

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 Kástonová 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 de-

”¿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 School / 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 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, n° 51, pág. 45.

³⁴M^a Ángeles Egusquiza 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 positividad 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 justinianea: 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-

piedad 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.