

## **“ALGUNOS ASPECTOS DE LA CRISIS DE CREDITO E INSOLVENCIA DEL DEUDOR HIPOTECARIO”**

**Carlos Merchán Aparicio,**  
Becario de Investigación

**SUMARIO: Introducción. 1.-Los orígenes financieros del crédito insostenible. 2.- Las medidas de Basilea III. 3.-Sobreendeudamiento de las personas físicas y morosidad. 4.-Antecedentes y posicionamiento de la cuestión. 5.-Medidas legislativas insuficientes y errores del Banco de España. 6-. Los derechos del consumidor ante los desahucios 7.- Conclusiones. 8.-Bibliografía. 9-Normativa consultada. 10-Normativa nacional sobre endeudamiento, información crediticia y protección del consumidor.**

Recibido: 17/02/2016  
Aceptado: 17/03/2016

## **“ALGUNOS ASPECTOS DE LA CRISIS DE CREDITO E INSOLVENCIA DEL DEUDOR HIPOTECARIO”**

**SUMARIO:** Introducción. 1.-Los orígenes financieros del crédito insostenible. 2.- Las medidas de Basilea III. 3.-Sobreendeudamiento de las personas físicas y morosidad. 4.-Antecedentes y posicionamiento de la cuestión. 5.-Medidas legislativas insuficientes y errores del Banco de España. 6-. Los derechos del consumidor ante los desahucios 7.- Conclusiones. 8.-Bibliografía. 9-Normativa consultada. 10-Normativa nacional sobre endeudamiento, información crediticia y protección del consumidor.

**Resumen:** El artículo desarrolla la concesión de préstamo responsable y la insolvencia del consumidor que debe llevarse a cabo a través de mecanismos preventivos de la insolvencia de los consumidores , pero también con mecanismos legales con los que abordar situaciones producidas en España , en que el deudor no pueda realizar el cumplimiento de sus obligaciones, y ello debería hacerse con normas tendentes a la recuperación de las deudas de las personas físicas y sobre todo normas de protección a consumidores.

**Abstract:** The article develops the responsible lending and the assessment of creditworthiness of the client in order to evaluate whether he will be able to meet the payment obligations assumed. Likewise, it is analyzed the regulation of Bank of Spain and the assessment of creditworthiness of consumer.

**Palabras clave:** préstamo, crédito, persona física, consumidor, Banco de España, solvencia

**Keywords:** loan, credit, individual, consumer, Bank of Spain, solvency

## INTRODUCCIÓN

El llamado problema de la “burbuja inmobiliaria”, tanto en EEUU, donde primero se manifestó el problema, como luego en Europa y de forma muy particular en España, como analizamos en otro lugar, se inició con un sistema absolutamente frívolo e irresponsable tanto de prestamistas como de prestatarios, ya que éstos últimos jugaban la baza más o menos segura del valor al alza en el valor de sus casas para negociar un nuevo crédito que les permitía pagar los intereses del anterior o anteriores y así sucesivamente, y ello de forma maniquea ya que la apreciación del bien inmueble se consideraba asegurada y se convertía así en la base para refinanciar la hipoteca cada varios años sin ningún tipo de solvencia real, ya que la espiral de insolvencia hundía sus raíces en un endeudamiento constante y sistemático. Era lugar común para los adquirentes pensar que la casa que servía de garantía aumentaba de precio sin más, pero el alza de su precio provenía de un financiamiento cada vez más irresponsable.

De esta manera “Los precios de los bienes inmuebles se desconectaron por completo de todas las características fundamentales del mercado. En Francia aumentaron de sesenta a ochenta por ciento. En el Reino Unido y España se duplicaron en diez años. Desde el momento en que el crédito es otorgado contra el precio de activos que no permite a los que pidieron prestado extraer ingresos susceptibles de reembolsar la deuda, el reembolso solo se garantiza con el alza de los precios”<sup>1</sup>.

Y ahí entra en juego el factor riesgo porque muchos de esos préstamos se concedían a familias sin medio alguno para convertirse en propietarios de la noche a la mañana, hasta el punto que las familias podían obtener incluso un segundo o tercer préstamo a partir de una revalorización de la casa como garantía, de forma tal que se generó un círculo vicioso consistente en que un banco concedía varios créditos con una sola garantía.

Las consecuencias ya las hemos apuntado en otros lugares y estudios y en el caso de la UE obligó al Banco Central Europeo (BCE) a aportar liquidez y cumplir una función de prestamista incluso con préstamos a largo plazo, y ello a pesar de que desde el Tratado de

---

<sup>1</sup> Es un nuevo análisis del problema que sigue el método de la escuela francesa, en este caso AGLIETTA, M., “Lacrise. Pourquoi en est-on arrivé? Comment en sortir?”, Paris, 2008, p.41

Maastricht la función básica del BCE no era otra sino evitar la inflación. Los propios bancos nacionales de la Unión Europea (UE) se vieron también obligados a asegurar la recapitalización de los bancos y garantizar los préstamos interbancarios, ya que vieron el alto riesgo de la recesión.

## **1.LOS ORÍGENES FINANCIEROS DEL CRÉDITO INSOSTENIBLE**

A este respecto autores de prestigio mundial como Oliver Wyman<sup>2</sup> hablan del inicio de un camino hacia el crecimiento sostenible evaluando para el **intervalo 2011-2015** un primer periodo hasta fines de 2012 que denominan de “gestión de la crisis” cuyas características básicas serían:

-Descenso significativo de la actividad hipotecaria.

-Una elevada tasa de morosidad.

-Un stock de viviendas nuevas sin vender que será absorbido parcial y paulatinamente por la demanda hipotecaria.

-Un escenario de financiación con primas de riesgo elevadas.

Un segundo periodo de 2013 a 2015 “de estabilización y crecimiento sostenible” que se caracterizaría por:

-Una recuperación de los principales indicadores macroeconómicos.

-Una ligera recuperación de la demanda de viviendas y de la concesión crediticia.

-Una ligera recuperación de la actividad inmobiliaria.

-Una estabilización del coste de financiación de las entidades.

-Una reducción de la tasa de mora<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> OLIVER WYMAN, “El futuro del sector hipotecario en España.El camino hacia el crecimiento sostenible”, Pub. De la *Asociación Hipotecaria Española*, 2011, p.10.

<sup>3</sup> Ibidem

Es en este marco europeo y transnacional donde adquiere aún más gravedad el caso español por el excesivo endeudamiento de los particulares y empresas, hasta el punto de que evidentemente la deuda privada vinculada en gran medida a la adquisición de viviendas de forma masiva e irresponsable, tanto por particulares adquirentes como por Banco y Cajas, han acentuado el problema que de origen privado pasa a problema público bancario, como se ha demostrado.

Hasta tal punto es así, que los estudios más severos y prestigiosos a nivel mundial ponen desgraciadamente a España como el peor ejemplo de cómo una deuda privada desbocada de personas físicas (hipotecaria o no) trascendió inevitablemente a deuda pública porque *“lo que comenzó como una crisis bancaria impulsada por el colapso de una burbuja inmobiliaria se convirtió rápidamente en una crisis de deuda soberana al alcanzar al sector público...que supuso grandes pérdidas del sector bancario pero a la vez caída de los ingresos fiscales...complicando los planes futuros del gobierno,poniendo en marcha lo que algunos han llamado el “abrazo mortal” (“deadly embrace”).*<sup>4</sup>

En la perspectiva de futuro inmediato del crédito en la UEeste va a estar condicionado por la reforma de los órganos reguladores y supervisores en busca de mayor estabilidad a la zona euro en base a resolver lo que llaman algunos expertos “fragmentación regulatoria” excesiva y de ideas paneuropeas realistas y eficaces que subsanen las dificultades de crédito

---

<sup>4</sup> Cfr. JORDA,O.,SCHULARICK,M, &TAYLOR,A.M.,”Private Credit and Public Debt in Financial Crisis”,FRBSFECONOMIC LETTER,2014,en <http://www.frbsf.or/economic-research/publications/economic-letter/2014/march/private-credit.public-debt-in-financial-crisis>.(consultado 11 agosto 2015).

actuales pero sin repetir los errores precedentes.<sup>5</sup>

En este sentido, y aunque desde el comienzo de la crisis financiera han tenido lugar numerosos cambios normativos de la Directiva de Recursos de Capital (DRC) en el marco de la UE, probablemente la revisión de mayor calado por sus consecuencias en el sistema financiero en lo tocante a liquidez y capital y en todo el “entorno regulatorio” en general es la denominada Basilea III, ya referida en alguno de sus aspectos en otros apartados de este estudio.

Según Oliver Wyman, “el objetivo de esta reforma es promover un sistema financiero más sólido, menos apalancado y menos pro-cíclico: con capital y liquidez suficientes para resistir shocks de los mercados, limitando su propagación hacia la economía real”<sup>6</sup>.

## **2.LAS MEDIDAS DE BASILEA III**

Las principales medidas de Basilea III son:

*“-Una mejora de la calidad, coherencia y transparencia del capital a través de una definición más estricta del capital regulatorio, especialmente para el caso del capital de mayor calidad: el core capital, ahora llamado **commonequity**.*

*-Unos requisitos mínimos de capital más elevados: el capital total regulatorio pasa del 8% al 10,5% y el **commonequity** del 2% al 7%.*

*-Unas medidas para reducir la **ciclicidad** fomentando la acumulación de capital en los periodos de expansión del crédito para disponer de él en periodos de recesión. Constitución de*

---

<sup>5</sup> Cfr.Perspectivas sobre el futuro del crédito en España en general ESCRIVA.,J.L.,”El futuro del sistema financiero español.La profundidad de la crisis y su repercusión en el sector financiero y otros servicios de la economía”,en Servicio de Estudios del BBVA,2009,parte final. Según datos del Banco de España sobre el crecimiento del crédito específicamente hipotecario, este llegaba a casi 400.000 millones de euros en los años inmediatamente anteriores al estallido de la burbuja inmobiliaria y la crisis financiera en el 2007, a pesar de que ya antes de esta fecha había cursado informes y recomendaciones a las entidades de crédito en el sentido de que en ningún caso los créditos hipotecarios deberían alcanzar el 80% de la tasación del bien inmueble considerado, recomendaciones claramente desatendidas por las entidades a la vista de los alarmantes datos del 2007 y años posteriores ya en plena crisis financiera.

<sup>6</sup> OLIVER WYMAN,Op.cit.,p.28

dos colchones: (i) conservación capital de máxima calidad (2,5% obligatorio) y (ii) anti-cíclico (entre 0-2,5 %, a fijar por el supervisor).

-Una mejora de los estándares de gestión del riesgo de crédito para determinadas áreas o negocios, que durante la crisis demostraron no estar lo suficientemente cubiertos por el capital, dado su riesgo real.

-Un endurecimiento de las normas relativas al proceso de supervisión y la publicación de información.

-Un nuevo ratio de apalancamiento (capital Tier I/activos- no ponderados por riesgo) para restringir el crecimiento excesivo de los balances y evitar la manipulación de la valoración de activos ponderados por riesgo: ratio > 3%.

-Dos nuevos ratios mínimos de liquidez: (i) LCR que mide la liquidez para hacer frente a un escenario de estrés en el corto plazo y (ii) NSFR que mide la capacidad de disponer de financiación estable frente a situaciones de tensión prolongada (> 1 año).

-Unas reglas homogéneas para aplicar el tratamiento preferencial de riesgo al crédito hipotecario los distintos mercados europeos, en particular el uso de los mismos ratios de LTI y LTV.<sup>7</sup>

Importa destacar que “aunque existe consenso en los beneficios en términos de estabilidad financiera que aporta Basilea III, las entidades han manifestado su preocupación sobre su potencial impacto económico. En la medida en que inmovilice más recursos y restrinja o penalice determinadas actividades o instrumentos, la nueva regulación podría acabar dificultando y encareciendo el crédito”<sup>8</sup>.

Pero esta es la visión típicamente antisocial de la banca, que personalmente no comparto, y en todo caso debe destacarse que su capacidad de presión sigue existiendo, hasta el punto de que el Comité de Basilea en respuesta a dichas críticas de sectores próximos a la banca ha acordado un calendario flexible de aplicación y una **implantación gradual de dichas medidas desde 2013 a 2019**.

---

<sup>7</sup> Ibidem

<sup>8</sup> Ibidem,p.30.

En todo caso Basilea III puso las bases para que los estados miembros de la UE analizaran y valorasen éstos nuevos controles:

“-Obligación de valorar la **solvencia del consumidor**: los EE.MM velaran porque las entidades valoren la capacidad de pago del cliente teniendo en cuenta la suficiente información financiera y personal obtenida tanto del prestatario como de otras fuentes internas o externas (debiendo denegar el crédito si este análisis arroja un resultado negativo)

**-El acceso a los registros de crédito y obligación del prestatario a proporcionar la información.**

**-Estándares de asesoramiento del producto.**

**-Regulación de una TAE común para todos los mercados.**

**-La regulación del reembolso anticipado.**

**-Requisitos prudenciales y de supervisión”<sup>9</sup>.**

Ahora bien, personalmente insisto en que el estudio que citamos de Oliver Wyman obedece a criterios e intereses de la banca que ni se plantean la solución al problema de la ejecución hipotecaria, con criterios puramente endogámicos y antisociales que no compartimos. No es de extrañar por ello que en todo caso, si bien el BCE tiende a bajar los tipos de interés, todo apunte a que la desconfianza del consumidor bancario continuará aumentando y motivos no le faltan, como indica el Profesor Raga en su muy completo análisis de la cuestión<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Ibidem,p.31

<sup>10</sup> RAGA,J.,”Análisis socio-económico de la insolvencia familiar”,en Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar (Coord.M.Cuena y J.I.Colino),Thomson Reuters,2009,p.58

### **3.-SOBREENDEUDAMIENTO DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y MOROSIDAD**

Sobre las **causas economicistas** del sobreendeudamiento de las personas físicas y familias, el caso español es sin duda distinto a otros países europeos del entorno de la UE y paradigmático en el grado de causalidad del fenómeno y conviene en este sentido analizar de alguna manera, aunque sea aproximativa, otras causas más directas además de las señaladas anteriormente.

En un plano general las causas fundamentales podrían resumirse en las siguientes:

a)Una idea alegremente consumista por encima de sus posibilidades que se instaló en la sociedad española en los años anteriores a 2007.

b)Crédito excesivamente fácil y sin contraste de índices de solvencia del solicitante por parte de la banca y cajas españolas.

c)A partir de 2007 un desempleo creciente.

d)Desatada la crisis financiera, necesidad de crédito a menudo renegociado respecto a las condiciones iniciales.

e)Incremento de la presión fiscal.

f)Crecimiento de los tipos de interés en los años referidos.

g)Disminución de la renta disponible.

Evidentemente, siguiendo la tesis de Raga, tendrá una muy particular incidencia, como ya se ha dicho, el sobreendeudamiento de las familias ligado directamente a la adquisición de una vivienda, porque ello implica una financiación más elevada y que condiciona el futuro de toda familia durante un número de años importante.

Es por ello que el tipo mayor en España de insolvencia del consumidor se refiere al préstamo garantizado por hipoteca, y al hecho de no poder pagar las cuotas del préstamo, lo que

origina en sí mismo la situación sobrevenida de insolvencia que condiciona en España a millones de familias.

En un marco más global se citan por algunos expertos dos tipos de *variables* sobre la insolvencia en España de las familias, diferenciándose entre *variables de tipo general* (IPC nacional, renta disponible nacional, presión fiscal, déficit público nacional) y *variables de tipo específico* (tamaño de cada unidad familiar, gasto medio familiar, índices de paro familiar, cuota del préstamo hipotecario, Euribor, tipos de interés e índice de precios de la vivienda), ambas en función de la evolución general de la economía las primeras y en función de la situación económica de las familias las segundas.

Según esta orientación, encabezada por economistas del prestigio de Raga, el hiperconsumismo del caso español obedece a *factores sociales* y entorno que empuja a modalidades y cuantías de comportamiento de hiperconsumismo típico del caso español, basado en una mentalidad de consumir y no ahorrar, ligados ambos a la *emulación y ostentación*, que

conlleva a sacrificios importantes de renta de personas físicas y familias para posibilitar estas conductas económicamente irracionales pero socialmente entendibles, aunque a la larga originarían casos dramáticos de insolvencia personal y familiar que derivan claramente de la *angustia consumista*.

No obstante debe señalarse también que el endeudamiento puede producir *un efecto renta*, al obligar a reducir el consumo para poder devolver la deuda bancaria y sus intereses, lo que puede originar a su vez un *efecto riqueza*, como ocurre en deudas familiares en el caso de adquisición de vivienda. Esto explicaría el alto porcentaje de familias españolas con un fuerte patrimonio en vivienda e inmuebles y no de otros elementos patrimoniales, factor este característico de la mentalidad inversora española con preferencia clara a adquisición de vivienda en propiedad.

Coincidimos con la tesis de Raga, por tanto, en la importancia de los *usos sociales* en España en el comportamiento de unidades familiares con claros hábitos de inversión en adquisiciones inmobiliarias mediante crédito hipotecario, que a la larga es la razón básica del sobreendeudamiento.

Si bien es cierto que el sobreendeudamiento privado de la persona física en España obedece de raíz a una cultura consumista muy propia de la

idiosincrasia española durante demasiados años (cambio frecuente de automóvil, abuso de tarjetas de crédito, préstamo fácil para vacaciones...), no lo es menos que el problema adquiere su mayor dimensión en lo referente al crédito hipotecario para vivienda, hasta el punto de que según los datos estadísticos de *“EuropeanMortgageMarketFederation”* nuestro país tiene una ratio hipotecaria de las más elevadas a nivel mundial .

Aunque en años recientes como el 2012 el descenso de préstamos hipotecarios fue de un 29,5% según estudios del Instituto Nacional de Estadística ,con un saldo medio de alrededor de 112.000 euros, resulta aún sorprendente que con un 64% del PIB sea considerablemente superior al de países del nivel económico de Alemania (46%) o Francia (41%).

Resulta evidente que el sobreendeudamiento privado constituye en España una causa aún mayor de la crisis financiera, siendo por ello todavía más importante hoy en día que las entidades financieras comiencen a cumplir con su deber de conceder créditos a la vivienda de forma responsable y siempre con evaluaciones previas de la solvencia del comprador y deudor.

Al mismo tiempo, los bancos dejan de recibir depósitos que servían para conceder créditos y las propias entidades se ven bloqueadas en su fin propio como empresa de canalización de ahorro e inversión,todo ello con un efecto en cadena que afecta a los mercados interbancarios.

Hasta el punto ha sido así ,que la propuesta de Directiva de Crédito Hipotecario de 31 de marzo de 2011 habla expresamente de comportamientos irresponsables de operadores del mercado y que resulta imprescindible controlar la concesión y contratación de préstamos irresponsables para evitar que vuelvan a reproducirse las situaciones que originaron la actual

crisis financiera, agravado el tema si tenemos en cuenta que muchos de estos grupos bancarios son transnacionales y propagan y exportan a otros países próximos el mismo riesgo<sup>11</sup>.

En este contexto, las ayudas públicas que reciben bancos y cajas son difíciles de entender por el deudor asfixiado y la ciudadanía en general afectada por su préstamo, por ser contrarias al criterio constitucional de igualdad y limitadoras de derechos fundamentales, además de contrarias a los principios de libertad de empresa y de responsabilidad universal por deudas.

Son muchos los especialistas que opinan que el sistema financiero está desequilibrado a favor de la banca y en contra del cliente sobreendeudado, por lo que es necesario crear nuevas medidas que reequilibren el sistema de forma más justa sobre todo de cara al hecho de que la mayoría de los endeudados por préstamos hipotecario de vivienda lo son de buena fe y por las circunstancias sobrevenidas que veremos más adelante<sup>12</sup>.

Parece necesario que en el actual *status quo* se rompen las reglas de juego constitucional más elementales en un entorno económico y financiero excepcional que hace pensar en la obligación de los gobernantes de salir al paso de un grave problema social como los desahucios inevitables a familias cuya situación económica les hace imposible pagar sus préstamos hipotecarios, a la par que les aproxima al abismo de la exclusión social.

---

<sup>11</sup> Sobre el sobredimensionamiento de los préstamos hipotecarios en España CARBO,S. Y RODRIGUEZ,F., “El debate sobre la deuda hipotecaria en España”,2013,editado por FUNCAS en Cuadernos de Información económica,num.233,pp.14-27. Resulta muy importante el estudio de Derecho Comparado de reciente aparición en referencia al problema en Europa de SMITS,J.M.,”ContractLaw.AComparativeIntroduction”,Maastricht University,2014,en su conjunto para el área de Derecho privado.También y con datos sobre repercusiones financieras KILBORN,GARRIDO,BOOTH,NIEMI, “Insolvency and Creditor/debtorregimesTaskBorce”,ed.Banco Bundial,2012.

<sup>12</sup> Ver el “Dictámen del Consejo de consumidores y usuarios relativo a la situación de endeudamiento y sobreendeudamiento financiero de las familias en la actual situación de crisis económica y del crédito”,Madrid,febrero 2009,pp.4-7 en el marco y 23 y ss. datos específicos,realizado por el Consejo de Consumidores y Usuarios.Cfr.CEACCU “Informe acerca del sobreendeudamiento de las familias españolas”,p.31 y s.s.,en[\(http://www.ceaccu.es/content/view/42/71,con\\_datos\\_relevantes\\_sobre\\_los\\_aspectos\\_sociales\\_financieros\\_y\\_prejuridicos\\_del\\_problema\\_en\\_Espana\)](http://www.ceaccu.es/content/view/42/71,con_datos_relevantes_sobre_los_aspectos_sociales_financieros_y_prejuridicos_del_problema_en_Espana).(consultado 12 enero 2015).

*La propia Comisión Europea ha puesto de manifiesto su preocupación por el problema al observar que no funciona en la actual situación financiera y sobre todo que se ha perdido por el consumidor la confianza en las entidades de crédito por su injusto y carente del menor sentido social de las finanzas, siendo necesario y urgente corregir el elemento del sistema desequilibrado en perjuicio del cliente*<sup>13</sup>.

*En este sentido resulta al menos sorprendente que la banca europea consultada para la elaboración del Libro Verde del Crédito Hipotecario de la UE en 2005 y que luego se tuvo en cuenta en la Propuesta de Directiva de 31 de marzo 2011, opinase increíblemente que en la UE, a diferencia de USA, no se había dado el fenómeno del préstamo irresponsable...*<sup>14</sup>.

Pues bien, al albur de la situación financiera indicada y al endurecerse las condiciones de acceso al crédito y el incremento de la insolvencia privada, numerosas asociaciones de consumidores pidieron una regulación del sobreendeudamiento que atiende y regule la protección del consumidor en aplicación del art.51 CE.

Distinguen algunos autores entre “sobreendeudamiento activo u originario” y “sobreendeudamiento pasivo o sobrevenido”.

El primero surge de “*la asunción por el consumidor de deudas de manera incontrolada, sin atención a su nivel de renta y posibilidades de pago, lo que conecta con el consumo irresponsable, y en el que de manera esencial inciden las agresivas campañas publicitarias, la inmediata disposición de dinero a través de tarjetas de crédito o políticas “blandas” de concesión de créditos al consumo*”<sup>15</sup>.

Por el contrario, estaría el sobreendeudamiento pasivo o sobrevenido, cuya causa se sitúa al margen de la voluntad y el comportamiento responsable del consumidor, en conexión con contingencias inesperadas que determinan una incapacidad sobrevenida de hacer frente a los créditos (p.ej. enfermedad, accidente, muerte, separación...) o con contingencias que, aún pudiendo ser previsibles, sobrepasan las predicciones razonables (p.ej. elevación de los tipos de

---

<sup>13</sup> Comisión Europea, “Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión Europea” de 18 de diciembre de 2007 (COM 2007,807, final)

<sup>14</sup> Directiva de 31 de marzo 2011, Exposición de Motivos, 2. Cfr también el estudio “General Principles for Credit Reporting”, 2011 del Banco Mundial.

<sup>15</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “El presupuesto objetivo de la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumidores”, en Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar, op.cit.p.66.

interés...),incidiendo particularmente en el ámbito de ese sobreendeudamiento pasivo las distintas políticas desarrolladas en el ámbito comunitario europeo y norteamericano en el marco de un estado social del bienestar (p.ej. en materia de sanidad y empleo”<sup>16</sup>.

Ahora bien, llegados a este punto, debe destacarse que los conceptos persona física y consumidor no son plenamente coincidentes, porque persona física se refiere en sí mismo a la naturaleza del sujeto de Derecho del que se predica la personalidad, es decir por oposición por ejemplo a persona jurídica. Sin embargo el concepto “ consumidor” en realidad no olvidemos que es un adjetivo, “ el que consume”, que por tanto califica al concepto persona referido a la situación originada por relaciones jurídicas cuyo elemento básico es de tipo económico.

Por tanto, persona física y consumidor son denominaciones de realidades diferentes, sin perjuicio de que obviamente el concepto consumidor solapa “per se” el concepto persona física, pero jurídicamente son dos sujetos distintos y así, por ejemplo, desde el punto de vista concursal no sería igual el concurso de una persona física como tal y el concurso de un “consumidor”.

De otra parte y de cara a las Administraciones Públicas, a menudo observamos que el concepto consumidor se aproxima o incluso se confunde con el de “usuario”, como observamos en numerosa documentación al respecto en que ambos conceptos se subsumen, por ejemplo en “ asociaciones de consumidores y usuarios” o reclamaciones de consumidores y usuarios.....etc., sin perjuicio de que siempre habrá una cierta relatividad en los textos legales sobre el término consumidor por derivación o transposición al terreno de lo político, aproximando el concepto al de “ciudadano”.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Ibidem.Sin embargo,para otros autores esta diferenciación conceptual resultaría un tanto artificial y prefieren dejarlo como un concepto más o menos indeterminado.Autores como BELTRAN SANCHEZ prefieren una definición más restrictiva como “situación en la que un consumidor d buena fé se ve en la imposibilidad actual y continuada de hacer frente al cumplimiento del conjunto de sus deudas no profesionales, vencidas o exigibles, en “El concurso de acreedores del consumidor”,en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia....,op.cit.,p.121*

<sup>17</sup> DE LA CUESTA RUTE,J.,”Persona física y consumidor”,enEndeudamiento del consumidor e insolvencia familiar,op.cit.p.104.

Ello no obsta para que también el adjetivo consumidor se aplique a la persona jurídica, aunque es sabido que se plantean numerosos problemas y dudas referentes a la naturaleza física o jurídica de la condición de consumidor, quedando claro que, si persona física y consumidor son realidades diferentes, el concurso de cada uno de ellos será también diferente.<sup>18</sup>

Ahora bien, las cuestiones de estado en realidad sólo se refieren al concepto persona física, por lo que, independientemente de que sea considerada consumidora o no, la deriva del endeudamiento de la persona física se traslada al ámbito familiar en orden a la responsabilidad patrimonial, sin perjuicio todo ello de que un empresario individual pueda considerarse consumidor próximo a persona física. En realidad la condición de consumidor no tiene virtualidad para ser criterio diferenciador del ordenamiento jurídico, considerando que la norma se promulga y nace como tal para la persona, con su libertad, igualdad...etc., siempre desde planos de generalidad<sup>19</sup>.

En este marco, se entenderá que endeudamiento no significa simplemente insolvencia, sino que más bien se refiere a que su situación patrimonial ha devenido en insostenible por un endeudamiento que resulta excesivo y al que no puede hacer frente y que por ello suele denominarse sobreendeudamiento, que en sí mismo significa que el pasivo es mayor que el activo, pero que no necesariamente puede conducir a insolvencia.

Por tanto, resultará siempre relevante la diferenciación entre sobreendeudamiento activo u originario y sobreendeudamiento pasivo o sobrevenido en orden a las consideraciones subjetivas y sobre todo cuando el tema del tratamiento jurídico del endeudamiento excesivo se plantea desde el punto de vista de tutelar al sujeto, porque la Administración Pública está obligada a intervenir en materia de sobreendeudamiento en su función de buscar el bien común de que el crédito fluya en condiciones adecuadas de la vida económica y negocial, pero esta intervención se deberá limitar a que el problema del endeudamiento no cuestione la institución del crédito, porque cualquier tratamiento del sobreendeudamiento (independientemente del aspecto concursal) debe centrarse en los principios de contratación en general y en la idea del fluir natural del dinero y del crédito.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Ibidem, pp.104-105

<sup>19</sup> Ibidem, p.106

<sup>20</sup> Ibidem, pp.114-116

Se llega así al tema capital de la prevención del endeudamiento excesivo y su deriva en insolvencia porque, partiendo de la base de que el sobreendeudamiento se origina por actos de consumo a través de crédito solicitado, es decir de contratos, la necesaria prevención del endeudamiento entra por tanto en el terreno de las obligaciones.

Sin embargo, conviene señalar que *“cuando desde este ámbito y bajo estas premisas se reclama la necesidad de un texto normativo que regule el sobreendeudamiento del consumidor, en realidad lo que se está promoviendo es la regulación legal de la prevención de la insolvencia del deudor consumidor, pues ... ni el sobreendeudamiento activo ni el pasivo comportan en todo caso una situación de insolvencia. En efecto, si el deudor sigue cumpliendo sus obligaciones ,recurriendo por ejemplo a crédito hipotecario o sobre todo al crédito al consumo que proporciona fondos disponibles para pago de deudas anteriores, al menos a corto plazo no se encontrará en situación de insolvencia en los términos en que está se define en el art. 2 de la Ley Concursal., o bien se está reclamando implícitamente que se adelante el momento de apertura del concurso del consumidor, introduciendo un específico presupuesto objetivo de apertura en relación a estos deudores, pretensiones ambas conscientemente eludidas por el legislador al acometer la reforma del Derecho Concursal español”<sup>21</sup> .*

Si bien este aspecto concursal no forma parte de este estudio, debemos reflejar tan solo que los Estados miembros de la UE están intentando una armonización comunitaria del sobreendeudamiento con procedimientos específicos a través del Derecho de Consumo, con la clara finalidad de que no se agraven aun más la morosidad y la insolvencia en plena crisis económica y financiera.

Digamos simplemente y sin entrar en cuestiones sobre las clases de insolvencia, nivel de deudas, etc., propias de la materia concursal que aquí no proceden, que resulta evidente que hablar de endeudamiento implica obviamente preexistencia de deudas, por lo que el concepto endeudamiento obra dentro del propio concepto de insolvencia<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> PULGAR EZQUERRA, “El presupuesto objetivo...”, op.cit., p.66.

<sup>22</sup> El 26 de noviembre de 2001, el Consejo de Europa ya adoptó la llamada Resolución relativa al crédito y al endeudamiento de los consumidores, denunciando el excesivo crecimiento del crédito pero no tanto

Por tanto el termino sobreendeudamiento equivale “*más que a un concepto que conecte con una situación económica de fondo, a un mero hecho externo relativo a la situación en que se encontraría el deudor que ha contraído excesivas deudas, superando un determinado nivel de éstas, no pudiendo concretarse cuantitativamente a priori, sino en función del caso concreto, y que en ocasiones puede conducir – aun cuando no en todo caso- a una imposibilidad de hacer frente a las obligaciones exigibles en un momento actual o inminentemente futuro*”<sup>23</sup>.

Efectivamente, son diferentes conceptos, a menudo confundidos incluso por las asociaciones de consumidores que piden una regulación legal del sobreendeudamiento, cuando en realidad lo que están pidiendo es la prevención de la insolvencia del consumidor, también por lo que diremos a continuación.

Según Pulgar Ezquerro, “*integran el concepto jurídico de insolvencia tres elementos: imposibilidad de cumplimiento de obligaciones, regularidad y exigibilidad de las obligaciones incumplidas, a los que se añaden la puntualidad en supuestos de insolvencia inminente pudiendo, por tanto, el consumidor que simplemente está retrasado en sus pagos, esto es, el consumidor moroso, solicitar su concurso sobre la base de la insolvencia inminente*”.<sup>24</sup>

Entra en juego aquí lo que también Pulgar Ezquerro denomina “*Valoración del desbalance*” el cual “*no debe hacerse con arreglo a criterios meramente estáticos de confrontación numérica entre el activo y el pasivo, sino que hay que optar por un criterio dinámico en el que sean tomados en consideración, de un lado el crédito de que dispone el deudor y de otro su capacidad de recuperación, lo que en última instancia conecta con su capacidad de recurrir al crédito y criterios de valoración del deudor*

---

con el fin de proteger al consumidor sino más bien de protección al crédito que estaba ya altamente cuestionado por los numerosos concursos,cfr.AA.VV.”Comentarios a la legislación concursal”,dirs. SANCHEZ CALERO/GUILARTE GUTIERREZ,Tomo I,Valladolid,2004,p.116 y s.s.

<sup>23</sup> PULGAR EZQUERRA,“El presupuesto objetivo...”op.cit.p-78.

<sup>24</sup> PULGAR EZQUERRA,“El presupuesto objetivo...”op.cit.p.81.

.... *En efecto, el activo del deudor podría ser inferior al pasivo y sin embargo ser capaz de seguir cumpliendo sus obligaciones con el recurso del crédito, erigiéndose así el recurso al crédito como un elemento esencial para eludir la concurrencia de insolvencia*”<sup>25</sup>.

Por ello, es muy exacta la matización según la cual “el concepto de solvencia actual o inminente lo integra no sólo la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones, sino también *la regularidad, siendo tan insolvente quien no puede cumplir sus obligaciones como quien podría hacerlo pero por medios irregulares, suscitándose si cuando el consumidor acude al crédito para seguir cumpliendo sus obligaciones, ello sería constitutivo de un cumplimiento irregular de las obligaciones y, por tanto, sería tan insolvente como cuando no cumple sus obligaciones, lo que conectaría con el concepto mismo de regularidad*.”<sup>26</sup>

Sin entrar en temas conceptuales mercantilistas sobre el término “regularidad”, y en referencia al recurso al crédito como una forma de cumplimiento irregular de las obligaciones de una insolvencia *actual o inminente*, el problema se debe conectar con los niveles de ingresos del deudor y “*así, si el recurso al crédito se produce por encima del nivel de ingresos de que dispone el consumidor, habría de conceptuarse el cumplimiento de las obligaciones por esta vía como irregular, pues nos hallaríamos ante un recurso abusivo al crédito que, lejos de coadyuvar al cumplimiento regular de las obligaciones, no haría sino incrementar la masa pasiva del concurso, determinando a corto plazo una auténtica incapacidad para cumplir las obligaciones*”<sup>27</sup>.

Por todo ello, la necesaria prevención tanto de la insolvencia como del sobreendeudamiento del consumidor debe llevarse a cabo a través de mecanismos preventivos de la insolvencia de los consumidores pero también con mecanismos legales con los que abordar situaciones producidas en España<sup>28</sup> en que el deudor no pueda realizar el cumplimiento de sus obligaciones, y ello debería hacerse con normas tendentes a la recuperación de las deudas de las personas físicas y sobre todo normas de protección a consumidores que hayan contratado con sociedades de bienes intangibles, como ha ocurrido en los famosos concursos de sociedades

---

<sup>25</sup> Ibidem.

<sup>26</sup> PULGAR EZQUERRA, “El presupuesto objetivo...”, op.cit.p.82

<sup>27</sup> Ibidem,p.84.La misma autora afirma que no se contemplan responsabilidades para el acreedor por concesión abusiva de crédito o crédito irresponsable

<sup>28</sup> Deberá realizarse en el marco de la transposición de la Directiva 2008/48 CE, de 23 de abril, del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE, del Consejo.

de Forum Filatélico S.A., y Afinsa, cuyas consecuencias económicas han dañado a numerosas familias<sup>29</sup>.

Resulta así evidente en España que asistimos a un sistema económico que favorece el consumo excesivo y el endeudamiento irresponsable que propician situaciones de insolvencia, pero que el Derecho Español no arbitra regulaciones que habiliten soluciones y por el contrario deja abandonada a la persona física en su situación de insolvencia que ha originado el propio sistema económico.

Trasladando aquí la diferenciación entre los dos tipos de sobreendeudamiento, resulta claro que lo que llama la doctrina “sobreendeudamiento hipotecario” entra de lleno dentro del llamado sobreendeudamiento pasivo porque ha sobrevenido vinculado al consumo irresponsable de tipo familiar y cuyos aspectos financieros y crediticios analizamos en otro apartado.

Aunque la transposición de la Directiva 2008/48 CE, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sobreendeudamiento e insolvencia del consumidor se analiza en otro lugar, coincide la doctrina en que el complejo asunto del tratamiento y la prevención del sobreendeudamiento y la insolvencia de los consumidores es un complejo tema que trasciende de lo puramente jurídico e interrelaciona con perspectivas sociales, económicas, etc., como ha hecho el sistema jurídico francés, cuyo sistema de prevención lleva parejo un alto nivel de “administrativación de las crisis económicas del consumidor”, por lo cual tiene pleno sentido que también en el caso español “...debe abordarse desde un doble ámbito : de un lado desde la prevención de las situaciones de sobreendeudamiento y de su posterior agravamiento en insolvencia, que no debe insertarse, en todo caso, en el ámbito de procedimientos específicos de carácter preventivo como acontece en el modelo francés, y de otro, desde una vertiente que podríamos calificar curativa, relativa a los mecanismos a través de los cuales deben abordarse aquellas situaciones en que el deudor no puede afrontar el cumplimiento regular de sus obligaciones, normativizándose el procedimiento a seguir en la recuperación de las deudas de las personas físicas”<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Los casos Forum y Afinsa los analizamos en otro trabajo que hemos publicado.

<sup>30</sup> PULGAR EZQUERRA, “El presupuesto objetivo...”, op.cit., p.96.

Aunque se coincide en que el necesario carácter anticipador del modelo de prevención francés es escaso, en España y sobre todo tras los casos Forum y Afinsa, resulta obvio que se han incrementado los medios preventivos de la insolvencia de los consumidores mediante la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios a través del RDL 1/2007, de 16 de noviembre y la Ley 43/2007, de 13 de diciembre de Protección de los Consumidores, que persiguen la protección de consumidores afectados por sociedades de bienes tangibles.

La Directiva 2008/48 CE, que deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo, obliga a los países miembros de la UE a tomar medidas legales sobre prácticas responsables en todo lo relativo al concepto de “préstamo responsable”, lo que obliga a la entidad de crédito a una evaluación previa de la solvencia del prestatario y potencial deudor.

Pero al mismo tiempo la Directiva, contempla sanciones a las entidades prestamistas en supuestos de concesión abusiva de crédito, ya que ello se interrelaciona lógicamente con el potencial sobreendeudamiento de los consumidores y usuarios, lo cual es muy importante si tenemos en cuenta que en España<sup>31</sup>, a diferencia de otros países europeos de la UE, aun no se ha tipificado la concesión abusiva de crédito.

#### **4.- ANTECEDENTES Y POSICIONAMIENTO DE LA CUESTIÓN**

Digamos al respecto que en el propio origen de la hipoteca de modelo liberal contemporáneo está inscrita su finalidad, paralela al nacimiento del Registro de la Propiedad como hoy lo entendemos, de posibilitar y proteger la adquisición de bienes inmuebles, como se puso ya de manifiesto en su origen con la Ley Hipotecaria de 1861 en la que “la incorporación de la propiedad inmueble al mercado hipotecario preocupó sólo de manera subsidiaria a los autores de la reforma, al menos si nos fijamos en el contenido de la Ley, porque la protección que se presta a los adquirentes de bienes inmuebles fue en principio menor que la prevista para

---

<sup>31</sup> Así lo ven expertos varios en la materia como, por ejemplo, BUSTO LAGO, J.M., ALVAREZ LATA, N., PEÑA LOPEZ, F., “Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor,” Thonsom Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 1118 y s.s. También, entre otros, BLANQUER UBEROS, “Las deudas de un consumidor. Su insolvencia”, en *El Notario hoy*, septiembre, 2008, pp. 28-29.

los acreedores hipotecarios política que contribuyó a que el desarrollo del mercado inmobiliario en España fuera posterior a la expansión del mercado crediticio”<sup>32</sup> .

Recordemos también aquí el papel que desempeñó desde su origen la Ley Hipotecaria y el Registro de la Propiedad<sup>33</sup> como garantes del desarrollo del crédito y del tráfico jurídico inmobiliario y del propio concepto liberal de la propiedad, ya que protegieron “principal e inmediatamente a los acreedores hipotecarios y a los adquirentes de bienes inmuebles, siendo considerablemente menor la protección prevista para los titulares del dominio y demás derechos reales que inscribieron sus derechos en los libros registrales”<sup>34</sup> .

Pero la hipoteca, además de ese significado originario, es hoy día el medio básico de adquisición de una vivienda y ello debe ser así en su función social en aplicación de la propia Constitución Española, en cuyo art.47 se contempla el derecho a una vivienda digna, al igual que en el art.34.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE del año 2000, el art.25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 o el art.11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Recordemos que a estos efectos la hipoteca, además de su conceptualización del art.104 LH, que la contempla como un simple gravamen sobre finca o propiedad como garantía de una obligación, tiene también una concepción pasiva como gravamen que origina la salida del mercado de la finca por su pérdida de valor, de forma similar al concepto anglosajón de “*mortgage*” , pero que en todo caso tiene un valor intrínseco que emana como derecho del acreedor o propietario a cobrar lo correspondiente a la amortización del préstamo que garantiza.

---

<sup>32</sup> SERNA VALLEJO, M., “Anotaciones histórico-jurídicas sobre la inscripción de la propiedad al servicio del tráfico jurídico”, en Propiedad e Hª del Derecho, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2005, p.230 y “La propiedad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español”, Madrid, 1996, sobre todo pp.262-282 sobre la conexión existente desde su nacimiento entre el crédito y el Registro de la Propiedad.

<sup>33</sup> SERNA VALLEJO, M., “Anotaciones...”, op.cit., p.229. También al respecto ver DIEZ –PICAZO L., “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión”, Madrid, 1995. LACRUZ VERDEJO, J.L., “Economía y sociedad en la génesis de la Ley Hipotecaria”, RCDI, 34, 1961, sobre todo las pp.643 y s.s

<sup>34</sup> Desde otro punto de vista es interesante ver PESET REIG, M., “Los orígenes del Registro de la Propiedad en España”, en RCDI, 527, julio-agosto 1978, pp.695-716. También PAREJO GAMIR, R., “Protección Registral y dominio público”, Madrid, 1975, sobre todo las pp. 36 y s.s.

Además, como indica Nasarre la hipoteca del art. 104 LH, “ no es más que el punto de partida del denominado mercado hipotecario que comprende tanto las operaciones activas como las operaciones pasivas, entendidas las primeras como la concesión de préstamos hipotecarios y las segundas como la refinanciación de éstos a través de la emisión de valores hipotecarios, fundamentalmente cédulas hipotecarias y bonos de titulización hipotecaria”, sin perjuicio de que unas van paralelas a otras y ambas degeneran en malas prácticas bancarias.

Al respecto coincidimos con Nasarre, en que la normativa hipotecaria nacional no está adaptada a la normativa internacional posterior a 2007,

porque la Ley 41/2007 , no resolvió ningún problema del mercado hipotecario y, en conjunto, existen “ una serie de resoluciones judiciales, especialmente en el ámbito hipotecario, pero también en el concursal, cuyo objetivo común es intentar dar solución a un problema concreto de sobreendeudamiento de un deudor mediante la adopción de medidas que difícilmente están adaptadas a nuestra legislación”<sup>35</sup>.

Respecto a las resoluciones judiciales citadas , vale la cita aclaratoria del propio Nasarre de que “ el juzgador sanciona a la entidad de crédito limitando su capacidad de recobro, favoreciendo así al deudor sobreendeudado ( art. 3.2CC) limitando la responsabilidad de éste, a pesar de que el apoyo jurídico para tal decisión sea , cuando menos, forzada , vista la falta de medidas legislativas que se adapten a la coyuntura actual ( art. 3.1 CC) de crisis e impagos generalizados ( Hipotecaria, financiera, económica, laboral)

Lo que no resolvió la Ley 41/2007, fueron aspectos tan importantes como la corresponsabilidad del sobreendeudamiento, una correcta regulación de la responsabilidad civil de las agencias de calificación, una mejor regulación y control de las tasadoras inmobiliarias, un marco jurídico que fuese realmente aclaratorio sobre la dación en pago y finalmente la transparencia de la subasta.

---

<sup>35</sup> Sobre la “ mortgage”, en la concepción pasiva anglosajona de hipoteca ver COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, “ White paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets” COM(2007) 807 final, Bruselas, 18-12-2007. En cita de Sergio NASARRE, “ Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria” , en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 727, p.2668 y s.s. El precitado Libro Blanco 2007 de la Comisión sobre Crédito Hipotecario en la Unión Europea desaconseja las prácticas muy seguidas en España desde la Ley 41/2007, de la Hipoteca Inversa, “ tying practices “ y nueva hipoteca de máximo, considerándolas malas prácticas bancarias, precisamente a pesar de que el art. 13 de la Ley 41/2007 las contempla .

Por eso, como indica el mismo autor, la falta de soluciones legislativas ha originado numerosas resoluciones judiciales obligadas a resolver con interpretaciones forzadas de la normativa vigente porque “en las resoluciones comentadas no puede quedar soslayado el art. 1911 CC. Y el hecho de que la hipoteca, en nuestro Ordenamiento jurídico es una garantía que no puede agotar la deuda, a no ser que se haya pactado la realización únicamente sobre el bien gravado “.

Sin embargo, lo que ocurrió en España en plena euforia económica de los bajos tipos de interés y de las facilidades incontroladas al crédito para la adquisición de viviendas, hizo que los bancos y cajas al verse necesitados de financiación, llevaron a cabo la argucia legal de poco a poco quitarse la carga de créditos hipotecarios mediante el sistema de venderlos en paquetes entre inversores, de tal manera que muchas hipotecas de alto riesgo pasaron a entidades o particulares mediante la llamada “titulización hipotecaria”.

## **5.-MEDIDAS LEGISLATIVAS INSUFICIENTES Y ERRORES DEL BANCO DE ESPAÑA**

El problema se originó cuando desde el verano del año 2007, al manifestarse la crisis financiera se empezó a restringir fuertemente el crédito, lo que hacía inviable el sistema que bancos y cajas habían utilizado alegremente durante los últimos años, con lo que la banca y cajas comienzan a denegar créditos hipotecarios al no poder venderlos, lo que origina de lleno la crisis inmobiliaria y el desplome del precio de la vivienda.

Cómo es sabido, la situación se agravó porque en España no existía una legislación adecuada ni independiente ni con criterios fiables sobre tasaciones inmobiliarias, a pesar de que la Comisión Europea ya había tomado medidas en diciembre del mismo 2007, al respecto.

La normativa existente sobre tasaciones inmobiliarias a través de la Ley 2/1981 era claramente insuficiente al menos hasta la reforma de la Ley 41/2007 por la que se intentó que las empresas tasadoras comenzasen a ser independientes y a no seguir el dictado de bancos y cajas con tasaciones infladas y fraudulentas siempre en perjuicio del consumidor, asunto agravado porque el sector no estaba abierto a la competencia.

Una vez más se ponía de manifiesto que en el mercado hipotecario había una descompensación entre banco y cliente, lo que originaba en la mayoría de los casos clientes apenas informados y además en paralelo todo ello a la evidente mala fe de la banca con una mayoría de clientela de carácter minorista, situación a la que tuvo que salir al paso de nuevo la Comisión Europea<sup>36</sup>, mediante la Directiva de 31 de marzo de 2011, luego desarrollada en nuestro país por la Orden EHA/2899/2011<sup>37</sup>.

Sin embargo, la eficacia de unas y otras medidas se demostró exigua una vez más, por el comportamiento del Banco de España que, lejos de buscar una necesaria imparcialidad en la materia, tradicionalmente ha tomado partido hacia los intereses de bancos y cajas bajo el planteamiento artificioso de que debe ser prioritaria la solvencia de las entidades de crédito antes que los intereses de consumidores y usuarios.

Sólo así se puede explicar el comportamiento injustificado del Banco de España ante el sobreendeudamiento de familias en España implementado por el alza imparable de los precios inmobiliarios, dejando actuar a su libre albedrío a la oferta y a la demanda en claro perjuicio de los consumidores sobreendeados, como se manifestó ya claramente en 2008 con un incremento espectacular de reclamaciones de consumidores ante el Banco de España y posteriormente ante la justicia ordinaria<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> A esta Directiva nos referimos más “in extenso” en otro trabajo.

<sup>37</sup> Esta norma corrige varios aspectos de la Orden 12 diciembre de 1994 y también nos referimos a ella en otros momentos en este trabajo.

Así se refleja “ad nauseam” en numerosas reclamaciones según la “Memoria del Servicio de Reclamaciones” del año 2008 publicada por el BE.

<sup>38</sup>

La *morosidad hipotecaria* comenzó a alcanzar límites desconocidos en España y se manifestaron claramente los efectos del incumplimiento contractual por el comprador en numerosos contratos hipotecarios de vivienda de uso residencial, ya que el art. 1911 del Código Civil contempla el principio de responsabilidad patrimonial del deudor que lleva pareja la garantía a favor de bancos y cajas acreedores de poder ejercer la fuerza sobre sus bienes actuales y futuros para hacer frente a la deuda, en concordancia con los art. 1156 y 1157 CC, sin perjuicio de que se pueda utilizar el art. 1255 CC que permitiría a la entidad de crédito y al cliente endeudado pactar “libremente” las responsabilidades contractuales<sup>39</sup>.

A pesar de la existencia de algunas sentencias en sentido contrario, la realidad es que el deudor hipotecario responde del préstamo con todo su patrimonio y no es posible el levantamiento de la deuda mediante la dación en pago de la vivienda de uso residencial, que sólo podría formularse como medida tutelada por la autoridad judicial.

Planteado el tema en el ámbito de la responsabilidad, varios especialistas consideran que:

**“la culpa en un sentido amplio, incluyendo la negligencia, es el único criterio de imputación de incumplimiento al deudor. Según el art. 1105 del CC habrá caso fortuito, y el deudor no tendrá que responder cuando la circunstancia que genere la falta de cumplimiento haya sido imprevisible e inevitable empleando la diligencia exigible. Para aplicar este art. Y que el deudor quede exonerado de responsabilidad contractual, según Pantaleón, deben concurrir cuatro requisitos:**

---

<sup>39</sup> Ver AA.VV. “Comentarios al Código Civil”, Lex Nova, Valladolid, 2010.

*1.La falta de cumplimiento debe haber sido provocada por un impedimento ajeno al ámbito del control del deudor.*

**En nuestro caso de deudores consumidores de buena fe, la imposibilidad de hacer frente al pago de las cuotas hipotecarias ha sido provocada por la crisis económica, con la consiguiente pérdida de ingresos, impedimento ajeno al ámbito de control del deudor.**

*2.Ha de tratarse de un suceso cuyo acaecimiento durante la vida de la relación contractual no fuera razonablemente previsible al tiempo de contratar.*

**La crisis económica era un acontecimiento imprevisible en el momento de contratar. O al menos así lo admiten la banca y las autoridades económicas y financieras.**

*3.Y debe tratarse de un suceso cuyo acaecimiento durante la vida de la relación contractual no fuera razonablemente previsible al tiempo de contratar.*

**Al tiempo de contratar el principal argumento utilizado por la banca para comercializar los préstamos hipotecarios era que “los pisos nunca bajan de precio” . Desde luego, lo que no se contemplaba por las entidades de crédito era una crisis económica con desplome de los precios de los inmuebles, criterio no discutido por los expertos y asumido de forma pacífica por la clientela.**

*4.Y debe tratarse de un impedimento inevitable en sí y en sus consecuencias, empleando la diligencia que correspondería al buen padre de familia.”<sup>40</sup>.*

Por eso, como indica un especialista en la materia como Zunzunegui, “ no puede hacerse recaer sobre los clientes que aceptaron las ofertas de préstamos hipotecarios de las entidades bancarias el deber de haber prevenido las consecuencias de la crisis sobre sus hipotecas. La diligencia que no se exige al profesional no puede exigírsele al consumidor. La banca podía haber prevenido la crisis y haber limitado el crédito hipotecario y no lo hizo. Todo lo contrario, forzó la máquina de concesión de créditos

---

<sup>40</sup> ZUNZUNEGUI,F.,”Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias”,en RDBB,un.129,enero-marzo 2013,pp.51-52.

alargando el plazo de las hipotecas, favoreciendo a través de su vinculación las tasaciones imprudentes, dando créditos por encima del 80% de la tasación y con otras prácticas incorrectas”<sup>41</sup>.

El propio Zunzunegui concluye muy certeramente que “de todo lo anterior podríamos concluir que la crisis es un supuesto de caso fortuito, que podía haber sido evitado por el profesional de crédito, aunque la industria bancaria lo niega, pero que en cualquier caso puede ser una causa de exoneración de la responsabilidad del deudor consumidor de buena fe por caso fortuito. Podríamos atribuir a la responsabilidad por hecho propio la decisión de compra del inmueble con un préstamo bancario, la conducta dolosa, si no fuera porque al tiempo de la compra el cliente era incapaz de entender e ignoraba los riesgos asociados a su decisión”<sup>42</sup>.

Ante tal estado de cosas y el drama social que conlleva para muchas familias o personas con tasas de sobreendeudamiento inasumibles a lo largo de toda una vida, se debe plantear el tema de posible propuesta de medidas a tomar en el futuro inmediato en un momento como el actual en que el asunto parece bloqueado por diferentes motivos.

Parece evidente e inexcusable en primer lugar que es necesario un cambio radical de actitud del Banco de España, tomando como propia la protección del consumidor o cliente bancario y debe llevar a cabo medidas legales o económicas que eviten la alarmante situación actual de personas sobreendeudadas que mantienen su deuda con la entidad de crédito además de haber perdido la vivienda, y en todo caso debe mantener una independencia como autoridad interna del mercado hipotecario, cumpliendo por translación los principios de la supervisión bancaria estipulados en Basilea III, que hemos tratado en otro capítulo de este trabajo<sup>43</sup>.

Coincidimos plenamente con el planteamiento de propuesta de medidas realizado por Zunzunegui, en orden a que sería necesario en primer lugar un acuerdo político asumido por la

---

<sup>41</sup> Ibidem

<sup>42</sup> Ibidem

<sup>43</sup> Capítulo I, apartados 1,2 y 3

AEB y CECA, en segundo lugar un código de conducta eficaz para la comercialización y ejecución de los préstamos hipotecarios<sup>44</sup>, evitar la usura resolver el problema de los swaps, ya en menor medida por ser menos grave el preservar la efectividad de los seguros y sobre todo la alternativa a la dación en pago.

Así de esta manera, si hubiere que llegar a la subasta del inmueble, su precio de salida no sería del 60% como dice la Ley vigente, siempre se mantendría el 80 % del valor de tasación, con lo cual se compensaría el perjuicio al deudor hipotecario<sup>45</sup>.

Parece imprescindible, como indica el Consejo de Consumidores y Usuarios, la creación de un **establecimiento de garantías para los consumidores en los embargos hipotecarios** para las familias, imponiendo a las entidades “en particular a aquellas que reciban ayudas del Gobierno ante la crisis financiera el control y supervisión con carácter previo a la iniciación de procedimientos de embargo judicial sobre créditos a los consumidores particularmente cuando se trate de la vivienda habitual o de la nómina, mecanismos que ya existen en otros ámbitos ...reestructuración de las deudas razonables con carencia de hasta dos años bajo la supervisión

---

<sup>44</sup> Este código de conducta que plantea dicho autor debería contener los siguientes puntos:

1.- La entidad acreedora, comunicará al cliente el procedimiento a seguir con carácter previo a la ejecución del inmueble.

Nos parece muy acertada la visión de Zunzunegui sobre la dación en pago, en el sentido de no considerar que la propuesta de dación en pago de las viviendas sea una solución porque supone una alteración de lo pactado, planteando dicho autor otra vía próxima mediante un mecanismo consistente en la no concesión de préstamos hipotecarios superiores al 80% del valor de tasación del inmueble. Y si los precios del mercado sufren una variación a la baja del 20%, la entidad crediticia debería haber dado al deudor hipotecario la opción de cancelar el crédito anticipadamente (*margincall*) o lo que es lo mismo la llamada al margen por parte de la banca al cliente hipotecado, para poder vender la vivienda antes de que su precio caiga por debajo del 80% del valor de tasación ó bien la de cubrir con un seguro la variación en minus sobre el crédito: estamos hablando de un descenso del precio del 20%.

2.- La entidad de crédito debe permitir al deudor presentar escrito de alegaciones sobre sus circunstancias sobrevenidas y ofrecer un plan de pagos.

3- La entidad de crédito deberá responder a todos y cada uno de los puntos de las alegaciones.

4.- Deber de información de la entidad de crédito, con carácter previo a la ejecución del préstamo, sobre los derechos del consumidor y las buenas prácticas financieras en la comercialización del préstamo.

5.- Compromiso de la entidad de crédito de atender la resolución favorable al cliente si próspera su reclamación, ante el Banco de España o ante Consumo.

6.- Compromiso de la entidad bancaria a admitir la dación en pago y liberación de la deuda hipotecaria al cliente si se acredita a posteriori una concesión irresponsable del crédito hipotecario.

<sup>45</sup> Respecto a la denominada “llamada al margen” (*margincall*) es muy ilustrativo el estudio conjunto coordinado por CUENA CASAS, M. et alii, “Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar”, Pamplona, 2009, al que nos referimos en otro lugar.

de las instituciones de consumo, asociaciones de consumidores y otras instituciones sociales que designe el consumidor”<sup>46</sup>.

Asimismo, recomienda “limitar y mitigar la morosidad en las entidades financieras lo que a su vez repercutiría en la circulación del crédito y la confianza de los consumidores ..... como quiera que los créditos están sometidos a contratos entre las partes, la fórmula de llevarlo a cabo podría ser la que ha adoptado el gobierno italiano de hacerlo por plazos. Esta labor podría encomendarse al Banco de España, que tiene otorgada la facultad de fijar los índices oficiales, según la Orden de Transparencia en los Créditos Hipotecarios... el gobierno podría establecer las limitaciones de perfil, características y evolución de la deuda y las condiciones necesarias para el pago del diferencial”<sup>47</sup>.

La propuesta del Consejo de Consumidores va más allá y plantea las siguientes Medidas:

**1.- Establecer líneas de crédito puente destinadas a la rehabilitación de la hipoteca, a coste asumible para el consumidor y evitando así la ejecución judicial.**

**2.- Posibilidad de obtener préstamos a cuenta de las prestaciones futuras de los planes y fondos de pensiones.**

**3.- Obligación de todas las entidades de crédito de acceder a la ampliación del plazo de amortización a petición del consumidor sobreendeudado.**

**4.- Modificación del art. 131 de la Ley Hipotecaria y su equivalente en la Ley de Enjuiciamiento Civil para permitir a los consumidores paralizar la ejecución hipotecaria, y en lugar de ordenar la subasta del bien establecer obligatoriamente un acuerdo entre acreedor y deudor.**

**5.- Puesta en marcha de un procedimiento judicial específico para el caso de no llegar a un acuerdo en el procedimiento extrajudicial anterior en base a las facultades que le confiere al juez el art. 11 de la Ley 28/98 de Venta a Plazos de Bienes Muebles, para lo**

---

<sup>46</sup> “Dictamen...” ,pp.19-20

<sup>47</sup> ”Dictamen...” ,pp.22-23

que sería necesario una nueva redacción de dicho art. tomando como modelo lo contemplado en el Código Civil francés art. 1244.1,2 y 3.

6.- Exención de tributos y tasas a los consumidores y supresión de aranceles notariales y registrales en la elaboración de las escrituras de cancelación de hipoteca.<sup>48</sup>

Finalmente, el Dictamen del Consejo de Consumidores citado propone las siguientes

**Medidas legislativas y regulatorias:**

1.- Nueva regulación y control del crédito y reforma de la normativa sobre transparencia bancaria para acabar con los abusos en la comercialización de hipotecas

2.- Regulación eficaz y controlada de la publicidad financiera, siempre confusa, casi siempre engañosa y muchas veces fraudulenta.

3.- Implementación de la regulación de los intermediarios de crédito con el fin de controlar la actuación de dudosa honestidad de numerosas consultoras financieras.

4.- Revisar y actualizar la Ley de Represión de la Usura de 1908

5.- Promulgación de la “ Ley de sobreendeudamiento familiar” similar a experiencias de numerosos países europeos donde se protege de forma eficaz a consumidor y se reordenan sus deudas.

6.- Promover la educación financiera en todos los niveles.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> “Dictamen...”pp.24 y s.s.

<sup>49</sup> “Dictámen...”pp.27-28

## **6-. LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR ANTE LOS DESAHUCIOS**

**(Comentarios a la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda alquiler social)**

### 1.Procedimiento judicial de ejecución.

Como es conocido es frecuente en la situación económica actual numerosos casos de impago de cantidades debidas de un préstamo hipotecario, en cuyo caso la entidad financiera acreedora inicia un procedimiento judicial de ejecución para cobrar la deuda.

El primer paso será la demanda ejecutiva contra el deudor ante los Juzgados de Primera Instancia y a partir de la publicación de la Ley 1/2013 será necesario que el retraso del pago sea superior a tres meses para que el Banco pueda dar la deuda por vencida y reclamarla judicialmente al cliente.

A continuación se inicia el paso de notificación de la demanda al deudor y requerimiento de pago al mismo, y a continuación el Juez solicitará al Registro de la Propiedad una Certificación de inscripción de hipoteca y de más cargas que graven el inmueble.

El deudor podrá paralizar el procedimiento de ejecución hasta el día de celebración de la subasta pero deberá consignar antes el importe total que estuviese vencido en el momento de presentación de la demanda, incluyendo los intereses producidos y las costas del procedimiento.

Caso de iniciarse la subasta pueden darse dos supuestos:

a) Que no concurren postores. Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor, en el plazo de veinte días, pedir la adjudicación del bien. Si se trata de vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por ciento del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o, si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 por ciento. Si no se trata de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación por el 50 por ciento del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.

b) Que concurra postores. Si la mejor postura es igual o superior al 70 por ciento del valor por el que el bien ha salido a subasta, se aprobará el remate a favor del mejor postor. Y si la mejor postura ofrecida en la subasta es inferior al 70 por ciento del valor por el que el bien sale a subasta, el ejecutado dispone de diez días para presentar a un tercero que mejore la postura ofreciendo una cantidad superior al 70 por ciento, o que, aun inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante. Transcurrido este plazo sin que el deudor presente a un tercero que mejore la postura, el ejecutante podrá solicitar la adjudicación del bien por el 70 por ciento de dicho valor o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al 60 por ciento de su valor de tasación y a la mejor postura.

Ahora bien, cuando el ejecutante no haga uso de esta facultad, se aprobará el remate en favor del mejor postor, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50 por ciento del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos la cantidad por la que se haya despachado ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. Si la mejor postura no cumpliera estos requisitos, el Secretario Judicial responsable de la ejecución, oídas las partes, resolverá sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor. Cuando el Secretario deniegue la aprobación del remate, se procederá con arreglo a lo previsto para el supuesto de que no concurran postores.

A continuación, puede derivarse la siguiente casuística: que el importe por el que se haya adjudicado finalmente el inmueble cubra la deuda reclamada por el ejecutante, o bien, que el importe obtenido de la adjudicación no cubra el total de la deuda. En el primer caso, se entregará al ejecutante el importe reclamado y de existir sobrante se destinará este, en primer lugar, a los acreedores que tengan derechos posteriores inscritos tales como cargas anotadas con posterioridad a la hipoteca que se ejecuta como consecuencia de otros procesos de reclamación de deudas que se sigan contra el deudor o segundas hipotecas del bien. Si no existen tales derechos posteriores o si una vez atendidos sigue existiendo sobrante, el mismo se pondría a disposición del deudor.

En el segundo supuesto, es decir, que el importe obtenido de la adjudicación no cubra el total de la deuda, el ejecutante sólo verá satisfecha parte de la deuda, de forma que podrá reclamar el restante importe al deudor en futuros procedimientos puesto que en España la responsabilidad en caso de préstamos hipotecarios es “universal”, esto es, el deudor responde no sólo con el bien inmueble que ha dado en garantía sino con todos sus bienes presente y futuros.

Sin embargo, la reciente Ley 1/2013, de 14 de mayo, suaviza esta responsabilidad patrimonial del deudor para el caso de la vivienda habitual estableciendo dos supuestos de liberación de deuda:

1-El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por ciento de la cantidad total que entonces quedará pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero.

2-El ejecutado también quedará liberado si, no pudiendo satisfacer el 65 por ciento dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por ciento dentro de los diez años siguientes.

Una vez ejecutada la subasta, se ha de modificar la titularidad del bien inmueble en el Registro de la Propiedad a favor del adjudicatario en la subasta, quien tendrá derecho a que se le ponga en posesión del inmueble.

En el caso de que el inmueble se hallase ocupado, que es lo habitual, se acometerá el “lanzamiento judicial” de los ocupantes, es decir, a su desalojo del inmueble. No obstante, entre mayo de 2013 y mayo de 2015 no procederá el lanzamiento judicial cuando en un proceso judicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en la Ley 1/2013.

2.La ejecución hipotecaria tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

Como es sabido, las ejecuciones hipotecarias en los últimos cinco años y las consiguientes adjudicaciones de viviendas han originado situaciones sociales dramáticas, y las consecuencias derivadas de los procesos de lanzamiento judicial se han dimensionado con la irrupción de colectivos ciudadanos que vienen luchando contra la figura de la hipoteca, de todos los excesos del sistema bancario y de la injusticia del procedimiento de ejecución hipotecaria. Al debate mediático y político originado, se ha venido a sumar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, C-415/11 o Sentencia del caso Aziz, lo que ha supuesto el cuestionamiento público sobre la regulación de la ejecución hipotecaria en España. Dicha Sentencia del Tribunal Europeo no consagra la dación en pago del bien hipotecado ni declara la improcedencia de una demanda judicial en caso de impago de un préstamo hipotecario, sino, lo que hace es declarar que nuestro sistema de ejecución hipotecaria debía incluir la posibilidad de que se ventilara en el propio proceso la posible abusividad o no de alguna de sus cláusulas en el marco de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 “sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”.

Con estos antecedentes, se ha gestado la tramitación parlamentaria en España de la Ley 4/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

La nueva Ley se divide en cuatro Capítulos que contienen disposiciones que afectan a la ejecución hipotecaria. Así, en el Capítulo I se regula la suspensión del lanzamiento de la vivienda hipotecada y adjudicada; en el Capítulo II se prevén medidas de mejora del mercado hipotecario, y entre otras cuestiones, la nueva regulación de la venta extrajudicial notarial; en el Capítulo III, dentro de las mejoras en el procedimiento de ejecución hipotecaria, se modifican numerosos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, por último, en el Capítulo IV se viene a transcribir, casi en su totalidad, el RDL 6/2012, de 9 de marzo, y extiende sus efectos a los avalistas hipotecarios respecto de su vivienda habitual en igual modo y con las mismas condiciones que para el caso del deudor hipotecario.

Llama la atención que la Ley 1/2013 no haya cedido ante las presiones que exigían el “sí se puede” de la dación en pago y, que en consecuencia, descarte la consagración de la dación en pago universal de la vivienda habitual para el deudor hipotecario y la dación en pago respecto de cualquier otro tipo de inmueble gravado objeto de ejecución. Tampoco prevé la Ley

1/2013 ninguna modificación sobre el principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 del Código Civil. No obstante, sí que introduce una nueva limitación en cuanto a la parte no cubierta del crédito tras la ejecución hipotecaria de una vivienda habitual consistente en que el acreedor podrá continuar reclamando y no se suspenderá la ejecución tras la adjudicación de la finca que constituya vivienda habitual, pero el ejecutado quedará liberado de la deuda si en el plazo de cinco años su responsabilidad queda cubierta en el 65 por ciento del remanente adeudado tras la ejecución hipotecaria o si, no se hubiera cubierto ese 65 por ciento en cinco años, si satisficiera el 80 por ciento en diez años.

A su vez, la Ley 1/2013, para el caso de que nos encontremos con una ejecución hipotecaria sobre vivienda habitual, permite hacer partícipe al deudor ejecutado del 50 por ciento de la plusvalía obtenida por el ejecutante en la enajenación de la vivienda dentro del plazo de 10 años desde la adjudicación o remate, en caso de que se siga teniendo deuda no satisfecha con el acreedor.

La Ley 1/2013 introduce un nuevo mecanismo procesal para saber si las cláusulas son abusivas o no como consecuencia de la Sentencia del TJUE citada anteriormente, puesto que incluye una nueva causa de oposición en la ejecución hipotecaria en el artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando indica que “carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible”, toda vez que se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la causa se estime si bien en otro caso se prolongaría la ejecución no aplicando la cláusula abusiva, debiendo indicarse que la decisión judicial sobre la procedencia o no de la causa de oposición no admite recurso, independientemente de que se limite al propio procedimiento de ejecución su efectividad. Debe anotarse también que estos aspectos sobre la valoración en el procedimiento de ejecución de posibles cláusulas abusivas se introduce también en el supuesto de ejecución notarial, según el artículo 129.2.

La Ley 1/2013, modifica el procedimiento ejecutivo en el sentido de que el órgano judicial competente, pueda bien de oficio o bien a instancia de parte, apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, en consecuencia, acordar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de aquéllas cláusulas consideradas abusivas. Tal regulación se adopta a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión

Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el caso por la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 2013.

Esta Ley realmente lo que hace es reducir los intereses de demora hasta tres veces el tipo del interés legal del dinero en las hipotecas, al tiempo que prohíbe toda capitalización de estos intereses y que sólo podrán devengarse por el capital pendiente y ordena que para comenzar una ejecución hipotecaria que reclame todo lo adeudado, serán necesarios como mínimo que estén o existan tres mensualidades sin abonar, aunque contemplando la obligatoriedad de que los acuerdos deban constar en la escritura (artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Así mismo, se limitan las costas procesales en favor del deudor ejecutado que quedan limitadas al 5 por ciento de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva.

3.La Sentencia 13/2011, de 2 de mayo de 2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona.

Esta Sentencia es consecuencia de la cuestión prejudicial que plantea este Juzgado ante el Tribunal de Luxemburgo y falla sobre tres cláusulas del contrato de préstamo hipotecario que son claves sobre los intereses moratorios, el vencimiento anticipado y la llamada cláusula de liquidez, declarando abusivas las tres y originando que la cantidad reclamada en el procedimiento de ejecución no fuera líquida en las cantidades exigidas en la ejecución hipotecaria.

La importancia de esta Sentencia y su particularidad radican en que no se pronuncia sobre si procede la continuación o no de la ejecución hipotecaria, que se entiende que ya acabó y lo hace porque no se dicta por el órgano judicial que se encargó de ella y porque además no fue dictada durante la vigencia de la Ley 1/2013 que permite solventar las cuestiones indicadas.

Dicho fallo considera claramente abusiva la cláusula del vencimiento anticipado en el supuesto de que se haya dejado de pagar sólo un vencimiento, ya que ello debe entenderse y así

lo manifiesta únicamente para obligaciones sucesivas y periódicas bien de pago o bien de amortización, sobre los intereses de mora falla asimismo que son abusivos por exceso y porque resultan de un cálculo inadecuado porque incluye también los intereses y no rebaja la cuantía considerada como abusiva, aspecto en el que coincide con la famosa sentencia europea C/618/10 de 14 de Junio de 2012.

## **BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA**

-Actas I Congreso Nacional “Desahucios hipotecarios: un drama social y un problema legal”, Facultad de Derecho de Granada, Universidad de Granada.

-Actas Congreso Internacional “Vivienda, préstamo y ejecución”, Universidad de Sevilla, 24 y 25 de Septiembre de 2015.

-DOMINGUEZ LUELMO, A. y otros. “Comentarios a la Ley Hipotecaria” Editorial Lex Nova, S.A. Valladolid 2013.

-DOMINGUEZ LUELMO, A. y TORIBIOS, F , “Ejecución hipotecaria de vivienda: rehabilitación del préstamo y enervación de la acción”. Lex Nova. Valladolid 2010.

-DOMINGUEZ LUELMO, A. “La Hipoteca de propiedad”, Reus 2010.

## **7.-CONCLUSIONES**

Resulta evidente que todas las medidas indicadas así como también todas estas pretensiones reclamadas , lógicas por otra parte, del Consejo de Consumidores y Usuarios, así como otras similares de diferentes asociaciones privadas o de afectados por malas prácticas bancarias, obedecen a un desiderátum de máximos; sin embargo, por otra parte resulta evidente que no pocas prácticas bancarias como las estudiadas aquí y otras que por razón de espacio no se citan, han contribuido a que sin más la entidad de crédito pueda comercializar en mejores condiciones para ellas a interés variable ( por el efecto Euribor) debido a que gran parte del

riesgo de tipo de interés lo asume el deudor adquirente de vivienda por las llamadas cláusulas suelo o por “swaps”, por no hablar de que las autoridades han permitido refinanciar las entidades de nuestro país de forma masiva mediante las denominadas “cédulas estructuradas”, que en realidad no son cédulas hipotecarias de las contempladas en el art. 12 LMH.

También resulta evidente, a la luz de otras experiencias internacionales, que resulta muy dificultosa la aplicación en la práctica y la admisión de la dación en pago, que es muy excepcional en Europa y sólo es plenamente admitida en USA por las propias particularidades del sistema hipotecario estadounidense de origen anglosajón y por tanto muy diferente al modelo europeo continental que es el nuestro.

Respecto a *las cláusulas suelo*, es claro que su problemática es compleja, pero resulta evidente que a menudo de forma engañosa y fraudulenta la entidad de crédito concedente oferta al consumidor adquirente de vivienda unas condiciones de préstamo hipotecario en las cuáles se cubre parte del riesgo de tipo de interés con aportaciones a mayores a cargo del consumidor sin el pleno conocimiento de éste, por lo que resulta evidente la invalidez de este tipo de cláusulas, si tenemos en cuenta que la mayoría de ellas han sido comercializadas de manera que el consumidor no ha podido formar correctamente su voluntad, ( art. 82.1 RDL 1/2007) por lo que en opinión de la mayoría de los especialistas podrán ser declaradas nulas a pesar de la previa escrituración ante Notario.

Finalmente, resulta también evidente , y aún de forma más clara, la actitud placenteramente engañosa respecto al consumidor de las entidades de crédito, en la comercialización y en los denominados “swaps”, debido a la propia complejidad y contenido intrínseco al producto, ya que casi siempre lo que venden como seguro para el deudor adquirente, realmente es un seguro para la entidad bancaria, siendo también por ello evidente su nulidad , máxime teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos se realizan sin Escritura Pública.

## 8.- BIBLIOGRAFIA

-Actas del Congreso Internacional “Vivienda, préstamo y ejecución”, Universidad de Sevilla, Facultad de Derecho, 24 y 25 de Septiembre de 2015.

-ALVAREZ MORENO, “Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 17, 1993.

-ALVAREZ RUBIO, J., “Algunas reflexiones en torno a la reforma de “freshstart” del consumidor en USA”, en *Anuario de Derecho Concursal, XIV (2008)*, pp. 233 y ss.

-ANDENA, M., y HADJIEMMANUIL, C., “Banking supervision, the internal market and European Monetary Union”, en ANDEBAS, M., GORMLEY, L., HADJIEMMANUIL, C. y HARDEN, I. (eds), *European Economic and Monetary Union: The Institutional Framework*, La Haya-Londres-Boston, 1997.

-BALBE, M., “Estado competitivo y organización europea”, 1977.

-BARTH, JR., ed. “Research Handbook on International Banking and Governance”, Chapman University, US, 2013.

-BERCOVITZ, A., “El Derecho del mercado de capitales”, RDBB, núm. 29, 1988.

-BERCOVITZ, A. y BERCOVITZ, R., “Estudios jurídicos sobre protección de consumidores”, Madrid, 1987.

-BURLING, J., y LAZARUS, K., ed. “Research Handbook on International Insurance Law and Regulation”, London, 2012.

-CASTILLA CUBILLAS, M., “La implementación de la nueva Directiva de crédito al consumo y la protección sustantiva de los usuarios de tarjetas de crédito”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil, XXIX, n° 118 (2010)*, pp. 79 y ss.

-CRUCES GONZALEZ, J.A.,”La protección del consumidor en el Derecho Comunitario”, en GALAN CORONA,E.,(dir.) en *Reforma del Derecho Privado y protección*

*del consumidor. Jornadas organizadas por la Universidad de Salamanca y el Centro Asociado de la UNED en Avila, Valladolid, 1994, pp. 25 y s.s.*

-DIEZ-PICAZO, “Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas”, Madrid, 1996.

-DOMINGUEZ LUELMO, A., “La unificación del Derecho contractual europeo por vía jurisprudencial”, Universidad de Valladolid, P.I. subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España (REF.DER2012-32484).

DOMINGUEZ LUELMO, A. y TORIBIOS FUENTES, F., “Ejecución hipotecaria de vivienda, rehabilitación del préstamo y enervación de la acción”, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2010, 232 pp.

- DOMINGUEZ LUELMO, A. “Comentarios al Código Civil”, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2010

-EIJFFINGER, S. y MASCIANDARO, D., “Handbook of Central Banking, Financial Regulation and Supervision”, Universidad de Bocconi, Italia, 2013.

-FAUS MONPART, E., “Regulación y desregulación”, Barcelona, 2001.

-GARCÍA AMIGO, “Las cláusulas abusivas en el Derecho Comunitario. Su aplicación a los servicios financieros”, AD, núm. 44.

-GARRIGUES, A., “Contratos bancarios”, Madrid, 1975.

-GETE-ALONSO CALERA, M.C., “Caracterización jurídica del crédito al consumo en la Comunidad Europea (Directiva 2008/48/CEE/CE)”, en *Advocatus*, XIX (2008), pp. 51 y ss.

-HERRERA DE LAS HERAS, R., “La protección de los consumidores en los contratos de crédito al consumo no concedidos por entidades de crédito. El problema del sobreendeudamiento después de la nueva Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo

relativa a los contratos de crédito al consumo. Una perspectiva de derecho comparado”, en *Actualidad Civil*, VI (2010), pp. 611 y ss.

-HIDALGO GARCIA,S,,”El contrato y los terceros”,Ed,Thonsom/Reuters/Lex Nova,2011.

-HIDALGO GARCIA,S,,”La vinculación contractual en la reciente Ley de Crédito al Consumo”,en*Revista de Derecho Comercial del consumidor y de la empresa*,vol.11,Argentina,2011,pp.110-130.

-HIDALGO GARCIA,S,,”Comentarios al Código Civil”, (director Andrés DominguezLuelmo”,Ed.Lex Nova,2010

-LABROSSE, J.R., “Financial Crisis Containment and Government Guarantees”, University of Buckingham, 2013.

-LAGUNA DE PAZ,J.C.,”El mecanismo europeo de supervisión bancaria”,en*Revista de Administración Pública*,num.194,pp.1-29,Madrid,mayo-agosto (2014).

-LAGUNA DE PAZ,J.C.,”¿Quién,qué y cómo supervisar a las entidades financieras?,en J.J:DIEZ SANCHEZ (coord.) *Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo,INAP,Madrid,191.*

-LAGUNA DE PAZ,J.C.,”Servicios de Interés Económico General”,Civitas-Thomson Reuters,Madrid,pp.209-214,2009.

-MARIN LOPEZ, M.,”El crédito al consumo y el crédito hipotecario: regulación en la UE y tratamiento en el Derecho español”,en CAMARA LAFUENTE Y ARROYO AMAYUELAS,*Op.cit,pp.341 y s.s.*

-MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L., "Problemas de cobertura jurídica de la supervisión bancaria del BCE en la nueva Unión Bancaria y apuntes para su solución", en *Revista de Estudios Europeos*, num.63, julio-diciembre, pp.79-114, Valladolid, 2013.

-MILLER, G.P. and CAFAGGI, F., "The Governance and Regulation of **International Finance**", Humbolt University, Berlín, 2013.

-NIEMI, J., "Overindebted Household and Law: Prevention and Rehabilitation in Europe", en *NIEMI, J., RAMSAY, I. Y WHITFORD, W. C. (EDS), Consumer Credit, Debt and Bankruptcy. Comparative and International Perspectives, Oxford/Portland (oreg.), pp. 93 y ss.*

-NIEMI-KIESILÄINEN, J. Y HENRIKSON, A.-S., "Legal Solutions to Debt Problems in Credit Societies", (informe para el Consejo de Europa, 13/2006).

-PALAO MORENO, G., "La protección de los consumidores en el Derecho Comunitario Europeo", en REYES LOPEZ, M.J. (Coord.) *Derecho de Consumo*, Valencia, 2002, pp.37 y s.s..

-RAMOS HERRANZ, I. Y GHIGI, C., "UNION EUROPEA. Nueva Directiva de crédito al consumo", en *Derecho de los Negocios*, XIX num.216 (2008) pp.49 y ss.

-REYES LÓPEZ, M.J., "Apunte sobre el futuro de la regulación del crédito al consumo, a la luz de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo", en *Noticias de la Unión Europea*, n° 332 (2012), pp. 3 y ss.

-RUBIO GARCIA, D., "La acción comunitaria a favor de los consumidores europeos", en *Revista de Estudios Europeos*, xiii (1996) pp.45-55.

-RUBIO LOZANO, E., “Sobre la interpretación y alcance de la Directiva relativa a los contratos de crédito al consumo”, en *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal, II, nº 8 (2012)*, pp. 1 y ss.

-SÁNCHEZ-CALERO, “La delimitación de la figura de entidad de crédito y la de otros sujetos”, RDBB, núm. 23, 1986.

-SANCHEZ FERNANDEZ, D.,”La política de Consumo en la Comunidad Europea, en *Revistade Estudios Europeos,II (1992)*,pp.23-43.

-SANCHEZ SANCHEZ, “Análisis financiero de una nueva modalidad de préstamo”, CDC, núm. 20, 1996.

-SERRANO GÓMEZ, E., ANGUITA VILLANUEVA, L.A. Y ORTEGA DOMENECH, J., “Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física”, en *CUENA CASAS, M. (Coord.) Familia y concurso de acreedores, Cizur Menor, 2010*, pp. 25 y ss.

-TOMÁS MARTÍNEZ, G. Y GÓMEZ TRUJILLO, L., “La integración del mercado hipotecario europeo: la Propuesta de Directiva sobre los Contratos de Crédito para Bienes Inmuebles de Uso Residencial”, en *Revista General de Derecho Europeo, XXV (2011)*, pp. 1 y ss.

-TWIGG-FLESNER, C.,”La Directiva sobre Derechos de los consumidores en el contexto del Derecho de consumo de la UE”, en CAMARA LAFUENTE,S.,(DIR.) Y ARROYO AMAYUELAS,E., (coord.) *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores.Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un Derecho Europeo de la compraventa de octubre de 2011*,Cizur Menor,2012,pp.81 y s.s.

-VEGA SERRANO,J.M.,”El Banco de España y el Sistema Europeo de Supervisión”, en MUÑOZ MACHADO,S.y VEGA SERRANO,J.M.,(dirs.),BOBES SANCHEZ,M.J.,(coord.) *Derecho de la regulación económica.X. Sistema Bancario*,Iustel,Madrid,2013,pags.200-204.

## 9.- NORMATIVA CONSULTADA

-Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. (BOE del 14).

-Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras. (BOE de 24).

-Circular nº 2/2005, de 25 de febrero, del Banco de España, sobre ficheros automatizados con datos de carácter personal gestionados por el Banco de España. (BOE de 22 de marzo) Anejo I.

-Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago. (BOE de 18).

-Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. (BOE de 29). (Corrección de errores BOE de 3 de diciembre).

-Circular nº 8/1990, de 7 de septiembre. Entidades de crédito. Transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE de 20). Instr. 3ª.1.bis), 5ª.1.f), i) y j), 6ª.bis.8ª.1.e.) y Anexos VII y VIII.

## **10.- NORMATIVA NACIONAL SOBRE ENDEUDAMIENTO, INFORMACIÓN CREDITICIA Y PROTECCIÓN DEL DEUDOR.**

Marco jurídico nacional (no se incluye aquí la normativa europea, el marco común de referencia y los PECL que sin embargo hemos utilizado obviamente en otros trabajos)

-RD 685/1982 de regulación del mercado hipotecario.

-Ley 26/1984 de 19 de julio para la defensa de consumidores y usuarios.

-Ley 26/1988 de 29 de Julio sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito.

-Circular 8/1990 de 7 de septiembre sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (regula tipos de interés, comisiones, publicidad, organización y servicio de reclamaciones).

-Ley 2/1994 de 30 de marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

-Orden de 5 de mayo de 1994 de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

-Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de contratación y transposición de la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores.

-Ley 6/2003 de 22 de diciembre de Estatuto de las personas consumidoras y usuarias.

-Orden ECO/737/2004 de 11 de marzo, sobre servicios de atención al cliente y defensa del cliente en las entidades de crédito.

-Ley 44/2006 de 29 de diciembre de mejora de la protección de consumidores y usuarios.

-Ley 22/2007 de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros, para la transposición de la Directiva europea 2002/65/CE del Parlamento y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002.

-Desde 2007 Directivas europeas MiFID (Markets in Financial Instruments Directive) sobre políticas comunitarias de información contractual destinadas al inversor.

-RD Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, Texto Refundido de la Ley 26/1984 para la defensa de consumidores y usuarios y la Ley 44/2006 .

-Ley 41/2007 de 7 de diciembre que modifica la Ley 2/1981 de 25 de marzo de regulación del mercado hipotecario.

-Ley 2/2009 de 31 de marzo sobre la regulación de los préstamos y créditos hipotecarios concedidos por instituciones distintas a las entidades de crédito.

-RD 712/2010 que desarrolla la Ley 2/2009 de 31 de marzo.

-Ley 16/2011 de 24 de junio de contratos de crédito al consumo que deroga la Ley 7/1995 de 23 de marzo de crédito al consumo e incluye y transpone la Directiva europea 2008/48/CE.

-Ley 2/2011 de 4 de marzo de economía sostenible, art. 40 que regula la información para la formalización del contrato hipotecario .

-Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias.

-Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre de 2011 sobre transparencia y protección de clientes bancarios.

-Circular 5/2012 de 27 de junio del BE sobre transparencia de los servicios bancarios y concesiones de préstamos.

-Código de Buenas Prácticas Bancarias del BE, incluido en el RD Ley 6/2012 de 9 de marzo de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios.

-RD Ley 27/2012 de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios.

-Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social.

-RD Ley 1/2015 de 27 de febrero, sobre acuerdo extrajudicial de pagos y nuevo régimen de exoneración de deudas para el deudor persona física.

-Ley 25/2015 de 28 de julio de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.