europeo y las propuestas de cambio realizadas por los estudiantes universitarios. Cada intervención se desarrolla de acuerdo al siguiente esquema:

1. Proyección del cortometraje *La navaja*, de Yaumate films.
2. Charla divulgativa.
3. Discusión de ideas.
4. Instalación de la exposición 4+7: *Derecho a la vivienda y a la esperanza*.

En concreto, se realizaron las siguientes visitas:

- **Colegio Ferroviarios (Córdoba)**. Exposición: 3 de febrero. Charla: 6 de febrero. Aprox. 70 alumnos/as.
- **IES Inca Garcilaso (Montilla)**: Exposición: 10 de febrero. Charla: 13 de febrero. Aprox. 150 alumnos/as.
- **IES Duque de Rivas (Hornachuelos)**. Exposición: 17 de febrero. Charla: 20 de febrero. Aprox. 100 alumnos/as.

- **IES Sierra de Aras (Lucena).** Exposición: 24 de febrero. Charla: 4 de marzo. Aprox. 150 alumnos/as.
- **IES Cárbula (Almodóvar del Río).** Exposición: 5 de marzo. Charla: 6 de marzo. Aprox. 70 alumnos/as.
- **IES Antonio Gala (Palma del Río).** Exposición: 13 de marzo. Charla: 18 de marzo. Aprox. 150 alumnos/as.
- **IES Aljanadic (Posadas).** Exposición: 19 de marzo. Charla: 25 de marzo. Aprox. 80 alumnos/as.

El impacto del proyecto entre los estudiantes ha sido realmente productivo. Especialmente, por el alto nivel de motivación que supone para ellos y ellas conocer que estudiantes universitarios pueden alcanzar este grado de conocimiento e implicación social en la solución de un problema que nos afecta a todos. Los jóvenes contemplan la universidad no sólo como la academia formadora de su futura profesión, sino además como un agente activo y actual del que pueden formar parte.

Igualmente, las propuestas de los estudiantes del *Laboratorio jurídico sobre desahucios* se han presentado en foros de distinta índole como plataformas ciudadanas y puntos de vivienda (Dos Hermanas, Sevilla), centros culturales (Ateneo de Mairena del Aljarafe, Sevilla) o asociaciones de vecinos (Amigos del Pozo en Castro del Río o asociación de vecinos La Palomera del Naranjo en Córdoba), sindicatos (CTA, FASGA...) y proyectos docentes de otras asignaturas interdisciplinares.

También se han presentado en foros nacionales e internacionales como el congreso internacional *La implementación de los principios rectores de la ONU sobre Derechos Humanos en España* (Universidad de Sevilla, 4-6 de noviembre de 2013); I Jornadas universitarias *El derecho a una vivienda digna y el drama de los desahucios. Análisis y respuestas alternativas* (Universidad de Huelva, 27-28 de marzo de 2014); Doctorado de investigación en Derecho público, comparado e internacional (Universidad Sapienza de Roma, 29 de mayo de 2014); o XI Foro Internacional Enseñanza e Innovación Docente (Bilbao 8-9 de julio de 2014).

La conjunción de innovación docente y divulgación científica demuestra que es posible conectar la universidad con la sociedad, motivando especialmente tanto a los estudiantes universitarios como a quienes lo serán en el futuro.

4

ARRENDAMIENTO DE VIVIENDAS Y DESAHUCIOS. EL LLAMADO DESAHUCIO EXPRÉS

María Serrano Fernández
Profesora titular de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide

I. Causas de los desahucios en España. ¿Qué medidas han sido adoptadas para proteger a los deudores hipotecarios?. **II.** Desahucios por incumplimiento o finalización del contrato de arrendamiento.



I. Causas de los desahucios en España. ¿Qué medidas han sido adoptadas para proteger a los deudores hipotecarios?

El artículo 47 de la Constitución Española señala en su párrafo primero que “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones adecuadas y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”. Pues bien, parece imposible que, en el siglo XXI y con una Constitución que respalda el derecho a una vivienda digna, los desahucios constituyan un fenómeno habitual en España. Según los últimos datos, los juzgados practican 184 ejecuciones hipotecarias diarias que afectan a las personas más desfavorecidas: aquellas familias en las que todos o una gran parte de sus miembros están desempleados o tienen salarios bajos o empleos precarios.

En general, los medios de comunicación tienden a ofrecernos imágenes en las que los desahucios son instados por las entidades crediticias debido al impago de los créditos hipotecarios. En tal sentido, se afirma que la llamada burbuja inmobiliaria, con una elevada tasación de los bienes inmuebles y una concesión de los créditos hipotecarios por el valor total de la tasación, incluso en ocasiones por encima, junto con el incremento del desempleo en España y, en general, el recorte en las ayudas sociales han dejado a amplios sectores de la población excluidos de la posibilidad de acceder a una vivienda. A ello contribuyen, sin duda, los abusivos intereses de demora pactados en las escrituras de constitución de las hipotecas. Igualmente, constituye una práctica bancaria muy extendida incluir en los contratos cláusulas de vencimiento anticipado por impago de una serie de plazos mensuales.

En este contexto, resulta preocupante el alto número de desahucios que existen en España, y por ello es imprescindible que se busquen fórmulas para mitigar lo que, sin duda, es uno de los efectos más penosos de la crisis. Respondiendo a dicha finalidad, en los últimos años se han aprobado un conjunto de medidas de naturaleza muy variada, pero que tienen como denominador común el propósito de proteger el derecho a la vivienda de los ciudadanos. Desde nuestro punto de vista, y sin pretender hacer una enumeración exhaustiva, las más importantes serían las siguientes:

1. En primer lugar, **la subrogación del préstamo hipotecario**. Efectivamente, desde la entrada en vigor de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, *por la que se regula la subrogación y la modificación de los préstamos hipotecarios*, cuyo ámbito de aplicación se amplió mediante la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, se concede a los deudores hipotecarios la posibilidad de beneficiarse de las condiciones más favorables que les ofrezcan otras entidades crediticias; condicio-

nes que básicamente se refieren a establecer un tipo de interés más bajo para los préstamos hipotecarios. En tal hipótesis, los deudores pueden cambiar de banco de forma unilateral, siempre que la entidad dispuesta a subrogarse presente al deudor una oferta vinculante en la que debe fijar las condiciones del nuevo préstamo. La aceptación del deudor conllevaría, al mismo tiempo, su autorización al oferente para que notifique a la entidad crediticia su disposición de subrogarse y la requiera para que le entregue, en el plazo máximo de siete días naturales, certificación del importe del débito del deudor por el préstamo en el que vaya a subrogarse. La entidad acreedora tiene la posibilidad de evitar la subrogación mediante una modificación de las condiciones del préstamo que iguale o mejore la oferta vinculante. En caso contrario, para que la subrogación produzca efectos basta que la entidad subrogada declare en escritura haber pagado a la acreedora la cantidad acreditada por esta.

2. La limitación de los intereses de demora en los préstamos concedidos para adquirir la vivienda habitual. Al respecto, el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria, en la redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, *de medidas para el reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, determina que los intereses de demora, cuando se trate de préstamos concedidos para la adquisición de la vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero, y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago.

3. La llamada hipoteca inversa. Esta modalidad de hipoteca se encuentra regulada en la Disposición adicional primera de la citada Ley 41/2007. Está dirigida fundamentalmente a personas mayores de 65 años, dependientes o que se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%, a fin de que puedan utilizar su patrimonio inmobiliario con el objeto de aumentar su renta y, por tanto, su bienestar. En consecuencia, la principal característica de esta modalidad de hipoteca es que beneficia a personas que por su edad, o por su situación de discapacidad, pueden tener dificultades para obtener ingresos económicos. La hipoteca es un modo de conseguir mayor liquidez. Ahora bien, ¿pueden perder su vivienda si no hacen frente al pago del crédito garantizado con hipoteca? Pudiéramos pensar que sí, dado el colectivo de personas a las que va destinada esta modalidad de hipoteca.

Como en toda hipoteca, una entidad de crédito concede un préstamo hipotecario del cual dichas personas podrán realizar, a modo de renta mensual, disposiciones periódicas, hasta un importe máximo determinado en función del valor de tasación de la vivienda otorgada en garantía de la devolución. Lo característico de este tipo de hipoteca es que el prestatario no tiene que devolver el dinero recibido, ya que se prevé que a su fallecimiento sean sus herederos los que opten por cancelar el préstamo en el plazo estipulado; en caso de que no reembolsen el dinero recibido, el acreedor podrá ejecutar la hipoteca a fin de cobrar la deuda, hasta donde alcancen los bienes de la herencia.

II. Desahucios por incumplimiento o finalización del contrato de arrendamiento

Según hemos puesto de manifiesto, existe una tendencia creciente a identificar el desahucio con el incumplimiento de los préstamos hipotecarios. Sin embargo, con mucha frecuencia, la causa que origina el desahucio es el impago del alquiler o la extinción del contrato de arrendamiento. De hecho, en España el término jurídico *desahucio* se utiliza cuando se procede a privar a un inquilino de la posesión de un inmueble mediante resolución judicial a fin de entregárselo a su propietario legítimo. Durante muchos años, los propietarios de viviendas se han resistido a ofrecerlas en alquiler debido a dificultad que, en la práctica, suponía desalojar a los inquilinos y la dificultad de cobrar las rentas impagadas. A ello se unía, en ocasiones, la necesidad de reparar la vivienda que había quedado en un mal estado.

Con el objetivo de promover el alquiler en un contexto de crisis económica, se aprobó la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, *de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios*, que modificaba la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU). El objetivo del nuevo texto era establecer mecanismos más rápidos y efectivos de desahucio en caso de morosidad o impago del alquiler del inmueble. Desde luego, no constituye precisamente una medida que proteja la situación de los inquilinos en dificultades económicas, pero conceder una mayor protección a los propietarios de viviendas, y conlleva, en última instancia, que estos estén dispuestos a alquilarla. Es evidente que no toda la población, especialmente los más jóvenes, tienen la posibilidad de adquirir una vivienda, ya que las entidades crediticias no les conceden créditos debido a que carecen de un trabajo estable. En este sentido, la opción de alquilarla resulta mucho más ventajosa. Desde estos planteamientos, la aprobación de una ley que supone, como efecto indirecto, la ampliación del número de viviendas que se ofrecen en alquiler debe ser valorada positivamente, pues es un instrumento que facilita el acceso a la vivienda a un colectivo de personas que, en caso contrario, no tendrían ninguna posibilidad.

La Ley 19/2009 introduce como principales novedades las siguientes:

1. Los procesos de desahucios por falta de pago de rentas o cantidades debidas y por terminación de plazo de arrendamiento se someten a un mismo régimen jurídico.
2. El tiempo de espera desde que el propietario de la vivienda hace el requerimiento fehaciente de pago al inquilino hasta la presentación de la demanda baja de dos meses a uno.
3. El arrendador puede incluir en su demanda de desahucio por falta de pago o expiración del contrato el compromiso de perdonar todo o parte la deuda y costas del juicio a cambio del desalojo voluntario. A diferencia de lo que ocurría en la normativa anterior, donde el plazo mínimo que se concedía para desalojar la vivienda era de un mes, en el nuevo texto se reduce a quince días.

4. El domicilio en el que se llevarán a cabo los actos de comunicación será el de la vivienda o local arrendado, salvo que las partes hubieran acordado lo contrario. Pero además, se facilita la notificación de la demanda de desahucio, ya que si esta no se puede entregar al inquilino por impago de la renta o por expiración del contrato de arrendamiento, se procederá sin más trámites a fijar la cédula de citación en el tablón de anuncios de la oficina judicial. Se evitan de este modo retrasos por falta de notificación.

5. En los juicios verbales en que se solicite el desahucio, la sentencia se dictará en los cinco días siguientes a la terminación de la vista, convocándose a las partes en el acto de la vista en la sede del tribunal para recibir la notificación, que tendrá lugar el día más próximo dentro de los cinco días siguientes a la sentencia. Siendo la sentencia condenatoria y no habiendo comparecido el demandado, se procederá al lanzamiento en la fecha señalada sin más trámites.

Con unos días de antelación a la Ley 19/2009, se aprobó la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, *de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial*. A partir de su entrada en vigor, se otorga al secretario judicial la competencia para admitir la demanda y para finalizar el procedimiento mediante decreto por haber llegado las partes a un acuerdo o por la enervación de la acción de desahucio por pago o consignación de las rentas debidas con el consentimiento del arrendador.

Por último, cabe mencionar que la Ley 37/2011, de 10 de octubre, *de medidas de agilización procesal*, extiende el sistema monitorio a los juicios por desahucios por falta de pago. De este modo, si el arrendatario no desaloja el inmueble, paga o formula oposición tras el requerimiento, se pasa directamente al lanzamiento, cuya fecha se le comunica en el mismo requerimiento, única comunicación procesal necesaria para el buen fin del proceso, aun cuando el demandado tratara de retrasar la ejecución, evitándose asimismo la celebración de vistas innecesarias.

La Ley 4/2013, de 4 de junio, *de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas*, modifica nuevamente la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de desahucios. Las principales novedades del nuevo texto legal son las siguientes¹:

- En primer lugar, los procesos de desahucios por impagos de rentas o cantidades debidas por el arrendatario terminan mediante decreto dictado por el secretario, si el arrendatario paga al actor o pone a su disposición el importe de las cantidades reclamadas y las que adeude en el momento del pago enervador del juicio de desahucio. La novedad consiste en que el pago o la puesta a disposición de dichas cantidades debe realizarse dentro del plazo concedido en el requerimiento, eliminándose la mención que antes se hacía de la celebración de la vista.
- De igual modo, el requerimiento al arrendatario se fijará en tablón de anuncios de la oficina judicial cuando no fuera posible efectuar la comunicación en el domicilio señalado a estos efectos en el contrato, o en el fijado con poste-

¹ Véase al respecto PÉREZ CONESA C: *Arrendamientos de viviendas y desahucios: su reforma. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley 4/2013, de 4 de junio*. Navarra, 2013.

rioridad por el arrendatario sin que el arrendador se hubiera opuesto, o, en defecto de ambos, en la vivienda arrendada.

- También se introducen en la Ley algunos cambios en lo relativo a las condenas de futuro. Con anterioridad a dicha reforma, en los casos de reclamaciones de rentas periódicas, cuando la acción se acumule a la de desahucio por falta de pago o por expiración del plazo legal o contractual, si el demandante lo hubiera solicitado expresamente en su demanda, la sentencia podía incluir la condena a satisfacer las rentas debidas que se hubieran devengado con posterioridad a la presentación de la demanda hasta la entrega de la efectiva posesión de la finca, teniendo como base de la liquidación de las rentas futuras la última reclamada al presentar la demanda. Tras la modificación, también podrá incluirse dicha condena en el decreto, el cual, además de la sentencia de desahucio, también puede dar por terminado el proceso de desahucio.
- Una vez admitida la demanda en la que se ejercite la pretensión por falta de pago, el secretario requerirá al demandado para que en el plazo de diez días:
 - a. Desaloje el inmueble, pague al actor o enerve el desahucio pagando la totalidad de lo que deba o poniendo a su disposición en el tribunal o notarialmente las cantidades hasta ese momento adeudadas.
 - b. O bien comparezca ante el secretario judicial y formule oposición alegando sucintamente las razones por las cuales considere que no debe la cantidad reclamada, o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación.
- El requerimiento señalará el día y la hora del eventual juicio verbal, el cual sólo se celebrará en caso de oposición del demandado. El día y la hora del lanzamiento, para el caso de que el demandado no se hubiera opuesto. Y el plazo de tres días siguientes a la práctica del requerimiento para que el demandado solicite, en su caso, asistencia gratuita.
- Por último, y como novedad, se añade que el requerimiento también expresará que la falta de oposición del demandado al requerimiento supondrá la prestación de su consentimiento a la resolución del contrato de arrendamiento que lo vincula con el arrendador.

Finalmente, señalamos que la Ley 4/2013 ha creado un Registro de sentencias firmes de impagos de rentas de alquiler. Como señala Pérez Conesa², dicho registro no estaba previsto en el proyecto inicial. Su incorporación se debe a la enmienda 121 presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. Su finalidad “no es inscribir en el Registro a quienes dejen de pagar las rentas sin más, sino a quien ha obligado a los arrendadores a acudir a la justicia o el arbitraje para resolver la situación de impago y en ambos casos se les ha dado la razón”. En definitiva, dicha medida resulta coherente con el objetivo de la ley, que es incrementar la seguridad del arrendador que ponga su vivienda a disposición del mercado arrendaticio.

² Op. cit., pág. 121.

5

EJECUCIONES HIPOTECARIAS

Angelo Carozzo
Manuel Díaz García
Esther García Sosa
Sandra Mairé Martín Liscano
Noelia Osorno Florido

Taller de juristas especializado
Universidad de Huelva

I. Introducción. **II.** Cláusulas abusivas. **III.** Ejecuciones hipotecarias y desahucios. **IV.** Respuestas penales sobre los conflictos con el acceso a la vivienda. **V.** Los préstamos hipotecarios para la adquisición de la vivienda: praxis bancaria y cláusulas abusivas. **VI.** La suspensión de las ejecuciones hipotecarias por incumplimiento de las directivas europeas: la Ley 1/2013, de 14 de mayo, *de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*. **VII.** Recurso de apelación de la Audiencia Provincial de Jaén nº 207 del año 2014: cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria. **VIII.** Sentencia del TJUE, de 14 de marzo de 2013: Directiva 93/13/CEE - Contratos celebrados con consumidores - Contrato de préstamo hipotecario - Procedimiento de ejecución hipotecaria - Facultades del juez nacional que conozca del proceso declarativo - Cláusulas abusivas - Criterios de apreciación". **IX.** Las obligaciones de Estado derivadas de los convenios y tratados internacionales de carácter general con respecto a los desalojos.



I. Introducción

Hoy en día, el tema de la adquisición de una vivienda digna ha sido muy cuestionado y defendido por la sociedad. El derecho a una vivienda digna se encuentra recogido en la Constitución Española, que en su artículo 47 nos dice: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”.

Aunque este derecho a una vivienda digna no se considere un derecho fundamental de los ciudadanos, sí se considera un derecho que se debe reconocer a los mismos, puesto que se encuentra regulado dentro de los principios rectores de la política social y económica, en concreto, en el título I, capítulo III de la Constitución Española.

En segundo lugar, trataremos el tema de las cláusulas abusivas en los contratos de préstamos hipotecarios para la adquisición de una vivienda y la influencia que esto ha tenido en relación con factores económicos y sociales de los ciudadanos, así como las ejecuciones hipotecarias y, por consiguiente, los desahucios que se llevan a cabo como consecuencia del impago de las cuotas por parte de quienes han celebrado un contrato con el banco para la adquisición de un préstamo hipotecario.

Por último, desde el punto de vista práctico, veremos un estudio comparativo entre España y otros países de la Unión Europea a la hora de llevar a cabo una ejecución hipotecaria, teniendo como punto de partida las cláusulas abusivas apreciadas en el contrato.

II. Cláusulas abusivas

2.1. Derecho, autonomía privada y condiciones contractuales

En primer lugar, hay que tener en cuenta la importancia de las cláusulas abusivas dentro de los contratos hipotecarios. Este tema plantea un problema general dentro de la teoría general de los contratos, porque los contratos son instrumentos de la autonomía privada que llevan a cabo las personas por su propia voluntad para perseguir unos fines. Esto presupone un procedimiento en el que ninguna de las partes se aproveche de una posición de monopolio, sino que se pretende conseguir una posición asimétrica.

Los bancos llevan a cabo contratos ahorrando costes en materia de financiación y, por ello, esos contratos han sido estudiados por especialistas. Esto es así porque el

consumidor no tiene posibilidades de conocer el contenido de los contratos hipotecarios y buscar alternativas para su negociación. Por tanto, hay que tener en cuenta dos aspectos. El primero de ellos es la libertad de contratar, y el segundo es la libertad de configurar el contenido contractual.

El contratante, al llevar a cabo un contrato, dirige su atención a los elementos del contrato, ya que es una cuestión de competencia. En un préstamo, dirige su atención a los intereses ordinarios, como la cuota de amortización, por ejemplo. En este punto intervienen las cláusulas suelo.

Estas dos cuestiones que hemos mencionado no están en manos del consumidor, porque no tiene medios eficientes para controlar las condiciones generales de los contratos; por ejemplo, qué sucede si no responde al pago acordado, ya que esto se encontraría regulado en las cláusulas abusivas, que son excesivamente complejas para el consumidor. Como consecuencia, cada vez es más difícil entender por qué el contratista no está obligado a firmar.

Por tanto, nos encontramos con normas imperativas que se aplican al caso concreto. En general, los contratos se rigen por leyes que se consideran condiciones impuestas y que son controladas por el empresario, en este caso, el banco. Como consecuencia, se establecen otras normas en su beneficio. Por ello, los consumidores no controlan el contenido de los contratos, porque no tienen medios para entenderlo por mucha información que se les dé.

Al no tener alternativas el consumidor a la hora de conocer el contenido del contrato que lleva a cabo con el banco, el Derecho debe intervenir mediante un control de esas condiciones específicas, utilizando como parámetro las cláusulas. Los intereses moratorios son del 4% por norma general, pero en dichas cláusulas se puede establecer hasta el 23%, y por ello, ante el desconocimiento del consumidor, se produce un mayor endeudamiento como consecuencia de las cláusulas abusivas.

Hay que observar que una de las partes impone a la otra una regla que ha de cumplirse, pero siempre teniendo en cuenta el principio de la libertad de contratación.

El legislador no ha acertado en esta cuestión, porque la Ley de *medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios* del año 2013 no ha ayudado mucho a estos, sino al contrario, les ha perjudicado al seguir las pautas establecidas por los bancos en vez de elaborarse entre ambas partes.

2.2. Tipos de cláusulas abusivas

Existen dos tipos de cláusulas que han perjudicado a los deudores hipotecarios:

- a. Cláusulas de vencimiento anticipado. Si en un contrato no se cumple con alguna condición, por regla general se resuelve el contrato, y esto trae como consecuencia que la cuota que tenía que pagarse durante 30 años, por ejem-

plo, ahora tiene que pagarse de una vez en su totalidad y con los intereses moratorios. La norma anterior establecía la aplicación de esta cláusula habiendo sólo una cuota pendiente; sin embargo, lo que debe tenerse en cuenta es que el incumplimiento sea grave y que el endeudamiento se prolongue en el tiempo de forma acentuada. La norma posterior establece que debe haber tres cuotas pendientes para aplicar la cláusula, aunque actualmente se sigue considerando insuficiente.

En otros países se considera incumplimiento grave que el deudor deba el 10% o el 20% del préstamo hipotecario realizado con el banco.

b. Intereses moratorios. Actualmente, el interés moratorio establecido en las cláusulas de los contratos hipotecarios celebrados es tres veces mayor al interés general. Teniendo en cuenta que el interés moratorio general es del 4%, en dichas cláusulas se establece el 12%. En este sentido, en vez de multiplicar por tres los intereses moratorios que ha de pagar el consumidor en el caso de impago de la cuota, sería más adecuado sumar dichos intereses moratorios, tal y como sucede en otros países como Alemania. Sin embargo, en España se ha llegado a pagar hasta el 29% en intereses moratorios.

III. Ejecuciones hipotecarias y desahucios

El tema de las ejecuciones hipotecarias y los desahucios ha ejercido una gran influencia en nuestro país. Muchas familias se han quedado sin hogar a causa del impago de las hipotecas contratadas con los bancos como consecuencia del desempleo y otros factores económicos. Incluso en algunos casos, a causa de las ejecuciones hipotecarias varias personas se han suicidado antes de ver cómo perdían su vivienda. Por todo ello, personas afectadas y amenazadas por la pérdida de sus viviendas se manifiestan y luchan por unos derechos necesarios para vivir.

De aquí viene la expresión “No hay vivienda sin vida”. Y también podemos usar la expresión “La ley mata el derecho”, porque hoy día podemos encontrar a miles de personas buscándose la vida en las calles, intentando encontrar una ayuda en la sociedad, algo con lo que comer, pagar su casa, sus gastos, mantener a la familia... Existen muchas leyes injustas en relación con este tema de las ejecuciones hipotecarias y, por tanto, es un asunto que tiene que ser defendido por todos los ciudadanos.

Actualmente hay más de 150.000 familias que han perdido su vivienda y otras 300.000 que se encuentran en proceso de ejecución hipotecaria. Si los consumidores y los bancos no son capaces de poner solución a este problema, se tendrán que enfrentar a dos problemas:

1. Pérdida del inmueble.
2. Mantenimiento de una deuda en muchos casos impagable.

IV. Respuestas penales sobre los conflictos con el acceso a la vivienda

En primer lugar, el Derecho penal se mueve en un contexto muy limitado en materia de vivienda, con la función de protección selectiva de un bien jurídico, pero dicha situación ha de considerarse grave. El Derecho penal se mueve regido por el principio del sometimiento a la ley, refiriéndose a hechos concretos e individualizados. La norma penal es particularmente limitada por la interpretación que se pueda hacer de la misma. Desde la perspectiva del Derecho constitucional en relación con el derecho a la vivienda, no hay un reconocimiento específico por parte del Derecho penal. Pero esto no significa que no lo proteja; lo protege a través de mecanismos de protección de otros derechos y no en un contexto propio como se protege, por ejemplo, el derecho a la vida.

Así, nos encontramos con el artículo 245 del Código Penal que, en su apartado segundo, nos remite a la ocupación de inmuebles, viviendas... Se trata de una conducta sancionada penalmente.

La reforma penal de 2010 ha introducido preceptos donde el derecho a la vivienda se ha convertido en un tema importante, porque se trata de un bien jurídico que se protege de manera inmediata. Se trata de afrontar pretensiones de especulación inmobiliaria.

También nos encontramos con un nuevo delito: la coacción inmobiliaria, regulado en el artículo 172.1 del Código Penal. Su precepto 3 agrava la pena. Supone realizar un acto de violencia compeliendo a alguien a hacer algo que no quiera, y hay dos supuestos:

1. Que tuviera por objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental, tal y como lo señala el artículo 172.2 del Código Penal.
2. Impedir el legítimo disfrute de la vivienda.

Esto viene determinado por las dificultades de distintos supuestos con otros casos como el delito contra la integridad moral, señalado en el artículo 172.3 del Código Penal. Cuando la jurisprudencia aplica este tipo de coacción considera tanto la violencia física como psíquica, es decir, la violencia ejercida sobre cosas y sobre personas.

Por lo tanto, en materia penal se protege el derecho a la vivienda en un contexto más amplio, ya que se tiene en cuenta el libre ejercicio de la voluntad. Por ello, el artículo 173.1 del Código Penal, en su tercer párrafo, habla de la integridad moral, es decir, de los delitos contra la dignidad. Este precepto se ha considerado simbólico.

El núcleo del problema está vinculado con la aplicación del delito de estafa. La mayor parte de los casos que llegan a los juzgados se basan en este delito, lo que pone de manifiesto el origen de los hechos.

Para que un acto sea delito tiene que estar tipificado en la ley, y para hablar de delito de estafa consumada tienen que darse cuatro elementos, tal y como se regula en el artículo 248 del Código Penal: engaño, error, dolo, bastante.

Si el delito se realiza por razones distintas al engaño en transmisiones patrimoniales, no se trata de estafa consumada. La estafa se considera delito doloso, ya que no se puede castigar por mera imprudencia y, además, requiere no sólo que el sujeto sea consciente del engaño, sino que actúe con ánimo de lucro; de lo contrario, estaríamos ante apropiación indebida. Por ello, es estafa el comportamiento omisivo. El comportamiento de la víctima también es relevante para saber si estamos ante un delito de estafa o no. El artículo 250 del Código Penal contempla una agravante sobre la cosa donde recae la estafa: tiene que tratarse de un bien de primera necesidad. La agravación responde a la protección del derecho a la vivienda, según la jurisprudencia.

También debemos tener en cuenta el delito de contrato simulado, donde el engaño ha de llevarse a cabo por un tercero. O nos podemos encontrar con otra serie de situaciones denunciadas como delito de estafa, como la unión de créditos inmobiliarios y la comercialización de hipotecas basura.

Por otro lado, también podemos apreciar en materia penal el delito de detración de bienes de primera necesidad. Y finalmente, el delito de estafa procesal, tipificado en el artículo 250.1, séptimo párrafo, del Código Penal, en relación a un procedimiento que se lleva a cabo manipulando pruebas para fundamentar las alegaciones y provocando perjuicios en la persona afectada por este delito de estafa.

V. Los préstamos hipotecarios para la adquisición de la vivienda: praxis bancaria y cláusulas abusivas

En primer lugar, las cláusulas abusivas hay que entenderlas en su definición. Con la revolución industrial se pasó de una economía definida por un comercio pequeño y local a un modelo económico en el que las empresas empiezan a controlar el mercado mediante una sucesión de actos iguales, llamados tráfico en masa. En materia de negociación contractual, hay varios principios en cuestión, como el de libertad de pacto, el dispositivo, la autonomía privada y la autonomía de la voluntad. Todos ellos conllevan la obligación de cumplir con lo acordado. El capitalismo es el origen de la economía de mercado, donde el consumidor está en una posición de desigualdad frente a la empresa. Pero con el Estado social se pretendía equilibrar esta relación.

Para definir las cláusulas abusivas debemos tener en cuenta la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en concreto, su artículo 82:

“Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.”

El artículo 82.4 objetiviza la cláusula abusiva. Basta que dicha cláusula esté vinculada a una de las circunstancias contempladas en el artículo 85, el cual se refiere a la vinculación de cualquier cláusula del contrato a la voluntad del empresario, destacando el precepto 3 de este mismo artículo: “Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato”.

El artículo 85.6, que debemos poner en relación con la sentencia de 14 de marzo de 2013 del TJUE, dice: “Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”.

Por otro lado, el apartado 11 también considera cláusulas abusivas: “Las cláusulas que supongan la concesión al empresario del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato”.

El artículo 86 destaca las cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario:

“En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean:

1. La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario.

En particular, las cláusulas que modifiquen las normas legales sobre conformidad con el contrato de los bienes o servicios puestos a su disposición o limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad.”

Debemos hacer también referencia al artículo 87, en relación con las cláusulas abusivas por falta de reciprocidad, destacando el apartado 5 del mismo, que se utilizó para evitar los redondeos en el cobro de los aparcamientos y actualmente se aplica para evitar los redondeos en las hipotecas:

“Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular:

[...]

5. Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva.”

El artículo 89 se refiere a las cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato. Destacamos los preceptos 1, 3 a), 4 –donde se señala la imposición al consumidor de contratar un seguro, por ejemplo–, 5 y 7:

“En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas:

1. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

[...]

3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas:

a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).”

Por último, hacemos mención al artículo 90, relativo a las cláusulas sobre competencia y derecho aplicable, destacando los preceptos 1 y 2 referidos al contrato de arrendamiento:

“Son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan:

1. La sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico.

2. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquel en que se encuentre el bien si este fuera inmueble.”

La consecuencia de todos estos artículos es, en primer lugar, que se produce la nulidad radical de la cláusula, que sólo puede ser determinada a través de la jurisdicción civil, solicitando al juez que determine las cláusulas que se consideren abusivas para que sean declaradas nulas. El artículo 83 regula la nulidad de estas cláusulas abusivas. Dicha nulidad también se menciona en el artículo 84, sobre la autorización e inscripción de las cláusulas declaradas abusivas.

VI. La suspensión de las ejecuciones hipotecarias por incumplimiento de las directivas europeas: la Ley 1/2013, de 14 de mayo, *de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*

Debemos partir de la base del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y, también, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada en el año 2000, en la cual fueron cuestionadas por los tribunales las ejecuciones hipotecarias a través de un procedimiento rápido, por el tiempo durante el cual la persona afectada se encontraba sin vivienda.

A partir de esto, habría que cuestionarse si se podría pedir la nulidad de determinadas cláusulas consideradas abusivas, con la consiguiente suspensión de la ejecución hipotecaria mientras se debate sobre la validez o no de dichas cláusulas.

En términos generales, por el impago de cuotas de la hipoteca no se podría paralizar una ejecución hipotecaria; pero, tras la grave crisis económica que se ha producido, numerosas personas han dejado de hacer frente a sus obligaciones de pago por falta de trabajo o por otros factores sociales, como la dificultad para vender la casa.

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, dice que carecen de validez las cláusulas abusivas, teniendo los jueces el deber de expulsarlas de los contratos celebrados entre el consumidor y el banco y, como consecuencia, no aplicar dichas cláusulas y hacer que no produzcan efecto.

Hay que tener en cuenta que no se sanciona al que contrata esta cláusula, aunque sí la modera, por tanto, si lo que estamos intentando es tener un mercado transparente, no podemos introducir dichas cláusulas con carácter abusivo.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia ante la situación de que en la fase del procedimiento de ejecución hipotecaria no se puede alegar la existencia de cláusulas abusivas para paralizar el desalojo de la vivienda. Si una ley española contradice a una norma europea, respecto al rango jerárquico, prevalece la normativa europea, por lo que el consumidor se puede oponer a la ejecución hipotecaria por la existencia de las cláusulas abusivas y, a partir de ahí, minorizar el interés moratorio y llevar a cabo la suspensión de muchas ejecuciones hipotecarias por la existencia de cláusulas abusivas, garantizando los derechos básicos de las personas.

Por último, es importante la reforma del artículo 83 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios en relación con el Real Decreto 1/2007, quedando dicho precepto del siguiente modo: “Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”.

VII. Recurso de apelación de la Audiencia Provincial de Jaén nº 207 del año 2014: cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria

En el contrato hipotecario es importante y fundamental distinguir dos partes que confluyen en un acuerdo de voluntades. En ese contrato intervienen dos aspectos importantes: la libertad de contratar y la determinación de la configuración del contrato.

Por un lado, la parte acreedora, que por lo general está constituida por una entidad bancaria; por otro lado, el deudor hipotecario, que es el sujeto o sujetos particulares que en definitiva han de ser concebidos como consumidores. Pero aun concibiendo al sujeto como consumidor, se encuentra muy desprotegido, pues el legislador no ha sido protector en este aspecto; lejos de protegerlo, lo ha perjudicado, ya que elabora una ley atendiendo a las peticiones de los bancos.

En este tipo de contratos no es posible aplicar la lógica de la autonomía privada. Por tanto, donde no rige la competencia, el ordenamiento ha de intervenir con un control específico que utiliza como parámetro de la abusividad. Ha de tratarse de un control intensivo, equitativo, esto es, en condiciones de igualdad. Este control es el que va a permitir que no se filtren contratos con condiciones engañosas por las que alguna de las partes resulte damnificada, por lo general el consumidor, ya que consideramos que es la parte débil de esta relación jurídica contractual.

Podemos decir que, si se establecen cláusulas sin abusividad, el contrato transcurre con normalidad obligándose el deudor hipotecario a cumplir con el pago de las cuotas más los intereses que corresponda, y el banco, por su parte, ejercería su papel como acreedor recibiendo dichos pagos y descontando del montante total la cantidad percibida mensualmente. Pero, ¿qué puede ocurrir para que un contrato hipotecario se dé por finalizado antes de tiempo?

Para que un contrato sea considerado finalizado ha de darse un incumplimiento grave en base a lo que establece el artículo 1124 CC. Ahora bien, ¿puede entenderse como incumplimiento grave el establecimiento de unas cláusulas de carácter abusivo?, ¿es suficiente el impago de tres cuotas hipotecarias para ejecutar el contrato?

Ante estas preguntas exponemos un caso concreto: el auto de la Audiencia Provincial de Jaén 1/2014 (recurso 207/2014, nº resolución 73/2014). En este auto se da la circunstancia de la previa existencia de dos autos de ejecución hipotecaria de oposición seguidos en primera instancia con el nº 930.02 del año 2011, por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Jaén, rollo de apelación de esta Audiencia nº 207 del año 2014, a instancia de Caixabank, S.A. En la parte dispositiva del auto, con fecha de 26 de noviembre de 2013, se contiene lo siguiente:

“Que se declaran nulas por abusivas la cláusula sexta del contrato, que figura en la escritura de 22 de febrero de 2007, y nueva cláusula cuarta, en su apartado 6, de la escritura de novación del contrato firmado entre las partes el día 9 de marzo de 2009, declarándose así la nulidad, desde el inicio del contrato, de la cláusula ‘techo y suelo’ y la que establecía los intereses moratorios, concediéndose a la parte ejecutante diez días para que realice nueva liquidación, y determine la cantidad exigible.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia siendo las comunes satisfechas por mitad. Una vez transcurrido dicho plazo sin la presentación de nueva liquidación procederá el sobreseimiento del procedimiento.”

En definitiva, estamos ante un caso en el que el sujeto o entidad bancaria presenta un recurso de apelación ante las peticiones conseguidas por el deudor-consumidor, que ha visto favorecida su pretensión al ser declaradas abusivas algunas de las cláusulas contractuales que conformaban el contrato hipotecario. Pero antes de entrar en el fondo del asunto, debemos analizar aspecto por aspecto.

¿Cuándo es posible que se dé una ejecución hipotecaria?

La ejecución hipotecaria se da cuando se produce un incumplimiento grave, ya sea por parte del consumidor (impago de tres cuotas sucesivas) o por parte del acreedor (imposición unilateral de cláusulas abusivas). Como este es un tema en el que ya se ha profundizado, a continuación presentamos una noticia reciente, con fuente en la página web Noticias jurídicas, sobre una ciudadana que ha recibido el amparo del Tribunal Constitucional frente a una ejecución hipotecaria ya iniciada.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional ha dictado una sentencia, de fecha 13 de enero de 2014, por la que ha otorgado el amparo a una ciudadana frente a la ejecución hipotecaria que pesaba sobre la vivienda en la que residía con sus hijos. De esta manera, declara nulos los autos y providencias dictados en abril y mayo de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia número 31 de Madrid en un procedimiento de ejecución hipotecaria que deberá volver a ser resuelto de forma “respetuosa” con el derecho de la demandante a la tutela judicial efectiva.

La sentencia sólo analiza si las decisiones del juez son irracionales y arbitrarias, sin entrar a valorar si el juzgado debió paralizar el lanzamiento, por ser esta una cuestión de legalidad que corresponde decidir al juez civil y en la que el tribunal de garantías no puede entrar.

El tribunal subraya que, debido a las especiales características de este proceso de ejecución hipotecaria, a las limitadas posibilidades de contradicción del ejecutado y a las gravosas consecuencias jurídicas que puede acarrear, las garantías procesales deben observarse con especial rigor y con una más intensa diligencia.

Los hechos

La demandante de amparo solicitó en dos ocasiones la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria al plantear sendas cuestiones prejudiciales en las que se refería a la existencia de dos causas penales que podían incidir en su desahucio.

En la primera de ellas, alegó la existencia de un procedimiento penal contra su excónyuge por un delito de abandono de familia; en la segunda, presentada el 9 de marzo de 2011, alegó la incoación de diligencias contra la entidad bancaria Caja Madrid, acreedora por posible delito de estafa procesal.

Las dos cuestiones prejudiciales fueron rechazadas por el Juzgado de Primera Instancia número 31, que en ambas ocasiones continuó la tramitación del procedimiento hipotecario. Según la demandante de amparo, en su respuesta a la petición de marzo de 2011, el juzgado se negó a tramitar la cuestión prejudicial sobre la base errónea de que era la referida al exmarido y ya la había resuelto con anterioridad.

La sentencia del TC

La sentencia pone de manifiesto el error cometido por el órgano judicial en su respuesta a la segunda cuestión prejudicial, planteada en 2011.

Está acreditado, afirma el TC, “que en dicha resolución se analizaba la primera cuestión de prejudicialidad penal que planteó la recurrente, que versaba sobre la imputación al excónyuge de la actora de un posible delito de abandono de familia”. Sin embargo, ante la segunda cuestión prejudicial, basada “en la posible comisión de un delito de estafa procesal por parte de Caja Madrid como acreedora hipotecaria”, el juzgado “se limitó a afirmar que ya se había pronunciado sobre el tema en el anterior auto de 25 de mayo de 2010, aseveración que, sin ningún lugar a dudas, resulta manifiestamente errónea”.

Dicho error, añade el alto tribunal, “tiene relevancia constitucional”, pues “ha sido determinante de la decisión adoptada” por el juzgado, que “denegó la suspensión del lanzamiento solicitada”. Además, “la equivocación es atribuible al órgano judicial, y no a la negligencia de la parte, que en todo momento ha tratado de que el órgano judicial corrigiera su equivocación”.

El Tribunal Constitucional aclara que el otorgamiento del amparo sólo implica la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse la pri-

mera de las resoluciones impugnadas. El Tribunal no puede entrar “a examinar o a ponderar” la “eventual capacidad de los hechos, cuya apariencia delictiva denunció la demandante”, para determinar la suspensión de la ejecución. “Este juicio únicamente corresponde al juez civil”, concluye.

Fundamentos jurídicos

“Alega la demandante en amparo la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en su vertiente del derecho a obtener una resolución motivada, toda vez que —a su juicio— las resoluciones impugnadas más arriba indicadas, todas ellas dictadas por el Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Madrid (en el procedimiento de ejecución hipotecaria seguido contra ella y su excónyuge como deudores hipotecarios), son nulas por incurrir en error patente y falta de motivación, produciendo con todo ello indefensión. Concretamente, considera que la providencia de 10 de marzo de 2011, que desestima la cuestión de prejudicialidad penal, quebranta el artículo 24 CE en cuanto comete el error de considerar que se trataba de una cuestión ya resuelta por el mismo juzgado con anterioridad, cuando la que había sido resuelta era la prejudicialidad penal de un posible delito de abandono de familia que se estaba instruyendo contra su excónyuge en el Juzgado de Instrucción número 18 Madrid. Por el contrario, sostiene que sobre la que debió pronunciarse el Juzgado de Primera Instancia número 31 de Madrid era la referente a la posible comisión de un delito de estafa procesal de las entidades Caja Madrid (actualmente Bankia, S.A.) y Tasamadrid. En segundo término, sostiene que el auto de 26 de abril de 2011 vulnera el artículo 24 CE en cuanto vuelve a incidir en el error patente de estimar que la cuestión ya fue resuelta en su día, no habiendo tomado en consideración el auto de 7 de marzo de 2011, de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid (rollo de apelación 86/11-RT), en el que la Sala advertía al Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Madrid de la existencia de indicios de la posible comisión de un delito de estafa procesal por dichas entidades. Si fuera así —en opinión de la recurrente—, ello determinaría la invalidez o ilicitud del despacho de ejecución y, en consecuencia, el juez civil que la autorizó, oídas las partes y el Ministerio Fiscal, debería haber acordado la suspensión del lanzamiento. Por último, añade, sin concretar qué actuación haya originado la vulneración, que se ha conculcado su derecho a un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas.

Expuestas las pretensiones, procede entrar en el análisis de los motivos que sostiene la demanda de amparo, a cuyos efectos ha de efectuarse una consideración previa, en orden a la correcta delimitación del objeto del debate. Hay que subrayar que la demanda de amparo se circunscribe a una serie de resoluciones dictadas por el Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Madrid en un procedimiento de ejecución hipotecaria (auto nº 873/2008), que deniega por segunda vez la petición de suspensión del lanzamiento de los ocupantes de la vivienda familiar, fundada en la existencia de una cuestión prejudicial penal. Queda extramuros de este recurso, por tanto, lo que pudo suceder o no durante la tramitación de aquel proceso ejecutivo en sus fases anteriores, también la posible oposición a la ejecución e incluso el acto de subasta y su resultado. Actos procesales estos de la ejecución que finalizaron en el año 2009 y respecto de los cuales nada se intentó en amparo ante este Tribunal.

En dicha doctrina hemos venido afirmando que son los órganos judiciales los únicos competentes, ex artículo 117.3 CE, para resolver si concurre la cuestión prejudicial penal, pues se trata de una materia de estricta legalidad ordinaria (SSTC 148/1994, FJ 4; 171/1994, FJ 4; etc.). Pero también hemos advertido que sus decisiones pueden ser objeto de revisión en vía de amparo si resultan inmotivadas o manifiestamente irrazonables o arbitrarias, pues, en tal caso, vulnerarían el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), de tal modo que este Tribunal Constitucional puede examinar y comprobar la razonabilidad de las resoluciones judiciales que admiten o deniegan una cuestión prejudicial planteada por una de las partes en el proceso (STC 148/1994, FJ 4).

En el caso objeto de enjuiciamiento, por consiguiente, el alcance de nuestro control constitucional se ciñe a determinar si las resoluciones judiciales impugnadas por la demandante han vulnerado o no su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a una resolución motivada, no incurso en manifiesta irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente, pero no abarca a concretar si concurrían los presupuestos que determinaban la existencia de una cuestión prejudicial penal, pues tal labor compete exclusivamente al órgano judicial.

Para valorar si las resoluciones impugnadas cumplen el canon constitucional de razonabilidad que exige el artículo 24.1 CE, conviene subrayar que el planteamiento de la segunda solicitud de suspensión por prejudicialidad penal la funda la recurrente en el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, en el que, si bien no se acuerda acceder a la suspensión de la ejecución hipotecaria, entre otras razones por entender aquella que carecía de competencia para ello, el órgano judicial, siendo consciente de la inminencia del lanzamiento, comunica su resolución al juzgado ejecutor, a los efectos oportunos, alertando de la existencia de indicios de un posible comportamiento delictivo de la acreedora ejecutante (Caja Madrid) durante el proceso de ejecución hipotecaria. Efectos que no pueden ser otros que la posible suspensión del procedimiento por el juez hipotecario por prejudicialidad penal, si consideraba que se daban los presupuestos que para ello están previstos en los artículos 569 y 697 LEC.

Con el planteamiento de la segunda cuestión prejudicial penal, la recurrente intentó hacer valer ante el Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Madrid que las circunstancias que rodeaban el procedimiento hipotecario habían cambiado, pues había obtenido un auto de la Audiencia Provincial de Madrid que afirmaba la existencia de indicios delictivos por parte de Caja Madrid. Pues bien, si del análisis de la documentación obrante en autos resultara que el auto de 25 de mayo de 2010 ya valoró que había una investigación penal contra esta entidad de crédito y, no obstante, denegó la suspensión, de existir un cambio de circunstancias, habría que afirmar que las mismas razones jurídicas seguían vigentes en 2011. La cuestión es, en definitiva, establecer qué es lo que se resolvió y cómo al denegarse la suspensión la primera vez que fue solicitada. Todo ello, además, en el bien entendido sentido de que el auto de 25 de mayo de 2010 es irrevisable en sí mismo; esto es, resulta relevante sólo como elemento de cotejo para verificar si es o no correcta y razonable la remisión que a él hacen las resoluciones de 2011 impugnadas ante este Tribunal, o si, por el contrario, adolecen de error patente, arbitrariedad, irrazonabilidad o defecto de motivación, en cuyo caso habrá que confirmar la existencia de lesión del derecho fundamental aducida por la recurrente.

En aquella ocasión, el juzgado razonó que la incoación de aquellas actuaciones en nada incidía en la tramitación de la ejecución hipotecaria y que esta debía, por tanto, seguir adelante. Sin embargo, el segundo escrito de la recurrente, por el que se planteaba la existencia de una nueva prejudicialidad penal, se basaba en la posible comisión de un delito de estafa procesal por parte de Caja Madrid como acreedora hipotecaria, petición ante la que el juzgado ejecutante se limitó a afirmar que ya se había pronunciado sobre el tema en el anterior auto de 25 de mayo de 2010, aseveración que, sin lugar a dudas, resulta manifiestamente errónea. Como patentemente erróneo resulta también el empecinamiento del Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Madrid en sostener, frente al recurso de la actora en el que se señalaba que se trataba de otras actuaciones penales distintas, que en ellas se había acordado el sobreseimiento y archivo provisional, sin que se aportaran hechos nuevos susceptibles de constituir infracciones penales; o en sostener que no existía ninguna diligencia acordada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Madrid sobre la base de hechos nuevos, sino únicamente la desestimación del recurso de reforma interpuesto por la actora, confirmada en apelación por auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de marzo de 2011.

Tales errores tienen relevancia constitucional porque concurren todos los presupuestos que, de acuerdo con nuestra reiterada doctrina (por todas, STC 31/2012, FJ 2), son precisos para poder apreciar un error de esta entidad. Así, el referido error ha sido determinante de la decisión adoptada, de modo que, constatada su existencia, la fundamentación jurídica pierde el sentido y alcance que la justificaba, sin que pueda conocerse cuál habría sido el sentido de la resolución, de no haberse incurrido en el mismo. En segundo término, la equivocación es atribuible al órgano judicial, y no a la negligencia de la parte, que en todo momento ha tratado de que el órgano judicial corrigiera su equivocación. Asimismo, el error resulta patente, esto es, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, especialmente a partir de los escritos de planteamiento de la existencia de una segunda prejudicialidad penal por parte de la actora y, sobre todo, del auto de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, de 7 de marzo de 2011, de cuya lectura se deduce sin dificultad la errónea apreciación por parte del juez de la ejecución hipotecaria del verdadero tenor del desarrollo de las actuaciones penales llevadas a cabo ante el Juzgado de Instrucción nº 1 de Madrid. Por último, la equivocación ha producido efectos negativos en la esfera de la actora, al haberle denegado la suspensión del lanzamiento solicitada sobre la base de esa prejudicialidad penal.

Por otro lado, bajo la indefensión de la que se queja el recurso, no se advierte una simple discrepancia de la demandante de amparo con las providencias y los autos del Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Madrid y con la decisión de no suspender el procedimiento hipotecario en curso por no apreciar la existencia de una cuestión prejudicial penal, sino la denuncia de una efectiva lesión producida por unas resoluciones manifiestamente irrazonables y arbitrarias del juzgador. Y es que hay que volver a incidir en el hecho de que lo cierto es que existían indicios de una conducta delictiva de la propia acreedora ejecutante que ha podido influir o viciar el propio proceso de ejecución y que el Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Madrid debió valorar, como lo hizo la Audiencia Provincial, dictando cuando menos una resolución suficientemente razonada y razonable a la luz de las graves

consecuencias que la no suspensión del lanzamiento del domicilio familiar provocan en la recurrente.

No podemos dejar de considerar que, debido a las especiales características de este proceso de ejecución hipotecaria, a las limitadas posibilidades de contradicción del ejecutado, y a las gravosas consecuencias jurídicas que puede acarrear, las garantías procesales deben observarse con especial rigor y con una más intensa diligencia. En el presente caso, lejos de extremar la atención obligada, el órgano ejecutor del procedimiento hipotecario hizo caso omiso de las advertencias realizadas por otros órganos judiciales (el Juzgado de Primera Instancia nº 80 de Madrid, que seguía la ejecución de la sentencia de divorcio, y la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid) en cuanto a la posibilidad de que existieran irregularidades penales en el proceso de ejecución, y decidió seguir adelante con el procedimiento denegando la suspensión de la orden de lanzamiento.

Por todo ello, debe reconocerse la vulneración del derecho fundamental de la demandante de amparo a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a una resolución motivada, no incurso en irrazonabilidad ni error patente.

Por último, tal como solicita el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, debemos recordar que –como hemos aclarado en el FJ 2 de esta resolución–, una vez constatada la existencia de errores patentes y la falta de razonabilidad de las resoluciones impugnadas, no procede que este Tribunal entre a examinar ni a ponderar ningún otro aspecto relativo a la eventual capacidad de los hechos, cuya apariencia delictiva denunció la demandante de amparo, para determinar la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución y, en consecuencia, para dar lugar a la suspensión de la ejecución. Este juicio únicamente corresponde al juez civil tras el trámite previsto en el mencionado artículo 569 LEC. Así subrayaremos que la subordinación de la pretensión ejecutoria al resultado del proceso penal pendiente es cuestión que debe ser resuelta por el juez civil, sobre la base de los criterios que fija el propio artículo 697 LEC, al tratarse de un tema de legalidad ordinaria.

En consecuencia, los efectos del otorgamiento del presente amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en los términos que en esta resolución se han expresado, deben concretarse en la declaración de nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas, así como la retroacción de las actuaciones procesales hasta el momento inmediatamente anterior a dictarse la providencia de 10 de marzo de 2011. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 55 LOTC, los efectos del amparo deben limitarse a este extremo, sin que, en ningún caso, alcancen a ordenar la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, decisión que, en su caso, habrá de adoptar el juez civil, previa tramitación de la cuestión prejudicial y respetando el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante de amparo en los términos aquí establecidos.”

El TC establece que en los procesos de ejecución hipotecaria, por sus especiales características, deben observarse con especial diligencia las garantías procesales

¿Qué efectos comporta la nulidad de las cláusulas abusivas?

En el contrato hipotecario, la declaración de determinadas cláusulas como abusivas no hace inválida la totalidad del contrato, sino que se da por no puestas dichas cláusulas, como si nunca hubiese existido esa parte concreta.

En este sentido, declarada la nulidad parcial del contrato, el artículo 1303 CC establece que “Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”. Por lo tanto, se debe responder a la cuestión planteada con la siguiente respuesta: como efectos, produce la nulidad parcial del contrato y, en consecuencia, se debe realizar la restitución de las prestaciones habidas en virtud del contrato; la “destrucción de las consecuencias y borrar sus huellas como si nunca hubiera existido”. Todo ello atendiendo a los consiguientes artículos del cuerpo legislativo, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación:

La protección del consumidor y usuario en el contrato hipotecario

Los consumidores, en todas sus relaciones contractuales, son libres de contratar y de determinar la configuración de su contrato mediante un acuerdo de voluntad con la otra parte.

Cuando nos presentamos ante un contrato hipotecario en el que existe una ausencia de transparencia, consecuencia directa del establecimiento de cláusulas abusivas, se produce un perjuicio importante para el consumidor. Habría que analizar la abusividad de la cláusula y si ello comporta un enriquecimiento injusto para la entidad bancaria.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea elabora una importante doctrina acerca del enriquecimiento injusto de los bancos en el establecimiento de este tipo de cláusulas, en las que se evidencia la existencia de mala fe contractual por parte del acreedor y que viciarían el contrato.

En este aspecto, volvemos a recalcar que el legislador elabora una normativa “protectora del consumidor” que, lejos de protegerlo, lo perjudica, como es la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de *medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*. Y es así porque protege los intereses de los bancos más que de los propios consumidores. Se trata de una medida con carácter excepcional y temporal, que afectará a cualquier proceso judicial de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial por el cual se adjudique al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos.

En estos casos, la Ley, sin alterar el procedimiento de ejecución hipotecaria, impide que se proceda al lanzamiento que culminaría con el desalojo de las personas. La

suspensión de los lanzamientos afectará a las personas que se encuentren dentro de una situación de especial vulnerabilidad. En todo caso, regula el lanzamiento de dichas viviendas, pero no presta especial atención al proceso de ejecución hipotecaria, ni a la gravedad de las cláusulas que puedan impedir que ese proceso siga su curso.

Al respecto, destacamos la disposición transitoria segunda de esta Ley, que nos será útil para la resolución del caso que nos concierne. Esta disposición contiene la limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3, apartado dos, que será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley. Dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos. En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el secretario judicial o el notario dará al ejecutante un plazo de diez días para que recalculé aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.

VIII. Sentencia del TJUE, de 14 de marzo de 2013: Directiva 93/13/CEE – Contratos celebrados con consumidores – Contrato de préstamo hipotecario – Procedimiento de ejecución hipotecaria – Facultades del juez nacional que conozca del proceso declarativo – Cláusulas abusivas – Criterios de apreciación

Respecto de este apartado, hemos de distinguir diferentes cuestiones, como es el caso de los problemas de la interpretación del juez nacional, el antecedente de esta cuestión, que ha sido la sentencia del caso Aziz, así como sus efectos en el tiempo y el dictamen de Juliane Kokott respecto de la sentencia. Así mismo, hemos de destacar el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en respuesta a los problemas planteados por los órganos judiciales españoles y sobre que cláusulas se ha pronunciado el Tribunal, así como sus líneas fundamentales de actuación. Y, por último, veremos la perspectiva del juez como principal garante en la protección del consumidor.

Para comenzar, haremos una apreciación de la sentencia que ha motivado este estudio y de la Directiva 93/13 sobre las cláusulas abusivas, contando para ello con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE).

La jurisprudencia del TJUE, así como el estudio del Derecho de la Unión Europea, nos han servido de inspiración para tomar ese conocimiento como base y partir desde ese punto, ya que muchas de las controversias que a día de hoy han surgido respecto del tema provienen del error en el conocimiento o la forma de transmitirlo.

En principio, la sentencia Aziz ha causado un gran interés en el contexto económico y social en el que nos encontramos actualmente. Ha tenido un gran impacto mediático, social, jurídico y económico. A día de hoy, no creemos que nadie vaya a discutir sobre la importancia objetiva de la sentencia, pero se percibe bastante inseguridad respecto al tema de los que están afectados por el drama de los desahucios.

No obstante, la sentencia no es una novedad en la corriente jurisprudencial del TJUE, sino que es un hito dentro de esa jurisprudencia dedicada a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Para entender la sentencia Aziz, es necesario partir de la propia Directiva 93/13 y de la jurisprudencia del TJUE en su interpretación; y en base a ello, hemos de observar tres cuestiones para establecer como base para la interpretación.

La primera cuestión proviene de que la Directiva 93/13 es una directiva de mínimos, lo que permite que los Estados miembros puedan establecer una legislación más protectora, pero no más restrictiva. Cabe decir que, al ser una directiva de armonización parcial, surgen dudas sobre la interpretación que debe darse respecto de algunos de sus preceptos, y por eso, la interpretación del TJUE es particularmente relevante, ya que establece y condiciona determinados aspectos interpretativos para la cuestión planteada por el juez.

La segunda cuestión nos viene dada por su ámbito de aplicación. La Directiva se aplicará respecto de las cláusulas no negociadas individualmente entre el profesional y el consumidor, considerando como consumidor únicamente a “toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”, es decir, particulares y ante contratos ya predispuestos anteriormente con una serie de cláusulas que son dispuestas por una sola de las partes y ante las cuales el consumidor queda en desventaja, pues las ha de aceptar incondicionalmente, sin posibilidad de establecer nuevas o quitar algunas de ellas que parezcan abusivas, puesto que son establecidas a favor del banco. Hay que observar que esto ocurre en determinados contratos mercantiles y, por ello, a raíz de tantas incidencias, se están renovando. Cabe apreciar también que el contrato celebrado con el banco es mercantil, no sólo civil.

La tercera cuestión proviene de la relación entre partes, es decir, como el consumidor es la parte débil (más vulnerable en el contrato), en caso de duda, debe prevalecer “la interpretación más favorable al consumidor”. Esto es que, en caso de que el contrato

posea determinadas cláusulas que se observen ambiguas o no específicas, la interpretación de las mismas será la más favorable para el consumidor.

A raíz de la sentencia, el juez nacional puede ser considerado como un juez comunitario, en lo que se refiere a la solución y aplicación de las sentencias, porque cabe decir que, una vez delimitado el objeto, es necesario hacer apreciaciones sobre el valor de las sentencias del TJUE, así como del modo en que el juez nacional debe aplicarlas en el marco de su ordenamiento procesal.

Las sentencias de este Tribunal son vinculantes para todos los Estados miembros, de forma que su interpretación deberá tenerse en cuenta a la hora de aplicar el Derecho de la Unión; es decir, los juzgados y tribunales españoles no sólo deberán prestar atención a las sentencias dictadas en cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales españoles, sino que les vinculan el resto de las sentencias que interpreten normas del Derecho de la Unión que deban ser aplicadas directa o indirectamente por los mismos.

Respecto de los problemas de interpretación del juez nacional, uno de los habituales en la interpretación de la jurisprudencia es que, aunque su doctrina es vinculante para todos los Estados miembros, las respuestas a las cuestiones prejudiciales se efectúan en un marco concreto, pues se trata de resolver una duda a un juez en el ámbito de un litigio. Cualquier afirmación sacada de contexto puede producir una interpretación errónea que conduzca a declarar la incompatibilidad de una norma nacional y dejarla sin aplicación.

Las sentencias del TJUE no resuelven el caso concreto, sino que interpretan el Derecho de la Unión Europea con el fin de responder a la cuestión prejudicial que le plantea el juez nacional, con el fin de que, una vez resuelta esa duda interpretativa, el juez nacional resuelva el litigio; ya que resuelta la duda interpretativa, el juez está obligado a interpretar y aplicar el Derecho de forma que permita la aplicación del Derecho de la Unión, salvo que eso no sea posible, en cuyo caso deberá inaplicar la normativa nacional. La incompatibilidad de una y otra normativa no siempre será evidente, siendo imprescindible un alto grado de conocimiento tanto del Derecho nacional como del Derecho de la Unión Europea.

En principio, los Estados miembros gozan de autonomía procesal, por lo que el juez nacional está sujeto a las normas procesales nacionales. Eso no debe impedir que el juez nacional aplique al menos el mismo nivel de protección establecido en la normativa de la Unión. Por eso, el TJUE ha declarado, para evitar que las normas procesales de los Estados miembros puedan poner en peligro la protección garantizada por la normativa de la Unión Europea, la necesidad de que la normativa procesal cumpla con dos principios fundamentales, que actúan como límites:

- **El principio de equivalencia:** que exige tratar del mismo modo las controversias cuyo origen se encuentra en Derecho nacional y aquellas que se encuentran en el ámbito del Derecho de la Unión.
- **El principio de efectividad:** que exige que no se entorpezca o se haga es-

pecialmente difícil la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere, en este caso, a los consumidores.

El TJUE ha sido severo a la hora de analizar los procedimientos nacionales desde el punto de vista del principio de efectividad. El problema del análisis de la legislación procesal de un Estado miembro, aunque sólo sea desde el punto de vista de los principios de eficacia y efectividad, es que el Tribunal, en el marco del litigio concreto, pueda tener todos los elementos necesarios del ordenamiento jurídico nacional para enjuiciar en toda su amplitud la normativa, y pueda conocer los diferentes intereses en juego que con una legislación concreta se trata de salvaguardar. Si no se conocen y se valoran todos los elementos en juego, se corre el riesgo de dictar sentencias cuya aplicación sea de difícil encaje en el ordenamiento jurídico del Estado miembro en cuestión.

El TJUE justifica el carácter imperativo de la disposición en la situación de inferioridad en que se encuentra el consumidor frente al profesional en su capacidad de negociación e información, que entiende le lleva a adherirse sin ninguna posibilidad de modificación o influencia en la redacción del contrato. El TJUE considera que debe restablecerse el equilibrio de las partes, debiendo compensarse esa situación mediante la intervención de un tercero ajeno a las partes, justificación que se encuentra en todas las sentencias que resuelven cuestiones prejudiciales de interpretación de la Directiva 93/13.

En la sentencia Pannon recuerda y señala que las características específicas del procedimiento judicial que se ventila entre el profesional y el consumidor, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que debe disfrutar el consumidor en virtud de las disposiciones de la Directiva.

Respecto de los antecedentes, el señor Mohammed Aziz firmó en 2007 un préstamo hipotecario con CatalunyaCaixa. No pudo pagar sus cuotas en 2008 y el banco interpuso un procedimiento de ejecución, de resultas del cual se adjudicó la entidad el inmueble por el 50% de su valor, y el deudor fue expulsado del mismo el 20 de enero de 2011.

Antes de ser expulsado, había presentado una demanda declarativa en el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona alegando que ciertas cláusulas de la hipoteca tenían carácter abusivo, por lo que argumentaba que la ejecución hipotecaria que estaba en marcha, la cual lógicamente se basaba en esas cláusulas, debería ser considerada nula si el carácter abusivo de dichas cláusulas era confirmado judicialmente.

El juez ante el que se presenta la demanda de nulidad, José María Fernández Seijo, observa que si finalmente se declarara que las cláusulas eran abusivas, en ese momento de bien poco le va a servir a Mohammed Aziz, porque para cuando eso ocurriera, habrían pasado meses o incluso años desde que perdió la vivienda y ya casi le iba a dar igual. Por ello, duda de que la normativa española que permite este efecto sea conforme con la Directiva europea sobre cláusulas abusivas (93/13/CEE), y conforme a la LEC (arts. 681 y siguientes) formula por medio de auto una

cuestión prejudicial al TJUE sobre esta cuestión y sobre algunas concretas cláusulas contractuales.

El Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona planteó varias cuestiones prejudiciales en el marco de una demanda de nulidad contra una de las cláusulas del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. La cláusula cuya nulidad se pretendía no era otra que la que hacía referencia a los procedimientos que se podrían utilizar en caso de incumplimiento, así como la posibilidad de que el acreedor pudiera presentar unilateralmente la liquidación.

El juez de lo mercantil, a pesar de ser competente únicamente para el control de las condiciones generales de la contratación, preguntó si la limitación de los motivos de oposición en el procedimiento de ejecución suponía una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos, en los términos previstos en la Directiva 93/13. Asimismo, con carácter complementario, preguntó por el carácter de “desproporción” respecto de alguna de las cláusulas, como la de vencimiento anticipado, los intereses de demora y la fijación del mecanismo de liquidación.

La cuestión central fue la referida a la regulación procesal española, y en particular, a un procedimiento que no era el que debía aplicar el juez remitente. El TJUE, haciendo un replanteamiento implícito de la cuestión, reconduce la misma a las facultades del juez del declarativo, analizando si la simple declaración de nulidad de la cláusula sería suficiente para garantizar la tutela del consumidor, teniendo en cuenta que “la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, salvo en el supuesto de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal indicada”,

El Tribunal analizó la posibilidad de proceder a la anotación preventiva de demanda, en caso del procedimiento declarativo, considerando dicha medida insuficiente en cuanto que todas las anotaciones preventivas posteriores a la nota marginal de certificación de cargas se extinguían también. El TJUE, a la vista de la limitación de los motivos de oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria y, al mismo tiempo, de la imposibilidad del juez del procedimiento declarativo de adoptar medidas cautelares como la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria para garantizar la plena eficacia de su decisión final, declara que la normativa española es contraria a la Directiva 93/13.

A la vista de dicha sentencia, resulta imprescindible modificar la Ley de Enjuiciamiento Civil a efectos de proceder a su adaptación, pero dicha sentencia no obliga a ninguna modificación concreta, en la medida en que los Estados miembros gozan de autonomía procesal. La reforma deberá garantizar, en todo caso, la tutela del consumidor de acuerdo con los límites establecidos. En caso de que se declare la nulidad de una cláusula que constituya el fundamento del título, debe establecerse los mecanismos necesarios para que el deudor hipotecario-consumidor pueda

recuperar su vivienda. Dicha reforma se ha realizado en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de *medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*.

Hasta la adopción de la modificación, los órganos judiciales estaban obligados necesariamente a aplicar la normativa nacional, interpretándola de forma acorde con esta sentencia en el caso de que se suscitara el problema objeto de la misma, garantizando el derecho de defensa de ambas partes, y sin olvidar tampoco el principio de seguridad jurídica, principio que también forma parte del ordenamiento de la Unión Europea.

Respecto de la cuestión prejudicial, se refiere a la interpretación del concepto de cláusula abusiva y, en particular, al concepto “desequilibrio importante” en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. El TJUE hizo una interpretación general válida para el examen de cualquier cláusula abusiva que deba realizar un juez nacional, destacando que sólo al juez nacional le corresponde de forma concreta determinar si una cláusula es abusiva y otorgando también ciertos criterios en relación con las cláusulas concretas, tal y como veremos en el siguiente apartado.

Respecto de los efectos en el tiempo, la interpretación dada por el TJUE en el asunto Aziz se retrotrae al momento en el que venció el plazo de transposición de la Directiva 93/13, pero el Derecho español puede introducir limitaciones al ejercicio de los derechos de aquellas personas que pudieron ampararse en la interpretación ahí dada. Sin embargo, los deudores que se encuentren en una situación aún no consolidada podrán solicitar la inaplicación de cualesquiera normas españolas que dificulten el ejercicio de los derechos que les confiere la Directiva 93/13.

Por ello, se está abriendo una incertidumbre jurídica que sólo se podrá remediar caso a caso y a medida que los tribunales españoles le planteen nuevas cuestiones prejudiciales a instancias de quienes están en una situación “transitoria”.

El TJUE se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la cuestión de los desahucios, como por ejemplo, en la sentencia Waterkeyn, de 1982. El TJUE se refirió precisamente a los efectos en el tiempo de la interpretación del Derecho de la Unión realizada en sus sentencias. Por tanto, lo que ha sucedido en España no es más que una nueva vuelta de tuerca, una nueva posibilidad y forma a la situación de estas personas que sufren el drama de los desahucios.

Cabe recordar para el caso Aziz que, aunque dos años después de salir victorioso del litigio, las sentencias dictadas por el TJUE surten sus efectos desde el momento en que se adopta la norma y no desde el momento de dictarse sentencia. Esto se refuerza si se tiene en cuenta que el TJUE puede suspender los efectos de sus sentencias en el tiempo en virtud del artículo 264 TFUE, una facultad en principio prevista para los recursos de anulación, pero que la jurisprudencia ha extendido igualmente al procedimiento prejudicial. Pero hay que tener en cuenta que, en el caso Aziz, el TJUE no hizo uso de esta facultad, de modo que los efectos de la sentencia se retrotraen a la fecha de vencimiento del plazo de transposición de la Directiva 93/13.

No obstante, el TJUE ha reconocido que el principio de seguridad jurídica faculta a los Estados miembros para que garanticen la estabilidad de relaciones jurídicas consolidadas en el tiempo o de resoluciones judiciales y administrativas firmes (como es el caso de las sentencias Kühne & Heitz o Kapferer).

En el caso español es imprescindible que el legislador intervenga inmediatamente, no sólo para remediar un problema de legislación, sino para dar una respuesta clara a quienes se encuentran en una situación transitoria. La jurisprudencia del TJUE demuestra que cuando un legislador nacional no ha dado respuesta a quienes se hallan atrapados en el tiempo, la litigiosidad, la inseguridad jurídica y los costes aumentan, y pasan a afectar al contribuyente, no sólo al afectado. De aquí proviene la relevancia que le damos al precepto 695 LEC, el cual no paraliza el desahucio, pero sí establece que el juez que conozca de la situación ya posee un artículo para parar el desahucio o para que la vivienda de la persona no sea lanzada; pues cabe recordar que, si el litigio se alarga mucho tiempo, la casa puede ser adjudicada nuevamente a otra persona, por subasta o de cualquier otra forma, y esta es una adquirente de buena fe que no puede ser expulsada y la casa no podrá ser devuelta a sus primeros propietarios. Con este precepto, el juez puede paralizar el desahucio hasta que salga la sentencia.

La sentencia Aziz aplica el principio de efectividad, pero subyace en ella la retórica de la tutela judicial efectiva. No ha abierto solamente una brecha en el Derecho de consumidores. La sentencia es un paso importante en la garantía de los derechos fundamentales, y confirma así que el Derecho de la UE no sólo es un sistema jurídico volcado en cuestiones de Derecho económico: es también un ordenamiento de garantía de derechos y libertades con un enorme potencial.

En la sentencia Aziz se examinaron varias cláusulas:

Cláusula de los intereses de demora. El TJUE señaló que deberá tenerse en cuenta las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo y deberá hacer la comparativa entre “el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que este persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.”

Cláusula del vencimiento anticipado. En el caso de la cláusula de vencimiento anticipado en los contratos de larga duración, señala que se deberá tener en cuenta si “la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.”

Cláusula de la liquidación unilateral del saldo. El TJUE señala que el juez deberá valorar si “la cláusula de que se trata supone una excepción a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, de manera que, a la vista de los medios procesales de que dispone, dificulta el acceso del consumidor a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa.”

Respecto del dictamen de la abogada general, Juliane Kokott, el 8 de noviembre de 2012, sus tesis han sido finalmente acogidas por el Tribunal. Este plantea, en relación con nuestro sistema normativo, que “la normativa de ejecución hipotecaria española es como un rodillo, ya que una vez puesta en marcha es prácticamente imparable [...] El deudor no tiene casi ninguna forma de pararla”.

Respecto a este asunto, hay una normativa europea de protección al consumidor frente a posibles cláusulas abusivas en este tipo de contratos hipotecarios, y es aquí donde entra la intervención de la abogada general Juliane Kokott respecto de la jurisprudencia dada por el TJUE para el caso de Málaga y que, posteriormente, ha sido usada para el caso Aziz.

Hasta la resolución del caso Aziz, al abogado casi no le va a interesar en ese momento interponer el declarativo, porque ya habrá perdido la propiedad y posesión de la casa; pero a raíz de la jurisprudencia naciente, proveniente del TJUE y de la inclusión del apartado 4º en el artículo 695 LEC, ha cambiado el parecer. Cabe decir que la Sra. Kokott no opina específicamente que toda la legislación española de ejecución hipotecaria sea ilegal, sino que se debería analizar el caso de que hubiera una cláusula abusiva en la hipoteca ejecutada (por ejemplo, relativa a los intereses de demora o la causa de vencimiento anticipado), donde el deudor no estaría suficientemente protegido o incitado para impugnarla, dado que debería poder hacerlo en la propia ejecución y no puede, sino que ha de irse a un declarativo posterior, lo que es exigirle demasiado esfuerzo, tiempo y costes.

Lo que el TJUE considera ilegal es que el juez que conozca del declarativo que hubiera interpuesto el deudor para anular cláusulas que considera abusivas no pueda hacer nada para paralizar la ejecución. A partir de ahora, el juez tiene ya esta posibilidad, porque la sentencia es aplicable inmediatamente, como se puede ver con la introducción del artículo 695.4º LEC. Pero no olvidemos que el TJUE no dice que la ejecución hipotecaria o el desahucio sea ilegal o esencialmente injusto, sino que, si el contrato contiene cláusulas declaradas judicialmente abusivas, es totalmente injusto que la ejecución siga como si nada hasta que se compruebe este hecho y se aclare si lo son o no, porque pone en una situación de extrema desventaja al deudor. Como consecuencia, si no se alega la existencia de cláusulas abusivas, o si se desestiman judicialmente, la ejecución proseguiría con todas sus consecuencias, incluido el desahucio. Por ello, la sentencia no supone que se paraliquen automáticamente todas las ejecuciones hipotecarias, ni que el deudor vaya a dejar de responder con todos sus bienes de la deuda, conforme al artículo 1911 CC.

Para que se paralique un desahucio, a raíz de todos los datos, es preciso que el deudor, a su costa, interponga un procedimiento declarativo aparte y diferente al ejecutivo hipotecario, en el juzgado que corresponda, y que este segundo juez, entre las me-

didadas cautelares, ordene al primer juez la paralización de la ejecución (porque ahora sí puede ordenarlo). Y es que el sistema de anulación judicial de cláusulas abusivas es kafkiano, y requiere que el consumidor pleitee a su costa contra la entidad en un proceso que puede ser bastante largo y de resultado no tan predecible.

En aplicación del artículo 695 LEC, hay una cuestión importante: se puede plantear que fuera el propio juez que conoce la ejecución quien directamente y por su propia iniciativa paralizara la ejecución por considerar que pudiera haber cláusulas abusivas, entrando en el fondo de la adecuación o no del contrato a la normativa de protección al consumidor.

Respecto de los pronunciamientos del TJUE sobre los problemas planteados por los órganos judiciales españoles referidos a los desahucios y a las cláusulas abusivas, observamos el caso de la sentencia de Banesto acerca del procedimiento monitorio y la facultad integradora de la cláusula abusiva.

En este caso, la Audiencia Provincial de Barcelona planteó varias cuestiones prejudiciales en el marco del recurso de apelación interpuesto por Banesto contra el auto del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Sabadell que declaraba abusiva la cláusula de intereses de demora, que fijaba en el 29%, en un préstamo para la adquisición de un vehículo. Particularmente se preguntó sobre la posibilidad de controlar de oficio e *in limine litis* la existencia de una cláusula abusiva en cualquier fase del proceso, o si podía deferir el posible análisis a la iniciativa del deudor; así como la compatibilidad de la facultad integradora del contrato por el juez, en relación con el artículo 6 de la Directiva 93/13, la cual expresamente prevé la no vinculación de la cláusula.

En este caso, lo que se planteaba era un problema desde el punto de vista del Derecho procesal español con el principio de efectividad, en la medida en que el proceso monitorio, tal y como está configurado en los artículos 812 y siguientes de la LEC 2000, podía impedir la adecuada tutela del consumidor. Y de otro lado, se planteaba un problema más de fondo, referido a las consecuencias que debe tener la nulidad de la cláusula declarada abusiva para las partes.

En el análisis que el TJUE realizó del proceso monitorio español, en contra de la abogada general Verica Trstenjak, entendió que la regulación española no era conforme al principio de efectividad, pues no permitía que el juez nacional pudiera declarar el carácter abusivo de una cláusula salvo que el deudor hubiera planteado la oposición, considerando que esta circunstancia hacía particularmente difícil defender sus derechos, pues el control que realizaba el juez era puramente formal.

Pero el TJUE declara que dicho control deberá ser posible siempre que disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para dicho control, lo que nos sitúa en el problema de la aplicación práctica de la sentencia. El juez podrá no conocer en ese momento inicial, si el contrato se había firmado por un consumidor, o no tendrá los elementos de hecho y de Derecho para analizar si nos encontramos ante una cláusula abusiva, por lo que en dicho caso la facultad que reconoce esta sentencia no podrá ejercitarse. En todo caso, la sentencia deja claro que con carácter general el juez, con independencia del papel que desempeñe en un procedimiento y con independencia de la fase en la que se encuentre, puede declarar abusiva una cláusula de oficio.

Respecto de las líneas fundamentales de la jurisprudencia del TJUE en aplicación de la Directiva 93/13:

Debe garantizarse el control de oficio por el juez

Una de las constantes en las sentencias del TJUE es permitir que el juez pueda declarar el control abusivo de las cláusulas, cualquiera que sea el procedimiento en el que se suscite y cualquiera que sea la fase del procedimiento. El máximo exponente de la radicalidad de esta obligación del juez se establece en la sentencia Banesto, que incluso con el riesgo de desnaturalizar el procedimiento monitorio, el Tribunal declara que el juez debe, si tiene los elementos de hecho y de Derecho necesarios para declarar una cláusula abusiva, hacer ese control incluso antes de la admisión a trámite.

El TJUE también ha recordado que el control de oficio del juez se configura no como un derecho del juez, sino como una verdadera obligación, tal y como recuerda en la sentencia Banif: “el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello”.

Esa apreciación de oficio debe poder ejercitarse en cualquier momento. Así, en la sentencia Pannon expresamente señaló que “deberá examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello”. No existen límites ni de procedimiento ni de plazos. De hecho, sobre la limitación en cuanto al tiempo, en la sentencia Cofidis el TJUE indicó expresamente que la Directiva 93/13 “se opone a una normativa interna que, en el marco de una acción ejercitada por un profesional contra un consumidor y fundada en un contrato celebrado entre ellos, prohíbe al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula inserta en dicho contrato”.

En esta línea de máxima protección, la potestad del juez debe incluso extenderse a la práctica de las diligencias de prueba necesarias para determinar si una cláusula es o no abusiva. No basta que el carácter abusivo sea palmario para que se pueda declarar abusiva la cláusula del contrato, sino que el problema para el juez nacional será practicar esas pruebas en procedimientos sumarios, en los que los trámites están particularmente reducidos. El juez deberá encontrar la vía necesaria para declarar abusiva esa cláusula, buscando en la medida de lo posible la interpretación conforme con el Derecho de la Unión.

En definitiva, el derecho-deber del juez de controlar de oficio una cláusula abusiva se debe extender todo lo necesario para garantizar los derechos del consumidor. El modo de ese control será diferente en función de cada caso.

El control de oficio del juez está sujeto a ciertos límites, en particular el derecho de defensa de la otra parte

La reciente sentencia Banif Plus Bank establece de forma muy clara la necesidad de garantizar el derecho de defensa de la otra parte (el profesional). Así, frente a sentencias como Banesto, en la que ni siquiera se plantea la necesidad de dar trámite de audiencia, en esta sentencia se disipa cualquier duda que pudiera existir sobre la necesidad de dar audiencia a todas las partes del proceso para que realicen alegaciones sobre el posible carácter abusivo de una cláusula para garantizar el principio de contradicción.

Así, después de citar el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales, y la necesidad de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de todas las partes, el TJUE señala: “De ello se infiere que, en el supuesto de que el juez nacional, después de haber determinado sobre la base de los elementos de hecho y de Derecho de que disponga o que se le hayan comunicado a raíz de las diligencias de prueba que haya acordado de oficio a tal efecto, que una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, compruebe, tras una apreciación efectuada de oficio, que dicha cláusula presenta un carácter abusivo, está obligado, por regla general, a informar de ello a las partes procesales y a instarles a que debatan de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales”. Y más adelante, también ha señalado que “la obligación de informar a las partes y ofrecerles la posibilidad de expresar su opinión no puede considerarse en sí misma incompatible con el principio de efectividad”.

El segundo límite fundamental es que el consumidor puede excluir el carácter específicamente abusivo de la cláusula. Así, en la Sentencia Banif, con remisión a sentencias anteriores, expresamente declaró “que el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula”.

Y al examinar el principio de efectividad, en la sentencia Asturcom se destaca que: “En cualquier caso, el respeto del principio de efectividad no puede llegar, en circunstancias como las del procedimiento principal, hasta el extremo de exigir que un órgano jurisdiccional nacional deba no sólo subsanar una omisión procesal de un consumidor que desconoce sus derechos, como en el asunto que dio lugar a la sentencia Mostaza Claro, antes citada, sino también suplir íntegramente la absoluta pasividad del consumidor interesado que, como la demandada en el procedimiento principal, ni participó en el procedimiento arbitral ni promovió la anulación del laudo arbitral que, en consecuencia, pasó a ser firme”.

La conducta del consumidor deberá ser examinada por el propio órgano judicial, para que en función de la buena fe, la acción ejercitada y demás circunstancias, pueda o no tenerla en cuenta. La absoluta pasividad del deudor debidamente acreditada –siendo el problema la prueba– en ningún caso puede ser suplida por el órgano

judicial. No obstante, también es cierto que en caso de cualquier duda sobre si la pasividad del deudor ha sido voluntaria, y no debida a la ignorancia o a la imposibilidad de asumir los gastos, el juez deberá garantizar esa tutela. Como siempre, será una cuestión de cada caso concreto.

Los criterios otorgados por el TJUE para declarar abusiva una cláusula

El TJUE ha dicho que el examen concreto del carácter abusivo de una cláusula corresponde al juez nacional. En la sentencia Aziz señaló expresamente: “la competencia del Tribunal en la materia comprende la interpretación del concepto de ‘cláusula abusiva’, definido en el artículo 3.1 de la Directiva y en el anexo de esta, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso”.

El TJUE también ha señalado el modo en que el juez nacional debe hacer el análisis de una cláusula concreta, e indicó que dicho análisis se debería hacer en dos fases. Así, en primer término, el juez debe determinar si se trata de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que no ha sido objeto de negociación individual. Y en segundo término, declarar si es o no abusiva la cláusula en base a los criterios que en su caso pueda haber señalado el Tribunal.

A efectos de valorar si una cláusula es abusiva, el TJUE ha señalado que el juez no sólo debe valorar la cláusula concreta, sino que debe tener en cuenta todas las cláusulas del contrato para que pueda apreciarse si existe un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones. El artículo 4 de la Directiva 93/13 establece la obligación de tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración, así como los servicios que sean objeto del contrato. En la sentencia Aziz se indica que el juez deberá analizar las normas de Derecho nacional aplicables en defecto de pacto para poder medir si el consumidor se encuentra en una situación menos favorable que la prevista en el Derecho nacional vigente, y deberá comprobar “si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual”, recordando que la lista del anexo de la Directiva 93/13 no es exhaustiva.

Respecto a la figura del juez como principal garante de la protección del consumidor, la primera conclusión que puede destacarse es el papel esencial que se otorga por la jurisprudencia del TJUE al juez nacional que debe garantizar el control de las cláusulas abusivas, tanto si son invocadas por el consumidor como de oficio. Esto determina que el control sea particularmente casuístico, y si bien eso es consustancial a toda actividad de valoración, no impide que normativamente se puedan establecer criterios claros en aquellas cuestiones más controvertidas, que puedan otorgar seguridad jurídica a todos los afectados (consumidores, profesionales y jueces).

La segunda conclusión que puede desprenderse de las sentencias analizadas, aunque de forma menos uniforme, es el hecho de que si bien debe garantizarse un alto grado de protección del consumidor, ello no puede impedir proteger otros derechos o principios también garantizados por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, como es el derecho a la tutela judicial efectiva o el principio de seguridad jurídica.

Y la tercera conclusión que se puede desprender es que los derechos de los consumidores son “papel mojado” si no se puede ejercitarlos en procedimientos debidamente equilibrados y que permitan la tutela completa de los mismos, exigiendo aplicar el Derecho procesal de modo más conforme con el espíritu y finalidad de la normativa de protección de consumidores, pero sin tampoco minusvalorar la conducta del consumidor y garantizando siempre el principio de contradicción. Es el juez nacional quien deberá garantizar el equilibrio entre todos los intereses en juego y el que deberá restablecer el equilibrio del contrato, si es que ha sido quebrantado por el profesional.

IX. Las obligaciones de Estado derivadas de los convenios y tratados internacionales de carácter general con respecto a los desalojos

Este epígrafe está destinado a presentar una visión general de las obligaciones, si bien se centrará en algunas cuestiones prácticas pese al difícil acceso del ciudadano a la defensa de sus pretensiones en estos aspectos.

España ha adquirido obligaciones fruto de su adhesión a diferentes tratados internacionales a lo largo de los años; el derecho a una vivienda es uno de ellos, así como los derechos humanos conexos. De acuerdo con el Derecho internacional de los derechos humanos, encontramos, como parte integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho de toda persona a una vivienda adecuada. Derecho que, a su vez, contiene otros aspectos como el derecho a la protección contra la injerencia arbitraria o ilegal en la vida privada, familia, hogar, y el derecho a la seguridad jurídica de la tenencia.

En el caso de los desalojos, nos encontramos ante un aspecto que incide directamente sobre una gran cantidad de derechos humanos, si bien cabe recordar, antes de profundizar, que rige el principio de indivisibilidad de los derechos humanos y, por tanto, con independencia del tipo de desalojo que llegue a producirse, deberán cumplir una serie de requisitos, siempre observando el respeto a dichos derechos.

Entre los instrumentos de carácter internacional general empleados, destacamos:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos.
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en especial: preámbulo y artículo 11¹).
- La Convención sobre los Derechos del Niño (en especial: artículo 27²).
- La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en especial: artículo 10 h)³ y artículo 14⁴).

¹Párrafo primero del artículo 11: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.”

²Artículo 27: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.”

³Artículo 10 h): “Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia.”

⁴Artículo 14: “1. Los Estados Partes tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía, y tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención a la mujer de las zonas rurales.

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:

a. Participar en la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo a todos los niveles;

b. Tener acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia;

c. Beneficiarse directamente de los programas de seguridad social;

d. Obtener todos los tipos de educación y de formación, académica y no académica, incluidos los relacionados con la alfabetización funcional, así como, entre otros, los beneficios de todos los servicios comunitarios y de divulgación a fin de aumentar su capacidad técnica;

e. Organizar grupos de autoayuda y cooperativas a fin de obtener igualdad de acceso a las oportunidades económicas mediante el empleo por cuenta propia o por cuenta ajena;

f. Participar en todas las actividades comunitarias;

g. Obtener acceso a los créditos y préstamos agrícolas, a los servicios de comercialización y a las tecnologías apropiadas, y recibir un trato igual en los planes de reforma agraria y de reasentamiento;

h. Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones.”

- La Convención sobre la eliminación de la discriminación racial (en especial: artículo 5 e)).
- Dictámenes y Recomendaciones de diferentes organismos y organizaciones internacionales (de particular importancia encontramos las del ECOSOC).

De un lado, encontramos tanto obligaciones de carácter procedimental como referentes a materias más sustantivas, concretándose en líneas generales en la autorización por ley de los desalojos, manteniendo como fin la promoción del bienestar general, que siempre deben ser razonables y proporcionales, debiéndose proporcionar una compensación total y justa.

Si bien dicha protección procedimental se aplica a todas las personas, deben ser especialmente observadas en colectivos vulnerables y grupos de afectados, con independencia del tipo de título que mantengan sobre el hogar o los bienes en virtud de la legislación nacional.

Podemos dividir las obligaciones que el Estado debe garantizar en función a tres momentos: antes, durante y después del desalojo, además de un aspecto que debe estar presente en todo momento. Entre ellas cabe destacar:

Antes del desalojo

- Posibilitar a los afectados el acceso a asesoramiento jurídico.
- Establecer un mecanismo mediante el que se pueda llegar a examinar qué alternativas existen, participando en el proceso las partes implicadas.
- Posibilitar el dialogo (real) entre las partes.
- Acreditación de la inevitabilidad del desalojo, observando que no contradice ninguna obligación adquirida en materia de derechos humanos, siendo de especial relevancia las relativas a las mujeres y a los grupos vulnerables y marginados.

Durante el desalojo

- Asistencia de observadores neutrales para garantizar el cumplimiento de las obligaciones en estas materias contraídas por el Estado.
- Desarrollarse el proceso de desalojo en un momento que no resulte especialmente gravoso o penoso (como puede ser el realizarlos por la noche, en fiestas, durante la poca cercana a los exámenes en las escuelas, etc.).

Después del desalojo

- Disposición de alojamiento suficiente.
- Puesta a disposición de atención médica si se produjeran lesiones durante el transcurso del desalojo.
- Reinstalación en otro lugar donde se pueda garantizar, al menos, la cobertura de lo esencial para una vida digna.

Durante todo el proceso

Todas las medidas que puedan adoptarse se encontrarán previstas en la ley. Así mismo, deberán encauzarse a reducir al mínimo los efectos perjudiciales de los desalojos.

Una de las principales paradojas de la globalización es su carácter escasamente global, ya que, pese al notable crecimiento económico experimentado durante las últimas décadas en muchos países y al aumento de renta per cápita de unos mil quinientos millones de seres humanos,⁵ los hechos han probado que el abismo entre riqueza y pobreza se ha incrementado. La ideología establecida en este periodo favorece fuertemente la tesis de la crisis del Estado, aspirando a una reducción de las funciones del Estado, del que únicamente se pretende que favorezca el juego entre oferta y demanda, así como la gestión, en definitiva, de aquello que no es “rentable”.

Existe una frase más que significativa de entre todos los documentos que se han trabajado: “Los Estados adoptarán medidas, hasta el máximo de sus recursos disponibles, para garantizar la igualdad de disfrute del derecho a una vivienda adecuada por todos”⁶. Ante lo que cabe preguntarse: ¿realmente nos encontramos en ese punto? Desgraciadamente, el principal problema para el ciudadano frente a la Administración se encuentra en la exigencia de la aplicación de dichas normas, pues si bien muchos tratados y convenios plantean un mecanismo de control, quejas o denuncias, bien es cierto que el acceso a estos sistemas o bien le está vetado, siendo otros los titulares de dicho derecho, o bien las resoluciones carecen de verdadera fuerza coercitiva. No obstante, en los siguientes párrafos trataremos de dar alguna luz a este punto.

Planteemos la siguiente situación: el artículo 159 CE impone un mandato constitucional por el cual “Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años

⁵RAMONET, Ignacio: “Capitalismo de pánico”, en *Le Monde diplomatique*, nº 150.

⁶Documento de Naciones Unidas A/HRC/4/18: Anexo I del Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado.

de ejercicio profesional”. Si se procediese a nombrar una serie de personas fuera de estos grupos, incluso sin relación alguna con el campo jurídico, no habría duda alguna de que se alzarían con unanimidad voces en contra de tal vulneración, tanto de este precepto como de los derechos fundamentales anexos, en especial el contenido en el artículo 24 CE, relativo a la tutela judicial efectiva y al debido proceso.

Ahora planteemos una segunda situación: el artículo 10.2 CE impone igualmente un mandato constitucional por el que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Si se produjera la no aplicación de las obligaciones descritas en la primera parte de este trabajo, ¿tendría el mismo efecto unánime de repulsa el incumplimiento de las obligaciones que ha asumido el Estado?

Poniendo en relación esta falta de observancia del artículo 10.2 CE, consideramos que sería motivo más que suficiente para considerar una violación del artículo 24 CE, ya que realmente el procedimiento, cualquiera que fuere, se encontraría sesgado. Igualmente, toda ley que establezca cualquier norma contraria a dichas obligaciones del artículo 10.2 CE, al menos las que derivan de forma directa de los convenios y tratados, debería poder ser objeto de control constitucional.

Por otro lado, tradicionalmente el Tribunal Constitucional mantiene un férreo control sobre qué contenido de un derecho no fundamental, si bien tangente, accede al amparo. Sin embargo, en la sentencia del Tribunal Constitucional 119/2001, que posteriormente daría lugar dentro del TEDH al asunto Moreno Gómez, el recientemente fallecido magistrado Manuel Jiménez de Parga y Cabrera expone una postura mediante un voto particular donde, de haberse manifestado, cualquier pretensión ambiental hubiera llegado a ser objeto de tutela en amparo, al considerar que el carácter ambiental está presente en los derechos humanos. Tras este planteamiento se encuentra la idea de evitar el cierre de derechos fundamentales que se encuentran en la Carta Constitucional, más allá de la interpretación del artículo 10.2 CE. Esta posible solución al problema que se nos plantea es ciertamente muy complicada de llevar a la práctica.

Otro aspecto a tener en cuenta es el relativo al artículo 10.2 CE, que mantiene una especial relación con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que no debemos pasar por alto en este caso. El TEDH mantiene que existe una relación estrecha entre las garantías contra los abusos y la existencia de recursos efectivos que permitan obtener un resarcimiento en caso de vulneración de los derechos tutelados. El artículo 13 del CEDH, teniendo en cuenta su relación con el artículo 6 CEDH, no sólo es una garantía material, sino que además es una garantía transversal de los demás derechos humanos, siendo interpretado por el Tribunal de forma que no basta únicamente la existencia formal de recurso, sino que dichos recursos deberán ser adecuados y efectivos para paliar la situación vulnerada, al mismo tiempo que toda norma o medida que impida o dificulte el poder ejercer el recurso de que se trata constituirá una vulneración del acceso a la justicia.⁷

⁷Especialmente, asuntos Klass y Silver.

En el asunto Keenan, el TEDH mantiene que “el recurso exigido por el artículo 13 debe ser ‘efectivo’ en la práctica, así como en la ley. En particular, su ejercicio no debe ser obstaculizado injustificadamente por actos u omisiones de las autoridades del Estado demandado”. Además, en relación con esta sentencia, el asunto Silver señala que “la persona que, razonadamente, se considere víctima de una violación de los derechos reconocidos en el Convenio, debe disponer de un recurso ante una instancia nacional para que se resuelva sobre su reclamación y, si procede, consiga la correspondiente reparación”. Nos encontraríamos, pues, ante una situación donde las omisiones de la regulación de las obligaciones adquiridas son inexistentes más allá de un mero reconocimiento, en el mejor de los casos. Así que si nos planteamos la cuestión de ante qué organismo recurrir y obtener una reparación por una presunta vulneración de las obligaciones señaladas en relación con la inaplicación de los artículos 10.2 y 24 CE, no pudiendo encontrar una respuesta esperanzadora a nivel nacional, es cierto que al menos lo es en lo que respecta al TEDH.

Citando al Dr. León Jiménez: “En las partidas de ajedrez existe una infinita variedad de posibilidades de combinaciones de las piezas del juego. Pero conforme se avanza y defienden las posiciones, las posibilidades se reducen progresivamente, hasta que al final, si no hemos sido buenos jugadores, podemos llegar a una situación de jaque que amenaza catástrofe. En este punto del juego algunos optan por una huida desesperada hacia delante, otros por la resignación y los demás, que no son los menos, se limitan a sorprenderse de su nueva y recién estrenada delicada situación. A muy pocos se les ocurre la solución más drástica: cambiar las reglas del juego”.

6

BREVE ANÁLISIS COMPARATIVO DEL PROCESO EJECUTIVO HIPOTECARIO Y CLAÚSULAS ABUSIVAS EN PAÍSES CERCANOS A ESPAÑA

Estefanía Gómez Lagares
Nuria Agudo Torrado
Araceli Aguado Montiel
Ana María Becerril Hurtado
María Teresa López Moreno

I. Pautas generales sobre la hipoteca. **II.** La Ley 1/2013. **III.** Breve análisis sistema suizo. **IV.** Breve análisis sistema alemán. **V.** Breve análisis sistema francés. **VI.** Ley de Protección del Consumidor. **VII.** Bibliografía.



I. Pautas generales sobre la hipoteca

- La hipoteca es un negocio dispositivo, ya que no se dirige exclusivamente a la conservación y obtención de los rendimientos propios de la cosa, sino que implica la concesión a favor de un tercero de ciertas facultades sobre el inmueble. Es asimilable a una enajenación.
- Es un negocio típico que desempeña una función económica-social. También es un negocio de garantía, porque supone el aseguramiento de una obligación, afección exclusiva de un bien al pago de una deuda.
- Es un negocio consensual de eficacia real inmediata. Se perfecciona por la concurrencia del consentimiento de ambas partes sobre el objeto y se consuma mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad.
- Es un negocio no solemne. El requisito indispensable para que la hipoteca quede válidamente establecida es que el documento en el que se constituya quede inscrito en el Registro de la Propiedad.

1. ¿Qué sucede cuando se dejan de pagar tres plazos del préstamo garantizado con hipoteca? Se produce la cláusula de vencimiento anticipado (693.2 LEC). Esta cláusula permite al prestamista dar por vencida la totalidad del préstamo con anterioridad al plazo establecido, cuando el deudor incumpla su obligación de pago de parte del capital o de los intereses del préstamo.

Se desencadena un procedimiento ejecutivo y sumario:

- Primera copia de la escritura pública de constitución del préstamo y de la hipoteca: es título ejecutivo (título que lleva aparejada ejecución). Intervenida por notario y registrador de la Propiedad.
- Procedimientos judiciales específicos y singulares.
- Rápida ejecución: causas tasadas de oposición (posición del juez).
- Venta en pública subasta.
- Precio de tasación.
- Cubrir con el precio el importe de la deuda que deja de tener el beneficio del plazo previsto.
- Sigue pendiente el resto no cobrado
- El deudor propietario de la vivienda:
 - Pierde la vivienda.
 - Sigue siendo deudor por lo que queda pendiente.

2. Puede ocurrir que la cláusula de vencimiento se considere abusiva. Hay dos requisitos fundamentales:

a. El incumplimiento por el consumidor de una obligación que tenga la consideración de esencial en el contrato:

El incumplimiento de esta obligación justificaría la entrada en juego de la cláusula de vencimiento anticipado.

b. Que el incumplimiento sea lo suficientemente grave, teniendo en cuenta la duración y la cuantía del préstamo.

El cumplimiento de este requisito, en último término, queda al arbitrio del juez que conozca del caso concreto. Uno de los supuestos en los que se considera abusiva esta cláusula es que el incumplimiento se produzca en el período de carencia que muchos préstamos hipotecarios conceden al deudor, ya que el reconocimiento de esta carencia lleva implícita las posibles dificultades de pago de los hipotecados. En otros supuestos, se tiene en cuenta el porcentaje que las cuotas impagadas suponen respecto del préstamo total, debiendo ser considerada abusiva la cláusula si el incumplimiento resulta ser irrelevante.

Quedará a la decisión del juzgador, teniendo en cuenta la “gravedad” del incumplimiento, la consideración de abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo hipotecario.

Ley Hipotecaria. Protección de los consumidores y el contrato de hipoteca. Nueva directiva de la UE

Los Estados miembros de la Unión Europea (UE) han adoptado una nueva Directiva sobre hipotecas para evitar la concesión “irresponsable” de préstamos como los que provocaron la burbuja inmobiliaria en algunos países, entre ellos España.

Esta Directiva pretende “establecer un alto nivel de protección”. La nueva norma eleva los requerimientos de información y transparencia y contempla expresamente la opción de la dación en pago.

Cada uno de los Estados tiene ahora dos años de plazo para trasponer esta Directiva a su legislación nacional.

El objeto de la Directiva es establecer un marco común aplicable a contratos relativos a créditos garantizados mediante hipoteca o garantía similar, en relación con bienes inmuebles de uso residencial.

Detalles:

Información pre-contractual: Los bancos tendrán que entregar a los clientes un folleto estandarizado de información sobre la hipoteca en el que tiene que aparecer la tasa de interés de los préstamos. Esto permitirá a los consumidores comparar ofertas e identificar la más barata y que más se ajusta a sus necesidades.

El folleto avisa de los riesgos asociados con la oferta, por ejemplo, si es de tipo variable o está contratada en una divisa extranjera.

Periodo de reflexión: Los consumidores se beneficiarán de un plazo de tiempo garantizado de siete días antes de quedar vinculados por el contrato de hipoteca, mediante un periodo de reflexión.

Explicaciones adecuadas: Facilitarán explicaciones adecuadas sobre el contrato o contratos de crédito que se ofrecen y servicios accesorios, los riesgos que conlleva y consecuencias de impago, así como la posibilidad de adquisición de productos por separado en el seno de una venta combinada.

Pruebas de solvencia: La Directiva obliga al prestamista a evaluar la solvencia del consumidor antes de conceder la hipoteca, así como divulgar las obligaciones que asume el acreedor. Si el resultado de la evaluación de solvencia es negativo, la entidad deberá denegar la hipoteca.

Derecho a reembolso de la hipoteca: La Directiva reconoce el derecho de los consumidores a reembolsar la hipoteca antes de su vencimiento. Y deja a los Estados miembros libertad para imponer el pago de una “compensación justa” al banco.

Dación en pago: La Directiva impide que los Estados miembros se opongan a la dación en pago si las dos partes la acuerdan expresamente en el contrato de crédito. Además, exige a los bancos que se muestren “razonablemente tolerantes” en el caso de clientes con graves dificultades de pago y se agoten todas las vías posibles antes de iniciar un procedimiento de desahucio.

Cuando un ciudadano deja de pagar la hipoteca, la norma exige que la propiedad se venda por el mejor precio posible y que el banco facilite el pago de la cantidad pendiente con el fin de evitar que los consumidores estén sobreendeudados durante largos periodos. Así, se prevén mínimos inembargables en salarios y pensiones.

Sin productos vinculados: Los consumidores se beneficiarán de una mayor competencia, porque se prohíbe ligar la concesión de la hipoteca a la adquisición de otro producto financiero de un proveedor específico. No obstante, este vínculo se permitirá en algunos casos, como cuando se trata de seguros o de productos de ahorro.

Mercado único hipotecario: Se apuesta por un mercado único hipotecario más eficaz y competitivo. Por ello, se crea un pasaporte europeo que permita a los intermediarios de crédito autorizados en un Estado miembro ofrecer sus servicios en toda la UE, como ya ocurre, por ejemplo, con los fondos de inversión. Los intermediarios tendrán

derecho además a acceder de forma no discriminatoria a las bases de datos sobre historial de crédito de sus clientes.

II. La Ley 1/2013

Analicemos las novedades y modificaciones que surgen a partir de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, *de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, como contexto del procedimiento de ejecución hipotecaria y en relación a las cláusulas abusivas.

La introducción de esta norma en el ordenamiento jurídico español se produce como consecuencia del pronunciamiento de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La sentencia a la que hacemos referencia se conoce como el “Caso Aziz”. Esta constituyó el marco contextual en el que se desarrolló el litigio entre una entidad de crédito y uno de sus clientes. El objeto del litigio era que el TJUE estudiase la cuestión en relación a una posible vulneración de la tutela judicial efectiva del ejecutado hipotecario y el derecho a una vivienda digna y adecuada.

Una de las principales cuestiones que se plantean en este caso es la relativa a la potencial vulneración de la normativa comunitaria del proceso ejecutivo hipotecario español, ante la imposibilidad de alegar la abusividad de cláusulas del préstamo en el proceso ejecutivo, así como la ausencia de previsión de que dicha abusividad no pueda ser apreciada de oficio por el juez de la ejecución.

En concreto, nos referimos a la imposibilidad del juez nacional de controlar de oficio la naturaleza abusiva de las cláusulas contenidas en los préstamos hipotecarios.

Modificaciones introducidas por la Ley 1/2013

Con el fin de apreciar la abusividad de una cláusula, esta ley diferencia dos momentos procesales distintos:

- En primer lugar, en el momento de admisión de la demanda ejecutiva o al despacharse la ejecución.
- En segundo lugar, en el momento de oposición del deudor ejecutado, una vez despachada la ejecución.

Los objetivos que pretende cumplir la Ley 1/2013, en relación con las exigencias del TJUE, son dos:

- Permitir el control de oficio de la abusividad de las cláusulas del préstamo hipotecario.
- Descartar otros mecanismos que impliquen una intervención del juez de un eventual proceso declarativo en el desarrollo del proceso de ejecución hipotecaria.

Es importante destacar, en relación con las modificaciones de la presente Ley en relación con la apreciación de cláusulas abusivas, el artículo 7.3:

“Cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquellas consideradas abusivas.”

III. Breve análisis sistema suizo

En primer lugar, hay que destacar que presenta bastantes similitudes al sistema alemán, aunque el sistema de adquisición de los derechos reales es distinto.

Esa diferencia se hace patente, sobre todo, en el sistema suizo del título y modo, en los bienes muebles; el modo es la entrega o tradición, y en los bienes inmuebles, tratándose de adquisiciones derivadas de negocios jurídicos, la inscripción equivale a la entrega.

En todo sistema (da igual el país que sea) el principal y primordial principio que rige es el de legalidad en conexión con otros. En el caso de Suiza juega un papel de relativa importancia el principio de legitimación (entre otros).

Esto así debido a que se rige por el principio de “folio real”; la inscripción es constitutiva para el nacimiento de los derechos reales sobre los bienes inmuebles. Sigue el sistema de *numerus clausus*, los derechos reales inscribibles sólo son los que de manera expresa admite la ley y, por tanto, el ordenamiento jurídico.

En cuanto a los principios de fe registral y legitimación, podemos establecer que operan de igual forma que en el sistema alemán.

El artículo 937 CC suizo dispone que: “Tratándose de bienes inmuebles inmatriculados en el Registro de la Propiedad, la presunción del derecho y de las acciones posesorias sólo corresponden a la persona inscrita”.

Y en relación con los efectos a terceros de la inscripción, no se diferencia entre adquisición onerosa o gratuita. Así lo dispone el artículo 973 CC suizo: “El que adquiera la propiedad u otros derechos reales basándose de buena fe en una inscripción del Registro será mantenido en su adquisición”.

La organización del Registro en Suiza varía según los diversos cantones (división administrativa y territorial de algunos países que está dotada de cierta autonomía política). De forma general, el encargado del Registro recibe el nombre de “conservador de hipotecas”. Suele ser un funcionario municipal o cantonal, frecuentemente el secretario del ayuntamiento, aunque puede darse el caso de que la función sea realizada por los secretarios de los juzgados.

Suiza, dada la situación de crisis existente, motivada en este país principalmente por el exceso de liquidez tradicional, o exceso de “ladrillos”, busca solución en cuanto al tema de la hipoteca, allí denominadas “hipotecas a la suiza o hipotecas que nunca se pagan”.

Por ley, el banco no financia más del 65% del valor total del inmueble. Para poder financiar cantidades superiores es necesario hacer una segunda hipoteca.

El interés de esta segunda hipoteca oscila entre el 0,5 y el 1 por ciento más que la primera hipoteca (más dinero prestado implica mayor riesgo de impago y, por lo tanto, el dinero prestado es más caro).

Existen dos formas de amortizar las hipotecas:

a. Amortización directa: el hipotecado paga de forma periódica el interés y amortización a la entidad que emite la hipoteca (como ocurre en España).

b. Amortización indirecta: la hipoteca se amortiza “de un golpe” en algún punto del futuro (normalmente después de la jubilación).
Valor de la deuda = 100% de la hipoteca + intereses. Esta cantidad de intereses es constante hasta que se amortiza la deuda con el banco de una sola vez y en un solo pago.

En el momento en el que se contrae la deuda con el banco, el hipotecado paga un importe periódico a un fondo de pensiones, en una cuenta especial llamada “tercera columna”.

El dinero que se paga a esta cuenta sólo se puede utilizar, como pronto, cinco años antes de alcanzar la edad de jubilación y sólo para pagar la hipoteca.

Truco: esta cuenta llamada “tercera columna” (cuenta de ahorro) se beneficia de unas condiciones fiscales muy positivas; además, el interés que el fondo de pensiones aplica a esta cuenta es superior al que aplica al resto de cuentas del fondo.

Cuando llega la hora de pagar la hipoteca “de un golpe”, el hipotecado tiene en su fondo de pensiones, en su “tercera columna”, un dinero que, sumado a los intereses generados más el ahorro fiscal, sirve para pagar la hipoteca al banco en condiciones más ventajosas, mucho más baratas, que si hubiera pagado periódicamente al banco para amortizar su hipoteca.

Resultado: la hipoteca sale más barata.

IV. Breve análisis sistema alemán

La legislación alemana toma como base para su creación a los autores del proyecto de Código Civil alemán. El régimen hipotecario de Alemania se basa en la existencia de dos libros inmobiliarios, el libro catastral y el registro del derecho de propiedad. En dicho país se halla catastrada toda la propiedad inmueble, formada por un registro topográfico y material de todas las heredades y parcelas en que se halla dividido el territorio.

El libro catastral describe el estado material, su naturaleza, forma, cabida, valor, etc., y refleja todas sus alteraciones y mudanzas.

La originalidad del registro alemán consiste en inscribir y publicar las fincas como categorías con existencia propia, independientemente de cuál sea su propietario.

Este registro tiene un valor sustantivo, es decir, es un verdadero protocolo de matrices (de ahí ese valor); a diferencia del nuestro, el cual está constituido por copias o extractos de escrituras.

Hipoteca ordinaria y deuda inmobiliaria: diferencia entre una y otra

En Alemania existen dos clases de hipotecas: por un lado, la denominada hipoteca ordinaria, y por otro lado, la deuda inmobiliaria.

La hipoteca ordinaria se puede definir como el derecho real accesorio de una obligación personal. Es idéntica a la de nuestra Ley Hipotecaria. Existía en la antigua legislación alemana, y de esta pasó a las leyes de 1872, donde fueron acogidas en el proyecto de Código Civil.

En cuanto a la deuda hipotecaria, podemos establecer que se encuentra constituida sobre bases distintas de la clásica y tradicional. Este tipo de hipoteca alemana no es un derecho real accesorio, porque no depende de ninguna obligación preexistente, es decir, vale por sí misma y tiene vida propia, y además puede negociarse a la orden mediante un endoso.

En conclusión, por el primer sistema, la hipoteca es un accesorio de la deuda u obligación personal, y por el segundo, la deuda es un accesorio de la hipoteca.

Cancelación de hipoteca y de deuda inmobiliaria, en caso de no ser conocido el acreedor

La cancelación de las hipotecas y de la deuda inmobiliaria, cuando no se hace por contrato real, la obtiene el propietario del inmueble gravado acompañando a la petición la cédula o cédulas hipotecarias o inmobiliarias recogidas del acreedor y, además, un recibo o carta de pago otorgada por este.

Puede suceder cuando el propietario trate de pagar su deuda y liberar de la hipoteca constituida su finca. En tal hipótesis, el acreedor deberá promover expediente, que ha de sustanciarse por el procedimiento denominado análogo al de liberación de las hipotecas legales. Una vez publicados los edictos correspondientes, el tribunal certifica que el derecho que se trata de cancelar ha sido publicado en la forma prevenida por la ley y, por último, el juez-registrador verificará la cancelación.

Cláusulas abusivas (no negociadas)

Entendemos por cláusula abusiva toda aquella cláusula establecida no negociada individualmente, es decir, que viene predispuesta por una de las partes (en contradicción con el principio de buena fe), causando un gran desequilibrio en los derechos y obligaciones entre las partes en perjuicio del consumidor. Además, en la legislación están consideradas como nulas de pleno derecho, aunque esto no implica la nulidad del contrato.

En comparación con España, la predisposición de estas cláusulas abusivas en Alemania es más leve. En España se ejecutan por dejar de pagar el 1% de la hipoteca, a diferencia de Alemania, donde se hace necesario el incumplimiento de dos pagos consecutivos que representen, al menos, el 10% de la deuda, o el 5% cuando se trate de contratos de préstamo con un plazo superior a tres años y siempre que el prestamista haya concedido al deudor un periodo de dos semanas para cumplir antes de resolver.

En Alemania los intereses no pueden superar el 3%, incluso en otros países europeos este interés no puede superar más de 1 o 2 puntos y está fijado en el tipo legal. Además se permite aplicar intereses de demora una vez anulada la cláusula, cuando anteriormente se impedía su integración. Por lo que podemos observar que España sigue sin el sistema habitual de la Unión Europea.

V. Breve análisis sistema francés

El artículo 711 del Código Civil francés enuncia los modos de adquirir la propiedad: la donación, la sucesión y las obligaciones o contratos. Si nos fijamos en este

último, más concretamente en su sistema consensual, veremos que para transmitir la propiedad sólo se necesita el acuerdo de voluntades de las partes, no siendo necesaria su entrega o inscripción (a excepción del derecho de hipoteca).

Crédito hipotecario:

El Banco de Francia ha fortalecido los requisitos para adquirir un crédito hipotecario como consecuencia de la crisis financiera. Endureciendo la concesión de dichos préstamos, que en este país tienen bajas tasas de interés, y no contemplando el esquema de hipotecas inversas o “en reversa” (que son una operación financiera destinada sobre todo a personas mayores de 65 años o personas dependientes mediante la que se puede convertir a dinero el valor patrimonial que representa la propiedad de su vivienda, sin tener que perder la titularidad). Debido a las bajas tasas de interés del euro, en Francia los intereses hipotecarios oscilan entre el 2,45% y el 3,95%, porcentajes que están entre los más bajos de la historia.

A pesar de este endurecimiento para la concesión de estos préstamos, en Francia encontramos hipotecas con un tipo fijo del 3,30% a 20 años, mientras que si nos fijamos en el tipo español, vemos que se establece en torno a un 6%.

Como regla general, el importe que conceden los bancos de préstamo hipotecario y el número de años de la hipoteca dependen del salario del solicitante, y su aportación suele ser equivalente a una tercera parte de su nómina total mensual.

Sistema de amortización y comisión de sobreendeudamiento:

El país galo se caracteriza por un sistema de amortización y la comisión de sobreendeudamiento.

El sistema de amortización:

Al principio de las hipotecas se paga mucho más interés que capital, mientras que en los últimos años, casi todo lo que se paga es capital y los intereses son bajos. Este método de amortización es una consecuencia lógica de poseer cuotas constantes.

Por eso, si queremos calcular la relación entre los intereses y la amortización o la cuota mensual, debemos tener en cuenta factores como el capital prestado, el tipo de interés y el tiempo de vida del préstamo. La clave de este sistema está en que cada mes se deben pagar los intereses del préstamo que falta por amortizar; por eso, cuanto más capital tengamos que devolver, más altos serán los intereses. Por tanto, como al comienzo de la vida del préstamo tenemos mucho capital por devolver, los intereses son más altos que cuando avanza el tiempo. Y como queremos que la cuota sea constante, pues al principio no podemos amortizar tanto capital, puesto que tenemos que pagar obligatoriamente los intereses.

Si se restringe la cuota fija, encontramos otras formas diferentes de amortizar, pero siempre con un mismo requisito: pagar los intereses pendientes. Cuando varía el tipo de interés, la cuota no puede permanecer constante a no ser que cambie también el plazo del préstamo y que los intereses no excedan la cuota fija. Por ello, lo que usualmente se hace es aumentar la cuota.

La comisión de sobreendeudamiento:

Esta comisión está sometida al Banco de Francia, el cual se encarga de mediar cuando no haya consenso entre el hipotecado y la entidad. Cuando no se puede hacer frente a la hipoteca, existe el llamado “restablecimiento”, que se basa en la venta de las propiedades del deudor hipotecario para anular así su deuda.

Francia es un país con bastante experiencia en estas cuestiones, que son tratadas en la Ley de 31 de diciembre de 1989, modificada por sucesivas leyes de 1995, 1998 y 2010, creando un cuerpo normativo sobre las situaciones de sobreendeudamiento de los particulares. Posteriormente, ha ido ajustándose y mejorando con el objeto de dar soluciones jurídicas diversas. Estas normas están incorporadas al *Code de la consommation* (Código de consumo francés), que facilita su sistematización y, con ello, el conocimiento por los particulares.

Estas comisiones, antiguamente, se creaban por voluntad del legislador para evitar el exceso de crédito sobrevenido de las familias, conocido como sobreendeudamiento pasivo. Este procedimiento se denegaba a aquellas personas que se endeudaban debido a una gestión descontrolada del crédito (endeudamiento activo).

Desde el comienzo de su creación, lo fundamental fue la instauración de un doble mecanismo: por un lado, de prevención, y por otro, de tratamiento. El mecanismo de prevención consiste en la creación de un fichero negativo (FICP: *Fichier des incidents de remboursement des crédits aux particuliers*), el cual está dirigido por el Banco de Francia. El mecanismo de tratamiento consiste en la intervención, primero, de las comisiones administrativas, y posteriormente, de los órganos jurisdiccionales.

Este proceso de sobreendeudamiento sólo puede ser solicitado por las personas físicas no profesionales de buena fe domiciliadas en Francia. El proceso consta de las siguientes fases:

a. Análisis preliminar y de orientación del expediente

Iniciado el procedimiento a petición del particular, la Comisión efectúa un estudio sobre la admisibilidad de la petición. Esta fase no puede exceder las 48 horas.

Las decisiones que se adoptan en esta fase pueden ser dos: la declaración del sobreendeudamiento manifiesto del deudor o la desestimación de la petición y archivo del procedimiento iniciado. Aunque el deudor y los acreedores del deudor legitimados podrán recurrir esta decisión ante la jurisdicción ordinaria.

b. Instrucción preliminar del expediente

En esta fase se determinará la situación de sobreendeudamiento. La duración no puede superar las seis semanas.

c. Fase de conciliación

En esta fase se procura poner de acuerdo a las partes para elaborar un convenio de saneamiento de la situación económica del deudor, el cual tiene naturaleza contractual. En la elaboración de dicho convenio puede exigirse al deudor que haga determinados esfuerzos como la realización de actuaciones que faciliten o garanticen el pago de la deuda, o viceversa, que no actúe de manera que pueda perjudicar más su situación.

VI. Legislación sobre protección del consumidor

La protección al consumidor ha sido objeto de innumerables regulaciones, especialmente a nivel europeo. Por este motivo, en Alemania la protección al consumidor no se encuentra regulada en un solo cuerpo legal, es decir, el consumidor tiene un amplio derecho a la información.

En todos los países de la Unión Europea existen oficinas especiales constituidas que tienen como fin informar al consumidor sobre la normativa tendente a la protección del consumidor y sobre sus derechos.

El consumidor tiene derecho a reclamar una indemnización por daños y perjuicios cuando el producto es defectuoso. Asimismo, deben respetarse a la hora de celebración de un contrato entre un consumidor y un empresario las normas de protección contra cláusulas abusivas

VII. Bibliografía

Sobre el contrato de hipoteca:

MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: *El contrato de hipoteca inmobiliaria*, Aranzadi, 2010.

- Derecho civil III. El derecho real de Hipoteca

Sobre las cláusulas abusivas:

- **SERRA RODRÍGUEZ, Adela:** *Cláusulas abusivas en la contratación*, Aranzadi, 2002.
- Protección de los consumidores y cláusulas abusivas. Especial referencia a las cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios. (pdf)
- El notario ante las cláusulas abusivas

Sobre las hipotecas en Suiza:

- Hipotecas a la suiza o la hipoteca que nunca se paga: una idea para los pisos de bancos

Sobre las hipotecas en Alemania:

- Los procesos ejecutivos y la Directiva de cláusulas abusivas

Sobre las hipotecas en Francia:

- Francia endurece requisitos para otorgar créditos hipotecarios
- Carencias legislativas en la regulación del sobreendeudamiento de persona física y la originalidad del sistema francés

3

Interés general y función social

1

LA OFICINA EN DEFENSA DE LA VIVIENDA

José María Márquez Pinto

Técnico de la Delegación Territorial de Fomento, Vivienda, Turismo y Comercio de Huelva. Junta de Andalucía

I. La Oficina en Defensa de la Vivienda. **II.** El Programa Andaluz en Defensa de la Vivienda. **III.** El Código de Buenas Prácticas. **IV.** La suspensión de los lanzamientos y la expropiación temporal del uso de la vivienda por la Junta de Andalucía. **V.** Conclusión



Introducción al problema de la vivienda

La situación actual del mercado de la vivienda en España

Sin entrar en excesivos detalles que no son objeto del presente trabajo, sí hemos al menos de tener en cuenta una serie de características que son predicables del mercado de la vivienda en España en el momento actual.

Por un lado, nos encontramos con un parque sobredimensionado, con multitud de viviendas vacías o desocupadas; pero por otra parte, y paradójicamente, nos encontramos también con el hecho de que dicho parque de viviendas se encuentra geográfica y socialmente mal repartido, con importantes sectores de la población que sufren fuertes dificultades de acceso por el elevado precio de las mismas en un primer momento y por la escasez de recursos económicos en el momento actual.

Habría que sumar a las anteriores características del mercado de la vivienda una consideración de carácter psicológico o tradicional, cual es la de entender la propiedad como la principal vía de satisfacción de la necesidad de vivienda, lo que hace que buena parte de la población haya tendido siempre de manera sistemática a la compraventa mediante el necesario recurso al sistema bancario, desechando la posibilidad del alquiler como alternativa. A este hecho contribuyó, sin duda, tanto el elevado precio de los alquileres por una parte, como la bonanza económica de la población que precedió a la actual situación de crisis.

Ni que decir tiene que, en el momento actual, buena parte de la población se decanta ya por el alquiler como forma de acceder a la vivienda, bien por la imposibilidad de acceder a una nueva situación de propiedad –si dejaron deudas subsistentes de una anterior ejecución hipotecaria–, bien por propio convencimiento de evitar relaciones contractuales –hipotecarias– a muy largo plazo en una situación de incertidumbre económica, o bien, por último, por la escasez de crédito inmobiliario que impide directamente la compra de inmuebles.

Notas sobre la actual crisis económica y financiera internacional

Un sector como el de la vivienda viene íntimamente ligado a la actividad económica y a las vicisitudes o vaivenes que dicha actividad pueda sufrir en determinados periodos.

En el momento actual, con la elevada tasa de paro existente y la destrucción de buena parte del tejido empresarial, resulta obvio que se ha producido una ralentización de toda la actividad económica.

Dicha ralentización y dichas tasas de desempleo han afectado muy especialmente a

la población juvenil, población que, por edad, constituiría una buena parte del sector que ha de proveerse de una vivienda para satisfacer sus necesidades, ligadas al natural hecho de la emancipación.

Por otra parte, la propia situación del sector económico-financiero, con numerosas entidades crediticias con falta de liquidez y una elevada tasa de morosidad, está determinando una importantísima disminución de la concesión de créditos a particulares y la necesidad por parte de dichas entidades de aceptar como pago de sus anteriores operaciones crediticias promociones de vivienda nueva a las que la situación económica de crisis les ha afectado de pleno, en lo que ha venido a llamarse explosión de la burbuja inmobiliaria.

Por último, añadido a todo lo anterior, encontramos también que familias enteras han perdido sus empleos y encuentran serias dificultades para el pago de unas hipotecas que contrataron en unas circunstancias bien distintas y a las que en el momento actual no pueden hacer frente.

La persona ante esta nueva situación

Esta situación es, como hemos dicho, extremadamente novedosa, y viene a afectar a un grupo de personas con una vida social y económica que podríamos calificar como “normalizada” o común. Suelen ser, en la mayor parte de los casos, personas o unidades familiares tradicionalmente no demandantes de ayudas públicas, alejadas de los canales que pueden ofrecer servicios sociales, administraciones públicas y otro tipo de organizaciones no gubernamentales.

Al afectar, además, a algo tan básico y elemental como la vivienda, y junto al lógico desconocimiento del proceso de ejecución hipotecaria o desahucio que en ocasiones perciben erróneamente como algo que va a acaecer siempre de manera inmediata o inminente, son personas que se encuentran bajo una gran presión psicológica y, en ocasiones, con verdadera angustia vital.

El exceso de información en los medios de comunicación social, con la aparición continua de situaciones o casos verídicos que se resuelven de manera favorable algunas veces, o de manera fatalista otras, incrementa, aún más, la propia presión psicológica de estas familias.

Por otra parte, existe también un exceso de información sobre las nuevas medidas legislativas que, en ocasiones, lleva a las personas que se ven inmersas en situaciones de dificultad económica a pensar que dichas medidas (o incluso resoluciones judiciales, directivas de la Unión Europea, etc.) van a resolver de manera inmediata y definitiva su problema hipotecario, sin tener en cuenta que buena parte de dichas nuevas medidas ni son definitivas, sino sólo temporales (caso de la reestructuración hipotecaria, por ejemplo), ni son siempre predicables de todos los supuestos, por contemplar las normas supuestos de hecho distintos o exigir el cumplimiento de unos requisitos que no siempre se dan.

Ante la demanda social: necesidad de una respuesta institucional

Ante la situación descrita, surge una necesidad de respuesta por parte de las instituciones y, muy especialmente, por aquellas administraciones implicadas con competencias en materia de vivienda, como es el caso de la Consejería de Fomento y Vivienda de la Junta de Andalucía.

Surgen así, pues, los siguientes órganos e instrumentos de carácter novedoso para dar cobertura a las situaciones descritas, y que podríamos sintetizar:

1. La Oficina en Defensa de la Vivienda
2. El Programa Andaluz en Defensa de la Vivienda
3. Los nuevos instrumentos legales:
 - El Código de Buenas Prácticas
 - Suspensión de lanzamientos
 - La expropiación forzosa del uso de la Junta de Andalucía

I. La Oficina en Defensa de la Vivienda

1.1. Qué es la Oficina en Defensa de la Vivienda

La Oficina en Defensa de la vivienda es la materialización administrativa del Programa Andaluz en Defensa de la Vivienda. Como tal, la constituye un centro o unidad administrativa dentro de la Delegación Territorial de Fomento, Vivienda, Turismo y Comercio.

No reviste las características de un órgano administrativo jurídicamente hablando, si bien, existe como tal en cada Delegación Territorial de la Consejería, en todas las provincias de Andalucía.

1.2. Quiénes la forman

Está integrada por funcionarios de la Consejería de Fomento y Vivienda, siendo la preferencia en la composición de la misma la de auxiliares administrativos y licenciados en Derecho.

En Huelva, concretamente, está formada por un auxiliar administrativo, un arquitecto técnico y un licenciado en Derecho, bajo la coordinación de la Sección de Vivienda Protegida y del Servicio de Vivienda, donde se integra físicamente.

1.3. Qué funciones tiene

Básicamente, tiene una función de asesoramiento en asuntos relacionados con la vivienda habitual y permanente.

Buena parte de esta labor de asesoramiento se centra en la información sobre la nueva regulación sobre deudores hipotecarios, las nuevas posibilidades a las que, llegado el caso, se puede acoger el ciudadano afectado con el fin de bien reestructurar la deuda, bien saldar completamente la misma mediante la dación en pago, o bien evitar lanzamientos inminentes mediante la suspensión de los mismos en los casos previstos legalmente.

1.4. Qué labor realiza

La labor que realiza la Oficina es, como ha sido dicho, la propia del asesoramiento, entendido como acción de asesorar, que en su primera acepción significa “dar consejo o dictamen”.

Así pues, podríamos sintetizar la labor de la Oficina como aconsejar, previo estudio y dictamen técnico, a aquellas personas que, pasando por dificultades económicas, se ven imposibilitadas de hacer frente al pago puntual de sus obligaciones hipotecarias, con el consiguiente riesgo de pérdida de su vivienda.

Para ello, y como primera tarea a realizar por la Oficina, se procede a la recopilación de toda la documentación de relevancia sobre la vivienda que pueda poseer el usuario (escrituras de compraventa, hipotecas, escritos judiciales, requerimientos, etc.), siendo indispensable en otras ocasiones, con carácter previo, efectuar una labor de ayuda en la obtención de los citados documentos, ya que no son pocas las veces que la familia carece incluso de ellos.

Tras esta primera labor, se estudia la situación económica y financiera de la familia, analizando para ello el nivel de ingresos y de endeudamiento añadido que pueda estar soportando, a fin de valorar las posibles soluciones o la prevalencia en la satisfacción de los créditos que pueda resultar más ventajosa a la unidad familiar en orden a la conservación de la vivienda.

De igual modo, se comprueba, con la documentación recabada, si se está dentro de los supuestos legales para la aplicación de los beneficios que recoge la nueva regulación, proponiendo el acogimiento a alguna de las soluciones que puedan existir, con la exposición adecuada del escenario en el que se encuentra su situación y las

posibilidades reales de acaecimiento de las distintas hipótesis de solución o de ejecución hipotecaria, en su caso, con indicación de plazos previstos, tiempos de espera, etc.

1.5. Características de la intervención

Las características fundamentales de la labor en que se materializa la intervención de la Oficina se podrían sintetizar del siguiente modo:

1. Intervención como asesoramiento, en el sentido antes expresado de elaboración de dictamen y formulación de consejo de carácter técnico.
2. Realización de trámites directamente por el interesado, no por la Oficina. Es el propio interesado el que ha de firmar las peticiones de actuación a bancos, cajas, oficinas del Defensor del Cliente, etc., así como quien ha de recabar la documentación que ha de acompañar a las citadas solicitudes a entidades financieras, etc.
3. Ayuda por parte de la Oficina en gestiones básicas, en muchos casos elementales, que algunos grupos de ciudadanos no son capaces de efectuar por sí mismos (correos, llamadas telefónicas, contactos con personal de su entidad bancaria, aclaraciones con servicios jurídicos de entidades, etc.).
4. Ausencia de representación y de postulación en nombre de los interesados, elemento este fundamental a la hora de actuar en situaciones en las que se haya producido ya la judicialización del problema y exista un procedimiento de ejecución hipotecaria. En estos casos, se procede a instar a la presentación de la solicitud para obtener el nombramiento de abogado y procurador de oficio.
5. Flexibilidad, ausencia de rigidez en el procedimiento. Dado que el procedimiento ante la Oficina no persigue una resolución o declaración del órgano administrativo, sino tan sólo una labor de asesoramiento o guía técnica en el desenvolvimiento de una situación de crisis económico-financiera por parte de las familias, el proceso como tal ante la Oficina viene presidido por la flexibilidad absoluta tanto en la aportación de documentos como en la formulación de las diversas propuestas.
6. Inmediatez, contacto directo y claro con el ciudadano, con el uso de un lenguaje llano y coloquial, sobre todo en lo atinente a las distintas consecuencias que pueden darse en función de la opción elegida por este.
7. Objetividad tanto en la información ofrecida como en el manejo de las distintas hipótesis de actuación, derivada de la ausencia de un interés particular concreto por parte de la Oficina.
8. Es el interesado quien toma la decisión concreta de su actuación entre las posibles que se le ofrecen. Dada la importancia y la repercusión inmediata que

puede tener la decisión adoptada, es el propio ciudadano el que elige el plan de actuación o las medidas que quiere llevar a cabo en cada caso, una vez ha recibido cumplida información al respecto.

II. El Programa Andaluz en Defensa de la Vivienda

El principal objetivo del programa es el de constituirse en un servicio público y gratuito que pueda dar respuesta o atención social a la difícil situación de muchas familias en relación con la vivienda en Andalucía mediante una triple perspectiva: La prevención, la intermediación y la protección.

2.1. La prevención

Es, sin duda, este aspecto el de menor importancia cuantitativa y cualitativa en la labor de la Oficina. La labor de prevención se centra en la información y el asesoramiento a las familias que se encuentran en una situación previa a la contratación de una hipoteca.

Como hemos puesto de manifiesto anteriormente al tratar de explicar la situación del mercado inmobiliario y crediticio español, ante las dificultades de acceder actualmente a viviendas en régimen de compraventa, y ante las no menos dificultades para obtener la financiación requerida para ello, la actividad de la Oficina en la faceta de la prevención es prácticamente nula o inexistente.

Sin embargo, sí podríamos encuadrar dentro de esta labor de prevención un tipo de actuación por parte de la Oficina relativa a la prestación de información y asesoramiento previos a entrar en situaciones de impago de hipoteca. Esta labor tiene su encuadre en situaciones en las que las familias no sólo soportan la carga hipotecaria, sino que deben satisfacer, además, otra serie de obligaciones crediticias, como préstamos personales, recursos a financieras, tarjetas de crédito, etc.

En estos casos sí se puede entender como labor de prevención la realización de un estudio de la capacidad económico-financiera de la familia y de las posibles repercusiones de eventuales situaciones de impago en los diversos compromisos crediticios en los que se encuentran, a fin de optar adecuadamente por la satisfacción en primer lugar de aquellos créditos que comprometan con mayor seriedad e inminencia el uso y disfrute del domicilio familiar.

No son pocas las ocasiones en las que, ante una mayor agresividad por parte de los gestores de cobros de financieras y tarjetas, las personas optan por abonar antes estas y desatender el pago de las obligaciones hipotecarias, con el riesgo que ello supone.

2.2. La intermediación

La intermediación en la Oficina en Defensa de la Vivienda se configura como un servicio de mediación entre las familias y los bancos que garantice las mejores condiciones posibles para la satisfacción o la liquidación, en su caso, de la deuda contraída por las personas afectadas.

Pese a ello, realmente no podemos afirmar que nos encontremos ante un servicio de “negociación” al uso o en sentido estricto. Y ello no solo derivado de la escasez de medios con los que cuenta la Administración, sino, sobre todo, también por el hecho de la falta de poder decisorio por parte del personal de las oficinas bancarias y la centralización de las decisiones al respecto en las sedes centrales y servicios jurídicos de las entidades. Ello hace que no sea posible, en la mayoría de los casos, encontrar un interlocutor válido con el que “negociar” en el sentido común de la palabra.

La intermediación se centra más, en la práctica diaria, en la realización de escritos fundamentados en Derecho que son facilitados a los usuarios a fin de que estos formulen sus peticiones con la debida acreditación y constancia documental y así provocar una respuesta –también por escrito– por parte de la entidad bancaria.

Conviene poner de manifiesto en este punto la enorme reticencia de las entidades bancarias a facilitar documentos a los usuarios que contengan cualquier tipo de propuesta, opción, etc. Ello abunda, como un elemento más, en la idoneidad de la actuación por parte de la Oficina mediante el constante uso de escritos dirigidos a las entidades, a fin de documentar adecuadamente los intentos de negociación y transacción, así como las declaraciones de voluntad y actuaciones de los usuarios de cara a lograr solucionar las situaciones de crisis económica en las que se ven envueltos.

Y sirve también, en muchas ocasiones, para poner de manifiesto la inactividad o falta de respuesta de las entidades, incluso contraviniendo, de este modo, las obligaciones que tienen contraídas con la aceptación de lo dispuesto en el Código de Buenas Prácticas, lo cual ya está dando sus frutos como alegaciones ante los juzgados y tribunales que prosperan en favor de los usuarios.

Los tres ejes principales sobre los que pivota la actuación de la Oficina en el caso de la intermediación se podrían resumir de la siguiente forma:

- Estudio de la capacidad económica actual de cada familia. Muy especialmente ha de comprobarse si la precariedad económica ha sido un hecho sobrevenido como consecuencia de la crisis, o si, por el contrario, obedece a una situación preexistente.
- La mediación/relación con la entidad financiera correspondiente dirigida tanto a la comprobación de las relaciones cliente-banco, así como a la disponibilidad o no de la entidad bancaria para ofrecer algún tipo de solución a la situación.

- La atención social en caso de que sea necesario mediante la derivación a los Servicios Sociales pertinentes.

2.3. La protección

Esta parte del programa, dada la gravedad e inminencia de la situación en la que pueden verse las familias que demandan protección, depende directamente de la propia Consejería de Fomento y Vivienda, si bien, en la fase inicial de recopilación de la documentación necesaria, la que actúa es la Delegación Territorial.

La actuación se centra en familias que se encuentran en extremo riesgo de exclusión social (personas dependientes, con menores a su cargo, familias numerosas, monoparentales...) que están a punto de ser desalojadas de su vivienda habitual y permanente.

Lo que se pretende es facilitar a la familia cuanto antes una vivienda de su parque público o del parque público municipal, como medida de realojo provisional en régimen de alquiler social, que pueda evitar la desprotección y situación de desamparo a la que pudiera verse avocada como consecuencia de un desalojo inminente.

Entre otras cuestiones, la labor de la Oficina se centra en facilitar información y confeccionar las peticiones fundamentadas para presentar ante los organismos correspondientes relativas a:

- Acceso a viviendas protegidas, mediante la remisión al Registro Municipal de Demandantes de Vivienda que corresponda en función del municipio de residencia.
- El fondo social de viviendas de los bancos, mediante la solicitud al banco que va a efectuar el lanzamiento si este es de los que procedieron en su día a la firma del convenio por el que se creaba el citado Fondo Social.
- Solicitud de suspensión del lanzamiento (Ley 1/2013), mediante la preparación del escrito dirigido al juzgado que esté conociendo del asunto, con la aportación de los documentos preceptivos si se encuentran dentro de los supuestos legalmente prevenidos.
- Solicitud de expropiación forzosa del uso de la vivienda (Real Decreto-ley 6/2013 y Ley 4/2013), igualmente mediante la preparación de los documentos necesarios y el inicio de la tramitación del procedimiento actualmente recurridos ante el Tribunal Constitucional.

III. El Código de Buenas Prácticas

El Código de Buenas Prácticas es la gran herramienta de trabajo con la que viene actuando la Oficina en Defensa de la Vivienda, ya que el mismo contiene, de facto, las dos grandes opciones que son susceptibles de ser instadas por los usuarios con dificultades en el pago de sus obligaciones hipotecarias.

3.1. Objeto

Establecer medidas conducentes a procurar la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria.

Bajo esta definición se encuentran, en realidad, las dos grandes medidas a las que pueden acogerse las personas con dificultades hipotecarias: por un lado, la reestructuración de la hipoteca mediante la introducción de un periodo de carencia por un plazo máximo de cinco años; y por otro, la entrega de la vivienda en dación en pago, como medio de finalizar el procedimiento de ejecución de una manera mucho menos gravosa que el recurso a los juzgados y tribunales, que, en un buen número de casos, produce la continuación de la condición de deudor del ejecutado al no lograrse la satisfacción completa de los intereses de la entidad bancaria.

3.2. Ámbito de aplicación

Contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión y que estén vigentes a la fecha de su entrada en vigor.

Es importante destacar que sólo las personas que se encuentren en el umbral de exclusión son las que pueden exigir la aplicación del Código de Buenas Prácticas a las entidades que lo hayan suscrito voluntariamente.

Se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual cuando concurren en ellos todas las circunstancias siguientes:

- a.** Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples. A estos efectos, se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar.

b. Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, o hayan sobrevenido en dicho período circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

Se entiende que se encuentran en una circunstancia familiar de especial vulnerabilidad:

1. La familia numerosa.
2. La unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo.
3. La unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite de forma permanente, de forma acreditada, para realizar una actividad laboral.
4. La unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años.

c. Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. Dicho porcentaje será del 40 por cien cuando alguno de dichos miembros sea una persona en la que concurren las circunstancias previstas en el segundo párrafo del apartado a).

Para la aplicación de la quita y la dación en pago será además preciso que se cumplan los siguientes requisitos:

a. Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.

b. Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor o deudores y concedido para la adquisición de la misma.

c. Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales, o en el caso de existir estas últimas, que carezca de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.

d. En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores.

3.3. Acreditación documental

3.3.1 Percepción de ingresos por los miembros de la unidad familiar

1. Certificado de rentas, y en su caso, certificado relativo a la presentación del Impuesto de Patrimonio, expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria o el órgano competente de la Comunidad Autónoma, en su caso, con relación a los últimos cuatro ejercicios tributarios.
2. Últimas tres nóminas percibidas.
3. Certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones, en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios por desempleo.
4. Certificado acreditativo de los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las Comunidades Autónomas y las entidades locales.
5. En caso de trabajador por cuenta propia, si estuviera percibiendo la prestación por cese de actividad, el certificado expedido por el órgano gestor en el que figure la cuantía mensual percibida.

3.3.2. Número de personas que habitan la vivienda

1. Libro de familia o documento acreditativo de la inscripción como pareja de hecho.
2. Certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda, con referencia al momento de la presentación de los documentos acreditativos y a los seis meses anteriores.
3. Declaración de discapacidad, de dependencia o de incapacidad permanente para realizar una actividad laboral.

3.3.3. Titularidad de los bienes

1. Certificados de titularidades expedidos por el Registro de la Propiedad en relación con cada uno de los miembros de la unidad familiar (Nota de Índices).
2. Escrituras de compraventa de la vivienda y de constitución de la garantía hipotecaria y otros documentos justificativos, en su caso, del resto de las garantías reales o personales constituidas, si las hubiere.

3.3.4. Declaración responsable

Declaración responsable del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situados en el umbral de exclusión según el modelo aprobado por la comisión constituida para el seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas.

3.4. Sujeción al Código de Buenas Prácticas

El Código de Buenas Prácticas es de adhesión voluntaria por parte de las entidades de crédito y, una vez realizada, se entenderá producida por un plazo de dos años prorrogables.

Se extiende a hipotecas en garantía de préstamos o créditos concedidos para la compraventa de viviendas cuyo precio de adquisición no hubiese excedido de los siguientes valores:

- a.** Para municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 250.000 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 50.000 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres.
- b.** Para municipios de entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 225.000 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 45.000 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres.
- c.** Para municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes: 187.500 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 37.500 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres.
- d.** Para municipios de hasta 100.000 habitantes: 150.000 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 30.000 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres.

3.5. El contenido material del Código de Buenas Prácticas

Básicamente, el contenido material del Código podría estructurarse en tres bloques, que comprenderían las medidas que se pueden solicitar u obtener en función del momento en el que se encuentra la relación hipotecaria, siendo la línea divisoria o principal el inicio de la ejecución hipotecaria vía judicial, y más concretamente, dentro de dicho procedimiento, si se ha producido o no el anuncio de subasta.

Según el momento en el que se encuentre la relación hipotecaria, las medidas pueden ser las siguientes:

- a. Medidas previas a la ejecución hipotecaria. La reestructuración de la deuda.
- b. Medidas complementarias. La quita.
- c. Medidas sustitutivas a la ejecución hipotecaria. La dación en pago.

3.5.1. Medidas previas a la ejecución hipotecaria: la reestructuración de deudas hipotecarias

a. Los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, podrán solicitar y obtener de la entidad acreedora la reestructuración de su deuda hipotecaria al objeto de alcanzar la viabilidad a medio y largo plazo de la misma. Junto a la solicitud de reestructuración, acompañarán la documentación prevista en el artículo 3.3 del citado Real Decreto-ley.

Es necesario hacer constar una importante limitación que el propio Código establece: “No podrán formular tal solicitud aquellos deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución una vez se haya producido el anuncio de la subasta” (art. 1.a) párrafo segundo).

b. En el plazo de un mes desde la presentación de la solicitud, la entidad deberá notificar y ofrecer al deudor un plan de reestructuración en el que se concreten la ejecución y las consecuencias financieras para el deudor de la aplicación conjunta de las medidas contenidas en esta letra.

1. Carencia en la amortización de capital de cinco años. El capital correspondiente a las cuotas de ese periodo podrá o bien pasarse a una cuota final al término del préstamo, o bien prorratearse en las cuotas restantes, o realizarse una combinación de ambos sistemas.
2. Ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo.
3. Reducción del tipo de interés aplicable a Euribor + 0,25 por cien durante el plazo de carencia.
4. Adicionalmente, las entidades podrán reunificar el conjunto de las deudas contraídas por el deudor.

c. En el plan de reestructuración la entidad advertirá, en su caso, del carácter inviable del plan conforme al criterio previsto en el apartado siguiente, o que, de resultar inviable, se podrán solicitar las medidas complementarias.

3.5.2. Medidas complementarias: la quita del capital

La quita, como tal, es una figura que ha tenido escasa relevancia o aplicación práctica en la experiencia de la Oficina en Defensa de la Vivienda, siendo muy residual cuantitativamente.

a. Los deudores para los que el plan de reestructuración previsto en el apartado anterior resulte inviable, dada su situación económico-financiera, podrán solicitar una quita en el capital pendiente de amortización en los términos previstos en este apartado, que la entidad tendrá facultad para aceptar o rechazar en el plazo de un mes a contar desde la acreditación de la inviabilidad del plan de reestructuración.

A estos efectos, se entenderá por plan de reestructuración inviable aquel que establezca una cuota hipotecaria mensual superior al 50 por cien de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar.

b. Al objeto de determinar la quita, la entidad empleará alguno de los siguientes métodos de cálculo y notificará, en todo caso, los resultados obtenidos al deudor, con independencia de que decida o no conceder dicha quita:

1. Reducción en un 25 por cien.

2. Reducción equivalente a la diferencia entre capital amortizado y el que guarde con el total del capital prestado la misma proporción que el número de cuotas satisfechas por el deudor sobre el total de las debidas.

3. Reducción equivalente a la mitad de la diferencia existente entre el valor actual de la vivienda y el valor que resulte de sustraer al valor inicial de tasación dos veces la diferencia con el préstamo concedido, siempre que el primero resulte inferior al segundo.

3.5.3. Medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: la dación en pago de la vivienda habitual

a. En el plazo de doce meses desde la solicitud de la reestructuración, los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, podrán solicitar la dación en pago de su vivienda habitual en los términos previstos en este apartado. En estos casos, la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, a la propia entidad o tercero que esta designe, quedando definitivamente cancelada la deuda.

- b.** La dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda.
- c.** El deudor, si así lo solicitara en el momento de pedir la dación en pago, podrá permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por cien del importe total de la deuda en el momento de la dación. Durante dicho plazo, el impago de la renta devengará un interés de demora del 10 por cien.
- d.** Las entidades podrán pactar con los deudores la cesión de una parte de la plusvalía generada por la enajenación de la vivienda, en contraprestación por la colaboración que este pueda prestar en dicha transmisión.

3.6. Qué hacer ante el incumplimiento del Código por parte de la entidad

Ya hemos puesto de manifiesto cómo la adhesión al código de buenas prácticas depende de un acto voluntario por parte de la entidad, que ha de prestar su conformidad y aceptación con lo dispuesto en el mismo para que este le sea de aplicación. Dicho de otra forma, la entidad ha de efectuar de manera expresa una adhesión al mismo. Con dicha adhesión (publicada en el Boletín Oficial del Estado), los usuarios pueden conocer si la entidad con la que mantienen la relación hipotecaria asume las obligaciones contenidas en dicho cuerpo normativo.

En nuestra experiencia en la Oficina en Defensa de la Vivienda hemos de decir que la actitud, el comportamiento y el actuar, en definitiva, de las entidades bancarias frente a las obligaciones que recoge el Código de Buenas Prácticas no ha venido siendo uniforme desde su publicación y/o aceptación por parte de las mismas.

Ni siquiera en el momento actual, dos años después de su promulgación y entrada en vigor, podemos afirmar que el seguimiento o el cumplimiento del mismo sea uniforme no ya entre todas las entidades bancarias, sino ni siquiera dentro de las propias sucursales de una misma entidad, sobre todo en lo que a las cuestiones iniciales de información y recepción de solicitudes se refiere.

En este sentido, conviene no perder de vista que el apartado 4 del Anexo en el que se contiene el Código recoge expresamente la obligación por parte de las entidades que lo suscriban de garantizar “la máxima difusión del contenido del Código de Buenas Prácticas, en particular, entre sus clientes”.

Lamentablemente, este aspecto, en lo que a nuestra experiencia se refiere, es el de más deficitario cumplimiento por las entidades, que rara vez han ofrecido el contenido del Código a sus clientes y usuarios, excepción hecha de la dación en pago, figura que sí suele ser ofrecida en determinadas ocasiones (préstamos a los que resta poco tiempo de finalización del periodo de amortización, o situaciones de ausencia de

posibilidades de hacer efectiva la total satisfacción de las responsabilidades por parte del deudor al carecer de otras garantías añadidas a la hipotecaria).

Fuera de estos casos, como decimos, la “publicidad” que las entidades suelen dar a sus clientes de poder optar, por ejemplo, a una reestructuración hipotecaria, es prácticamente nula o inexistente.

Pero ya no es sólo el hecho de que se publiciten o difundan poco o nada los derechos a los que pueden acogerse los usuarios respecto de lo establecido en el Código de Buenas Prácticas, sino que, desgraciadamente, sucede que, incluso cuando el usuario solicita expresamente la aplicación del mismo, las entidades –con excepciones– no son siempre favorables a propiciar dicha aplicación, dificultando la misma con peticiones documentales que el Código no ampara, o rechazando las propuestas por razones ajenas por completo a lo dispuesto en el tan repetido Código de Buenas Prácticas.

¿Qué hacer en estos casos? ¿Qué hacer, en definitiva, ante los casos de incumplimiento?

El principal problema ante una actitud reticente o incumplidora por parte de la entidad a aceptar la aplicación del Código de Buenas Prácticas suele ser el perjuicio económico inminente que se provoca al usuario. Y ello por cuanto que, en dichos casos de incumplimiento, ha de acudir en primer lugar al Defensor del Cliente de dicha entidad y, posteriormente, al Banco de España.

Ambos recursos, no obstante, no van a tener una repercusión inmediata en el sentido ejecutorio o coercitivo de lo que dichos órganos puedan declarar. Dicho de otro modo, el usuario no va a lograr, por la vía del recurso a estas dos instancias, que se efectúe la reestructuración o la dación solicitada. Conseguirá, a lo sumo, la imposición de una sanción a la entidad por incumplimiento; sanciones, eso sí, que pueden ser elevadas, pero que no van a posibilitar, como decimos, la aplicación de las medidas solicitadas.

Todo ello, sin perjuicio, naturalmente, de que pueda acudir a los juzgados y tribunales correspondientes en aras a conseguir la tutela judicial efectiva de lo que, en definitiva, es una ley en vigor y, por tanto, de obligado cumplimiento para la entidad que voluntariamente se adhirió al código.

En este sentido, sí se están produciendo sentencias de juzgados y tribunales que señalan la obligatoriedad de las entidades que han suscrito el Código de Buenas Prácticas de aceptar las solicitudes de los usuarios que cumplan los requisitos establecidos. Estos pronunciamientos judiciales (autos y sentencias) se están produciendo tanto en procedimientos independientes como, en otras ocasiones, como oposición en un procedimiento de ejecución hipotecaria.

En cuanto al recurso al Banco de España, el actual artículo 6 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, en su actual redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, establece que:

“Art. 6.6. Podrán formularse ante el Banco de España las reclamaciones derivadas del presunto incumplimiento por las entidades de crédito del Código de Buenas

Prácticas, las cuales recibirán el mismo tratamiento que las demás reclamaciones cuya tramitación y resolución corresponde al citado Banco de España.”

Por su parte, el artículo 15, que contempla el régimen sancionador, establece que:

“Lo previsto en los apartados 4 y 9 del artículo 5, y en el artículo 6.5, tendrá la condición de normativa de ordenación y disciplina, conforme a lo previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y el incumplimiento de las obligaciones que derivan de los mismos se considerará infracción grave, que se sancionará de acuerdo con lo establecido en dicha Ley.”

Dicha Ley 26/1988, en su artículo 10, establece que:

Por la comisión de infracciones graves se impondrá a la entidad de crédito una o más de las siguientes sanciones:

- a. Multa por importe de hasta el medio por ciento de sus recursos propios, o hasta 500.000 euros si aquel porcentaje fuera inferior a esta cifra.
- b. Amonestación pública con publicación en el BOE.

IV. La suspensión de los lanzamientos y la expropiación temporal del uso de la vivienda por la Junta de Andalucía

4.1. La suspensión de los lanzamientos

Es otra de las herramientas que viene utilizando actualmente la Oficina en Defensa de la Vivienda, si bien, como se deduce fácilmente, es una actuación que ha de realizarse en situaciones ciertamente límites y en las que sólo se trata de evitar un lanzamiento inminente, ya señalado por el órgano judicial que esté conociendo del procedimiento de ejecución hipotecaria.

Fue regulado por primera vez por medio del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, y posteriormente por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que actualizó los límites temporales del Real Decreto e introdujo una serie de modificaciones a fin de ampliar la cobertura de la medida a colectivos hasta entonces fuera del alcance del anterior Real Decreto.

El artículo 1 es el que define el objeto de la Ley. Establece que hasta transcurridos dos años desde la entrada en vigor de esta Ley, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual

de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo.

4.1.1. Supuestos de aplicación

- a. Se trata de una mera suspensión del lanzamiento.
- b. Ha de existir un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria. En principio no es una figura que esté prevista para procedimientos de desahucios de la Ley de Arrendamientos Urbanos.
- c. Quien solicita el lanzamiento ha sido acreedor hipotecario.
- d. Ha de tratarse de la vivienda habitual de la persona que lo solicita.
- e. Ha de encontrarse incurso en un supuesto de especial vulnerabilidad.
- f. Concurrencia, además, de circunstancias económicas concretas.

4.1.2. Supuestos de especial vulnerabilidad

- a. Familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente.
- b. Unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo.
- c. Unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años.
- d. Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.
- e. Unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones por desempleo.
- f. Unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral.
- g. Unidad familiar en la que exista una víctima de violencia de género, conforme a lo establecido en la legislación vigente, en el caso de que la vivienda objeto de lanzamiento constituya su domicilio habitual.

Deberán concurrir, además, todas las circunstancias económicas siguientes:

- a. Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples.
- b. Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda.
- c. Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.
- d. Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.

4.1.3. Acreditación documental

La concurrencia de las circunstancias a que se refiere esta Ley se acreditará por el deudor en cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria y antes de la ejecución del lanzamiento, ante el juez o el notario encargado del procedimiento, mediante la presentación de los siguientes documentos:

- a. Percepción de ingresos por los miembros de la unidad familiar.
- b. Número de personas que habitan en la vivienda.
- c. Titularidad sobre bienes.
- d. Declaración responsable del cumplimiento de los requisitos.

a. Percepción de ingresos por los miembros de la unidad familiar:

1. Certificado de rentas y, en su caso, certificado relativo a la presentación del Impuesto de Patrimonio, expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria con relación a los últimos cuatro ejercicios tributarios.
2. Últimas tres nóminas percibidas.
3. Certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones, en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios por desempleo.
4. Certificado acreditativo de los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las Comunidades Autónomas y las entidades locales.

5. En caso de trabajador por cuenta propia, se aportará el certificado expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, si estuviera percibiendo la prestación por cese de actividad, el certificado expedido por el órgano gestor en el que figure la cuantía mensual percibida.

b. Número de personas que habitan la vivienda:

1. Libro de familia o documento acreditativo de la inscripción como pareja de hecho.
2. Certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda, con referencia al momento de la presentación de los documentos acreditativos y a los seis meses anteriores.

c. Titularidad de los bienes:

1. Certificados de titularidades expedidos por el Registro de la Propiedad en relación con cada uno de los miembros de la unidad familiar (Nota de Índices).
2. Escrituras de compraventa de la vivienda y de constitución de la garantía hipotecaria y otros documentos justificativos, en su caso, del resto de las garantías reales o personales constituidas, si las hubiere.

d. Declaración responsable:

Se trata de un documento en el que el deudor o deudores manifiestan bajo su responsabilidad que cumplen los requisitos exigidos para considerarse situados en el ámbito de aplicación de esta Ley.

4.1.4. La actuación de la Oficina en estos supuestos

La actuación de la Oficina en estos supuestos podría sintetizarse de la siguiente forma. Normalmente, son personas que acceden a través del cauce de la intermediación. La primera cuestión a considerar es constatar la imposibilidad de otro tipo de actuación o solución. Es, como hemos dicho, probablemente la medida última, el último recurso que puede presentarse o al que puede acudir. Y es, como hemos puesto de manifiesto, una mera suspensión de un lanzamiento acordado, sin ninguna otra repercusión sobre el derecho de propiedad, sobre la existencia de deuda pese a la ejecución, etc. La medida carece, por tanto, de cualquier carácter liberatorio o de pago, ni resolutorio sobre ninguna otra cuestión que no sea la de la mera suspensión o paralización de un lanzamiento ya acordado.

No es fácil la adecuada comprensión por parte de los usuarios del carácter de la medida de cuya aplicación se trata, y hemos de ser especialmente cuidadosos en no generar expectativa alguna distinta de la realidad.

Por parte de la Oficina se procede a la preparación y confección del escrito para su presentación ante el juzgado por el interesado, con indicación de la documentación que el ciudadano ha de recopilar y aportar junto con el escrito ante el órgano que conocerá de su petición.

Por último, y dado que dicha pretensión de suspensión del lanzamiento se residencia ante un juzgado o tribunal de justicia que puede resolver concediendo o rechazando la pretensión, y que dicha resolución pudiera ser objeto de los recursos que establezca la Ley, desde la propia Oficina se redirecciona a los interesados hacia el procedimiento de la justicia gratuita, a fin de que puedan contar con el debido asesoramiento técnico y personarse en el procedimiento de suspensión que se inicia con la presentación del escrito que les facilitamos. Todo ello sin perjuicio del seguimiento que, desde la Oficina, podamos efectuar a través del propio usuario o de la Oficina Judicial, aunque, en ocasiones, con las graves limitaciones de no ser parte en el procedimiento judicial.

4.2. La expropiación forzosa prevista en la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda

Dado que esta Ley es objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional y que ha sido suspendida su aplicación, sobre todo en lo atinente al procedimiento que establecía en aras a obtener la expropiación temporal del uso de la vivienda por interés social en determinados casos, hemos de señalar la falta de aplicación en el presente momento de la medida que la misma contemplaba en su disposición adicional primera.

Pese a ello, y para concluir, queremos hacer una breve referencia a lo que se contemplaba en esta disposición adicional en orden a delimitar el objeto, carácter y requisitos de dicha medida de expropiación temporal del uso.

Lo primero que habría de señalarse es que se configuraba como bien jurídico protegido el derecho a la vivienda, como derecho fundamental constitucional y estatutario.

La actuación se centraba en la vivienda habitual, permanente y única del deudor hipotecario sobre la que recaía el objeto de la ejecución hipotecaria, y tenía que haber sido adjudicada al acreedor (banco o filial).

Se expropiaba, tras el correspondiente procedimiento administrativo por parte de la Consejería de Fomento y Vivienda de la Junta de Andalucía, el uso temporal (no la propiedad) de la vivienda durante un plazo máximo de tres años a contar desde el levantamiento de acta de ocupación.

Como toda expropiación, aunque sea de carácter temporal, existe la obligación de abonar el correspondiente justiprecio, que se fijaba sobre la base de aplicar el porcentaje del 2% del valor de adjudicación de la vivienda por año.

Se estipulaba que el beneficiario de la expropiación sería la familia anterior titular de la vivienda hasta el momento de la adjudicación en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

La familia que se viera favorecida con la medida de la expropiación del uso vendría obligada al abono de una renta, con un límite cuantitativo que se cifra en un máximo del 25% de sus ingresos, y que dicho límite, además, no sea superior al justiprecio abonado por la Administración.

Requisitos para solicitar la medida

1. Vivienda habitual y única de la unidad familiar.
2. Que hayan sido los propietarios y deudores hipotecarios.
3. Que haya sido objeto de ejecución hipotecaria y adjudicada al banco.
4. Que el lanzamiento provoque situación de emergencia o exclusión social.
5. Que no se haya producido el lanzamiento o se haya producido pero la vivienda esté aún desocupada.
6. Requisitos económicos:
7. Impago de hipoteca concedida para adquisición de vivienda habitual.
8. Sobreendeudamiento sobrevenido (esfuerzo $\times 1,5$ y más $1/3$ ingresos).
9. Que los ingresos no superen tres veces el IPREM.

Documentación a aportar

1. Acreditativa de la situación económica.
2. Número de miembros de la unidad familiar.
3. Ausencia de titularidad de bienes inmuebles distintos o añadidos a aquel cuya expropiación se pretende.
4. Declaración responsable de cumplimiento de requisitos.
5. Informe de los Servicios Sociales comunitarios acreditativo de la situación de exclusión social.

6. Preferencia en la incoación: inminencia de lanzamiento o supuestos de especial vulnerabilidad que se constatan en:

- Familias con menores.
- Familias con mayores dependientes.
- Discapacitados.
- Víctimas de violencia de género.
- Personas desempleadas sin derecho a prestación.

V. Conclusión

A modo de conclusión, podríamos finalizar el presente trabajo señalando aquello que apuntábamos al principio relativo a la importancia de la cuestión que nos ocupa: las graves situaciones a las que se enfrentan actualmente familias hasta ahora con una vida social y económica normalizada y que se encuentran, realmente, muy perdidas o desorientadas sobre sus posibilidades de actuación.

Quizá sea esta faceta de la orientación personal o familiar la que más resalta de la actuación de la Oficina en Defensa de la Vivienda. En esta Oficina, los usuarios encuentran, ante todo, una serie de profesionales que, previo estudio de sus situaciones, tratan de explicarles la realidad jurídica de la situación en la que se hallan y, posteriormente, informarles sobre las posibilidades de reacción que tienen.

Tras ello, son los propios usuarios quienes escogen el camino a seguir, encontrando, también en la Oficina, un personal que les va a ayudar en la realización de escritos, recopilación de documentos y seguimiento de la actuación ante la entidad bancaria.

Dicho camino consigue en ocasiones, además, el resultado deseado por la familia; pero lo que se consigue siempre es contar con el apoyo de unos profesionales que se interesan por su situación, que tratan de explicarles la realidad ante la que se encuentran y que efectúan el seguimiento de los trámites que ellos mismos deciden realizar. Ese es, sin duda, el mayor logro.

2

LA REGULACION NEOLIBERAL Y LA RUINA DEL ESTADO SOCIAL. LA CUESTION DE LA VIVIENDA EN ESPAÑA

José Antonio Navarro Fernández
Profesor titular de Derecho Civil
Universidad de Granada

I. El efecto devastador de la regulación neoliberal. **II.** La comisión de reformas sociales y las condiciones de vida de la clase obrera a finales del siglo XIX. **III.** La formación del complejo inmobiliario y financiero. **IV.** La elefantiasis del modelo inmobiliario-constructivo español y las burbujas inmobiliarias. **V.** El derecho a la vivienda como derecho social. **VI.** Sobre la expropiación de viviendas por incumplimiento de la función social de la propiedad. **VII.** ¿Y qué podemos hacer? **VIII.** Bibliografía.



I. El efecto devastador de la regulación neoliberal

Miles de kilómetros cuadrados sepultados por el hormigón y el asfalto en los últimos treinta años. Millones de viviendas vacías construidas en los últimos quince años. Cientos de miles de ejecuciones hipotecarias en los últimos cinco. Leyes incumplidas, sentencias no ejecutadas. Ayuntamientos que defienden ante los tribunales proyectos urbanísticos insostenibles y disparatados. No se respetan las normas que protegen el dominio público en la zona marítimo-terrestre, ni se respetan los espacios protegidos incluidos en la Red Natura. Ni siquiera se respetan los límites establecidos en la Ley del Suelo con respecto a las zonas de riesgo. Todo esto ha sucedido y sucede en nuestro país, y forma parte de las peculiaridades que ha adoptado el modelo regulador neoliberal para favorecer la libertad de explotación, y tasas más altas de ganancia hasta límites insospechados. Libertad de explotación unida a la corrupción urbanística y a la corrupción del urbanismo, al enorme fraude al fisco y la privatización de las plusvalías urbanísticas. El estallido de la burbuja inmobiliaria ha producido un efecto devastador anunciado, que se traduce en una enorme cifra de paro, en el impago de cientos de miles de hipotecas, en la crisis del sistema bancario, cuyo hundimiento se ha evitado por medio de un rescate que supera los cien mil millones de euros, lo que a su vez ha provocado una enorme deuda pública y convertido a la inmensa mayoría de la población en sierva de la deuda. El pago prioritario de la deuda ha sido elevado a rango de norma constitucional, en virtud de un pacto alcanzado en una reunión de seis horas, en pleno verano y sin consulta alguna a la ciudadanía.

En nombre de la libertad de explotar, que muchos llaman libertad de empresa, se ha devastado el derecho laboral, se han extremado los requisitos para percibir una pensión digna, se han reducido los recursos destinados a la educación, a la sanidad pública y, en general, a todos los servicios sociales, empezando por los comunitarios. Sin embargo, no se ha escatimado ni un céntimo de euro para hacer posible el cobro de los créditos de todo tipo de acreedores, incluidos los fondos buitres, que ahora encuentran el bocado más apetecible en la deuda pública y en la compra de inmuebles seleccionados a precio de saldo.

Y no sólo no se ha rescatado a las familias ni a los parados de larga duración, sino que se hace recaer sobre ellos el coste del rescate de la banca. Entre todas las familias, las más golpeadas son aquellas a las que se facilitó un préstamo garantizado con hipoteca, y que lo han perdido todo, el trabajo y la vivienda. Constituyen el vivo ejemplo de vidas explotadas y desahuciadas.

Esta situación puede analizarse de diferentes maneras, pero, en mi opinión, es incomprensible si ignoramos la lógica del capital y su nudo gordiano: la explotación y sus diferentes formas o manifestaciones. Desde la extracción de plusvalía absoluta hasta la acumulación por desposesión. Asistimos a uno de los episodios más importantes de saqueo, extorsión, estafas y mentiras de los últimos siglos.

Desde la crisis de los años setenta del pasado siglo, el principio de orden del modelo de regulación neoliberal ha sido la recuperación de la ganancia a costa de los salarios, de los servicios públicos y de la cobertura de las necesidades sociales. El efecto producido no ha sido otro que la ruina del Estado social y la conformación de una oligarquía que impone la ley del más fuerte y que goza de impunidad.

Ahora alcanzamos a comprender que constituciones como la española de 1978 profesan libertades pero garantizan poderes. Poderes privados salvajes con capacidad para poner y quitar gobiernos, así como para evitar el control de los tribunales.

En España, no se ha desarrollado ni antes ni después de la Constitución de 1978 y todas las declaraciones de derechos que la acompañan, una política social de vivienda, ni se ha garantizado de modo efectivo el derecho a una vivienda digna y adecuada. Lo que constituye uno de los incumplimientos más claros y notorios de los deberes que recaen sobre los poderes públicos.

Julio Vinuesa dice que el problema de la vivienda es intemporal. Pero no es un problema en todo tiempo y lugar, ni reviste las mismas características. La vivienda en las formaciones sociales de tipo capitalista se califica jurídicamente como bien inmueble susceptible de apropiación privada, que se intercambia en el mercado, y que formando parte de un patrimonio se integra en la herencia y puede ser objeto de embargo. No hay rastro en los códigos civiles modernos de una consideración de la vivienda como bien social, ni como bien común. Es por ello que debemos situar la cuestión desde un punto de vista histórico y social, y en un momento histórico en el que constituciones y declaraciones de derechos reconocen el derecho a la vivienda. No sin una breve mirada al pasado.

II. La comisión de reformas sociales y las condiciones de vida de la clase obrera a finales del siglo XIX

En el último tercio del siglo XIX las Cortes españolas tuvieron a bien oír las reivindicaciones de las organizaciones de trabajadores, cuyos delegados. Los diferentes delegados expusieron la situación de sus miserables viviendas, salarios y lugares de trabajo. El inquilinato era entonces la forma dominante de acceso a la vivienda por las clases menesterosas, sobre todo en las grandes ciudades, ya que en muchos pueblos los vecinos se construían su propia casa o excavaban una cueva donde guarecerse.

Dado el mísero jornal que se pagaba, lo habitual es que dos familias completas alquilaran un pequeño apartamento compuesto por dos dormitorios, uno por familia, y un pequeño salón compartido que hacía las veces de cocina. Cuando por causa de enfermedad o paro no entraba el jornal a la casa, la exposición al desahucio era in-

minente, dado que tanto el CC como la LEC lo regulaban como un proceso sumario y con efectos fulminantes. Sólo la acción colectiva y solidaria del vecindario impedía, no siempre, el lanzamiento.

En 1900 la Ley de Accidentes de Trabajo contemplaba por vez primera el derecho a recibir magras indemnizaciones en caso de accidente laboral con lesiones graves o muerte del obrero, lo que mitigaba en alguna medida las situaciones de miseria y necesidad. Sin embargo, no fue hasta la década de los años veinte del pasado siglo cuando se promulgaron las primeras disposiciones de carácter especial en materia de inquilinato, y se promovió tímidamente la construcción de casas baratas con leyes especiales que se remontan a 1911. A estas alturas muchas ciudades habían crecido y la inmensa mayoría de la población continuaba viviendo en régimen de inquilinato. La extracción de una parte del excedente a través de la renta constituía un próspero negocio para los casatenientes. En aquellas condiciones histórico-sociales concretas la promoción de viviendas no era un negocio, por lo que ni siquiera se conocía la figura del promotor, y aún menos la del agente urbanizador.

Basta leer el texto del CC en lo que se refiere al contrato de obra para comprobar en su mismo vocabulario cómo entonces no existía en España nada parecido a un complejo inmobiliario y financiero, si bien ya se comienzan a diseñar planes de ordenación urbana en las grandes ciudades. Quiero decir, entre otras cosas, que la población española no porta en los genes la aspiración y deseo de convertirse en propietaria de viviendas, y menos aún endeudándose de por vida.

III. La formación del complejo inmobiliario y financiero

España era un país poco industrializado a mitad del siglo XX, y pocas ciudades superaban los cien mil habitantes, pero algunas de ellas resultaron especialmente dañadas durante la guerra civil. La renta pesaba como una losa tanto sobre los inquilinos y pequeños comerciantes, por lo que las primeras disposiciones de posguerra sobre inquilinato intentaron ganarse a una parte importante de la población congelando las rentas y estableciendo la prórroga forzosa de carácter indefinido, en una forma jurídica que se parecía más a un censo que a un arrendamiento.

Sin embargo, tales medidas no eran suficientes ni adecuadas para dar respuesta a los importantes movimientos migratorios que se producen ya en los años cincuenta y, sobre todo, en los sesenta. Es entonces cuando se crea el Ministerio de la Vivienda y se promulga la primera Ley del Suelo de 1956. Y entonces se sientan los pilares para que el negocio de la construcción se conforme como la primera industria del país. La propaganda proclamaba: “ningún español sin vivienda en propiedad”.

Pero más allá de la propaganda no hay rastro de una política de la vivienda de carácter social, ya que la construcción se puso al servicio del crecimiento económico,

como estudia con detalle Parejo Alfonso. Basta recordar la cantidad de poblados de chabolas que circundaban las grandes ciudades todavía en los años setenta del siglo pasado.

El hecho es que, en muy poco tiempo, el arrendamiento urbano se redujo desde un 60% de media hasta un 15% aproximadamente. La normativa de arrendamientos urbanos, en materia de renta y prórroga, desempeñaba un papel contradictorio, y lo siguió haciendo tras la reforma de 1964. De una parte, provocaba el deterioro progresivo de los edificios en el centro de las ciudades hasta que se declaraban en ruinas. De otra parte, retraía la disposición de los propietarios a arrendar, por lo que las rentas se elevaban, lo que conducía a mucha gente a la opción por la compra, pero siempre y cuando dispusieran de medios para ello, ya que ni siquiera las viviendas de protección oficial estaban al alcance de todos.

En los años de la posguerra la inversión privada no se sentía atraída por la construcción. La cosa cambió en poco tiempo cuando se detectó la posibilidad de obtener sobreganancias. Se articularon todo tipo de ayudas públicas y desgravaciones fiscales en el caso de las viviendas de protección oficial, hasta el punto de que, con el montante de las desgravaciones fiscales a favor de promotores, constructores y compradores, se alcanzaba una cifra más que suficiente para realizar una política social de vivienda. Pero este no era el objetivo.

En la construcción de viviendas y en las grandes obras participaron capitales del interior y del exterior, y se conformó un conglomerado de intereses inmobiliarios y financieros acompañado de una expansión sin precedentes del crédito hipotecario. Se había encontrado una forma más sustanciosa de extraer el excedente que la de la renta: la del endeudamiento masivo de los trabajadores. Y al mismo tiempo, una forma de disciplina y obediencia en el trabajo para evitar incurrir en impagos, puesto que todo el mundo sabía que una casa o un piso hipotecado era en realidad del banco hasta que no se obtenía la carta de pago. Esto parece ignorarse más tarde.

En la década de los setenta ya se detecta una sobreabundancia de viviendas nuevas vacías y sin vender. Pero tal cosa no impedía obtener beneficios, dadas las enormes diferencias entre los costes y los precios de venta. Todo ello tiene una obvia relación con la pésima calidad de la mayor parte de las construcciones y con la sobreexplotación de los trabajadores, que, como sucedió en Granada, dio lugar a huelgas y muertos.

En 1975 se reformó la Ley del Suelo y se comenzó a replantear teóricamente la política de la vivienda, poniendo énfasis en la rehabilitación y saneamiento de los cascos antiguos de las ciudades. Más tarde, el decreto Boyer de 1985 liberalizó el mercado de alquileres sin grandes efectos o consecuencias. La población había sido conducida y seducida en el acceso a la vivienda en propiedad, y ya se extiende la compra de esta como inversión y/o como segunda residencia. Pero parte de la población quedaba excluida del acceso a una vivienda digna por falta de medios, y ante la ausencia de alquiler social.

IV. La elefantiasis del modelo inmobiliario—constructivo español y las burbujas inmobiliarias

Los grandes desequilibrios del tejido económico-social en España no se corrigieron con la entrada en el Mercado Común. Por el contrario, la libre circulación de capitales y mercancías acentuó esos desequilibrios, con la consiguiente devastación en los sectores industrial y agrario, salvo contadas excepciones.

España en su conjunto queda fuera del “corazón” de la Comunidad Europea, y las regiones del Sur “condenadas” a la provisión de servicios, en particular de tipo turístico. Los fondos de inversión, las cajas de ahorro y los ayuntamientos miran de nuevo a la construcción. Las CCAA y el poder central, a las grandes obras e infraestructuras. Las políticas de ordenación del territorio y del urbanismo se orientan hacia la segunda residencia, el turismo y las grandes obras, hasta que a comienzos de los años noventa estalla una nueva burbuja. En todo este proceso se desfiguran aún más los cascos históricos de las ciudades, a la vez que estas se dispersan y difuminan, por obra y gracia de las urbanizaciones privadas. En poco tiempo, España dispone de más kilómetros de autopistas y autovías que otros países altamente industrializados. La compra-inversión en vivienda y la compra del coche a plazos se extienden por el tejido social. La política de viviendas de protección oficial destina suelo y recursos al negocio del ladrillo, pero sin que pretenda realmente resolver el problema de acceso a la vivienda de amplias capas de la población, que tampoco encuentran fácil salida en los alquileres, ni siquiera con la reforma de la Ley de Arrendamientos de 1994.

La Ley del Suelo de 1992 intentó racionalizar la ordenación del territorio y el urbanismo, pero el TC la declaró inconstitucional por invadir las competencias de las CCAA. Es la Ley del Suelo de 1998 la que determina en España el punto de éxtasis y boom inmobiliario de todos los tiempos. La citada ley declaraba todo el suelo del territorio nacional susceptible de urbanización, con la excepción de los espacios protegidos, que también admitían excepciones. En poco tiempo, en veinte años, se construyeron en España más viviendas que en toda la historia de la piel de toro, una superficie equivalente a la provincia de Jaén. Y muchos más kilómetros de autopistas y autovías, llegando a 30 los millones de vehículos. No se salvaron ni los parques naturales, ni las playas, ni los cauces de los arroyos. El crédito hipotecario alcanzó algunos años la cifra del billón de euros. Muchos ayuntamientos obtenían hasta el 40% de sus ingresos de las plusvalías, calificaciones y recalificaciones. Proliferaron miles de pequeñas empresas de la construcción y miles de agencias inmobiliarias. Muchas familias acomodadas invirtieron acumulando hasta tres o cuatro viviendas. Cientos de miles de jornaleros del campo lo abandonaron para trabajar en la construcción, y cientos de miles de inmigrantes acudieron a trabajar en las grandes y faraónicas obras promovidas por los diferentes gobiernos y ayuntamientos. Ante la falta de liquidez para alimentar a la bestia inmobiliaria, las cajas de ahorros pedían prestado a

entidades bancarias extranjeras, y cientos de miles de trabajadores se aventuraban en compra y financiación de la casa o el piso mediante hipoteca, ante las ofertas irresistibles de bancos y cajas de ahorros. Nada se había aprendido de la experiencia.

Esta fiebre del ladrillo y la “cultura del pelotazo” es fácil de entender. Mientras un metro cuadrado de suelo rústico se valora de media a un euro, un metro cuadrado de casa nueva se valora a mil euros, llegando a superar los dos mil. Pero no todos comen la misma porción de pastel, ni en las mismas condiciones: mientras un puñado de empresas, bancos y fondos de inversión han obtenido enormes ganancias, cientos de miles de deudores hipotecarios se han quedado sin nada al explotar la burbuja, y los ayuntamientos, algunos bancos y muchas cajas de ahorros, endeudados.

Antes que en España, la burbuja inmobiliaria había estallado en Japón, lo que condujo al declive y estancamiento de aquel país durante muchos años. En 2006 Ramón Fernández Durán publicó un estudio de título: *El tsunami urbanizador español y mundial*. Muy poca gente quiso darse cuenta entonces de la barbaridad que se estaba llevando a cabo en España. Juristas y jueces no se paraban en analizar el carácter abusivo de las cláusulas de los contratos, o cómo las reformas de la Ley Hipotecaria se ponían al servicio directo del complejo financiero-inmobiliario. Conforme declaró más tarde el ministro Sebastián, nadie en el Gobierno socialista quiso parar la música en mitad de la fiesta, aunque más que una fiesta se trataba de una orgía que ya venía de lejos, pero propagó con el mayor entusiasmo el Gobierno de Aznar con la Ley del Suelo de 1998. La nueva Ley del Suelo de 2007 no hizo otra cosa que introducir ciertos límites y correctivos insuficientes para contener la voracidad del complejo inmobiliario-financiero.

El día en que dejaron de venderse pisos y de pagarse plazos de las hipotecas, el próspero negocio se vino abajo. Y dado que era el mayor negocio de la economía del país, este entró en una profunda crisis, devastadora desde un punto de vista social y ambiental y acompañada de un enorme crecimiento de la deuda pública. Una crisis utilizada para apuntillar al débil Estado social español y que pondría pronto al descubierto una crisis institucional.

Ni antes ni durante la orgía se pensó en el problema de la vivienda para quienes no disponían de ella, pura y llanamente porque la necesidad se negaba o se ignoraba. España iba bien, decía el presidente Aznar, y ya estábamos a punto de alcanzar en renta a países como Francia e Italia, decía el presidente Zapatero.

V. El derecho a la vivienda como derecho social

En primer lugar, hay que dejar sentado que no hay un capitalismo bueno y con rostro humano y un capitalismo malo. La libertad más querida por los capitalistas

es la libertad para explotar y extraer todo tipo de plusvalías y excedentes. Para la extracción de excedentes vía endeudamiento de las familias se requiere la cooperación de consumidores ávidos de todo tipo de mercancías que propicia la maquinaria productiva. La casa y el coche constituyen, con diferencia, las dos mercancías que permiten sujeta al trabajador-consumidor como deudor, explotándole en el trabajo y en el consumo al mismo tiempo. La legislación sobre consumo, el marketing y la publicidad excitan a buena parte de la población a realizar prácticas consumistas, porque desde todas las instancias se le dice que la libertad más importante es la de elegir productos. Hasta la vivienda se convierte en un bien de consumo, aunque realmente no lo es, ni siquiera en su significado jurídico.

De hecho, la mayor parte de la gente acude a solicitar un crédito para adquirir un coche nuevo y más potente o una casa nueva sin que nadie le obligue directa y personalmente a ello. Los casos de dolo y engaño apenas constituyen un porcentaje relevante de contratos anulados. Pero la publicidad, la legislación y las prácticas comerciales de bancos e inmobiliarias actúan como dispositivos seductores que conducen al endeudamiento permanente. Producir para consumir y consumir para producir más, y hacerlo en estado normal de deudor, es el principio guía del comportamiento de buena parte de la población. Hablamos de la mutación antropológica que captó mejor que nadie P.P. Pasolini, y antes que él, W. Benjamin en su breve texto sobre el capitalismo como religión. Sólo que en momentos como el actual se redescubre que las relaciones de dominio y explotación son inherentes a la lógica y desarrollo del capital, y que el endeudamiento constituye una forma más de acumulación y de extraer excedente.

En el caso de España, el objetivo perseguido de transformar en propietarios de la vivienda a todos los españoles presenta un componente económico, social, ideológico y político de la mayor importancia. Algo similar a la propuesta de transformar en accionistas a la mayor parte de la población que hizo M. Thatcher en el Reino Unido. ¡Todos propietarios y capitalistas, libres e iguales! Como si por arte de magia desaparecieran las relaciones de jerarquía y subordinación, las relaciones de explotación y las enormes desigualdades de renta y patrimonio. Como si la desigualdad social fuera sólo consecuencia de un fracaso personal, merecedor, como mucho, de una política de asistencia social y beneficencia para los pobres. Este falaz discurso neoliberal que arranca de los “necroeconomistas” Hayek y Mises, que ha calado en las prácticas y en las instituciones, ha sido puesto al descubierto por la crisis, el renacimiento del nacionalismo xenófobo y racista, el crecimiento exponencial de la desigualdad social y la puesta en práctica de políticas de austeridad que provocan marginación y exclusión social.

En pocas palabras: vivimos en una situación de apartheid a nivel mundial y estatal en un mundo de oligopolios y bajo la hegemonía del capital financiero, que se ha transformado en el mayor agente conocido de devastación social y ambiental. Y tal cosa no ha sucedido en virtud del cumplimiento de ninguna ley física, o como consecuencia inexorable del desarrollo capitalista y sus ciclos u ondas, sino como consecuencia de decisiones políticas de gobiernos y entes como la UE, el FMI y el grupo de los ocho, una vez que la socialdemocracia se convirtió al neoliberalismo, se derrumbó la URSS y los partidos comunistas fueron incapaces de comprender la nueva situación.

Ahora se puede comprender que los derechos sociales plasmados en la CE de 1978 son derechos vacíos o semivacíos, sin garantías concretas y efectivas, como sucede en el caso particular de la vivienda. Los apologetas y defensores del “libre mercado y la libre empresa” niegan y/o desconocen las necesidades sociales, y sólo se agarran al dato de la eficiencia productiva, al principio de soberanía del consumidor y al crecimiento del PIB. Siguen ignorando también los límites físicos de carga del planeta. Llegan a sostener sin rubor que los últimos treinta años han sido los de mayor crecimiento y extensión de la igualdad en todo el mundo, puesto que así lo ponen de manifiesto el incremento de la renta per capita y de las clases medias en los países emergentes. Una valoración típica del análisis cuantitativo, que manipula cifras sin preguntarse por otra cosa. Desde ese punto de vista, hoy vivimos quinientas veces mejor que en 1900 porque el PIB ha crecido otro tanto.

La cuestión de la vivienda en España, desde ese punto de vista, se considera por tanto una cuestión puntual y coyuntural hasta que retomemos la senda del crecimiento.

En España, gobiernos a todos los niveles, mayorías parlamentarias y judicatura sólo se han acordado de la vivienda como bien social, como derecho fundamental estrechamente relacionado con otros derechos fundamentales, tales como la salud, la intimidad personal y familiar, y el desarrollo de la personalidad, una vez que han sido desahuciados y lanzados miles de individuos, y bajo la presión de movimientos sociales como Stop desahucios.

Ante esta situación de emergencia, ministros del Gobierno han dicho que ningún deudor de buena fe se va a quedar sin vivienda. Pero bajo el imperio de la lógica mercantil, el deudor de buena fe que incumple no merece, según nuestro CC, ningún trato de favor. El deudor de buena fe responde de igual manera que un deudor negligente en las deudas monetarias. Es decir, no se sabe a quiénes se refieren con la expresión deudores de buena fe.

El colmo de la hipocresía es que unos gobiernos que carecen de política social de vivienda, y unos ayuntamientos que dismantelan empresas municipales y ni siquiera disponen de fondos o bancos de viviendas para el alquiler social, se presentan dispuestos a socorrer a lo que llaman deudores de buena fe, pero sin hacer gran cosa por impedir lanzamientos y desahucios en masa. Las medidas adoptadas en los últimos años, tales como la suspensión del lanzamiento durante dos años en casos de extrema vulnerabilidad, constituyen algo así como recetar aspirinas para curar un cáncer. Ni siquiera se ha valorado seriamente la dación en pago como medida de rescate a las familias afectadas, porque tal medida pone en peligro la reestructuración del sector bancario y la confianza de los mercados.

Las medidas legales relativas a las cláusulas suelo o la limitación de intereses han sido objeto de múltiples análisis, comentarios y estudios en cientos de jornadas y seminarios, pero constituyen paños calientes para una pulmonía. Todo para evitar hablar del rescate de las familias, de la condonación de deudas, de una reforma profunda del sistema financiero y bancario, de una distribución de la renta y el trabajo. Y nada que hablar de una política de vivienda social, ignorada y abandonada en el Plan estatal 2013-2016, tal y como constata Rodríguez López.

Pero ¿y los acreedores? Ciertamente hay acreedores de mala fe, que engañan y estafan, muchos de los cuales ni siquiera han sido imputados o inhabilitados. Otros muchos, negligentes e incompetentes, siguen en sus puestos directivos, porque la mayor parte de las prácticas bancarias usurarias y abusivas han sido avaladas por el Banco de España, por la ley, notarios y registradores. Ni siquiera la judicatura ha parado mientes en el abuso de Derecho del artículo 7.2 del CC, ni controlado de oficio el carácter abusivo de las cláusulas de los contratos. Muchos jueces han comprendido que se han convertido en ejecutores mecánicos de hipotecas.

La cultura jurídica dominante ha entronizado la relación jurídico-mercantil y el principio de la libertad contractual, como paradigma de las relaciones de intercambio y satisfacción de las necesidades. Esa cultura jurídica que no hace las cuentas con los derechos sociales ni con la justicia social, al mismo tiempo que proclama en todos los manuales de introducción al Derecho que todos nacemos libres e iguales en derechos.

En los tratados y manuales de Derecho civil aparece un mundo plagado de individuos libres que disponen libremente de su persona y de sus bienes y que realizan tratos y contratos libremente. Aunque en el caso de los consumidores se admite su posición de debilidad, si bien tutelados por un arsenal de normas. Así puede entenderse que los tribunales civiles, el mismísimo Tribunal Supremo, desde 1992, no consideran de aplicación al contrato de compra de vivienda protegida la normativa que prohíbe taxativamente un precio superior al legal.

Para el liberalismo jurídico clásico, un contrato querido por las partes es válido, y válido significa justo. Hoy la cultura jurídica neoliberal se llena la boca con la buena fe y su nuevo significado. La buena fe permite al juez corregir los desequilibrios accesorios del contrato, es decir, las disfunciones del mercado. El juez debe corregir los desajustes del intercambio mercantil, pero sin poner en tela de juicio la justicia asociada a la validez del contrato y sus requisitos fundamentales, como es el precio. Se puede corregir una cláusula sobre intereses, o sobre prestaciones accesorias, pero el contrato no se anula salvo en contadas ocasiones.

El TS no declara nula, desde 1992, ni siquiera la cláusula de los contratos de compraventa de viviendas de protección oficial con precio ilegal, desde la incomprensión más absoluta de la finalidad de las normas que regulan las VPO. La proliferación de corruptelas y fraudes en la contratación de viviendas protegidas no es excusa para reconocer la validez de un pacto sobre el precio diferente del legal, puesto que la razón de ser la norma prohibitiva-imperativa deriva del conjunto de beneficios fiscales y ayudas que recibe mayormente el promotor-vendedor con el fin de facilitar el acceso y destino de esas viviendas a determinados estratos de la población.

Los órganos judiciales conocen de las contradicciones de la legislación sobre viviendas protegidas, así como la profusión de fraudes asociados a simulaciones y fiducias, pero no pueden ignorar un imperativo legal, realizando presuposiciones y análisis de comportamientos de las partes fuera de lugar. La preocupación de muchos juristas por delimitar el espacio del Derecho privado como reino de la libertad contractual es un puro ejercicio ideológico en el sentido peyorativo del término.

Y es que las técnicas y remedios jurídicos tradicionales de Derecho privado, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, no dan ni pueden dar respuesta a la adecuada tutela de los derechos sociales. Un orden jurídico que pone en su centro la propiedad privada de los medios de producción, el poder privado de empresa, el derecho a la apropiación privada del excedente, el principio de equivalencia formal, y al mercado como espacio central para los intercambios, no puede dar respuesta a la tutela universal de las necesidades sociales, ni a las cuestiones ambientales.

La necesidad de vivienda no se satisface en muchos casos a través de declaraciones de voluntad de los individuos en contratos o testamentos. Se trata de una situación de hecho constatable a la que tienen que hacer frente la sociedad, las normas, las administraciones y los tribunales, lo que requiere una lógica de actuación implicada en una política de vivienda como bien social y no como mercancía. Una lógica similar a la obligación legal de alimentos entre parientes.

Una estrategia jurídica basada en la reivindicación del derecho subjetivo individual de carácter privado, entendido como poder jurídico, es inadecuada para abordar problemas como la alimentación, el acceso igualitario al agua potable, el acceso a la vivienda, la educación, la salud, la cultura, el cuidado personal, el medio ambiente, etcétera.

Existe la estrategia de los deberes, que consiste en poner el acento en los deberes de los poderes públicos, que tienen la obligación de adoptar políticas y medidas que favorezcan la igual-libertad concreta de los ciudadanos a la que alude el artículo 9.2 de la CE. Pero para esto se requiere un cambio de mentalidad, de prácticas y de remedios jurídicos. Una lógica de actuación solidaria y cooperativa requiere de nuevas y diferentes prácticas sociales, políticas y económicas. Sólo de ese modo el reconocimiento y garantía del derecho a una vivienda digna y adecuada puede hacerse efectivo para todos. Es decir, si la vivienda se considera como bien social, no sólo hay que intervenir en la regulación del mercado o acudir excepcionalmente a procedimientos expropiatorios, sino procurar el acceso a la vivienda con una lógica no mercantil.

Esas medidas no van a caer como fruta madura si no se lucha por ellas, y menos aún cuando los aparatos del Estado tienen por finalidad constitucionalmente sancionada proteger y garantizar la economía de mercado, el poder de la empresa y la propiedad privada.

El Estado español nunca ha llevado a la práctica una política social de vivienda digna de tal nombre, ni siquiera cuando se construían cada año más de 700.000 nuevas viviendas. Tuvo que venir en 2006 el relator de la ONU para el derecho a la vivienda a recordarnos que el Gobierno de España no estaba haciendo lo correcto. Cataluña se adelantó con una ley sobre el derecho a la vivienda en 2007, pero sin adoptar tampoco una política de vivienda social digna del tal nombre. Las restantes leyes sobre el derecho a la vivienda, como la andaluza de 2013, sólo constituyen débiles paliativos, y además suscitan problemas de inconstitucionalidad con respecto a las competencias del Gobierno central y las Cortes Generales.

En resumen, los poderes públicos han incumplido por activa y por pasiva la Constitución, no sólo en lo dispuesto por el artículo 47 en todos sus párrafos, sino también

en relación con lo dispuesto en los artículos 9.2, 10, derechos fundamentales concordantes, y los artículos 128 y 132, entre otros.

Pero ¿cómo arrebatar a las oligarquías empresariales y a los aparatos burocratizados estatales las decisiones acerca del acceso a bienes públicos o comunes que constituyen el soporte material de una dignidad humana no entendida como puro espíritu? Ahí está la estrategia para reivindicar el reconocimiento y garantía de acceso a los bienes comunes, bien aquellos que proporciona la madre naturaleza como el agua o el bosque, o los que constituyen el resultado del trabajo y la cooperación en común, como el sistema educativo, el sistema sanitario o la mismísima vivienda en cuanto “bien social”.

Bancos, promotora, agencias urbanizadoras y empresas de la construcción han obtenido enormes beneficios con todo tipo de facilidades y costes asumidos por las administraciones públicas, bien facilitando el suelo, permitiendo volúmenes de edificabilidad mayores que los previstos inicialmente, mediante bonificaciones y desgravaciones fiscales, y hasta con la construcción de infraestructuras necesarias para hacer viable la venta de viviendas. Enormes sumas de dinero público privatizado, enormes beneficios, enorme fraude fiscal, enorme tráfico de sobres y corruptelas, enorme cantidad de viviendas desocupadas, pero ni un solo rescate a las familias sin vivienda y sin trabajo.

Tenemos un problema económico, un problema político y un problema ideológico no menos importante. Hay que desprenderse de la idea de que la economía es una cosa de expertos en la lógica del cálculo matemático-financiero que no distingue entre izquierdas y derechas, hay que desprenderse de la idea de que la política y los poderes públicos no pueden hacer política económica sino sólo gestión administrativa, y hay que desprenderse de la idea de que todos nacemos libres e iguales. La libertad concreta y efectiva se conquista con lucha colectiva.

La aspiración a disponer de vivienda en propiedad no forma parte del “carácter” español. Responde a una situación histórica concreta unida a una determinada política económica que ha hecho de la construcción de viviendas la palanca del desarrollo económico y de la obtención de ganancias fáciles y rápidas, hacia donde se ha dirigido la inversión y el ahorro de muchas familias.

VI. Sobre la expropiación de viviendas por incumplimiento de la función social de la propiedad

Antes de promulgarse la Ley 18/2007 *del derecho a la vivienda* de Cataluña, se desató un debate centrado en el supuesto de expropiación de uso contemplado en el artículo 42 de la misma. El legislador catalán tuvo buen cuidado en no introducir ninguna disposición expresa acerca del contenido esencial del derecho de propiedad

de la vivienda, si bien no hay que hacer grandes esfuerzos para incluir entre los deberes vinculados a la propiedad, en determinadas circunstancias de tiempo, lugar y situaciones de necesidad, el deber de destino propio y principal de una edificación destinada a residencia y hogar familiar. Algo que en realidad se contempla expresamente en la Ley, por ejemplo en el artículo 2.j.

La Ley catalana no contempla diferencias entre los destinatarios del deber de dar ocupación efectiva a la vivienda, ni interferencias con respecto a los procesos de ejecución hipotecaria, en el momento del lanzamiento. La expropiación de uso de la vivienda se lleva a efecto en última instancia, después de adoptar medidas de fomento y haber comprobado la falta de colaboración o la inacción del propietario. Y lo hace en el marco de la normativa sobre expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad.

La Ley catalana no es idéntica a la andaluza, ni a la navarra, ni al proyecto de la ley canaria. Sin embargo, fue objeto de objeciones. Ignacio Marín y Rosa Mila escribieron que si bien el artículo 42.6 podría considerarse constitucional en cuanto respeta el contenido esencial del Derecho, la disposición no respeta el test de proporcionalidad exigido por la reciente jurisprudencia del TC; la medida no resulta adecuada en relación con el fin perseguido: incidir en los precios de los alquileres y de las viviendas, y hacer recaer sobre los propietarios deberes y obligaciones que corresponden a la administración con una adecuada política de vivienda social.

Por su parte, Sergi Llorens Aguado sostiene que es constitucional y posible expropiar en determinados supuestos una vivienda, pero cosa distinta es la práctica y costes de esas expropiaciones. En primer lugar, hay que definir bien el concepto de vivienda desocupada, y en segundo lugar, valorar el precio de la expropiación. Pues bien, concluye que, aunque el texto catalán llega a precisar lo primero, lo hace de forma tan restrictiva que su alcance es muy limitado.

La Ley 4/2013 de *medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda de Andalucía*, introduce en la Ley Reguladora del Derecho a la Vivienda de 2010 disposiciones que en buena medida ya contemplaba el Decreto-Ley 6/2013, que hacen referencia en lo fundamental al contenido esencial de la propiedad de la vivienda, a la definición de vivienda deshabitada, y a la expropiación por interés social en circunstancias de emergencia social. Dicha ley que trata de dar respuesta puntual a situaciones de emergencia social, con respecto a las personas expuestas a lanzamiento a consecuencia de una ejecución hipotecaria, incluyendo avalistas cuando deban responder con su propia vivienda, y a trabajadores por cuenta propia o autónomos que hayan garantizado un préstamo con la vivienda y en relación con el sostenimiento de su actividad económica. Dispone una expropiación de uso por un plazo máximo de tres años.

Sin pretender analizar este tema en profundidad, puede constatarse que hay diferencias entre la Ley catalana, que no hay sido objeto de recurso, y la andaluza, que sí lo ha sido.

En cuanto a la Ley andaluza, el Dictamen del Consejo de Estado es desfavorable, en sentido casi idéntico al emitido para la Ley navarra. Para el CE, el Parlamento autonómico legisla fuera del marco competencial atribuido, y además lesiona el contenido

esencial del derecho a la propiedad (Dictámenes de 10 de octubre y 21 de noviembre de 2013). En el mismo sentido se pronuncia el Dictamen de 16 de octubre de 2013 del Consejo Consultivo de Canarias con respecto al proyecto de ley que dictamina.

El Dictamen del CE favorece la posición del Gobierno central en su planteamiento del recurso ante el TC. Lo más destacado del recurso interpuesto por el Gobierno central es la aportación de los convenios y compromisos del Estado con respecto al saneamiento y estabilización del sistema bancario y financiero, en relación con las competencias del Estado en las bases y ordenación general de la economía del artículo 149.1.13, para llegar a concluir que las medidas adoptadas por el legislador andaluz ponen en serio peligro el cumplimiento de los compromisos y el alcance de los objetivos. Es decir, constituyen medidas que, según la abogacía del Estado, ponen en peligro la confianza de los mercados en el buen gobierno de la economía. También se aportan documentos de la Comisión Europea que se pronuncian en el mismo sentido.

Para el recurrente, con soporte en una frase de la STC de 1987 sobre la Ley de Reforma Agraria de 1984, expropiar el uso de una finca rústica no es lo mismo que expropiar una finca urbana, por la diferente incidencia que una y otra tienen en la ordenación general de la economía. La Ley andaluza de Reforma Agraria se limitó a desarrollar leyes estatales en relación con objetivos de reforma agraria que presentaba el hecho diferencial andaluz, pero no sucede lo mismo con la función social de la vivienda, ni el Parlamento andaluz tiene competencia para legislar en materia civil; todo eso añadido a la lesión del contenido esencial de propiedad, en cuanto se limita más allá de lo razonable el poder de destino del propietario.

Muchas de las afirmaciones del recurso interpuesto por el Gobierno central, y otras incluidas en el Dictamen del CE, son discutibles en Derecho. Una interpretación y aplicación de la Constitución con respecto al significado y tutela del derecho a la vivienda por los poderes públicos es posible y necesaria. Las limitaciones al poder de destino del titular de la propiedad tienen justificación constitucional con respecto a muchos tipos de bienes. Y puede decirse que en el caso de la vivienda y su destino, cuando la vivienda ha sido calificada como residencial, es inherente a su mismo concepto, por lo que debe considerarse una obviedad que no se lesiona el contenido esencial cuando sin causa justificada no se pone a disposición de potenciales usuarios, o de usuarios necesitados en caso de interés social.

En pocas palabras, expropiar una vivienda está tan justificado o más que expropiar una finca rústica. Y está justificado que se expropie estableciendo diferencias entre los propietarios, por análoga razón que no se justifica la expropiación de fincas rústicas por incumplimiento de la función social o interés en caso de la pequeña propiedad, sino de los latifundios.

Ahora bien, hay diferencias importantes en cuanto a la repercusión de la expropiación de viviendas en la tutela del crédito con interferencia en los procedimientos de ejecución hipotecaria, y lo que ello comporta con respecto a la ordenación de la economía, el saneamiento bancario y la confianza de los mercados. Todo esto desde un punto de vista crítico externo resulta paradójico y hasta insultante, dado que en realidad la propia Constitución reformada en su artículo 135, como las “imposiciones” asumidas por el

Gobierno, representan la tutela absoluta de los intereses de los acreedores, a lo que se subordina la tutela de derechos fundamentales sociales, como el derecho a la vivienda. Desde un punto de vista interno, también es discutible que la expropiación de uso en casos de emergencia social constituya una medida que ponga en peligro el saneamiento del sistema financiero y bancario, ya que quienes lo han puesto en auténtico peligro y con un enorme coste han sido mayormente los banqueros y quienes deben controlar sus actuaciones. Está claro quién hace valer su fuerza y poder, aunque buscando cobertura en una determinada lectura jurídico-política del texto constitucional, ya que resulta increíble que el valor de los activos experimente una pérdida importante como resultado de la expropiación de uso en casos puntuales y excepcionales.

En fin, resultan evidentes las diferentes maneras en las que el sector financiero encuentra valedores proclamando como dogma que sólo su salvación permite la salvación del interés general.

Tanto el CE como el abogado del Estado acuden a otros argumentos que el artículo 149.1.13, cuales son la competencia del Estado en legislación civil y la lesión del contenido esencial del derecho de propiedad. Cuestión esta última que corresponde valorar al TC, pero a partir de un concepto altamente manipulable desde el punto de vista jurídico-político. Es cierto que el legislador andaluz no ha sido cauteloso a la hora delimitar la función social de la propiedad de las viviendas con destino residencial, pero resulta obvio y evidente que la función social de la propiedad de una vivienda implica derechos y deberes, y el deber de destino no puede quedar en manos del interés particular en todo caso y circunstancia. Y no se lesiona el contenido esencial si se mantiene la titularidad y se obtiene una compensación y justo precio por la expropiación, ya que no se priva de la facultad de disposición aunque ciertamente puede afectar a su valor. Una vez más está claro que el alcance de este argumento está muy mediatizado por la actual coyuntura. Ya se ha dicho antes que la posibilidad efectiva de realizar el valor económico del derecho se reduce mucho porque así lo deciden los mercados, que, paradójicamente, quieren adquirir a precio de saldo los inmuebles limpios de toda carga o gravamen.

El recurso añade el argumento del test de proporcionalidad y las competencias del Estado en relación con lo dispuesto en el artículo 149.1.1 y 8. de la CE. En cuanto al primero, debe resultar evidente que una vivienda destinada y calificada como residencial tiene el destino que le es propio de acuerdo con su carácter, ya sea en Murcia o en Navarra. Y en cuanto a lo segundo, hay que recordar que la expresión legislación civil no dice gran cosa acerca de las competencias en materia de propiedad, puesto que todas las leyes especiales que regulan diferentes tipos de bienes tienen amplios contenidos de carácter público-administrativo.

Existen otros motivos de inconstitucionalidad de la normativa andaluza relacionados con la potestad sancionadora y el principio de no discriminación, de los que no me ocupo en este trabajo.

La norma andaluza de medidas para situaciones de emergencia en materia de vivienda no ha sido pensada ni elaborada con el tiempo y estudio que se requiere, pero tal reproche, como el de oportunismo, también puede hacerse de las normas estatales al respecto. El reproche de inconstitucionalidad es discutible cuando menos en muchos

aspectos, pero es más que probable que la Ley sea tachada de inconstitucional por el TC en esta batalla jurídico-política.

Hay que tener claro que es la misma CE la que tutela y garantiza fuertemente el derecho de propiedad y la libertad de empresa, y más aún con el refuerzo de los Tratados de la UE y los compromisos adquiridos por el Gobierno central para la reordenación del sistema financiero, y la particular incidencia que reviste la situación generada por el estallido de la burbuja inmobiliaria.

Pero lo más llamativo es que toda la jungla normativa sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, tanto a nivel estatal como autonómico, no haya contemplado ni una sola medida tendente a hacer efectivo el derecho a la vivienda de determinados colectivos sociales, cosa sobre la que llama la atención la exposición de motivos de la Ley catalana. Y ahora, cuando se desata la tormenta, asistimos a la adopción, tanto por el Gobierno central como por los autonómicos, de una serie de medidas de urgencia, insuficientes, incoherentes y descoordinadas, que no sirven en la mayor parte de los casos más que calentar las cabezas a juristas en su estudio. No es casualidad que se desconozcan, y municipio por municipio, las necesidades reales de vivienda, ni tampoco lo es la falta de previsión y adopción de medidas legales que no comportarían ninguna batalla jurídica, que no se han adoptado en claro incumplimiento de los poderes públicos, ni por el poder central ni por las comunidades autónomas. Tanto la ley estatal como la andaluza son medidas de parcheo, insuficientes e incoherentes, como incoherente e insensato es no disponer de una verdadera política de vivienda social al servicio de las necesidades sociales y no de los especuladores.

Ahora, la reciente normativa sobre rehabilitación y conservación de edificios reconoce en su exposición de motivos que, salvo en casos puntuales, no se requiere en el país vivienda nueva en varios años. Muchas urbanizaciones habrán de ser demolidas. Y es más que probable que el coste económico y ambiental acabe una vez más socializándose.

Una política de vivienda como bien social no puede adoptarse de forma parcial al margen de medidas tendentes al mantenimiento y mejora de los servicios públicos, de una ciudad habitable y no segregada, de una redistribución del empleo y una relocalización de las actividades económicas, y es este conjunto de medidas el que el vigente marco jurídico institucional obstaculiza.

Las cosas no volverán a ser como antes, pero tampoco está escrito cómo serán. Pueden ser mucho peores aún si no somos capaces de defender conquistas sociales y jurídicas que día a día se ponen en peligro cuando lo que impera no es otra cosa que la ley del más fuerte y políticas de administración del miedo, que se amparan en un concepto formal y procedimental de democracia y legalidad al servicio de una oligarquía de fachada neoliberal.

Hoy es imposible volver a un modelo de regulación fordista, como dice M. Husson. Y, de seguir el modelo de regulación neoliberal y las políticas de austeridad, se llegará a una regresión sin fin que, de ser aceptada socialmente, conducirá a una profundización del *apartheid* a nivel mundial.

VII. ¿Y qué podemos hacer?

En primer lugar, rechazar el marco y el camino que señalan hoy el FMI, la UE y el Gobierno central. Y aprender de la experiencia en el caso de España. Hay que comprender que no se puede ni se debe volver al desarrollismo urbanístico y sus desastrosas consecuencias. Pero para ello no basta invocar el desarrollo sostenible si no se actúa al mismo tiempo sobre la más equitativa distribución de la renta, la distribución del empleo y una profunda reordenación del sistema financiero y bancario, lo que exige una lucha frontal contra el dictado de los oligopolios generalizados, a la vez que cambiar de cultos, usos y modos de vida.

Una interpretación de la Constitución acorde con la tutela efectiva de los derechos fundamentales no sólo permite que la ley regule la función social y los deberes de los propietarios, incluyendo sanciones para los incumplidores, sino que también permite la expropiación del dominio o del uso. La ley puede y debe diferenciar los tipos de viviendas según su uso y destino.

El derecho a la vivienda digna ha de relacionarse con el uso y no con la propiedad; por tanto, con figuras jurídicas como el alquiler social o el derecho de uso. Es decir, se trata de sustraer a la lógica mercantil la tutela y satisfacción del derecho a la vivienda, cosa que obviamente no impide tampoco el texto constitucional. Y, por supuesto, no debe gastarse un céntimo de dinero público en el estímulo a la inversión en vivienda, ya sea en forma directa o mediante desgravaciones fiscales. El suelo y los recursos naturales son patrimonio común de toda la comunidad y cualquier título de atribución es constituido y regulado en su contenido por la comunidad, por lo que intereses particulares nunca deben tutelarse en perjuicio de la tutela de los derechos fundamentales de libertad o sociales que sean. Tal cosa es inasumible por la cultura jurídica dominante y por la mayor parte de los gobiernos actuales, que justifican su posición en la misma Constitución y en los Tratados de la UE. Por ello, en el punto de mira estratégico, la mayoría social debe ponerse a trabajar en un proceso constituyente material y no sólo formal, que no es otra cosa que reivindicar y ocupar la posición de quienes deciden por nosotros.

VIII. Bibliografía

CALVO ROJAS, E., “Urbanismo en tiempo de crisis”, *Revista Jueces para la Democracia*, nº 73, marzo 2012.

CAPELLA, J.R. y LORENTE M.A., *El coste del rescate bancario: las cifras reales*, [El coste del rescate bancario: las cifras reales].

FERNÁNDEZ DURÁN, R., *El tsunami urbanizador español y mundial*, publicado en 2006 y acceso libre en internet.

GONZÁLEZ ORDOVAS, M.J., *El derecho a la vivienda. Reflexiones en un contexto socio-económico complejo*, Dykinson, Madrid, 2013.

MARÍN GARCÍA, I. y MILA RAFEL, R., “El alquiler forzoso de la vivienda desocupada”, *Indret*, Barcelona, mayo 2007.

NAREDO, J.M., *El modelo inmobiliario español y sus consecuencias*, [www.sinpermiso.info].

NAREDO J.M. y MONTIEL MÁRQUEZ, A., *El modelo inmobiliario español y su culminación en el caso valenciano*, Icaria, Barcelona, 2011.

OBSERVATORI DESC, *Derecho a la vivienda y políticas habitacionales. Informe de un desencuentro*, enero 2008 [www.descweb.org].

PAREJO ALFONSO, L., *La ordenación urbanística. El periodo 1956-1975*, Montecorvo, Madrid, 1979.

PISARELLO, G., “El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales”, *Revista catalana de dret públic*, nº 38, 2009.

PISARELLO, G., “El derecho a la vivienda: acoso, derribo, resistencias”, *Revista Jueces para la democracia*, nº 77, julio 2013.

RODRIGUEZ LÓPEZ, J., *¿Tenemos una política estatal de vivienda para 2014?*, [[Economistas Frente a la Crisis](#)].

VINUESA ANGULO, J., *El festín de la vivienda. Auge y caída del negocio inmobiliario en España*, Díaz&Pons, Madrid, 2013.

3

LOS PODERES DEL ESTADO EN LA CONFORMACIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA A LA LUZ PRÁCTICA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Manuel Jesús Díaz Gómez
Profesor titular de Derecho Civil
Universidad de Huelva

I. A modo de introducción: función pública *versus* función social. **II.** La consideración de “bienes”. **III.** El respeto al derecho de propiedad: libertad para poder disponer de los bienes. **IV.** La licitud de la restricción: el interés general y la reglamentación legal. **V.** La legitimidad del caso concreto: el justo equilibrio. **VI.** La reparación de una vulneración intolerable. **VII.** Algunas reflexiones: a modo de conclusiones. **VIII.** Bibliografía.



I. A modo de introducción: función pública *versus* función social

Versus en su significado de dirección u orientación hacia algo, que originariamente era la vuelta indispensable de lo otro y que en la actualidad se confunde y asemeja, correctamente o no, con algo contrario u opuesto a lo otro. Parece hecha la preposición a las locuciones sustantivas citadas en el título, y que las une, en tanto si referidas al actuar de los poderes públicos; parecen pretender que buscan lo que entre ellas falta; parecen quererse y repelerse a la vez.

Ya se ha dicho con acierto¹ –y repetir es vano ahora– el trabajo que le cuesta al actual Estado de Derecho alzarse con la autoridad que le ha sido conferida cuando maneja los herrajes formales de la libertad y de la igualdad individuales. Desde entonces, si se parte como hecho incontestable, en la estructura del poder jurídico que satisface los intereses de los particulares, de que estos no pueden detectarse de modo apriorístico y objetivo, sino que precisan de un acto de voluntad del sujeto para ser concretados, y de que existen previamente un conjunto de bienes susceptibles de ser empleados en su consecución, resulta bastante fácil articular un sistema jurídico que atribuya con carácter general y abstracto derechos subjetivos unívocos y amplios a favor de los particulares.

No obstante, cada vez más, parece que el individuo avanza hacia la satisfacción de necesidades complejas que se alejan de una base material concreta, por lo que el dominio sobre los bienes corporales va dejando paso a una realidad más interconectada socialmente, a unos intereses más ligados colectivamente². Desde entonces, el devenir del Estado, llamado a intervenir en la consecución del justo equilibrio entre los derechos individuales y el interés general, encontrará un margen de apreciación más discrecional tanto en la identificación de los conflictos que deben obtener respuesta como en los medios que deban emplearse en su consecución.

Se verá a continuación cómo se visualiza en la actualidad la protección que merece la propiedad privada, a partir de supuestos que en la práctica se le han planteado al

¹A.M. LÓPEZ Y LÓPEZ, “Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 25, 1996, p. 453 ss.

²Últimamente, pueden verse los ensayos realizados por P. GROSSI y A.M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Propiedad: Otras perspectivas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013; el primero de los cuales profundiza en la idea de bienes colectivos y de bienes comunes, para dejar constancia de que en el actual desarrollo de la relación entre personas y bienes, la propiedad no abarca ni agota su complejidad; mientras que el segundo de los autores citados centra su estudio en la construcción jurídica de la empresa, para advertir del fracaso de los esquemas simplistas y unitarios propios de un tiempo ya ido e incapaz de abordar con sus conceptos la compleja realidad actual.

³En general, pueden verse los estudios de MYJER, “Article 1 Protocol I and the entitlement of just satisfaction”, en *Property and Human Rights*, dir. Vandenberghe, Bruylant, Brujas, 2006; PADELLETI, *La tutela della proprietà nella Convenzione Europea dei diritti dell’uomo*, Giuffrè, Milano, 2003; RIPOL CARULLA, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Atelier, Barcelona, 2007; y ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, “La construcción del derecho de propiedad por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Derecho constitucional para el siglo XXI*, t. I, Aranzadi, Navarra, 2006.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos³. Para ello se parte del Protocolo adicional nº 1⁴ al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que en su artículo 1 dispone:

“Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los Principios Generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para reglamentar el uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para asegurar el pago de impuestos u otros tributos o de multas.”

En este ámbito de cosas, también tendremos oportunidad de visualizar –centralizados en supuestos específicos de referencia– cómo la propiedad de los bienes puede verse conformada, en algunos aspectos, por ciertas necesidades individuales, como la vivienda, en atención a la cual podría quedar justificado el interés general de actuación por parte de los poderes públicos⁵.

II. La consideración de “bienes”

Más allá de la titularidad del dominio sobre cosas corporales y de la configuración que cada Estado haga de la misma, la concepción de los bienes objeto de protección en el mencionado artículo 1 del Protocolo tiene un alcance autónomo y amplio que abarca situaciones jurídicas subjetivas de contenido patrimonial, cosas, derechos e incluso esperanzas legítimamente fundadas o consolidadas –excluyéndose, eso sí, el mero interés o deseo personal⁶–.

Una actividad económica, empresarial o profesional puede ser considerada a los efectos de ser protegida como un bien, en tanto que la clientela o fondo de comercio creado por el ejercicio durante cierto tiempo se analiza como un valor patrimonial⁷. Así, en el caso *Di Marco contra Italia*,⁸ “el Tribunal considera que en las circunstan-

⁴De 20 de marzo de 1952, dado en París. En la versión publicada en el BOE nº 108 de 6 de mayo de 1999, mediante Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores, se contiene junto al texto refundido del Convenio, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, así como al Protocolo nº 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983.

⁵Sírvase, así, el presente estudio, a valer de conferencia en las Jornadas que, en homenaje a la profesora y maestra Dña. Rosario Valpuesta Fernández, se celebraron en la Universidad de Huelva, los días 27 y 28 de marzo de 2014, bajo el título “El derecho a una vivienda digna y el drama de los desahucios”.

⁶Resultan de interés las interpretaciones de por Gambaro, I beni, Giuffrè Ed., Milano, 2012.

⁷En el caso *Latridis contra Grecia*, S. de 25 de marzo de 1999 [TEDH 1999, 13], con independencia de la situación litigiosa del terreno entre el Estado y arrendador-cedente, el demandante-cesionario había explotado –en virtud de contrato firmado en regla– un cine durante once años hasta su expulsión sin haber sido inquietado por las autoridades, gracias a lo cual había creado una clientela, que se analiza como un valor patrimonial. En el caso *Van Marle y otros contra Países Bajos*, S. de 26 de junio de 1986 [TEDH 1986, 6], el fondo de comercio creado lo fue por una actividad profesional.

⁸STEDH de 26 de abril de 2011 [JUR 2011, 133215], & 53.

cias particulares del presente asunto, la esperanza legítima del demandante, vinculado a intereses patrimoniales tales como la explotación de un terreno y el ejercicio de una actividad comercial, eran hechos lo bastante importantes como para constituir un interés sustancial, y por tanto un «bien» en el espíritu de la norma, tal como se expresa en la primera frase del artículo 1 del Protocolo nº 1, el cual es por tanto aplicable en este asunto”⁹.

III. El respeto al derecho de propiedad: libertad para poder disponer de los bienes

La propiedad privada aparece configurada como una esfera de poder sobre los bienes, que con carácter general impone a los no titulares el deber de respeto. Las injerencias que en tal ámbito se produzcan suponen una restricción a la libertad del propietario en cuanto a la toma de decisiones, en exclusiva, respecto de los bienes sometidos a ella, lo que viene a significar que la intromisión afecta a la esfera de poder en la disponibilidad del bien. No obstante, particularmente significativos podrían resultar aquellos supuestos en los que algunos sujetos quedan privados de sus derechos, o aquellos otros en los que se les impone una cierta adaptación de su comportamiento a los aprovechamientos que se deriven del bien.

Según la jurisprudencia del TEDH, el artículo 1 del Protocolo nº 1, que garantiza básicamente el derecho de propiedad, contiene tres normas distintas: la primera, que se explica en la primera frase del primer párrafo y reviste un carácter general, enuncia el principio de respeto a la propiedad; la segunda, que figura en la segunda frase del mismo párrafo, apunta la privación de la propiedad y la somete a ciertas condiciones; en cuanto a la tercera, consignada en el segundo párrafo, reconoce a los Estados contratantes el poder, entre otros, de reglamentar el uso de bienes conforme al in-

⁹Véase también, con similitud, los asuntos tratados en *Beyeler contra Italia*, STEDH de 5 de enero de 2000 [TEDH 2000, 1]; *Stretch contra Reino Unido*, STEDH de 24 de junio de 2003 [JUR 2003, 125160]; *Bozcaada Kimisis Teodoku Rum Ortodoks Kilisesi Vakfi contra Turquía*, STEDH de 3 de marzo de 2009 [JUR 2009, 97205]; y *Plalam S.P.A. contra Italia*, STEDH de 18 de mayo de 2010 [JUR 2010, 160535].

¹⁰*Latridis contra Grecia*, S. de 25 de marzo de 1999 [TEDH 1999, 13], & 55. En el caso *James y otros contra Reino Unido*, S. de 21 de febrero de 1986 [TEDH 1986, 2], & 37, se dice: “El art. 1 garantiza, en definitiva, el derecho de propiedad (Sentencia Marckx, de 13 de junio de 1979, serie A, nº 31, p. 27, ap. 63). Según el examen de este artículo que el Tribunal efectuó en su Sentencia Sporrang y Lonroth, de 23 de septiembre de 1982, «se formulan en él tres reglas distintas»: la primera, que se expresa en el primer párrafo del primer ap. y tiene carácter general, sienta el principio del respeto que se debe a la propiedad; la segunda, en el segundo párrafo del mismo apartado, se refiere a la privación de la propiedad, y la somete a determinadas condiciones; y la tercera, en el segundo apartado, reconoce a los Estados, entre otras facultades, la de regular el uso de los bienes de acuerdo con el interés general (serie A, nº 52, p. 24, ap. 61). El Tribunal añadió que, antes de averiguar si se ha cumplido la primera regla, tiene que resolver si las otras dos son aplicables (ibídem). No se trata, por tanto, de reglas independientes entre sí. La segunda y la tercera se refieren a casos específicos que afectan al derecho de propiedad; y, por ello, han de interpretarse a la vista del principio que establece la primera”.

terés general. La segunda y la tercera, que se refieren a dos ejemplos concretos de limitaciones al derecho de propiedad, deben interpretarse a la luz del principio consagrado por la primera.¹⁰

IV. La licitud de la restricción: el interés general y la reglamentación legal

El ejercicio de los derechos individuales no se conforma en la actualidad como poderes absolutos en manos de su titular. La concurrencia con otros derechos y, sobre todo, su imbricación en el conjunto de relaciones sociales, económicas o políticas de una determinada comunidad requiere tener en cuenta el interés general de la colectividad para ser configurados en concreto. De este modo, el poder de los distintos Estados a la hora de detectar las necesidades comunes y los instrumentos que mejor se adapten para su consecución es muy amplio¹¹. El derecho de propiedad queda entonces conformado mediante una delimitación del poder que el particular puede tener sobre los bienes, que responde a unas exigencias sociales.

La legalidad es tomada como exigencia de control formal de los actos administrativos que confieren publicidad y precisión de las reglas que contienen.

Efectivamente, en la sentencia del caso *Marckx contra Bélgica*, de 13 de junio de 1979 [TEDH 1979, 2], & 63, el Tribunal ha precisado el objeto de este artículo: “Al reconocer a cada uno el derecho a respetar sus bienes, el artículo 1 garantiza sustancialmente el derecho de propiedad. Las palabras «bienes», «propiedad» y «uso de los bienes» dan una impresión clara y precisa; por un lado, los trabajos preparatorios lo confirman de manera inequívoca: los redactores no han hecho más que hablar de «derecho de propiedad» para designar la materia de los proyectos sucesivos de los que ha surgido el presente artículo 1”.

¹¹Ahora, sobre este tema, que luego se reproducirá en apartados posteriores, pueden verse las argumentaciones de GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, 2010, *passim*; y las conclusiones de VAN ERP, “*European and National Property Law: Osmosis or Graowing Antagonism?*”, *Walter van Gerven Lectures*, nº 6, Europa Law Publishig, Groningen, 2006.

¹²En el caso de *James y otros contra Reino Unido*, S. de 21 de febrero de 1986 [THDH 1986, 2], donde se trataba de dar respuesta a la legislación arrendaticia que permitía la adquisición de las viviendas mediante el pago de ciertas cantidades a los arrendatarios de larga duración, se expone en & 40 que: “El Tribunal entiende, con los demandantes, que la privación de la propiedad con la única finalidad de conceder un beneficio a una persona privada no puede decirse que responda a la «utilidad pública». No obstante, la transmisión forzosa de la propiedad de un individuo a otro puede, en determinadas circunstancias, constituir un medio legítimo de favorecer el interés general. A este respecto, no se encuentra en la Constitución, ni en la legislación, ni en la jurisprudencia de los Estados Contratantes –incluso donde los textos vigentes utilizan palabras como «para el uso público»– ningún principio general que permita entender que el concepto «utilidad pública» impide una transmisión así. Lo mismo puede decirse de algunos otros países democráticos; y, así, tanto los demandantes como el Gobierno han citado una sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, referente a una ley del Estado de Hawai, transmitiendo forzosamente la propiedad de los inmuebles a los arrendatarios para disminuir la concentración de la propiedad en unos pocos propietarios (*Hawai Housing Authority v. Midkiff*, Recopilación 1984, vol. 104, p. 2321 y siguientes). Y en & 41 que: “Tampoco puede deducirse de la expresión inglesa «in the public interest» que el bien de que se trate tiene que estar a la disposición del público ni que toda la sociedad, o incluso una gran parte de ella, haya de beneficiarse directamente de la transmisión. Se puede muy bien

El interés general es tomado en un sentido amplio, pues ni siquiera la referencia a la utilidad pública que efectúa el precitado artículo 1 para los supuestos de privación de la propiedad es tomada por el TEDH como de uso público o de satisfacción de necesidades sociales, sino que se admite también que razones de justicia social hagan recaer el beneficio en sujetos particulares.¹²

Del modo indicado, se puede decir que la conformación del estatuto jurídico del propietario admite restricciones a su ámbito de poder, siempre que no sean arbitrarias, esto es que respondan a un interés basado en razones económicas, políticas o sociales de tipo general, para lo cual cada Estado tiene un amplio margen de apreciación. Las autoridades nacionales, debido al conocimiento directo de su propio país y de sus necesidades, están, en principio, en mejores condiciones que el Tribunal internacional para determinar lo que es de “utilidad pública”. A mayor abundamiento, el concepto “utilidad pública” es amplio por su propia naturaleza. De modo especial, la promulgación de leyes que supongan la privación de la propiedad implica, generalmente, el examen de cuestiones políticas, económicas y sociales sobre las cuales pueden existir opiniones muy distintas en un Estado democrático. El Tribunal, considerando normal que el legislador disponga de gran flexibilidad para desarrollar una política económica y social, respeta la forma en que conciba las exigencias de la “utilidad pública”, salvo cuando se ponga de manifiesto que su criterio carece de fundamento razonable. Dicho de otra manera, el Tribunal no puede sustituir, con su propio criterio, el de las autoridades nacionales, pero puede y debe revisar, a la vista del artículo 1, las medidas controvertidas y, con esta finalidad, examinar los hechos con relación a los cuales dichas autoridades han actuado.¹³

Especialmente relevantes son las declaraciones que a los efectos señalados realiza el TEDH en el caso *James y otros contra Reino Unido*¹⁴, donde después de advertir el amplio sentido de la expresión “utilidad pública”, entiende justificada y razonable la decisión tomada por el Estado de permitir la privación de sus inmuebles a los propietarios¹⁵ en favor de los arrendatarios:

“45. El Tribunal coincide así con la Comisión: una transmisión de propiedad efectuada en el ámbito de una política legal –social, económica o de otra naturaleza– puede ser

considerar como «in the public interest» una privación de propiedad efectuada en virtud de una política de justicia social. En especial, la justicia del sistema legal que regula los derechos personales y reales privados interesa y afecta a todos; y, por consiguiente, las disposiciones legislativas que pretenden asegurarlo pueden representar «the public interest», incluso cuando implican la transmisión forzosa de la propiedad de un individuo a otro”.

¹³Así se dispone en el caso *James y otros, cit.*, & 46, donde se especifica que en el sistema de protección creado por el Convenio, a las autoridades nacionales les corresponde fijar tanto la existencia de un problema de interés público que justifique las privaciones de propiedad, como las medidas que hayan que tomarse para resolverlo. Por ello, dichas autoridades disfrutan en esto de algún margen discrecional, como también acaece en otros campos a los que se extienden las garantías del Convenio. Salvando las diferencias también puede aludirse a la sentencia *Handyside*, de 7 de diciembre de 1976, serie A, nº 24, p. 22, ap. 48.

¹⁴S. de 21 de febrero de 1986 [THDH 1986, 2]

¹⁵En general, sobre el tema, *vid.*, BARCELONA LLOP, “Privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *RAP*, nº 185, 2011; y FERNÁNDEZ BAUTISTA, “Las garantías de las expropiaciones urbanísticas a la luz del sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *RDUMA*, nº 249, 2009.

de «utilidad pública», incluso si la sociedad en su conjunto no utiliza o no se beneficia del bien que se trate. La legislación de reforma de los arrendamientos no infringe intrínsecamente el artículo 1 por este motivo. Por ello, hay que pasar a averiguar si, por otras razones, atendió la exigencia de la «utilidad pública» y las demás establecidas en la segunda frase del artículo 1.

[...]

47. Tal como precisaba el Libro blanco de 1966, la Ley de 1967 pretendía corregir la injusticia que sufrían los arrendatarios ocupantes, según se creía, por la aplicación del sistema de contratos a largo plazo (ap. 18, supra). Se proponía modificar la legislación vigente a la sazón, considerada injusta con dichos arrendatarios, y hacer efectivo lo que se llamaba su «título moral» sobre la propiedad de sus casas (ibídem). Suprimir lo que se considera una injusticia social es una de las tareas propias de un legislador democrático. Ahora bien, las sociedades modernas consideran a la vivienda como una necesidad primordial, cuya regulación no puede dejarse por completo al libre juego del mercado. El margen discrecional es bastante amplio para abarcar una legislación que garantice en esta materia una mayor justicia social, incluso cuando dicha legislación se inmiscuye en las relaciones contractuales entre personas privadas y no favorece directamente ni al Estado ni a la sociedad como tal. Por consiguiente, la finalidad que perseguía la Ley de 1967, en principio, estaba justificada.”

Por último, hay que tener en cuenta que, aunque existan otras soluciones posibles para conseguir los fines propuestos por el legislador, no le corresponde al TEDH entrar a debatir si el programado es el más idóneo, sino si el mismo se conforma o no como una medida irrazonable. Así, en numerosas ocasiones, siendo esa la alegación articulada por los recurrentes contra la actividad de las autoridades nacionales, se declara abiertamente por el Tribunal que se trata de una elección que les corresponde a ellas en el ejercicio de sus funciones.¹⁶

V. La legitimidad del caso concreto: el justo equilibrio

La ponderación del caso supone la necesidad de encontrar un equilibrio justo entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de salva-

¹⁶Así, por ejemplo, en el caso *Blecic contra Croacia*, S. 29 de julio de 2004 [JUR 2004, 242851], se entendió que la desocupación de la vivienda durante un periodo de seis meses era una causa razonable que justificaba la pérdida del derecho de arrendamiento privilegiado sobre inmueble público, más allá de la posibilidad que existía para sofocar la necesidad social de vivienda de haber articulado como solución una suspensión del derecho u otras semejantes.

Igualmente, en el caso *Mellacher contra Austria*, cit., se dice que la posible existencia de otras soluciones por sí sola no convierte en injustificada la legislación que se discute –imposición de canon arrendaticio–, con tal que el legislador no sobrepase los límites de su facultad de apreciación: no corresponde al Tribunal decidir si ha escogido la mejor solución del problema o si debía haber usado aquella de distinta manera. También en el caso *James y otros contra Reino Unido*.

guarda de los derechos fundamentales del individuo, la cual no se puede apreciar hasta que se comprueba que la injerencia litigiosa respetó el principio de legalidad y no era arbitraria.¹⁷

El legislador nacional, al establecer las medidas que considere adecuadas para la consecución del interés general, fijará los mecanismos e instrumentos que hayan de utilizarse en cada caso concreto, por quien resulte habilitado para ello, en la materialización de la restricción del derecho de propiedad, de tal modo que, en todo caso, deberá estar justificado equitativamente el juego de los intereses públicos con la defensa de los bienes privados. Así, no apartándose de forma injustificada de lo preceptuado legalmente, el resultado final impuesto por las autoridades nacionales en el singular supuesto –que no tiene por qué ser el mejor ni el único de los posibles, como se ha dicho– deberá haber guardado un equilibrio razonable entre los intereses en juego, o lo que es lo mismo, la procura del bien común habrá de ser necesariamente adecuada o proporcionada a la restricción que se propone a la propiedad privada.

Del modo indicado, podríamos diferenciar dos aspectos del procedimiento. Por un lado, las referencias formales al proceso judicial nacional en el que el propietario trata de defenderse frente a las injerencias ajenas que considere injustificadas. Por otro lado, la defensa del derecho de propiedad ante el TEDH como consecuencia de una decisión de las autoridades nacionales que haya resultado desproporcionada o carente del necesario y justo equilibrio.

5.1. Proceso eficaz

En el primer aspecto, de contenido formal, la falta de recursos judiciales o de vías que posibiliten la defensa del titular de un derecho de propiedad, así como los procesos que no la garanticen o que la lesionen de modo injustificado, podrían dar lugar al recurso ante el TEDH¹⁸. Dicha protección suele articularse a través de alegaciones en defensa directa de otros derechos amparados por el Convenio Europeo, fundamentalmente aquellos contenidos en el artículo 6, que viene a exigir a los Estados firmantes el desarrollo de procesos judiciales justos y equilibrados.

¹⁷En el caso *Latridis contra Grecia*, cit., se produce una orden de expulsión administrativa del demandante como arrendatario de unos terrenos que eran considerados del Estado, y que sin embargo el municipio se niega a devolverle la posesión posterior a pesar de haber sido anulada la orden. Se produce una injerencia por parte del municipio sin tener para ello las facultades legales, convirtiéndose entonces en un ocupante sin título.

¹⁸Algo similar ocurre cuando se vulnera el Derecho de la Unión Europea, frente a lo cual se reacciona a fin de proteger los derechos de los particulares. Así, por la proximidad analógica en la materia, se puede recordar en este punto la sentencia del TJUE, de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11), que en aplicación de la Directiva 93/13/CEE en materia de protección del consumidor, permitió al juez nacional, en el proceso entre el señor Aziz y CatalunyaCaixa, suspender la ejecución hipotecaria hasta tanto se examinaran las posibles cláusulas abusivas del contrato de financiación que las partes habían suscrito entre sí. Finalmente, el procedimiento ordinario 13/2011, seguido en el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, concluyó con la sentencia de fecha 2 de mayo de 2013 en la que se consideró abusiva la cláusula de vencimiento anticipado contenida en el contrato y, en consecuencia, la improcedencia de reclamar la cantidad total del préstamo hipotecario.

En el sentido mencionado, suelen ser frecuentes las resoluciones que hacen referencia al carácter excesivamente gravoso de los medios que se ponen a disposición del titular para que pueda proceder a la defensa de sus derechos, o a la dilación injustificada del procedimiento administrativo o judicial que precisamente trata de protegerlos.

En este campo, por ejemplo, han sido frecuentes los recursos contra el Estado italiano en aquellos casos en que se dilata la ejecución de sentencias de desahucios, al amparo de una legislación específica que permite al órgano administrativo competente decidir discrecionalmente la urgencia de la medida, respecto del caso concreto¹⁹.

También es interesante, como supuesto práctico, el caso planteado en la sentencia de 23 de septiembre de 1982²⁰, *Sporrong y Lönnroth contra Suecia*, donde se denuncia el perjuicio sufrido por la excesiva duración del expediente expropiatorio, agravado por la prohibición de construir, lo que podría dar lugar a una omisión del deber de justo equilibrio entre la salvaguardia del derecho de propiedad y las exigencias del interés

¹⁹Se puede ver el caso *AO contra Italia*, S. 30 de mayo de 2000 [TEDH 2000, 137], entre otros muchos, donde se detecta claramente la posible justificación del supuesto, al tratarse de una anciana enferma, a pesar de lo cual se estimó que tal circunstancia no podía ser utilizada para la dilación del procedimiento judicial, que no finalizaba hasta que se produjese la efectiva ejecución de la sentencia, aun en base a una legislación que permite valorar la asistencia policial para recuperar la posesión del inmueble al propietario: se había producido una violación de los derechos de este, que era materia objeto del litigio, debiéndose recurrir por parte de la Administración a otras medidas más equilibradas para proteger los derechos de aquellos otros ciudadanos que se encuentren necesitados de asistencia.

²⁰[TEDH 1982, 5]

²¹Ocho de los cuales mostraron su opinión disidente al entender –con mejor criterio, a nuestro modo de ver– que resultaba de aplicación el artículo 1 del Protocolo nº 1, pero en su tercera norma, y en consecuencia, la legislación nacional se había propuesto regular el uso de unos bienes durante un periodo de tiempo que, si bien resultó finalmente ser excesivo, no suponía injerencia ilegítima propiamente dicha en el derecho de propiedad, pues resultaban proporcionadas y equilibradas las medidas en atención a los fines propuestos. Así, en esta Opinión Disidente se dice:

“3. Concebimos de forma diferente la manera de interpretar y aplicar el artículo I en este caso concreto. La primera frase del artículo ofrece una garantía a la propiedad privada. Se trata de una cláusula general que protege tanto a los individuos como a las personas jurídicas privadas contra las violaciones que se realicen sobre sus bienes. Los Estados modernos están obligados, sin embargo, en interés de la colectividad, a regular el uso de los bienes privados en muchos aspectos. Hay siempre responsabilidades y necesidades sociales relacionadas con la propiedad y el uso de estos bienes. Las disposiciones siguientes del artículo 1 reconocen estas necesidades y responsabilidades, así como los derechos que corresponden a los Estados. La esencia misma del urbanismo es regular el uso de los bienes, comprendiendo los bienes privados en base al interés general. Es obvio que para la aplicación del segundo párrafo a las restricciones al uso de los bienes privados deba dejarse al propietario por lo menos un cierto grado de libertad, pues de lo contrario equivaldría a una privación total; en este caso no subsistiría ningún uso. Sin embargo, el hecho de que las medidas que se adopten pudieran desembocar en la expropiación de los bienes inmuebles a los que hacemos referencia no constituiría un elemento decisivo contra la aplicación de este segundo párrafo. Cuando el uso de un bien no se hace imposible, cualquiera que sea la restricción impuesta, esta disposición permanece aplicable incluso si la intención subyacente es privar a la propiedad de sus bienes, como es el caso que nos ocupa. Esto se ve confirmado, en concreto, por el hecho de que una privación de esta naturaleza no ha tenido lugar en realidad. Los propietarios han podido usar sus inmuebles a pesar de las restricciones impuestas por el Estado. Estas limitaciones temporales se refieren, sobre todo, a posibles expropiaciones futuras. Pensamos, pues, que el segundo párrafo es de aplicación al presente caso. Es, por tanto, que las medidas adoptadas por las autoridades suecas en virtud de las leyes pertinentes son las que concretan el problema. Las palabras «no pueden atentar contra el derecho que poseen los Estados» tienen manifiestamente por finalidad un gran margen de apreciación. Sin embargo, el Tribunal debe asegurar no solamente la legalidad de las medidas en cuestión en relación con el Derecho sueco, sino también la ausencia de incompatibilidad entre estas y el objetivo legítimo de la reglamentación en el uso de los bienes en base al interés general.”

general. Así, aunque por un estrecho margen —diez contra nueve²¹—, los magistrados entendieron que se había producido una carga especial y exorbitante sobre el derecho de los demandantes, que habría sido legítima si hubiera sido posible reclamar la reducción de plazos o una reparación de los daños:

“58. Sin considerar haber sido privados formal y definitivamente de sus bienes, la herencia Sporrong y la señora Lönnroth alegaban que los permisos y prohibiciones en litigio sujetaban la libre disposición de sus bienes a limitaciones excesivas, sin que se les proporcionara compensación alguna. Los derechos de propiedad se encontraban, pues, vacíos de contenido durante el periodo de tiempo en que desplegaron su validez las medidas en cuestión.

[...]

69. El Tribunal [...] juzga natural que en un campo tan complejo y difícil como la ordenación de las grandes ciudades el Estado cuente con un amplio margen de apreciación para llevar a cabo su política urbanística [...].”

No obstante, entiende que las políticas legislativas nacionales no pueden vulnerar el equilibrio que debe reinar entre los intereses generales y la protección al derecho de propiedad, por lo que al no estar justificada la dilación del proceso expropiatorio, considera que se ha producido como consecuencia de ello una injerencia en el “respeto a los bienes” que no guarda proporción racional con el fin que aquellas políticas se proponen.²²

En este punto, suele ser habitual, como se muestra en el último caso de los ejemplos citados, recurrir a la primera frase del artículo 1, que con carácter general ampara la propiedad cuando es atacada de modo indirecto²³. Así, no consistiendo la injerencia en una privación, ni material ni formal, de la disponibilidad de los bienes, ni en una regulación del uso que deba darse a los mismos, la vulneración parece proceder de la propia tramitación procedimental de la actuación de los poderes públicos²⁴.

5.2. Fundamento adecuado

5.2.1. Valoración coherente

En el segundo de los aspectos mencionados, esto es en la valoración que le merece

²²Vid. FERNÁNDEZ NIETO, *La aplicación judicial europea del principio de proporcionalidad*, Dykinson, Madrid, 2009.

²³En la última de las sentencias citadas se consideró además que se había violado el artículo 6.1 del Convenio, en la medida en que la dilación del proceso expropiatorio provocaba una incertidumbre en cuanto al tiempo en que iban a estar mermados los derechos del propietario, no recibéndose nada a cambio.

²⁴Ese primer apartado viene siendo entendido como cláusula general de cierre del sistema de protección del derecho de propiedad privada, de modo que también en ella, y a partir de ella, habrá de juzgarse una posible violación en función de si se haya mantenido o no el justo equilibrio entre los intereses públicos y privados. Vid. por todos, en este sentido J. BARNÉS VÁZQUEZ, “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la propiedad privada”, en *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Tecnos/Junta de Andalucía, Madrid, 1996, p. 136 y ss.

al TEDH las actuaciones de las autoridades nacionales en orden al aspecto material de la solución dada al caso concreto para obtener las finalidades previstas legalmente, no se suele poner en duda el razonamiento, ni los criterios utilizados por los órganos judiciales en la interpretación y aplicación de las normas nacionales, a no ser que den como resultado resoluciones del todo arbitrarias o carentes de sentido; pues les corresponde en la discrecionalidad de sus funciones apreciar y valorar el supuesto fáctico contemplado.

Del modo indicado, por ejemplo, en el caso de *Blecic contra Croacia*, ya citado, se trataba de apreciar si la pérdida del derecho privilegiado de arrendamiento o uso de una vivienda pública, que se producía según mandato legal por el abandono o la desocupación, sin una causa justificada, durante el transcurso de un determinado periodo de tiempo, había sido proclamada oportunamente por los órganos judiciales, a pesar de no haberse tenido en cuenta por ellos, como elemento determinante, la dificultad de acceso al inmueble provocada por la situación bélica del momento y por el estado de salud de la recurrente. Entendió el TEDH que no le correspondía a él entrar a valorar los fundamentos y criterios de tal decisión, pues no siendo una solución desproporcionada en el sentido de irracional, le corresponde a cada Estado, no sólo al poder legislativo, sino también al judicial, trazar la línea que considere apropiada para fijar una determinada política económica-social en interés de la comunidad, como era en este caso colmar la imperiosa necesidad de vivienda por parte de otras personas.

5.2.2. Resultado equitativo

Más allá de la amplia discrecionalidad mencionada, que confiere a los poderes públicos nacionales las facultades de adaptar a su propia realidad la satisfacción de los intereses generales con la protección de los derechos individuales, el equilibrio que se establezca debe ser justo, en el sentido de justificado racionalmente a partir de la proporcionalidad de los elementos empleados con los resultados perseguidos. Desde entonces, partiéndose del reconocimiento y la protección del derecho de propiedad privada, y entendiéndose que su confluencia con otros derechos e intereses generales dignos de amparo provoca la restricción o la modulación de aquel, habrá de concluirse que toda injerencia será, en principio, válida y habrá de producir sus efectos jurídicos, en tanto que estando fundamentada a los ojos de los poderes públicos en esa apreciación previa de necesario amparo, sea proporcionada en criterios de razonabilidad a la consecución de los fines que se propone. En consecuencia, una vez que se haya considerado oportuno delimitar las utilidades o aprovechamientos que venga a proporcionar un determinado bien para contribuir a la satisfacción de unos concretos intereses generales, su propietario habrá visto restringido su ámbito de libertad, como un acto reflejo de aquella decisión, pero sin haber perdido con ello el control exclusivo o excluyente de la procura de sus propias necesidades. De este modo, se podría decir conclusivamente que, al satisfacer el propietario sus propias necesidades mediante la utilidad que proporcionan los bienes, quedan satisfechos también una parte de los intereses generales; es la función social de la propiedad privada, pues en nuestro sistema socioeconómico se

puede decir que la atribución de bienes a los particulares, a través de la configuración de la propiedad tal como la hemos articulado, viene siendo entendida como pilar básico de interés común. Otra parte de los intereses generales tendrán que ser cubiertos a través de otros medios.²⁵

En el interesante caso *Mellacher y otros contra Austria*²⁶, el legislador se había propuesto fomentar la modernización de los inmuebles y facilitar el acceso a la vivienda, a un precio razonable, a personas de condición modesta. Para ello, estableció una clasificación de los bienes en atención a varios criterios (momento y lugar de la construcción, servicios que presta, etc.), para luego imponer una limitación máxima de las rentas arrendaticias. Tales medidas, sometidas al parecer del TEDH, fueron consideradas por este como proporcionadas a una finalidad legítima conforme al interés general.

En principio, considera el Tribunal (& 41) que no le corresponde enjuiciar el régimen legal austriaco en materia de arrendamientos, por lo que se limitará a examinar los problemas suscitados en los casos concretos que se le han sometido²⁷; y así:

“43. En los tres casos, los alquileres se habían fijado por contrato con arreglo a la legislación anterior a 1982. No se ha discutido que las reducciones efectuadas según la Ley de 1981 han sido una injerencia en el disfrute de los derechos de los demandantes como propietarios de los bienes arrendados.

Según ellos, la Ley de 1981 los ha convertido en meros administradores de sus inmuebles, cobrando una cantidad limitada por el Poder público; las consecuencias de las disminuciones de las rentas son tales que podría decirse que equivalen a una privación de propiedad. La depreciación de sus bienes, como resultado del régimen de alquiler por metro cuadrado, es como una expropiación de hecho. Además, se les ha quitado el derecho de percibir el alquiler pactado por contrato.

44. Para el Tribunal, las medidas impugnadas no son una expropiación, ni formal ni de hecho: no se ha transmitido el dominio de los demandantes, que tampoco han sido privados del derecho de usar los bienes, de arrendarlos y de venderlos. Sin duda, les han supuesto la pérdida de una parte de sus rentas inmobiliarias; pero no son más en este caso que una manifestación de la regulación del uso de los bienes. Por consiguiente, debe aplicarse el segundo párrafo del artículo 1 en este litigio.

45. El segundo párrafo deja a los Estados el derecho de promulgar las leyes que consideren necesarias para regular el uso de los bienes de acuerdo con el interés general.

Dichas leyes son especialmente adecuadas y frecuentes en el ámbito de la vivienda, que ocupa un sitio importante en la política social y económica de nuestra moderna sociedad. En el desarrollo de su política a este respecto el legislador tiene que disfrutar de un

²⁵ Vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, “Función social...”, cit.; y RODOTÀ, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Civitas, Madrid, 1986.

²⁶ S. de 19 de diciembre de 1989 [THDH 1989, 23].

²⁷ También en la sentencia de 6 de mayo de 1985 [TEDH 1985, 6].

amplio margen de apreciación, tanto sobre la existencia de un problema de interés público que requiera una regulación como sobre la elección de los modos de aplicarla. El Tribunal respeta sus criterios sobre las exigencias de dicho interés, salvo cuando se pone de manifiesto que carecen de fundamentos razonables²⁸.

[...]

51. El Tribunal señala que para reformar la legislación social y, en especial, la que se refiere a la intervención de los alquileres –objeto del presente caso– el legislador, con el fin de conseguir las finalidades que se ha propuesto, debe poder tomar medidas que afecten a la ejecución futura de los contratos ya otorgados”.

Se considera, finalmente, que las soluciones ofrecidas no se pueden considerar inadecuadas o desproporcionadas hasta el punto de superar el margen de apreciación reconocido al Estado:

“56. Las consecuencias del nuevo régimen legal en los casos pendientes ante el Tribunal no alteran la conclusión general a que se ha llegado. Ciertamente, las reducciones de alquiler son duras, especialmente en el caso de los demandantes Mellacher y Mölk; pero esto no quiere decir que se les imponga una carga desmesurada. El mero hecho de que los alquileres originarios se fijaran por contrato y de acuerdo con las condiciones del mercado a la sazón, no significa que el legislador, para desarrollar su política, no pueda razonablemente considerarlos inaceptables desde el punto de vista de la justicia social”.

Estas mismas consideraciones respecto al justo equilibrio que debe presidir las injerencias en la propiedad privada para que se encuentren justificadas son predicables en caso de expropiación. También la privación de bienes a la que hace referencia la segunda norma contenida en el primer párrafo del artículo 1, del Protocolo adicional nº 1 CEDH, debe ajustarse, amén de a los criterios de legalidad nacional y de utilidad pública, a la proporcionalidad requerida por los fines propuestos, sin que quepa un margen más allá de lo razonable en el poder de decisión que los Estados ostentan al respecto.

De este modo, por ejemplo, en el caso *Scordino contra Italia*²⁹ se trataba de enjuiciar, entre otros asuntos, la trascendencia que supuso para el propietario tener que apli-

²⁸Con cita de la sentencia de 21 de febrero de 1986 [TEDH 1986, 2] en el caso *James y otros contra Reino Unido*, ya referenciado.

²⁹Sentencia (Gran Sala) TEDH de 29 de marzo de 2006 [JUR 2006, 114008]. En el caso, que había sufrido una dilación un tanto desmesurada, se discutió el hecho que supuso la promulgación de una legislación expropiatoria posterior al inicio del procedimiento, de tal modo que la que se encontraba vigente en ese momento, habiendo sido declarada inconstitucional, parecía imponer la aplicación de la normativa anterior y no de la nueva, a pesar de la retroactividad que esta predicaba. En tal sentido, el Tribunal no consideró necesario entrar a discutir si la aplicación retroactiva de la nueva Ley provocaba o no una vulneración del principio de protección a la propiedad privada, pues considerando que los criterios que se utilizaban en ella no eran adecuados, por faltarles el justo equilibrio requerido cuando se hacían valer al caso concreto que ahora se enjuiciaba, se estimó infringiendo el artículo 1.

Por otro lado, también se entendió vulnerado el artículo 6.1, en cuanto que la dilación del procedimiento, no estando justificada, y la aplicación de una legislación posterior más perjudicial para los intereses del recurrente, suponían la restricción al derecho a juicio eficaz y justo.

car como baremo de la indemnización expropiatoria una legislación que se alejaba excesivamente del valor que los bienes tenían en el mercado³⁰. En el cálculo de la indemnización expropiatoria es preciso no romper el necesario equilibrio que debe reinar entre los intereses privados y el interés general. En tal sentido, cada Estado goza de un margen de apreciación considerable que le permite arbitrar los criterios que sirvan para justificar la concreción final del montante que haya de abonarse al afectado. Ello viene a suponer que el valor que los bienes tengan en el mercado no tiene por qué ser el criterio que se siga necesariamente, por lo que la indemnización expropiatoria puede consistir en una cantidad de dinero inferior³¹. Ahora bien, los instrumentos y razonamientos que se utilicen para tal fin han de estar justificados y ser proporcionados, pues aun reconociendo el TEDH que son los singulares Estados los que se encuentran en mejores condiciones para valorar la concreta realidad económica y social de que se trate –corriendo, en tal sentido, un menor riesgo de que su apreciación resulte arbitraria–, no puede dejar de someter sus decisiones a la función de control que le corresponde a este Tribunal, a fin de evitar que de cualquier modo se pudieran producir violaciones a los derechos reconocidos en el Convenio.

En definitiva, el TEDH entendió que en el mencionado caso se había producido una desviación muy relevante entre la indemnización satisfecha y el valor de mercado del bien, que no estaba justificada, produciéndose, en consecuencia, una ruptura del justo equilibrio que debía presidir la relación de intereses³². Así, a diferencia de otros casos enjuiciados por este Tribunal, en los que ciertos objetivos legítimos –como

³⁰Para que pueda hablarse de una violación del art. 1 del Protocolo nº 1 en su segunda frase, esto es en lo relativo a la privación de la propiedad, es necesario, en primer lugar, analizar si tal privación es acorde, o se encuentra justificada por cumplir con los condicionamientos exigidos. Así, si se han seguido las exigencias que fija la ley nacional al respecto y si con la privación se persigue un fin de utilidad pública. En segundo lugar, se tratará de dilucidar si la injerencia en el derecho de propiedad es proporcionada, es decir, si existe un justo equilibrio entre los intereses en juego de tal modo que, más allá de las facultades que tiene el Estado para apreciar el mismo, ese deja de existir, rompiéndose, cuando no es razonable o no está suficientemente justificado que el particular soporte la injerencia; así, cuando reciba una cantidad de dinero, en concepto de compensación por la privación de la propiedad, que no se ajuste al valor que posee ese bien en el mercado:

& 82. “[...] Eu égard à la marge d’appréciation que l’article 1 du Protocole nº 1 laisse aux autorités nationales, la Cour considère que le montant perçu par les requérants n’était pas raisonnablement en rapport avec la valeur de la propriété expropriée (*Papachelas c. Grèce* [GC], nº 31423/96, § 49, CEDH 1999-II; *Platakou c. Grèce*, nº 38460/97, § 54, CEDH 2001-I). Il s’ensuit que le juste équilibre a été rompu. Partant il y a eu violation de l’article 1 du Protocole nº 1.”

³¹En tal sentido, algunos Estados han tratado de amparar sus poderes de decisión en la materia recurriendo tanto al amplio margen que el propio Protocolo nº 1 les reconoce, como a la interpretación favorable que del propio derecho interno efectúan sus órganos judiciales. Así, por ejemplo, en el caso de *Scordino contra Italia* (GS), cit., (& 88 y ss.), el Estado italiano recurre a las decisiones de su propio TC (sentencias de 16 de junio de 1993, de 7 de marzo de 1996 y de 30 de abril de 1999), así como a otras del TEDH (*Santos Monasterios contra Grecia*, *Papachelas contra Grecia* [GS], *Lithgow y otros contra Reino Unido* y *James y otros contra Reino Unido*, que hemos tenido ocasión de citar) para justificar que el criterio utilizado en la valoración del bien expropiado no rompe el justo equilibrio, aunque no se corresponda con el pleno valor de mercado, puesto sigue existiendo una relación razonable de proporcionalidad con el valor del bien; y que aunque este sea muy inferior al de aquel, el Convenio no se lo impone, resultado que, no al no ser irrisorio, es igualmente razonable y justificado. Se hace constar que “A cet égard, il fait observer que le remboursement inférieur à la pleine valeur marchande prévu à l’article 5 bis de la loi nº 359 de 1992 reflète «un sentiment de communauté» et «la volonté politique actuelle» de mettre en œuvre un système dépassant le libéralisme classique du XIXe siècle”.

³²& 91: A pesar de las alegaciones por parte del Estado de que el valor de mercado había sido tenido en cuenta, si bien atemperado por otros criterios, como la rentabilidad productiva calculada en

aquellos que persiguen medidas de reforma económica, política o de justicia social—pueden influir en la fijación de un reembolso inferior al valor completo que tengan los bienes en el mercado, en este supuesto se estimó que sólo una indemnización integral puede ser considerada razonable, por su relación con el valor del bien —de modo similar a como ocurre con la expropiación aislada de un terreno para destinarlo a la construcción de una carretera o para otros genéricos fines de “utilidad pública”—.³³

VI. La reparación de una vulneración intolerable

La intromisión injustificada en el derecho de propiedad privada exigiría tratar de volver a la situación originaria para reponer al particular en la satisfacción de los perjuicios sufridos. Ahora bien, dependiendo de la naturaleza de la violación constatada, podría recurrirse a la *restitutio in integrum* o a una reparación a través del equivalente económico de la lesión padecida. Normalmente, el carácter ilícito de la vulneración repercutiría sobre los criterios que se deban emplear; así, por ejemplo, en materia de expropiación, se dice que las consecuencias financieras de una apropiación lícita no pueden ser asimiladas a aquellas de una desposesión ilícita.³⁴

La ilegalidad intrínseca de la invasión de los bienes privados hace que se deba tener en cuenta para su reparación una restitución íntegra o un equivalente económico que refleje la idea de una satisfacción total de las consecuencias de la

función del valor catastral; o las advertencias del hecho de que el valor de mercado de un bien era una noción imprecisa e incierta, que dependía de numerosas variables, y que era de naturaleza esencialmente subjetiva, pues podía estar influenciada, por ejemplo, por las condiciones financieras del vendedor o por un interés particularmente acusado del adquirente.

³³ Siguiendo en este punto las referencias contenidas en la propia sentencia, se puede señalar que: una falta total de indemnización no podría justificar una expropiación salvo en circunstancias muy excepcionales (*vid. Santos Monasterios contra Grecia*, & 71; y *Ex rey de Grecia y otros contra Grecia*, & 89). No obstante, el artículo 1 del Protocolo n° 1 tampoco garantiza el derecho a recibir una reparación integral (*James y otros contra Reino Unido*, & 54; *Broniowski contra Polonia [GS]*, n° 31443/96, & 182, CEDH 2004-V). Unos objetivos legítimos de “utilidad pública”, como los que pretendan amparar medidas de reforma económica o de justicia social, podrían suponer un reembolso inferior al del pleno valor de mercado.

En el caso *James y otros contra Reino Unido*, & 54, el TEDH estimó que, tratándose de una reforma económica y social —que vino a establecer en el marco de una transformación de la énfiteusis las condiciones que tenían que cumplir los colonos de larga duración para la redención—, la carga soportada por los propietarios no era irrazonable, quedando salvaguardado el justo equilibrio aunque las sumas percibidas por los interesados fuesen inferiores al pleno valor de mercado de los bienes.

En el caso *Lithgow y otros contra Reino Unido*, sentencia de 8 de julio de 1986 (& 102), el Tribunal estudió la nacionalización de sociedades de construcción aeronáutica y naval, en el marco del programa económico, social y político del partido que había ganado las elecciones, tendente a ofrecer a esas empresas una ayuda administrativa y económica más saneada, con el fin de permitir un mejor control para las autoridades y una mayor transparencia. En tal contexto, se estimó que las modalidades de indemnización al accionariado eran equitativas, no siendo irrazonables en relación con el pleno valor de las participaciones. Con mayor motivo, el TEDH considera que puede encontrar amparo una indemnización inferior al valor total de los bienes objeto de apropiación, como reparación en aquellos supuestos en que ha servido para producir “cambios del sistema constitucional de un país, tan radicales como puede ser la transición de la monarquía a la república” (caso *Ex rey de Grecia y otros*, *cit.*, & 89) o transformaciones políticas y econó-

injerencia. Se toma como medida no sólo el valor de los bienes en el momento del ataque –aunque el mismo se actualice al día del cálculo o del cobro–, sino también aquellas ganancias que se hubieran podido obtener, para lo cual se atiende a los bienes en su estado actual, de tal modo que puedan ser consideradas aquellas circunstancias o factores que los hagan aumentar de valor.

En los supuestos en los que se haya producido una injerencia lícita en el derecho de propiedad –en tanto legal y no arbitraria–, habrá de realizarse un segundo juicio de valor, en el sentido de establecer una adecuación razonable entre la medida adoptada en base al interés general y la repercusión que ello provoque en la esfera de poder del particular afectado. Tratándose de injerencias que supongan una privación del bien, dicha adecuación se suele traducir en el establecimiento de un montante económico que viene a determinarse en función del valor que aquel bien posea. Ello no obstante –como ya hemos tenido ocasión de tratar en apartados anteriores–, se admite un cierto margen de desviación, siempre que esté lo suficientemente justificado; en definitiva, pues, la suma que se satisfaga no tiene por qué reflejar necesariamente el completo valor de mercado de los bienes para que pueda ser considerada como razonable. Algo parecido habría de ocurrir cuando se trata de delimitar el uso de los bienes, pues aunque el interés general justifique la injerencia en el derecho de propiedad, debe darse un justo equilibrio que armonice los fines perseguidos con los medios empleados para su consecución de acuerdo con criterios de razonabilidad.

Ahora bien, sentado lo anterior, en caso de que tal proporcionalidad no se produzca, la injerencia sería ilegítima y constituiría un atentado excesivo al derecho de propiedad protegido en cualquiera de sus vertientes, que no podría justificarse al amparo del artículo 1 del Protocolo nº 1, según los criterios generales que viene proclamando la jurisprudencia relativa a este artículo³⁵. Ante tales supuestos, procede compensar económicamente, a falta de una posible reparación en natura, la carga desproporcionada sufrida o experimentada por el particular. Para ello, el Convenio traslada a los Estados dicha tarea, si bien concede al TEDH la posibilidad de reponer las irregularidades que en tal sentido se produzcan.³⁶

micas excepcionales en “le contexte unique de la réunification allemande” (caso *Von Maltzan y otros contra Alemania*, [GS], & 77 y 111-112, CEDH 2005; o caso *Jahn y otros contra Alemania*, [GS], *loc. ult. cit.*). También en “le contexte de la transition du pays vers un régime démocratique” (caso *Broniowski contra Polonia*, *cit.*, & 182; o caso *Kopecký contra Eslovaquia*, [GS], & 35, CEDH 2004-IX).

³⁴De satisfacción equitativa habla la Gran Sala en el caso de *Ex rey de Grecia y otros*, *cit.*, & 75.

³⁵Así, en el caso *James y otros contra Reino Unido*, *cit.*, & 54, o en el de *Scordino contra Italia*, *cit.*, & 256.

³⁶El art. 41 del CEDH (antiguo art. 50), bajo la rúbrica “satisfacción equitativa”, dispone que: “Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”. Se trataría de una compensación económica razonable por limitaciones singulares y anormales, de una especie de cláusula de cierre, pues el Tribunal tiene primero que averiguar si el Estado ha compensado o no, y si lo ha hecho de modo razonable o proporcionado, pues sólo cuando se ha compensado al particular de un modo imperfecto o no equilibrado es cuando debe reconocer la reparación prevista. *Vid.*, respecto a ello, la exposición realizada por D. UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *Las garantías del derecho de propiedad privada en Europa*, Civitas, Madrid, 2011, p. 77 y ss., quien finaliza realizando una propuesta abierta de carácter general, en la que la compensación a la que se hace referencia sería la consecuencia formal de reconducir el tema hacia la responsabilidad

VII. Algunas reflexiones: a modo de conclusiones

La cada vez más compleja articulación de los bienes como entidades con capacidad para producir utilidades a las personas se corresponde con la diversidad de perspectivas y formas que alcanza la regulación jurídica de la propiedad privada, o al menos lo que hasta estos momentos, en nuestro contexto histórico cultural, se ha considerado como tal.

Sin entrar en grandes disquisiciones dogmáticas sobre cómo deba articularse la configuración de las relaciones sociales en orden a la procura de los valores democráticos en una determinada comunidad, el sistema del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos ha venido a establecer la necesidad –para nuestro entorno jurídico-cultural– de amparar aquellas situaciones subjetivas de contenido patrimonial a las que denomina bienes en sentido genérico. Así, desde el principio, se viene a reconocer que, existiendo un determinado *status*, se tiene derecho a seguir en el mismo, a que se proteja la situación en la que se encuentra un sujeto respecto a otros elementos externos que le procuran una utilidad objetivamente apreciada en términos económicos. Tal tutela le corresponde a los poderes de cada Estado, si bien el control externo lo pueden recibir del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A partir de las anteriores reseñas, desde un primer momento se puede apreciar cómo cada comunidad es la que viene a establecer el modo o modelo con el que quiere que sus ciudadanos se relacionen con el medio que les rodea para provocarles utilidad; por lo que acto seguido conviene advertir que, si la protección que tal situación merece se toma como propiedad privada, ni la misma está en principio cerrada a una concreta estructura, ni tampoco ella se corresponde con la estrecha y simple configuración conceptual clásica.

Los precedentes planteamientos no se agotan con una estricta imposición de conductas sociales de no injerencia por parte de los poderes públicos, pues estos están llamados a contribuir a la consecución de los valores democráticos de la sociedad actual mediante los mecanismos e instrumentos que consideren oportunos. Así, las tradicionales concepciones basadas en el interés privado como única fuente de poder sobre las cosas conviven ahora con decisiones que responden al interés general, de modo que no sólo pueden moldear las relaciones de utilidad particular de las que antes hablábamos, sino que pueden imponer el tránsito desde un sujeto a otro, e incluso la atribución pública.

patrimonial del Estado. En general, pueden seguirse las observaciones de GUICHOT REINA, *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, p. 159 y ss.; y de GARCÍA DE ENTERRÍA, *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 2007.

El interés general es, pues, el elemento que legitima al Estado no sólo para vigilar el cumplimiento del orden establecido, sino para subvertir ese orden en su intento por conseguir los objetivos políticos, sociales y económicos que supongan la satisfacción de los valores democráticos propugnados constitucionalmente. En tal sentido, es el interés general el que permite justificar que una determinada decisión emanada de los poderes públicos no sea considerada arbitraria, siendo en consecuencia admisible; es el que permite entender como adecuada una medida que se adopta en la proporción precisa para la consecución de los fines previstos; es, en definitiva, el criterio que permite articular la configuración actual de los derechos del hombre, no como persona, sino como ciudadano, no como límite, sino como aspiración.

En el sentido mencionado, los derechos de propiedad privada atribuidos a los sujetos particulares, que vienen siendo garantizados y tutelados institucionalmente tanto en la CE como en el CEDH, aparecen moldeados en su conformación interna por la convivencia de intereses individuales y generales, de tal modo que los propios poderes conferidos a los sujetos singulares para la satisfacción de sus necesidades están sujetos en potencia al interés general, lo que permite en última instancia que puedan transitar imperativamente de unas manos a otras, o que puedan quedar sujetos al cumplimiento de determinados deberes.

En definitiva, siendo visible la labor de control por parte del TEDH de que no se atente por parte de los Estados firmantes contra los derechos individuales reconocidos en el Convenio, resulta interesante, más si cabe que el esfuerzo por trazar las líneas que separen aquellas injerencias que pudieran tildarse como inaceptables, focalizar la atención en el amplio margen dejado a los Estados para atender a sus peculiaridades culturales en la detección de las necesidades sociales y en la manera o modo en que deba articularse su actuación para conseguir paliarlas.

Y así, en materia de propiedad se ha podido calificar de legítima la intervención de los poderes públicos encaminada a la obtención de fines considerados justos: no sólo se modulan las facultades y los sacrificios que corresponden a los propietarios, sino que se admite la intervención en el mercado por considerar necesario, por ejemplo, reducir el canon de los alquileres de vivienda en determinadas circunstancias; no sólo se acepta la privación de la propiedad para destinar los bienes a la utilidad pública, sino que se entiende justificado, por ejemplo, el tránsito hacía otros sujetos privados considerados dignos de ser protegidos, o por ejemplo, mediante el pago de indemnizaciones que no tienen por qué corresponder necesariamente con el valor del mercado.

Parece, pues, que lo que debe primar es la supresión, en cuanto injusta, de la situación existente, antes que la justificación, en cuanto conveniente, de la situación venidera. ¿Quién está llamado a formular tales cambios?

VIII. Bibliografía

ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, “La construcción del derecho de propiedad por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Derecho constitucional para el siglo XXI*, t. I, Aranzadi, Navarra, 2006.

BARCELONA LLOP, “Privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *RAP*, nº 185, 2011.

BARNÉS VÁZQUEZ, “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la propiedad privada”, en *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Tecnos/Junta de Andalucía, Madrid, 1996.

FERNÁNDEZ BAUTISTA, “Las garantías de las expropiaciones urbanísticas a la luz del sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *RDUMA*, nº 249, 2009.

FERNÁNDEZ NIETO, *La aplicación judicial europea del principio de proporcionalidad*, Dykinson, Madrid, 2009.

MBARO, *I beni*, Giuffrè Ed., Milano, 2012.

GARCÍA DE ENTERRÍA, *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 2007.

GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, 2010.

GROSSI y LÓPEZ Y LÓPEZ, *Propiedad: Otras perspectivas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013.

GUICHOT REINA, *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, p. 159 y ss.

LÓPEZ Y LÓPEZ, “Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 25, 1996.

MYJER, “Article 1 Protocol I and the entitlement of just satisfaction”, en *Property and Human Rights*, dir. Vandenberghe, Bruylant, Brujas, 2006.

PADELLETI, *La tutela della proprietà nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milán, 2003.

RIPOL CARULLA, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Atelier, Barcelona, 2007.

RODOTÀ, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Civitas, Madrid, 1986.

VAN ERP, "European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism?", *Walter van Gerven Lectures*, nº 6, Europa Law Publishing, Groningen, 2006.

UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *Las garantías del derecho de propiedad privada en Europa*, Civitas, Madrid, 2011.

4

AÑO NATURAL Y AÑO BANCARIO: PARECIDOS PERO NO IGUALES

Ramón Doria Bajo
Notario en Marbella



La Universidad es un lugar diseñado para enseñar a los alumnos a entender el universo. Por tanto, en esta breve ponencia hablaremos del universo, de historia, de filosofía, de geografía, de economía, de política, de matemáticas e incluso de psicología.

Para ver el universo hay que alejar la mirada, hemos de intentar elevarnos lo suficiente como para que podamos apreciar el bosque. Pues si nos quedamos en tierra, con suerte veremos sólo algunos árboles.

La historia nos dice que la inglesa Cámara de los Comunes inició su andadura allá por el año 1300 de nuestra era. Hace 700 años. Y nos dice que, al principio, lo que opinaban esos “comunes” (gentes que no pertenecían ni a la nobleza, ni al ejército ni a la Iglesia; por lo general, comerciantes) no tenía especial relevancia y sus decisiones no eran operativas.

Sin embargo, en la medida en que iban transcurriendo los años, las decisiones de esa Cámara de los Comunes (comerciantes) ganaban en importancia, convirtiéndose en verdaderos legisladores.

Descendemos un poco en altura y nos presentamos en el año 1762. Año en que se publicó el *Emilio*, el polémico libro de Juan Jacobo Rousseau cuyas enseñanzas ayudaron al estallido de la Revolución Francesa de 1789.

Pues bien, una de sus enseñanzas nos señala el porqué de algunas leyes. La frase en cuestión dice así: “El espíritu universal de las leyes de todos los países es el de favorecer siempre al fuerte contra el débil, y a aquel que posee contra aquel que carece de todo...”. No les digo lo que contienen los puntos suspensivos porque quiero incitarles a buscarlos. Y además, puede ser que nos quitaran alguna esperanza. Y aquí estamos para intentar cambiar lo que no nos gusta del mundo.

Es decir, en los 450 años en los que en las cámaras legislativas se habían instalado “los comunes” (los no dotados de especial nobleza de carácter), la legislación se decantó claramente a favor de los poderosos (nótese que he dicho *poderosos*).

Descendemos nuevamente en altura y nos acercamos al industrialismo. La sociedad, gracias al comercio, empieza a crecer, y con ello la formación de capital. Pues no nos engañemos, a mayor tamaño de una sociedad, mayor facilidad para hacer dinero. Pensemos que alguien tuviera la fórmula del “bálsamo de Fierabrás”, aquel de El Quijote que todo lo curaba, que incluso eliminaba la calvicie. Si ese alguien comercializase el bálsamo en una sociedad pequeña, apenas sobreviviría, pues el número de calvos sería reducido; pero si pudiera comercializar el mismo producto en una sociedad enorme, se haría millonario. Pongamos otro ejemplo: Pelé era un gran futbolista y ganó dinero, pero nada comparado con las fortunas que acumulan los astros actuales del balompié, que ganan en una semana lo que él ganaba en un año, y todo gracias a que la televisión amplía sobremanera el número de los consumidores del producto fútbol.

A partir del industrialismo se empezó a amasar fortunas colosales. Tan colosales, que en 1883 el autor de *Así habló Zaratustra*, Friedrich Nietzsche, hablando del “nuevo ídolo”, dice: “la palanca del poder, mucho dinero”.

Pasando a la historia personal, mi abuelo Ramón Bajo (abogado y profesor de matemáticas), de quien heredé el nombre, unas gafas y una pluma, fue en 1921 el primer empleado de la Caja de Ahorros de Navarra. Empleado como director general y secretario del Consejo de Administración, cargo que ejerció hasta su muerte casi treinta años más tarde. Fueron los primeros años de una institución financiera que nacía como contrapoder de la banca tradicional y para intentar reducir la brecha social. Hacía pocos años que se había consolidado la Revolución Rusa, y los poderosos de ambos lados del Atlántico aflojaban las riendas del corcel de la plebe por miedo a similares acontecimientos. Nacían las sociales-democracias y la sociedad del bienestar era todavía un pequeño brote verde.

Entre la multitud de cosas que hizo mi abuelo en aquella naciente institución, vienen hoy a colación tres de ellas:

a. La definición de las reglas internas de la CAN para conceder crédito hipotecario:

- Del 30% al 60% como máximo del valor de tasación.
- Edificio totalmente acabado.

¡Había que cuidar los dineros de los depositantes!

b. Antes de inaugurar, en 1921, compraron una máquina de sumar marca “Internacional”, y en 1925 compraron una máquina de calcular “La Millionaire”. En ambos casos, su precio equivalía a lo que ganaba un empleado medio en todo el año, es decir, de 15.000 a 20.000 euros de hoy día.

c. Las pruebas de acceso consistían en hallar las sumas correctas, tanto en sentido vertical como en sentido horizontal, de una serie de sumandos de más de seis cifras. Como si sumáramos números de DNI y de teléfono.

Por ejemplo:

608.694.396
15.767.454
606.987.666
27.413.216
609.888.999
43.777.666
608.555.888
42.999.777

x

Supóngase que la columna es mucho mayor y que se ha de obtener la suma típica de arriba abajo. Y que, además, se ha de sumar las filas, es decir, los números que componen cada cifra. Era una prueba de agilidad mental para el cálculo, porque el cálculo en una entidad financiera era el pan de cada día.

Ahora, vamos a recordar las matemáticas y los quebraderos de cabeza que nos daban “los quebrados”. Sin duda, se acordarán de que la parte de arriba de un quebrado es el numerador, la parte de abajo, el divisor, y su resultado, el cociente. También se acordarán de que, en la medida en que disminuimos el divisor, aumenta el cociente o resultado.

Si una misma tarta la dividimos entre tres o la dividimos entre sólo dos, está claro que en el segundo caso cada uno tocará a un trozo más grande de tarta. Eso siempre que se trate de trozos iguales. Pues acuérdense de cómo el oso Yogui del parque Yellowstone repartía la tarta con el guarda: cortaba un pedacito muy pequeño y, cuando el guarda le iba a reconocer su discreción, se descubría que el trozo cortado era el destinado al guarda y el resto a él mismo.

Imaginemos que dividimos una tarta del tamaño de una mesa entre 365 comensales. Y ahora imaginemos que echamos a cinco de ellos y nos la zampamos entre los 360 restantes: nos tocaría a algo más.

¿Cuánto más?

$$\frac{1}{365} = 0,0027397$$

$$\frac{1}{360} = 0,0027777$$

Si comparamos ambos resultados, vemos que cuando echamos a cinco posibles comensales nos toca una porción de tarta mayor en un pequeño porcentaje. Unas migajas apenas, pero que suponen un 1,38701% más de lo que antes nos tocaba.

Recordemos la fórmula del carrete para calcular el interés de un capital: capital x rédito x tiempo, partido por cien. Dependiendo de cómo formulásemos el divisor, si con el año natural o con el año bancario, la cosa cambiaba:

$$\frac{CRT}{365} \quad \text{o} \quad \frac{CRT}{360}$$

Pongamos un ejemplo: 100.000 euros al 5% durante un año = 5.000.
O también: 100.000 euros al 5% durante medio año = 2.500.

Y otro: 100.000 euros al 5% durante 3 días... Aquí es donde entra la división por 365 días o por 360, pues los quebrados serán distintos según utilicemos como base el año natural o el año bancario:

$$\frac{100.000 \times 5 \times 3}{365 \times 100} = 41,09589$$

$$\frac{100.000 \times 5 \times 3}{360 \times 100} = 41,666664$$

Vamos a ver ahora algo de macroeconomía. Según los datos del Banco de España publicados por *El País* el 3 de febrero de 2014, el crédito al sector privado (familias y empresas) cayó en diciembre de 2013 a los niveles de crédito de 2006, es decir, a 1.860.000.000.000 euros.

Si en la fórmula del carrito ponemos estos casi dos billones de euros como capital, y lo capitalizamos, siendo discretos, a un, por ejemplo, 5% de media durante todo un año, obtenemos:

$$\frac{1.860.000.000.000 \times 5 \times 1}{100} = 93.000.000.000 \text{ €}$$

Noventa y tres mil millones de euros que la banca debiera cobrar por prestar ese dinero durante un año.

Pero recordemos que cobra un pellizquito más, exactamente el 1,38071% más. Lo cual, sobre tan astronómica cifra, supone 1.284.060.300 €. Es decir, casi mil trescientos millones de euros anuales se llevan las entidades de crédito españolas de los españolitos (algunas honrosas excepciones aplican el año natural).

A cada acreditado o prestatario le supone poco, pues pagar un 5% o un 5,07% no le hace decidirse por un banco u otro; pero para el conjunto de la sociedad sí puede ser importante. La psicología nos dice que, hecho el tremendo esfuerzo de conseguir un préstamo de una entidad de crédito, ya no se está en condiciones de seguir esforzándose por un mísero 0,07%.

Como estas Jornadas están organizadas por la Facultad de Derecho, hablemos ahora de Derecho: *Rebus sic stantibus* (mientras las cosas estén como estaban).

Ahora que las calculadoras, solares o no, y que los teléfonos móviles saben también sumar, dividir y restar, es totalmente absurdo que la legislación se mantenga como cuando no existían estas facilidades. Es decir, el legislador no está aplicando la máxima *Rebus sic stantibus*. La legislación ha venido haciendo la vista gorda respecto a este tema desde aquellos ya olvidados tiempos en que no existían las calculadoras. Ahora, todas las normas acerca de tipos de interés, comisiones, normas de actuación... (O. 3-III-1987, Solchaga; o la reciente O. EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de *transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, Salgado) consagran la libertad de pacto, exigiendo, eso sí, que se explique cómo se calcularán los intereses.

Hasta aquí la diferencia entre el año natural y el año comercial, que era el objeto de esta ponencia. Sin embargo, otros temas a ir dilucidando por los tribunales son:

- a. La condición de abusivas o usurarias, o sobredimensionadas al efectivo coste, de las comisiones por reclamación de posiciones vencidas que viene cobrando la inmensa mayoría de las entidades de crédito. Comisiones que alcanzan los 35 y 40 euros simplemente por enviar la carta reclamando un recibo por ejemplo, de 100 euros que se ha retrasado tres días (con independencia de los intereses de demora por esos tres días al tipo establecido). Comisiones que también toda la legislación declara como de libre pacto entre los contratantes.
- b. La imposición de una determinada gestora para la tramitación de las escrituras cuyos gastos son claramente superiores a los de otras gestoras independientes.

Recordemos de nuevo la frase de Rousseau: “El espíritu universal de las leyes de todos los países es el de favorecer siempre al fuerte contra el débil, y a aquel que posee contra aquel que carece de todo...”. Y añadido, para terminar, otros dos datos:

El 84,6% de los políticos elegidos para las cámaras legislativas estadounidenses son los que más dinero han gastado en sus campañas electorales (fuente: *La Aldea Global*, de N. Chomsky y H. Dieterich, editorial Txalaparta, 1997). Y el 80% de las donaciones a los partidos estadounidenses provienen sólo de doscientas personas.

5

EL ACCESO A LA VIVIENDA EN ESPAÑA: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Cristina Carrasquilla Muñoz
Estrella Correa Solís
Jorge Díaz Farias
Karla Márquez Toro
Juan Carlos Mena Marrón

Panel de trabajo colectivo de especialistas jurídicos
Universidad de Huelva

I. El problema de base: la importancia del sector de la construcción en España. **II.** Reformas legislativas que fomentaron la compra de vivienda como bien de inversión. **III.** Perspectiva europea respecto de las políticas de vivienda. **IV.** Jóvenes y acceso a la vivienda.



I. El problema de base: la importancia del sector de la construcción en España

1.1. El *boom* de la construcción en España

La contribución del sector de la construcción al crecimiento económico español desde 1997 hasta el año 2002 ha sido espectacular. Mientras el PIB real crecía un 26% en el primer trimestre de 1997, la contribución del sector de la construcción en este periodo fue del 15,2% (4,5 puntos porcentuales).

Si tomamos como punto de referencia inicial el primer trimestre de 2000, la contribución del sector de la construcción es todavía mayor. Entre el año 2000 y el cuarto trimestre del año 2002 la economía española creció un 10,1% frente al 38,7% de crecimiento del sector de la construcción.

Esto significa que la construcción ha aportado un 26,4% del crecimiento del PIB español durante los últimos años. Por tanto, sea cual sea el periodo de referencia, la aportación del sector de la construcción al crecimiento económico español en fechas recientes ha sido muy importante.

En este apartado es importante destacar que la desaceleración económica mundial tiene su origen fundamental en la desaceleración, o incluso retroceso, de la inversión después de los excesos de finales de los años 90. No obstante, y aunque en muchos países la inversión total decrece, el crecimiento de la inversión residencial ha impedido una caída mayor de la inversión durante los últimos años.

1.2. La burbuja inmobiliaria

La construcción residencial era un importante motor de la economía. Las cifras de dinero que movía y el gran número de proveedores que requiere generaron una cantidad inmensa de trabajo directo, que a su vez provocó un enorme consumo, por lo que se volvía a crear empleo indirecto.

Todo ello, sin embargo, terminó en 2008 al estallar la llamada “burbuja inmobiliaria” (1997-2007), iniciándose la crisis inmobiliaria española 2008-2013 junto con un retroceso económico en todos los aspectos de la economía (crisis española 2008-2013).

El resultado de la explosión de la burbuja fue una brusca caída de la demanda y también del precio de la vivienda a medio plazo, que se lleva produciendo desde finales de 2007 (continúa en 2013) y que está provocada por la incapacidad del mercado para absorber la enorme oferta de vivienda construida y vacía disponible. Este cam-

bio de ciclo inmobiliario tuvo lugar por factores internos y externos: por un lado, la falta de liquidez del sistema financiero, causada por la crisis de las hipotecas *subprime* en Estados Unidos en agosto de 2007; y por otro, el deterioro interno de la economía española, la falta de financiación y el agotamiento del modelo de crecimiento (basado en la construcción), al reducirse los retornos de la inversión, provocando la salida del mercado de los especuladores, y contenerse el crédito.

1.3. ¿Por qué no se intentó atajar la burbuja?

En primer lugar, porque la construcción es un sector intensivo en mano de obra, lo que es importante en un país con una tasa de paro estructuralmente alta. En segundo lugar, porque un aumento del valor de la vivienda favorece al votante mediano, que es propietario de su vivienda. Y en tercer lugar, porque el sector inmobiliario genera cuantiosos ingresos fiscales para el sector público en el ámbito nacional, autonómico y municipal. Por ejemplo, en 2004 suponía el 60% del presupuesto (excluyendo pasivos y transferencias corrientes) de la ciudad de Valencia, y el 50% del de Madrid.

El Gobierno del PP se equivocó con su ley de liberalización del suelo de 1998. Creía que con más suelo aumentarían las viviendas y bajarían los precios. Craso error. Se compraban y se construían viviendas no porque fueran baratas, sino porque eran caras y se tenían expectativas de que lo fueran aún más en el futuro. Así, la Ley del Suelo echó leña al fuego de la burbuja, desencadenando una frenética actividad recalificadora gracias a la cual los gobernantes locales veían llenarse las arcas municipales (cuando no sus propios bolsillos).

Por su parte, los intentos del Gobierno del PSOE de fomentar la vivienda protegida y en alquiler y su nueva Ley del Suelo de 2007 fueron totalmente ineficaces. En realidad se limitó a cabalgar la burbuja hasta sus últimos estertores.

En definitiva, ambos Gobiernos han fallado en un asunto crucial: preservar a los ciudadanos de desmanes económicos que se lleven por delante sus ahorros, su empleo y su prosperidad. Es un fracaso del que se debe aprender para el futuro y por el que procede pedir responsabilidades.

II. Reformas legislativas que fomentaron la compra de vivienda como bien de inversión

2.1. Plan de vivienda 1961–1976

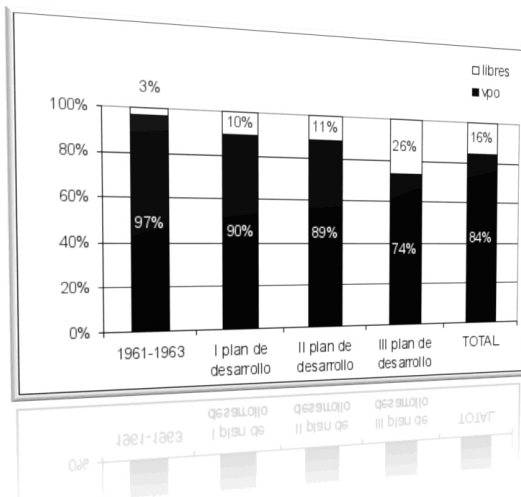
El 1 de julio de 1955 se aprueba por decreto el *I Plan Nacional de Vivienda*, que se aplicará desde 1955 hasta 1960. El principal objetivo era construir 550.000

viviendas de renta limitada en cinco años. El organismo encargado de llevar a cabo el Plan es el Instituto Nacional de Vivienda (INV). Aunque de todas las viviendas programadas sólo se llega a construir el 77%, el Plan sienta las bases de la planificación en materia de vivienda.

El *Plan de Vivienda 1961-1976* se aprueba el 20 de octubre de 1961. Su primer propósito es planear la construcción de viviendas durante 15 años seguidos. La inversión constante del Plan ascenderá al 22,5% de la inversión bruta nacional.

El objetivo del *Plan de Vivienda 1961-1976* es cubrir el déficit estimado de 3.713.900 viviendas, directamente relacionado con la existencia de una necesidad permanente de viviendas extendida desde el final de la Guerra Civil.

2.2. Viviendas previstas en el Plan 1961–1976



Fuente gráfica: [Ciudades para un Futuro más Sostenible](#)

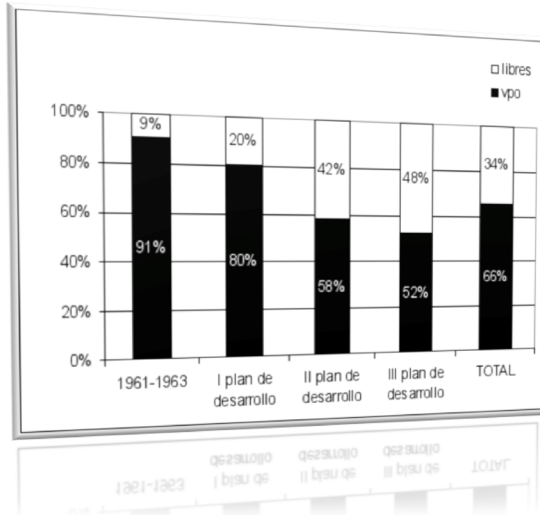
2.3. Viviendas construidas en el Plan 1961–1976

Como podemos observar, las previsiones trazadas por el Plan son superadas ampliamente por la propia industria de la construcción, sobre todo en el periodo comprendido entre 1961 y 1967.

Razones del desajuste

- Las ayudas planteadas siguen dirigiéndose al constructor.

- La bonanza económica y la subida de las rentas permiten que el número de viviendas libres sea mayor.
- En 1963 se produce un reajuste de la legislación sobre viviendas de renta limitada. Aparece la denominación de *viviendas de protección oficial*.



Fuente gráfica: [Ciudades para un Futuro más Sostenible](#)

Se puede decir que el cumplimiento del Plan es correcto, pero el fallo deriva del incumplimiento del programa en cuanto a las viviendas sociales. Sus consecuencias serían las siguientes:

- La construcción de viviendas sobrepasa lo previsto.
- Las viviendas salen al mercado en propiedad.
- Empieza el fenómeno de especulación del suelo que hará subir los precios de la vivienda por encima de las posibilidades de parte de la población.
- En la década de los 60 y primeros 70, el déficit persistía en las viviendas destinadas a la población de menor renta.

2.4. Plan trienal de vivienda 1981–1983

El Plan Trienal 1981-1983 es el primer plan de vivienda aprobado en la época democrática. El Gobierno intenta poner en marcha una serie de medidas que impulsen el sector y garanticen el acceso a la vivienda a la población en un contexto

socioeconómico poco favorable, centradas en subvencionar la financiación de las viviendas protegidas, reguladas por el Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, *sobre política de vivienda de protección oficial*.

- Este texto suprimió las diversas categorías vigentes durante la época franquista, estableciendo un único tipo, las Viviendas de Protección Oficial (VPO).
- Creó un marco normativo que aumentaba la calidad de dichas viviendas.
- Planteó por primera vez las ayudas a la persona según el nivel de ingresos.

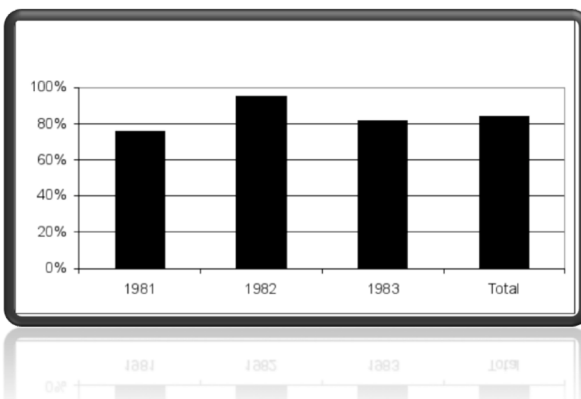
Los objetivos y medidas para poner en marcha el Plan Trienal se definen en el Real Decreto 2544/1980, de 7 de noviembre, *sobre financiación y seguimiento del programa de construcción 1981-1983*. Su exposición de motivos deja claras las dos intenciones básicas del Plan:

- Cubrir el déficit de viviendas sociales.
- Crear puestos de empleo mediante el impulso de la actividad económica del sector.

2.5. Grado de cumplimiento del Plan Trienal 1981–1983

El número de viviendas a construir en los tres años ascendía a un total de 571.000. A pesar de haber llegado a cifras afines a las propuestas, el grado de cumplimiento del plan se vio deteriorado por una serie de razones:

- La crisis económica y la política antiinflacionista impuesta por parte del Gobierno hicieron que los tipos de interés fueran muy altos, produciéndose una desviación de la demanda de viviendas libres a las protegidas.
- La ausencia de planificación geográfica de las viviendas a construir da lugar a la aparición de conjuntos residenciales en lugares donde no son necesarios.



Fuente gráfica: [Ciudades para un Futuro más Sostenible](#)

2.6. Plan Cuatrienal de vivienda 1984–1987

El *Plan Cuatrienal 1984-1987* contiene una gran innovación respecto a los dos anteriores: no sólo son subvencionadas las viviendas de primera construcción, sino que se incluye la rehabilitación de viviendas dentro de sus fines. Acerca de sus medidas, el Real Decreto 3280/1983, de 14 de diciembre, *sobre financiación de actuaciones protegibles*, planteará una serie de reformas.

Durante el Plan Cuatrienal se produce la transferencia de competencias en materia de vivienda de la Administración central a las Comunidades Autónomas.

A partir de los datos del censo de 1981 se evalúan tres criterios diferentes con la intención de elaborar un nuevo Plan:

- **Déficit de viviendas:** se estima que existen 260.000 familias que o no tienen vivienda, o la comparten con otras familias.
- **Crecimiento demográfico:** se estima que la necesidad por creación de nuevos hogares oscila entre las 100.000 y las 160.000 viviendas anuales.
- **Reposición del parque existente:** el número de viviendas con necesidades de reforma o rehabilitación asciende a un total de tres millones.

A partir de estos baremos, el Plan establece la necesidad de sacar al mercado unas 250.000 viviendas anuales, ya sea a partir de la construcción o de la rehabilitación.

2.7. Viviendas realizadas por el Plan 1984–1987

El grado de cumplimiento de la construcción de VPO varía según el tipo de promoción: el 90% de las viviendas de promoción libre son realizadas; sin embargo, esta cantidad desciende hasta el 66% en las viviendas de promoción pública.

2.7.1 Éxitos y carencias del plan

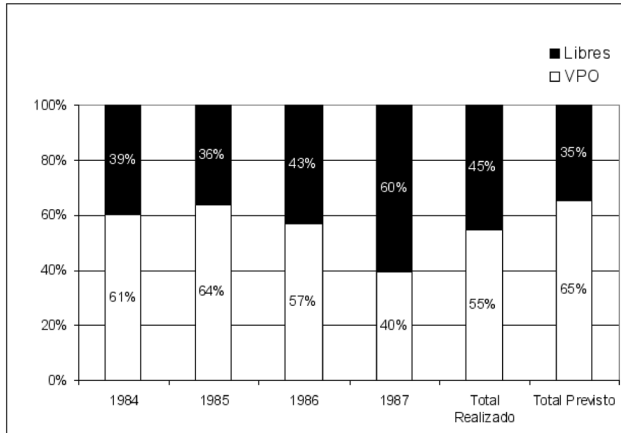
Los Fondos de Compensación Interterritoriales, que formaban parte de los presupuestos que las Comunidades Autónomas debían emplear en la construcción de viviendas, se desvían hacia otras finalidades.

Parte del parque construido por la promoción privada acabó en manos de familias con ingresos más altos de lo esperado.

Los precios de las viviendas protegidas suben por encima de lo estipulado, como

consecuencia del *boom* inmobiliario que comenzó a mediados del Plan.

El final de la recesión económica, el aumento de las rentas familiares y las desgravaciones incluidas por el Gobierno en el IRPF tras la compra de la vivienda, fuese cual fuese su uso, favorecieron de nuevo el despegue de la construcción de viviendas libres.

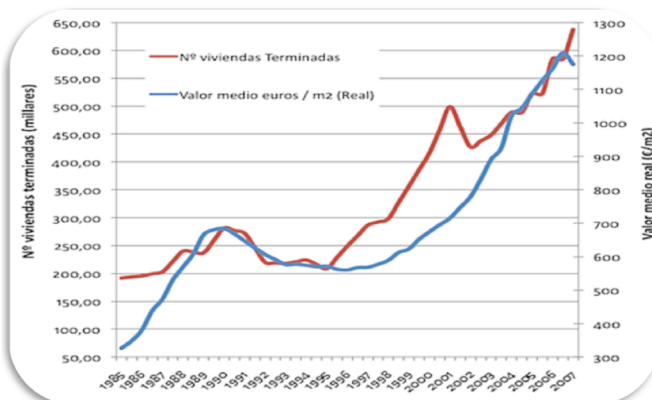


Fuente gráfica: Ciudades para un Futuro más Sostenible

2.8. Planes de vivienda 1998 y 2003

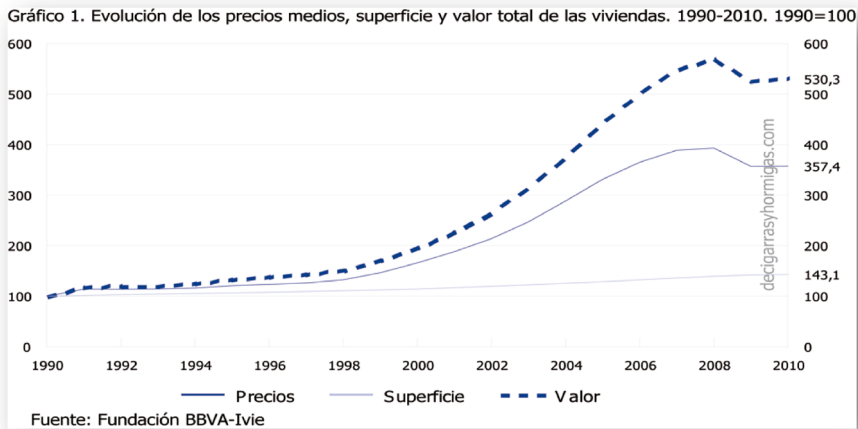
Entre los años 1998 y 2003 se aprueban una serie de medidas que recrudescen aún más la situación y que vuelven a incidir en el mismo objetivo: impulsar la economía española a través de la industria de la construcción.

Como medida para regular el precio del suelo, la Ley del Suelo de 1998 define como *urbanizable* todo aquel suelo que no tenga la calificación de *urbano* o *no urbanizable*. Como consecuencia, la construcción de vivienda libre y su precio se disparan. Según los datos de Eurostat, España está entre los tres países donde más ha crecido el precio de la vivienda nueva entre 1997 y 2008, junto con Irlanda y Finlandia.



En 1998 se elimina la desgravación por el alquiler de la vivienda en el Impuesto sobre la Renta, manteniendo la desgravación por la compra y optando de nuevo por favorecer esta opción como alternativa de acceso a la vivienda.

A pesar del incremento en el precio de la vivienda, España destaca por ser uno de los países donde menos ha crecido el índice del precio de la construcción residencial. Esto significa que el incremento en el precio no tiene relación con la subida de precios de los materiales ni de la mano de obra empleados en la construcción de la vivienda.



Como suele ser habitual en estos períodos de exceso de demanda, el ajuste del mercado no se produce exclusivamente vía cantidades, sino también vía precios. Así, a partir del año 1999, el precio de la vivienda aumentó de forma acelerada hasta alcanzar tasas del orden del 20% en el año 2004.

2.9. Desde 2007 hasta la actualidad. Necesidad de un replanteamiento

Ante la grave crisis económica y financiera iniciada en Estados Unidos y con fuertes repercusiones en España, la política de vivienda adquiere una mayor relevancia como principal mecanismo para resolver problemas históricos de acceso a la vivienda, pero también aparecen nuevas situaciones de emergencia en buena parte de la sociedad española como, por ejemplo, la generalización de impagos hipotecarios y desahucios.

Entre otras disposiciones, cabe destacar la limitación temporal de calificación protegida a la VPO, o la instauración de medidas innovadoras en el contexto español, como la renta de emancipación (2008) y la creación de un registro de viviendas protegidas (VPO) y de posibles demandantes para evitar el fraude en las operaciones de compraventa de estas.

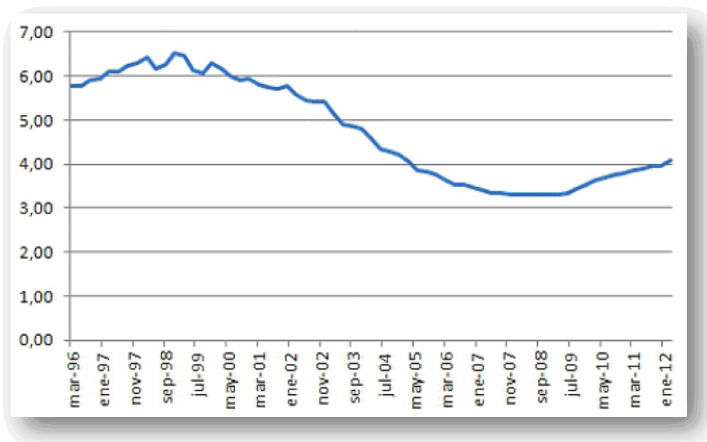


Fuente: En Silicio. Explorando la realidad usando datos y gráficas

2.10. Evolución del alquiler desde marzo de 1996 a enero de 2013

La vivienda en alquiler se convierte en el principal objetivo que es necesario estimular desde la intervención pública, junto con las políticas de rehabilitación del *stock* construido.

El *Plan de Vivienda 2009-2012* incide en la necesidad de aumentar el parque en alquiler a través de la obligación de dedicar un 40% de las nuevas promociones de VPO al alquiler, de aumentar los recursos dedicados a la rehabilitación de viviendas y de ofrecer la posibilidad de conversión de las viviendas vacantes, orientadas en un primer momento a la propiedad, en viviendas de alquiler.



Fuente: Idealista. La rentabilidad del alquiler de la vivienda escala a su nivel más alto en siete años

III. Perspectiva europea respecto de las políticas de vivienda

3.1. Especial referencia a las ayudas según su modalidad de tenencia: propiedad o alquiler

En Europa se tiende, en la actualidad, a discriminar positivamente la modalidad de tenencia en propiedad, si bien, y el matiz es fundamental, partiendo de una situación muy diferente a la nuestra (fruto de una política de vivienda aplicada durante décadas) y optando por una transición más gradual que la experimentada en nuestro ámbito. Esta nueva orientación lleva a algunos analistas a augurar un impacto negativo sobre la movilidad del trabajo en Europa.

El Estado español es, sin duda, un caso paradigmático. En el sistema de vivienda vigente en las últimas décadas ha existido un claro predominio del régimen de propiedad, y desde esta perspectiva, se alude con frecuencia al arraigo tradicional de la

sociedad española a la cultura de la vivienda en propiedad. Pues bien, a este respecto, es importante aclarar que, aunque esta tendencia se haya afianzado durante las últimas décadas y se encuentre efectivamente muy consolidada, no siempre ha sido así, y los datos indican que, en 1950, la proporción de viviendas en alquiler superaba a la de viviendas en propiedad.

Existen, en síntesis, dos grandes corrientes de opinión respecto a esta cuestión: por un lado, la que afirma que son las políticas públicas de vivienda las que impulsan a la ciudadanía a decantarse por la tenencia en propiedad; y por otro, la que sostiene que esa tendencia tiene su origen en las propias preferencias de las y los ciudadanos, es decir, que tiene un origen "cultural". Ambas argumentaciones han tenido su plasmación en el discurso sobre la vivienda que se sostiene en el ámbito estatal. Así, se subraya con frecuencia la clara preferencia cultural de la ciudadanía por la tenencia en propiedad, aunque también la corriente opuesta ha calado en la opinión pública, sobre todo en los últimos años, cuando se han visto más nítidamente las consecuencias de los problemas de acceso a la vivienda para gran parte de la población y las dificultades que genera tener una estructura de vivienda en alquiler tan reducida.

Se afirma así que la inexistente apuesta pública por el alquiler determina que la mayoría de los ciudadanos y ciudadanas no conciban esta opción como una alternativa viable, apoyándose en un sencillo cálculo económico que les hace considerar más rentable aumentar ligeramente su gasto mensual y adquirir una vivienda en propiedad, que pagar un alquiler. Lógicamente, se considera que si los precios de los alquileres fueran significativamente inferiores a las cuantías necesarias para el pago de un crédito de compra de vivienda, el recurso a los mismos sería más apreciado.

Existen muestras evidentes al respecto, como la evolución del Reino Unido, que ha pasado de ser una sociedad en la que la tenencia en alquiler era mayoritaria, a ser una sociedad de propietarios de viviendas, impulsada por la política del gobierno conservador de Margaret Thatcher en los años 80; o también, los cambios más recientes observados en diversos países de la UE. En definitiva, la experiencia europea de estas últimas décadas parece confirmar que la propensión hacia una u otra forma de tenencia de vivienda es más política que cultural.

3.2. La política de vivienda en los países de la UE

Lo primero que debe señalarse es que no existe una política de vivienda común para los países que en la actualidad conforman la Unión Europea, por la simple razón de que esta no tiene competencias directas sobre la materia; aunque sí sobre otras políticas directamente relacionadas con ella, como la cohesión social y territorial, la lucha contra la exclusión, la renovación urbana o la mejora de la eficiencia energética de los edificios.

Tampoco se aprecian características comunes en las políticas aplicadas por los diferentes Estados. Las diferencias son todavía más marcadas si se compara su situación con la de los diez nuevos países miembros, reflejo del desigual desarrollo histórico, económico y demográfico en las últimas décadas.

Lo cierto es que las políticas y los sistemas de vivienda son diferentes entre los países europeos, entre otras razones, porque obedecen o se integran en modelos muy diversos de estado de bienestar.

Las políticas de vivienda de los Estados miembros de la UE-15 se han venido clasificando en cuatro grupos según el gasto estatal dedicado:

- Holanda, Suecia y Reino Unido se caracterizan por una intensa intervención estatal. Estos países cuentan con los sectores de vivienda social de alquiler más extensos de la UE y sus gobiernos dedican más del 3% del PIB a la política de vivienda.
- En Austria, Dinamarca, Francia y Alemania se ha producido un menor desplazamiento del mercado hacia la propiedad y se han mantenido amplios sectores de vivienda privada de alquiler. El gasto del Estado en política de vivienda es del orden del 1-2% del PIB.
- Irlanda, Italia, Bélgica, Finlandia y Luxemburgo forman un grupo dispar, pero todos disponen de sectores amplios de vivienda en propiedad y de sectores de vivienda social de alquiler relativamente pequeños. El gasto del Estado en política de vivienda se sitúa en torno al 1% del PIB aproximadamente.
- Portugal, España y Grecia tienen sectores particularmente grandes de viviendas ocupadas por sus propietarios, sectores mínimos de vivienda social de al-

quiler y, hasta hace poco, sectores privados de alquiler de baja calidad y en declive. El gasto del Estado en política de vivienda es inferior al 1% del PIB, destinándose el presupuesto, fundamentalmente, a ayudas directas de acceso a la propiedad.

Características de los parques de viviendas en los países de la Unión Europea

País	Año	Nº viviendas	Nº de viviendas por 1.000 habitantes	% vivienda vacía	% viviendas en propiedad	% viviendas en alquiler privado	% viviendas en alquiler social	Otros
Alemania*	2002	35.800.000	434,3	N.d.	43,0	51,0	6,0	0,0
Austria*	2002	3.316.000	412,4	N.d.	56,9	40,3	2,8	-
Bélgica	2001	4.095.008	400	N.d.	68,0	25,0	7,0	0,0
Bulgaria	2002	3.691.787	471	14,4	96,5	0,0	3,0	0,5
Chequia	2001	4.366.293	427	12,3	47,0	17,0	17,0***	12,0
Chipre	2000	286.500	428	N.d.	64,3	35,7	0,0	0,0
Dinamarca	2003	2.541.000	472	N.d.	50,6	17,8	27,2	4,4
Eslovaquia	2001	1.894.846	350	11,6	75,9	0,1	3,7	10,3
Eslovenia	2002	777.772	390	14,0	82,2	2,6	6,5	8,7
España	2001	20.800.000	528	13,9	81,0	9,7	1,6	0,0
Estonia	2000	622.600	434	6,2	85,0	9,0	3,0	0,0
Finlandia	1999	2478.000	490	8,6	58,0	17,0	17,0	1,0
Francia*	2002	24.525.000	413,3	6,8	56,0	19,7	17,2	7,1
Grecia	2001	3.657.000	505	N.d.	80,1**	19,9**	0,0**	0,0**
Holanda	2002	6.710.800	419,8	N.d.	54,2	10,8	35,0	0,0
Hungría	2000	4.076.800	406,7	N.d.	86,9**	10,4**	0**	
Irlanda	2003	1.554.000	391	N.d.	77,4+	11,0**+**	6,9+	4,7+
Italia	2001	26.526.000	471	24,0	80,0	16,0	4,0	0,0
Letonia	2000	941.000	398	N.d.	60,1	39,6	0,29	0,0
Lituania	2002	1.291.700	367	N.d.	87,2	8,0	3,0	1,8
Luxemburgo*	2001	171.953	391,7	2,3	70,0	27,5	1,5	1,0
Malta	1995	155.202	420	23,0	74,1	22,4	3,5	-
Media	N.d.	N.d.	421,8	11,8	69,0	16,9	10,1	7,2
Polonia	2002	12.523.600	326,6	6,07	55,2	0,0	22,8	21,5
Portugal*	2001	3.551.000	346	10,8	75,7	21,0	3,32	0,0
Reino Unido	2001	25.456.000	452,2	d.e.e.	69,0	9,3	20,8	0,0
Rumania	2002	8.107.114	361,4	11,6	97,2	0,0	2,62	1,0
Suecia	2002	4.300.000	482,7	N.d.	38,0	22,0	24,0	16,0
Turquía	2000	N.d.	N.d.	N.d.	63,8	27,2	8,9	-

Fuente: Norris, M. y Shiels, P. "Regular National Report on Housing Developments in European Countries. Synthesis Report". 2004

Nota: N. d. = dato no disponible; * los datos se refieren sólo a la vivienda ocupada por lo que estos datos no se tienen en cuenta para el cálculo del ratio de viviendas por 1.000 habitantes; ** = datos de 1994; *** = datos de 1996; + = datos de 2002; **** son datos referidos a viviendas alquiladas por los municipios, pero estas viviendas pueden no ser de alquiler social; en función de la política del propietario se pueden arrendar en alquiler libre.

3.3. Las prestaciones económicas personales de vivienda en la Unión Europea

Fue Dinamarca el país europeo pionero en la implantación de estas ayudas (ya en 1938 las reguló para las familias numerosas), seguido, diez años más tarde, por Francia y Suecia. En Francia, la Ley de Vivienda de 1948 introdujo la prestación de vivienda destinada a las familias con hijos a cargo, y en Suecia, la ayuda que en un primer momento sólo estaba prevista para hogares con hijos, enseguida se amplió a todos los hogares con bajo nivel de ingresos. En Alemania, el sistema de ayudas a los alquileres se instauró mucho más tarde, en 1965, dirigido a cualquier familia por el uso de cualquier tipo de vivienda.

En 1967, el pionero sistema danés se hizo extensivo a todo tipo de hogares, completándose en 1979 con una ayuda específicamente destinada a las personas mayores o pensionistas. En Holanda, las prestaciones de alquiler se implantaron en 1970, y se han visto reforzadas en años recientes con una nueva subvención complementaria para la cobertura de gastos derivados de las obras de rehabilitación que se realicen en esas viviendas. En el Reino Unido, el sistema de prestaciones se implantó en 1972, con dos variantes: reducciones de los precios de alquileres en el sector de la vivienda social para adaptarlos al nivel de ingresos del beneficiario, y prestaciones económicas destinadas a contribuir a la cobertura de los gastos derivados del alquiler de una vivienda en el sector privado. En 1982, se unificaron los dos sistemas en una única prestación, aplicable tanto a los inquilinos del sector privado como a los de las viviendas sociales, y también en los casos de adquisición de una vivienda en propiedad.

En algunos países europeos, las ayudas se destinan exclusivamente al alquiler, mientras que en otros, con mayor pretensión de neutralidad entre modalidades de tenencia, las ayudas constituyen una filosofía común y benefician tanto a quienes optan por el alquiler, como a quienes optan por la propiedad: es el caso de Francia, Alemania, Reino Unido y, parcialmente, Dinamarca e Irlanda. Con todo, del conjunto de las personas beneficiarias, es mayor la proporción de quienes viven en régimen de alquiler, ya que la limitación de ingresos que suelen contemplar los sistemas vigentes determina la exclusión de buena parte de los compradores, situados por lo general en tramos de renta más altos. Son muy pocos los países que no disponen de ayudas al alquiler, y todos ellos se encuentran en el sur de Europa. Grecia cuenta con una ayuda modesta, financiada por una organización de trabajadores; pero España, Italia y Portugal no disponen de ningún mecanismo de ayuda que no sea la desgravación fiscal.

Las prestaciones de vivienda pueden tener objetivos propios de la política de vivienda o enmarcarse en las políticas de protección social, en particular en los sistemas de garantía de ingresos, si bien, lo habitual es que cumplan ambas funciones simultáneamente, aunque predomine una de ellas.

Las subvenciones y prestaciones personales a la vivienda presentan formas muy diversas y complejas de determinación y de gestión en los distintos países. Cada uno ha desarrollado su propio esquema, según las características de su mercado de

vivienda y de su sistema de protección social. En lo que respecta a las prestaciones destinadas al alquiler, se pueden diferenciar dos formulaciones básicas: el Estado abona un porcentaje fijo del coste del alquiler, o intenta adaptar la ayuda a las circunstancias personales y financieras del hogar beneficiario. Estas ayudas no son, en ningún caso, unas prestaciones universales, sino que se establecen según el nivel de ingresos de las personas solicitantes.

Análisis comparativo de las prestaciones de vivienda en cinco países de la Unión Europea

País	Régimen	Gastos computados	Protección de gastos cubiertos	Nivel administrativo
Alemania	Alquiler	• El importe del alquiler, excluyéndose las cuantías correspondientes a los gastos de calefacción y agua caliente.	<ul style="list-style-type: none"> • Los beneficiarios de prestaciones de asistencia social (sistema no contributivo) acceden a una prestación de vivienda que puede cubrir el 100 % del gasto, una restada la cuantía correspondiente a la contribución mínima del beneficiario. • En los demás casos, las prestaciones de vivienda nunca alcanzan a cubrir el 100 % del gasto de vivienda, una vez restada la cuantía correspondiente a la contribución mínima del beneficiario. 	• Sistema establecido a nivel federal pero aplicado por las administraciones locales.
	Propiedad	• Todos los gastos asociados a la compra de una vivienda: los intereses hipotecarios, la amortización de capital, los pagos de seguros asociados al crédito hipotecario, gastos de reparación y mantenimiento, impuestos sobre bienes inmuebles, gastos de servicios comunes.		
Francia	Alquiler	• El importe del alquiler, del que se sustraen las cuantías correspondientes a los gastos de calefacción, luz y algunos servicios comunes.	• La cuantía de la prestación se determina en función de la renta de alquiler, el nivel de ingresos y la composición de la unidad convivencial de tal modo que la proporción de renta cubierta varía enormemente.	• Administración central
	Propiedad	• La cuantía de los intereses del préstamo.		
Holanda	Alquiler	• El importe del alquiler así como algunos gastos asociados a servicios comunes (ascensores, jardinería, limpieza...).	• La cuantía de la prestación varía entre un 50 % y un 100 % del gasto de vivienda, determinándose en función del nivel de ingresos y de la cuantía de la renta de alquiler y una vez restada la cuantía correspondiente a la contribución mínima del beneficiario.	• Administración central
Reino Unido	Alquiler	• El importe del alquiler, del que se sustraen las cuantías correspondientes a los gastos de calefacción, luz y algunos servicios comunes.	• La prestación de vivienda puede cubrir el 100 % de la renta de alquiler, determinándose la cuantía en función del nivel de ingresos y de la cuantía de la renta de alquiler.	• Sistema establecido a nivel estatal pero aplicado por las administraciones locales.
	Propiedad	• La cuantía de los intereses del préstamo.		
Suecia	Alquiler	• La totalidad del alquiler abonado al propietario.	• La prestación de vivienda puede cubrir entre un 50 y un 75 % de la cuantía de la renta de alquiler, una vez restada la cuantía correspondiente a la contribución mínima del beneficiario.	• Administración central
	Propiedad	• El 70 % de los intereses del préstamo hipotecario; el 30 % restante se tiene en cuenta en el marco de las deducciones fiscales. Se tienen también en cuenta las cuantías correspondientes a los impuestos asociados a la propiedad de una vivienda, así como cuantías establecidas a tanto alzado para la calefacción y otros gastos de mantenimiento.		

Fuente: Trilla, C. "La política de vivienda en una perspectiva europea comparada" (2001)

La cuantía de la prestación de vivienda viene determinada, en general, por el nivel de ingresos, el nivel de las rentas de alquiler y la composición de la unidad convivencial, pero intervienen, asimismo, otra serie de factores que constituyen elementos estructurales propios de cada uno de los modelos de prestación. Esos elementos son básicamente tres:

- **El límite máximo de gastos computables.** Muchos países establecen un límite máximo a los gastos que pueden tenerse en cuenta en el cómputo de la prestación de vivienda, con el fin de evitar que los beneficiarios opten por viviendas excesivamente onerosas y que, en consecuencia, se dispare el gasto en este capítulo. Por lo general, los límites máximos determinan que las cuantías que los sobrepasen no se tengan en cuenta en el cómputo. Holanda constituye la única excepción a esta regla: en el sistema holandés, la superación de los máximos aplicables constituye un factor de exclusión, de tal modo que las unidades convivenciales con un alquiler superior al máximo no pueden ser beneficiarias de la prestación.

- **El límite máximo del importe de la prestación.** También es frecuente que los modelos establezcan un límite máximo al importe de la prestación; en algunos casos ese límite coexiste con un límite máximo de gastos computables.
- **La contribución mínima del beneficiario.** En la mayoría de los países, los beneficiarios de las ayudas de vivienda, ya se trate de prestaciones específicas de vivienda o de complementos de vivienda asociados a otras prestaciones de seguridad social o de asistencia social, tienen la obligación de contribuir al pago de sus gastos de vivienda, estableciéndose unas cuantías mínimas para dicha contribución. Algunas excepciones a esta regla se dan, para determinadas circunstancias, en el Reino Unido, Suecia y Alemania.

En los últimos años, los sistemas de ayudas europeos han sido reformados con mayor o menor grado de intensidad. Algunos han tendido a centrarse en colectivos específicos, como las personas mayores en el caso en Dinamarca, Suecia (el 60% de las subvenciones totales), Finlandia y Bélgica. Otros, como en el Reino Unido, han considerado la conveniencia de supeditar la concesión de la prestación a un correcto mantenimiento de los edificios y las viviendas por parte de los propietarios, cuando sean estos los perceptores de la ayuda, o al respeto de las reglas de convivencia social de las personas arrendatarias, cuando sean estas las beneficiarias directas.

El número de personas beneficiarias de las prestaciones de vivienda varía considerablemente entre los países: desde un 9% en Suecia, hasta un 25% en el Reino Unido; en Francia, Finlandia, Dinamarca y Holanda los porcentajes oscilan entre el 15% y el 20%.

El montante total del gasto se ha ido incrementando con el tiempo, erigiéndose en la principal partida del gasto público total en vivienda: a finales de los años noventa, estas prestaciones suponían el 73% del gasto en el Reino Unido, el 53% en Francia y Holanda y alrededor del 50% en Finlandia.

En definitiva, las políticas en materia de vivienda en España han tenido una orientación muy distinta a los países del centro y norte de Europa. Más aún, las ayudas españolas han ido a favorecer al sector productivo de la construcción, lo que ha tenido como efecto colateral la brutal burbuja inmobiliaria que hemos vivido en los últimos años y que ha dificultado enormemente el acceso a la vivienda, sobre todo entre los jóvenes.

El segundo efecto negativo de primar la modalidad de tenencia sobre la modalidad de alquiler ha sido el enorme endeudamiento de las familias al tener que acceder a unos precios inmobiliarios muy por encima de su valor real, con el consiguiente

efecto negativo en la economía española, así como también en los posteriores desahucios al no poder hacerse cargo las familias del incremento del endeudamiento privado inmobiliario.

IV. Jóvenes y acceso a la vivienda

4.1. El problema de la vivienda

Cuando se habla del problema de la vivienda en España, uno de los primeros temas que aparece es el problema de los jóvenes para acceder a la compra de una vivienda.

- **Causa:** crecimiento del precio.
- **Tópicos:** “los jóvenes prefieren vivir con los padres”.

Pero las encuestas del Instituto de la Juventud desmienten este mito: la propensión de los jóvenes a vivir en casa de sus padres ha caído del 27% en 1996 hasta el 18% en 2004.

Según datos del Consejo de la Juventud de España, viven con sus padres el 30% de los españoles entre 30 y 35 años, el 65% de los que tienen entre 25 y 29, y el 93% de los que tienen entre 18 y 25 años. Esto no se debe a la creencia fiel en el dicho popular “vive de tus padres hasta que puedas vivir de tus hijos”, sino a la escasez de trabajo para la gente joven. Además, el trabajo disponible en nuestro país se caracteriza por la precariedad y la temporalidad, con continuos encadenamientos de contratos por meses. Por esto, la mayoría de los jóvenes se ven obligados a convivir con sus padres, o a alquilar una vivienda que se lleva la mitad de sus ingresos debido a los precios artificialmente inflados de los alquileres en las grandes ciudades.

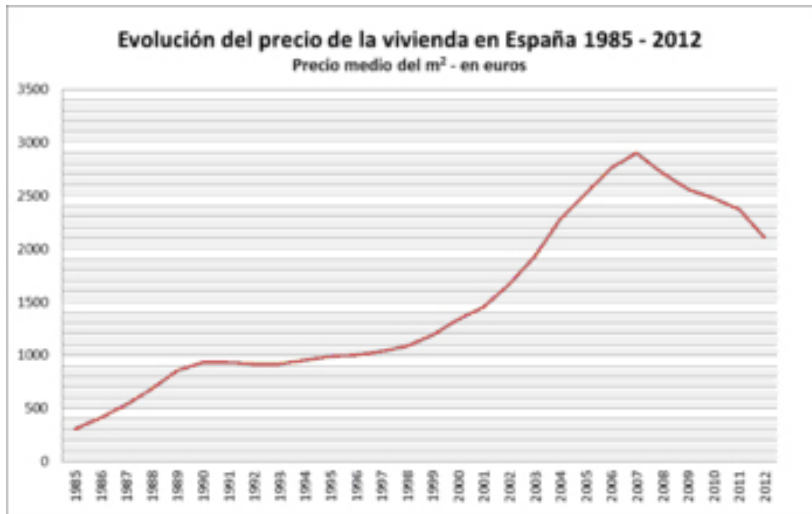
4.2. A pesar del aumento del precio

Los jóvenes fueron accediendo a la vivienda en mayor proporción que una década antes.

Factores:

- Relajación de las condiciones de acceso a créditos.
- Reducción de los tipos de interés.
- Aumento del empleo juvenil.
- Aumento de la renta.

En otoño de 2006 tiene lugar la inflexión en el avance del crédito hipotecario y los precios comienzan a caer.



La crisis hipotecaria iniciada en agosto de 2007 en EEUU se tradujo en una contracción del crédito y el paulatino aumento del Euribor por parte del BCE, lo que generó un aumento de la cuota hipotecaria y podría haber terminado afectando al consumo y a la confianza de los consumidores.

Por otro lado, el estrangulamiento del mercado de crédito habría dejado sin financiación a las empresas dedicadas a la construcción, que tuvieron que paralizar obras en proceso.

4.3. Crítica al modelo desde un punto de vista social

En cuanto a las soluciones, las hay utópicas y optimistas, milagrosas, reales y sensatas, estoicas y conformistas, desesperadas, radicales, jurídicas, solidarias. Unas serán estructurales e irán a las causas del problema; y otras, las más, coyunturales, remiendos que eternizan los problemas. Hay incluso soluciones alternativas, combinando varias.

Los problemas de vivienda se viven de forma muy diferente entre la juventud rural y la urbana, y según la clase social a la que se pertenezca. La vivienda la solucionan los hijos de la burguesía urbana pudiente, hasta pequeña empresa y funcionariado, mediante herencia (suelen poseer varias como inversión familiar), percepción de rentas fijas, aval de ingresos fijos superiores a treinta mil euros anuales... y en caso de contratar una hipoteca para adquirir una primera vivienda como jóvenes, lo hacen con solvencia y guardando intereses como bien acumulativo.

La juventud rural, menos exigente, se adapta a convivir en familia, remozar una casa vieja o esperar la ocasión propicia para optar a una de renta muy baja. A la mayoría de jóvenes que han de valerse por sus manos, con carrera o sin ella, buceadores en cien

yacimientos de empleo, la solución les llega por la consecución de un hueco dignamente remunerado o la mejora del empleo que tuviesen en precario. En otro caso, pueden aprovechar la solución transitoria de compartir un piso hasta que mejoren las circunstancias.

Una solución aceptable para parejas sin recursos y con carga familiar la aportan las ayudas oficiales y las viviendas de protección oficial, hoy en un impasse fatídico. La oferta pública de viviendas de renta baja también podría paliar algo el problema y darle largas. Una medida desesperada es la de los okupas, a quienes la conciencia dota de valor y clarividencia para atender una necesidad primaria, pese a transgredir normas sagradas de la propiedad privada. Por desgracia, una cantidad no despreciable de jóvenes espera una solución milagrosa: que leyes aleatorias de los juegos de azar los saquen del atolladero; obviamente, la diosa de la fortuna se ríe de ellos. Quienes optan por casamatas, chabolas y puentes se someten estoicamente y con altas dosis de conformismo a imponderables de la existencia.

Todas las medidas mencionadas pertenecen a lo coyuntural, privilegian a los propietarios, a las minorías dominantes y las clases intermedias que les sirven de colchón y protección, esas que hablan de socialdemocracia y predicán el sucedáneo de la caridad, que quizás remedie casos puntuales, pero el problema central de millones de familias sin derecho a una vivienda digna permanece. Coces contra el agujijón, andarse por las ramas, aceptación de un statu quo esencialmente injusto y perverso. La medida radical, definitiva y estructural procede de la vía jurídica en parámetros sociopolíticos de un socialismo avanzado, en el que los derechos de subsistencia (alimentación, sanidad, educación, vivienda) y empleo se encuentren meticulosamente legislados y todos los miembros de la sociedad, por el mero hecho de su nacimiento, se hallen bajo su cobertura. Lo calificarán de utopía, pero la humanidad posee hoy bienes y recursos para llevarlo a buen término. Si no se lleva a cabo, es por falta absoluta de buena voluntad y exceso de brutal egoísmo de personas en instituciones perversas que impiden algo más que la solidaridad y la empatía, la justicia igualitaria llevada a una de sus últimas consecuencias, la igualdad de partida y de proceso, los derechos universales de las personas muy por encima de los individuales, la propiedad pública anterior y por encima de la privada, los servicios públicos mencionados inamovibles.

La defensa a ultranza de la propiedad privada (ochenta familias poseen tantos bienes como dos mil quinientos millones de personas, según datos de Intermón), el individualismo (desde sueldos de hambre hasta sueldos escandalosos), y el poder personal (militares dictadores, ricos presidencialistas, democracias corruptas), la desigualdad como principio y fin, han pervertido las estructuras sociales y las leyes (la Ley Hipotecaria es un botón de muestra) hasta el punto que la mayor parte de la humanidad vive en condiciones precarias, inseguras e infelices. Es por ello que hay que ir a las causas y aplicar principios diametralmente opuestos. El tiempo y las nuevas experiencias conducirán en su momento a un equilibrio razonable en el que tendrán mucho que aportar los avances en tecnología y en justicia distributiva. Cualquier ley o medida que sustrae o niega el derecho primario a un bien subsistencial, aunque sea a una sola persona, es una injusticia inaceptable; por lo que las medidas paliativas del capitalismo salvaje en el que subsistimos son por demás marear la perdim, una tregua infinita a la injusticia.

6

DERECHO A LA VIVIENDA Y SU FUNCIÓN SOCIAL: ANÁLISIS GENERAL DE LA SITUACIÓN, ANTECEDENTES Y POSIBLES SOLUCIONES PARA PRESERVAR LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA VIVIENDA

Diego Antonio Gálvez Domínguez
Emilio Haro Grande
Roberto Prado García
José Manuel Robledo Álvarez
Ismael Rodríguez Alonso

Grupo de Trabajo
Universidad de Huelva

I. Introducción conceptual a la función social de la vivienda. **II.** Antecedentes. **III.** Análisis comparado de la función social de la vivienda en otros sistemas jurídicos. **IV.** Tutela del derecho a la vivienda y su función social. Especial atención al caso andaluz. **V:** Propuestas y soluciones. **VI.** Bibliografía. **VII.** Bibliografía web.



I. Introducción conceptual a la función social de la vivienda

1.1. Introducción

Como primer paso en nuestra exposición, partimos, como referencia del asunto que tratamos, de la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, la cual, a raíz de enjuiciar la legislación sobre la propiedad agraria, imponía determinadas limitaciones y deberes a sus propietarios. De dicha sentencia podemos destacar los siguientes puntos clave:

- a.** La función social se identifica con el interés general o la utilidad social de los bienes que son objeto del derecho de propiedad.
- b.** Esta función social de los bienes se incorpora al derecho de propiedad de forma que determina su propio contenido no sólo fijando límites a sus potestades, sino también imponiendo deberes positivos a sus propietarios.
- c.** En cualquier caso, hay que respetar el contenido esencial del derecho entendido como aquellas facultades que lo hagan reconocible de modo que aseguren una utilidad económica a su propietario.
- d.** El caso de la propiedad urbana se reconoce como un supuesto paradigmático de sujeción de la propiedad privada al interés general de la ordenación del territorio (y urbanística) a través del concepto de función social.

Introducido el marco sobre el que vamos a argumentar nuestra exposición, debemos conceptualizar la vivienda y su función social.

1.2. El concepto de la función social de la vivienda

De punto de partida puede servirnos la definición que nos ofrece la Real Academia Española, que, en tal sentido, la define como aquel “lugar cerrado y cubierto construido para ser habitado por personas”. No obstante, nuestra misión es un análisis no solo conceptual, sino también legal, por ello debemos hacer una breve referencia al artículo 47.1 de la CE, el cual establece que: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada [...]”. ¿Qué se entiende entonces por derecho a la vivienda digna? En conclusión, aquel lugar cerrado y cubierto habitado por personas al cual tienen derecho todos los ciudadanos españoles¹.

¹Sin perjuicio de lo dispuesto en otros ordenamientos jurídicos y normativa internacional que no solo afecta a los ciudadanos españoles.

Por otro lado, en cuanto a términos conceptuales se refiere, nos remitimos a la Observación 4^a del Comité de Derechos Sociales de las Naciones Unidas de 1991², la cual nos dice en tal sentido que: “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, ‘la dignidad inherente a la persona humana’, de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término ‘vivienda’ se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada. Como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 5: «el concepto de ‘vivienda adecuada’ [...] significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable»”.

Sin embargo, todo esto es a nivel dogmático o puramente conceptual. No obstante, dentro del marco legal español existente en materia de vivienda, se extrae alguna otra definición sobre qué se entiende por vivienda a nivel legal. En este sentido, el artículo 2.3 de la Ley 1/2010, *reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía*, señala que “se entenderá por vivienda digna y adecuada aquella que reúna, al menos, los siguientes requisitos:

- Edificación fija y habitable.
- Que sea accesible.
- Que sea una vivienda de calidad”.

En definitiva, después de todo lo expuesto, podemos extraer que la vivienda es un derecho inherente a la condición de persona, entendida como un lugar cerrado y cubierto habitado por personas (a la que tienen derecho todos los españoles) y que, al menos a nivel andaluz, debe ser una edificación fija y habitable, accesible y de calidad. Pero, ¿puede limitarse el derecho de propiedad, protegido como tal en la ley y la Constitución, en el sentido de que se pueda privar de tal derecho por no ceñirse a su función social? Como bien introducíamos al inicio, no sólo queda ahí, la vivienda no es un mero bien sobre el que se tiene un derecho real de propiedad ilimitado, sino que, como afirma el Tribunal Constitucional, todo derecho de propiedad debe cumplir con un “interés general o utilidad social”, inherente a este derecho de propiedad, y, en

²Apartado 7 de la Observación 4^a del Comité de Derechos Sociales de las Naciones Unidas de 1991.

cualquier caso, un incumplimiento de estos fines o intereses sociales debe prevalecer sobre este interés privado que es el derecho de propiedad, agravado más aun cuando hablamos de un derecho tan importante como es el de la vivienda.

Es por esta importancia y trascendencia de la vivienda por la que se le da un importante marco normativo (el cual analizaremos en el bloque relativo al análisis normativo), y que, a su vez, está levantando tanta controversia.

1.3. Estudios analíticos y estadísticos sobre la vivienda

A continuación, procedemos a comentar un estudio realizado por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España. El estudio refleja el esfuerzo del colectivo registral por aportar luz a un problema social candente, estudiando los datos que, en virtud de su función legal, se puedan utilizar para ofrecer un conocimiento real a los poderes públicos y demás agentes del mercado, a fin de dimensionar adecuadamente el problema y ofrecer el máximo nivel de información posible, como herramienta de ayuda en la toma de decisiones económicas que, en un caso como el que nos ocupa, tienen sin duda una gran trascendencia social. Los datos que han servido de soporte al estudio provienen de las oficinas de los Registros de la Propiedad y han sido captados mediante el método de encuesta directa y voluntaria a través de un formulario web habilitado especialmente al efecto por el servicio de sistemas de información del Colegio de Registradores. Estos análisis extraídos se centran en dos temas principales que consideramos de especial trascendencia:

1.3.1. Procedimientos de ejecución hipotecaria

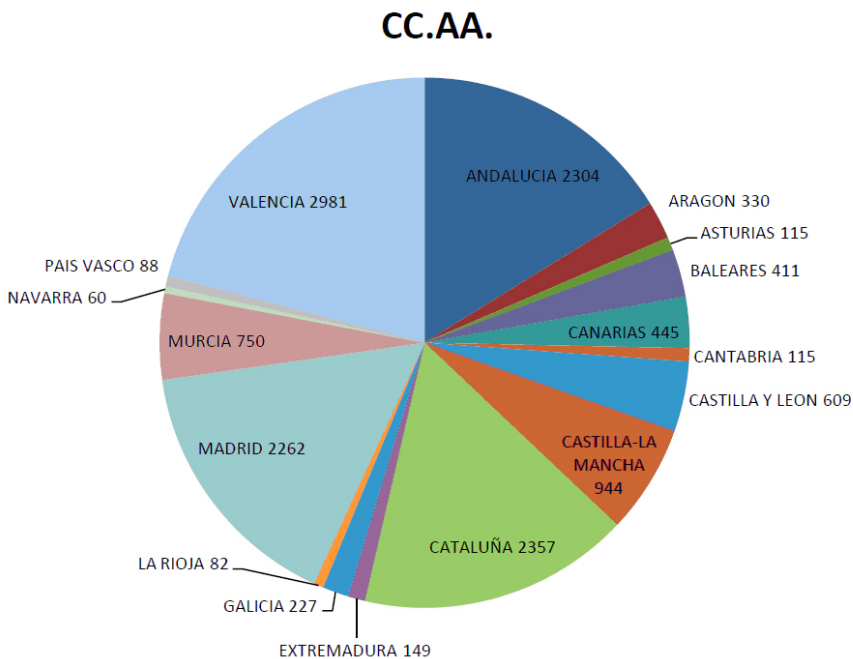
En 2012 fueron expedidos un total de 65.778 certificaciones de inicio de procedimiento de ejecución hipotecaria sobre viviendas frente a titulares personas físicas. Como datos generales más relevantes para poner en relación con el dato anterior, en el último año el número de constituciones de hipoteca sobre vivienda registradas ha sido 274.583 (INE, con datos del Colegio de Registradores). Teniendo en consideración la diferencia temporal entre ambos hechos, un indicador relativo más fiable sería la media anual de constituciones de hipoteca del periodo 2005-2007, que fue de 1.279.558 hipotecas.

En los últimos diez años la media anual de constituciones de hipoteca ha sido de 871.366. Las comunidades autónomas con mayor número de procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados han sido Andalucía (13.177), Cataluña (12.123), Comunidad Valenciana (11.607) y Comunidad de Madrid (6.885), es decir, las que tradicionalmente tienen mayor actividad inmobiliaria. En general se observa un alto peso relativo en la zona costera del Mediterráneo, acompañada generalmente de la Comunidad de Madrid. Este hecho se repite para las tres variables analizadas, tanto en el desglose por comunidades autónomas como por provincias.

En definitiva, vemos un aumento considerable de los procedimientos de ejecución de particulares titulares de vivienda, siendo las comunidades más afectadas Andalucía, Cataluña, Valencia y Madrid.

1.3.2. Daciones en pago

En 2012 se registraron 14.229 daciones en pago sobre vivienda relativas a titulares personas físicas. La comparación con el número de certificaciones por inicio de ejecución hipotecaria y adjudicaciones por ejecución de hipoteca muestra el peso relativo de esta figura. A pesar del escaso uso que parecen tener las daciones, que representaron en 2012 una quinta parte de las ejecuciones de hipoteca iniciadas, los datos demuestran que se utiliza continuamente en la práctica bancaria habitual (representan el 36,5% de las adjudicaciones inscritas), aunque pueda ser planteada de forma más o menos selectiva según las distintas entidades financieras y las circunstancias personales del deudor. Las comunidades autónomas con mayor número de daciones en pago han sido Comunidad Valenciana (2.937), Andalucía (2.363), Cataluña (2.349) y Comunidad de Madrid (2.262), manteniendo la tradicional vinculación con el mayor peso de compraventas de vivienda y constituciones de hipoteca que caracteriza a la capital y a las CCAA del arco mediterráneo. Visto de manera gráfica:



1.3.3. Más desahucios pese a la nueva ley

Para poner el broche final a esta breve introducción, nos parece interesante comentar un artículo publicado por el periodista Álvaro Romero (*El País*, sección de Economía, 14 de mayo de 2014) sobre la ineficacia de la nueva ley.

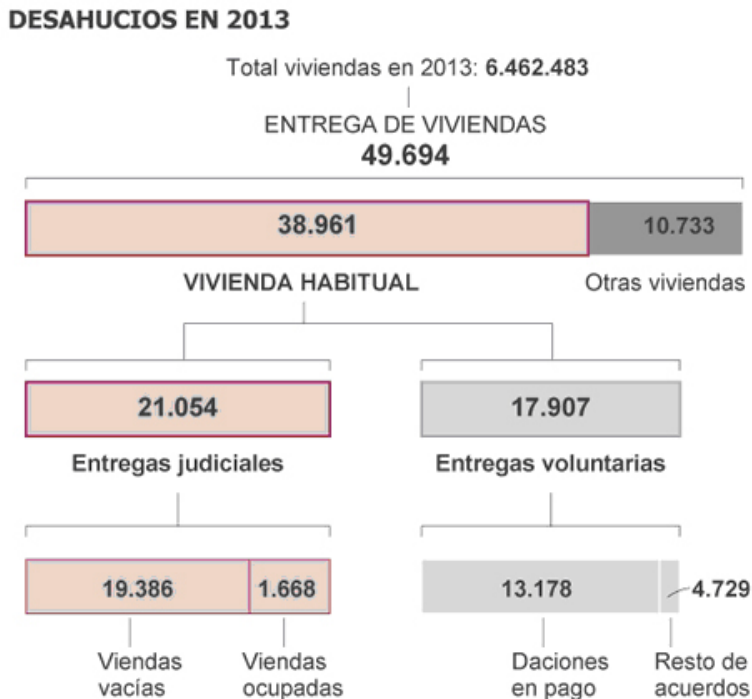
“La peor crisis que ha sufrido España en más de medio siglo deja un reguero de historias con nombre propio entre las que los desahucios ocupan un lugar destacado. Durante el pasado año, 38.961 familias perdieron su vivienda habitual por no pagar la hipoteca, según los datos que publicó este lunes el Banco de España. La cifra, que se incluye dentro de otra más amplia que son las cerca de 50.000 viviendas, incluidas segundas residencias, que han pasado a manos de la banca en 2013 por los mismos motivos, constata que, de momento, ni la nueva ley hipotecaria ni el fin de la recesión han atajado por ahora el fenómeno.

Frente a 2012, el balance del organismo que dirige Luis Linde muestra un avance del conjunto de las entregas del 11%. En el caso de los desahucios realizados sobre primeras viviendas, la cifra revelada por las propias entidades al supervisor prácticamente iguala a la de un año antes. Y eso pese a que desde mayo está en vigor la nueva Ley Hipotecaria que, en teoría, iba a frenar las ejecuciones al aplazar los lanzamientos en las familias más vulnerables.

A este respecto, la nueva normativa tampoco ayudó a fomentar los acuerdos entre hipotecados y entidades y que concluyen en lo que el Banco de España denomina entrega voluntaria. Según la estadística, bajan un 9,1% hasta los 17.907 procesos, con lo que su peso relativo frente al total de desahucios de primera vivienda baja del 50% de 2012 al 46% a lo largo de 2013. El resto fueron las 21.054 ejecuciones dictadas por la justicia. En la mayor parte de los casos, los hipotecados habían dejado ya vacía la vivienda en el momento de la entrega judicial, pero en 1.668 desalojos de la vivienda habitual (y en 392 de otras viviendas) aún estaba ocupada. La policía solo intervino en 147 casos (93 de ellos correspondientes a vivienda habitual), menos de la mitad que en 2012.

Una de las opciones reclamadas desde colectivos como la Plataforma de Afectados por la Hipoteca (PAH) y otros movimientos sociales ha sido la dación en pago, que tampoco avanza al quedarse fuera de la ley y ser una mera recomendación tras los cambios normativos del Ejecutivo. Así, la posibilidad de saldar la deuda con la entrega de la vivienda sólo se alcanzó en una de cada tres ejecuciones (33%), menos que el porcentaje del 38% computado en 2012.”

Gráfica aportada en tal artículo:



Fuente: Banco de España / El país

Una vez introducido el tema, es conveniente empezar a profundizar en él, por lo que vamos a proceder a continuación al estudio de los antecedentes.

II. Antecedentes

2.1. Introducción y reflexión

“[...] un príncipe debe saber [...] si tiene que proceder contra la familia de alguno de ellos, [...] que se abstenga de las pertenencias de los demás, porque los hombres olvidan antes la muerte de su padre que la pérdida de su patrimonio. Además razones para arrebatar los bienes ajenos nunca faltan, y quien empieza a vivir robando siempre encuentra un pretexto para apoderarse de lo que pertenece a otros.”³

³Fragmento de *El príncipe*, de Nicolás MAQUIAVELO.

2.2. Consideraciones y antecedentes de la función social de la propiedad

La propiedad es una institución económico-social, y consta de estudios desde la política, historia, economía, sociología y, sobre todo, el Derecho. La norma jurídica es un fenómeno posterior al hecho social, y por ello su regulación jurídica es posterior a su aparición en la sociedad. Mientras que cronológicamente la propiedad, y junto con ella, su función social (cuando existiere), mantiene una evolución lineal en el tiempo; dependiendo de la sociedad, la economía, las políticas, etc., en cada momento y lugar su evolución es en cambio pendular, de carácter cíclico, oscilante.

El concepto de propiedad ha sufrido numerosos cambios a lo largo de la historia. De esta forma ha sido concebido más o menos ampliamente por los legisladores. En contraposición con la concepción absoluta de propiedad en Roma, a partir del siglo XVIII surgen voces críticas con tal posición y que defienden una mayor implicación social. La propiedad, que es un hecho social, no puede habilitar para el comportamiento antisocial del propietario, y por lo tanto, deberá retraerse si resulta incompatible con intereses dignos de una mayor tutela.

En cuanto a la evolución histórica de la función social de la propiedad, sin tener en cuenta la concepción clásica romana de la propiedad, y derivada de ella, la feudalista (Edad Media), puesto que no había función social tal y como la entendemos hoy en día, en Roma la propiedad y poder público, *dominium e imperium*, tienen la misma naturaleza. Son soberanías y su régimen es el poder absoluto.

Hemos de remontarnos al Código Civil francés (en adelante CCF). El Código Napoleónico arrastra gran parte de las ideas de la Revolución Francesa, dejando atrás el concepto de propiedad como algo absoluto inherente al individuo. El concepto de propiedad privada en los siglos XVIII y XIX era un aspecto nuclear del ordenamiento jurídico, la propiedad representaba el cambio social a lo largo de la historia. El concepto de propiedad, en esta época, aparece jurídicamente bajo los principios jurídico-filosóficos de la Escuela del Derecho Natural (iusnaturalismo), y el pretendido carácter absoluto de la propiedad, del Derecho Romano. La influencia del iusnaturalismo la encontramos en una inadecuada pretensión de una propiedad y libertad ilimitadas, y la consideramos inadecuada por la coexistencia de derechos en una sociedad. En cuanto al Derecho Romano, influyó en la consideración del carácter absoluto de la propiedad (*usque ad sidera, usque ad inferos*).

Para observar con mayor nitidez la evolución histórica de cómo la función social se adentra en la propiedad es necesario mencionar el caso de Código Civil austríaco de 1811 (ABGB). El ABGB se originó a partir de las ideas de la Ilustración y los derechos naturales, que principalmente postulaban la equidad y libertad del individuo sin abolir del todo el viejo orden feudal de los Estados.

Artículo 362 ABGB: “Como consecuencia de su derecho de disponer libremente de su propiedad, el propietario pleno puede, como regla general, hacer uso de la cosa o

no hacer ningún uso de ella, a su arbitrio; él puede destruirla, transmitirla totalmente o en parte a otras personas, o bien, deshacerse de ella, abandonarla”.

El CCF, cuando regula la propiedad, nos dice: “es el derecho de gozar y disponer de las cosas, de la forma más absoluta con tal de que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes y reglamentos”. Así por ejemplo, cuando el Código Napoleónico declara que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa del modo más absoluto sin otras limitaciones que las legales, y que nadie puede ser privado de su propiedad más que por su expropiación, fundada en causa justificada de utilidad pública y previa la correspondiente indemnización, en realidad lo que hace es consagrar uno de los resultados de la revolución de 1789: la propiedad libre de las cargas feudales del Antiguo Régimen. Aquí comienza la función social.

Nuestro Código Civil, redactado en 1889, está influido en cierta manera por la codificación napoleónica. El ambiente de la época era también liberal, pero ya no necesitaba de retórica alguna para imponerse como en la Revolución Francesa, y por eso no aparece en el artículo 348 la frase “del modo más absoluto”, y a modo de intensificar la presencia de la función social en el texto, añade: “sin más limitaciones que las establecidas por las leyes”. El artículo 544 del Código francés prácticamente es copiado del español de 1889 y del italiano; ya el movimiento del liberalismo se frena un poco y pierde ese carácter absoluto la propiedad privada. Así, en nuestro artículo 348 ya se reconoce la propiedad como el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (desaparece la noción de la propiedad absoluta).

Coetáneamente a estas declaraciones e intenciones jurídicas tan innovadoras sobre la propiedad y su función social, podemos decir que la Iglesia católica, mediante su encíclica *Rerum novarum* de 1891, se hace eco de estas inquietudes, y León XIII deja constancia de que: “la propiedad, aunque dividida en tierras privadas, sirva al bien común, a la utilidad común de todos, lo que hace que el hombre deba tenerla por común de tal manera que proporcione fácilmente parte a los otros en sus necesidades”. Esta sería la primera vez en la historia de la Iglesia católica, entendida como tal, en que se hace una declaración sobre la función social de la propiedad.

Más tarde, Pío XI en 1931 declararí en su encíclica *Quadragesimo anno*: “La propiedad tiene un doble aspecto, individual y social, según que ella sirva al interés particular o mire al bien común”.

Esta es la fórmula básica o el punto de partida para todos los códigos latinos. Con esta regulación se habló de la sacralización de la propiedad privada, su inviolabilidad, pero no es más que un logro por parte de la burguesía de consolidar su posición en el ámbito económico. Y se actúa en contra de que sobre un mismo bien concurren varias titularidades o más de un derecho; la propiedad por ello resultaba única, exclusiva, absoluta e íntegra.

En el liberalismo la economía estaba en manos privadas, y el Estado sólo cumplía la función de policía, sin intervención en la esfera económica (dejar hacer, dejar pasar). En esta época el binomio será, por tanto, libertad-propiedad.

Sin embargo, ese pretendido y formulado carácter absoluto de la propiedad privada en la práctica no es predicable de ningún sistema jurídico (nunca existió). Se llegó a afirmar que una formulación totalitaria y absoluta de la propiedad no existió ni siquiera al día siguiente de la revolución liberal. En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se establece: “XVII. Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad [...]”. Pero esto no tiene reflejo en el artículo 544 CCF, en el que sólo se hace mención del carácter absoluto; no obstante, el propio artículo matiza: “[...] con tal de que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o los reglamentos [...]”, y en el siguiente artículo se contempla la posibilidad de la expropiación forzosa (limitaciones que niegan ese carácter absoluto).

Por todo ello, la regulación del derecho de propiedad se encomienda al ordenamiento jurídico, mediante el uso del expediente técnico del límite y las limitaciones. La función de estas dos figuras, si partimos desde una concepción absoluta del derecho de propiedad, sería algo excepcional que mediante una norma concreta se incidiría privando del pleno contenido del derecho, atendiendo a exigencias de índole pública o privada.

Cabe distinguir la limitación (aquella reducción que encuentra causa en una disposición legal expresa, con independencia de la voluntad del propietario y en función de la realidad que presente la convivencia social, y operando bien el interés público o bien el privado) del límite (en un primer momento es un factor externo al derecho, y reflejo dinámico de la configuración del derecho de propiedad, pero finalmente se considera que forma parte del contenido normal de la propiedad –profesor Lasarte–).

En nuestro Código Civil también se nota la influencia liberal. Así, en su artículo 350 se reconoce la extensión de la propiedad hacia abajo y hacia arriba. Como características de la regulación de la propiedad en nuestro Código, destacamos un acuciado agrarismo (la principal era la propiedad de la tierra, ya que es fuente económica), es liberal e individualista (importa la propiedad individual), pretendido absolutismo (art. 350), es la propiedad una defensa del statu quo frente a la dinámica de las transformaciones económicas, y es una propiedad sometida a un régimen de plena libertad de comercio (lo contrario a las manos muertas, mayorazgos, etc.).

Otro punto al que debemos referirnos es el de la consideración pluralista de la propiedad, no hay una sola propiedad. Más que de propiedad, cabe hablar de propiedades. La propiedad recae sobre bienes de distinta naturaleza, y por eso hablamos de propiedades. El contenido de la propiedad tiene que ir en función de la valoración de los distintos tipos de bienes (v. gr., no es lo mismo la propiedad sobre una borrega, que aquella que recae sobre una parcela de suelo urbanizable sectorizado). Esto está íntimamente relacionado con la teoría del interés general, que no es la suma de intereses particulares.

El derecho de propiedad y herencia se reconoce en el artículo 33 CE, pero lo más importante es la alusión al término “función social” (concepto que surge en el interin entre las teorías socialistas y las liberales), y en el artículo 38 se reconoce la libre iniciativa privada. No es un derecho fundamental, sino un derecho del ciudadano; así el

artículo 53 CE vincula su contenido a los poderes públicos, se establece una reserva de ley para regular su ejercicio y se le dota de un control de inconstitucionalidad. La función social de la propiedad no tiene un sentido técnico concreto, es lo que se conoce como un concepto jurídico indeterminado, un concepto válvula (según FJ 8º STC 26 de marzo de 1987) o un concepto en blanco. El artículo 128 CE refuerza la idea de función social subordinándola al interés general. No es predicable una concepción o categorización de la función social de la propiedad de carácter unitario (atendiendo a la teoría de la pluralidad de propiedades). El artículo 33.2 CE conecta, en relación de dependencia, la función social con lo que el legislador ordinario establezca (que es quien configura el contenido del derecho de propiedad).

En cuanto al contenido esencial del derecho, este resulta de lo que el legislador ordinario establezca y viene a coincidir con un mínimo de aprovechamiento particular que debe tener un derecho para que sea tal derecho.

En resumidas cuentas, la función social de la propiedad no debe considerarse como una limitación externa del dominio, sino como una configuración interna necesaria para la armonía social, en virtud de la cual, la propiedad pasa de ser un derecho absoluto individual a ser una institución jurídica objetiva y estatutaria, secundaria, condicionada y limitada, esto es, que depende de la configuración que le dé la ley en cada momento, según las circunstancias y necesidades sociales. Es como un escultor que da forma a una estatua, moldeándola conforme a varios parámetros: situaciones económicas, sociales, culturales y jurídicas (según vayan dictando las leyes), dependiendo del momento, situaciones y necesidades.

2.3. Origen y desarrollo de la crisis de 2008

Bien es sabido que la crisis económica que azotó a medio mundo, derivada de la red capitalista, comenzó a través de un producto financiero nacido en Estados Unidos: las conocidas como hipotecas *subprime*.

2.3.1. ¿Qué es una hipoteca subprime?

Un crédito subprime es una modalidad crediticia del mercado financiero de Estados Unidos que se caracteriza por tener un nivel de riesgo de impago superior a la media del resto de créditos. Este tipo de operaciones, concedidas a particulares o empresas, tiene las siguientes características:

- La mayor parte de los créditos *subprime* son de carácter hipotecario.
- Las entidades financieras tienen un límite máximo fijado por la FED de créditos de alto riesgo, si bien este límite puede ser superado por otras entidades intermediarias que pueden adquirir mediante una cesión de crédito los derechos

al cobro de los créditos *subprime* por parte de los bancos a terceros, a cambio de pagar a la entidad financiera un interés menor.

- El tipo de interés de un crédito *subprime* es superior a la media de los tipos de interés para préstamos de las mismas características dirigidos a usuarios solventes, variando entre 1,5 y 7 puntos más.

El sistema de concesión de créditos en Estados Unidos se basa en el establecimiento de una tasa de evaluación del particular o la empresa que solicita el préstamo, de tal forma que aquellos que superan los 850 puntos en dicha evaluación obtienen créditos *prime* a un tipo de interés bajo y con amplias ventajas. Los que tienen una evaluación entre 650 y 850 puntos se consideran solventes, y los tipos de interés que se les aplican a las operaciones crediticias se encuentran dentro de la media nacional. Aquellos que tienen una puntuación por debajo de 650 se consideran de alto riesgo, y son aquellos que pueden recibir los créditos *subprime*, con tipos de interés más altos y más gastos en comisiones bancarias.

En 2002 el volumen de créditos *subprime* de las entidades financieras en Estados Unidos representaba el 7% del mercado hipotecario. En 2007 era del 12,5%.

Los créditos *subprime*, al igual que cualquier otro, pueden ser negociados por las entidades bancarias con otras empresas, de tal forma que se pueden ceder los mismos a cambio de obtener el pago de un interés menor. La ventaja de la entidad financiera al efectuar la cesión es poder garantizarse el cobro del crédito de manera rápida. Las empresas que adquieren créditos *subprime* tratan de obtener un beneficio por la diferencia entre lo pagado a la entidad financiera y lo que efectivamente tienen derecho a cobrar del particular deudor.

Los problemas que puede generar el impago de los créditos *subprime* dentro de la economía local y de la economía global están determinados por tres factores:

- El volumen total que representen los créditos *subprime* sobre el total concedido.
- El número de créditos cedidos a terceros en operaciones de cesión de créditos y las empresas titulares de los mismos. Cuando son los bancos los que soportan la mayor parte de la carga de los créditos *subprime*, el riesgo afecta al sistema financiero; cuando son empresas de otro tipo, el riesgo afecta a distintos sectores económicos o bien a los más importantes.
- El impacto sobre la economía global, según qué empresas, financieras o no de otros países, hayan adquirido créditos *subprime*, se considera el detonante de la crisis financiera de 2008 y de la crisis de la burbuja inmobiliaria en España.

Pero en otro orden de cosas, y en definitiva, una vez analizados todos los antecedentes, debemos pasar al estudio comparado de la vivienda en otros ordenamientos jurídicos, lo cual haremos no de forma demasiado exhaustiva.

III. Análisis comparado de la función social de la vivienda en otros sistemas jurídicos

3.1. Líneas generales

Si nos aproximamos al sector del ordenamiento jurídico más general en su ámbito territorial de aplicación, el Derecho internacional, nos encontramos en primer término con la circunstancia de que son diversos los documentos internacionales que hacen referencia al derecho a una vivienda digna.

Cabe mencionar en primer lugar una serie de instrumentos que contienen una garantía internacional directa del derecho a la vivienda digna, obligando a los Estados signatarios a su protección. Entre ellos se encuentra el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, conforme al cual: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudedad, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

A ese mismo grupo pertenece el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, que establece: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”.

La enorme diversidad de fórmulas que el legislador ha utilizado en los Estados de nuestro entorno a la hora de dar cumplimiento a los mandatos constitucionales y/o internacionales que le conminaban a adoptar medidas que permitan el acceso a una vivienda digna al mayor número de personas posible hace muy difícil tomar como referencia las experiencias del Derecho comparado.

No obstante, todo el análisis normativo en cuanto a normativa internacional y comunitaria lo estudiaremos en el bloque de análisis, al que me remito para más profundidad.

3.2. Modelos comparados del derecho a la vivienda digna

Como no podemos extendernos en profundidad ni hacer un estudio exhaustivo de los sistemas comparados, vamos a estudiar los que a nuestro juicio son los

más relevantes en el tema que tratamos. El primer modelo es el germánico, que tiende a regular en grandes leyes integrales todo lo relativo a los dos principales aspectos garantizados por el derecho a la vivienda digna. El segundo modelo, del que es genuino representante Francia, se ha arriesgado a garantizar con carácter general y como derecho prestacional judicialmente exigible el derecho de todo individuo que lo necesite a acceder a una vivienda adecuada. El tercer y último modelo regulatorio se da en los países escandinavos, que optan por desmenuzar legislativamente en una pluralidad de normas y para una diversidad de individuos, sujetos a diferentes requisitos, las distintas ayudas estatales que se establecen para acceder y/o disfrutar de una vivienda adecuada.

3.2.1. Modelo germánico

La legislación alemana sobre vivienda se construye a partir de dos grandes bloques de legislación federal: un primer bloque es el constituido por las normas que inciden sobre la adecuación o dignidad de la vivienda y está formado coordinadamente por la Ley de ordenación del suelo (*Raumordnungsgesetz*), el Código de la edificación (*Baugesetzbuch*) y el Reglamento de edificación de cada Estado federado (*Bauordnung*); mientras que el segundo bloque afecta a la acción positiva que el Estado ha de desempeñar para facilitar a los ciudadanos el acceso a la vivienda y está formado por la Ley de promoción (social) de la vivienda (*Wohnraumförderungsgesetz*) y la Ley de ayudas económicas a la vivienda (*Wohngeldgesetz*).

Se trata de leyes que pretenden regular de forma integral y separada, como un marco mínimo, tanto las condiciones de la edificación, incluida la destinada a vivienda, como los concretos instrumentos de los que los poderes públicos se pueden servir para facilitar el acceso a la vivienda. La ley prevé que los Estados federados diseñen, en conjunción con los municipios, programas de promoción social de la vivienda por los que se financie la construcción o adquisición de vivienda, su modernización y la adquisición de derechos de ocupación (fundamentalmente a través del alquiler) de viviendas preexistentes, y que todo ello se haga a través de financiación pública que puede consistir tanto en préstamos públicos en condiciones preferenciales, préstamos garantizados o subvenciones a fondo perdido, como en la asunción de garantías inmobiliarias, pasando por el ofrecimiento de suelo urbanizable a precios moderados.

3.2.2. Modelo francés

Lo más trascendente de este modelo lo encontramos en la Ley 90-449, de 31 de mayo de 1990, aún vigente, en virtud de la cual “toda persona o familia que sufra dificultades particulares, en razón especialmente de la inadaptación de sus recursos o de sus condiciones de existencia, tiene derecho a una ayuda de la colectividad, en las condiciones fijadas en la Ley, para acceder a una vivienda digna e independiente, mantenerse allí y disponer en ella de suministro de agua, energía y servicios telefónicos”.

Es preciso aclarar que, si bien esta Ley no define expresamente cuándo una vivienda es digna, a sensu contrario contribuye a esa definición cuando califica de indignos los locales e instalaciones que, usados como vivienda, resultan impropios por su naturaleza para ese uso, así como las viviendas cuyo estado o el del edificio en el que se ubican exponen a sus ocupantes a riesgos para su salud o su seguridad.

Cabe decir que las medidas destinadas a permitir el acceso a una vivienda digna y al suministro indicado serán objeto en cada departamento de un “Plan departamental de acción para la vivienda de las personas desfavorecidas”, que incluirá el plan de acogida, alojamiento e inserción de personas sin domicilio, ya previsto en el Código de acción social y de las familias. A fin de asegurar la puesta a disposición de un alojamiento duradero, el Plan tiene que definir una serie de medidas concernientes al seguimiento de las peticiones de vivienda, la creación de una oferta suplementaria de viviendas, la coordinación de la atribución prioritaria de viviendas, la prevención de desahucios de inquilinos, la ubicación de personas en alojamientos temporales o de transición, la localización de viviendas indignas, la estrategia sobre movilización de viviendas en el parque privado o la contribución a los fondos de solidaridad para la vivienda.

3.2.3. Modelo escandinavo

Este modelo se caracteriza por la dispersión normativa de las garantías del derecho a vivienda digna, que se articulan en diversos instrumentos legales contenedores de concretos derechos subjetivos de naturaleza prestacional y no reconducibles a unidad en leyes integrales por bloques o materias.

Como prototipo de este modelo escandinavo tomaremos el ordenamiento finlandés. La regulación de las prestaciones en materia de vivienda se encuentra recogida en diversas leyes singulares, entre las que están: la Ley de construcción de viviendas sociales (*Housing Production Act*), la Ley del fondo de vivienda de Finlandia (*Act on the Housing Fund of Finland*), la Ley de préstamos de vivienda subvencionados estatalmente (*Act on State-subsidized housing loans*), la Ley de avales estatales a los préstamos de vivienda en propiedad (*Act on State Guarantees for Owner-Occupied Housing Loans*), la Ley de subvenciones estatales al interés de préstamos de vivienda en propiedad (*Act on interest subsidy for owner-occupied housing loans*) y la Ley de subvenciones estatales al interés de préstamos de vivienda para alquiler (*Act on interest subsidy for rental housing loans*), la Ley del derecho de ocupación de una vivienda (*Right of occupancy housing Act*), y finalmente la Ley de ayudas de vivienda (*Housing allowance Act*).

Las características diferenciales de este modelo regulatorio son:

- De un lado, por comparación con el modelo alemán, que las distintas actuaciones públicas en materia de vivienda se regulan en una pluralidad de normas legales que individualmente se ocupan de cada ámbito de actuación.

- En comparación con el modelo francés, tanto la diversificación en una pluralidad de derechos subjetivos a obtener diferentes ayudas en materia de vivienda, como su subordinación legal a la fijación por parte del Gobierno de techos máximos de ingresos o cantidades mínimas financiables como condiciones suspensivas que forman parte de su supuesto de hecho.

En definitiva, sin perjuicio de otros posibles ordenamientos, estos tres son los que hemos considerado más relevantes en cuanto a sus particularidades de regulación.

3.3. Breve reflexión sobre los diversos países de la UE y el ordenamiento jurídico español en materia de vivienda y función social

Tal y como hemos podido comprobar, en los dos primeros artículos a los que hacemos referencia, se prevé un derecho a que la persona tenga un nivel de vida adecuado. Y uno de los elementos esenciales para desarrollar este precepto es la vivienda, fundamental en los códigos y leyes a los que hemos ido haciendo mención y que desarrollan el aspecto social de este derecho.

En el ordenamiento jurídico español, el derecho fundamental a la vivienda se encuentra recogido en el artículo 47 de la CE, que a continuación se desarrolla y que se trata en profundidad.

IV. Tutela del derecho a la vivienda y su función social. Especial atención al caso andaluz

4.1. Protección constitucional

El primero de los preceptos a los que debemos aludir cuando hablamos de este tema es el artículo 33.2 de la Constitución Española, (CE en adelante), el cual dispone que: “La función social de [la propiedad y la herencia] delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”. Debido a su ubicación sistemática en la Constitución (Título I, De los derechos y deberes fundamentales), sabemos que es un derecho, pero no alcanza el rango de derecho fundamental, sino de “derecho” en el sentido de principio inspirador de la política económica y social. Al no tener la protección máxima que le otorga el artículo 53.2 de la CE, no es susceptible de protección en amparo, como sucede con los artículos 14, 15 a 29 y 30.2 del mismo cuerpo legal.

Avanzando en dicho análisis, a continuación debemos hacer hincapié en el artículo 53.1 de la CE, el cual establece que: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)”. Al no estar recogido en el punto 53.2 de la CE, como decíamos anteriormente, que ampara los derechos contenidos en el artículo 14, Sección 2ª del Capítulo I del Título I, y 30.2, no es susceptible de amparo ante el TC. No obstante, este precepto constitucional establece algo muy importante, y es que la función social de la propiedad privada sólo puede regularse mediante ley ordinaria, y sin alterar su contenido básico; es decir, tanto el artículo 33.2 como el artículo 53.1 de la CE reconocen la reserva legal de la propiedad privada.

Retrocediendo un poco en las prescripciones constitucionales, debemos hacer alusión al artículo 47 de la CE, el cual establece que: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”. Es de mención obligatoria resaltar el mandato constitucional a los poderes públicos, ya que no se le puede considerar un derecho fundamental en sí mismo, (según las disposiciones de la Constitución española, cosa de la que se discrepará); es más bien lo que la CE denomina un “principio rector de la política social y económica” (Capítulo III). Este “derecho” no recibe ninguna tutela jurisdiccional, (artículo 53.3 de la CE), simplemente es un mandato a los poderes públicos, los cuales deberán “promover las condiciones necesarias y establecerán normas para hacer efectivo este derecho [...]”.

Una vez establecido el primer marco de referencia legal para este derecho, que no alcanza el rango de fundamental, pero que debe inspirar la actuación política, y de obligado cumplimiento por los poderes públicos en cuanto a su efectividad, (algo que no parece materializarse en la actualidad), debemos establecer la delimitación competencial del derecho a la vivienda. Sobre ello establecen los artículos 148.1.3ª y 149.1.1ª y 8ª de la CE la posibilidad de las autonomías de asumir la competencia exclusiva en materia de vivienda (artículo 148 CE); reservándose, en cualquier caso, el Estado la competencia en materia de regulación del ejercicio igualitario de derechos, y la legislación civil, donde quedaría incluida la propiedad privada, que no el derecho a la vivienda (artículo 149 CE). Adelantamos que la CA de Andalucía tiene asumidas las competencias en materia de vivienda, asunto que trataremos con posterioridad.

A grandes rasgos, hemos introducido el ámbito normativo, en cuanto a materia constitucional se refiere, que no obstante, se va materializando y concretando en normativas distintas que analizaremos en líneas posteriores.

4.2. Protección internacional y comunitaria

Sentados estos pilares básicos constitucionales, debemos hacer referencia a la legislación internacional y comunitaria, donde se recogen algunos preceptos en lo relativo a la tutela de la vivienda.

En primer lugar, tenemos la más importante Carta de Derechos Humanos, que data de mediados del siglo XX (10 de diciembre de 1948). Nos referimos a la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III). Este texto incluye en su artículo 25.1 que: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

Es conocido que esta Carta no es vinculante para los Estados en el ámbito internacional, pero tiene especial trascendencia en el ámbito español, pues el artículo 10.2 de la CE dispone que: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, [...]”. Esto quiere decir que todos los derechos deben ser interpretados conforme a dicha Carta; no obstante, aunque no alcance la vivienda el rango de Constitucional, la Declaración antes mencionada sí la reconoce como tal.

En segundo lugar, tenemos con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC en adelante). Dicho tratado, en su artículo 11.1 dispone que: “Los Estados Partes [entre ellos, España] en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”.

Esto es relevante, de nuevo en el sentido del artículo 10.2 de la CE, pues señala este que: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. De nuevo, encontramos otra referencia al reconocimiento de la vivienda como derecho fundamental, a la hora de interpretar lo dispuesto en dicho precepto internacional.

Finalmente, en el ámbito comunitario, tenemos la Carta Social Europea, la cual establece en su artículo 16 que: “Con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las partes contratantes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayudas a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas”. Aunque no lo reconozca de manera expresa, si hacemos una interpretación teleológica de este precepto, podemos extraer que para lograr unas condiciones de vida indispensables, los Estados deberán apoyar la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, por lo que se entiende que deben promover el acceso a las familias a una vivienda adaptada a su situación.

En definitiva, en el ámbito internacional sí alcanza el rango de derecho fundamental, pues es reconocida la vivienda como un bien indispensable para la vida. No se pretende un análisis exhaustivo de la normativa internacional ni mucho menos, por lo que debemos avanzar en el estudio en un plano más localizado.

4.3. Protección estatal

En materia de vivienda y propiedad privada, el primer precepto que debemos analizar es el contenido en el Código Civil, concretamente, el artículo 348, el cual establece que: “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”. Se trata de un precepto de cabecera de la propiedad privada, como derecho real, por lo que en un primer plano, y viendo el resto de la normativa del Código, debemos indagar más sobre la propiedad privada, en concreto de la vivienda.

Al tratarse la vivienda de una competencia exclusiva de las comunidades autónomas (de las que la hayan asumido), el Estado no tiene ninguna ley relativa al derecho a la vivienda (y por ello no menciona nada el Código Civil ni otra normativa estatal). No obstante, sí podemos encontrar algunas referencias indirectas en una ley muy reciente, la Ley 1/2013, *de protección de deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, sucesora del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, donde sí se establecen algunas medidas relativas a lo comentado, así como una medida establecida en el Real Decreto-ley 6/2012, de 14 de mayo, *de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, concretamente en el Anexo Código de Buenas Prácticas Bancarias. Estas medidas son las que siguen:

4.3.1. Capítulo I. Suspensión de los lanzamientos

En este capítulo se prevé, citando textualmente el cuerpo legal, “hasta transcurridos dos años desde la entrada en vigor de esta Ley, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria [...]”. Lejos de ser una medida eficaz, se convierte en una medida provisional para aquellos que se encuentran dentro de una serie de requisitos, y hasta un plazo máximo que no computa desde el efectivo lanzamiento, como hubiese sido más lógico, sino a contar desde la entrada en vigor de esta Ley. Esto quiere decir que, si la Ley se ha publicado el día 15 de mayo de 2013, y tal y como dispone la disposición adicional cuarta en lo relativo a la entrada en vigor: “Esta Ley entrará en vigor el día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado”, su aplicación tiene un tope máximo hasta el día 15 de mayo de 2015; por lo que, si a modo de ejemplo, una persona que reúna tales requisitos, es ejecutada el día 14 de mayo de 2015, no va a gozar de esos dos años que ampara la Ley, sino que se suspenderá su lanzamiento por un solo día. Esto, a mi juicio, muestra la ineficacia total de la medida, basada en presunciones de mejor estado de la economía para 2015.

¿Cuáles son los requisitos de la suspensión de la Ley 1/2013 estatal? En el mismo artículo 1.1, tras la imposición de la suspensión ya mentada, añade que se suspenderá la ejecución de “la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo”. Estos supuestos de especial vulnerabilidad vienen tasados por la misma ley, en el artículo 1.2, debiendo la persona reunir uno de los siguientes requisitos:

- a.** “Familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente.
- b.** Unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo.
- c.** Unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años.
- d.** Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.
- e.** Unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones por desempleo.
- f.** Unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral.
- g.** Unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género, conforme a lo establecido en la legislación vigente, en el caso de que la vivienda objeto de lanzamiento constituya su domicilio habitual.”

Si se encuentra el ejecutado en una de estas situaciones, además, deberán concurrir otra serie de requisitos que, una vez cumplidos, entonces, se procederá a la suspensión. Estos vienen recogidos en el artículo 1.3 de la comentada ley, y son:

- a.** “Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples. Dicho límite será de cuatro veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples en los supuestos previstos en las letras d) y f) del apartado anterior, y de cinco veces dicho indicador en el caso de que el ejecutado sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral.” Por unidad familiar se entiende, según el artículo 1.4, “la com-

puesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar”.

b. “Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda.” Respecto de esto, dice el artículo 1.4, que se entenderá que se ha producido una alteración significativa cuando “el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5”.

c. “Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.”

d. “Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.”

En el artículo 2, se recogen las formas de acreditación de dicha situación. Una vez cumplidos estos estrictos requisitos burocráticos, podrá llegarse, en todo caso, a esa suspensión.

4.3.2. Disposición Adicional Primera. Alquiler social de viviendas

Otra de las medidas previstas, en lo relativo al cumplimiento de la función social de la vivienda, es la dispuesta en la Disposición Adicional Primera, bajo la rúbrica “Fondo social de viviendas”. Tal y como dispone textualmente la ley: “Se encomienda al Gobierno que promueva con el sector financiero la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario. Este fondo social de viviendas tendrá por objetivo facilitar el acceso a estas personas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que perciban”. Esto es lo que se conoce, a día de hoy, como el “alquiler social”. Dos cosas han de destacarse en este sentido: a) es un mandato al Gobierno, el cual deber promoverlo; y b) son de titularidad de aquellos que ejecutan la hipoteca, es decir, el arrendador no es el Gobierno, si no la entidad financiera.

Resulta realmente irónico, tal y como indicaba Elena López Barba (en las I Jornadas sobre las que se inspira esta exposición), que cuando las entidades financieras empiezan a acumular viviendas vacías, y se impone el mandato de la creación de un fondo social de viviendas que se pondrán en alquiler con rentas “más bajas” para los lanzados de su vivienda, nazca una ley (concretamente, la Ley 4/2013, de 4 de junio, *de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas*) que reduce en cierta medida las garantías del arrendatario, y pone al arrendador en una posición algo superior, como por ejemplo, la reducción del mí-

nimo de la duración del alquiler a tres años, o que bastará con un preaviso de la necesidad de utilización de la vivienda sin necesidad de mentarlo por escrito para lanzar al arrendatario de la vivienda, transcurridos seis meses desde el comienzo del arrendamiento; así como que, para que resulte protegido el contrato contra agresiones externas sobre el derecho del arrendador, necesita inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Pero volviendo al tema, la Ley sigue señalando: “En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley se podrá valorar la ampliación del ámbito de cobertura del fondo social de viviendas a personas que se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad social distintas a las previstas en el artículo 1 de esta Ley. Antes de dicho periodo, únicamente podrán efectuarse adjudicaciones a dichas personas cuando las circunstancias excepcionales del caso lo justificasen y así se pusiese de manifiesto”. Se trata de un precepto que otorga la capacidad de valorar la posibilidad de modificar los requisitos exigidos para el lanzamiento, ampliando la cobertura para este fondo social. Sin embargo, nos hacemos una pregunta bastante inquietante: si la persona beneficiaria, entre otros requisitos, ha de estar en desempleo, o tener una renta que está muy por debajo de las posibilidades de pagar una hipoteca, ¿qué nos hace pensar que va a poder hacerse cargo de un mal llamado “alquiler social”? Estas medidas servirán al abogado del Estado para alegar una supuesta “dualidad de normas” en la impugnación de la Ley 4/2013, *de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda*, que comentaremos con posterioridad.

4.3.3. Anexo. Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, apartado 3º: adhesión voluntaria

En el caso de no resultar viables las medidas de reestructuración de la deuda (apartado 1º), ni la quita del capital (apartado 2º), si se encuentra el sujeto en la situación de peligro de exclusión social que prevé dicho cuerpo normativo en su apartado 2 (prácticamente iguales que la Ley 1/2013), podrá solicitar la dación en pago, de recepción obligatoria por el banco, la cual extinguirá la deuda hipotecaria, así como el deudor podrá solicitar, durante el plazo de dos años, constituir un alquiler “social” en su favor, por el cual pagará un 3% del capital adeudado. No obstante, esta medida tiene una excepción: no será aplicable en los casos que se haya comenzado con la ejecución hipotecaria o venta extrajudicial.

Respecto de estas medidas, aun siendo un pequeño avance con posibles soluciones eficaces en una regulación de mínimos, siguen siendo insuficientes, pues los requisitos que se piden siguen siendo demasiado rígidos y estrictos para un problema real que afecta a familias que no siempre se encuentran dentro de estas situaciones realmente extremas.

4.4. Protección autonómica

Respecto de la regulación autonómica, debemos hacer dos incisos normativos principales. En primer lugar, debemos hacer mención a la Ley Orgánica 2/2007, del Estatuto de Autonomía de Andalucía, en su artículo 56.1.a), que establece la asunción de competencias autonómicas en materia de vivienda: “1. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de vivienda, que incluye en todo caso: a) La planificación, la ordenación, la gestión, la inspección y el control de la vivienda; el establecimiento de prioridades y objetivos de la actividad de fomento de las Administraciones Públicas de Andalucía en materia de vivienda y la adopción de las medidas necesarias para su alcance; la promoción pública de viviendas; las normas técnicas, la inspección y el control sobre la calidad de la construcción; el control de condiciones de infraestructuras y de normas técnicas de habitabilidad de las viviendas; la innovación tecnológica y la sostenibilidad aplicable a las viviendas; y la normativa sobre conservación y mantenimiento de las viviendas y su aplicación”.

A ello hay que sumarle el artículo 25 de la Ley Orgánica 2/2007, que señala: “Para favorecer el ejercicio del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada, los poderes públicos están obligados a la promoción pública de la vivienda. La ley regulará el acceso a la misma en condiciones de igualdad, así como las ayudas que lo faciliten”.

En definitiva, el Estatuto de Autonomía de Andalucía asume plenas competencias en materia de vivienda como bien declaran sus preceptos, sin contradecir la Constitución en el sentido de que no asume competencias en cuanto a la regulación civil sobre propiedad privada, sino la función social que esta deberá tener respecto de la vivienda, razones que han despertado controversia en cuanto a la suspensión de la normativa andaluza más importante de protección de deudores hipotecarios, pero que comentaremos más tarde.

Pero entrando ya en la materia que nos abarca, la vivienda y su función social, este derecho viene protegido en la Ley 1/2010, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía, la cual ha sido recientemente reformada por la Ley 4/2013, de *medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda*. Debemos destacar, en lo relativo a tutela, el artículo 1.1 de la Ley 1/2010, reformado por la Ley 4/2013, el cual establece la mentada protección en el ámbito autonómico: “La presente Ley tiene por objeto garantizar, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía y al amparo de lo previsto en el artículo 56.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, el derecho constitucional y estatutario a una vivienda digna y adecuada, del que son titulares las personas físicas con vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma de Andalucía en las condiciones establecidas en la misma”. Para ver las principales cuestiones en cuanto a medidas adoptadas, debemos centrarnos, a continuación, en la Ley 4/2013, de *medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda*, normativa que en la actualidad se encuentra suspendida por el Tribunal Constitucional por los motivos que con posterioridad analizaremos.

Las principales medidas que establece dicha normativa para la protección del derecho a la vivienda y el cumplimiento del sucesivo mandato constitucional antes comentado son las que siguen:

4.4.1. Registro de Viviendas Deshabitadas

Consiste en un instrumento básico para el control y seguimiento de las viviendas que, por concurrir los supuestos previstos legalmente en el artículo 25 de la Ley 1/2010, reformada por la Ley 4/2013, hayan sido declaradas deshabitadas, y ello al servicio del ejercicio de las potestades administrativas que reconoce la presente Ley (artículo 41.1 de la Ley 1/2010, reformado por el artículo 1.5 de la Ley 4/2013).

Tiene carácter autonómico y conlleva la creación de un fichero de datos de titularidad pública, donde sus asientos e inscripciones quedarán regulados reglamentariamente por la remisión expresa que hace la misma Ley (artículo 41, apartados 2, 3, 4 y 5 de la Ley 1/2010, reformado por el artículo 1.5 de la Ley 4/2013). Actualmente, esta medida se encuentra suspendida por un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 4/2013.

4.4.2. Intermediación en el mercado de alquiler

Debemos hacer primero mención a la referencia legal contenida en el artículo 9.2.b) y e) de la Ley 1/2010, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía, reformada por el artículo 1.3 de la Ley 4/2013, de *medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda*. Este precepto dice: “Asimismo, los planes de vivienda y suelo o los programas a los que se refiere el capítulo III del título VI de la presente Ley podrán promover otras medidas orientadas a favorecer el acceso a la vivienda libre y la mejora del parque residencial, como: [...] b) oferta de viviendas en régimen de arrendamiento, [...] e) medidas de intermediación en el mercado del arrendamiento de viviendas que garanticen su efectiva ocupación”.

A este respecto, debemos hacer mención al artículo 43.1 de la Ley 1/2010, reformada por el artículo 1.5 de la Ley 4/2013, que establece lo siguiente: “La actividad de fomento susceptible de ofrecerse a las personas propietarias de viviendas deshabitadas, a través de los planes de vivienda o de los programas de fomento aprobados por la Consejería competente en materia de vivienda, podrá consistir, entre otras, en las siguientes actuaciones: a) Las medidas de intermediación en el mercado del arrendamiento de viviendas que garanticen su efectiva ocupación; b) El aseguramiento de los riesgos que garanticen el cobro de la renta, los desperfectos causados y la defensa jurídica de las viviendas alquiladas; c) Las medidas fiscales que determinen las respectivas administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias; d) Las subvenciones para personas propietarias y arrendatarias y entidades intermediarias”.

Es decir, una de las principales medidas de la Junta de Andalucía es promover el alquiler de las viviendas, estableciendo ayudas tanto a propietarios de viviendas (sin distinguir entre personas físicas o jurídicas), a través de la intervención en el mercado, asegurar riesgos, medidas fiscales y subvenciones para ambas partes.

Dentro de las medidas de intermediación, el artículo 44.2 de la Ley 1/2010, reformado por el artículo 1.5 de la Ley 4/2013, señala lo siguiente: “Como medidas de intermediación en el mercado del arrendamiento de viviendas, podrán ejecutarse programas de bolsas de viviendas en alquiler, adoptarse convenios con personas jurídicas o físicas propietarias de viviendas deshabitadas para integrarlas en el mercado del arrendamiento y cualquier otra que pueda generar una ampliación del parque de viviendas disponibles en arrendamiento a precios adecuados”. Las calidades mínimas se establecerán por reglamento.

4.4.3. Actividad de policía

Totalmente ex novo se incorporan una serie de títulos relativos a una actividad de policía, la cual pretende evitar que una vivienda quede deshabitada. El artículo 25.2 de la Ley 1/2010, reformado por la Ley 4/2013, define qué se considera, en el ámbito andaluz, vivienda deshabitada o desocupada: “Se presumirá que la vivienda no está habitada cuando no se destine efectivamente al uso residencial previsto por el ordenamiento jurídico o el planeamiento urbanístico durante más de seis meses consecutivos en el curso de un año desde el último día de efectiva habitación”.

La regla para el cómputo la establece el mismo precepto en líneas posteriores: “A estos efectos, se entenderá como último día de efectiva habitación el que ponga fin a, al menos, seis meses consecutivos de uso habitacional. Para las viviendas que no hayan sido nunca habitadas, dicho plazo comenzará a computarse desde que el estado de ejecución de las mismas permita solicitar las autorizaciones legales para su efectiva ocupación, o si estas se han otorgado desde la notificación de su otorgamiento. En caso de que las autorizaciones legales hayan sido solicitadas pero aún no se hayan concedido, se descontará el plazo de otorgamiento de aquellas. Lo anterior sin perjuicio del deber de solicitar dichas autorizaciones”.

Quedan excluidas de la declaración de no habitación: edificaciones destinadas al uso turístico; viviendas destinadas a recreo; las viviendas usadas al arrendamiento estacional, y aquellas destinadas a actividades profesionales, siempre que pasen, al menos, ocupadas 30 días al año. Establecido esto, pasemos a las medidas para evitar que se deshabilite la vivienda.

a) Inspección: para el efectivo cumplimiento de las medidas que dispone esta Ley, el capítulo I del título VII de la Ley 1/2010, incorporado *ex novo* por la Ley 4/2013, prevé un procedimiento mediante el cual se llevarán a cabo medidas de inspección para asegurar que las viviendas no quedan desocupadas, así como el cumplimiento de las disposiciones legales mentadas (artículo 48.1 de la Ley 1/2010).

¿Quién es competente? Respecto de la inspección, será competente el Cuerpo de Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda, que ejercerá sus funciones en los términos establecidos en el Decreto 225/2006, de 26 de diciembre (artículo 48.2 de la Ley 1/2010).

¿Cómo actúan? En los artículos 50 y 51 de la Ley 1/2010, incorporados por la Ley 4/2013, se establecen unos criterios de actuación específicos del Cuerpo de Inspección, así como un plan de inspección en materia de vivienda.

b) Infracciones: el capítulo II, del título VII, incorporado ex novo por la Ley 4/2013, prevé un régimen de infracciones por “todas las acciones u omisiones tipificadas como tales por la presente Ley” (artículo 52 de la Ley 1/2010).

¿Qué tipos de infracciones hay? Según el artículo 53, son:

a. Muy graves: ““Son infracciones muy graves: a) No dar efectiva habitación a la vivienda en los términos establecidos en el artículo 25, siempre que el titular de la misma sea una persona jurídica, bien en régimen de pleno dominio, bien como titular de una participación mayoritaria en un condominio sobre la misma. Igual determinación rige para las sociedades irregulares; b) Arrendar, transmitir o ceder el uso de inmuebles para su destino a vivienda sin cumplir las condiciones de seguridad, según lo dispuesto en el artículo 3 de esta Ley y demás normativa aplicable; c) Incumplir el deber de conservación y rehabilitación previsto en el artículo 17.2 de esta Ley si supone un riesgo para la seguridad de las personas o un incumplimiento de un programa previo de rehabilitación forzosa, de acuerdo con lo señalado en los artículos 18 y 19; d) La inexactitud en los documentos o certificaciones que sean necesarios para obtener una resolución administrativa con reconocimiento de derechos económicos, de protección o de habitabilidad, con el fin de obtener un acto favorable a los infractores o a terceros, de eludir una orden de ejecución u otro acto no favorable a las personas interesadas, o bien para la obtención de medidas de fomento en los términos de los artículos 9, 17, 18, 19 y 42 y siguientes.”

b. Graves: “Son infracciones graves: a) Arrendar, transmitir o ceder el uso de inmuebles para su destino a vivienda incumpliendo condiciones de habitabilidad, según lo dispuesto en el artículo 3 de esta Ley y demás normativa aplicable; b) Incumplir el deber de conservación y rehabilitación previsto en el artículo 17.2 de esta Ley si supone una afectación grave de las condiciones de habitabilidad de los edificios; c) La reiteración, una vez advertida la infracción, ante la negativa a suministrar datos a la Administración o ante la obstrucción a las funciones de información, control o inspección, conforme se dispone en los artículos 27, 28, 29 y 30. A estos efectos, se entiende igualmente por obstrucción la remisión de información o la aportación de datos o documentos de forma inexacta si ello incide en el ejercicio de las potestades de inspección o en la constatación, calificación o graduación

de la infracción; d) El incumplimiento de los deberes que se establecen para las Agencias de Fomento del Alquiler en la presente Ley y en los artículos 10 y siguientes del Decreto 33/2005, de 15 de febrero, por el que se regulan las citadas entidades, o norma que lo sustituya; e) No comunicar a la Administración competente la concurrencia de hechos sobrevenidos que supongan una modificación de la situación económica o circunstancias de otra índole que hayan sido tenidas en cuenta para ser beneficiaria de las medidas de fomento reguladas en los artículos 9 y 42 y siguientes.”

c. Leves: “Son infracciones leves: a) Incumplir el deber de conservación y rehabilitación si supone una afectación leve de las condiciones de habitabilidad de los edificios, según se previene en el artículo 3; b) Negarse a suministrar datos a la Administración u obstruir o no facilitar las funciones de información, control o inspección, conforme a lo dispuesto en los artículos 27, 28, 29 y 30 de esta Ley. A estos efectos, se entiende por obstrucción, igualmente, la remisión de información o la aportación de datos o documentos de forma inexacta, o con incumplimiento de plazos, si ello incide en el ejercicio de las potestades de inspección o en la constatación, calificación o graduación de la infracción.”

¿Quiénes son responsables? El artículo 54 señala que podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción en materia de vivienda, cuando resulten responsables de los mismos, las personas físicas o jurídicas, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado.

No habrá lugar a responsabilidad por infracción en materia de vivienda en los siguientes supuestos: a) Cuando concorra fuerza mayor; b) Cuando deriven de una decisión colectiva, para quienes hubieran salvado su voto o no hubieran asistido a la reunión en que se adoptó la misma; c) Cuando se realicen por quienes carezcan de capacidad de obrar, sin perjuicio de la obligación de restauración o indemnización que, en su caso, haya de exigirse a su representante legal, a resultas de la comisión de la infracción.

¿Cuál es la forma de responsabilidad? El artículo 55 prevé un sistema de responsabilidad solidaria, salvo los sujetos previstos en el artículo 56, a los que se prevé un sistema de responsabilidad subsidiaria.

¿Qué medidas se establecen? El artículo 58 prevé que hay medidas de reconducción: las multas coercitivas no sancionadoras; y medidas sancionadoras: la imposición de sanciones y la inhabilitación de los infractores para participar en promociones de vivienda de protección pública o en actuaciones de edificación o rehabilitación con financiación pública.

¿Quién es el órgano competente? La Junta de Andalucía, a través de la Consejería competente en materia de vivienda. Los distintos órganos competentes se dividen en función de la cuantía de la multa propuesta.

En el resto de disposiciones normativas se establecen criterios para la graduación de la infracción, así como posibles medidas accesorias que no resultan de especial trascendencia.

4.4.4. Expropiación al uso

Una de las medidas más trascendentes es la prevista en la disposición adicional primera de la Ley 4/2013, por la cual se prevé la declaración del interés social a efectos de expropiación forzosa de la cobertura de necesidad de vivienda de personas en especiales circunstancias de emergencia social.

¿Cuál es el supuesto de hecho? Lo más esencial se contiene en el apartado 1, señalándose que: “Se declara de interés social la cobertura de necesidad de vivienda de las personas en especiales circunstancias de emergencia social incurso en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria, a efectos de expropiación forzosa del uso de la vivienda objeto del mismo por un plazo máximo de tres años, a contar desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente”. La misma previsión se recoge para los avalistas que hayan garantizado la hipoteca ejecutada y cuya vivienda también se constituya como vivienda habitual, al igual que los autónomos o profesionales que constituyan garantías hipotecarias sobre viviendas habituales para un préstamo relativo al ejercicio de su profesión.

Por tanto, tres supuestos: a) suspensión y expropiación del uso de la vivienda en ejecuciones de préstamos hipotecarios para adquirir vivienda habitual; b) para avalistas que garanticen con su vivienda habitual otro préstamo hipotecario; y c) para aquellos profesionales o autónomos que, para el desarrollo de su actividad empresarial, hipotequen su vivienda, siendo esta habitual.

¿Cuál es el ámbito de aplicación? El apartado 2 lo constituye a las viviendas incurso en procedimientos de desahucio o apremio instado por entidades financieras, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos, en los cuales resulte adjudicatario del remate una entidad financiera, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos, y todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa básica estatal.

¿Cuáles son los requisitos? El apartado 3 los establece:

- a.** Tener su residencia habitual y permanente en la vivienda objeto de ejecución hipotecaria o de apremio, siendo su única vivienda en propiedad y no poseer ningún miembro de la unidad familiar que conviva en la vivienda objeto de ejecución hipotecaria la titularidad de ninguna vivienda, salvo que se trate de la titularidad de una vivienda que esté afecta al mismo préstamo hipotecario y pueda ser igualmente ejecutada junto con la otra.
- b.** Tener la condición inicial de propietarios y deudores hipotecarios o avalistas o personas dadas de alta en la Seguridad Social como trabajadoras por cuenta propia o autónoma.

- c. El lanzamiento pueda generar una situación de emergencia o exclusión social.
- d. Cumplir los siguientes requisitos de carácter económico:
 - Que el procedimiento de ejecución hipotecaria o de apremio sea consecuencia del impago de un préstamo concedido para poder hacer efectivo el derecho a la vivienda por la persona.
 - Que las condiciones económicas de la persona hayan sufrido un importante menoscabo.
 - Que el conjunto de ingresos de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples.

El procedimiento de expropiación temporal del uso de la vivienda deberá ajustarse a la legislación de expropiación forzosa y, en su caso, a lo establecido por la legislación sectorial aplicable.

Mediante decreto del Consejo de Gobierno se declarará, previa información pública y motivadamente, el interés social y la necesidad de ocupación a efectos de expropiación forzosa temporal del uso de viviendas, que es delegable.

Se declara de urgente ocupación, a los efectos previstos en el artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, la expropiación prevista en esta Ley.

En el acta de ocupación se establecerá la forma en que la propiedad recuperará el uso de la vivienda una vez transcurrido el plazo de expropiación temporal del uso. En particular, se reconoce el derecho de reversión en caso de que las circunstancias de la persona beneficiaria se modificaran antes de transcurrir los tres años establecidos en el apartado 1, de manera que pueda ejercer el derecho a una vivienda digna y adecuada en términos análogos a los que posibilita la vivienda que fue objeto del procedimiento de ejecución hipotecaria.

La persona beneficiaria quedará obligada al pago a la Administración expropiante de una cantidad en concepto de contribución al pago de justiprecio, en cuantía no superior al 25% de los ingresos de la unidad familiar que conviva en la misma ni superior a la cuantía del justiprecio.

Cuando la persona beneficiaria haya incurrido en falsedad u ocultación de información en el cumplimiento de los requisitos contemplados en el apartado 3 o en la presentación de la documentación a que se refiere el apartado 11, perderá la condición de beneficiaria.

Para el inicio del procedimiento de expropiación forzosa, la persona interesada deberá aportar una documentación prevista en la siguiente disposición.

Las solicitudes se tramitarán según el orden riguroso de incoación, salvo que, en supuestos de especial vulnerabilidad o en el caso de que el lanzamiento sea inmi-

nente, se dicte resolución motivada, de la que quedará constancia, estableciendo una preferencia distinta.

La imposibilidad de llevar a cabo la ejecución de la ocupación de la vivienda por causas relacionadas con el procedimiento de desahucio o apremio, así como por otras causas no imputables a la Administración, no implica el reconocimiento de derecho alguno a la persona beneficiaria de la expropiación.

Lo establecido en esta disposición será de aplicación también a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria o apremio que se hubieran iniciado antes de la entrada en vigor de esta Ley, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento o se hubiese producido el lanzamiento después de la entrada en vigor del mismo pero la vivienda esté desocupada. Irretroactiva respecto de situaciones de hecho anteriores en donde no se ha producido aún el lanzamiento.

Todo qstos preceptos se encuentran actualmente suspendidos por el recurso de inconstitucionalidad impuesto por el Gobierno actual, hasta no se resuelva por el Tribunal Constitucional.

4.4.5. Otras medidas de menor calado

No obstante, hay algunas medidas que no han sido suspendidas y que actualmente están ya en vigor. Estas son:

a. Artículo 2, el cual modifica el artículo 10 de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo, la cual establece la obligatoriedad de comunicación al Ayuntamiento de:

- el carácter de viviendas protegidas a las promotoras públicas o privadas
- los cambios de titularidad a las compañías de gas, agua, electricidad y telefonía
- la comunicación de los cambios de titularidad a las entidades financieras y sus filiales, entidades de gestión de activos y de reestructuración bancaria en el plazo de un mes.

Asimismo, modifica el artículo 20, tipificando nuevas sanciones, entre ellas: a) no poner viviendas protegidas por parte de las entidades crediticias, personas físicas o jurídicas, a disposición de los Registros Públicos municipales; b) incumplir las personas adjudicatarias de viviendas protegidas de ponerlas en venta o puesta disposición de la vivienda que poseyeran con anterioridad; c) la obstaculización de la inspección, en lo relativo a información de la vivienda protegida adquirida y/o transmitida; d) no comunicar la adquisición de viviendas a la Consejería competente de viviendas, sea cual fuere el título.

Añade este artículo, por último, tres disposiciones adicionales en la modificada Ley: una relativa al plazo máximo de resolución del procedimiento sancionador en materia

de vivienda; otra relativa al deber de comunicación de las entidades financieras, sus filiales inmobiliarias y las entidades de gestión de activos relativa a viviendas protegidas; y otra relativa a la realización de funciones inspectoras en materia de vivienda.

b. El artículo 3 modifica la Ley 9/2001, de 12 de julio, por la que se establece el sentido del silencio administrativo y los plazos de determinados procedimientos como garantías procedimentales para los ciudadanos. Concretamente, en el anexo I de la mentada Ley, la cual, para el procedimiento sancionador en materia de inspección, se remite a la Ley 13/2005; para el procedimiento contradictorio en la declaración de vivienda desocupada, se remite a la Ley 1/2010; y para el procedimiento sancionador en materia de vivienda, se remite también a la anterior ley.

c. El artículo 4 modifica la Ley 8/1997, de 23 de diciembre, *por la que se aprueban medidas en materia tributaria, presupuestaria, de empresas de la Junta de Andalucía y otras entidades, de recaudación, de contratación, de función pública y de fianza de arrendamientos y suministros*. En esencia, constituye un sistema de depósito de fianzas en los contratos de arrendamiento para uso de vivienda y para uso distinto de vivienda; asimismo, se deberá constituir para la prestación de suministros de agua, gas y electricidad. Los obligados a prestar dichas fianzas serán los arrendadores y los suministradores.

d. El artículo 5 modifica la Ley 17/1999, de 28 de diciembre, *por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas*. En esencia, modifica los objetivos de la Empresa Pública de Suelo de Andalucía.

e. La disposición adicional segunda, en lo relativo al desahucio por impago de alquiler, establece un plan futuro, según disponibilidad presupuestaria. En el próximo Plan de Vivienda y Rehabilitación se establecerán aquellas medidas o programas tendentes a dar una respuesta habitacional adecuada a las circunstancias económicas de aquellas personas desalojadas de sus viviendas como consecuencia de procedimientos de desahucio por impago de la renta de alquiler, en los supuestos en que dicho impago sea consecuencia de una situación de disminución de la capacidad económica y se encuentren en circunstancias de emergencia social. No se tendrá en cuenta el hecho de que las personas se encuentren incluidas en el Registro de sentencias de impagos de rentas de alquiler establecido por la legislación estatal en la Ley 4/2013, de 4 de junio, *de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas*, accesible públicamente a los que quieran suscribir una hipoteca, sean personas físicas o jurídicas.

En cuanto a disposiciones transitorias y finales, también en vigor, se traspasarán competencias desde la Consejería competente en materia de hacienda, a la Consejería en materia de vivienda, en las que sean necesarias, o a su entidad instrumental; establece la continuidad de los procedimientos abiertos al amparo del Decreto-Ley 6/2012, predecesor de esta Ley; y la derogación implícita del Decreto-Ley 6/2012. Respecto de las finales, se establece un cambio de denominación de la Empresa Pública de Suelo de Andalucía a Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía; el desarrollo reglamentario establecido por los artículos 44 y 45 de la Ley 1/2010 deberá hacerse en el plazo de un mes; el desarrollo reglamentario de la Ley 4/2013 se hará conforme al EAA y la Ley 6/2006; los plazos de no habitación del artículo 25

se computan desde la entrada en vigor de la Ley; y la relativa a la entrada en vigor el mismo día de su publicación en el BOJA (8 de octubre de 2013).

4.5. El recurso de inconstitucionalidad. Crítica a los argumentos del abogado del Estado

Por providencia de 14 de enero de 2014, se admitió Recurso de Inconstitucionalidad contra la Ley 4/2013, *de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda*, andaluza, que fue promovida por el presidente del Gobierno al amparo del artículo 161.2 de la CE, que dispone: “El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses”; y en relación con el artículo 30 de la LOTC, se suspende la aplicación de la norma objeto de recurso: “La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de Ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo 161.2 de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas” (Recurso nº 7357-2013).

Los artículos contra los que se promueve el Recurso son el artículo 1, por el que se da nueva redacción a los artículos 25 y 56.1.a) de la Ley 1/2010, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía, y disposición adicional primera. Debido a los efectos de dicho precepto constitucional, se suspende la aplicación de dichos artículos hasta resolución posterior. Anticipamos que tras el recentísimo Auto de 8 de abril de 2014, que vamos a analizar, el TC, de forma motivada, decide mantener la suspensión de la vigencia de dichos artículos.

4.5.1. Fundamentos esgrimidos por el abogado del Estado para motivar su inconstitucionalidad

Su pilar fundamental se sienta en tres motivos principales, mediante los cuales el abogado del Estado pretende que el TC declare, en resolución de fondo, inconstitucional los preceptos contenidos en el artículo 1 y la disposición adicional primera de la Ley 4/2013, para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda. Los fundamentos son:

- Inconstitucionalidad de los preceptos impugnados por la infracción de la competencia estatal prevista en el artículo 149.1.13^a.
- Motivos adicionales de inconstitucionalidad del artículo 1.3, en relación con el 25 y 53.1.a).

- Motivo adicional de inconstitucionalidad referido a la disposición adicional primera.

4.5.2. En concreto, primer motivo de inconstitucionalidad

El abogado del Estado plantea la inconstitucionalidad de todos los preceptos impugnados mediante la invasión competencial exclusiva del Estado en materia de “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”. Uno de los primeros argumentos de defensa se centra en mencionar la STC de la reforma agraria (STC 37/1987), en la cual el TC dijo que: “Ninguna de estas normas [...] alcanza a desplegar una eficacia incisiva en la política económica general del Estado o en los elementos básicos de la misma, que es lo que se trata de preservar con la reserva o límite competencial del artículo 18.1 EAA, en conexión con el artículo 149.1.13ª”.

Se menciona también otra doctrina constitucional (STC 18/2011), de donde se deduce que todas las medidas autonómicas que puedan plantear invasión competencial en este sentido deben ser analizadas, reconociéndose plena prevalencia al Estado en esta materia. Se menciona otra (STC 235/1999), trascendente en lo relativo a la proyección de esta competencia en el foco de la entidad crediticia.

En síntesis, se fundamenta la inconstitucionalidad de los preceptos por invasión de la competencia reservada al Estado en el artículo 149.1.13ª, por inmiscuirse en materia económica, la cual tiene especial incidencia cuando se trata en el mercado financiero; además de un informe del SAREB, aportando una incidencia en las entidades financieras, y que puede “desestabilizar” el mercado financiero.

A nuestro juicio, parece que el abogado del Estado pretende desnaturalizar, mediante motivos puramente económicos, lo que es el ejercicio de un derecho que, aun no amparable ante el TC ni ante los tribunales ordinarios, no olvidemos que obliga a los poderes públicos a hacer efectivo su ejercicio, tal y como dispone el artículo 47 CE: “[...] los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”. El Estado no sólo no ha tomado las medidas suficientes para asegurar el cumplimiento de este precepto constitucional, sino que ha comercializado completamente el ejercicio de un derecho haciendo que este sea valorado con simples criterios económicos. En este sentido, proponemos una interpretación teleológica de la función social de la propiedad privada de la vivienda, es decir, qué se pretende conseguir con ello: que todas las familias tengan, al menos en estos tiempos turbulentos, una vivienda en la que poder cobijarse, y no por mera arbitrariedad, sino por necesidad.

Además, el Estado entraría en contradicción, en el sentido de que, entonces, el artículo 1.1 de la Ley 1/2013, previendo la suspensión de los lanzamientos, usando estos criterios también sería inconstitucional; sin embargo, a ningún parlamentario se le ha pasado por la cabeza, quizás por la exigencia de una regulación de mínimos incentivada por la ILP de la PAH.

Por otro lado, la CA prevé una actividad de policía que en ningún momento vulnera los principios básicos del derecho administrativo sancionador (Título IX de la Ley 30/1992). Además, hablamos de función social, no de función económica de la vivienda, por lo que estimamos que este motivo no debería prosperar; no obstante, deberá ser valorado a criterios del TC.

4.5.3. Motivos adicionales para el artículo 1.3, en relación con el 25 y el 53.1.a) de la Ley 4/2013, en relación con la Ley 1/2010

Se fundamenta en varios motivos, los cuales son:

- 1.** Contenido esencial del derecho de propiedad. Señala el abogado del Estado que la función social que delimita la propiedad privada es un “máximo de máximos”, un “límite de límites”, y que debe estar al margen del legislador. El abogado del Estado concluye, mencionado una doctrina confusa en relación con “al margen del legislador”: “por tanto, la limitación de la propiedad privada en atención a su función social, nunca puede anular el necesario espacio de utilidad privada del derecho que permita reconocer socialmente la propiedad como privada. Si ese espacio no se reconociera y cediera el derecho a favor de su función social, desaparecería la propiedad privada para convertirse en propiedad pública, contraviniendo el contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad, ex artículo 33 CE”.
- 2.** Competencias estatales vulneradas. De nuevo, el abogado del Estado recurre a la STC 37/1987, señalando su FJ 9, donde el TC sienta: “Al Estado corresponde ciertamente establecer la regulación del contenido básico y primario del derecho de propiedad, en la medida en que afecte a las condiciones básicas para su ejercicio [...] el mínimo común denominador de esta legislación pertenece al Estado”. También alega vulneración del artículo 149.1.8ª, basándose en que la CA no puede regular la función social de la vivienda porque pertenece en competencia exclusiva relativa a la legislación civil.
- 3.** Dictamen del Consejo de Estado. Estos politizados señores señalan que las medidas autonómicas no sólo invaden competencias, sino que vulneran los artículos 14, 25 y 149.1.18ª de la CE, de lo que viene a concluirse, en definitiva, que al inmiscuirse en supuesta competencia de la legislación administrativa, se vulnera el principio de tipicidad del artículo 25.1 de la CE, incurriéndose en una vulneración del principio de igualdad ante la ley del artículo 14 CE, posiblemente porque en otras autonomías no se incurre en estas infracciones.

Sería absurdo entrar a criticar la invasión competencial del Estado tras exponer el siguiente fundamento de Derecho expuesto en la STC 37/1987, tan mencionada por el abogado del Estado: “si la Comunidad Autónoma andaluza es titular de una competencia específica, dicha competencia incluye la posibilidad de

legislar asimismo sobre la propiedad y su función social, dentro del territorio de Andalucía. De todo lo cual se desprende que la Ley [...] impugnada no ha invadido las competencias exclusivas que al Estado reserva el artículo 149.1.8ª de la Constitución”. Podemos entender esta aplicación extensible, interpretando de las palabras del TC que la legislación autonómica en una competencia específica exclusiva incluye la posibilidad de legislar asimismo sobre la propiedad y su función social, dentro de su territorio.

En lo relativo a lo dispuesto sobre las competencias sancionadoras de las autonomías, aunque se afirme en la STC 37/2002 que “la potestad sancionadora no constituye un título competencial de las autonomías”, en la STC 254/2004 se afirma que “las competencias sancionadoras se incardinan en la materia sustantiva que le es propia”, o lo que es lo mismo, la competencia sancionadora va incluida en la competencia en la materia que se trate, por lo que si la competencia en vivienda se atribuye a la CA de Andalucía, dicha comunidad autónoma es competente para legislar en materia sancionadora de vivienda.

4.5.4. Motivo adicional para la Disposición Adicional Primera

Entiende el abogado del Estado que es una medida arbitraria, ya que se ataca a las entidades crediticias únicamente, en los procedimientos incursos de ejecución hipotecaria. Por tanto, considera que se va en contra del principio de proporcionalidad, entendiéndolo que es una medida claramente desproporcionada. De nuevo, alega invasión competencial en el sentido de que: “por invadir la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil infringiendo la regulación estatal a este respecto y vulnerando igualmente la referente a las condiciones básicas en que los ciudadanos para ejercer sus derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos”.

Nos remitimos al fundamento anterior, que señala la STC 37/1987: “la Ley [...] impugnada no ha invadido las competencias exclusivas que al Estado reserva el artículo 149.1.8ª de la Constitución”. Si la Ley pretende regular la función social de la propiedad privada de la vivienda, y el TC reconoce la posibilidad de la regulación de la misma por la atribución competencial, no puede considerarse vulnerada esa competencia, mientras se ejerza dentro de su territorio.

Artículo 40.1 de la CE: “Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica.

De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”. No es desproporcionado, es distribución equitativa de la renta.

4.6. La definitiva suspensión. Argumentos del Tribunal Constitucional

Por aplicación del artículo 161.2 de la CE, en relación con el artículo 30 LOTC, por auto motivado, el TC decidió usando los mismos preceptos del Auto de 10 de marzo de 2014, por el cual también se mantuvo la suspensión de la Ley de vivienda de Navarra. Los argumentos esgrimidos por el TC para motivar la suspensión son expuestos a continuación.

4.6.1. El abogado del Estado debe desmontar la presunción de constitucionalidad

El TC explica que la suspensión cautelar de las normas recurridas tiene un marcado carácter excepcional, decisión que debe tomarse al margen de la decisión de fondo y valorar precepto por precepto la imposible y difícil reparación del daño que puede ocasionar. Por remisión al Auto del TC 298/2013, añade que: “el mantenimiento de la suspensión requiere que el Gobierno, a quien se debe la iniciativa, no sólo invoque la existencia de aquellos perjuicios, sino que es igualmente necesario demostrar o, al menos, razonar consistentemente su procedencia y la imposible y difícil reparación de los mismos, ya que debe partirse en principio de la existencia de una presunción de constitucionalidad a favor de las normas o actos objeto de conflicto”.

4.6.2. Interés público de la credibilidad financiera al exterior de España

Respecto a los perjuicios alegados por el abogado del Estado para evitar el levantamiento de la suspensión, en primer lugar, y respecto de la alteración del sistema financiero: “dichas actividades, que según los informes reseñados pueden sufrir un importante impacto derivado de las medidas autonómicas cuya suspensión ahora consideramos, tienen conexión estrecha con el cumplimiento por España de sus compromisos internacionales en materia de ayudas de Estado, lo que resulta relevante en esta sede a la luz de la doctrina afirmada en el ATC 108/2011, de 5 de julio, donde entendimos que la credibilidad de España en una situación económica de desconfianza como la presente constituía un interés público que justificaba el mantenimiento de la suspensión de una ley autonómica” (FJ 5 del Auto de 10 de marzo de 2014). Asimismo, se remite al mismo auto, justificando el mantenimiento de la suspensión de la siguiente forma: “tales preceptos inciden en el sistema financiero en su conjunto, generando, en una situación como la presente excepcional desconfianza en el sistema crediticio globalmente considerado, un menoscabo para el interés público que supone la estabilidad de dicho sistema y, en la medida que pueda poner en riesgo la reestructuración bancaria apoyada con dinero público en virtud de un régimen especial de ayudas de Estado se desarrolle en los términos autorizados,

da lugar a una afectación igualmente cierta para el cumplimiento por España de sus compromisos internacionales, intereses prevalentes en la cuestión examinada y claramente distintos de los perjuicios reparables que pudieran sufrir las entidades de crédito, singularmente consideradas” (FJ 7 del Auto de 10 de marzo de 2014).

La doctrina en relación a la declaración de interés público se sentó en el Auto 10 de marzo de 2014, en el FJ 4, en el cual se expuso que los criterios de ponderación del interés general o particular, frente a los perjuicios o daños de difícil o imposible reparación, por doctrina constitucional, son los siguientes: “a) El buen funcionamiento y estabilidad del sistema financiero es un interés general y público; b) Procede distinguir los perjuicios sufridos por las entidades de crédito de los que inciden en el buen funcionamiento y estabilidad del sistema financiero o, dicho de otro modo también usado en nuestra doctrina, en el conjunto del sistema crediticio nacional, pues éstos constituyen, como resaltamos antes, intereses generales o públicos; c) Hay riesgo cierto para ese interés general cuando la previsión autonómica pudiera impedir el despliegue de las medidas necesarias en relación con la garantía y el buen funcionamiento y estabilidad del sistema financiero [...], lo que puede ser una inclinación a favor del mantenimiento de la suspensión; d) En la apreciación de la certeza de ese riesgo ha de valorarse si los perjuicios alegados venían o no respaldados en datos o análisis de organismos especializados por razón de la materia e independientes de las partes; y e) La ponderación exige sopesar los perjuicios asociados al levantamiento con los ligados al mantenimiento de la suspensión, donde uno de los elementos decisivos para levantar la suspensión puede ser que el mantenimiento supondría un quebranto en el sistema financiero en función del interés general [...]”.

4.6.3. Certeza y validez de los informes de las instituciones

Respecto de la falta de validez de los informes aportados por el abogado del Estado, e indicado por las letradas de la Junta y del Parlamento de Andalucía, se remite de nuevo al Auto de 10 de marzo de 2014, reseñando que: “hemos de atender de un modo principal a los juicios de las instituciones especializadas en la materia e independientes de las partes, siempre claro está que no sean desvirtuados por otros datos o análisis aportados por quienes pretendan el levantamiento de la suspensión” (FJ 4 del Auto de 10 de marzo de 2014).

4.6.4. No hay perjuicio a las 144 familias

Respecto de los perjuicios asociados a las familias por la suspensión de la Ley 4/2013, y que ya han abierto un expediente, dice el TC: “resultan notablemente reducidos [los perjuicios] porque el Estado también ha dispuesto normas que atienden a esos intereses”, que “con su existencia disminuyen el menoscabo que para los intereses invocados por las partes que pretenden el levantamiento trae consigo el mantenimiento de la suspensión” (FJ 9 del Auto de 10 de marzo de 2014).

4.6.5. Mantiene la suspensión

El TC concluye mantener la suspensión de la Ley 4/2013 con estas palabras: “los razonamientos expuestos permiten concluir que en la ponderación de los intereses en presencia, y subrayando la especial relevancia de la medida política económica general de estabilidad del sistema financiero, que tiene un indudable interés público prevalente, y la proyección de esta materia en el contexto internacional, apreciamos que debe mantenerse la suspensión de los preceptos impugnados, sin que la medida adoptada implique, en este caso concreto, un relevante menoscabo del resto de los intereses en presencia” (FJ 10 de Auto de 10 de marzo de 2014).

V. Propuestas y soluciones

5.1. Marco general

Aunque hayan pasado más de veinte años desde la primera y casi diez desde el segundo, tanto la Observación General de nº 4 de la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos como el Informe que el Relator Especial, invitado por el propio Gobierno español entre los días 20 de diciembre y 1 de diciembre de 2006, emitió para la Comisión de Derechos Humanos de la citada Organización Internacional, siguen siendo desgraciadamente, al día de hoy, tan incontrovertibles como perentorios.

Ambos instrumentos jurídico-internacionales, en los cuales también se alude a la información emitida con motivo del Año Internacional de la Vivienda para las personas sin hogar (1987), y a la ambiciosa Estrategia Mundial para la Vivienda hasta el año 2000, aprobada esta última por Resolución 42/191 de la Asamblea General de la ONU (1987), manifiestan notoriamente la capital importancia del artículo 11, párrafo 1º, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –aprobado en 1966, y en vigor diez años después, el celeberrimo PIDESCU–, que junto con otros preceptos como el artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el número 5, párrafo e), apartado III de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial; el artículo 14, párrafo 2) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, o la aprobada sobre los Derechos del Niño (artículo 27, párrafo 3), establecen todo un sistema jurídico internacional homogéneo y de referencia. Se afirma en la Observación General citada ut supra, referida a los problemas denunciados, que suelen ser especialmente graves en los países en vías de desarrollo, pues han de enfrentarse de manera adicional a limitaciones graves de recursos y de otra índole, a la par que subsisten carencias e idoneidad en materia habitacional en los países más ricos.

En el artículo 11, párrafo 1º (PIDESCU), los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona a un nivel adecuado para sí y para su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”, manifestando así aquellos la aplicabilidad universal del derecho, debiendo ser interpretado el concepto “familia” en sentido lato y, concurriendo aquel precepto con el artículo 2.2 del mismo Pacto, donde se proscribe que el disfrute a una vivienda digna y adecuada haya de estar supeditado a cualquier tipo de discriminación. Este derecho debe ser considerado, por encima de todo, como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte, ya que está asentado sobre otros derechos humanos e íntimamente relacionado con los principios vertebradores que sirven de premisa al Pacto. Así mismo, el concepto de vivienda adecuada debe remitirnos al que ha acuñado la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia hasta el año 2000 en el párrafo 5, al advertir que “el concepto de vivienda adecuada significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”. Recordemos que aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, no hemos de olvidar tampoco que podemos identificar aspectos universales válidos para cualquier contexto, entre los que podemos citar:

- a.** Seguridad jurídica de la tenencia, independientemente de la forma que revista. Las personas deben gozar de cierto grado de seguridad en la posesión, garantizándoseles protección jurídica contra el desahucio, el hostigamiento o cualquier otra amenaza.
- b.** Disponibilidad de servicios e infraestructuras idóneos, así como facilidad de acceso a los materiales para construirlos.
- c.** Gastos soportables, no debiendo superar el nivel que pueda comprometer el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas.
- d.** Habitabilidad, con un espacio adecuado para sus ocupantes, protegiéndoles de los agentes atmosféricos, de posibles riesgos estructurales y de vectores de enfermedad.
- e.** Asequibilidad para las personas y grupos que se encuentren en situación de desventaja, concediéndoles un acceso pleno y sostenible a los recursos necesarios para optar a una vivienda en igualdad de condiciones.
- f.** Accesibilidad, o ubicación estratégica, es decir, un lugar conveniente y cercano al empleo, los servicios públicos esenciales, servicios sociales necesarios, etc.
- g.** Adecuación cultural al entorno del habitante y de los grupos sociales en los que se inserta.

Paralelamente, los Estados Partes deberán priorizar a los grupos sociales desfavorecidos (mujeres solas, con o sin hijos a cargo, discapacitados, personas mayo-

res, colectivos étnicos marginados, personas “sin techo”, etc.), prestándoles una atención especial y reforzada, valiéndose de políticas y legislación acordes a su situación, no debiendo destinarse por tanto a otros grupos sociales ya aventajados. Las obligaciones jurídicas dimanantes del PIDESCU deben continuar aplicándose y con mayor razón en épocas de contracción económica. En España, nuestro marco jurídico vendrá determinado por la Constitución Española de 1978, y más concretamente por el artículo 10.2, el relativo a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, el artículo 14, que consagra la igualdad de todos los españoles ante la Ley, el artículo 33.2, atinente a la función social de la propiedad, y el artículo 47, sobre el derecho a una vivienda digna y adecuada, en relación con el artículo 45, relativo al derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado. El eje formado por todos ellos ha de servir para adoptar una Estrategia Nacional de la Vivienda, tal como recomienda la Estrategia Mundial en su párrafo 32, que ayude a lograr la plena realización del derecho que nos ocupa y que aceptará ligeras variaciones de un Estado Parte a otro. En clave nacional convendría, asimismo, adoptar medidas de coordinación entre las diferentes Administraciones competentes en cada caso. Además sería muy fructífero fiscalizar de forma periódica la situación social de cada momento, a la par que la de los grupos desfavorecidos, y no debiendo descartarse a priori la deseable colaboración de los agentes privados, puesto que se ha demostrado, desgraciadamente, en la mayoría de los casos estudiados, la incapacidad de los Gobiernos de satisfacer plenamente los déficits en materia de vivienda únicamente con su aportación, aunque esta haya de ser predominante. Si bien es verdad que nuestra Carta Magna consagra el derecho a una vivienda, y a la función social que le ha de acompañar, los organismos internacionales mencionados aconsejan una concreción jurídica más precisa y fortalecedora de ese derecho inalienable, pudiendo revestir la siguiente naturaleza formal:

- a. Apelaciones jurídicas que eviten, vía mandato judicial, desahucios programados.
- b. Si aquellos fueren ilegales, deberían preverse procedimientos jurídicos indemnizatorios.
- c. Posibilidad de reclamaciones contra las acciones ilegales que efectúen los propietarios (tanto públicos como privados), referidas a los costes de los alquileres, el mantenimiento de la vivienda y otras discriminaciones posibles.
- d. Denuncias en la asignación y disponibilidad real de acceso a la vivienda. Una vez analizado esto, procedemos a estudiar una serie de propuestas que reduzcan e impidan, en la medida de lo posible, los desahucios.

5.2. Propuestas que reduzcan e impidan los desahucios

Coincidimos plenamente con las recomendaciones que efectúa el Relator Especial de Naciones Unidas, en el sentido de promover la vivienda pública en régimen de alquiler (en cantidad suficiente y asequibilidad de precio para la gran mayoría

de capas sociales, revirtiendo así la forma de tenencia dominante en España). A continuación, conviene reflexionar sobre las políticas económicas y sociales, algunas de las cuales, como la Ley de la Liberalización del Suelo (1998), han coadyuvado a erigir un concreto modelo productivo dañino para gran parte de la sociedad. El enfoque jurídico no deberá perder de vista el encaje constitucional ni los diversos instrumentos jurídico-internacionales que España ha ratificado, obligándose a su transposición en nuestro ordenamiento jurídico. El corolario será el empoderamiento de la vivienda como derecho humano básico, sin el cual, difícilmente podrán desplegarse en su totalidad el resto de derechos que conforman y dan sentido a la dignidad e integridad moral del individuo, incardinando, para ello, en los Planes Integrales de Vivienda, políticas económicas y sociales ajustadas a los derechos humanos, debiendo valorar estos, especialmente, los datos desglosados referidos a la idoneidad y adecuación residencial atendiendo a sus receptores “naturales” o más apropiados, como son los colectivos más desfavorecidos y vulnerables, sirviendo todo este soporte estadístico de sostén para elaborar y aprobar los citados Planes.

Los efectos perniciosos del modelo tan extendido de tenencia en propiedad han generado inalcanzabilidad económica para los grupos sociales con menos o nulos recursos, marginándolos de paso, así como la aparición de una especulación incontrolada y perversa, cuyas facetas más indeseadas pueden derivar en corrupción e insostenibilidad medioambiental, sobre todo en el castigado litoral español. Igualmente hemos de señalar que las disfunciones del mercado bancario e inmobiliario, especulando vil e irresponsablemente sobre bienes de primera necesidad, no obstante estar consagrados como derechos fundamentales en nuestra Norma Suprema, serían motivos más que suficientes para vernos obligados a efectuar una regulación adecuada de los sectores financiero e inmobiliario, principalmente, para salvaguardar los derechos invocados. Utilizando un criterio teleológico, la actuación normativa integral debe sopesar la conveniencia de suprimir las deducciones o exenciones fiscales que erradicarían otro factor coadyuvante al inflado de la “burbuja financiera e inmobiliaria”, disuadiendo así el modelo, casi exclusivo, de tenencia en propiedad de viviendas. De manera paralela, debería promoverse el alquiler o arrendamiento preferentemente público, aunque sin descartar al sector privado, dirigido a los segmentos poblacionales con ingresos económicos más bajos e insuficientes para adquirir su residencia, acompañado de políticas crediticias concretas e idóneas.

Otra propuesta que minimizaría la problemática que nos ocupa sería reforzar, si no crear, una política sancionadora y criminal adecuada que combatiera y persiguiese prácticas reprochables y deleznable como son el *mobbing* (acoso inmobiliario), la corrupción urbanística y ordenadora del territorio (principalmente pública) o la discriminación inmobiliaria que se cifra en la dificultad, cuando no imposibilidad, de acceso a una vivienda digna, y sobre todo, el enjuiciamiento rápido y eficaz de las personas responsables de tales delitos y/o faltas para aplicar más contundentemente la legislación en vigor. Sería aconsejable la creación de una Comisión Nacional de Derechos Humanos, basándose en los Principios de París (1993), con recursos suficientes, total independencia y blindaje o reforzamiento de la totalidad de sus actuaciones. En igualdad de condiciones debe fortalecerse la Oficina del Defensor del Pueblo (vinculación de sus informes, la prohibición de injerencia de otros órganos o Poderes del Estado, recursos adecuados para su labor, etc.), con

posibilidad denunciadora y reparadora en el ámbito de la vivienda. La perentoriedad para poder invocar ante la jurisdicción pertinente el derecho a una vivienda consagrado en la Constitución Española y en múltiples instrumentos de Derecho internacional ratificados por España urge al Estado español para que lo garantice; no siendo deseable la idea de reubicar el artículo 47 de la Carta Magna española, el relativo al derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en la Sección 1ª del Capítulo II del Título Primero, otorgándole con ello una mejor y mayor protección constitucional por mor del artículo 53.2 de la citada *ut supra*.

Otra propuesta conveniente consistiría en incentivar el acceso a la vivienda, en condiciones aceptables, a los colectivos más desfavorecidos; incentivos que deberían impulsar las Administraciones, en cuyas manos deposita la Constitución de 1978 el mandato para satisfacer el derecho prescrito en nuestro “precepto de cabecera” y la función social que subyace en su antecedente del artículo 33.2 CE. Las fórmulas para poder acceder a la vivienda con facilidad relativa pasan por la creación de un gran parque de vivienda pública en alquiler a precios de mercado razonables y asequibles para amplias capas de la población, y en casos excepcionales, incluso, a precio gratuito aunque limitado a un horizonte temporal determinado; el acopio primordial con el que aumentar el citado parque podrá engrosarse a través de multitud de canales y de procedencia diferenciada en la titularidad, debiendo nutrirse, en gran parte, con el excesivo número de viviendas vacías existente en España: alrededor de 3,5 millones; continúan recalando en el modelo de viviendas de autoconstrucción que tan buena acogida y resultados ha dado en la Comunidad Autónoma andaluza, consistiendo, básicamente, en que el capital que deba aportar el futuro residente para la adquisición o para el uso y disfrute del espacio habitacional, o gran parte de aquel, pueda ser amortizado vía fuerza de trabajo propia y, paralelamente, el aprendizaje y perfeccionamiento de un oficio pueda ser acreditados para una futura inserción socio-laboral. En el camino que estamos trazando vislumbramos la posibilidad de la construcción y/o rehabilitación, con carácter urgente, ante el volumen y la intensidad de la emergencia habitacional que vivimos en nuestro país, de albergues u otros alojamientos alternativos, con unos estándares de calidad y dignidad equiparables al resto de países de nuestro entorno, con la finalidad de acoger, lo antes posible, a personas que por diferentes avatares se han visto obligadas a abandonar sus hogares, o incluso nunca los han tenido, desde mujeres víctimas de la violencia de género, a la par que sus hijos con los que convivieren, víctimas también de la misma, así como personas desahuciadas de sus casas, etc. Hemos de elaborar un concepto científico de “persona sin hogar”, remontándonos a estadísticas genuinas y fiables, para confeccionar, seguidamente, Planes Adecuados que puedan satisfacer los intereses de aquellas personas potencialmente encuadrables en ese concepto evaluable y, por ende, mensurable, paliando el gravísimo problema que a veces acarrea (toxicomanías, psicopatologías, mendicidad, marginalidad, en suma). Esos Planes Adecuados constarán de medidas para perseguir la igualdad de oportunidades en el acceso a la vivienda, debiendo crearse instrumentos que midan su eficacia, así como su grabación en forma de bases de datos estadísticas para generar registros de potenciales beneficiarios de viviendas en alquiler social (con sus requisitos y límites previamente establecidos), así como la cantidad aproximada de viviendas necesarias para encarar esa demanda.

5.3. Medidas específicas al entorno nacional

Suscribiendo la totalidad del análisis y posterior diagnóstico que el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos emitió hace ya casi ocho años, aunque de inquietante actualidad, en su Informe, hemos de subrayar la naturaleza de lege ferenda de sus propuestas, como no podía ser de otro modo en el contexto de su actuación, no siendo ello óbice para que nosotros exijamos un corpus normativo con mejores perspectivas de prosperar, llegada la ocasión, ante la jurisdicción pertinente, y podamos invocar el derecho a una vivienda digna y adecuada atendiendo a una naturaleza de *lex lata*. Para ello, dando unas vueltas de tuerca a lo propuesto por el Relator Especial, y recurriendo a la inestimable ayuda de quienes han sido en estos últimos años protagonistas (a su pesar) de todo un movimiento ciudadano exigente a ultranza del derecho prescrito en el artículo 47 de la Constitución Española. Nos referimos a la Plataforma de Afectados por la Hipoteca y al mandato que obtuvieron con más de 1,4 millones de firmas para presentar una Iniciativa Legislativa Popular.

En resumen, interesamos que debería modificarse, lo antes posible, el artículo 1.1 de la Ley 1/2013, en lo referente al período de suspensión efectivo, que debe empezar a computar desde el efectivo lanzamiento hipotecario y no desde la entrada en vigor de la Ley (reduciendo considerablemente el número de potenciales beneficiarios). Seguidamente, exigimos una moratoria en los desahucios con fecha tope: un año más, revisable, en función del análisis de la situación macroeconómica nacional, o incluso (la que fuese posterior en el tiempo), en la que tuviese lugar el fallo del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad o no de los artículos recurridos de la Ley andaluza que, a juicio de gran parte de la doctrina, son perfectamente constitucionales y conforman la referencia legislativa para garantizar aquella y el ansiado artículo 47 de la Constitución. Paralelamente, los sujetos beneficiarios deben ver relajados sus requisitos –de cumplirlos, casi estarían en la más completa indigencia–, adaptándolos y flexibilizándolos *ad personam*. Una tercera exigencia ineludible, de la que tampoco se ha hecho eco la Ley estatal 1/2013, con el ilustrativo antetítulo de “protectora del deudor hipotecario”, y que al no tener carácter obligatorio para el Gobierno central ni para las entidades de crédito deja de ser exigible, sería la creación de un alquiler social de viviendas vacías que se ha de nutrir del parque de viviendas previamente creado, y donde los principales aportantes, como son las entidades crediticias, no tienen por qué perder la titularidad de las residencias que incorporan al fondo, aunque podría exigirse por los cauces legalmente previstos y con un respeto pulcro a la legalidad vigente la cesión en el dominio en casos muy tasados.

Otra medida que incentive el engrosamiento del número de viviendas ha de venir por la puesta en marcha de un Plan de Inspección que fiscalice eficazmente la titularidad, y el uso real por su titular, de las Viviendas de Protección Oficial, comprobando si, previamente a ser descalificadas y que quede expedito su camino al mercado libre, son sus legítimos adjudicatarios, o bien unos terceros o incluso unos arrendatarios, los que se encuentran usando la VPO; si no fuere así, la re-

versión a la titularidad pública es incuestionable, atendiendo a la deslegitimación de la que el primer adjudicatario se haya hecho acreedor y no siendo descartable la petición de indemnización por daños y perjuicios. Esta bolsa de VPO “recuperadas” podría desembocar, por tipología residencial, ubicación y coste, en el Fondo o Parque Social de Viviendas, y podría sumarse con el que ha creado ex profeso la SAREB; empero, el mayor número de las viviendas deberá provenir del ingente stock residencial del que son titulares los bancos y las cajas de ahorro. Asimismo, utilizando la herramienta normativa como palanca de desarrollo para los cambios sociales, el legislador debe dar una redacción más equilibrada entre los intereses de arrendadores e inquilinos, sustancialmente en precios de mercado más acordes a la situación actual y a los plazos de uso y disfrute, por lo que convendría retocar la Ley Arrendamientos Urbanos vigente.

Aconsejamos impulsar un exhaustivo Plan de Remoción para viviendas antiguas, principalmente en los centros de las grandes ciudades, consiguiendo con ello la revalorización de las mismas y su potencialidad para ser puestas en arrendamiento; ni que decir tiene que ese Plan debe ir acompañado de una política de subvenciones, parciales o totales, para sufragar las obras de acondicionamiento y mejora y subsidiando parte de los intereses de préstamos, en su caso.

Otra medida insoslayable ha de ser la dación en pago para deudores de buena fe en los casos que se prevean legalmente. Un primer paso ha de ser dado por la propia entidad financiera, efectuando una quita que deberá ser proporcional al incremento anual desmesurado que la vivienda media ha sufrido, al menos, desde la Ley del Suelo (1998), claramente muy superior a los incrementos experimentados por el IPC, el IPREM o el SMI durante todo este período. Un segundo paso sería proponer a las entidades prestamistas la urgente necesidad de reestructurar la deuda hipotecaria pendiente, alargándola en el tiempo y reduciendo con ello el importe de las cuotas resultantes, pudiendo incluir una carencia variable en función del capital pendiente adeudado o de las objetivas causas sobrevenidas del prestatario; asimismo, los intereses indemnizatorios no debieran suponer más del interés legal del dinero (4% en la actualidad) más 2 puntos porcentuales adicionales, con lo que se actuaría de una forma más justa y cercana a países de nuestro entorno, como algún sector de la doctrina ha puesto de relieve. El colofón y último paso de esta medida, en su caso, sería la posibilidad de entrega de la vivienda como pago de la deuda hipotecaria pendiente, extinguiéndola en su totalidad. Entendemos ineludible la ampliación del número de entidades financieras que se relacionan en el anexo del RDL 6//2012, de 14 de mayo, en su apartado 3: el denominado Código de Buenas Prácticas Bancarias. Sería recomendable la inclusión de todas aquellas en esta nómina, y no sólo de manera voluntaria, al menos temporalmente hasta que la situación que nos asola tenga visos sólidos de solución; se trataría de un gesto de solidaridad y corresponsabilidad por parte de las entidades crediticias, sostenidas muchas de ellas con dinero público para su continuidad.

Añadamos una medida más en forma de creación de una institución de crédito pública ex artículo 128.2 de la Constitución Española que financie el acceso, en condiciones asequibles y dignas, al derecho fundamental a la vivienda, consagrado en nuestro sempiterno artículo 47. Para todo aquel que a través de los canales convenciona-

les del crédito bancario esté vetado o le propongan condiciones inasumibles, este instrumento crediticio público viene a colmar sus necesidades insatisfechas en este sentido. Caben más medidas, como el establecimiento de una renta mínima personal que atienda a los gastos básicos que se derivan de la compra de bienes de primera necesidad para cualquier ciudadano, español y mayor de edad, incardinándola en los preceptos constitucionales 31.3, 35, 39.1, .2 y .4, 40.1, 41, 47, incluido 2º, 49 y 50 *in fine* (Constitución Española de 1978). Y una última medida propuesta, que podría figurar como corolario de todas las medidas correctoras del mercado inmobiliario que no satisfacen el derecho fundamental a una vivienda digna y adecuada, debe ser el establecimiento de una institución jurídica de expropiación de uso en todo el territorio nacional, evitando así la inseguridad jurídica para las entidades financieras que suponen las diversas formas de proceder de cada comunidad autónoma, como consecuencia de haber unificado los criterios de la expropiación forzosa en cada caso.

VI. Bibliografía

Agir pour les DESC: *Programa de exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.*

ALÁEZ CORRAL, Benito: *El derecho a una vivienda digna en el derecho internacional y constitucional comparado. Apuntes para un proyecto de ley autonómica de garantía del derecho a la vivienda digna,* 2010.

ARELLANO GÓMEZ, Francisco Javier: *Breve manual sinóptico de la asignatura Derecho Civil III: Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral,* Publicaciones Universidad de Huelva, 2014.

CALVO SAN JOSÉ, María José: *La función social de la propiedad y su proyección en el sistema de compensación urbanística,* Ediciones Universidad de Salamanca, 2000.

Colección de textos jurídicos, Universidad de Murcia, 2008.

Conferencia “Derecho, autonomía privada y condiciones contractuales predispuestas”, José M^a MIQUEL GONZÁLEZ, I Jornadas Universitarias “El derecho a una vivienda digna y el drama de los desahucios. Análisis y respuestas alternativas”, en homenaje a Rosario Valpuesta Fernández, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Huelva, 27/03/2014.

Conferencia “Intervención social en el parque público de la vivienda en Andalucía”, Octavio VÁZQUEZ AGUADO, *ibídem*, 27/03/2014.

Curso del Código de Napoleón, París, 1922.

GÁLVEZ DOMÍNGUEZ, Diego Antonio: Apuntes de varias conferencias relacionadas con el derecho de propiedad.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: *Censo de Población y Viviendas*, 2011.

KOTHARI, Miloon: *Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado*, Naciones Unidas.

LASARTE, Carlos: *Compendio de Derechos Reales: Derechos Reales e Hipotecario*, 2ª edición, Marcial Pons, 2013.

LEGUINA VILLA, Jesús: *El régimen constitucional de la propiedad privada*, Universidad de Alcalá de Henares.

LEGUINA VILLA, Jesús: “El régimen constitucional de la propiedad privada”, *Revista de Derecho Privado y Constitucional*, 1994.

LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando: “El derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”, *Revista El Notario*, 2005.

LÓPEZ FERNÁNDEZ, Jorge: *Ejecución hipotecaria y crédito responsable*.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M.: “El Estado Social y el sujeto privado: una reflexión finisecular”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, pp. 411-413, 421-424, 439-442, 448-462.

NOVOA MONTREAL, Eduardo: *La evolución del derecho de la propiedad*, México, 1982.

NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro: “La suspensión de los lanzamientos en la ejecución hipotecaria”, *Revista de Derecho Civil*, pp. 83-85, 2014.

Observación General nº 4 Comité de Derechos Humanos de la ONU: *El derecho a una vivienda digna* (General Comments nº 4, CESCR, 1991), Oficina del Alto Comisionado para los DDHH (13/12/1991).

PISARELLO, Gerardo: “El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales”, *Revista catalana de dret públic*, nº 38, 2009.

Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, Naciones Unidas.

Relación de viviendas en propiedad frente a viviendas en arrendamiento desde la perspectiva europea, gráfica (fuente: *El Economista*).

VILLALIBRE FERNÁNDEZ, Vanessa: *El derecho a una vivienda adecuada. Un derecho del siglo XXI*.

VALIÑO, Vanesa: *Ejecuciones hipotecarias y derecho a la vivienda: estrategias jurídicas frente a la insolvencia familiar*.

VII. Bibliografía web

Europa multa, expropiación e incluso derriba las viviendas desocupadas

Más desahucios pese a la nueva ley

El número de ejecuciones hipotecarias crece un 14% en el primer trimestre

Estudiantes de derecho llevan al Congreso soluciones al drama de los desahucios

Función Social de la Propiedad

E. EN LA CALLE

Registradores de España

Islandia camina hacia el 2% de paro tras dejar caer a sus bancos

The World Law Guide. Legislation Iceland

7

FUNCIÓN Y EXCLUSIÓN SOCIAL DE LA VIVIENDA

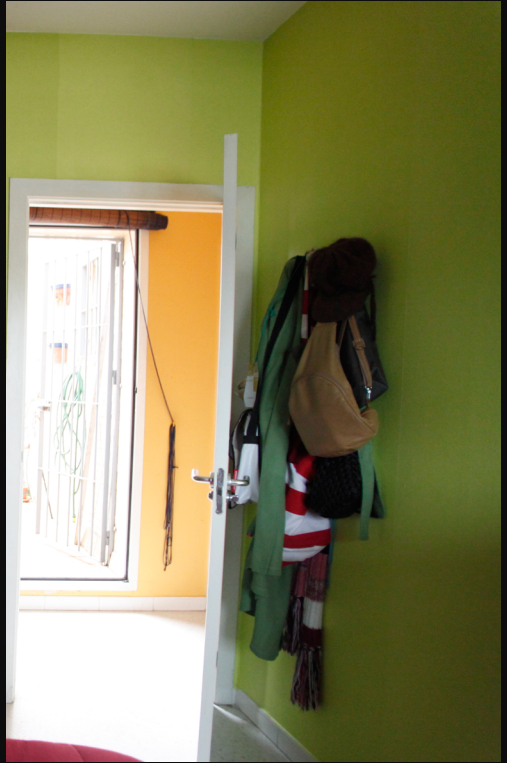
José Luis Moreno Pereles
Manuel Padilla Camacho
María Del Carmen Ponce Cruz
José Manuel Reifs Miranda
Antonio Rodríguez Redondo

Observatorio Especializado de Derecho
Universidad de Huelva

I. Introducción. **II.** Punto de vista normativo. **III.** Punto de vista social: exclusión social y alquileres sociales. **IV.** Fuentes

Especial agradecimiento a todas aquellas personas que, pudiendo haberse negado a colaborar con nosotros, no lo hicieron y nos dedicaron un tiempo de sus vidas para facilitarnos el trabajo con datos e informaciones relevantes. En concreto a Gabriel Cruz, portavoz del PSOE en Huelva; a Mariluz, técnico de vivienda del Ayuntamiento de Huelva; y a la Plataforma de Afectados por la Hipoteca.

Y como no podía ser de otra forma, queremos dar las gracias al profesor Francisco Javier Arellano Gómez, ya que sin él este trabajo no habría sido posible. Tanto su forma de plantear el curso académico con el “laboratorio jurídico”, como su dedicación a sus alumnos, su esfuerzo y su actitud y aptitud, nos motivan y nos permiten creer que aportando nuestro grano de arena las cosas pueden cambiar.



I. Introducción

El trabajo que hemos realizado se refiere a la función social de la vivienda. A modo de índice, vamos a establecer unas breves líneas que facilitarán la comprensión de su estructura. Hemos partido del artículo 47 de la Constitución Española, enlazándolo, por una parte, con el artículo 33, y por otra, con los artículos 128 y 135 de este mismo cuerpo normativo.

Del artículo 47 CE hemos querido diferenciar dos puntos de vista. Por un lado, tenemos el punto de vista jurídico. Aquí nos hemos basado en dos grandes temas; por una parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sobre todo en relación con el concepto de función social de la vivienda. Este concepto lo vamos a extraer, sustancialmente, a partir de dos sentencias: la sentencia 2613/1982 en su fundamento jurídico número 8, y la sentencia 152/2003 en su fundamento jurídico número 5.

También hemos querido hablar de la legislación de las Comunidades Autónomas, y como estamos en Andalucía, nos hemos centrado en su cuerpo normativo. Además, esta tiene un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Estado. Este recurso se basa en argumentos económicos bastante pobres y en el artículo 33 CE anteriormente mencionado. Cuando hablamos del artículo 33 nos referimos sobre todo a su apartado tercero. Este apartado garantiza que “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes”. Este artículo se aplicará siempre que no sea una expropiación legal, en cuyo caso nos basaremos en las sentencias de 7 de noviembre de 1988, de 2 de noviembre de 1989 y de 5 de noviembre de 1996, de las que hablaremos más adelante.

El segundo punto de vista sobre el artículo 47 CE es el social. En este nos hemos dedicado a investigar sobre la exclusión social, tratando de resolver determinadas cuestiones como, por ejemplo, quiénes entran dentro de estos parámetros de exclusión social. También hacemos referencia a los alquileres sociales que tenemos en la actualidad; nos hemos preguntado si son o no auténticos alquileres sociales y el baremo que se sigue para concederlos. Teniendo en cuenta que estamos en la Universidad de Huelva, nos hemos centrado en la búsqueda de datos referentes a la situación de los alquileres sociales en Huelva.

Por último, para concluir este trabajo hemos querido aportar una serie de soluciones básicas pero, a la vez, necesarias.

Para comenzar, haremos una breve valoración estadística sobre las ejecuciones y lanzamientos hipotecarios sufridos por los españoles desde el punto aproximado de comienzos de la denominada crisis económica, años 2007 hasta 2012.

Galicia: Con cerca de 2.800.000 habitantes y una tasa de paro del 22% de su población en edad de trabajar.

Se va observando el progresivo aumento tanto de ejecuciones como de lanzamientos en estos años, desde las 701 ejecuciones hipotecarias de año 2007 a la escandalosa cifra de 2.004 ejecuciones hipotecarias en el año 2012. Igual progresión podemos encontrar en los lanzamientos. O sea, nos vamos a referir a personas que perdieron su vivienda en este corto espacio de tiempo; para unos son cifras y estadísticas, pero creo que para muchos de nosotros son personas con nombres y apellidos, y no solo una, pues cada persona suele arrastrar tras de sí una familia, pareja e hijos que se quedan en la calle, por eso nos negamos a verlos como cifras estadísticas. Desde los 1.995 en el año 2008 a los 2.654 lanzamientos efectuados en 2012. Reiteramos: 2.654 familias se quedaron en la calle en 2012.

País Vasco: Con casi 2.200.000 habitantes y con una tasa de desempleo de las más bajas, rondando 17,5%, también ha sufrido las ejecuciones y lanzamientos hipotecarios, con un total de 6.337 lanzamientos desde 2007 hasta el año 2012.

La Rioja: Es la Comunidad Autónoma con menos lanzamientos y ejecuciones hipotecarias, pero debemos tener en cuenta que también es la más pequeña, y aun así se han quedado en la calle 2.884 familias en el periodo de tiempo que comentamos (2007-2012).

Cataluña: Con cerca de 8.000.000 habitantes y una tasa de desempleo que ronda el 22,5%, es líder en lanzamientos hipotecarios, más de 112.514 familias se quedaron en la calle en dicho periodo.

Andalucía: Con una población de cerca de 9.000.000 habitantes, es líder en la tasa de desempleo, con un 34,9%, y también líder en ejecuciones hipotecarias, con más de 81.160 familias apercibidas de que en cualquier momento pueden quedarse en la calle. Las cifras oscilan hacia arriba o hacia abajo según las Comunidades, pero en todas se va repitiendo el drama de la llamada crisis, Madrid, Castilla y León y Castilla-La Mancha.

También hemos querido recoger unos datos muy significativos con respecto al espeluznante número de viviendas vacías que existen en nuestro país. Estos son los datos más recientes que hemos logrado recopilar; como hemos comentado anteriormente, parece que hay quienes no quieren o no les interesa que salgan a la luz, pues es difícil encontrar datos actualizados a fecha de 2014. Aproximadamente, existen más de tres millones y medio de viviendas vacías en España, y aun así podemos oír a diario cuántas familias siguen afectadas por lanzamientos hipotecarios. Trasladándonos a la esfera regional y a Huelva, nuestra provincia se puede equiparar a Madrid o Barcelona en número de viviendas vacías, ciudades que nos superan con creces en millones de habitantes.

No queríamos dejar la parte de los datos sin antes hacer una reflexión personal, pues seguimos viendo en los medios de comunicación, tanto audiovisuales como escritos, sus

contradicciones. Y decimos contradicciones porque se puede leer cómo las ejecuciones hipotecarias suben un 14% en el primer trimestre de 2014, otros abren portadas con el titular del drama de los desahucios, en muchos casos no necesitamos ni leer la prensa ni ver la televisión, pues quién no conoce a alguien personalmente que esté pasando por este drama. Es el día a día, y lo peor es que no falta el político de turno que dice que estamos saliendo de la crisis, que España empieza a remontar, todo eso desde la parte fácil de sueldos desorbitados, e incluso sobresueldos en B, con imágenes de políticos corriendo del pleno del Congreso pues llegan tarde a coger sus vuelos para poder irse de vacaciones. Es vergonzoso, estamos en el país de mirar hacia otro lado. Como se ha mencionado anteriormente, nuestros gobernantes hablan de cifras, cuando en realidad cada número lleva consigo una tragedia familiar, personas, parejas e hijos que están detrás de cada número. Vamos a ser coherentes, o al menos, vamos a ser responsables. Esas personas son de las muchas que han aportado dinero a las arcas nacionales para poder rescatar a las entidades financieras, las mismas que reparten cifras millonarias entre sus accionistas, que están formadas por cargos elegidos por políticos, familiares y allegados o los propios políticos, para poder repartirse el pastel. Y nos preguntamos, haciéndonos eco de un anuncio publicitario: ¿Quién rescata a esas personas?

Tenemos más de tres millones de viviendas vacías en manos de especuladores o entidades bancarias, y una infraestructura construida alrededor de esas viviendas: carreteras para poder acceder a ellas, alcantarillados, suministros de electricidad y un largo etcétera de servicios que han sido pagados con dinero público, y ahora están vacías. Llegados a este punto, pues, nos saltamos la Constitución Española cuando habla de la función social de la vivienda o el derecho a una vivienda digna, artículos que obviamos cuando nos interesa y nos aferramos a ellos en otras ocasiones, sobre todo para perjudicar, ejemplo claro el artículo 135 CE.

Querriamos que las personas en cuyas manos está poder arreglar esto, o al menos, ponerle freno, tengan conciencia y escuchen al pueblo, vean la realidad de la calle, vean la tragedia y el sufrimiento. Señores, desde los cristales tintados de los coches oficiales no se ve eso, bajen las ventanas y miren la realidad y seguro que así, al menos a algunos, les dará por hacer algo. Y decimos algunos no porque no nos contemos nosotros, sino porque no nos dejan hacer nada. Cuenten con la gente, ya que somos muchos los que deseamos ayudar, cuenten con nosotros y no agachen las cabezas ni miren atrás.

II. Punto de vista normativo

La función social de la propiedad aparece recogida en el capítulo I del título I de la Constitución Española,, concretamente en el artículo 33.2.

Le corresponde a los poderes públicos la efectiva realización de los derechos proclamados constitucionalmente, y así, en la configuración de la propiedad privada, la función social forma parte inescindible del contenido sustancial de la misma.

Sin embargo, vemos cómo este mandato constitucional ha sido sistemáticamente incumplido por los mismos y estamos asistiendo a un declive del Estado de bienes-

tar. Prueba de ello fue la reforma del artículo 135 CE motivada por el compromiso que asume España con la Unión Europea con respecto a dotar de una mayor garantía la estabilidad presupuestaria para así mantener el Estado social proclamado en el artículo 1.1, elevando de esa forma la estabilidad presupuestaria a rango constitucional. La realidad nos muestra, como veremos posteriormente, algo muy distinto. Como indica Alzaga: “las pautas que nos llegan en política económica desde Bruselas son cada vez más precisas, de forma que la potestad soberana de elaborar los Presupuestos Generales del Estado va a estar condicionada por la política de gobernanza económica europea”.

Asimismo, se ha de destacar que el artículo 47 CE recoge el mandato constitucional de regular la ordenación del suelo para que no se dé una especulación. Este mandato también ha sido incumplido, y prueba de ello es la burbuja inmobiliaria, que ha puesto de manifiesto que se ha de realizar un cambio en el modelo de desarrollo urbano. No obstante, consideramos que el artículo 47, que recoge el derecho a la vivienda, no deja de ser un principio rector que informa al derecho positivo, y su reconocimiento parte de su regulación por ley, cuestión que no ha sido abordada.

El artículo 33 CE es el eje central que vamos a tomar como premisa para llegar a las conclusiones que posteriormente expondremos, pues este recoge la función social de la vivienda, que puede ser la solución a un problema que por desgracia cada vez afecta a más personas.

El artículo 33.1 de la Constitución reconoce como derechos la propiedad privada y la herencia.

La primera reflexión que merece este artículo es su ubicación en el texto constitucional. Aunque la propiedad privada y la herencia se incluyen en el capítulo II del título primero, “Derechos y libertades”, no se integra en los derechos fundamentales y las libertades públicas de la sección 1ª, sino que se sitúa entre los “derechos y deberes de los ciudadanos” de la sección 2ª.

Una vez situado dentro del catálogo de derechos que recoge nuestra Carta Magna, se ha de ver la protección de la que goza, que viene recogida en el artículo 53.1: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)”.

Este artículo destaca que los poderes públicos están vinculados por el derecho a la propiedad, y por otra parte, que la ley, en su regulación, debe respetar su contenido esencial. Es por tanto importante acotar el concepto de propiedad y determinar cuál es ese núcleo esencial de este derecho que, aparentemente, es absoluto, pero bajo un análisis más pormenorizado, podemos establecer que no es así.

El Código Civil, en su artículo 348, párrafo primero, establece un concepto y por tanto un primer acercamiento a establecer el contenido esencial. Define propiedad como:

“la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”. Esta concepción de propiedad como un derecho individual y absoluto propio del Estado liberal, mediante el cual se concede un conjunto de facultades individuales como la posibilidad de disposición o de uso y disfrute por parte del titular, ha cambiado pasando a ser considerado un derecho “estatuario”. Este cambio viene motivado por el paso de un Estado liberal, en el que se producía una ruptura entre sociedad y Estado y se basaba en el principio de no intervención y de la propiedad como un elemento intocable, a un Estado social o de bienestar, que intenta garantizar un mínimo vital de prestaciones y hace que se vincule el concepto de función social al concepto de propiedad.

La Carta Magna así lo recoge en el artículo 33.2, que establece: “La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”. Así, la función social es el elemento que configura el núcleo esencial, dándole por tanto una plasticidad y flexibilidad al concepto de propiedad tal y como desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial queda reflejado.

2.1. Jurisprudencia

Para tratar de comprender el significado que merezca en la actualidad el derecho de propiedad privada, cabe destacar, entre otras, la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de marzo de 1987, motivada por un recurso de inconstitucionalidad que se interpone contra la Ley de Reforma Agraria andaluza. En su fundamento jurídico número 8, pone de relieve que la propiedad no es un derecho absoluto tal y como se concebía en el Estado liberal, sino que está sujeto a ciertas limitaciones, tal y como se reconoce en el artículo 33 de la Constitución. De esta manera, el Tribunal Constitucional ayuda a interpretar el concepto de propiedad estableciendo que este derecho, desde su punto de vista individual subjetivo, debe contemplar la función social como un elemento integrador del mismo derecho a la propiedad y, por tanto, siendo legítima su expropiación cuando se justifique por el bien de la comunidad (interés general). De esta manera, el conjunto de facultades individuales reconocidas por el propio artículo 348 del Código Civil, mediante las cuales el titular de la propiedad puede enajenarla, usarla o disfrutarla, se ve matizado por la función social, dando paso así a nuevas modalidades o facultades dirigidas hacia la utilidad social. Y este elemento es clave para definir el contenido esencial del derecho a la propiedad.

“Esta pretendida inconstitucionalidad se imputa genéricamente a toda la Ley de Reforma Agraria, en la medida en que regula la función social de la propiedad y, en consecuencia, el derecho mismo de propiedad que, según creen los demandantes, es el núcleo de la legislación civil. Pero este argumento no es convincente. En el fondo del mismo subyace una vez más una concepción de la propiedad privada como institución unitaria, regulada en el Código Civil, que sólo admite limitaciones externas a su libre ejercicio en virtud de Leyes especiales. Por el contrario, como se ha expuesto, el derecho a la propiedad privada que la Constitución reconoce y protege tiene una vertiente institucional, precisamente derivada de la función social que cada categoría o tipo de bienes sobre los que se ejerce el señorío dominical está llamado a cumplir, lo que supone, como ya sabemos,

la definitiva incorporación del interés general o colectivo junto al puro interés individual del titular en la propia definición de cada derecho de propiedad o, si se prefiere, en la delimitación concreta de su contenido” (STC de 26 marzo de 1987, FJ 8).

Con ello, el Constitucional pretende adaptar el concepto de propiedad a la sociedad contemporánea, dando cumplimiento tanto al artículo 33.2 de la Constitución como al artículo 128.1: la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual sea su titularidad estará subordinada al interés general.

En un sentido similar, también merece la pena destacar la sentencia del Tribunal Constitucional 152/2003 de 17 de julio, que en su fundamento jurídico número 5 hace también una referencia al concepto de propiedad que nos ayuda a configurar el contenido esencial de este derecho. En ella se establece que la Constitución no recoge el derecho a la propiedad absoluto, sino que este ha de estar a los intereses generales (en este caso, al ser una farmacia, había un interés general por medio que justificaba que la propiedad debe estar sometida a este).

[...] la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir”. Más específicamente, afirma que “por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos” (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2).

Finalmente, de la interpretación conjunta del artículo 33 CE, cabe plantearse una cierta conflictividad derivada del contenido de su párrafo tercero, que establece que: “Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”.

Esto conlleva una polémica en cuanto que la Ley estatal sobre función social de la vivienda no contempla ningún tipo de indemnización cuando se dan los efectos expropiatorios, mientras que la Ley andaluza sobre la función social, que se encuentra recurrida, conlleva al pago del alquiler, lo cual puede ser entendido como una indemnización por el efecto expropiatorio material que se produce.

En este sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado manifestando que “el titular de un interés patrimonial legítimo debe ser indemnizado por la Administración al haber sido expropiado [pues] la expropiación forzosa constituye una garantía constitucional reconocida en el artículo 33.3 de la Norma Fundamental, que alcanza tanto a las medidas habilitatorias del derecho de propiedad privada en sentido estricto, como a la privación de toda clase de bienes y derechos individuales e incluso de intereses legítimos de contenido patrimonial” (STC 227/1998 de 29 de noviembre).

De esta manera se ha de contemplar que, según este artículo y la legislación que desarrolla la expropiación (Ley de Expropiación Forzosa), será indemnizable cuando sea una expropiación administrativa y no cuando sea una expropiación legislativa.

Así pues, son interesantes varias sentencias del Tribunal Supremo que hacen hincapié en las limitaciones sobre facultades individuales que tiene el propietario sobre la cosa objeto de propiedad. De esta manera podemos destacar sentencias en las cuales, al ejercitarse una función social, no supone una indemnización, dado que su regulación por ley así lo estima: [sentencias del Tribunal Supremo](#) de 7/11/1988, 2/11/1989, 5/11/1996 y 14/02/2002.

A este respecto, se ha de estar a lo establecido por la Ley de Expropiación Forzosa en su artículo 1, que define el concepto de expropiación y, por tanto, establece aquellos elementos que hacen que sea indemnizable o compensable.

Estos elementos son:

- Que se realice por causa de utilidad pública o interés social.
- Que la privación de la propiedad privada sea singular.
- Que la privación afecte a personas o entidades.
- Que se acuerde imperativamente.
- Que implique la venta, permuta, censo, arrendamiento u ocupación temporal.

Atendiendo a este concepto moderno de expropiación, se ha de pensar que la expropiación denominada legislativa, al no ser una privación de la propiedad privada singular, se escaparía del ámbito del concepto de expropiación como tal y no tendría por qué conllevar una indemnización. Tenemos, por tanto, que la privación que se realiza mediante ley no es de carácter singular, sino que se realiza de una forma general. La falta de indemnización en estos casos viene derivada de que no se da una quiebra del principio de igualdad.

No obstante, si nos atenemos a la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos, se ha de reseñar que puede haber circunstancias en las que se da un efecto expropiatorio material en el que se realiza una limitación de deberes y derechos de forma continuada y que debe ser compensable, aun cuando no se quiebre el principio de igualdad. Con todo ello se abre una vía para la solución de muchos problemas que en los últimos años se han dado, problemas que han supuesto una espada de Damocles sobre individuos que sufrían un panorama dantesco al ver como perdían su vivienda, cortando ellos mismos el hilo para acabar con “su problema” (nuestro en realidad). La solución quizás no parte del artículo 45, que establece como principio rector el derecho a la vivienda, sino de un nuevo replanteamiento del derecho de propiedad adaptado a la realidad social y delimitando su núcleo esencial.

2.2 Legislación

Normativa andaluza sobre la vivienda: Decreto–Ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda

La Ley andaluza da respuesta a la función social de la vivienda. Prueba de ello es que contempla:

- Sanciones de hasta 9.000 euros a personas jurídicas (bancos, inmobiliarias) que tengan viviendas vacías.
- Incentivos para personas físicas.
- Sanciones de hasta 120.000 euros a las entidades financieras que no den un uso social a sus viviendas protegidas.
- Expropiación temporal (tres años) del uso de las viviendas embargadas a personas en *riesgo de exclusión social para evitar sus desahucios*.
- No comporta en ningún caso sanciones a personas físicas por tener viviendas vacías: deja fuera residencias secundarias, de recreo y viviendas reguladas por la legislación turística.

Así mismo, la Ley combate varios fenómenos intolerables:

- El gran número de viviendas vacías.
- El problema de los desahucios.
- Fomenta el alquiler.

Sin embargo, a pesar de que la Ley andaluza desarrolla el principio rector recogido en nuestra Constitución en el artículo 47 con bastante acierto y eficacia, surge la inevitable pregunta ¿por qué el Gobierno de España ha recurrido su inconstitucionalidad?

1. Básicamente, por las presiones de las entidades financieras y de la Troica.
2. TROICA = Banco Central Europeo (BCE) + Fondo Monetario Internacional (FMI) + Comisión Europea (CE)
3. Prueba de ello es la reforma del artículo 135.2 CE: “El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros.

4. Se alegó un grave perjuicio a la economía general de España y, ante el temor de que esta forma de afrontar el problema de la vivienda en España pudiera extenderse a otras Comunidades Autónomas, el Gobierno quiso lanzar un mensaje claro: no hay alternativa a la política neoliberal ni a los dictados de la Troica a los que debe someterse nuestro país.

Fundamentos jurídicos principales sobre los que se asienta el Decreto-Ley sobre la vivienda de Andalucía:

Algunos se enuncian en la exposición de motivos del Decreto-Ley y son los siguientes:

- Artículo 47 de la Constitución Española, que establece que todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, un derecho que ahora mismo es papel mojado.
- Artículo 33 de la Constitución, que establece la “función social” del derecho de propiedad.
- Artículo 40 de la Constitución, que establece que los poderes públicos promoverán “una distribución de la renta más equitativa”.
- Artículo 128 de la Constitución, que señala que “toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”.
- Múltiples requerimientos del Defensor del Pueblo Español.
- Artículo 25 del Estatuto de Autonomía para Andalucía.
- Artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del que es firmante España, que establecen que toda persona tiene derecho a una vivienda.
- Por último, también nos gustaría mencionar que existe jurisprudencia que avala la legalidad de la Ley andaluza, como la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo, que ha evidenciado que en España se ha violado el derecho a la vivienda y el derecho a la tutela judicial efectiva durante 20 años (la famosa sentencia del caso Aziz).

Normativa estatal sobre vivienda: Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social

Esta Ley se dicta en atención a las circunstancias excepcionales creadas por la larga crisis económica que atravesamos, que han provocado que muchos ciudadanos, suscriptores de préstamos hipotecarios para la adquisición de su vivienda habitual,

se vean en importantes dificultades para atender a sus compromisos por causas que les son ajenas y corren el riesgo de caer en una situación de exclusión social.

Estructura y resumen breve de la Ley:

El capítulo I prevé la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión.

El capítulo II modifica la Ley Hipotecaria y la normativa del mercado hipotecario, con medidas como la limitación de los intereses de demora, su no capitalización, mejoras en el procedimiento extrajudicial –como la celebración de una única subasta electrónica– o el fortalecimiento en la independencia de las sociedades de tasación.

El capítulo III recoge diferentes innovaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil que afectan a la ejecución en general e hipotecaria en particular, a posibles condonaciones posteriores, al derecho a parte de la revalorización, a la posibilidad de apreciar la abusividad de determinadas cláusulas o al valor de tasación en las escrituras.

Y el capítulo IV modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de *medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos*, tanto en lo que afecta al ámbito de aplicación, como en lo relativo a las características de las medidas que pueden ser adoptadas, lo que afecta al Código de Buenas Prácticas.

La Ley concluye con disposiciones adicionales, como la del Fondo Social de Viviendas; nada menos que diez disposiciones transitorias; y disposiciones finales, como la que prevé la recuperación del Plan de Pensiones, si se trata de evitar la pérdida de la vivienda habitual.

Vamos a analizar el capítulo I porque es el más importante en relación con el tema que nos ocupa.

Capítulo I. Suspensión de los lanzamientos

- a.** Se prevé la suspensión inmediata y por un plazo de 2 años –desde la entrada en vigor de la Ley– de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión.
- b.** Es una medida de carácter excepcional y temporal, que afectará a cualquier proceso judicial de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial por el cual se adjudique al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual del ejecutado.
- c.** Se precisan dos tipos de requisitos, debiendo darse todos:

Requisitos subjetivos:

- La vivienda debe pertenecer a uno de estos colectivos: familias numerosas; las monoparentales con 2 hijos; las que tengan un menor de 3 años o algún miembro con discapacidad o dependiente, o en las que el deudor hipotecario

se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones sociales; y las víctimas de violencia de género.

Requisitos objetivos:

- Los ingresos familiares no han de superar el triple del IPREM, o cuatro o cinco veces para discapacitados. (IPREM: Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples, es un índice empleado en España como referencia para la concesión de ayudas, becas, subvenciones o el subsidio de desempleo, entre otros. Este índice nació en el año 2004 para sustituir al Salario Mínimo Interprofesional como referencia para estas ayudas.)
- La cuota hipotecaria supera el 50 % de los ingresos netos familiares.
- En los cuatro años anteriores, la unidad familiar ha sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, cifrada en un 150%.
- El crédito o préstamo hipotecario recae sobre la única vivienda propiedad del deudor, habiendo sido concedido para la adquisición de la misma.

La parte de la deuda que no haya podido ser cubierta con la vivienda habitual no devengará más interés de demora que el resultante de sumar a los intereses remuneratorios un 2% sobre la deuda pendiente.

El modo de acreditar estos requisitos ante el juez o el notario se recoge en el artículo 2, con cuatro apartados:

- a.** Ingresos de los miembros de la unidad familiar: certificados de rentas, nóminas, subsidios...
- b.** Personas que habitan la vivienda: Libro de familia, empadronamiento...
- c.** Titularidad de los bienes: certificados registrales por cada miembro, escrituras...
- d.** Declaración responsable del deudor/es sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos.

Así pues, el notario puede colaborar a evitar los lanzamientos en los procedimientos extrajudiciales que conozca, recopilando la documentación necesaria para que la autoridad judicial los paralice.

III. Punto de vista social: exclusión social y alquileres sociales

Referencia constitucional

Como hemos tenido ocasión de exponer en apartados anteriores, el artículo 47 CE hace una especial referencia a la especulación, con el objeto de intentar acotarla y limitar su desaforada expansión; pero desde nuestro punto de vista, creemos que ha resultado infructuosa su regulación, atendiendo a criterios puramente evidentes como una de las causas más importante de la actual crisis económica que atravesamos.

Por todo ello, creemos que haría falta una adecuación de la CE, en concreto de esta parte, a la realidad social de las calles, y que no se siga viendo esta norma desde la perspectiva social como una norma medio utópica, medio anticuada.

“Personas en riesgo de exclusión social”

Si entramos en consideraciones sobre las distintas calificaciones que merecen para la administración pública, tanto estatal como autonómica, las personas en riesgo de exclusión social, veremos que no existe acuerdo para establecer una definición consensuada y definitiva desde la que puedan partir las legislaciones reguladoras de este tema. Anteriormente hemos visto los distintos criterios que establecen, por un lado, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de *medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, y por otro lado, hemos podido contrastarlos con los requisitos de la recurrida Ley de la Junta de Andalucía.

Pero, a la vista de la realidad social de las calles, ¿acaso ha gozado de utilidad práctica alguna de estas normas? Desde nuestro humilde punto de vista, creemos que los requisitos establecidos son, cuanto menos, muy restrictivos; y un reflejo de ello es el escaso número de familias que consiguen cumplirlos. Por ello, valoramos ambas medidas como inútiles y las consideramos abocadas al fracaso por el distanciamiento de la ley con la realidad social. Y por eso, proponemos que se establezca un marco legislativo sobre este tema, preponderando la flexibilización de los baremos para facilitar el acceso a una mayor cantidad de ciudadanos, y una precisa definición de “persona en riesgo de exclusión social”.

Alquileres “sociales”

Por lo que se refiere a los alquileres denominados “sociales”, tras una una intensa búsqueda y comprobación de los mismos, observamos que la mayor parte tienen un precio que ronda entre los 200 y los 550 euros. Y esto nos hace preguntarnos: ¿qué tiene de alquiler social abonar 500 euros mensuales?

Si dedicamos unos segundos de nuestra vida a contrastar precios de alquileres o arrendamientos urbanos básicos, encontramos una enorme cantidad de pisos desde precios que oscilan entre 300 y 400 euros mensuales.

Vistos los datos, podríamos decir que la mayor diferencia entre un alquiler social y otro normal sería el nombre. Consideramos que debe sustituirse el término “social” por otro más adecuado como es “municipal”, ya que, además, “alquiler social” es una expresión muy susceptible de utilización por parte de nuestros gobernantes para hacer política. Otra solución que proponemos sería limitar los alquileres sociales a una cuantía máxima de 100 euros, y mínima de 10 euros para aquellas unidades familiares que no contaran con ningún ingreso.

Baremo para la asignación de viviendas en Huelva

Finalmente, hemos querido concluir nuestro trabajo con algunos datos significativos y algunas reflexiones sobre la vivienda social en la capital de nuestra provincia. Así, el sistema de adjudicación de viviendas en régimen de alquiler social/municipal en Huelva es el siguiente:

- 1º Antigüedad en el Registro de Demandantes de Vivienda.
- 2º Composición familiar.
- 3º Discapacidad.
- 4º Circunstancias económicas.
- 5º Motivo de la necesidad de vivienda.

Nos llama poderosamente la atención el último criterio de ponderación. No pensamos que las personas que se exponen a ser juzgadas socialmente y tachadas de infortunadas por solicitar una vivienda la vayan a usar como segunda residencia para vacaciones, y sí que puede ser una puerta abierta para la interpretación arbitraria de la Administración con el fin de otorgar dichas viviendas bajo criterios subjetivos.

Datos de viviendas en Huelva

EMPRESA MUNICIPAL DE LA VIVIENDA		
ZONA	NÚMERO	RÉGIMEN
Seminario	36	Alquiler/Compra
Polvorín	51	Alquiler/Compra
Marismas del Odiel	56	Alquiler
Torrejón	49	Alquiler
Parque Moret	99	Alquiler/Compra
TOTAL	291	

Como observamos en la tabla, el número total de viviendas disponibles es escaso si lo comparamos con la inmensa cantidad de familias que se ven en la necesidad de solicitar un hogar. A raíz de estos datos, consideramos fundamental la creación de un fondo estatal para la ampliación del número de viviendas para personas en situación de exclusión social. Esto además se ve motivado por la descomunal cifra de pobreza infantil, que en España supera la desmeritoria cifra de dos millones de niñas/os, según estudios publicados por UNICEF.

IV. Fuentes

Parlamento de Andalucía

Lexdiario. Tribunales

Notarios y Registradores

Inmodiario, 16-06-2014.

El País digital.

Entrevista al portavoz del PSOE en Huelva, Gabriel Cruz.

Entrevista a la Plataforma de Afectados por la Hipoteca de Huelva.

Entrevista a la técnica de Vivienda del Ayuntamiento de Huelva, Mariluz.

ARELLANO GÓMEZ, F. Javier, *Breve Manual Sinóptico de la Asignatura Derecho Civil III: Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*.

COLAU, Ada y ALEMANY, Adrià, 2007-2012: *Retrospectiva sobre desahucios y ejecuciones hipotecarias en España, estadísticas oficiales e indicadores*.

8

LA GESTIÓN PÚBLICA EN EL MERCADO DE LA VIVIENDA

María C. Villaverde

Delegada de Fomento, Vivienda, Turismo y Comercio en Huelva entre agosto de 2012 y enero de 2015



La Universidad, la sociedad civil organizada y el Gobierno andaluz han coincidido aquí en un propósito: reflexionar conjuntamente sobre cómo luchar contra los desahucios y cómo defender el derecho a la vivienda ante la certeza absoluta y demostrada por los datos de que está siendo sistemáticamente vulnerado en Andalucía. No es algo que diga esta delegada, lo advierte la relatora sobre vivienda de la ONU; lo evidencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Luxemburgo. El derecho a la vivienda en España es papel mojado, retórica sin más. Defenderlo es un acto de subversión. Lo diré de otro modo: el derecho a la vivienda es un derecho contra el sistema, tal y como está configurado. Es un derecho antisistema.

Este encuentro es algo que difícilmente hubiera tenido lugar hace apenas cinco años, cuando el capitalismo financiero, en alianza histórica con las instituciones controladas por el bipartidismo, mantenía todavía en pie el falso mito de que el mercado podía garantizar naturalmente el derecho a la vivienda. Pero la realidad es que no puede. No quiere. Está en su naturaleza vulnerar el derecho a la vivienda. Al capitalismo financiero no le conviene garantizar el derecho a la vivienda, porque la garantía del derecho a la vivienda resta miedo y suma poder al pueblo, y eso es peligroso. Porque la garantía del derecho a la vivienda resta plusvalías al fabuloso negocio de la especulación, y eso es contraproducente.

Por mucho que esté en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, por más que esté en el artículo 47 de la Constitución Española, la garantía del derecho a la vivienda es incompatible con el beneficio masivo al que aspira la élite financiera. Es decir, la democracia, y digo la democracia porque la garantía de derechos fundamentales es la primera obligación de la democracia, es a la postre incompatible con la hoja de ruta de la élite financiera.

Lo hemos comprobado descarnadamente. Y pondré dos ejemplos:

- 1) La Plataforma de Afectados por la Hipoteca desencadenó una estrategia eficaz de concienciación y agitación social en defensa del derecho a la vivienda. ¿Resultado? Una feroz campaña de criminalización por parte del Gobierno central, que ha lanzado contra la sociedad civil organizada, y singularmente contra el movimiento antidesahucios, comparaciones tan odiosas que me niego a repetir aquí.
- 2) El Parlamento de Andalucía aprobó una ley que garantiza la función social de la vivienda, promueve la salida de las viviendas vacías en alquiler, combate la especulación y evita desahucios, y todo ello sin lesionar un solo derecho. ¿Resultado? En cuanto el Gobierno central comprobó que la ley funcionaba, era transformadora y empoderaba a la gente, forzó su suspensión recurriéndola ante el Tribunal Constitucional con una sarta de falacias según las cuales la Ley iba a arruinar España y a abolir la propiedad privada.

La banca ha sido regada con cantidades desmesuradas de dinero público sin exigirle contrapartida alguna. Ese dinero no se va a recuperar, pero los bancos no van a dejar de desahuciar. ¿Por qué? Muy sencillo, porque un desahucio es una anotación positiva en una cuenta de balance bancario. Porque la legislación estatal avala la consideración de vivienda como mercancía, y no como derecho humano.

Así son las cosas. Para dar con el tratamiento es necesario un diagnóstico certero, por doloroso que resulte escucharlo

Pero obviamente, este no es un mensaje catastrofista, ni disuasorio. Al contrario. Es un mensaje de estímulo, de aliento. La sociedad civil ha abierto brecha. El Gobierno andaluz incide en esa brecha. Y vamos a seguir. Seguimos parando desahucios, seguimos incidiendo en un modelo de construcción que se centra en la rehabilitación, en vez de construir vivienda nueva cuando hay más de 700.000 casas vacías, seguimos promoviendo el alquiler frente a la compraventa. Y por supuesto, seguimos resistiendo los embates de aquellos sectores afanados en decirnos que todo lo que intentemos va a ser imposible. No lo es.

Tomemos nota de un hecho. En la década pasada, y en la anterior, éramos pocos los que advertíamos que la fiesta del boom del ladrillo iba a conllevar una resaca demoledora. Aguafiestas, nos llamaban. Éramos pocos los que advertíamos que ese empleo era inestable, que no era empleo de verdad. Éramos pocos los que apuntábamos que ese crecimiento era artificial, que no tenía base. Pues bien, los mismos, exactamente los mismos que nos llamaban aguafiestas ahora nos dicen que no se puede. Que no se pueden evitar los desahucios. Y sí se puede, como estamos demostrando. Los mismos que nos dicen que el sector de la construcción no puede reconvertirse hacia la rehabilitación. Y sí se puede. Los mismos que nos dicen que lo único que puede hacerse con el stock de vivienda vacía es retenerlo vacío hasta que se interesen por él fondos buitres que puedan especular en el futuro y generar nuevas burbujas. Y claro que se pueden hacer otras cosas, como hemos demostrado en la Consejería de Fomento y Vivienda, donde hemos pasado nuestras viviendas deshabitadas a alquiler asequible y las estamos ocupando todas, una a una, dándoles función social.

Va a ser necesario resistir y avanzar, y quienes ocupamos cargos de responsabilidad pública vamos a necesitar a la sociedad civil y a la Universidad. Vamos a necesitarnos unos a otros porque la situación lo exige cada vez con más urgencia.

La morosidad está en cifras récord. La crisis se alarga y se recrudece. En las oficinas contra los desahucios del Programa Andaluz en Defensa de la Vivienda, en las que ya hemos conseguido frenar más de 4.300 desahucios, comprobamos día tras día que crece el número de familias cuya situación es insostenible.

Es nuestra obligación ciudadana y nuestra obligación política luchar contra los desahucios.

Encuentros como este contribuyen a dar un paso esencial: tomar plena conciencia, conciencia compartida, de que al defender el derecho a la vivienda, desde la calle, desde las instituciones y desde los foros académicos, defendemos la dignidad de la democracia, el cumplimiento de la Constitución, del Estatuto de Autonomía y de la Carta de Derechos Humanos.

Quienes difunden el mensaje de la resignación, quienes repiten que no hay alternativa están en realidad proponiendo que renunciemos a la democracia. Aceptar ese mensaje no es ni siquiera una opción.

Contra ese mensaje se batan día a día mujeres como Ada Colau, quizás el rostro y la voz más reconocible de un movimiento con muchos rostros y muchas voces, la Plataforma de Afectados por la Hipoteca, cuya tarea ha merecido el reconocimiento del Parlamento Europeo y el insulto y la denigración del Gobierno central, dos avales que dan idea de que está haciendo sin duda un buen trabajo.

Activista y luchadora, divulgadora de pensamiento transformador, Ada Colau destaca por su defensa incansable de los derechos humanos. Porque aunque ha puesto el dedo en la llaga del derecho a la vivienda, sabe que, apretando fuertemente en ese punto, la conmoción alcanza a todo el cuerpo social.



JUNTA DE ANDALUCÍA
CONSEJERÍA DE FOMENTO Y VIVIENDA