

REVISTA JURÍDICA

n.º 46 • 2013

REGIÓN de MURCIA

Fundación Mariano Ruiz Funes



Revista Jurídica
Región de Murcia
N.º 46 2013

COMPOSICIÓN DEL PATRONATO DE LA FUNDACIÓN MARIANO RUIZ FUNES CORRESPONDIENTE AL AÑO 2013

1. PRESIDENTE: Excmo. Sr. D. Ramón Luis Valcárcel Siso
Presidente de la Comunidad Autónoma de Murcia

2. PATRONOS:

A. Comunidad Autónoma de Murcia.

-Vicepresidente: Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sánchez

Consejero de Presidencia

-Vocal: Ilma. Sra. D.^a Ana Vanesa Torrente Martínez

Secretaria General de la Consejería de Presidencia

-Vocal: Ilmo. Sr. D. Francisco Ferrer Meroño.

Director de los Servicios Jurídicos de la Consejería de Presidencia

B. Ilustre Colegio de Abogados de Murcia.

-Vicepresidente: Excmo. Sr. D. Francisco Martínez-Escribano Gómez

Decano del Colegio

-Vocal: D.^a Helena Rivera Tortosa

Secretaria del Colegio

-Vocal: Ilmo. Sr. D. Pedro Salazar Quereda

Bibliotecario-Contador del Colegio.

C. Universidad de Murcia.

-Vicepresidente: Ilmo. Sr. D. Faustino Cavas Martínez

Decano de la Facultad de Derecho

-Vocal: Doctor D. Fernando Jiménez Conde.

Director de la Escuela de Práctica Jurídica.

-Vocal: Doctor D. Guillermo Rodríguez Iniesta.

Director de la Escuela de Práctica Laboral.

MIEMBROS NO PATRONOS

Director: D. Felipe Ortega Sánchez. Abogado

Secretaria: Doña Carmen Caturla Carratalá. Letrada del Consejo Jurídico de la Región de Murcia

Consejo de Redacción:

Don Andrés Arnaldos Cascales

Don Ángel Hernández Martín

Don Aurelio Llanes Castaño

Don Felipe Ortega Sánchez

Don Francisco Carrillo Vinader

Don Francisco Coronado Fernández

Don Francisco Martínez-Escribano Gómez

Don Jaime Peris Riera

Don Joaquín Ataz López

Don Jorge López Fernández

Don José Antonio López Pellicer

Don Manuel Campos Sánchez

Don Maximiliano Castillo González

Don Miguel Pardo Domínguez

Don Pedro Salazar Quereda

Doña Angeles Sánchez Jiménez

Doña Ascensión Martín Sánchez

Doña Encarnación Serna Meroño

Doña Pilar Alonso Saura

Doña Teresa García Calvo

Edita: Ilustre Colegio de Abogados de Murcia

C/. La Gloria, 25 b

Teléfono 968 22 26 66

20003 Murcia

ISSN: 0213-4799

Depósito legal: MU-329-1985

Producción: O. A. Boletín Oficial de la Región de Murcia

Primer semestre 2013

Sumario

EDITORIAL

EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y CRÉDITO RESPONSABLE

Jorge López Fernández

Registrador de la propiedad

DOCTRINAL

EJECUCIÓN HIPOTECARIA: IMPOTENCIA DEL CONSUMIDOR

Raquel Sánchez Hernández

Rafael Jordá García

EL CONSUMIDOR FRENTE A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

María Pilar Mollar Piquer

Silvia Vilar González

EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA Y SUS PUNTOS CIEGOS EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ

Germán M. Teruel Lozano

NORMATIVA REGIONAL Y ESTATAL

NORMATIVA ESTATAL.- DISPOSICIONES GENERALES.- AÑO 2012

NORMATIVA REGIONAL.- DISPOSICIONES GENERALES.- AÑO 2012

JURISPRUDENCIA

FICHAS DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL XVIII

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE REVISTAS

Amparo Avilés Perea

CRITERIOS DE CALIDAD. LATINDEX

CARACTERÍSTICAS BÁSICAS (PRERREQUISITOS PARA EVALUAR LA REVISTA)

1. Mención del cuerpo editorial: se debe mencionar la existencia de un consejo editorial, de redacción o responsable científico.
2. Contenido científico para calificar positivamente al menos el 40% de los documentos publicados en los fascículos a evaluar, estará constituido por: a) artículos originales; b) artículos técnicos; c) comunicaciones en congresos; d) cartas al director o artículos breves) artículos de revisión, estados del arte, etc.).
3. Antigüedad mínima de un año; para ser analizada una publicación deberá haber comenzado a editarse al menos 12 meses antes del momento de hacer el análisis.
4. Identificación de los autores. Los trabajos deben estar firmados por los autores con nombre y apellidos o declaración de autor institucional.
5. Lugar de edición: Deben hacerse constar en lugar visible el lugar de edición de la revista.
6. Entidad editora: Debe hacerse constar en lugar visible la entidad o institución editora de la publicación
7. Mención del Director: en la revista deberá constar el nombre del director de la publicación.
8. Mención de la dirección de la revista: Deberá aportarse en lugar visible la dirección postal o de correo electrónico de la administración de la revista a efectos de solicitud de suscripciones, canje, etc.

PARÁMETROS RELATIVOS A LA PRESENTACIÓN DE LAS REVISTAS

9. Páginas de presentación (Cubierta/portada): Deberán incluir título completo, ISSN, volumen, número, fecha y membrete bibliográfico.
10. Mención de periodicidad: Es condición inexcusable que la revista exprese o mencione su periodicidad o, en su defecto, el número de fascículos que editar al año.
11. Tabla de contenido: Califica positivamente cuando existe en cada fascículo tabla de contenido, índice o sumario en los que consten los datos del título, autor y al menos página inicial.
12. Membrete bibliográfico al inicio del artículo: Califica positivamente si el membrete bibliográfico aparece al inicio de cada artículo e identifica la fuente.

13. Membrete bibliográfico en cada página: Califica positivamente si el membrete que identifica la fuente aparece en cada página de los artículos publicados.
14. Miembros del Comité Editorial o Consejo de Redacción: Califica positivamente si aparecen los nombres de los miembros del Comité Editorial o Consejo de Redacción de la Revista.
15. Afiliación institucional de los miembros del Comité editorial o Consejo de Redacción: Califica positivamente si se proporcionan los nombres de las instituciones a las que están adscritos los miembros del Comité editorial (a no confundir con el Consejo Asesor o Comité Científico, cuyos miembros también deberán ir a acompañados de sus lugares de trabajo). No basta que se indique solo el país.
16. Afiliación de los autores: Deberá proporcionarse al menos el nombre de la institución de trabajo del autor o autores de cada artículo. Esta información podrá encontrarse tanto al principio como al final de cada artículo, así como en las “listas de colaboradores” o “información sobre los autores” que aparecen entre las primeras o entre las últimas páginas de cada fascículo.

PARÁMETROS RELATIVOS A LA GESTIÓN Y LA POLÍTICA EDITORIAL

17. Fecha de recepción y aceptación de originales: Califica positivamente solo si se indican ambas fechas.
18. ISSN: Califica positivamente la existencia de código ISSN.
19. Definición de la revista: Califica positivamente si en la revista se menciona el objetivo, cobertura temática y/o público al que va dirigida.
20. Sistemas de arbitraje: en la revista deberá constar el procedimiento empleado para la selección de los artículos a publicar.
21. Evaluadores externos: Califica positivamente si el sistema de arbitraje recurre a evaluadores externos a la entidad o institución editora de la revista.
22. Autores externos: Califica positivamente si al menos el 50% de los trabajos publicados provienen de autores externos a la entidad editora de la revista. En el caso de revistas editadas por asociaciones se considerarán autores pertenecientes a la entidad editora los que formen parte de la directiva de la asociación o figuren en el equipo de la revista.
23. Apertura editorial: Califica positivamente si al menos una tercera parte del Comité editorial o Consejo de Redacción es ajena a la entidad editora de la revista.
24. Servicios de información: Califica positivamente si la revista está incluida en algún servicio de indización, resúmenes, directorios o bases de datos. Este campo califica positivamente tanto si la base de datos es mencionada por la propia revista, como si lo agrega el calificador (a partir de la búsqueda hecha para tal fin).
25. Cumplimiento de la periodicidad: Califica positivamente si la revista edita al año el número de fascículos correspondientes con la periodicidad expresada.

PARÁMETROS RELATIVOS A LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTENIDOS

26. Contenido original: Califica positivamente si al menos el 40% de los artículos son trabajos de investigación, comunicación científica o creación originales.
27. Instrucciones a los autores: Califica positivamente si aparecen las instrucciones a los autores sobre el envío de originales y resúmenes en cada fascículo.
28. Elaboración de las referencias bibliográficas: En las instrucciones a los autores deberán indicarse las normas de elaboración de las referencias bibliográficas para calificar positivamente.
29. Exigencia de originalidad: Califica positivamente si en la presentación de la revista o en las instrucciones a los autores se menciona esta exigencia para los trabajos sometidos a publicación.
30. Resumen: Califica positivamente si todos los artículos van acompañados de un resumen en el idioma original del trabajo.
31. Resumen en dos idiomas: Califica positivamente si se incluyen resúmenes en el idioma original del trabajo y en un segundo idioma.
32. Palabras clave: Califica positivamente si se incluyen palabras clave en el idioma original del trabajo.
33. Palabras clave en dos idiomas: Califica positivamente si se incluyen palabras clave en el idioma original del artículo y en otro idioma.

RESH. Evaluación de Revistas de Ciencias Sociales y Humanidades Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas: Valoración integrada e índice de citas CSIC Ministerio de Ciencia e Innovación.

Editorial



EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y CRÉDITO RESPONSABLE

Jorge López Fernández

Registrador de la Propiedad

I

En estos momentos la ejecución hipotecaria está en el centro del debate público, asociada a la preocupación social por los desahucios o las cláusulas abusivas de los créditos y préstamos. Se le involucra en lo que ha dado en llamar, y no sólo por la prensa o en protestas colectivas, abusos financieros o hipotecarios, que no son exclusivos de nuestro país ni de nuestra sociedad.

Por el contexto al que pertenecemos parece adecuado tratar de adoptar una perspectiva europea. La Comisión europea no es indiferente a la problemática que estos abusos han desatado. El examen que este organismo hace de la cuestión puede seguirse en la propuesta de Directiva sobre crédito para bienes inmuebles de uso residencial, cuyo propósito declarado es promover lo que expresivamente llama “el crédito responsable”.

Tras su evaluación de impacto y lo que considera un extenso periodo de consulta, la Comisión encuentra la raíz del problema en la fase precontractual de la concesión y contratación de préstamos, donde detecta, y reseña literalmente, irresponsabilidad, información precontractual insuficiente; asesoramiento inadecuado y evaluaciones deficientes de la idoneidad y la solvencia de los deudores. Con miras a solucionar este estado de cosas, la futura Directiva prevé que en adelante se ponga a disposición de los deudores la más amplia información, que deberá ser minuciosa en los tratos precontractuales así como adecuada y personalizada, y eleva la severidad de la evaluación de la solvencia de los prestatarios y de la actividad de supervisión de los poderes públicos¹.

1 Cfr. artículos 9 a 11 de la Propuesta.

Las enmiendas al texto de la propuesta² han tratado de introducir a posteriori algunos derechos más a favor de los deudores, que son vistos decididamente a efecto de préstamos y créditos como consumidores. Ciertamente, algunos de estos derechos ya se disfrutaban en la legislación española. Es el caso del derecho a cancelar el préstamo por reembolso anticipado o el de renegociar la deuda (condicionado en la futura Directiva a que se haya devuelto al prestamista una parte sustancial del crédito, es decir, en términos menos generosos que los previstos por la ley 2/1994).

Por consiguiente, podría decirse que la Comisión Europea, en materia de créditos hipotecarios, no centra la protección al consumidor en la fase de ejecución sino más bien en el control preventivo en fase precontractual o de oferta del producto financiero, a base de mayor transparencia y control, y en menor medida a través del reconocimiento a favor del deudor de ciertos derechos que en España ya damos por supuestos.

No obstante (también por vía de enmienda), en sintonía con la situación social, también intenta mejorar la posición del deudor en las ejecuciones: a la espera de que el texto de la futura Directiva adquiera mayor concreción en este extremo, la misma pretende reconocer a la garantía del consumidor un valor “como mínimo igual al de la valoración más reciente” y que los Estados miembros garanticen que, cuando la deuda no esté totalmente saldada al término de la ejecución, el embargo de nóminas y pensiones sea limitado para que el deudor conserve unos “ingresos mínimos suficientes para mantener un adecuado nivel de vida”.

Así pues, no hallamos en el texto de la futura Directiva disposiciones o recomendaciones favorables a quitas o condonaciones parciales en beneficio del deudor, ni a la dación en pago, ni ninguna prevención respecto de los desahucios, ni que la alegación de las cláusulas abusivas pueda detener o suspender provisionalmente la ejecución, por citar algunas de las iniciativas que han brotado al calor del debate público.

De hecho, la Comisión hace énfasis en anticipar el control de los posibles abusos a la fase precontractual del crédito. Es más, no parece renunciar a la idea de una ejecución hipotecaria expeditiva que sustente las garantías de los prestamistas. Quizás debamos tener presente que en el libro blanco —COM (2007), 807 de 18 de diciembre— sobre Integración del los mercados de crédito hipotecario (apartado 4.2), se adopta la directriz de que los Estados miembros dispongan de procedimientos de enajenación forzosa tramitados en un tiempo y a un coste razonable, vinculando este objetivo a la eficiencia del mercado hipotecario.

Sin embargo, esta posición coexiste con la de quienes, con la finalidad de evitar los abusos en lo posible, se muestran partidarios de operar sobre la ejecución. Hace sólo unos meses, la prensa se hizo un notable eco del dictamen de la abogada general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Tal vez la dimensión mediática del dictamen no se corresponda con su verdadero alcance: no formula objeción alguna a varias de las cláusulas consultadas en la cuestión prejudicial (por ejemplo, el vencimiento anticipado por impago de algunas de las cuotas); otras observaciones como las relativas a la tasación para subasta parecen quizás más bien propias del Derecho en que la abogada general se ha formado, el alemán; pero, sobre todo, nadie hallará en este dictamen un cuestionamiento de fondo del sistema de ejecución

2 Cfr. Enmiendas al artículo 18 de la Propuesta.

hipotecaria española. Lo que no impide que consideremos relevante y digna de atención la constatación de que el sistema español de ejecución hipotecaria no tenga trámite alguno para que el deudor pueda impugnar las cláusulas abusivas. En este sentido, la abogada general considera vulnerada la Directiva 93/13³.

Aunque no ignora que las facilidades de realización son decisivas para la solidez de la garantía del acreedor, su sugerencia consiste en ampliar las posibilidades de oposición al procedimiento de ejecución para que el deudor pueda impugnar las cláusulas abusivas “por ejemplo mediante una resolución judicial que suspenda provisionalmente la ejecución forzosa”⁴. Este criterio, admite expresamente la abogada, no es compartido ni por el Gobierno español ni por la Comisión Europea.

Ahora bien, una cosa es que el deudor no pueda impugnar las cláusulas abusivas y otra muy distinta que haya de hacerlo justamente en el proceso de ejecución. No parece indiscutible la convicción de la abogada general de que, si no se admite esa causa de oposición a la ejecución, la única alternativa del deudor en la legislación española sea la de soportar indefenso la pérdida de su propiedad y reclamar una indemnización por daños y perjuicios. El deudor, el consumidor, en Derecho español tiene mayor protección jurisdiccional para impugnar las cláusulas abusivas que la que parece suponer el informe.

Con todo, no hay motivo para rehuir el debate acerca de si es positivo que se amplíen las causas de la oposición del deudor en la LEC o por el contrario debe prevalecer la actual taxatividad en las causas de oposición.

Alude el dictamen como ejemplo de las cláusulas abusivas a los intereses de demora⁵. Estos intereses suelen ser muy elevados y caer como una losa sobre el deudor apurado económicamente. Causan por sí solos un efecto devastador, pero éste llega a ser letal cuando son capitalizados y pasan a engrosar la deuda principal (la presencia de esta cláusula en los contratos hipotecarios se ha incrementado a raíz de la permisiva reforma hipotecaria que la Ley 41/2007 llevó a cabo.) El propio TJUE, en sentencia de 14 de junio de 2012 (asunto C-618/10) se había hecho eco de que en la propia legislación española hay un límite preciso para los intereses de demora en el caso de los créditos al consumo. Concretamente, el artículo 20.4 de la ley 16/2011 establece que en ningún caso podrá aplicarse a los descubiertos un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero.

II

Como hemos visto, la propuesta de Directiva sobre créditos responsables pone toda la atención en la fase de concesión del crédito y en el control preventivo. Ciñéndonos a la legislación española, podríamos preguntarnos qué reformas conviene para robustecer los dere-

3 Parágrafo 51 del dictamen.

4 Parágrafo 58.

5 Parágrafos 81 y siguientes.

chos de los consumidores frente a las cláusulas abusivas o para modificar en algún sentido la legislación sobre ejecución hipotecaria.

En mi opinión, el legislador ha dejado escapar varias oportunidades de mejorar el control preventivo de las cláusulas abusivas. Probablemente la última fue la aprobación de la ley 41/2007 sobre el mercado hipotecario. La misma reformó el artículo 12 de la Ley Hipotecaria con el propósito de asegurarse de que las cláusulas de los contratos de préstamos y créditos hipotecarios pasaran a formar parte del Registro de la Propiedad del modo más íntegro posible, sin mostrar grandes preocupaciones por las cláusulas abusivas, financieras y no financieras, que estos contratos a menudo incluyen.

No hay duda de la sanción de nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas, en los términos la legislación de consumidores y usuarios, y el TJUE en la sentencia arriba citada se muestra favorable a su no aplicación del modo más radical posible, considerando inconveniente la posibilidad de integrar a posteriori el afectado por alguna (el *favor negotii* en la contratación es un principio general bastante extendido).

El artículo 84 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece que notarios y registradores de la propiedad no autorizarán ni inscribirán los contratos que incluyan cláusulas abusivas, pero siempre que hayan sido previamente declaradas nulas por sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Y la Dirección General de los Registros y el Notariado ha mantenido hasta la fecha la interpretación literal de dicho precepto, es decir, aunque el tenor de una cláusula financiera sea clamorosamente abusivo, ello según la DGRN no es suficiente motivo para dejar de inscribirla en el Registro de la propiedad sino que hace falta algo más. Su Resolución de 14 de mayo de 2008 vino a adherirse a la línea escasamente garantista de la Ley 41/2007 en un caso de una calificación registral negativa respecto de la capitalización de intereses de demora y la posible existencia de intereses usurarios. La DGRN admitió la inscripción de dichas cláusulas a pesar de su tenor, aduciendo que para estimar el carácter abusivo de estas cláusulas era preciso que los tribunales lo declararan previamente.

Sin embargo, la STS de 16 de diciembre de 2009, que anula diversas cláusulas de contratos de préstamo por su carácter abusivo, ha contribuido a llamar a la reflexión sobre la falta de contundencia respecto a las cláusulas abusivas y la laxitud en la que puede haber incurrido la ley 41/2007.

En los actuales trabajos destinados a la reforma de la ley hipotecaria se ha propuesto añadir un último párrafo al artículo 12 de la Ley Hipotecaria: “En todo caso, el registrador denegará la inscripción de las cláusulas de la hipoteca que sean abusivas o contrarias a la legislación de defensa de los consumidores y usuarios.” En la línea de la citada sentencia del TJUE, una cláusula abusiva debe ser sancionada con la inaplicación y el que la ha insertado no debe beneficiarse de su presencia en el contrato en modo alguno.

III

La consecuencia social más importante de las ejecuciones son los desahucios. Creo que no es relevante en este momento insistir en las diferencias conceptuales entre ejecución y

desahucio o lanzamiento, aunque no se trate de un mero tecnicismo. En fin, una cosa es que —aceptando el análisis de la Comisión Europea—, situemos la principal causa de esta calamidad en la fase precontractual y de información, y otra que debamos renunciar a reformas legales en materia de ejecución, por elementales razones de humanidad.

¿Qué reformas deberían hacerse en la LEC? (Para cualquier jurista es obvio que, a pesar de lo que machaconamente se repita en diferentes ámbitos, la ejecución está regulada en la ley de Enjuiciamiento Civil de 8 de enero de 2000 y no en la Ley Hipotecaria.) ¿La sugerida ampliación de las causas de oposición a la ejecución, al menos para invocar las cláusulas abusivas? No hay por qué rechazar esta posibilidad de antemano. Podrían ponderarse los intereses en juego y obrarse en consecuencia, pero cuando la causa de la ejecución no es otra que la falta de pago, el simple hecho de que el deudor no puede hacer frente al pago de la deuda principal, me temo que ni tal reforma no servirá para mucho ni supondrá gran diferencia con lo existente.

En cambio, una limitación para los intereses hipotecarios de demora similar a la existente para los descubiertos en los créditos al consumo sí que puede tener un efecto favorable para el deudor, sobre todo si además se introduce en la LEC (en su artículo 685) reglas que prohíban que la demanda ejecutiva incluya intereses de demora por encima del máximo legal o que pueda despacharse ejecución si se sobrepasan, sin perjuicio de un estricto control preventivo anterior.

También podría tenerlo la prohibición de despachar ejecución directa por una cláusula de vencimiento anticipado distinta de la falta de pago de una parte del capital o los intereses, modificándose en este sentido el artículo 693.2 de la LEC. En la práctica, (cfr. STS de 16 de diciembre de 2009) las cláusulas abusivas aparecen formalizadas como cláusulas de vencimiento anticipado. La prohibición de invocarlas para utilizar la ejecución hipotecaria impediría, como defiende la Sentencia del TJUE citada, que el acreedor pueda beneficiarse de ellas y asegurando su inaplicación. Y además sería una mejora técnica.

En el ámbito específico del desahucio, la opinión pública es favorable a que el legislador incremente la protección al deudor hipotecario abocado al desalojo, al menos en los casos de hipoteca de vivienda.

Socialmente va calando la idea de que la pérdida de la propiedad de la vivienda no tienen por qué venir seguida automáticamente por el lanzamiento del propietario, máxime si no va a ser ocupada por nadie de forma inmediata tras el desalojo. Las reformas en este punto probablemente deberían inspirarse en las legislaciones de los otros Estados Miembros de la UE que conceden a los jueces la facultad de moderar el derecho del adjudicatario a exigir el lanzamiento, permitiendo al deudor (en función de su situación familiar) permanecer durante un período de tiempo en la vivienda, alguna de las cuales van más allá que la conocida en Derecho francés como “tregua invernal” (el período comprendido entre el primero de noviembre y el día 15 de marzo, durante el cual no se lleva a cabo ningún desahucio).

En cuanto a planteamientos de dación en pago, todo depende del legislador. Lo cierto es que por aplicación de la legislación vigente (el artículo 140 de la Ley Hipotecaria y 1175 del Código Civil) basta que el acreedor y el deudor lo pacten así para que la responsabilidad de este último se limite a la vivienda hipotecada o dada en garantía, sin afectar a otros bienes

suyos y excluyendo por tanto su responsabilidad patrimonial universal de conformidad con el artículo 1911 del Código Civil. Es decir: la dación en pago liberatoria actualmente ya forma parte de nuestro Derecho, pero a ella ha de llegarse por vía de pacto entre acreedor y deudor.

¿Sería adecuado que fuera impuesta por la ley con carácter forzoso? La opinión dominante es que las consecuencias que se producirían si la Ley impusiera la dación en pago como medio de liberación o extinción de toda deuda hipotecaria, cualquiera que fuera la finalidad del préstamo, afectarían el movimiento del crédito y lo restringirían en una época en que la economía lo necesita especialmente. Es un hecho el de que los préstamos y créditos hipotecarios no solamente sirven para financiar adquisiciones de vivienda sino que pueden tener otras muchas finalidades desde el punto de vista económico.

Si, por otro lado, la ley regulara un tipo de hipoteca específica para la adquisición de vivienda donde jugara la dación en pago con carácter liberatorio, no añadiría nada nuevo distinto a lo que se puede alcanzarse hoy mediante pacto, ni impediría que los deudores, para lograr un crédito de condiciones más ventajosas, recurrieran a préstamos hipotecarios comunes u ofrecieran ampliar su solvencia a costa de su responsabilidad personal o la de otros.

Cuestión distinta sería aumentar las ventajas de la dación para acreedor y deudor, por ejemplo de modo que a la dación en pago venga unido un contrato de arrendamiento con el primitivo deudor, y en los supuestos más favorables una opción de recompra. Esta incursión en el terreno de la autonomía de la voluntad y de los contratos mixtos no ha llegado de momento muy lejos porque resulta fiscalmente cara.

IV

Parece claro que el arrendamiento y la hipoteca son las dos instituciones fundamentales para hacer efectivo el acceso a una vivienda.

No parece requerir una especial demostración que la legislación arrendaticia no lo favorece como debería. La legislación especial de arrendamientos ha ido generando, sin pretenderlo, una gran inseguridad jurídica para el arrendador, y algo debe tener esto que ver con nuestro restringido mercado de alquiler (que es además clandestino —el arrendamiento juega muchas veces como una carga oculta— y fiscalmente opaco).

A su vez, tampoco parece requerir demostración que a lo largo de los últimos cincuenta años la hipoteca ha contribuido a movilizar el mercado de la propiedad de la vivienda y a facilitar el acceso a la misma. Asunto aparte es el de los abusos que ha padecido el mercado hipotecario, que pueden considerarse al menos diagnosticados de modo que aprendiendo de los errores pueda construirse lo que la futura Directiva llama “crédito responsable”.

En suma, debería ser compatible ampliar la protección social de quienes pierden la propiedad de su vivienda por un proceso de ejecución (también deberíamos tener en cuenta que no todos los desahucios se deben a ejecuciones hipotecarias) con la seriedad y la estabilidad legislativa, operando activamente en la fase precontractual y moderando las consecuencias sociales de la ejecución.

A la hora de las reformas en las leyes deberíamos tener en cuenta sus efectos a largo plazo. La idea de que “una reforma que no funciona se cambia con otra reforma” no es más que un sofisma. Si una reforma hay que cambiarla a los pocos años es el síntoma de que en su ámbito empieza a surgir la inestabilidad o la inseguridad jurídica.

Doctrinal



EJECUCIÓN HIPOTECARIA: IMPOTENCIA DEL CONSUMIDOR⁶

Raquel Sánchez Hernández

Rafael Jordá García

ABSTRACT:

The social relevance reached by the current increase in the mortgage foreclosures forces the legal doctrine to analyze the most important legal implications that they involve. Both from a substantive and a procedural perspective, the present study, after addressing the evolution of the regulations applicable to the consumers regarding the

mortgage loans, it analyses the most controversial court decisions issued on the matter; and how, ultimately, the principle of legal certainty prevails. Additionally, a special reference to the dation in payment and to the problems arising from consumers' insolvency is made, as well as their impact on the bankruptcy field.

⁶ Primer Premio “San Raimundo de Peñafort”, en su Vigésimo Séptimo Concurso del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia.

SUMARIO:

I. ACTUALIDAD Y RELEVANCIA SOCIAL DE LA SITUACIÓN DEL CONSUMIDOR ANTE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS.

II. EL CONSUMIDOR COMO PARTE DEL CRÉDITO HIPOTECARIO OBJETO DE POSTERIOR EJECUCIÓN. ¿VULNERACIÓN DE SUS DERECHOS?

1. Escasa y tardía evolución normativa para la protección del consumidor en la concesión de créditos bancarios. 2. Regulación de los derechos del consumidor en los préstamos hipotecarios, ¿por qué a posteriori?: la Orden EHA/2899/2011. 3. Consecuencias del incumplimiento de las normas previstas en la Orden EHA/2899/2011.

III. LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA. ESPECIAL REFERENCIA A LA ADJUDICACIÓN DEL INMUEBLE POR LA ENTIDAD FINANCIERA Y LA SUBSISTENCIA DE LA DEUDA NO CANCELADA.

1.- La ejecución judicial. A) Los tasados motivos de oposición del ejecutado. B) La cuestionada legalidad del sistema de ejecución hipotecaria. C) El valor de adquisición del inmueble por el acreedor hipotecario. D) La mediación en los procesos de ejecución. E) Análisis de las últimas resoluciones judiciales. 2.- La ejecución extrajudicial.

IV. LA POSIBILIDAD DE LA DACIÓN EN PAGO DE LA VIVIENDA ANTES DE SU EJECUCIÓN. CONSENTIMIENTO DE LA ENTIDAD FINANCIERA. V. EL CONCURSO DE ACREEDORES ¿SOLUCIÓN PARA EL CONSUMIDOR PERSONA FÍSICA? ESPECIAL REFLEXIÓN SOBRE LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

1. El concurso de acreedores de la persona física. 2. Efectos derivados de la conclusión del concurso por insuficiencia de bienes y de derechos del deudor. 3. Formación de la masa activa del concurso. De los bienes y derechos inembargables. 4. La ejecución de la hipoteca de la vivienda familiar en la Ley Concursal.

VI. ÚLTIMOS INTENTOS LEGISLATIVOS PARA FRENAR LOS DESAHUCIOS. LIMITADO ALCANCE DE LAS MEDIDAS INICIALES Y REPLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

1. El Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo. Una apuesta, limitada, por la renegociación de la deuda hipotecaria. 2. El Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre. Moratoria para “algunos” desahucios.

VII. PROPUESTAS DE NUEVA REGULACIÓN PARA SOLVENTAR LOS GRAVES PROBLEMAS PLANTEADOS A NIVEL SOCIAL. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. ACTUALIDAD Y RELEVANCIA SOCIAL DE LA SITUACIÓN DEL CONSUMIDOR ANTE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS.

El título de este artículo trata de reflejar la problemática que se ha derivado para los consumidores que contrataron un préstamo hipotecario en la época de bonanza económica y que ahora con la crisis económica no pueden hacer frente al mismo. La ejecución hipotecaria les puede llevar a la pérdida de la vivienda e incluso en muchos casos a mantener una deuda con la entidad financiera.

Por todos es conocida la situación de crisis económica que atravesamos, además del sector inmobiliario, el financiero está en pleno proceso de reestructuración y no fluye en absoluto el crédito. Los consumidores se han visto afectados sobremanera por el parón económico y más cuando obtuvieron crédito con excesiva facilidad de las entidades financieras⁷ para adquirir sus viviendas.

Si nos centramos en el crédito hipotecario, los particulares pudieron endeudarse incluso por encima del setenta o el ochenta por ciento del precio de compra de la vivienda (porcentaje máximo que se financiaba no hace muchos años), excluidos los gastos e impuestos de la operación, lo que exigía un ahorro previo antes de embarcarse en la compra de una vivienda⁸. El endeudamiento quedaba favorecido por la existencia generalizada de tipos de interés muy bajos que con préstamos a muchos años (de vencimiento) soportaban todos los cálculos sobre la posibilidad de repago de la deuda por el prestatario. El sobreendeudamiento se asumió, entonces, por unos y por otros, en la confianza del constante incremento del valor de los inmuebles que acabaría permitiendo que la garantía hipotecaria fuera suficiente para asegurar la financiación concedida⁹.

7 MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., “La limitación imperativa de responsabilidad por las deudas hipotecarias a la finca hipotecada: una idea seductora pero desaconsejable (Comisión para la reforma del sistema hipotecario, Madrid, 20 de julio de 2011). Intervenciones en el Congreso de los Diputados, Comisión de Vivienda”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 729, pp. 221-252, explica que junto a la burbuja inmobiliaria, con un precio del dinero excesivamente barato, “la realidad ha sido que ha habido un exceso de liquidez, en buena parte relacionado con nuestro ingreso en el euro, la economía española ha vivido, toda ella, inmersa en una burbuja crediticia”.

8 Las cuentas ahorro vivienda tenían la finalidad de fomentar ese ahorro antes de acometer la inversión. La realidad práctica ha demostrado que el precio de la vivienda venía aumentando exponencialmente lo que hacía que los ahorros conseguidos no fueran suficientes. Pese a ello se concedió más porcentaje de financiación o en su defecto préstamos personales por la diferencia. Véase en tal sentido BERROCAL LANZAROT, A.I., “Reflexiones sobre el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos”, *Rev. El Consultor Inmobiliario*, n° 134, Sección Doctrina, Mayo 2012.

9 En tal sentido, DÍAZ FRAILE, J.M., “Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 732, pp. 1845-1905, considera que la falta de independencia de las tasaciones respecto de las entidades acreedoras “podría haber generado una vía de pérdida de rigor en el control de los límites del *loan to value* impuestos por la normativa del mercado secundario, de forma que en algunos casos pueden haberse producido tasaciones que incorporaban ya las expectativas de futuras revalorizaciones, en cuyo caso la situación objetiva de sobreendeudamiento no sería, al menos en parte, ajena a la responsabilidad derivada de tales excesos en la práctica de la tasación (sobre tasación)”.

La expectativa de incremento del valor de las viviendas se truncó con la crisis. El consumidor se ha visto desbordado por la caída de los precios de las viviendas, originada, entre otras causas, por la falta de concesión de crédito por parte de las entidades financieras para su adquisición y por la disminución de la demanda ante la desconfianza de una previsible mayor bajada del valor de las mismas. A ello hay que añadir el incremento del desempleo consecuencia de la crisis generalizada, que deriva en mayor morosidad y, por tanto, en mayor restricción del crédito por los bancos, lo que realimenta la disminución de la demanda y la espiral negativa no ha podido ser contenida.

La dificultad de enajenación de los inmuebles ha impedido a los consumidores hacer uso de la fórmula de la venta de su vivienda hipotecada (aunque fuera por menor valor que el de adquisición) para poder cancelar el préstamo que les pudiera ser ejecutado, y el incremento de la morosidad ha derivado en un aumento de las ejecuciones hipotecarias que en el caso de los consumidores ha llegado a originar situaciones de cierta alarma social al concluir con desahucios de su única vivienda habitual.

Existe un problema adicional para el consumidor derivado de las ejecuciones hipotecarias. Como consecuencia de la minoración del valor de los inmuebles y la escasa demanda, normalmente no existen postores que se adjudiquen la vivienda ya no al valor por el que se compró por el consumidor sino ni siquiera por el valor de la deuda viva del préstamo hipotecario. Por aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal (1.911 CC), no son pocas las situaciones en que ejecutada la vivienda habitual y única del consumidor, éste se queda sin casa y continúa siendo acreedor del Banco que, como referiremos, se habrá podido adjudicar el inmueble por un importe inferior a dicha deuda y tiene, legalmente, derecho a seguir exigiendo la diferencia.

Las entidades financieras han defendido la aplicación de la legislación hipotecaria. Los consumidores afectados se quejan de una norma decimonónica que debería ser revisada y de que los Bancos, causantes o partícipes de la contratación masiva de préstamos hipotecarios, deberían compartir los daños colaterales del estallido de la *burbuja inmobiliaria*, por lo que tratan de defender su derecho a una vivienda digna creando plataformas o movimientos sociales que buscan paralizar los lanzamientos en especial en situaciones extremas¹⁰, o cuanto menos convencer a las entidades que admitan la dación en pago como forma de cancelar la deuda. En este trabajo trataremos de analizar las diferentes implicaciones y, las escasas alternativas, para el consumidor ante las, cada vez más, ejecuciones hipotecarias.

II. EL CONSUMIDOR COMO PARTE DEL CRÉDITO HIPOTECARIO OBJETO DE POSTERIOR EJECUCIÓN. ¿VULNERACIÓN DE SUS DERECHOS?

Con carácter previo, al análisis de la situación de los consumidores ante las ejecuciones hipotecarias, debemos dejar apuntados los derechos que frente a las entidades financieras os-

¹⁰ Estos movimientos consideran que las entidades financieras han sido las causantes de los numerosos desahucios a los que los consumidores se han visto abocados, al haber alentado la contratación de créditos en la época de bonanza y tratar ahora de salir indemnes de la situación causada. Entre otras la Plataforma de Afectados por la Hipoteca –PAH- (<http://afectadosporlahipoteca.wordpress.com/>) o Stop Desahucios (<http://www.stopdesahucios.es/>).

tentan, en particular en la contratación de los préstamos hipotecarios objeto en la actualidad de ejecución hipotecaria.

El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (Real decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), en su artículo 3, incide respecto al concepto de consumidor en que lo son aquellas personas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial. Se presupone por el legislador que los consumidores no están en un plano de igualdad respecto a los profesionales y empresarios con los que contratan, por lo que aquéllos necesitan de protección en diferentes materias (publicidad engañosa¹¹, falta de información, contratos de adhesión, cláusulas abusivas, etc.).

Ese diferente plano en que se ubican, por un lado, la entidad financiera, y por otro, el consumidor, cuando se otorgaron los préstamos hipotecarios para la adquisición de viviendas, ha derivado en opiniones, jurídicas o incluso no jurídicas, conducentes a reclamar que no sea el consumidor el que soporte las consecuencias de esos préstamos por haber sido contratados sin sopesar las consecuencias de la imposibilidad de cumplir posteriormente lo pactado, pues de alguna forma la entidad financiera no puede ignorar “que no hay consumidor que se endeude de manera irresponsable si no hay un acreedor que le concede un crédito de manera irresponsable”¹². Concepto el de crédito responsable que acuñó posteriormente el legislador en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y que no es sino un reconocimiento de la falta de previsión del legislador al no haber regulado antes este tipo de préstamos.

1. Escasa y tardía evolución normativa para la protección del consumidor en la concesión de créditos bancarios.

Si nos centramos en el ámbito financiero y en particular en la celebración de los contratos de préstamo hipotecario por los consumidores, el legislador, pese a la relevancia social de la cuestión, no ha revisado suficientemente la normativa relativa a los derechos del consumidor en materia de contratación de préstamos hipotecarios. La primera actuación, bien iniciada la crisis económica, no se produjo hasta 2009, y sólo afectó a los supuestos en que la financiación fuera concedida por empresas distintas a las entidades de crédito (Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito), con el argumento de que la financiación hipotecaria por empresas que no estaban sujetas al control de entidades de crédito estaban adquiriendo un gran auge¹³.

11 En el ámbito financiero y en materia de publicidad, el último avance regulador se contiene en la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, estableciendo expresamente que la publicidad “deberá ser clara, suficiente, objetiva y no engañosa y deberá quedar explícito y patente el carácter publicitario del mensaje” (art. 4.1 de dicha Orden).

12 CUENA CASAS, M., “Crédito responsable, fresh start, y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas”, *Rev. El Notario del siglo XXI*, septiembre/octubre 2012, nº 43, que entiende además, que “probado que no evaluó adecuadamente el riesgo o que la tasación realizada en el momento de constitución de la hipoteca no fue correcta y no era acorde con el valor de mercado pretérito, el acreedor tiene que pagar un peaje por su comportamiento irregular”.

13 Como se refiere en la Exposición de Motivos de la referida Ley 2/2009, de 31 de marzo.

Posteriormente, la mencionada Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible dio un paso más al establecer la necesidad de la concesión responsable de los créditos, incluidos los inmobiliarios, estableciendo determinados principios, como la obligación de las entidades prestamistas de evaluar la solvencia del prestatario, e incluyendo mayores derechos de información precontractual, que debían ser desarrollados y concretados por el gobierno en un plazo de seis meses desde su entrada en vigor.

Dentro de plazo el legislador ha procedido a adecuar a los principios de la Ley de Economía Sostenible y a adaptar a la normativa comunitaria¹⁴ los derechos del consumidor en relación a los contratos de crédito al consumo mediante la Ley 16/2011, de 24 de junio¹⁵. Esta norma sí que vincula y obliga a las entidades financieras pero excluye expresamente de su ámbito de aplicación (art. 3 a.) los contratos de crédito garantizados con una hipoteca inmobiliaria.

Entre las novedades que introduce esta norma de crédito al consumo, además de potenciar el derecho de información al consumidor con carácter previo al contrato, figura el deber de asistencia de la entidad prestamista al consumidor para que éste pueda decidir si realmente puede afrontar la operación de crédito, con una incidencia especial en informarle de las consecuencias que para el mismo tendrá si no puede pagar las cuotas. Si a ello añadimos la obligación de la entidad financiera de efectuar un análisis de la solvencia del prestatario-consumidor, hay un claro intento por evitar el endeudamiento indiscriminado de éste¹⁶, no siendo comprensible que se haya retrasado su aplicación a los préstamos hipotecarios¹⁷.

2. Regulación de los derechos del consumidor en los préstamos hipotecarios, ¿por qué a posteriori?: la Orden EHA/2899/2011.

En materia de préstamos hipotecarios, pese a la mayor trascendencia de la materia, en cuanto que en muchos casos afecta a la vivienda habitual, el tratamiento no ha sido tan específico como merecería y en cualquier caso sin normas con rango de Ley.

Hasta entrado 2012, el tratamiento de la materia se limitaba a una Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, que además limitaba su ámbito de aplicación excluyendo los préstamos por un importe superior a

14 Se incorpora 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 y que derogaba la directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (que a su vez había sido modificada por la Directiva 90/88/CEE del Consejo, de 22 de febrero de 1990.

15 Sustituye y deroga a la Ley 7/1995 de 23 de marzo, de Crédito al consumo.

16 Aunque la mayor protección del consumidor no haya sido unánimemente aplaudida por la doctrina, en especial en materia sancionadora, la Ley 16/2011 ha supuesto un avance importante en la prevención de los perjuicios que puede sufrir el consumidor desconocedor de las consecuencias jurídicas de las cláusulas introducidas en el contrato.

17 Vid. infra el posterior desarrollo reglamentario de las obligaciones del prestamista que otorga garantía hipotecaria, que no ha entrado en vigor casi en su totalidad hasta el 29 de julio de 2012 (Disposición Final 5ª de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios).

ciento cincuenta mil euros, lo que ciertamente limitaba el número de consumidores protegidos por sus disposiciones. Además, dicha norma reduce su regulación a la información de los prestamistas pero, como dice la Orden en su exposición, para que puedan comparar la información recibida (folleto y oferta vinculante) con la que puedan obtener de otras entidades de tal forma que puedan optar por la más ventajosa pero descuida la protección del consumidor frente a la Banco ante el que no se encuentra en posición de igualdad. En tal sentido, no se limitan cláusulas que se puedan entender excesivas o abusivas y salvo el mayor desarrollo en materia de determinación del interés variable, no se ponen límites por ejemplo a las comisiones o gastos que se repercuten al consumidor prestatario.

La derogación y sustitución de la citada Orden de 1994 tuvo su origen en los principios establecidos por la referida Ley de Economía Sostenible, que otorgaba al gobierno un plazo de seis meses para la concreción normativa de dichos derechos, lo que dio lugar a la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios¹⁸, que derogó la escasa normativa existente hasta la fecha¹⁹.

La norma, sin perjuicio de su carácter reglamentario, mejora los derechos de los prestatarios y, además de ampliarse los derechos de información²⁰, se prevén medidas protectoras para los consumidores²¹. Como en los créditos al consumo se establece la obligatoriedad para las entidades financieras de llevar a cabo una adecuada evaluación de la solvencia de los clientes y la obligación del asesoramiento al cliente-consumidor²² para que pueda adoptar una decisión informada (teniendo en cuenta sus necesidades y su situación financiera)²³, y en definitiva desarrolla los principios relativos a la concesión de préstamos responsables. Sirva como botón de muestra la obligación establecida de que el préstamo para ser responsable no

18 El gobierno se excedió en algo más de un mes pues el plazo vencía el 6 de septiembre de 2011.

19 Deroga la Orden de 5 de mayo de 1994 y la de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, que también hace referencia a las reclamaciones de los clientes de las entidades de crédito ante el Banco de España.

20 YANES YANES, P., “El control de la cláusula suelo”, *Rev. El Notario del siglo XXI*, Septiembre-Octubre 2012, nº 45, señala que “es innegable que la nueva Orden mejora sustancialmente la de 1994 constituyendo un importante avance en la actualización del deber de transparencia. Los deberes de información precontractual se encuentran notablemente reforzados y alcanzan un detalle que no han tenido hasta ahora” y refiere los nuevos documentos que lleguen a la clientela más información (Guía de acceso al préstamo hipotecario, La ficha de información precontractual, la ficha de información personalizada y la oferta vinculante. No obstante se pregunta “si tal cantidad de papeles no podría conducir a una burocratización de la contratación bancaria minorista”.

21 Respecto al otorgamiento de la escritura pública que documente el préstamo hipotecario se encarga al notario, en base a su deber genérico de control de la legalidad de los actos y negocios que autorizan, que denieguen la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en la Orden EHA/2899/2011 y la legalidad vigente (art. 30.3).

22 La aplicación a de esta orden es a clientes personas físicas y se puede excluir por acuerdo de las partes cuando aquellas actúen en el ámbito de su actividad empresarial o profesional (art. 2.1 y 2.4 de la Orden).

23 Se trata de evitar que el consumidor desconocedor de las implicaciones jurídicas derivadas del incumplimiento conozca cuales son las consecuencias del impago y tome una decisión responsable en la contratación, para que ésta no se base en los datos de la publicidad que muchas veces resaltan los aspectos más comerciales para la captación de clientes.

se debe otorgar exclusivamente en el “valor esperado de la garantía” (art. 18.3 de la Orden EHA/2899/2011), cuestión que como hemos introducido llevó a las entidades financieras a ofrecer al consumidor, sin exigir ningún ahorro previo, préstamos por un importe incluso superior al valor del inmueble adquirido (y ofrecido como garantía) y que, cuando se ha producido el impago, por la crisis, su valor en el momento de la ejecución hipotecaria ha resultado muy inferior a lo inicialmente previsto.

En materia de derechos de información sí que hay un avance con la obligación de difundir una guía informativa para la educación financiera de los consumidores, y se da un paso importante en materia de comisiones y gastos y no sólo se exige que se informe de los mismos (para poder comparar con otras entidades) sino que además sólo podrán repercutirse por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos.

La información precontractual ha de servir no sólo para permitir la comparación con otras entidades sino que también se especifica que ha de ser clara, objetiva y no engañosa.

Al objeto de este estudio destacar que, como ya incluyó la Ley 16/2011, de Crédito al Consumo, en la información contractual se especifica que deben incluirse las consecuencias para el cliente del incumplimiento de sus obligaciones, especialmente, del impago en caso de crédito o préstamo, incluido por tanto el hipotecario.

Pero no todo es protección del consumidor, en materias como la evaluación de la solvencia se establece que la misma no puede suponer el traslado a las entidades financieras de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones (de pago) de los clientes (art. 18.6 de la Orden EHA/2899/2011).

Por otro lado, no se entiende el hecho de que la Orden de 2011 no proteja a las personas físicas no residentes (art. 19.2), aunque extranjeros su carácter de consumidores no desaparece, pero sobre todo no se comprende que se quiera potenciar el sector inmobiliario con las ventas en el mercado exterior y que los ciudadanos no residentes no tengan los mismos derechos que el consumidor nacional. No entendemos qué nivel de conocimientos y menos aún de la legislación española (para ellos extranjera) se les suponen a los ciudadanos extranjeros. Por un lado se perjudica la imagen de las garantías existentes en nuestro país para invertir desde el exterior y por otro, se olvida que esos no residentes en muchos casos acaban incrementando sus periodos de estancia y suponen un incremento del consumo en general.

La Orden EHA/2899/2011 ha sido desarrollada por la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España a entidades de crédito y prestadores de servicios de pagos sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. La misma abunda en lo establecido por la referida Orden si bien podemos destacar aspectos como que *“el tamaño de la letra minúscula no podrá tener una altura inferior a 1,5 milímetros”*, aspecto que refuerza la opinión de que al consumidor tradicionalmente se le han presentado los documentos necesarios para la operación, incluso con la información exigida por la normativa vigente, pero sin capacidad para poder comprender el clausulado y con el fin de cerrar la compra de su vivienda ha firmado donde se le ha requerido y apenas se ha quedado con dos cifras, la cantidad que tiene que pagar al mes y el tiempo que deberá satisfacerla. La cuestión ha derivado en que la imposibilidad de pagar las cuotas mensuales obliga a retomar la famosa

“letra pequeña” para saber las penalizaciones, comisiones, o intereses de demora que se nos van a aplicar, y si no consta ya en la escritura, la lectura de la Ley Hipotecaria, hará descubrir al consumidor que la garantía ofrecida con la vivienda puede no ser suficiente para cancelar la deuda y que, aún sin casa, va a mantener una deuda con el Banco.

3. Consecuencias del incumplimiento de las normas previstas en la Orden EHA/2899/2011.

El incumplimiento de las obligaciones contenidas en la Orden que analizamos, se sancionará de acuerdo con lo previsto por la propia Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, sin perjuicio de la legislación general sobre consumidores y usuarios (art. 14 de la Orden EHA/2899/2011). En primer lugar, la remisión a la Ley 26/1988, de 29 de julio, supone la aplicación del régimen de infracciones y sanciones previsto para las entidades de crédito (e incluso para quienes ostenten cargos de administración o dirección en las mismas)²⁴, y establece una graduación de las infracciones y el importe económico de las sanciones en función del tipo de infracción²⁵.

Entre las infracciones se encuentra “*el incumplimiento del deber de veracidad informativa debida a sus socios, depositantes, prestamistas, y al público en general*”, que puede conllevar tanto infracción muy grave, si por el número de afectados o por la importancia de la información tales incumplimientos pueden estimarse como especialmente relevantes, como grave sino concurren la referidas circunstancias.

El régimen sancionador puede incentivar a las entidades financieras al cumplimiento de sus obligaciones legales pero ciertamente no compensa al consumidor que contrató con las mismas del perjuicio sufrido.

Si acudimos a la normativa de protección de consumidores, a la que la Orden también se remite, el Texto Refundido de Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, la misma inicialmente, también establece un régimen de infracciones y sanciones que de poco consuelo puede servir al consumidor perjudicado por haberse defraudado sus derechos. Junto a ellas prevé las acciones de cesación, pero las mismas pueden tener más interés para las asociaciones de consumidores que tratan de evitar que se reitere el perjuicio a los consumidores. No obstante, dicha norma contiene una especial regulación de las condiciones generales y las cláusulas abusivas.

24 Debemos destacar que esta norma, supuso, antes incluso de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (derogada y refundida en la Ley de Sociedades de Capital –LSC-), el primer avance en materia de responsabilidad no sólo de administradores sino incluso de directores generales, ante la escasa regulación de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951. Actualmente la responsabilidad de administradores alcanza, como sabemos, a los administradores de hecho (art. 236 LSC), aparte de existir algunos supuestos de responsabilidad objetiva y directa (sin necesidad de nexo causal) de los administradores (art. 367 LSC)

25 Las sanciones oscilan desde la mera amonestación privada o multa por importe de hasta 150.000 euros para las leves hasta el uno por ciento de sus recursos propios con un mínimo de un millón de euros para las muy graves (arts. 8 y ss. de la Ley 26/1988, de 29 de julio)

Si las cláusulas de un préstamo hipotecario se considerara que son condiciones generales²⁶, podrán, si se dan los presupuestos legales, ser declaradas nulas por abusivas (arts. 82 y ss. del Texto Refundido de la LGDCU). El concepto de cláusula abusiva no es restrictivo e incluye conceptos genéricos como que son abusivas las que limiten los derechos básicos del consumidor, las que supongan la inexistencia de reciprocidad entre las partes, las que impongan garantías desproporcionadas al consumidor o las que resulten desproporcionadas. En principio, no se nos escapa que algunas cláusulas de las escrituras que formalizan un préstamo hipotecario pudieran ser declaradas nulas, si bien en ese caso, tras el correspondiente procedimiento, la autoridad judicial será quien deba declarar no sólo su nulidad sino también integrar el contrato, sin perjuicio de sus facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes.

El problema para los consumidores es que en el procedimiento judicial hipotecario no cabe la posibilidad de alegar la referida nulidad para paralizar la ejecución²⁷, y en dicho momento el ejercicio de acciones para que se anulen cláusulas abusivas puede ser tardío, pues aunque suponga la mejora de las condiciones del préstamo hipotecario, si el consumidor está siendo ejecutado es porque la crisis sobrevenida le ha situado en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones de pago, aunque las mismas puedan ser mejoradas. Por todo ello, hasta ahora, la reclamación de nulidad de las cláusulas de un préstamo hipotecario debe realizarse a priori, con carácter preventivo, y no alegarlas cuando el consumidor ya no puede cumplir sus obligaciones de pago.

III. LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA. ESPECIAL REFERENCIA A LA ADJUDICACIÓN DEL INMUEBLE POR LA ENTIDAD FINANCIERA Y LA SUBSISTENCIA DE LA DEUDA NO CANCELADA.

Tras la entrada en vigor de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil y la consiguiente modificación del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, la acción hipotecaria puede ejercitarse, bien directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil –con las especialidades que se establecen en su capítulo V–, bien acudiendo a la venta extrajudicial mediante notario del bien hipotecado si así se fijó previamente en la escritura de constitución de la hipoteca, atendiendo para ello a las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario.

Tal y como analizaremos a continuación, sea cual sea la vía de ejecución hipotecaria ante la que se enfrente el deudor ejecutado, correrá igualmente el riesgo de que, tras la ejecución del bien hipotecado, pueda seguir viva una importante partida de la deuda reclamada.

26 Las cláusulas de los contratos con consumidores y usuarios que no hayan sido negociadas individualmente (vid. art. 80 Real Decreto Legislativo 1/2012, de 16 de noviembre).

27 Vid. infra la referencia a Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.

1.- La ejecución judicial.

La ejecución judicial hipotecaria ha recibido un especial tratamiento por nuestro legislador dentro de la unidad regulatoria buscada con la promulgación de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, recogiendo así en sus artículos 681 a 698 las necesarias peculiaridades que ésta presenta respecto a la ejecución forzosa común²⁸.

De esta forma, aunque el citado texto legal tiene como punto de partida la regulación de un incidente de oposición a la ejecución común previsto para la práctica totalidad de las ejecuciones y que se sustancia dentro del mismo proceso de ejecución, pudiendo ésta fundamentarse sólo en los motivos legalmente tasados (motivos que, por otra parte, son diferentes según sea el título judicial o no judicial), éste cuenta con la única excepción de las que tengan por finalidad exclusiva la realización de una garantía real, a las que ha dedicado un régimen especial, el cuál será objeto de estudio a continuación.

Con este específico sistema de oposición para las ejecuciones sobre bienes hipotecados o pignorados, la Ley pretende buscar el difícil equilibrio entre la necesaria creación de un sistema que otorgue una eficaz y rápida protección de los derechos de los acreedores ejecutantes y el respeto a los no menos importantes derechos del deudor ejecutado, fijando para ello una específica relación limitada y tasada de causas de oposición y suspensión cuyo objetivo es evitar que se desvirtúe la eficacia del título ejecutivo, sin privar al deudor ejecutado de ejercitar su defensa ante los supuestos más graves de ilicitud de la ejecución.

A) Los tasados motivos de oposición del ejecutado hipotecario.

Centrándonos aquí en los concretos y tasados motivos que el legislador español ha establecido en el artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, vemos como éstos se ven reducidos a tres supuestos: (i) la extinción de la garantía o de la obligación garantizada, debiendo presentarse necesariamente la certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía; (ii) el error en la determinación de la cantidad exigible, oponible en aquellos supuestos en los que la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado; y (iii), en tercer lugar, en caso de ejecución de bienes muebles hipotecados o sobre los que se haya constituido prenda sin desplazamiento, la sujeción de dichos bienes a otra prenda, hipoteca mobiliaria o inmobiliaria o embargo inscritos con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento, lo que habrá de acreditarse mediante la correspondiente certificación registral.

Sin entrar a analizar los detalles procedimentales, no podemos dejar de resaltar aquí la brevedad de los plazos que se han establecido para la resolución de tales oposiciones, dado

28 En este sentido, en la propia Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se afirma que *“en cuanto a la ejecución forzosa propiamente dicha, esta Ley, a diferencia de la de 1881, presenta una regulación unitaria, clara y completa. Se diseña un proceso de ejecución idóneo para cuanto puede considerarse genuino título ejecutivo, sea judicial o contractual o se trate de una ejecución forzosa común o de garantía hipotecaria, a la que se dedica una especial atención. Pero esta sustancial unidad de la ejecución forzosa no debe impedir las particularidades que, en no pocos puntos, son enteramente lógicas. Así, en la oposición a la ejecución, las especialidades razonables en función del carácter judicial o no judicial del título o las que resultan necesarias cuando la ejecución se dirige exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados”*.

que en estos casos el Secretario Judicial deberá suspender la ejecución y convocar a las partes a una comparecencia, debiendo mediar tan sólo cuatro días desde la citación, tras la que mandará sobreseer la ejecución en caso de estimación de los motivos primero y tercero anteriormente analizados en caso de que éstos fuesen estimados, o fijará la cantidad sobre la que deberá seguirse la ejecución en caso de que fuese estimada la segunda de ellas.

No obstante lo anterior, estos tasados motivos de oposición deben ponerse en relación con la posible existencia de tercerías de dominio (art. 696 LEC) o de causas criminales sobre cualquier hecho de apariencia delictiva determinantes de la falsedad del título ejecutado o la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución (art. 697 LEC), dado que en ambos casos se suspenderá la ejecución hipotecaria²⁹.

Ahora bien, fuera de estos supuestos, en caso de que el deudor, el tercer poseedor o cualquier interesado pretendan ejercitar una defensa que no se ajuste a este tasado sistema, necesariamente deberán acudir a un procedimiento separado, sin que les sea posible con ello suspender ni entorpecer el procedimiento ejecutivo.

Ahora bien, por lo que respecta al importe de la deuda que no ha sido satisfecha tras la ejecución del préstamo hipotecario subyacente a la vivienda, nos encontramos con que el artículo 579 de La Ley de Enjuiciamiento Civil³⁰ dispone que *“cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución”*, por lo que los motivos de oposición que en este caso podrán ser alegados por el deudor se ven sustancialmente ampliados al posibilitarse su defensa respecto de dicha cantidad en relación con los motivos regulados para los procedimientos ejecutivos ordinarios pero excluidos del procedimiento ejecutivo hipotecario³¹ (tales como la compensación de créditos, la pluspeti-

29 No obstante, en caso de que la tercería de dominio tan sólo afectase a arte de los bienes comprendidos en la garantía, la ejecución podría continuar respecto de los demás si así lo solicitase el acreedor.

30 Redacción operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

31 Véase, ADAN DOMÈNECH, F., “El resarcimiento crediticio del acreedor hipotecario”, en AA.VV., *La ejecución hipotecaria*, noviembre de 2008, Ed. Bosch, pp. 329-398. Este autor, tras efectuar una comparación de la situación del acreedor y del deudor antes y después de la reforma del art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, concluye que “si bien con la anterior regulación la insatisfacción del acreedor comportaba la finalización del proceso hipotecario y la necesidad de acudir a un nuevo proceso a efectos de poder resarcirse el crédito respecto de la deuda impagada, con la nueva legislación procesal tal situación cambia radicalmente, pues con el artículo. 579 «se pretende evitar la incoación de un nuevo proceso, cuando en la ejecución ya constan datos y cuestiones que hacen innecesaria su reiteración en un ulterior proceso», «posibilitando que se concatenen sin solución de continuidad un proceso de ejecución hipotecaria y uno de ejecución ordinaria», existiendo en definitiva, «dos procesos diferentes pero unificados», por lo que el embargo de la masa patrimonial de los bienes del deudor se efectuará en el mismo expediente judicial que se inició respecto de la ejecución hipotecaria, evitándose, por motivos de economía procesal, la obligación de incoar un nuevo proceso, si bien es cierto, que en algunos Juzgados se le da un nuevo número al expediente judicial, realidad que, a nuestro entender, responde meramente a efectos estadísticos”.

ción, la prescripción y caducidad, la quita, espera o pacto o promesa de no pedir o la transacción, en atención a lo dispuesto en el artículo 557 LEC).

B) La cuestionada legalidad del sistema de ejecución hipotecaria.

Dado el carácter sumario del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuya regulación parece estar más enfocada a garantizar su agilidad y rapidez en su tramitación que en la defensa del ejecutado pese a esa [teórica] búsqueda del equilibrio de la que el legislador hace gala en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, nos encontramos ante una rígida normativa que establece unos motivos tasados que pueden ser alegados por el deudor ejecutado y que, en la mayoría de los casos, no impide el desarrollo de la ejecución.

Esta limitación de las posibilidades de defensa tanto para el deudor, como para los restantes afectados por la ejecución y que configura la esencia del sumario procedimiento ejecutivo, ha dado lugar no sólo a la interposición –aunque sin mucho éxito– de diversos recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional por considerar que dichas limitaciones habían vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española³², sino también al planteamiento por parte de nuestros Juzgados y Tribunales de diversas cuestiones de inconstitucionalidad que no han contado con más suerte³³.

No obstante, resultan especialmente significativas las conclusiones emitidas por Dña. Juliane Kokot, Abogada General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el pasado día 8 de noviembre de 2012, con motivo de la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, y que tiene por objeto el análisis de la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Tal y como ya anticipamos, los consumidores que se enfrentan a un procedimiento judicial hipotecario no pueden paralizar la ejecución alegando la nulidad de las cláusulas incluidas en el préstamo hipotecario que es objeto de ejecución, pudiendo tan sólo presentar tal alegación

32 DÍAZ FRAILE, J. M., “Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica”, *est. cit.*. Este autor realiza un ilustrativo repaso respecto a las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional español en esta materia, afirmando al efecto que “tales recursos de amparo fueron reiteradamente rechazados por el Tribunal Constitucional desde su sentencia de 18 de diciembre de 1981 (posteriormente confirmada por las de 17 de mayo de 1985 y 30 de junio de 1993), en base a un doble argumento, que confluyen en un fundamento común. En primer término, por considerar que la limitación de las causas de suspensión no empecen, sin embargo, la posibilidad de que todas las reclamaciones que puedan formular el deudor, terceros poseedores y restantes interesados se puedan ventilar en el procedimiento declarativo ordinario que corresponda. En segundo lugar, la limitación de controversia y demás peculiaridades de este procedimiento no vulneran el derecho de defensa consagrado por el artículo 24 de la Constitución Española, al carecer la resolución que pone fin a dicho procedimiento de los efectos de cosa juzgada material, dejando pues la puerta abierta para obtener la referida tutela en juicio declarativo ordinario, donde se podrán residencias cuantas pretensiones se estimen oportunas con plenitud de cognición, controversia y de garantías procesales”.

33 Véase, en tal sentido, el Auto nº 113/2011, dictado por el Tribunal Constitucional en fecha 19 de junio de 2011, por el que se inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 7223-2010 planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Sabadell, respecto de los artículos 579, 695 y 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

en un procedimiento declarativo separado sin influencia alguna en la ejecución, siendo éste el supuesto de base que ha sido objeto de estudio por la abogada Dña. Juliane Kokot³⁴.

Pues bien, tras efectuar el necesario estudio comparado entre las limitadas causas de oposición reguladas por nuestro sistema hipotecario español y la protección que pretende otorgar la Directiva 93/13, la referida letrada propone al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que resuelva la petición de decisión prejudicial planteada determinando que *“un sistema de ejecución de títulos notariales sobre bienes hipotecados o pignorados en el que las posibilidades de oposición frente a la ejecución se encuentran restringidas es incompatible con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuando el consumidor, ni en el propio procedimiento ejecutivo ni en un procedimiento judicial separado, puede obtener una tutela jurídica efectiva para ejercitar los derechos reconocidos en dicha Directiva, por ejemplo mediante una resolución judicial que suspenda provisionalmente la ejecución forzosa”*.

Pese a que estas conclusiones no tiene carácter vinculante para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, por tanto, debemos quedar a la espera de conocer su resolución, al menos deben hacer reflexionar al legislador español sobre la oportunidad de reformar el procedimiento de ejecución hipotecaria a fin de que los Juzgados y Tribunales que conocen de los procedimientos declarativos en los que se esté analizando la legalidad de las cláusulas que conforman el préstamo hipotecario subyacente a la hipoteca, estén facultados para suspender provisionalmente el procedimiento ejecutivo, evitando así la continuación de la ejecución forzosa, regulando para ello la posibilidad de suspender la posible ejecución de la vivienda habitual de un consumidor como sistema de evitación de situaciones de difícil o imposible reparación³⁵.

C) El valor de adquisición del inmueble por el acreedor hipotecario.

Como consecuencia directa de la larga duración en el tiempo de los préstamos hipotecarios –que alcanzan en muchas ocasiones hasta los cuarenta años–, el valor real de los bienes hipotecados puede sufrir importantes variaciones. En este sentido, mientras que en los años de bonanza económica las expectativas de notables incrementos de las viviendas derivó en la concesión de préstamos que incluso superaban las tasaciones de los inmuebles, en la actualidad la depreciación que estos inmuebles han sufrido ha derivado no sólo en la imposibilidad para los consumidores de proceder a la venta de su vivienda para poder cancelar –al menos en su mayor parte– el préstamo que les pudiera ser ejecutado, sino en la ausencia generali-

34 El Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona interesaba saber si el sistema de ejecución hipotecaria español, en el que no se prevé ninguna posibilidad de oponer frente a la ejecución el carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo que subyace a la hipoteca se configura como una limitación de la protección de los consumidores que infringe lo dispuesto por la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

35 Piénsese, por ejemplo, en los enormes perjuicios de imposible o muy difícil reparación causados a un consumidor que obtiene una sentencia favorable en un procedimiento declarativo en la que declara la nulidad radical del préstamo hipotecario (no ya sólo de parte de su clausulado, pues entonces se procedería a su integración) y, por ende, de la ejecución, tras haber sido ejecutada su vivienda habitual y adjudicada ésta a un tercero, pudiendo tan sólo así obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos pero no evitar la pérdida de su vivienda habitual.

zada de postores a las subastas judiciales³⁶, fomentándose con ello la adjudicación de los inmuebles por el acreedor hipotecario por un valor inferior al de tasación que se pactó en la escritura de constitución del préstamo.

Ahora bien, mientras que tradicionalmente el artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil fijaba en el 50 % de su valor de tasación el porcentaje por el que podía el acreedor adjudicarse el bien en aquellos casos en los que no hubiese ningún postor en el acto de la subasta, tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, dicho porcentaje ha subido hasta alcanzar el 60 % del valor de tasación³⁷.

No obstante, no debemos olvidar que la normativa vigente recoge importantes precisiones que deben tenerse en cuenta en relación con la [*necesaria*] correspondencia entre el valor real del inmueble y su valor de efectos de una eventual ejecución hipotecaria³⁸, debiendo tenerse en cuenta en primer lugar que en aquellos supuestos en los que el valor del inmueble hipotecado se hubiese depreciado en más de un 20 % respecto a la tasación inicial, el artículo 9 del Reglamento del Mercado Hipotecario faculta al acreedor inmobiliario a solicitar la ampliación de la hipoteca a otros bienes a fin de cubrir esta depreciación, ajustando así el valor de la garantía a la cuantía del préstamo so pena de que, en caso de no atender dicho requerimiento en el plazo de dos meses, el crédito devendría inmediatamente exigible.

En este sentido, resulta especialmente llamativo el hecho de que las entidades financieras no han ejercitado esta facultad legalmente prevista pese a la caída de los precios en el sector inmobiliario, lo que nos hace al menos reflexionar no sólo si en realidad la depreciación de los inmuebles ha alcanzado o no ese 20 %, sino también en las posibles desventajas que podría tener para una entidad financiera el hecho de que el crédito se venciese anticipadamente como consecuencia de una eventual negativa del deudor a ampliar la garantía hipotecaria (piénsese, por ejemplo, en las dotaciones y provisiones que tendrían que dotar contablemente ante la expectativas de no cobro de la deuda pendiente).

Por el contrario, en caso de que se produzca un incremento de valor del inmueble hipotecado como consecuencia no ya de las fluctuaciones de los precios en el mercado inmobiliario,

36 Situación que, por otra parte, se ha visto acrecentada como consecuencia de la falta de disponibilidad del 20 % del valor de tasación exigido por el art. 669 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para poder acudir a la subasta –porcentaje que fue reducido del 30 al 20 % tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio–.

37 En su Exposición de Motivos se afirma que “*la situación específica del mercado inmobiliario en España plantea situaciones de especial dificultad para quienes contrajeron préstamos hipotecarios en los momentos de mayor valoración de los inmuebles y se encuentran ahora con la imposibilidad de satisfacer sus obligaciones de pago*”, buscando por ello el Gobierno con esta reforma evitar, entre otras cosas, que en los procedimientos ejecutivos se produzcan “*situaciones abusivas o de malbaratamiento de los bienes afectados; manteniendo plenamente, sin embargo, los elementos fundamentales de garantía de los préstamos y, con ellos, de la seguridad y solvencia de nuestro sistema hipotecario*”.

38 Véase, DÍAZ FRAILE, J. M., “Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica”, est. cit.

sino por mejoras o construcciones de la finca hipotecada que no estuviesen cubiertas por la hipoteca y que no pudiesen separarse de la misma sin deterioro o merma de la cosa, también resulta de especial relevancia el hecho de que, en caso de venta en subasta de la finca, el deudor hipotecario tendría preferencia para cobrar el importe correspondiente a este incremento de “valor” por la mejora o construcción frente al acreedor hipotecario por el precio del inmueble sin que éste pueda beneficiarse de tal revalorización, surgiendo con ello el problema de la exacta determinación de esta dualidad de partidas que configurarían su precio –pues no olvidemos que existiría un único precio de remate que no haría distinciones al respecto³⁹–.

Ante los inconvenientes que plantea el sistema de subasta judicial, algunos autores abogan por acudir a la realización forzosa del inmueble hipotecado mediante el convenio previa comparecencia y acuerdo por los interesados –concepto más amplio que el de ejecutado y ejecutante– o por medio de persona o entidad especializada en atención a la posibilidad que brinda el artículo 691.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴⁰, vías que, por otra parte, plantean también los problemas inherentes a cada uno de los sistemas (tales como, por ejemplo, la definición de interesado a estos efectos, el necesario acuerdo entre los interesados, el breve plazo general de seis meses con el que cuentan estas entidades especializadas para la realización del bien, ..., etc.).

En cualquier caso, sea cual sea el sistema de realización del inmueble hipotecado, ante la subsistencia de una importante parte de la deuda tras ella como consecuencia de la más que habitual obtención de un importe inferior al de la deuda reclamada, nos encontramos ante situaciones de auténtico drama social que ha llevado a una parte de la sociedad a calificar como especialmente reprochable la subsistencia de una deuda de elevada cuantía tras la pérdida de la vivienda habitual, especialmente en aquellos casos en los que el inmueble ha sido adjudicado por la entidad bancaria por un valor muy inferior al que ella misma había aceptado como tasación en la escritura pública de constitución del préstamo hipotecario.

D) La mediación en los procesos de ejecución.

Mediante la promulgación del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, encargado de incorporar al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles⁴¹, el legislador español ha querido reforzar la figura de la mediación en los procedimientos de ejecución hipotecaria como

39 Este incremento de valor del inmueble hipotecado como consecuencia de las referidas construcciones o mejoras efectuadas por el deudor sobre la misma, pone de manifiesto el problema de determinar el incremento de valor de que ello habría generado en el inmueble y que, lejos de poder hacer coincidir de un modo automático con el coste de tales reformas o mejoras, pasaría irremediablemente por la intervención de peritos especializados que encarecerían todavía más el coste de un procedimiento ejecutivo.

40 Véase, ADAN DOMÈNECH, F., “El resarcimiento crediticio del acreedor hipotecario”, *est. cit.*

41 Tal y como se recoge en su Exposición de Motivos, “*la regulación de esta norma conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España, y pretenda tener un efecto jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles y dentro de un modelo que ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional del año 2002*”.

método alternativo de resolución de conflictos⁴², al otorgar fuerza ejecutiva a la escritura pública que pueda recoger, en su caso, el acuerdo libremente alcanzado entre las partes como expresión última de la autonomía de la voluntad⁴³.

La mediación se configura como el siguiente paso lógico tras el fracaso en las negociaciones llevadas a cabo entre las partes, quienes, ante la imposibilidad de lograr alcanzar un acuerdo por sí mismas, optan por facultar a un tercero para que intente “mediar” entre ellas eliminando las barreras que impiden la adopción de un acuerdo que satisfaga a ambas partes, fomentando con ello la empatía entre ellas.

El tercero neutral se postula así como el elemento no sólo potenciador del diálogo, sino también favorecedor del adecuado clima de negociación, sin que por otra parte en ningún caso las partes se vean privadas de la autonomía de su voluntad mediante la imposición de una solución al conflicto por un tercero –como sí ocurre en el caso por ejemplo del arbitraje–, por lo que “los sujetos enfrentados en la controversia son los que deciden en última instancia la solución del problema”⁴⁴.

Pese a que tradicionalmente la mediación ha mostrado importantes resultados en el ámbito familiar, en el que existe un elevado nivel de interrelación entre las partes, no por ello debe rechazarse su utilización en el ámbito de la ejecución hipotecaria, máxime en aquellos casos en los que el bien ejecutado es la vivienda habitual, pudiendo ser ésta una vía de escape a la rigidez del procedimiento ejecutivo que consiga alcanzar una situación más satisfactoria tanto para el deudor, que podrá exponer a la entidad financiera de una manera detallada y ordenada las concretas especialidades de su caso sin tener que circunscribirse a los tasados motivos de oposición regulados por la ley, como para el acreedor, quien en muchos casos está más interesado en alcanzar un acuerdo con el deudor que en la culminación de un procedimiento ejecutivo tras el cual, con una alta probabilidad, terminará adjudicándose el inmueble ante la inexistencia de postores a las subastas.

42 Véase, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R. “Responsabilidad Social Corporativa y Métodos Alternativos De Solución De Conflictos”, en AA.VV Responsabilidad social de la empresa y Derecho Mercantil (Coord. ALFONSO SANCHEZ, R.), Granada, Ed. Comares, 2010, pp. 103-128, en el que se recoge un análisis detallado de los “cuatro principales métodos de solución de conflictos, la negociación o transacción, la mediación, la conciliación y el arbitraje, diferenciándose entre ellos tanto por las funciones que los terceros pueden ejercer en ellos como por el grado de obligatoriedad y ejecutividad del acuerdo alcanzado, cuestiones ambas que resultan determinantes para considerarlos como idóneos o apropiados para solventar los conflictos surgidos entre consumidores y usuarios” desde la perspectiva de la Responsabilidad Social Corporativa, pues no olvidemos que aquellas entidades bancarias que incluyan políticas socialmente responsables en relación con las ejecuciones hipotecarias contarán con una mejor imagen en una sociedad en la que las plataformas o movimientos sociales que buscan paralizar los lanzamientos en situaciones extremas llegan a calificarlas como generadoras o al menos cooperadoras necesarias de la situación de crisis en la que nos encontramos” (p.113).

43 A tal efecto, el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, ha reformado la Ley de Enjuiciamiento Civil a fin de incluir el acuerdo de mediación –ya sea recogido en escritura pública, ya sea tras su homologación judicial si éste es alcanzado una vez iniciado el procedimiento judicial– dentro de los títulos que dan derecho al despacho de la ejecución, tratando así de adecuar la interrelación entre la mediación y el proceso civil con la finalidad de reforzar la eficacia de esta institución.

44 MORENO BLESA, L., “La solución extrajudicial de litigios de consumo a través del arbitraje on line”, *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 97, octubre 2008.

No cabe duda de que una reforma legal que incorporase una especie de amnistía general y sin requisitos que permitiese a todos los deudores saldar sus deudas con la mera entrega del inmueble hipotecado acarrearía graves consecuencias para nuestro sistema financiero, motivo por el cual muchos autores abogan por la figura de la mediación civil como un sistema alternativo que no sólo permitiría el estudio individualizado de cada caso⁴⁵, sino que, además, contaría con la voluntad de ambas partes, erradicando así los perniciosos efectos que tendría una posible reforma legislativa que afectase a las ejecuciones de préstamos hipotecarios suscritos años atrás y que, por tanto, atentase contra el principio de seguridad jurídica.

E) Análisis de las últimas resoluciones judiciales.

Ante esta rigidez de la regulación legal vigente en España que “sujeta a los jueces como si fuera un corsé a no permitir la dación en pago”⁴⁶, son ya varios los Juzgados y Tribunales que han optado por efectuar interpretaciones forzadas de la ley con la finalidad de alcanzar una solución “más justa” para aquellos deudores de buena fe que se han visto inmersos en un procedimiento ejecutivo de su vivienda habitual tras haber sido presas de la mala fortuna, permitiéndoles saldar la totalidad de la deuda una vez adjudicada la vivienda al acreedor inmobiliario, determinado así en determinadas ocasiones la improcedencia de la subsistencia de la deuda tras las adjudicaciones en base a las figuras del enriquecimiento injusto, del ejercicio abusivo del derecho y a la doctrina de los actos propios⁴⁷.

Sin ánimo de ser exhaustivos, pasaremos a continuación a realizar un breve análisis de aquellas resoluciones especialmente relevantes que, haciéndose eco del drama social que viven miles de consumidores que sufren una ejecución hipotecaria de su vivienda habitual,

45 MAGRO SERVET, V, “*Soluciones ante las ejecuciones hipotecarias*”. Diario Información (Noviembre de 2012). Este autor considera que una posible reforma legislativa debería incluir “la remisión de la ejecución hipotecaria a la figura de la mediación civil y mercantil, al punto de que cuando se llegue al estado en el que el deudor no pueda afrontar su deuda por encontrarse en graves dificultades económicas se postule la designación de un mediador que ofrezca una solución a las partes que parta de la idea de que en estos casos de desempleo o dificultades graves para afrontar el pago se pacte una solución de aplazamiento en el pago de la deuda sin la imposición de intereses moratorios adicionales, a fin de que se pueda conceder un aplazamiento en el pago de la deuda que permita al deudor recuperarse de una situación de desempleo y que pueda de nuevo afrontar el pago de la deuda pero sin mayores cuantías que incrementen la deuda. En cualquier caso, si llegado el caso del aplazamiento no se afronta el pago o no se puede abonar se le concedería un plazo suficiente para el abandono del inmueble, a fin de darle tiempo para encontrar una nueva ubicación para vivir, pero aplicando la dación en pago, de tal manera que no quedaría deudor de mayor cantidad que la entrega del inmueble”. Para este autor esta solución se postularía como una alternativa al establecimiento de la dación en pago con carácter general, permitiendo así al mediador aceptar los pactos que tuviesen en cuenta las especiales condiciones de cada caso, evitando así la protección de los falsos deudores o deudores de mala fe.

46 MAGRO SERVET, V., “*Soluciones ante las ejecuciones hipotecarias*”, est. cit.

47 Como ejemplo de argumentación desarrollada en base a estas tres líneas (enriquecimiento injusto, ejercicio abusivo del derecho y doctrina de los actos propios) puede citarse aquí a título de ejemplo el Auto de 27 febrero 2012, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Valladolid.

han trato de ofrecerles una vía de salida que les permita “partir de cero” tras la adjudicación del inmueble⁴⁸.

En este sentido, debemos comenzar destacando el primer lugar el Auto nº 111/2010 de 17 de diciembre de 2010, dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra⁴⁹, en el que el Tribunal consideró que, tras la adjudicación del inmueble por parte de la entidad financiera por el 50 % del valor de tasación del inmueble pactado en la escritura pública de compraventa en aplicación de lo dispuesto en la anterior redacción del art. 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se saldaba íntegramente la deuda reclamada pese a que ésta se situaba dentro de la horquilla del 50 % - 100 % del valor de tasación del inmueble, determinando al respecto que, a los efectos de cómputo de la liquidación de la deuda, se debía atender al valor de la vivienda que había sido fijado en la escritura pública de compraventa, equiparando dicha tasación con el supuesto valor real del inmueble con independencia del resultado de la subasta pese a la alegación de depreciación del inmueble efectuada por la entidad bancaria⁵⁰, acudiendo para ello al proscrito ejercicio abusivo del derecho⁵¹.

En segundo lugar, debemos destacar el Auto de 10 de enero de 2012 dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Torrejón de Ardoz, en el que se determina que tras la adjudicación de la finca subastada a la entidad ejecutante por el 50% del valor de tasación fijado por ella misma al haber sido la única postora en la subasta, la pretensión de continuar con la ejecución contra los bienes personales del ejecutado constituye un abuso de derecho por parte de la ejecutante⁵² que, además, generaría un enriquecimiento injusto “*en el contexto de crisis económica excepcional que rodea el caso*”.

48 Véase, RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Ejecuciones hipotecarias”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2012, Editorial Aranzadi, S.A. En este trabajo el Magistrado efectúa un completo y detallado análisis de las resoluciones judiciales dictadas en sede de procedimientos de ejecución hipotecaria que han tenido mayor repercusión pública.

49 Véase, JIMÉNEZ PARÍS, T.A., “Adjudicación en pago y reclamación de la diferencia entre el crédito por el que se ejecutó y el valor de la adjudicación. Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727. Septiembre 2011, pp. 2928-2963.

50 No obstante, esta postura seguida por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra no es pacífica en el resto de sus Secciones, pudiendo citarse al efecto el Auto dictado en fecha 28 de enero de 2011.

51 En idéntico sentido, atendiendo a la prohibición del ejercicio abusivo del derecho, nos encontramos con el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Barcelona de 4 de febrero de 2011, el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Tarrasa de 16 de octubre de 2012 y la Sentencia núm. 153/2011 de 7 abril, dictada por la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1ª).

52 Determina el referido Auto en su Fundamento de Derecho Quinto que “*la pretensión de la parte ejecutante de que se le adjudique el bien por la mitad de su valor; es decir, por 135.000 euros, y de seguir adelante con la ejecución, al no haberse satisfecho su crédito, pues, recuérdese, la demanda lo es por la cantidad de 265.553,74 euros de principal, más 79.000 euros, presupuestados para intereses y costas, como si fuera ajeno a la sobrevaloración de las garantías inmobiliarias y a la participación, en tanto entidad de crédito, en la causación de la situación de crisis económica existente, constituye un enriquecimiento injusto y un ejercicio abusivo y antisocial del derecho que nuestro ordenamiento no permite (art. 7.2 CC (LEG 1889,27)) y que debe ser rechazado por los tribunales (arts. 11.2 LOP (RCL 1985, 1578 y 2635) y 247.2 LEC (RCL 200, 34, 962 y RCL 2001, 1892))*”.

Finalmente, el Auto nº 119/2011, de 16 de septiembre, dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona, determina nuevamente que se debe entender plenamente satisfecha la deuda del ejecutante que se ha adjudicado el bien hipotecado por el 50 % de su valor de tasación, al entender que a los efectos de liquidación debe estar al valor que el propio banco otorgó al inmueble al momento de constituir la hipoteca, aplicando para ello tanto la teoría del ejercicio abusivo de los derechos como la doctrina de los actos propios⁵³.

Ahora bien, frente a las líneas seguidas por estos Juzgados y Tribunales, nos encontramos con numerosas resoluciones judiciales dictadas por el Tribunal Supremo que rechazan esta flexibilización al extremo de las clásicas figuras del abuso de derecho⁵⁴ proscrito en el artículo 7 del Código Civil y del enriquecimiento injusto⁵⁵, existiendo así una consolidada doctrina sentada por nuestro más Alto Tribunal que rechaza de plano tal argumentación, en la medida en que de la lectura conjunta de los artículos 105 de la Ley Hipotecaria y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se desprende sin lugar a dudas la facultad expresamente concedida por el legislador español al acreedor hipotecario que le permite adjudicarse el bien inmueble en tercera subasta por el 60 % del valor de tasación, existiendo, por tanto, un amparo legal que le permite mantener viva la deuda por el importe no satisfecho tras esta adjudicación⁵⁶.

Así pues, la existencia de resoluciones judiciales basadas más en el sentido de la equidad que en la aplicación estricta de la ley pueden generar un clima de inseguridad y desconfianza por parte de los agentes que conforman el sistema financiero que desemboque en una mayor

53 En este caso, el Auto fue dictado con el voto particular del Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. José Isidro Rey Huidobro, al discrepar el parecer de los demás miembros de la Sala por entender que la decisión finalmente adoptada contradice la doctrina emanada del Tribunal Supremo. Un análisis más detallado del referido Auto lo encontramos en BELINCHÓN ROMO, M.R., "Extinción de la deuda garantizada con hipoteca y la dación en pago. Comentario al auto de la Audiencia Provincial de Girona de 16 de septiembre de 2011, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2012, Editorial Aranzadi, S.A, pp. 77-87.

54 En tal sentido, véase la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 25 de septiembre de 2008, en la que se dispone que *"Tampoco puede afirmarse que actúe el acreedor con manifiesto abuso de derecho si exige al deudor el importe que resta del crédito por el que ejecutó, cuando en el proceso de ejecución no ha conseguido la cantidad suficiente para la satisfacción total de aquel. Ello solo puede suceder si se ha pactado al amparo del artículo 140 de la Ley Hipotecaria la responsabilidad limitada, que es una excepción a lo que dispone el artículo 105 de la misma Ley y que concreta la responsabilidad del deudor a los bienes hipotecados... Así las cosas, ni puede tacharse de conducta abusiva la del acreedor que usa en defensa de sus derechos las facultades que le concede la ley, concretada en la reclamación de la diferencia entre el total de su crédito por el que ejecutó y el importe por el que se adjudicó en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria los bienes gravados"*.

55 En tal sentido, véase la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 16 de febrero de 2006 en la que se afirma que *"el enriquecimiento sin causa no puede ser aplicado a supuestos previstos y regulados por las leyes, pues entre otras razones, no está a disposición del juzgador corregir, en razón de su personal estimación sobre lo que sea justo en cada caso, las resultas de la aplicación de las normas... En el caso de adjudicaciones realizadas en pública subasta al amparo del hoy derogado artículo 131 de la Ley Hipotecaria, la jurisprudencia ha considerado que ...no puede existir enriquecimiento injusto por el hecho de que la adjudicación se haya producido a favor del acreedor por un precio inferior al de tasación, supuesto que en el proceso se hayan seguido los trámites legalmente previstos y se haya aprobado judicialmente el remate"*.

56 DÍAZ FRAILE, J. M., "Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica", est. cit.

restricción de la concesión de préstamos hipotecarios y, por ende, en una mayor limitación de la obtención de la financiación ajena necesaria para muchos consumidores para lograr el acceso a una vivienda digna en propiedad –lo que, en cualquier caso, nada impide que puedan acudir al alquiler como sistema alternativo para tener acceso a una vivienda digna–, generando por tanto unos indeseables efectos perniciosos inherentes a toda actuación que atente contra el principio de seguridad jurídica que rige nuestra sociedad⁵⁷.

2.- La ejecución extrajudicial.

Tal y como ya anticipamos, en la escritura de constitución de la hipoteca puede pactarse que, en caso de incumplimiento por el deudor de la obligación garantizada, se pueda acudir, como sistema de realización del bien hipotecado, a su venta extrajudicial conforme a lo dispuesto en el artículo 1.858 del Código Civil, debiendo ésta realizarse ante Notario y bajo cumplimiento de los requisitos establecidos por el Reglamento Hipotecario.

Ahora bien, si bien es cierto que la realización judicial del inmueble tiene aparejada unas indeseables consecuencias para el deudor ejecutado que puede ver cómo subsiste una importante parte de la deuda tras la adjudicación del inmueble por la entidad financiera por el 60% de su valor de tasación, también lo es el hecho de que, en puridad, en la venta extrajudicial podría considerarse inaplicable el referido límite fijado en el art. 670 LEC.

Nos centraremos aquí en este último extremo, por ser el que mayor trascendencia tiene para el deudor en la medida en que, de no resultar de aplicación, tras la adjudicación del inmueble puede encontrarse con que el importe de su deuda tan sólo se haya disminuido en un porcentaje que no alcance ni tan siquiera el 60 % de su valor de tasación.

En este sentido, y a diferencia de la claridad con la que el art. 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina este límite, el artículo 236.g) del Reglamento Hipotecario determina que, en caso de que se tuviese que celebrar la tercera subasta por falta de postores en las dos anteriores, ésta se celebrará “*sin sujeción a tipo*”, es decir, sin que exista limitación en las posturas pese a que éstas alcancen un ínfimo porcentaje del valor de tasación.

Frente a esta [*aparentemente injusta*] situación, la Junta Directiva del Colegio Notarial de Cataluña, emitió un comunicado el pasado 26 de enero de 2012 por el que manifestaba su oposición a la inaplicación de los límites fijados en los arts. 670 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entendiendo para ello que, por prudencia, éstos deberían aplicarse, en esencia, al no resultar ajustado a derecho el hecho de que una normativa reglamentaria contravenga lo dispuesto por las normas de realización de garantías –y, por tanto, podría entenderse que de orden público– contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien tal postura no resulta pacífica.

57 No debe olvidarse que las condiciones de los préstamos hipotecarios son un fiel reflejo del nivel de riesgo asumido por las entidades financieras en su concesión, de tal forma que a mayor asunción de riesgo, mayores serán las comisiones y el diferencial de interés que tendrá que soportar el deudor. Un ejemplo de ello lo encontramos en el Libro Blanco de Comisión Europea de 2007, en el que se pone de manifiesto el hecho de que la duración y el coste de los procedimientos de ejecución forzosa a los que las entidades financieras tienen que acudir en caso de impago de los préstamos hipotecarios deriva en un mayor coste para dichas entidades –lo que, en última instancia, es repercutido en las condiciones de los préstamos hipotecarios–, motivo por el cual se aconseja una mayor eficiencia en dichos procedimientos.

Así pues, aunque en la práctica las entidades financieras han acudido con relativa frecuencia a este sistema dada la reducción no sólo de los costes económicos –pues no olvidemos que no es preceptiva la intervención de abogado y procurador–, sino también ante la si cabe más importante reducción de tiempos respecto a los procedimientos judiciales, no deben olvidarse sus inconvenientes tanto para el deudor, al resultar cuestionable la limitación recogida en el art. 670 LEC, como para el acreedor, al poder paralizarse por imposibilidad de requerir de pago al deudor y la falta de sumariedad real si el poseedor del inmueble se niega a entregarla voluntariamente –dado que, a diferencia del Juzgador, el Notario no está facultado para desposeerlo de la posesión–.

En este sentido, como última reflexión debemos señalar que, con la promulgación del ya citado Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, por el que se incrementó hasta alcanzar el 60% el porcentaje por el que el acreedor puede adjudicarse el bien en aquellos casos en los que no hubiese ningún postor en el acto de la subasta judicial, el legislador español desaprovechó la oportunidad de haber modificado el artículo 236.g) del Reglamento Hipotecario a fin de zanjar la controversia existente respecto a la posible aplicación de dicho límite en la venta extrajudicial de los bienes hipotecados –en caso de que ésta hubiese sido realmente su intención–, habiendo sido así deseable una reforma del citado Reglamento que aclarase tan importante cuestión.

IV. LA POSIBILIDAD DE LA DACIÓN EN PAGO DE LA VIVIENDA ANTES DE SU EJECUCIÓN. CONSENTIMIENTO DE LA ENTIDAD FINANCIERA.

Ante la delicada situación en la que queda el particular-consumidor si tras la ejecución hipotecaria subsiste una importante parte de la deuda que mantenía con la entidad financiera, se ha tratado de recurrir a la institución de la dación en pago de tal forma que transmitido el inmueble al acreedor éste tenga por completamente satisfecha la deuda.

El problema para el consumidor es que la entidad financiera no está obligada a aceptar dicha dación en pago con lo que a falta de acuerdo no se puede evitar la ejecución hipotecaria y, en su caso, la subsistencia de la deuda⁵⁸. Sólo si las partes lo pactan se puede “limitar la responsabilidad del deudor al importe que represente el bien que constituye la garantía real, es decir, que las partes de forma expresa hubiesen pactado la inaplicabilidad de la responsabilidad universal del deudor, presente en el art. 1.911 CC, por referencia del artículo 105 LH”⁵⁹.

58 Una de impedimentos para negociar una dación en pago al acreedor hipotecario es la existencia de cargas posteriores que lógicamente no quedan canceladas y no pueden ser asumidas por la entidad financiera.

59 BELINCHON ROMO, M.R. “Extinción de la deuda garantizada con hipoteca y la dación en pago. Comentario al auto de la AP de Girona de 16 de septiembre de 2011”, *est. cit.*

Pese a ello, es necesario explorar las posibilidades de inducir a la aceptación de las daciones en pago⁶⁰, bajo el argumento de que “mejor será que ese deudor insolvente deje de estar obligado al pago de sus deudas pendientes y pueda volver a empezar y reiniciar su actividad de manera legal”⁶¹, evitando así invitar a la economía sumergida. El Real Decreto-Ley 6/2012, que citaremos posteriormente, ha resultado a todas luces insuficiente para ello.

Como hemos referido supra no corresponde a la jurisprudencia construir enrevesados argumentos⁶² para llegar a resultados que para muchos son cuestión de justicia material, sino que corresponde al poder legislativo modificar la aplicación, a falta de pacto en contrario, de lo dispuesto por el art. 105 de la Ley Hipotecaria así como la limitación de la responsabilidad universal del art. 1911 CC⁶³.

El acuerdo con las entidades financieras se ha venido instrumentando mediante la vía de las refinanciaciones, a la postre novaciones modificativas que podían suponer más plazo para el deudor o periodos de carencia de principal, a cambio normalmente de garantías adicionales. Las refinanciaciones se realizan al amparo de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, reformada por la Ley 41/2007, que introdujo “la posibilidad de ampliación del plazo de amortización de dichos préstamos sin pérdida de rango de la hipoteca, lo que facilitaba la obtención de acuerdos que permitiesen a los deudores cuotas de amortización menores y a los acreedores que los deudores no incurriesen en mora”⁶⁴.

60 En tal sentido es interesante el estudio de la dación en pago “necesaria” en Derecho Foral Navarro efectuado por EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A., “Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio del párrafo segundo in fine de la Ley 493 del Fuero Nuevo”, *Revista de Derecho Privado*, nº 28, 2012, pp. 25-70. Dicho artículo establece que “asimismo, el acreedor de cantidad de dinero tendrá que aceptar un objeto distinto si el juez estima justa la sustitución por haberse hecho excesivamente gravosa la prestación debida”. Aunque reconoce la autora que dicho artículo ha venido siendo una curiosidad normativa y no ha desplegado su potencial desarrollo, éste debería tener lugar en el actual contexto de crisis económica dejando en manos del juez el cumplimiento de los requisitos para su aplicación, en especial la situación especialmente gravosa con criterios de justicia y equidad. Ello a diferencia de los parámetros que han sido fijados como imperativos para la restructuración de la deuda hipotecaria en el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, para considerar o no que el deudor está en el umbral de exclusión.

61 CUENA CASAS, M., “Crédito responsable, fresh start, y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas”, *est. cit.*

62 Vid. supra epígrafe III, 1, D. En el mismo sentido, BELINCHON ROMO, M.R., “La hipoteca de responsabilidad limitada vista desde la perspectiva de la dación en pago”, *Revista de Derecho Privado*, nº 96-2, 2012, pp. 91-103.

63 BELINCHON ROMO, M.R. “Extinción de la deuda garantizada con hipoteca y la dación en pago...”, *est.cit.*, p.84, que así lo concluye en la medida que la dación en pago “se ha de pactar expresamente por las partes implicadas en la operación; si ello no sucede de esta forma, no es posible admitir esta posibilidad ni que sea la propia jurisprudencia la que determine esta posibilidad erigiéndose en castigadora de las entidades financieras como consecuencia de su mala gestión”.

64 MENDEZ GONZALEZ, F.P., “La limitación imperativa de responsabilidad por las deudas hipotecarias a la finca hipotecada: una idea seductora pero desaconsejable”, *est. cit.*, p. 225.

Inicialmente, las entidades financieras podían tener cierto interés en las daciones en pago para evitar las provisiones o dotaciones correspondientes que se deben reflejar según la normativa bancaria, por lo que tampoco era extraño que las refinanciaciones en ocasiones fueran acompañadas de la aceptación por la entidad bancaria de la dación en pago, como fórmula para evitar el incumplimiento por el deudor y con ello evitar la pérdida por la dotación correspondiente.

El problema, para el consumidor, fue que las entidades financieras se volcaban en deudas, también con garantía hipotecaria, con sociedades mercantiles por importes muy superiores (de millones de euros) y cuyo daño contable era mayor, sin poder dedicar tiempo a la deuda de algo más de cien mil euros por la compra de una vivienda, que era vital para el consumidor.

Con el empeoramiento de la crisis, además, las refinanciaciones se han reducido bastante, y con ello las daciones en pago, al incrementarse los controles sobre las entidades financieras para asegurar su solvencia. Con ello los activos tóxicos o los pasivos de difícil cobro han ido aflorando con todo este proceso (auditorías incluidas) y para las entidades financieras las deudas hipotecarias y su reestructuración han dejado de ser una prioridad.

Quienes justifican que el consumidor debe mantener la deuda no satisfecha con el importe de la adjudicación resultante tras la ejecución hipotecaria, recuerdan que si se obliga a los prestamistas a aceptar el inmueble como forma de pago de los préstamos hipotecarios ello tendría efectos perniciosos, porque disminuiría enormemente la solvencia de las entidades financieras, y porque subirían las condiciones, las comisiones y los tipos de interés de los préstamos hipotecarios que se celebren en el futuro haciendo muy difícil el acceso de los consumidores a una vivienda digna en propiedad⁶⁵.

El primer argumento sería aplicable a las hipotecas contratadas con anterioridad a cualquier modificación que se acometa, por lo que en plena reestructuración del sistema financiero y creación de “bancos malos”⁶⁶ podría ser oportuno elevar el alcance de sujetos e hipotecas cubiertas por la dación en pago previstas en el R.D. 6/2012, para que sean objeto de ayuda más particulares atrapados por la imposibilidad de pagar su deuda hipotecaria. Y respecto al argumento relativo al riesgo de empeoramiento de las condiciones de contratación de los futuros préstamos hipotecarios, no parece tan relevante, si consideramos que la necesidad de vivienda no se tiene que cubrir necesariamente mediante su adquisición en propiedad siendo igualmente posible el arrendamiento instrumento suficiente y más si tenemos en cuenta las

65 MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., “La limitación imperativa de responsabilidad por las deudas hipotecarias a la finca hipotecada: una idea seductora pero desaconsejable”, *est.cit.*, p.234-236, añade argumentos adicionales para desechar la idea de introducir la dación en pago como un derecho del deudor hipotecario e incluso la responsabilidad hipotecaria limitada como derecho del deudor, en nuestro sistema jurídico.

66 La Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria (Sareb), como se ha denominado al banco malo, es una sociedad anónima que comprará a bancos y cajas con ayudas públicas sus activos problemáticos ligados al ladrillo. Esto es, créditos a promoción inmobiliaria en situación de impago o con riesgo de morosidad e inmuebles y suelo que las entidades se han tenido que quedar por el impago de deudas como hipotecas. El banco malo se encargará de su gestión y venta durante los próximos 15 años (fuente: www.abc.es). La referida sociedad de gestión de activos está regulada en la Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero.

numerosas ocasiones en que el legislador ha fomentado el alquiler de viviendas y no sólo con medidas fiscales a favor de los arrendatarios⁶⁷.

El legislador ante este debate ha guardado silencio y sus únicas medidas han sido el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo de 2012 y el Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, que referiremos posteriormente, el primero para tratar de potenciar la restructuración de las deudas hipotecarias y el segundo para evitar el lanzamiento de los deudores hipotecarios en proceso de ejecución, si bien van a ser muy pocos los consumidores que van a poder acogerse a los mismos.

V. EL CONCURSO DE ACREEDORES ¿SOLUCIÓN PARA EL CONSUMIDOR PERSONA FÍSICA? ESPECIAL REFLEXIÓN SOBRE LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

1.- El concurso de acreedores de la persona física.

Como hemos podido comprobar a lo largo del presente trabajo, nos encontramos ante una exponencial situación de insolvencia de muchos consumidores que se enfrentan a un sobreendeudamiento familiar⁶⁸ que irremediamente deriva en una situación de insolvencia análoga a la situación de insolvencia empresarial, lo que, al menos en teoría, nos situaría en multitud de ocasiones dentro del ámbito de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003.

Sin embargo, en la práctica no son frecuentes los casos en los que las personas físicas se acogen al procedimiento concursal, especialmente en el supuesto de consumidores, bastando al efecto comprobar las estadísticas publicadas por el Instituto Nacional de Estadística, reveladoras de que mientras que durante el tercer trimestre de 2012 el número de deudores concursados alcanzó la cifra de 1.646, lo que supone un aumento del 16,5% respecto al mismo periodo del año anterior, de ellos tan sólo 180 eran personas físicas sin actividad empresarial –lo que, además, supone un descenso del 13% respecto del mismo periodo del año anterior⁶⁹.

Pese a que ciertamente uno de los motivos por lo que los consumidores no se acogen al procedimiento concursal radica en el rechazo a incurrir en los gastos judiciales inherentes

67 Véase, GARCÍA PALACIOS, M. “Arrendamientos urbanos, una materia en constante evolución: reformas aprobadas y anunciadas”, *Revista iuris*, 1^º octubre 2012, pp. 12-18, que recoge los datos de Eurostat relativos a que en España el 17% de la población reside en una vivienda en alquiler frente al 83% que lo hace en una casa en propiedad, existiendo un parque de más de tres millones de viviendas vacías, razón por la que se deben potenciar las viviendas en arrendamiento.

68 Disponible en <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0312.pdf>.

69 A nivel europeo han sido ya varios los informes publicados cuyo objeto pasaba por el estudio del sobreendeudamiento de las familias, pudiendo citarse a título de ejemplo el informe titulado “Sobreendeudamiento de consumidores y legislación de consumidores de en la Unión Europea” de la Dirección General de Protección de los Consumidores de la Comisión Europea, de septiembre de 2003, así como el informe sobre el sobreendeudamiento presentado por el Consejo de Europa en fecha 11 de octubre de 2005, en el que se analizaban las posibles alternativas de protección que podrían concederse al deudor de buena fe. Véase, en tal sentido, MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., “Intervenciones en el Congreso de los Diputados, Comisión de Vivienda”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 729, pp. 197-252.

al proceso, no debemos olvidar que estas cifras sin embargo se muestran muy alejadas de las que encontramos en los países de nuestro entorno, signo inequívoco de que el principal motivo radica en la deficiente protección en la normativa concursal española del consumidor de buena fe⁷⁰.

La Ley Concursal española, pese a recoger en su ámbito de aplicación las situaciones de insolvencias presentes o inminentes tanto de personas jurídicas como físicas⁷¹, mantiene un enfoque sin duda de marcado carácter empresarial al no contener previsiones específicas que permitan al deudor persona física y de buena fe “escapar” de las graves consecuencias inherentes al principio de responsabilidad universal recogido en el artículo 1.991 del Código Civil⁷², en contraposición de lo que sucede en los Ordenamientos Jurídicos de nuestro entorno donde encontramos figuras como el “*Fresh Start*” o “*Nueva Oportunidad*”⁷³ acuñada por el Derecho anglosajón o la “*Restschuldbefreiung*” o “*Condonación de la Deuda Pendiente*”⁷⁴ recogido en la Ordenanza de Insolvencia Alemana.

Como hemos podido comprobar, son muchos los movimientos sociales que hoy en día abogan por un sistema que permita acudir a los deudores hipotecarios al sistema de dación en pago para paliar el actual problema de subsistencia de gran parte de la deuda con el que se encuentran los consumidores tras la ejecución hipotecaria y que, irremediamente, chocan no sólo con la carencia de un respaldo normativo sino también con los riesgos de endureci-

70 CUENA CASAS, Matilde. “Algunas deficiencias de la ley Concursal ante la insolvencia de la persona física”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7/2009, Editorial Aranzadi, S.A.

71 El artículo 1.1 de la Ley Concursal recoge la regla general del presupuesto subjetivo de la norma, al disponer que “*la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica*”.

72 Ante esta situación, la Plataforma Hipotecaria de ADICAE (Asociación de Usuarios de Cajas, Bancos y Seguros), elaboró -aunque sin mucho éxito- una propuesta de enmiendas al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en aras a trasladar al conjunto de los grupos parlamentarios una serie de propuestas que pretendían paliar en cierto sentido esta “discriminación” normativa del deudor persona física español respecto a la regulación existente otros países, pudiendo destacarse al efecto la que recomendaba la creación de un proceso concursal específico que daría a los consumidores una segunda oportunidad para recuperarse económicamente y permitiría a los jueces mayores facultades para tratar de renegociar o aplazar la deuda. Disponible en <http://publicaciones.adicae.net/publicaciones/pdf/Concursal.pdf>.

73 Sin entrar aquí a analizar las peculiaridades procedimentales de cada una de las opciones que este sistema ofrece al deudor persona física, merece la pena destacar el denominado “Bankruptcy Code” regulado en el Capítulo 7 del Código de la Insolvencia estadounidense, por ser éste el más utilizado en la práctica al permite a los deudores de buena fe que cumplan los requisitos procedimentales exigidos en la citada normativa exonerarse automáticamente de la práctica totalidad de las deudas pendientes (no se incluyen dentro de esta exoneración deudas tales, como por ejemplo, las surgidas por la pensión de alimentos), lo que supone un [verdadero] comienzo para el deudor. En este sentido, véase CUENA CASAS, M., “Crédito responsable, fresh start, y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas”, *est. cit.*

74 En los artículos 286 y siguientes de la Ley de Insolvencia Alemana de 5 de octubre de 1994 nos encontramos con un modelo de exoneración o condonación parcial de deudas del deudor persona física de buena fe que, si bien se muestra más limitado que el modelo anglosajón, ofrece al deudor la posibilidad de liberarse de las deudas tras seis años desde la conclusión del procedimiento concursal bajo la premisa de que, durante ese periodo, el deudor debe utilizar parte de sus ingresos al pago de las deudas pendientes. En este sentido, véase CUENA CASAS, M. “Algunas deficiencias de la ley Concursal ante la insolvencia de la persona física”, *est. cit.*

miento de las condiciones de acceso a la financiación, planteándose así una posible reforma del sistema concursal español a semejanza de nuestros países vecinos como una solución alternativa [*aunque no exenta de problemas*] a la dación en pago como un nuevo comienzo para muchos consumidores.

2.- Efectos derivados de la conclusión del concurso por insuficiencia de bienes y de derechos del deudor.

El artículo 176 de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003 establece las causas de conclusión del concurso, disponiendo en su originaria redacción un cuarto apartado que reconocía como causa “*la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores*”, pudiendo así dar fin al procedimiento concursal fuese cual fuese el estado procesal en el que se encontrase al comprobarse tal circunstancia, mientras que, por su parte, los artículos 178 y 179 se encargaban, respectivamente, de determinar los efectos de la conclusión del concurso y sus causas de reapertura.

Tras la modificación legislativa operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que con carácter general entró en vigor el 1 de enero de 2012⁷⁵, dichos preceptos han sido modificados para sustituir dicha causa de conclusión por los supuestos de liquidación con subsistencia de pasivo insatisfecho o insuficiencia de masa activa para satisfacer los créditos contra la masa, manteniendo no obstante en esencia los mismos efectos y causas de reapertura del concurso ya existentes con anterioridad a la reforma⁷⁶.

De esta forma, en aquellos supuestos de conclusión del concurso de liquidación o insuficiencia de masa activa, los artículos 178 y 179 de la Ley Concursal efectúan una importante [*aunque lógica*] distinción respecto a los concursos de personas físicas y los concursos de personas jurídicas, estableciendo la nueva redacción del citado artículo 178. 2 y 3 que:

“2. En los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme.

3. La resolución judicial que declare la conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa del deudor persona jurídica acordará su extinción y dispondrá

75 En atención a lo dispuesto por la Disposición Transitoria Undécima de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal, la modificación de los artículos 176, 176.1 a 3 bis y 178 y 179 de la Ley Concursal resultarán de aplicación a los concursos que se encontrasen en tramitación a la fecha de su entrada en vigor, es decir, a aquellos que a fecha de 1 de enero de 2012 no hubiesen concluido (además de los que, lógicamente, diesen comienzo con posterioridad a dicha fecha).

76 El artículo 176.1 de la Ley Concursal dispone en sus apartados 2º y 3º tras la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que “*Procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones en los siguientes casos: (...) 2º. Una vez firme el auto que declare el cumplimiento del convenio y, en su caso, caducadas o rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento, o que declare finalizada la fase de liquidación. 3º. En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa*”.

la cancelación de su inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme”.

Mientras que, por su parte, el artículo 179 del citado texto legal encargado de regular la reapertura del concurso distingue entre: (i) los supuestos de declaración de concurso de persona física, estableciendo en su apartado primero que: *“La declaración de concurso de deudor persona natural dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de otro anterior por liquidación o insuficiencia de masa activa tendrá la consideración de reapertura de éste. El juez competente, desde que se conozca esta circunstancia, acordará la incorporación al procedimiento en curso de todo lo actuado en el anterior”*; y (ii) los supuestos de concurso de acreedores de persona jurídica, disponiendo al efecto en su apartado segundo que: *“La reapertura del concurso de deudor persona jurídica concluido por liquidación o insuficiencia de masa será declarada por el mismo juzgado que conoció de éste, se tramitará en el mismo procedimiento y se limitará a la fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad. A dicha reapertura se le dará la publicidad prevista en los artículos 23 y 24, procediendo también la reapertura de la hoja registral en la forma prevista en el Reglamento del Registro Mercantil.*

En ambos casos la legislación concursal guarda un escrupuloso respeto al principio de responsabilidad universal recogido en el art. 1.911 CC dado que, en esencia, si tras la conclusión del concurso aparecen nuevos bienes del deudor se producirá la reapertura del mismo. Ahora bien, no debemos olvidar que mientras que en el caso de las personas jurídicas estos bienes y derechos de la concursada necesariamente existían con anterioridad a la conclusión del concurso –pues la resolución judicial que declare la conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa del deudor persona jurídica acuerda su extinción–, no ocurre lo mismo respecto del personas físicas, quienes pueden devenir a mejor fortuna.

Así pues, parece que el único mecanismo que permite al deudor persona física exonerarse del pago de parte de sus deudas pasa por alcanzar –y cumplir íntegramente– un convenio con sus acreedores en el que se contengan quitas, ya que en caso de que el concurso concluya con una liquidación siempre seguirá respondiendo de las deudas con su patrimonio futuro, con independencia de que fuese un deudor de buena fe, pudiendo así los acreedores no sólo iniciar ejecuciones individuales tras la conclusión del concurso sino pudiendo incluso solicitar su reapertura durante un plazo de 5 años.

El deudor individual que se ve inmerso en un procedimiento concursal “no puede exonerarse de la responsabilidad por las deudas insatisfechas, a pesar de que su insolvencia sea de buena fe (no culpable) y no le alcanza el beneficio habitual de las personas jurídicas que se extinguen y cancelan. Se produce el fenómeno que la doctrina alemana denominó «torre del deudor» (Schuldturm), expresión con la que se declara que el deudor queda de por vida encerrado en una torre y sin posibilidades de volver a llevar una existencia digna”⁷⁷.

77 CUENA CASAS, M. “Algunas deficiencias de la ley Concursal ante la insolvencia de la persona física”, *est. cit.*

3.- Formación de la masa activa del concurso. De los bienes y derechos inembargables.

El principio de responsabilidad patrimonial no es absoluto dado que, tal y como dispone expresamente la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus artículos 605 a 607, hay bienes y derechos que no pueden ser embargables –y, por tanto, tampoco forman parte de la masa activa del concurso–, pudiendo éstos clasificarse en tres tipologías en atención al “grado de inembargabilidad” que la ley les atribuye: (i) en primer lugar, nos encontramos con los bienes calificados como “absolutamente inembargables” y que aparecen regulados en el art. 605 LEC, y que pueden resumirse como aquellos que son inalienables, carentes de contenido patrimonial o expresamente declarados como tal en alguna disposición legal; (ii) en segundo lugar, recoge el art. 606 LEC aquellos bienes del ejecutado que resultan inembargables, tales como el mobiliario, el menaje de la casa, las ropas del ejecutado y de su familia –con el límite de lo que pueda considerarse superfluo–..., los instrumentos necesarios para el desarrollo de la profesión cuyo valor no guarden proporción con la cantidad reclamada, los bienes dedicados al culto, los declarados así legalmente o por Tratados ratificados por España., etc.; y (iii) en tercer y último lugar, el artículo 607 LEC establece unos porcentajes de los sueldos y pensiones que también se consideran inembargables, cuyos límites han sido objeto de recientes reformas operadas primero por el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril y, posteriormente, por el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio⁷⁸.

Así pues, con la finalidad de garantizar unas condiciones mínimas de dignidad para los deudores, el legislador español ha establecido el referido listado de bienes inembargables que, por tanto, quedan excluidos de la formación de la masa activa del concurso en aquellos casos en los que el concursado es persona física.

4.- La ejecución de la hipoteca de la vivienda familiar en la Ley Concursal.

Para muchos consumidores la vivienda habitual suele ser su principal activo y, por el contrario, el préstamo hipotecario su principal pasivo, lo que, unido al sobreendeudamiento de las familias y su falta de liquidez originada por el paro y las restricciones crediticias que caracterizan la actual crisis económica, deriva en una grave situación de insolvencia.

Como consecuencia necesaria de la constitución de la masa activa del consumidor persona física que entra en situación de concurso de acreedores, la vivienda habitual pasa a ser el primer blanco atacado por éstos con la finalidad de satisfacer [*al menos en parte*] sus créditos.

78 Estas limitaciones a los embargos de los sueldos y pensiones han sido objeto de recientes reformas operadas primero por el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo y, posteriormente, por el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, elevando las cantidades fijadas por el artículo 607.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en un 50% y además en otro 30% del salario mínimo interprofesional por cada miembro del núcleo familiar –es decir, cónyuge o pareja de hecho, los ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado– que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al salario mínimo interprofesional, para aquellos supuestos en los que el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada en un procedimiento de ejecución hipotecaria sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado.

Ahora bien, no debemos olvidar que, pese a que el artículo 55 de la Ley Concursal parte como regla general de la paralización de las acciones individuales que se hubieran iniciado sobre los bienes y derechos del concursado y con la imposibilidad de que se puedan iniciar ejecuciones individuales una vez declarado el concurso como sistema de garantía del principio de la *par conditio creditorum*⁷⁹, en aquellos casos en los que la vivienda habitual está gravada con un préstamo hipotecario, esta paralización o suspensión no afecta a las posibles ejecuciones de la vivienda hasta la apertura de la fase de liquidación (art. 57.3 LC)⁸⁰.

Así pues, únicamente se puede paralizar la ejecución de la vivienda habitual del concursado persona física en aquellos concursos en los que ésta resulta afecta a la actividad empresarial del deudor en atención a lo dispuesto en el art. 56 LC⁸¹ lo que, por tanto, circunscribe su aplicación únicamente al deudor empresario y no al mero deudor consumidor.

De esta forma, en atención a la redacción final de la vigente Ley Concursal española, una vez que se ha producido la declaración concursal del deudor persona física cuya vivienda habitual no está afecta a su actividad profesional, no existe ningún obstáculo legal que impida a la entidad financiera iniciar la ejecución de la hipoteca que pese sobre la misma hasta la fase de liquidación ni, tampoco, ésta se paraliza en caso de que se hubiese iniciado con anterioridad⁸².

Con independencia de una posible reforma legal que podría ir dirigida a establecer la posibilidad de paralizar este tipo de ejecuciones de la vivienda habitual en el seno de un concurso de acreedor –piénsese, por ejemplo, en las ventajas que ello ofrecería frente al sistema de dación en pago al no suponer una pérdida de la garantía sino una mera suspensión temporal de la ejecución–, atendiendo de nuevo a la literalidad de la Ley Concursal nos encontramos con que el consumidor-concursado vuelve a encerrarse en “la torre del deudor” en la gran mayoría de casos en los que no le es posible alcanzar y cumplir un convenio de acreedores, sin que le sea posible “comenzar de cero”.

79 La esencia del procedimiento concursal es lograr la satisfacción ordenada de los acreedores del deudor insolvente.

80 En el Anteproyecto de la Ley Concursal de marzo del año 2000 no se preveía esta excepción de los acreedores con garantía real.

81 De esta forma, a diferencia de lo que sucede en relación con la vivienda habitual del consumidor-concursado, los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no están facultados para poder iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.

82 JIMÉNEZ PARÍS, T. A., “Ejecución de la vivienda familiar y concurso de acreedores (con inclusión de las novedades que presenta el Anteproyecto de Ley Concursal de 17 de diciembre de 2010)”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725. Mayo de 2011, pp. 1738-1761. A este respecto, afirma la autora que “la interpretación mayoritaria de los artículos 55 y 56 LC, según la cual, la presentación de concurso voluntario por el deudor no permite paralizar o suspender la ejecución hipotecaria de la vivienda familiar hace del deudor hipotecario consumidor el gran olvidado por la legislación española. A la carencia de un procedimiento concursal que paralice la ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar se suma la inexistencia de instituciones acogidas en el Derecho Comparado como la dación en pago extintiva de la deuda hipotecaria con independencia del valor del inmueble [aunque palia esta situación la doctrina acogida por el AAP de Navarra referido] o el derecho de rescate (right of redemption o right to redeem), admitidas en el Derecho norteamericano”.

La prueba más evidente del insuficiente alcance de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, como instrumento capaz de atenuar la difícil situación en la que se encuentra un consumidor sobreendeudado, la encontramos en su Disposición Adicional Única, en la que ya se determinaba que *“El Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente las garantizadas con hipoteca. Dicho informe incluirá la posible adopción de otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales que, a través de las oportunas iniciativas, completen la protección económica y social de consumidores y familias. A tal efecto, podrán proponerse opciones de solución extrajudicial para estos casos, sean de carácter notarial o registral, de mediación, o de otra naturaleza”*.

En este sentido, como última reflexión, resulta oportuno resaltar aquí lo dispuesto en el Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, en virtud del cual el juzgador exoneró a los concursados, un matrimonio de jubilados cuya pensión era prácticamente coincidente con el salario mínimo interprofesional⁸³, de las deudas no satisfechas en fase de liquidación –si bien en este caso el concurso había sido no culpable y la mayoría de las deudas habían sido satisfechas mediante su vivienda–, entendiéndose al respecto que una interpretación distinta de la Ley Concursal derivaría en la necesidad de presentar una y otra vez concursos de acreedores por no superar nunca la situación de insolvencia.

El propio Juzgador, consciente de la *[forzada]* interpretación de la Ley que tuvo que realizar para exonerar a los concursados tras la conclusión del concurso, concluye su resolución poniendo de manifiesto la necesidad de una reforma para poder solventar la dramática situación de sobreendeudamiento familiar existente en la actualidad⁸⁴.

VI. ÚLTIMOS INTENTOS LEGISLATIVOS PARA FRENAR LOS DESAHUCIOS. LIMITADO ALCANCE DE LAS MEDIDAS INICIALES Y REPLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

Aunque se sigue poniendo de manifiesto que siguen aumentando los consumidores que no pueden pagar su préstamo hipotecarios⁸⁵ y que sobre ellos pesa (como culminación del

83 Nótese, en este sentido, que el artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil califica como inembargable el importe de las pensiones equivalente al salario mínimo interprofesional, al determinar en su primer apartado que *“es inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional”*.

84 Véase, JIMÉNEZ PARÍS, T. A., *“El fresh start, o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe. A propósito del Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010”*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 729. Enero de 2012, pp. 516-557.

85 *“El paro y la precariedad siguen deparando registros inéditos. 2012 podría batir un nuevo récord de ejecuciones hipotecarias, en torno a las 100.000 sentencias. En junio, los juzgados españoles firmaron un 14% más (23.421) que hace un año, según la estadística judicial del Consejo General del Poder Judicial correspondiente al segundo trimestre del año. Son 257 cada día”*. Noticia de El Mundo 2/10/12 vid. (<http://www.elmundo.es/elmundo/2012/10/02/suvienda/1349180589.html?a=7ca82eff3cf934099c2a6d7731579c75&t=1354114542>).

proceso de ejecución de la hipoteca la subasta de su vivienda) no sólo el riesgo de perder la misma y que se la adjudique la entidad financiera, por el referido sesenta por ciento de su valor de tasación, sino también de que subsista una parte de la deuda. La realidad es que el legislador, en un primer momento, quiso atajar el problema en la fuente posibilitando, sólo para determinados deudores (los más afectados por la crisis), la refinanciación o reestructuración de su deuda para evitar la necesidad de la puesta en marcha del proceso de ejecución y dictó así el Real Decreto-Ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos.

La medida ha resultado insuficiente dado que el colectivo protegido era (y sigue siendo) muy limitado y las ejecuciones en marcha propiciaron que el número de desahucios creciese rápidamente⁸⁶ con el consecuente daño social a muchas familias. La presión social fue la principal causa del posterior Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, que incide fundamentalmente en otorgar una moratoria de dos años para el lanzamiento de los deudores hipotecarios ejecutados, del que también vamos analizar su ámbito de aplicación con detalle.

En cualquier caso, dejar apuntado que en ninguna de las normas referidas el Gobierno indica que las dicte en base al mandato, que ante hemos mencionado, contenido en la Disposición Adicional Única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Pese al tiempo transcurrido (más de los seis meses previstos para ello) las posibilidades de dicha delegación deberían utilizarse para solventar los graves problemas que socialmente se están generando.

1. El Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo. Una apuesta, limitada, por la renegociación de la deuda hipotecaria.

La reestructuración de las deudas hipotecarias que propone el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, como apuntábamos, no se aplica a todos los deudores de préstamos hipotecarios existiendo limitaciones tanto de carácter subjetivo como objetivo. Las medidas propuestas sólo se prevén para los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la vivienda habitual y para los deudores que se encuentren situados en el “umbral de exclusión” (que se resumen en aquellos que cumplan los siguientes requisitos: (i) que carezcan de rentas del trabajo o de la unidad familiar⁸⁷, (ii) que la cuota hipotecaria exceda del sesenta por ciento

86 “La crisis se sigue cebando con los más débiles. El segundo trimestre de 2012 ha marcado un nuevo récord de desahucios de viviendas y locales dictados por los juzgados españoles, con un total de 47.943, lo que arroja una media diaria de 526 desalojos forzosos entre el 1 de abril y el 30 de junio, según los datos oficiales publicados por el Consejo General del Poder Judicial” Noticia publicada en Público el 2 de octubre de 2012 (<http://www.publico.es/espana/443284/nuevo-record-de-desahucios-526-diarios-en-el-segundo-trimestre-de-2012>).

87 El concepto de unidad familiar es mucho más amplio que el utilizado en materia fiscal para el IRPF e incluye al cónyuge (no separado legalmente), a la pareja de hecho (inscrita) y todos los hijos (con independencia de la edad).

de los ingresos netos de dicha unidad familiar, (ii) que carezcan de otros bienes o derechos⁸⁸, (iii) que se trate de la única vivienda en propiedad y que el préstamo haya sido concedido para su adquisición, (iv) que no tenga el crédito otras garantías o avales⁸⁹ y (v) que si existen codeudores estos cumplan los mismos requisitos de rentas, ingresos y carencia de otros bienes).

Los criterios establecidos pueden llevar a situaciones injustas pues si, por ejemplo, trabaja uno de los cónyuges, puede que pese a ello sus ingresos sean mínimos y se cumplan todos los demás parámetros, por lo que sería “contraproducente, en un país con un alto porcentaje de trabajo sumergido (agravado por la crisis), exigir este requisito que desincentiva el empleo y el autoempleo legal”⁹⁰. También puede resultar excesivo exigir la corresponsabilidad de los hijos que convivan con sus padres y tengan algún ingreso⁹¹, o que no se valoren las distintas circunstancias de cada unidad familiar (v.gr. número de hijos o gastos que cubran las necesidades básicas) y se exija que la cuota hipotecaria exceda del referido sesenta por ciento de los ingresos netos de la misma.

Pero es que, además, el ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo puede ser excluido sino se cumplen determinados requisitos objetivos, referidos, por un lado, al hecho de que la entidad financiera se haya acogido al Código de Buenas Prácticas, en principio voluntario para la misma (aunque se ha producido desde entonces la adhesión de un número importante de entidades)⁹², y por otro, se exige que no se hubiera superado en el momento de la adquisición de la vivienda habitual un determinado precio en función del número de habitantes del municipio⁹³.

88 Dichos otros bienes o derechos han de ser suficientes para hacer frente a la deuda, cuestión que ha sido criticada por la Plataforma Hipotecaria de ADICAE (Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros) en su informe sobre la aplicación del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, en su informe resumen de 24 de octubre de 2012, señalando que ello “deja a la entidad bancaria libertad para que sea ella la que fije cuándo existe y cuándo no, sin que el deudor pueda intervenir”.

89 Salvo en los supuestos de garantías personales cuando los garantes cumplan los mismos problemas de ingresos y no tengan otros bienes.

90 ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “De nuevo en apoyo del deudor hipotecario. El RDL 6/2012 y su Código de Buenas Prácticas”, *Rev. El Notario del siglo XXI*, julio-agosto 2012, nº 42.

91 Indirectamente se está fomentando que los hijos se independicen para que sus padres se puedan acoger al Real Decreto-Ley 6/2012 por la deuda a los hijos

92 Véase la noticia parecida el 14 de octubre de 2012 en el diario digital El periódico.com: “Han pasado ya varios meses desde que el Gobierno diera luz verde al Decreto Ley de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos en el que se incluía un Código de buenas prácticas bancarias al que podían unirse, de forma voluntaria, las entidades financieras que consideraran oportuno. En la actualidad, 101 entidades financieras se han acogido a este código que, una vez firmado, es de obligado cumplimiento al menos durante dos años y podrán ser llevadas ante los tribunales si lo incumplen”. (<http://bolsa.elperiodico.com/finanzas-personales/noticias/Codigo-de-buenas-practicas-bancarias-que-es-bancos-adheridos--aa8bcdc2fd5ad135967a7155a5189020121014.html>).

93 Se establece una escala que aplica un precio de adquisición no superior a 120.000 euros para los municipios de hasta 100.000 habitantes y se va incrementando el precio hasta un máximo de 200.000 euros para los municipios de más de un millón de habitantes.

Cumplidos todos los requisitos por el deudor, lo cual no resulta nada fácil, los derechos que le otorga al consumidor el que la entidad financiera se haya acogido al citado Código tampoco son excesivos, excepción hecha de la moderación de los intereses de demora que sólo requieren los requisitos subjetivos citados (art. 4 del Real Decreto-Ley). Con carácter general obtendría la restructuración de la deuda con las siguientes medidas, siempre que sean suficientes para el repago de la misma: a) carencia de amortización de capital de cuatro años, b) ampliación del plazo de amortización hasta cuarenta años desde la concesión del préstamo y c) reducción del tipo de interés a Euribor más 0,25 por cien durante el período de carencia.

Si, pese a ello, la entidad financiera considera que la restructuración de la deuda es inviable para que el deudor la pueda pagar, como medida complementaria, y con carácter voluntario para la entidad prestamista, podrá aplicar una quita. La entidad financiera no está obligada a concederla por lo que su aplicación puede resultar escasa, salvo que la entidad la prefiera a la dación en pago que se refiere a continuación.

Si no se consideran suficientes para la viabilidad del repago de la deuda las normas arriba referidas de restructuración de la deuda, ni la medida complementaria (quita), se establece la obligatoriedad, ahora sí, para la entidad financiera, de aceptar la dación en pago siempre que la vivienda sea la habitual, lo que cancelará la totalidad de la deuda garantizada con hipoteca y la responsabilidad personal del deudor.

No obstante es requisito de la dación en pago, además de que no se haya anunciado la subasta (la publicidad de la misma, en nuestra opinión, no debería impedir su paralización, pues aunque cualquier tercero hay conocido de la subasta su posible interés no es más que una expectativa para pujar sin garantía de adquirir el bien), que no existan cargas posteriores. Puede ocurrir que las haya por las dificultades económicas del deudor con los consecuentes embargos del consumidor, pero parece obvio que si la entidad financiera, a la que proceda darle en pago un inmueble, quede obligada a recibirlo si es titular de las cargas posteriores y no existen otras⁹⁴.

Además, el deudor podrá pedir, pese a la dación, continuar en la vivienda como arrendatario pagando una renta del tres por ciento del importe total de la deuda en el momento de la dación. En incluso fiscalmente se establecen medidas a favor de los deudores en determinados impuestos como el de actos jurídicos documentados o la exención de la ganancia patrimonial en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que se pudiera generar al efectuarse la dación en pago (aunque normalmente se deberá producir una pérdida patrimonial al ceder la vivienda por un valor inferior al de adquisición), pero la medida fiscal que más ha sorprendido en beneficio de los deudores hipotecarios es que el legislador ha establecido respecto a la tradicional plusvalía municipal⁹⁵, no una exención (lo que hubiera perjudicado las actuales maltrechas arcas de los ayuntamientos), sino que el acreedor, esto es el Banco, se convierta en sujeto pasivo sustituto del contribuyente (el consumidor que transmite la

94 ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “De nuevo en apoyo del deudor hipotecario. El RDL 6/2012 y su Código de Buenas Prácticas”, *est. cit.*, que entiende que en esos casos “se prestaría al fraude pues si el banco tiene otro crédito le bastaría iniciar una ejecución y anotar un embargo para impedir la dación en pago”.

95 Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana.

vivienda), pero lo que es más relevante “*sin que el sustituto pueda exigir del contribuyente el importe de las obligaciones tributarias satisfechas*”, incurriendo la norma “en un grave error técnico al establecer un supuesto de sustitución sin derecho a reembolso del sustituto frente al contribuyente (ni retención previa), de lo que no existen precedentes en nuestro ordenamiento”⁹⁶, norma que por tanto desincentivará a las entidades financieras a aceptar la dación de los deudores sin recursos.

Ya hemos hecho referencia a la dación en pago como alternativa para los consumidores para evitar los perjuicios de una ejecución hipotecaria en especial cuando el valor de adjudicación es inferior a la deuda garantizada y como su carácter voluntario deja en manos de las entidades financieras aceptar dicha medida. Su inclusión con carácter vinculante en el Real Decreto-Ley 6/2012 supone un paso importante para evitar que el consumidor pague los excesos cometidos en el pasado en la concesión de créditos pero su aplicación ha resultado muy limitada por los excesivos requisitos exigidos para su aplicación⁹⁷.

2. El Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre. Moratoria para “algunos” desahucios.

Aunque se insista en que la tasa de morosidad no es elevada, la realidad es que se ha venido incrementando constantemente⁹⁸. Las medidas favorecedoras de la renegociación de los préstamos han resultado insuficientes y, en cualquier caso, no ha paralizado la práctica generalidad de los desahucios, lo que ha elevado la crispación social de los colectivos afectados y de la sociedad en general, clamando por una respuesta jurídica que proteja a los más débiles.

Las propias entidades financieras, a través de la Asociación Española de banca se vieron forzadas a, unilateralmente, adquirir el compromiso “por razones humanitarias y en el marco de su política de responsabilidad social, de paralizar los lanzamientos durante los próximos

96 FALCÓN Y TELLA, R., “Dación en pago de inmuebles hipotecados: consecuencias en el IRPF del deudor, en el IS de la entidad financiera y en el IIVTNU”, *Rev. Quincena Fiscal*, nº 12/2012.

97 Prueba de ello podemos citar la noticia recogida en el diario El País, el pasado 23 de noviembre de 2012, la siguiente noticia: “El Ministerio de Economía ha publicado este viernes el primer balance oficial del código de buenas prácticas de la banca para evitar los desahucios de las personas más desfavorecidas. Según los datos del departamento que dirige Luis de Guindos y correspondientes al primer trimestre de aplicación de la medida entre el 11 de marzo y el 30 de junio, solo ocho de todos los procesos cerrados en este periodo se han saldado con la dación en pago, lo que ha permitido a los afectados canjear la deuda con el banco con la entrega de la vivienda”. Sin perjuicio de la medida necesite consolidarse la extrema situación de los particulares debía haberse atacado de forma más ágil.

98 Así se refleja en la noticia publicada en el diario El Mundo, el pasado 19 de noviembre de 2012, “La tasa de morosidad vuelve a marcar un nuevo récord y en septiembre se situó en el 10,7%, según datos del Banco de España. Con este nuevo avance, la mora acumula quince subidas mensuales consecutivas, ya que el último descenso mensual de la referencia se remonta a junio de 2011, cuando bajó al 6,41%, frente al 6,48% de mayo de 2011” (<http://www.elmundo.es/elmundo/2012/11/19/economia/1353316534.html>).

dos años, en aquellos casos en que concurran circunstancias de extrema necesidad⁹⁹. La cuestión que no queda resuelta en dicho compromiso es como el consumidor deudor hipotecario puede confiar en que su caso particular podrá ser considerado por la entidad financiera como de tal grado de necesidad.

La única respuesta legal a dicha inconcreción es el Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, que garantiza esa moratoria para los que cumplan los requisitos que establece. Debemos, pues, incidir en que la suspensión de los lanzamientos tiene un carácter excepcional y temporal pues su objeto fundamental “*consiste en la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión*”¹⁰⁰. Transcurrido dicho plazo de dos años desde la entrada en vigor (es decir el 17 de noviembre de 2014), sino se han adoptado nuevas medidas por el legislador, se retomarán los lanzamientos de los consumidores que hubieran tenido derecho a su paralización.

La norma se encarga de aclarar que será de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 27/2012, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento (Disposición Transitoria Única del citado Real Decreto-Ley), pronunciándose, por tanto, contraria a su aplicación a los lanzamientos realizados con anterioridad.

La suspensión de los desahucios nuevamente exige que se cumplan requisitos subjetivos y objetivos. Respecto a los sujetos que van a poder acogerse se requiere pertenecer a alguno de los colectivos que considera especialmente vulnerables (familias numerosas, monoparentales con dos hijos, familias con un menor de tres años, discapacitados en más del treinta y tres por ciento, desempleado el deudor hipotecario y agotadas todas sus prestaciones, unidad familiar en la que exista una víctima de violencia de género, etc.). Se ha criticado la imposibilidad de acogerse al Real Decreto-Ley a las familias de uno o dos hijos de más de tres años, en las que existe la misma situación económica que en los colectivos citados¹⁰¹.

Los requisitos objetivos se enumeran en el art. 1.3 del RD-L 27/2012, por lo que los colectivos de especial vulnerabilidad podrán acogerse al mismo siempre que la unidad familiar

99 Nota de prensa de la Asociación española de Banca de 12 de noviembre de 2012 publicado en su página web (www.aebanca.es). De forma análoga se pronunciaron las entidades financieras asociadas a la Confederación Española de Cajas de Ahorros (CECA) que “han decidido suspender la ejecución de desahucios de vivienda habitual de colectivos “especialmente vulnerables hasta la entrada en vigor de la reforma normativa anunciada por las autoridades”. De esta manera, la patronal de las cajas se une a la AEB. En un comunicado, la CECA señala que esta iniciativa se suma a los esfuerzos que, de manera independiente y desde el comienzo de la crisis, han desplegado las entidades para evitar los desahucios” (<http://www.europapress.es/economia/noticia-banca-promete-paralizar-desahucios-dos-anos-casos-extre-mos-20121112225443.html>).

100 Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre. La Plataforma Hipotecaria de la Asociación de Usuarios de la Banca, Cajas y Seguros (ADICAE) venía reclamando que la moratoria fuera de tres años y no de dos y ello sin perjuicio de reclamar de forma paralela la reforma de la legislación hipotecaria.

101 MONSERRAT, P., “Los olvidados por la normativa hipotecaria sobre desahucios”, en el diario económico Expansión (16.11.12) (<http://www.expansion.com/2012/11/16/midiner/1353100852.html?a=e3887e6667354d74390541b8f22a5a5d&t=1353397296>). Señala incluso que se puede tentar a las familias en la ruina “forzar” supuestos de violencia de género en casos extremos.

(nuevamente se define con carácter amplio incluyendo a los hijos que residan en la vivienda, con independencia de su edad) cumpla los siguientes requisitos: (i) que su nivel de ingresos no supere determinado límite¹⁰², (ii) que en los últimos cuatro años haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas (lo que se interpreta como que la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por uno con cinco), (iii) que la cuota hipotecaria resulte superior al cincuenta por cien de los ingresos netos de todos sus miembros (este porcentaje en el Real Decreto-Ley anterior se fijaba –y se mantiene- en el sesenta por ciento). A todo lo anterior hay que añadir que necesariamente el préstamo hipotecario ha de recaer sobre la única vivienda en propiedad del deudor y que se haya concedido para la adquisición de la misma, sin que queden cubiertos los préstamos concedidos de forma mixta para la compra de la vivienda y otros fines.

A los requisitos objetivos, recogidos en el artículo 1.3 del Real Decreto-Ley 27/2012, hay que añadir, la exigencia introducida al inicio de su artículo 1.1 que estable que sólo tendrán derecho a evitar el lanzamiento los deudores hipotecarios cuando se hubiera adjudicado al acreedor, o persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual, luego no existe especial protección si el adjudicatario es otro (un tercero que acude a la subasta), y no se propone alternativa ninguna para paliar lo que el mismo legislador reconoce que es un drama social.

Por último en el Real Decreto-Ley 27/2012, el Gobierno se autoencomienda promover con el sector financiero la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario (mediante contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que se perciban), siendo loable la intención, el problema es el tiempo que sea necesario para su puesta en marcha, por lo que deberían agilizarse, e incluso proponerse medidas tuitivas transitoria para evitar la falta de vivienda por los especialmente desfavorecidos por la crisis económica.

VII. PROPUESTAS DE NUEVA REGULACIÓN PARA SOLVENTAR LOS GRAVES PROBLEMAS PLANTEADOS A NIVEL SOCIAL.

El grave drama social que padecen muchos consumidores, y no sólo los que están en grave riesgo de exclusión social, obliga al legislador a no esperar a ver si termina la crisis.

102 En concreto tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos múltiples, también conocido como IPREM, es “un índice empleado en España como referencia para la concesión de ayudas, becas, subvenciones o el subsidio de desempleo entre otros. Este índice nació en el año 2004 para sustituir al Salario Mínimo Interprofesional como referencia para estas ayudas. El IPREM se publica anualmente a través de la Ley de Presupuestos, de forma que tendremos que usar como referencia el último valor publicado de forma oficial para determinar si nuestros ingresos superan un determinado número de veces el IPREM actual” (<http://www.iprem.com.es/>). “La actual situación de crisis económica ha provocado que el Gobierno entrante haya optado por congelar nuevamente el Indicador IPREM para este año 2012, como ya sucediera el pasado año, heredando así los valores que marcaba durante el año 2010” (<http://www.iprem.com.es/2012.html>), cuestión que puede perjudicar a las unidades familiares que hubieran podido acogerse a este real Decreto-Ley si dichos importes se hubieran actualizado. El Real Decreto 20/2011 de 30 de Diciembre, prorrogados los siguientes valores: IPREM diario a 17,75 euros, IPREM mensual a 532,51 euros, y finalmente el IPREM anual a 6.390,13 euros.

El Estado Social (además de democrático) que preconiza nuestra Constitución no puede quedarse inmóvil ante el drama que para muchas familias supone tanto la pérdida de su vivienda habitual como, en muchos casos, la pervivencia de una parte de la deuda hipotecaria mientras no sea satisfecha.

Sin duda el sistema financiero es corresponsable de la situación que estamos padeciendo y al igual que se considera necesario su “rescate”, los consumidores deben ser asistidos en una situación extraordinaria como lo es la crisis actual.

Entendemos que las medidas adoptadas de cara a la contratación de los futuros préstamos hipotecarios, como préstamos responsables, son necesarias para que la mayor información permita al consumidor prever los riesgos que se puedan derivar de la contratación de un préstamo hipotecario, pero soluciones futuras no arreglan problemas actuales derivados de contrataciones pasadas.

La necesidad de seguridad jurídica esgrimida por las entidades financieras no puede obviarse, y aunque no puede imponerse la dación en pago de forma retroactiva, al menos podría plantearse, como criterio de política legislativa para el futuro, como en otros países, y ello aunque exista el riesgo de que se extremen los requisitos para la obtención de préstamos hipotecarios pues el derecho a la vivienda no tiene que quedar satisfecho necesariamente mediante la compra en propiedad.

Pero las medidas se pueden adoptar en muchos más ámbitos, incluido el concursal. No parece que las modificaciones operadas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal resulten suficientes para configurar un verdadero sistema de insolvencia para el deudor consumidor que le otorgue una segunda oportunidad, pudiendo resultar beneficiosa la armonización de nuestra legislación con la de nuestro entorno.

En materia de ejecución hipotecaria no cabe duda de que existen posibilidades de reforma ya se opere judicial o extrajudicialmente en defensa del deudor hipotecario. Por lo que respecta a la ejecución hipotecaria judicial, se debería al menos reflexionar sobre la oportunidad de reformar el procedimiento, a fin de facultar a los Juzgados y Tribunales que conocen de los procedimientos declarativos en los que se esté analizando la legalidad de las cláusulas que conforman el préstamo hipotecario, para suspender provisionalmente el procedimiento ejecutivo, en aras a evitar situaciones de difícil o imposible reparación. Respecto al sistema de ejecución extrajudicial, una posible reforma del Reglamento Hipotecario podría resultar oportuna para garantizar la necesaria seguridad jurídica a fin de zanjar la controversia existente respecto a la aplicación de los límites fijados en los artículos 670 y 671 LEC (adjudicación por el 60% del valor de tasación) al sistema notarial de realización del bien hipotecado.

Pero no son necesarias sólo medidas que modifiquen la regulación actual aplicable a situaciones futuras, la problemática generada exige que se tomen medidas que, conviviendo con las reglas del juego preexistentes, ayuden a paliar el daño sufrido por muchos consumidores. No parece que la regulación inicial del Real Decreto-Ley 6/2012 haya tenido éxito alguno por los excesivos requisitos exigidos, además del carácter voluntario para las entidades financieras de adherirse al Código de Buenas Prácticas. Aunque si la gran mayoría se han adherido convirtiendo la dación en pago en vinculante para la entidad financiera debería ampliarse el espectro de consumidores que pudieran acogerse a su regulación. Si dicho in-

crecimiento de sujetos con derecho a renegociar su deuda cambia la aceptación voluntaria de las entidades financieras ello resultará incongruente con su reciente mensaje de apoyo a la suspensión de los desahucios ante la difícil situación social.

En materia de desahucios, aunque es pronto para pronunciarse sobre la efectividad del reciente Real Decreto-Ley 27/2012, en la práctica intuimos que como en el Real Decreto-Ley 6/2012 que le ha precedido, van a ser muy pocos los deudores hipotecarios que van a poder acogerse al mismo, con lo que las reivindicaciones de los afectados y las plataformas para paralizar los desahucios continuarán con casi total seguridad. No deberían establecerse unos criterios tan objetivos para ostentar el derecho a la paralización de la subasta, y se debería arbitrar alguna fórmula para que se concediera el derecho en base a criterios de justicia y analizados cada uno de los casos particulares, lo que podrían hacer o los mismos jueces que resuelven la ejecución del desahucio, o utilizarse el instituto de la mediación que se ha visto reforzada por el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, al otorgar fuerza ejecutiva a la escritura pública que recoja el acuerdo que pueda ser alcanzado por las partes.

En definitiva, es obligación del legislador solventar las situaciones extremas que sufren aquellos consumidores que han resultado deudores hipotecarios de buena fe, quienes no tienen sólo obligaciones sino también importantes derechos, como el de una vivienda digna (art. 47 Constitución Española), que deben ser protegidos. Por su parte son loables los compromisos voluntarios de colaboración por parte de las entidades financieras, pero los mismos deben fructificar en medidas concretas que en la práctica solventen los problemas derivados de los desahucios. Es al Gobierno al que le corresponde adoptar las decisiones necesarias para que, respetando la seguridad jurídica, se obtengan resultados que solucionen el drama social al que se enfrentan muchos consumidores.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

ADAN DOMÈNECH, F., “El resarcimiento crediticio del acreedor hipotecario”, en AA.VV., *La ejecución hipotecaria*, noviembre de 2008, Ed. Bosch, pp. 329-398.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “De nuevo en apoyo del deudor hipotecario. El RDL 6/2012 y su Código de Buenas Prácticas”, *Rev. El Notario del siglo XXI*, julio-agosto 2012, nº 42.

BELINCHON ROMO, M.R., “La hipoteca de responsabilidad limitada vista desde la perspectiva de la dación en pago”, *Revista de Derecho Privado*, nº 96-2, 2012, pp. 91-103.

BELINCHON ROMO, M.R. “Extinción de la deuda garantizada con hipoteca y la dación en pago. Comentario al auto de la AP de Girona de 16 de septiembre de 2011”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 1/2012, pp. 77-87.

BERROCAL LANZAROT, A.I., “Reflexiones sobre el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos”, *Rev. El Consultor Inmobiliario*, nº 134, Sección Doctrina, Mayo 2012.

CUENA CASAS, M. “Algunas deficiencias de la ley Concursal ante la insolvencia de la persona física”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7/2009, Editorial Aranzadi, S.A.

CUENA CASAS, M., “Crédito responsable, fresh start, y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas”, *Rev. El Notario del siglo XXI*, septiembre/octubre 2012, nº 43.

DÍAZ FRAILE, J.M., “Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 732, pp. 1845-1905.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A., “Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio del párrafo segundo in fine de la Ley 493 del Fuero Nuevo”, *Revista de Derecho Privado*, nº 28, 2012, pp. 25-70.

FALCÓN Y TELLA, R., “Dación en pago de inmuebles hipotecados: consecuencias en el IRPF del deudor, en el IS de la entidad financiera y en el IIVTNU”, *Rev. Quincena Fiscal*, nº 12/2012.

GARCÍA PALACIOS, M. “Arrendamientos urbanos, una materia en constante evolución: reformas aprobadas y anunciadas”, *Revista iuris*, 1ª octubre 2012, pp. 12-18.

JIMÉNEZ PARÍS, T.A., “Adjudicación en pago y reclamación de la diferencia entre el crédito por el que se ejecutó y el valor de la adjudicación. Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727. Septiembre 2011, pp. 2928-2963.

JIMÉNEZ PARÍS, T. A., “Ejecución de la vivienda familiar y concurso de acreedores (con inclusión de las novedades que presenta el Anteproyecto de Ley Concursal de 17 de diciembre de 2010)”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725. Mayo de 2011, pp. 1738-1761.

JIMÉNEZ PARÍS, T. A., “El fresh start, o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe. A propósito del Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729. Enero de 2012, pp. 516-557.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., “La limitación imperativa de responsabilidad por las deudas hipotecarias a la finca hipotecada: una idea seductora pero desaconsejable (Comisión para la reforma del sistema hipotecario, Madrid, 20 de julio de 2011). Intervenciones en el Congreso de los Diputados, Comisión de Vivienda”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 729, pp. 197-252.

MORENO BLESA, L., “La solución extrajudicial de litigios de consumo a través del arbitraje on line”, *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 97, octubre 2008.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R. “Responsabilidad Social Corporativa y Métodos Alternativos De Solución De Conflictos”, en AA.VV., *Responsabilidad social de la empresa y Derecho Mercantil* (Coord. ALFONSO SANCHEZ, R.), Granada, Ed. Comares, 2010.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Ejecuciones hipotecarias”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2012, Editorial Aranzadi, S.A.

YANES YANES, P., “El control de la cláusula suelo”, *Rev. El Notario del siglo XXI*, Septiembre-Octubre 2012, nº 45.

EL CONSUMIDOR FRENTE A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA¹⁰³

María Pilar Mollar Piquer

Silvia Vilar González

ABSTRACT

El presente trabajo tiene por objeto el análisis tanto de la normativa estatal de protección a los consumidores, como de la normativa comunitaria existente en la materia, en relación con los contratos hipotecarios bancarios, cuyo clausulado ha resultado gravemente lesivo para los consumidores debido a las consecuencias desproporcionadas que comporta su incumplimiento. Ello ha llevado, en la actual situación de gravísima crisis económica, a multitud de ejecuciones hipotecarias que han llegado a afectar a los dere-

chos fundamentales de los ciudadanos.

This paper focuses on the analysis of both the national consumer protection laws and the EU consumer protection legislation, with regard to bank mortgage loans, whose clauses have been proved to be seriously detrimental for consumers due to the disproportionate consequences that its non-fulfillment entails. In the current financial crisis, this has led to an increasing number of foreclosures violating fundamental citizen rights.

103 Premio “San Raimundo de Peñafort”, en calidad de Accesit en su Vigésimo Séptimo Concurso del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. LOS MECANISMOS DE TRANSPARENCIA DEL CONSUMIDOR.

A) LA NUEVA NORMATIVA DE TRANSPARENCIA DE SERVICIOS BANCARIOS.

III. LAS NORMAS PROTECTORAS DE LOS CONSUMIDORES DE CREDITOS.

A) LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN RELACIÓN A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.

IV. CONTRATACIÓN POR LOS CONSUMIDORES DE PRÉSTAMOS O CREDITOS HIPOTECARIOS.

V. EL SOBRE ENDEUDAMIENTO DE LOS CONSUMIDORES.

A) MEDIDAS PROTECTORAS EN CASO DE SOBRE ENDEUDAMIENTO.

B) MEDIDAS PROTECTORAS A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS.

C) DERECHO Y CONSECUENCIAS DE LA REVOCACIÓN DEL CREDITO HIPOTECARIO.

VI. EL CONTROL JUDICIAL DE LA LICITUD DE LAS CLÁUSULAS.

A) LA CONSIDERACIÓN DE ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS.

B) EL CRITERIO DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS.

VII. PRESUPUESTOS DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

A) EL INCUMPLIMIENTO DEL DEUDOR HIPOTECARIO.

B) LA DACIÓN EN PAGO DE LA DEUDA.

VIII. REGULACION DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

A) REQUISITOS DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

B) LA LIBERACIÓN DEL BIEN HIPOTECADO DE LA EJECUCIÓN: PRESUPUESTOS Y REQUISITOS.

C) PRESTAMO HIPOTECARIO CON CLÁUSULA INSCRITA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.

IX. LA ACCIÓN EJECUTIVA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS.

A) LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN SEDE DE EJECUCIÓN.

B) EJECUCIÓN POR SALDO DE OPERACIONES Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL.

C) LA RESPONSABILIDAD UNIVERSAL DEL DEUDOR Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL.

D) EL ABUSO DE DERECHO Y SUS CONSECUENCIAS EN LA EJECUCIÓN: ESTUDIO JURISPRUDENCIAL.

E) RECONOCIMIENTO DE LA CONDICION DE BENEFICIARIO: POSICIÓN JURISPRUDENCIAL.

F) LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN SEGÚN LA JURISPRUDENCIA.

X. LA ALARMA SOCIAL Y EL Real Decreto-ley 27/2012.

XI. CONCLUSIONES.

XII. BIBLIOGRAFIA:

I. INTRODUCCIÓN.

El consumidor frente a la ejecución hipotecaria suscita un gran interés en estos años de crisis económica -una de las más graves conocidas-, la cual ha puesto de relieve las deficiencias de nuestro sistema financiero, haciendo resurgir la vieja postura doctrinal sobre las injustas consecuencias de las ejecuciones hipotecarias.

Como veremos, a pesar de existir una gran cantidad de leyes que regulan aspectos relativos a los consumidores y usuarios y que pretenden brindarles una protección adecuada, no encontramos ninguna disposición que evite la indefensión de los colectivos más desfavorecidos, habiéndose aprobado recientemente normas, como el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, que tan sólo constituyen “parches” ante las ejecuciones hipotecarias que llevan a los desahucios masivos de deudores que se ven atados de pies y manos ante su impotencia para hacer frente a los pagos en la situación actual.

Existen múltiples problemas que afectan a los derechos del consumidor ante las ejecuciones hipotecarias -como la falta de equilibrio contractual entre ambas partes, las limitadas opciones de oposición que la normativa nacional ofrece al consumidor en el curso de la ejecución que le permitan afrontar las situaciones abusivas en contra de sus derechos, o la regla de disminución legal del valor del bien, sin tenerse en cuenta el valor pactado en el contrato hipotecario-, los cuales resultan discrepantes con los principios de protección al consumidor y de sus intereses recogidos en el art. 39.1 de la Constitución Española, en base al cual “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”, y reiterados por la Unión Europea a través del principio del “pro-consumidor”.

La crisis económica, a su vez, ha llevado a la suscripción de ampliaciones y novaciones de préstamos hipotecarios, tan frecuentes en los últimos años, que ofrecen al deudor la hipotética posibilidad de seguir haciendo frente al préstamo, y que han motivado múltiples reformas legislativas, como las operadas por la Ley 41/2007, 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el se-

guro de dependencia, el Real Decreto-ley 6/2010, 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, o el Real Decreto 97/2009, 6 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 1975/2008, de 28 de noviembre, sobre las medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a la vivienda.

Todo ello acontece en un marco de ejecución extremadamente perjudicial para el consumidor que convive con la normativa de protección, la cual deberá hacer valer en un proceso declarativo en el que demuestre la abusividad de las cláusulas del contrato, mientras la ejecución no quedará suspendida.

Se trata, por tanto, de un tema de máxima actualidad y que no carece de complejidad, máxime ante el panorama legislativo existente, que trataremos de afrontar teniendo muy en cuenta la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo, así como puntualmente la del Tribunal Constitucional, que tratan de interpretar las normas nacionales sin olvidar las directrices impuestas por las disposiciones comunitarias en la materia.

Intentaremos plasmar la problemática actual a través del estudio de los principales textos legales en la materia, que consideramos que se dividen en tres grandes bloques:

-La legislación en materia hipotecaria que resulta de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo, LEC), la Ley Hipotecaria (en lo sucesivo, LH) y el Código Civil (en lo sucesivo, CC).

-La normativa específica de protección de consumidores y usuarios, como la Ley 16/2011 de Contratos de Crédito al Consumo, la Ley 2/2009 reguladora de la contratación de préstamos con consumidores de créditos hipotecarios o servicios de intermediación, la Ley 28/1998 de Venta a Plazos de Bienes Muebles, la Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, la Ley 7/98 de Condiciones Generales de la Contratación, la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios, o fundamentalmente, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLGDCU).

-Y la normativa comunitaria existente en relación con el tema que nos ocupa, como la Directiva 2008/48/CEE que establece mecanismos de transparencia, la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en su artículo 38 se garantiza un elevado nivel de protección a través de las políticas de la Unión.

La estructura de nuestro trabajo es la siguiente:

1. En primer lugar, hacemos referencia a los mecanismos de transparencia que protegen al consumidor, en especial, la relacionada con los servicios bancarios.

2. En segundo lugar, mencionaremos las normas protectoras de los consumidores de créditos, incidiendo en la protección frente a las cláusulas abusivas.

3. A continuación, haremos referencia a la contratación de préstamos o créditos hipotecarios por parte de los consumidores, así como al sobre endeudamiento de los mismos.

4. Posteriormente, abordaremos el control judicial de la licitud de las cláusulas, con un breve estudio jurisprudencial en relación a la nulidad de las consideradas abusivas.

5. Seguiremos con los presupuestos de la ejecución hipotecaria, la regulación de la misma en la LEC y la acción ejecutiva de los consumidores y usuarios.

6. Y, finalmente, terminaremos con una referencia a la alarma social y el reciente Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

II. LOS MECANISMOS DE TRANSPARENCIA DEL CONSUMIDOR.

La primera norma que reguló la transparencia de las condiciones de financiación de los créditos hipotecarios así como la intervención de los consumidores en el mercado del crédito fue la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, de aplicación a los préstamos concertados por una persona física, garantizados con hipoteca igual o superior a 25 millones de las antiguas pesetas. Esta Orden fue derogada por la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que entró en vigor el pasado 28 de abril de 2012 y que tiene por finalidad la de recopilar, actualizar y ordenar en un solo texto toda la normativa de protección al cliente bancario, incrementando la transparencia en la relación entre el cliente y la entidad, aunque sólo consigue en parte sus objetivos, puesto que el desamparo del cliente sigue siendo patente, ejemplo de lo cual es el caso reciente de las participaciones preferentes y otros productos financieros complejos, que han sido objeto de una mala comercialización por parte de las entidades bancarias, reconocida por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y por el propio Banco de España.

Siguiendo con la trayectoria legislativa de protección al cliente bancario, tras la Orden de 1994 referida, se dictó la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo que incorporaba la Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, sustituida por la Directiva 2008/48/CE, relativa a la aproximación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo-, Ley que fue modificada a su vez por las Leyes 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios y 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del orden social, y derogada finalmente por la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo.

La protección a los consumidores se centra, en la publicidad, en la información a los mismos, en el contenido, la forma y los supuestos de nulidad de los contratos y en la determinación de conceptos, tales como el coste total del crédito y la tasa anual equivalente, que han de servir no sólo para informar mejor a los consumidores, sino también para dar mayor transparencia al coste de los créditos

Por su parte, la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, establece el régimen de los contratos de venta a plazos de bienes muebles corporales no consumibles e identificables, de los contratos de préstamo destinados a facilitar su adquisición y las garantías que se constituyan para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que nacen de los mismos.

Hay que considerar además lo establecido en la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, transposición de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que contiene una regulación específica de la protección al consumidor de servicios financieros a distancia¹⁰⁴, especificando la información que debe ser suministrada al cliente del servicio financiero o del contrato con antelación a la formalización del mismo.

Existe además la normativa sectorial sobre los servicios ofrecidos por las entidades de crédito en sus relaciones con los consumidores y usuarios, desarrollada a través de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las Entidades de Crédito.

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, supone un intento de mejora en los mecanismos de transparencia, ampliando el concepto de novación de los préstamos y créditos hipotecarios, introduciendo acciones en la vida del préstamo hipotecario que se considerarán modificaciones del mismo sin producir su extinción y hace posible la inclusión de cláusulas en la emisión de bonos y cédulas hipotecarios que permitan la amortización anticipada de los mismos.

Esta Ley introduce la transparencia de las entidades en sus operaciones de crédito, exigiendo a las entidades de crédito, como requisito previo a la contratación de préstamos hipotecarios, que tengan contratada una póliza de responsabilidad civil o aval bancario que cubra las responsabilidades que pudieran derivar de su relación con sus clientes. Regula además el régimen de subrogación y amortización anticipada del préstamo.

En los últimos años se han realizado a nivel europeo actividades de prestación de servicios para la intermediación en préstamos tendentes a la agrupación de deudas, llevada a cabo por empresas que no son entidades de crédito, existiendo un vacío legal hasta que se promulgó la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

La norma referida es de aplicación a empresas que no sean entidades de crédito, que realicen actividad de concesión de créditos o préstamos hipotecarios con pago aplazado, a la apertura de crédito o equivalente, y a la intermediación financiera, incluida la puesta a disposición de estos contratos a los consumidores para su suscripción.

En caso de conflicto entre esta normativa y la legislación financiera, prevalecerá la norma que contenga un régimen más preciso de control o suponga mayor protección a los consumidores.

Se encuentran excluidas de esta Ley las entidades de crédito sometidas a las normas de ordenación y disciplina del Banco de España.

104 Fernández Rozado M., Panisello Martínez, J., Sánchez Martín C., Sospedra Navas F.J.: “La ejecución hipotecaria: análisis, procedimiento, ejecución y formularios”. Pág. 193 y ss.

La Ley regula obligaciones de transparencia en relación a los contratos, que exista información precontractual consistente en que las empresas tengan a disposición de los consumidores las condiciones generales de contratación que utilicen, no teniendo el consumidor ningún gasto por ello ni ningún compromiso por ser informados de las condiciones generales, así como las obligaciones de transparencia en relación a los precios, de forma que, aunque exista libertad en cuanto a las tarifas y comisiones, tendrán las limitaciones que se establecen en relación a las cláusulas abusivas.

Establece en su art. 5.2 a) un régimen de compensación por amortización anticipada para los préstamos concedidos a partir del 9 de diciembre de 2007, en los que sólo será exigible la compensación por desistimiento y por riesgo de tipo de interés. Los préstamos concedidos con anterioridad, están a lo dispuesto en la Ley 2/94, de 30 de marzo.

En cuanto a los préstamos hipotecarios sobre viviendas, devengarán una sola vez la comisión de apertura, y cubrirá el estudio, concesión y tramitación del préstamo, tanto si el préstamo es en divisas como en cualquier otra moneda de cambio.

Las tarifas y gastos deben recogerse en un folleto que las empresas remitirán al registro antes de su publicación, y que deberá estar a disposición de los consumidores y de los clientes, estando incluidos en él los gastos y tarifas repercutibles antes de que estas se apliquen.

Contiene además un Código de Buenas Prácticas, de adhesión voluntaria por parte de las entidades de crédito o de cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios, y cuyas medidas se aplicarán a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión, extendiéndose su aplicación a las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos para la compraventa de viviendas cuyo precio de adquisición no hubiese excedido, para municipios de más de 1.000.000 de habitantes, de 200.000 euros.

A. LA NUEVA NORMATIVA DE TRANSPARENCIA DE SERVICIOS BANCARIOS.

La Directiva 2008/48 (modificada por la Directiva 2011/90 de la Comisión, de 14 de noviembre), regula las exigencias en materia de transparencia bancaria, las cuales han sido trasladadas al ordenamiento interno a través de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo.

Esta Ley establece una serie de obligaciones para el prestamista tendentes a garantizar la concesión de un préstamo responsable, debiendo valorar las obligaciones que el consumidor asume con el préstamo y su capacidad para hacerlas frente.

La obligación de evaluar la solvencia del consumidor también viene recogida en la Ley de Economía Sostenible, estableciendo similares obligaciones de información previa la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, sistema que complementa la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Esta Orden establece la libertad para fijar comisiones y gastos, siempre que hayan sido aceptados por el cliente y respondan a servicios efectivamente prestados. Impone además a las entidades la obligación

de información sobre la cuantía de los tipos de interés y de la TAE (tasa anual equivalente) respecto a los servicios que prestan.

Si el prestatario del servicio es un consumidor, esto es, una persona física que no actúe en el ámbito de su actividad profesional o comercial, será de aplicación la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo. Si el préstamo es hipotecario, además le resulta de aplicación la normativa contenida en la Ley Hipotecaria, así como la Ley 2/1994 de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios. En caso de haber sido concertado el préstamo hipotecario entre una empresa que no sea entidad de crédito y un consumidor, será de aplicación la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito¹⁰⁵.

La Ley 2/2009, de 31 de marzo, tiene como finalidad regular los préstamos y los créditos hipotecarios, incidiendo en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, en la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, en la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles y en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de regulación del mercado hipotecario y financiero, de regulación de hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

Esta última, introduce la figura de las “hipotecas recargables”, pudiendo obtener una nueva financiación sin necesidad de solicitar una nueva hipoteca, considerando como una modificación del préstamo primitivo, pudiendo además servir esta figura para conceder una ampliación del crédito para reformar la misma vivienda o para cualquier otra necesidad financiera de la familia. Esta ley además pone fin a la posibilidad de interpretar que estamos ante la misma hipoteca sobre la que ha operado una novación modificativa respecto a la cuantía de la misma.

Toda esta normativa deberá sumarse a lo dispuesto en otras normas, de carácter más general como son la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación y al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias¹⁰⁶. Existen además normas de rango reglamentario cuyo objetivo es conseguir la transparencia del mercado financiero.

Todas las normas referidas son de aplicación a los consumidores de créditos, siendo de aplicación, en caso de conflicto, la norma que contenga un régimen más preciso de control o suponga una mayor protección de los consumidores y usuarios.

Hemos de hacer referencia además a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecario, que también resulta aplicable, junto a la normativa anteriormente señalada.

105 Álvarez Olalla, M.P.: “La nueva normativa en materia de transparencia de servicios bancarios. La regulación del préstamo”, pág. 5.

106 Ordás Alonso, M. “La contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios en la Ley 2/2009, de 31 de marzo”, pág. 2 y ss.

Los contratos de préstamo o crédito hipotecario incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, de contratación con consumidores de préstamos o créditos hipotecarios, se encontrarán sometidos a la regulación de las compensaciones por amortización anticipada y por riesgo de tipo de interés contenidas en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

La ley 2/2009 establece la obligación de las empresas de informar a los consumidores que soliciten préstamos o créditos hipotecarios mediante la entrega gratuita de un folleto en el que consten ciertas informaciones. La finalidad del folleto es garantizar la información y protección de quien suscriba un crédito hipotecario, pudiendo el consumidor conservar en su poder el folleto, aun cuando opte por no concertar el préstamo o crédito con la empresa.

III. LAS NORMAS PROTECTORAS DE LOS CONSUMIDORES DE CREDITOS.

Partiendo de la situación descrita, los poderes públicos han demostrado una continua lucha por proteger los intereses de los consumidores.

La multiplicidad de normas existentes en la materia (cada una con su rango jerárquico, cada una con un diferente ámbito de aplicación, etcétera) produce una gran confusión e inseguridad jurídica, puesto que resulta muy difícil averiguar cuál es la concreta regulación aplicable a un supuesto dado.

Para que el contrato sea considerado de consumo ha de calificarse a uno de los contratantes como consumidor, atendiendo a las notas generales de inferioridad, destino privado de los bienes adquiridos y que quede el consumidor en una posición de debilidad, tanto material como procesal.

Dentro de la definición de cliente bancario, existe, además del cliente propiamente considerado, el consumidor, protegido por la normativa de crédito al consumo. Es el caso de los consumidores privados o destinatarios finales de los servicios financieros, que responden a la definición de consumidor dada por el art. 3 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que establece que “son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”.

En la medida en que gran número de contratos de préstamo hipotecario se celebran con consumidores, dichos contratos están sometidos a la legislación de consumidores y usuarios sobre cláusulas abusivas, debiendo éstas ser apreciadas por el Tribunal que vaya a conocer de la ejecución hipotecaria, tal como establece el art. 551.1 de la LEC, a cuyo tenor el tribunal debe examinar el contenido del título ejecutivo para comprobar si la acción ejecutiva que se pretende ejercitar es conforme con el contenido del mismo.

El contratante suele estar expuesto a tipos de interés excesivos y obligado a aceptar condiciones de crédito y modalidades de pago abusivas, privado de la información necesaria para valorar la oportunidad y conveniencia de las operaciones, sufriendo un auténtico abuso de poder de la empresa concedente.

A) LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN RELACIÓN A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.

Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908 incorporó a nuestro Derecho alguna de las soluciones que hoy se nos aparecen como novedosas. Al margen de decretar la nulidad de los contratos que contienen cláusulas abusivas por usurarias, estableció un Registro Central de contratos de préstamo declarados nulos por esta causa, con expresión en cada caso del prestamista condenado¹⁰⁷.

El art. 1 de dicha Ley establece tres motivos diferentes que permiten calificar un préstamo como usurario, pues la jurisprudencia, superando la doctrina en que se exigió la concurrencia conjunta de las circunstancias (SSTS de 4-1-1913, 26-6 y 27-12-1916, 8-6-1927, 20-3-1931, 13-10-1934, 10-6-1940), ha reiterado que basta cualquiera de los casos o circunstancias indicadas para la calificación usuraria del contrato (SSTS de 24-3-1942, 17-12-1945, 19-10-1948, 5-11-1955, 13-12-1958, 19-6-1962, 15-12-1965 y 14-4-1966).

Se pueden calificar de usurarios los intereses, y será por tanto nulo el contrato de préstamo, en caso de que “se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.”.

Asimismo, establece dicho art. 1 de Ley de 1908 que “será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias” y que se considerará también nula “la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos.”.

La Unión Europea, ya en el Tratado CEE de 1957 muestra su preocupación por proteger al consumidor, continuando su labor hasta la época reciente, ejemplo de lo cual es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Decisión 283/1999/CE y el Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea.

Hoy día, esta nulidad de las cláusulas abusivas se sigue regulando en el propio TRLGDCU. Así, su art. 83.1 establece que “las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”, debiendo el tribunal valorar las circunstancias del caso y del proceso de ejecución, sobre todo si la declaración tuviere lugar en la fase previa del despacho de la ejecución, sin la audiencia previa del ejecutado.

El carácter abusivo de las cláusulas podrá argumentarse en la oposición a la ejecución, pudiendo el juez apreciar de oficio la nulidad de una o varias cláusulas de un contrato, por abusivas, si estuvieren incorporadas a las condiciones generales de un contrato. Las sentencias firmes obtenidas en el ejercicio de acciones colectivas inscritas en dicho Registro, vinculan a jueces y tribunales en ulteriores procesos, siempre que en el mismo sea parte el mismo demandado, todo ello sin perjuicio del control preventivo que debe realizar el Registrador conforme a los arts. 258.2 de la LH y 81 del TRLGDCU.

107 Orozco Pardo, G.: “Protección de consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas. Varias reflexiones y un ejemplo: el sistema francés de amortización de créditos hipotecarios.” pág. 1 y ss.

Se pueden considerar abusivas, entre otras, las cláusulas que imponen condiciones de crédito para descubiertos en cuenta corriente que superen los límites del art. 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, que proporciona una referencia legal útil como es que no superen 2,5 veces el interés legal del dinero. Dicha Ley ha sido derogada por la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que entró en vigor el día 25 de septiembre de 2011, y que respeta el citado límite de 2,5 veces el interés legal del dinero.

Las cláusulas abusivas, una vez inscritas en el Registro de Condiciones Generales, producirán todos sus efectos mientras no sean declaradas nulas por los tribunales, aunque el art. 258.2 LH prevé la denegación de la inscripción de aquellas cláusulas que hayan sido declaradas nulas por abusivas de conformidad al 84 del TRLGDCU, estando legitimado el registrador para denegar la inscripción de aquellas cláusulas que hayan sido declaradas judicialmente nulas, bien a instancia del interesado, o a consecuencia del ejercicio de acciones colectivas, siempre que se trate de condiciones generales o cláusulas predispuestas en un contrato particular, o bien a consecuencia de acciones colectivas cuya declaración de nulidad se haya inscrito en el Registro de condiciones generales.

Así, el art. 17.2 del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, establece que “los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretendan contener o se incluyan cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales”.

Por otra parte, las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio y de 12 de diciembre de 2008, consideran legales expresamente las siguientes condiciones de los contratos:

- a) las que se refieren a la cobertura hipotecaria de las futuras costas de la ejecución;
- b) las que establecen que será prueba suficiente de la cantidad reclamada, la certificación expedida por la entidad;
- c) los pactos de compensación de la deuda con cualquier crédito que el deudor tenga con la entidad, salvo que se trate de un crédito indistinto de varios titulares;
- d) las cláusulas de vencimiento anticipado cuando se produzca el impago de una cuota del préstamo;
- e) las de vencimiento anticipado en el caso de arrendamiento urbano de vivienda.

Finalmente, las cláusulas inscribibles en el Registro de la Propiedad son aquellas que tienen transcendencia real, como son el importe del principal de la deuda, los intereses pactados o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria.

IV. CONTRATACIÓN POR LOS CONSUMIDORES DE PRÉSTAMOS O CREDITOS HIPOTECARIOS.

En el marco de la Unión Europea, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, partiendo de

la delimitación que ya había realizado el Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE, concretó ciertos aspectos de cara a la concesión y contratación de préstamos responsables, como son la información precontractual, el asesoramiento, la evaluación de la solvencia, el reembolso anticipado o la intermediación.

El objeto de la propuesta, además de favorecer la estabilidad financiera, es que consumidores, prestamistas e intermediarios de crédito gocen de un mercado único eficiente y competitivo en el que exista un elevado grado de protección, impulsando la confianza del consumidor, la movilidad de los clientes y la actividad transfronteriza de los prestamistas y los intermediarios de crédito, así como condiciones equitativas de competencia, y respetando al mismo tiempo los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular el derecho a la protección de los datos personales.

Considera la propuesta que a los ciudadanos les resulta cada vez más difícil devolver sus deudas, lo que ha llevado a un aumento de la tasa de morosidad y de las ejecuciones hipotecarias. Estos datos pueden deberse a otros factores distintos de la concesión y contratación de préstamos irresponsable, como la recesión económica.

Su finalidad es la de ser un complemento a la Directiva de crédito al consumo, adoptada en 2008, que respondía al deseo de aumentar la protección del consumidor y facilitar la integración del mercado de crédito al consumo.

En la normativa estatal, nos encontramos con la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, con la finalidad de regular los concedidos por empresas que no sean entidades de crédito¹⁰⁸.

Las diversas normas reguladoras del régimen de protección al consumidor en materia de crédito hipotecario, como la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, la Ley de 23 de julio de 1908, de nulidad de los contratos de préstamos usurarios, la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo y la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros destinados a los Consumidores, conviven con la normativa general de protección de los derechos de los consumidores y usuarios, en particular en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. En caso de conflicto, será de aplicación la norma que contenga un régimen más preciso de control o suponga una mayor protección de los consumidores y usuarios.

La Ley 2/2009 es de aplicación principalmente, tal y como establece su art. 1, a “la contratación de los consumidores con aquellas personas físicas o jurídicas (en adelante, las empresas) que, de manera profesional, realicen cualquiera de las actividades que consistan en:

108 Ordás Alonso, M: “Protección de consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas.” Varias reflexiones y un ejemplo: el sistema francés de amortización de créditos hipotecarios”, pág. 2 y ss.

- a) La concesión de préstamos o créditos hipotecarios bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación.
- b) La intermediación para la celebración de un contrato de préstamo o crédito con cualquier finalidad, a un consumidor, mediante la presentación, propuesta o realización de trabajos preparatorios para la celebración de los mencionados contratos, incluida, en su caso, la puesta a disposición de tales contratos a los consumidores para su suscripción.”.

En los últimos años estamos ante un aumento del número de empresas dedicadas a prestar servicios de intermediación financiera, así como ante el incremento del volumen de negocio de las mismas, particularmente en lo relativo a la agrupación o reunificación de deudas, en correspondencia con las dificultades financieras que atraviesan algunas familias especialmente en períodos de recesión económica, aunque la presencia de estos intermediarios, sobre todo en lo que a la reunificación de deudas se refiere, aumenta la carga financiera de las familias. Así, por ejemplo, el plazo de duración del crédito generalmente aumenta, lo que incrementa el peso de los intereses en las cuotas mensuales.

Por su parte, la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, favorece el endeudamiento de los particulares a través de préstamos hipotecarios, por la vía de ampliaciones de hipoteca o por medio de la creación de nuevas modalidades de hipoteca.

En el caso de que se inicie un concurso de acreedores, este no suspende la ejecución hipotecaria iniciada con anterioridad al concurso, no quedando suspendida por el auto de admisión del concurso, sino que continúa por sus trámites. En el caso de que se inicie el concurso de persona física, las deudas con garantía real se tramitarán ante el mismo juzgado que tramita el concurso, a través de un incidente¹⁰⁹.

Los créditos al consumo con garantía hipotecaria se encuentran excluidos del ámbito de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. Su exclusión se encuentra justificada en la finalidad inversora de muchas operaciones garantizadas con hipoteca inmobiliaria, además del hecho de que los créditos con garantía hipotecaria cuentan con una normativa específica que garantiza un nivel suficiente de protección al beneficiario-hipotecante.

V. EL SOBRE ENDEUDAMIENTO DE LOS CONSUMIDORES.

El sobre endeudamiento de los consumidores es un problema que ha suscitado un gran interés en el ámbito de la Unión Europea desde finales del siglo pasado. Así, la Directiva 2008/48/CE, modificada por la Directiva 2011/90/CE, ha establecido el contenido de las obligaciones mínimas que debe facilitar el prestamista previamente a la contratación¹¹⁰, junto con los requisitos que debe contener la información precontractual para determinados contra-

109 Cuenca Casas, M: “La nueva normativa en materia de transparencia de servicios bancarios. La regulación del préstamo”.

110 Álvarez Vega, M.I. “La protección jurídica del consumidor sobre endeudado e insolvente”, pág. 69.

tos de crédito, todo ello con la intención de llegar al préstamo responsable, pudiendo aplicar sanciones al prestamista que no respete las condiciones del mismo.

En el ordenamiento jurídico español, tanto el Código Civil como la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 2008 regulan algunas medidas preventivas eficaces contra el endeudamiento del prestatario, y hoy conviven con las normas de transposición al ordenamiento jurídico español de la normativa comunitaria.

El art. 1254 CC establece que los contratos existen desde que se produce el consentimiento entre las partes obligándose a entregar alguna cosa o prestar un servicio respecto de una u otras. Asimismo, el art. 1258 CC dispone que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, obligando a partir de dicho momento a cumplir tanto lo pactado, como las consecuencias que se deriven del mismo conforme a la buena fe, el uso y la ley. Finalmente, el art. 1278 CC expone que los contratos serán obligatorios y eficaces, independientemente de su forma, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez, teniendo fuerza de ley las obligaciones que nacen de los mismos en base al art. 1091 CC.

El TRLGDCU introduce la obligación de facilitar al consumidor un presupuesto previo de los servicios y un resguardo de depósito ó cuando la ejecución de la prestación contratada exija el depósito del bien (art. 60 y 63).

Por otra parte, en base al principio de responsabilidad universal del deudor en caso de incumplimiento de las obligaciones establecido en el art. 1911 CC, por el que responderá del cumplimiento de las obligaciones con todos sus bienes, presentes y futuros, ante una situación de incumplimiento de las obligaciones pecuniarias el deudor verá peligrar su patrimonio e ingresos si los acreedores, tras el proceso judicial, consiguen el embargo y ejecución de los mismos. Este principio de responsabilidad universal tiene la limitación consistente en asegurar un mínimo para el sustento del deudor, existiendo además una serie de bienes considerados inembargables que ofrezcan al consumidor la posibilidad de que pueda recuperarse. La posibilidad de declarar ciertos bienes como inembargables ha sido declarada constitucional por el Tribunal Constitucional en sentencia de 6 de mayo de 1993¹¹¹.

Al fenómeno del sobre endeudamiento han contribuido las nuevas modalidades contractuales y las prácticas comerciales agresivas, que han creado el hábito de acudir a los créditos hipotecarios de consumo para adquirir cualquier bien, siendo especialmente relevantes los distintos productos financieros que ofrece el mercado hipotecario que facilitan la adquisición de vivienda y que permiten obtener una financiación a la medida del cliente, siendo los más comunes el préstamo y el crédito.

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, del Mercado Hipotecario, tuvo gran trascendencia en el sobre endeudamiento de los consumidores. Esta Ley surge ante la necesidad de fomentar y facilitar el acceso a la financiación hipotecaria para adquisición de vivienda, debido a la situación existente de restricción de créditos en dicho sector y ante el incremento de los tipos de interés. Dicha norma no introduce ningún precepto que permita a los deudores hipo-

111 Cit. Álvarez Vega, M.I. “La protección jurídica del consumidor...”, pág. 189.

tecarios, en condiciones de falta de liquidez, hacer frente a los pagos, por lo que no aborda el principal problema existente en ese momento.

El Real Decreto 1975/2008, de 28 de noviembre, sobre Medidas Urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y acceso a la vivienda, supuso la puesta en práctica de medidas de choque ante la situación de insolvencia de algunos deudores hipotecarios, puesto que hace efectiva la moratoria de 2 años a contar desde el 1 de enero de 2009, para aplazar a la mitad el pago de la hipoteca de vivienda habitual a las familias con dificultades.

Bajo nuestro punto de vista, el problema del sobre endeudamiento se ha dado en dos niveles: en el de los préstamos hipotecarios concedidos de forma generalizada y que carecen de coordinación normativa, y en la concesión de tarjetas de crédito que posibilitan el endeudamiento del consumidor para adquisición de bienes de consumo.

La concesión masiva de tarjetas de crédito en la década precedente como una modalidad de concesión de crédito a las familias por las entidades financieras¹¹², que ofrecen diferir los pagos u obtener financiación adicional y rápida, lejos de servir como mecanismo de protección para resolver problemas de sobre endeudamiento, su uso irracional ha generado graves problemas en las familias al haberse convertido en la forma más utilizada por los ciudadanos para hacer frente a sus pagos habituales sin disponer de solvencia para hacer frente a los mismos, agravando el sobre endeudamiento de los consumidores. Este mecanismo es el más peligroso de los puestos a disposición de los consumidores, y también peligroso para la entidad bancaria que puede ver impagado el crédito con gran facilidad.

Disponer de suficiente información por parte del demandante del crédito para que pueda entender el compromiso que asume y pueda comparar las distintas ofertas del mercado crediticio, se convierte en la principal medida de prevención, fomentando al máximo la transparencia. Así, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia, garantizan el derecho a la información y transparencia.

La Ley de Crédito al Consumo regula la publicidad e información que debe respetar el empresario que ofrece una financiación al consumo, obligando a especificar la tasa anual equivalente (T.A.E.), así como la obligación de la entidad de crédito de emitir una oferta vinculante gratuita al consumidor cuando este así lo solicite, donde consten las principales condiciones del crédito.

La eficacia de la oferta depende de la posible exigencia del cumplimiento judicial del empresario.¹¹³

A) MEDIDAS PROTECTORAS EN CASO DE SOBRE ENDEUDAMIENTO.

El sobre endeudamiento es una causa de insolvencia y de responsabilidad del deudor, que dentro del contexto actual, de grave crisis, se han adoptado una serie de medidas dentro del ámbito de los consumidores y usuarios que traten de evitar la morosidad, tales como:

112 Cit. Álvarez Vega, M.I. “La protección jurídica del consumidor...”, pág. 241.

113 Cit. Álvarez Vega, M.I. “La protección jurídica del consumidor sobre endeudado e insolvente”, pág. 404.

a) El establecimiento de un procedimiento de mediación, establecido en la Comunidad de Murcia mediante la Ley 1/2008, de 21 de abril, que modifica la Ley 4/1996, de 14 de junio que aprueba el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad de Murcia.

El servicio de mediación se realiza a través de la Junta Arbitral de Consumo, perteneciente a la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación, el cual, resuelve conflictos entre consumidores o usuarios y empresas con las que han contratado un producto o servicio.

Este organismo, dependiente de la Dirección General de Consumo, Comercio y Artesanía, es el sistema extrajudicial de resolución de conflictos entre los consumidores y los empresarios a través del cual, sin formalidades especiales y con carácter vinculante para ambas partes, se resuelven las reclamaciones.

b) La cesión de la vivienda con una parte del préstamo hipotecario pendiente al propio banco, cuyas condiciones se detallan en el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, ofreciendo la posibilidad de reestructurar la deuda hipotecaria a familias con verdaderos problemas para el pago, estableciendo un Código de Buenas Prácticas.

c) Ley 38/2011, de 11 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal, que introduce la posibilidad de solicitar el concurso una persona física, a pesar de haberse previsto para favorecer el sobre endeudamiento, no favorece al consumidor, puesto que la responsabilidad patrimonial que rige es universal, además de los cuantiosos gastos que genera el concurso, sin que pueda liberar su pasivo, estando los ingresos que obtenga sujetos al cumplimiento de sus deudas, sin contar con la limitada capacidad que pueda tener el deudor para generar nuevos ingresos.

De este modo, la reforma introducida no soluciona el problema de la persona física o unidad familiar si no se consigue un convenio respecto a la reestructuración de la deuda, pero en el caso de los consumidores, “no es previsible que los acreedores participen en un convenio de quita y espera, dada la limitada capacidad del deudor para generar ingresos”¹¹⁴.

Es por ello que si no se aprueba el convenio con los acreedores, se acudirá necesariamente a una liquidación, que es lo mismo que decir que siguen vigentes y vivas la totalidad de las deudas que pesaban sobre el patrimonio de la persona física o unidad familiar, situación unánimemente criticada por toda la doctrina.

B) MEDIDAS PROTECTORAS A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS.

El Real Decreto Ley 6/2012, de 9 marzo, de Medidas Urgentes de Protección de Deudores Hipotecarios Sin Recursos nace con el objetivo de ayudar a muchos afectados por las ejecuciones hipotecarias, ante los pronunciamientos de muchas organizaciones de consumidores y otras asociaciones, creadas para evitar y paralizar los procedimientos de ejecución hipotecaria de los bancos, ante la creciente situación de muchas familias que se habían quedado sin recursos económicos suficientes para afrontar el pago de las mensualidades de las cuotas del

114 Blanquer Uberós, R.: “Las deudas de un consumidor, su insolvencia”.

préstamo hipotecario que concertaron hace cinco o seis años, debido al cambio de circunstancias tanto personales como de condiciones de trabajo que han sufrido numerosas personas en los últimos años.

Con este Real Decreto Ley se pretende dar facilidades a familias con problemas en el pago de la hipoteca a través de la aplicación a los préstamos o créditos de una carencia en la amortización de capital, una reducción del tipo de interés durante cuatro años y la ampliación del plazo total de amortización para incluso concluir, si las medidas que propone la norma aprobada no fructifican, en una dación en pago de la deuda con el inmueble, y pudiendo las familias permanecer en su vivienda durante un plazo de dos años satisfaciendo una renta adecuada, lo que les permitiría un cierto respiro hasta que puedan encontrar trabajo sin producirse la pérdida de la vivienda.

Desde el año 2007 en que empezó la crisis que nos azota y en el que se produjeron 25.000 ejecuciones hipotecarias, se ha pasado a las 93.000 en el año 2009 y otras tantas en 2010, descendiendo en el 2011 a las 75.000 ejecuciones.

Con la reforma operada a través del Real Decreto-ley, se abre la posibilidad de que las entidades bancarias colaboren con las familias que se encuentran en una situación involuntaria de no poder asumir sus obligaciones de pago a la hora de asumir los problemas de éstas, pero sin que ello suponga deteriorar los elementos fundamentales de la garantía hipotecaria, sobre cuya seguridad y solvencia se viene asentando históricamente nuestro sistema hipotecario. Las medidas aplicables se contemplan en un Código de Buenas Prácticas al que pueden adherirse voluntariamente las entidades bancarias, con lo que se trata de supuestos en los que las entidades tienen libertad para la aceptación del clausulado, aunque, como se trata de casos tan restrictivos en cuanto a las personas que pueden sujetarse a estas prerrogativas, la extensión de las mismas será limitada. Además, en los tres últimos años se han ejecutado por falta de pago 258.000 préstamos hipotecarios en España.

El art. 5 del referido Real Decreto-ley recoge el citado “Código de Buenas Prácticas Bancarias”, de adhesión voluntaria por parte de las entidades de crédito, el cual prevé tres medidas de ayuda al deudor previas a la ejecución hipotecaria, y por tanto, al desahucio, que le permitan ir saldando su deuda:

Tratar de reestructurar la deuda hipotecaria, mediante la aplicación de carencia en la amortización de capital y una reducción del tipo de interés durante un plazo de cuatro años, así como la ampliación del plazo total de amortización.

Si la medida anterior no resultara suficiente, las entidades podrán ofrecer al deudor una quita sobre el conjunto de su deuda.

Y si ninguna de las anteriores resultara suficiente, los deudores podrán solicitar, y las entidades deberán aceptar, una dación en pago como medio liberatorio definitivo de la deuda.

C) DERECHO Y CONSECUENCIAS DE LA REVOCACIÓN DEL CREDITO HIPOTECARIO.

El derecho de revocación del crédito hipotecario se encuentra regulado por la Unión Europea en la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985. Así, su art. 4 establece el derecho de renuncia del consumidor de su compromiso mediante el envío de una

notificación en un plazo mínimo de 7 días a partir del momento en que el consumidor haya recibido la información, y de acuerdo con las modalidades y condiciones establecidas en la legislación nacional. La notificación realizada tendrá por efecto liberar al consumidor de toda obligación que resulte del contrato rescindido.

La Directiva considera que los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales se caracterizan por el hecho de que la iniciativa de las negociaciones procede, normalmente, del comerciante y que el consumidor no está preparado para dichas negociaciones y se encuentra desprevenido; que, frecuentemente, no está en condiciones de comparar la calidad y el precio de la oferta con otras ofertas; que dicho elemento de sorpresa generalmente se tiene en cuenta, no solamente para los contratos celebrados por venta a domicilio, sino también para otras formas de contrato, en los cuales el comerciante toma la iniciativa fuera de sus establecimientos comerciales.

Según la propia Directiva, es necesario además adoptar las medidas adecuadas con el fin de que el consumidor esté informado por escrito de dicho plazo de reflexión, estableciendo para ello la obligación del comerciante de informar por escrito al consumidor, en el caso de transacciones contempladas en el art. 1, sobre su derecho a rescindir el contrato durante los plazos definidos en el art. 5, así como sobre el nombre y dirección de una persona con respecto a la cual pueda ejercer dicho derecho.

Dicha información estará fechada y mencionará los elementos que permitan identificar el contrato, entregando copia de ella al consumidor.

El art. 4 referido de la Directiva, obliga a los Estados miembros a velar por que su legislación proteja a los consumidores que no hayan podido evitar riesgos, mediante la adopción de medidas que puedan evitarles soportar las consecuencias del acaecimiento de dichos riesgos.

Esta Directiva ha sido interpretada por diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, tales como la de 13 de diciembre de 2001, recaída en el asunto C-481/99, y en la de 25 de octubre de 2005 (Sala Segunda), recaída en el asunto C-229/04.

Estas sentencias consideran que el derecho de revocación que permite utilizar la Directiva, no se opone a que el consumidor que haya ejercido dicho derecho con arreglo a la Directiva, deba devolver al prestamista el importe del préstamo, aunque el préstamo esté destinado en exclusiva a la financiación de la adquisición del bien inmueble y este bien sea pagado directamente por el vendedor, como tampoco se opone a que se le pueda exigir la inmediata devolución del importe del préstamo.

La Directiva deja además abierta la posibilidad de que una normativa nacional establezca que el consumidor, en caso de revocación de un contrato de crédito con garantía real, esté obligado no sólo a devolver las cantidades percibidas en virtud de dicho contrato, sino también a abonar al prestamista los intereses normales de mercado.

No obstante, si se diera una situación de cumplimiento por el Banco de su obligación de informar al consumidor de su derecho de revocación, éste habría podido evitar exponerse a los riesgos inherentes a las inversiones realizadas.

VI. EL CONTROL JUDICIAL DE LA LICITUD DE LAS CLÁUSULAS.

La protección frente a las cláusulas abusivas, especialmente las que resultan de las condiciones generales de contratación, se realiza por vía judicial.

En este sentido, es especialmente representativa la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2010, que en su fundamento de derecho cuarto estudia las posibilidades de control de cláusulas abusivas, afirmando con claridad que es imperativo el control de oficio de las cláusulas abusivas no esenciales, para lo cual cita la sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 dictada en cuestión prejudicial, de la que se desprende que no sólo se permite, sino que se impone el examen de oficio de la abusividad. Por consiguiente, el papel que el derecho comunitario atribuye al juez nacional en la materia que nos ocupa no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial.

Añade dicha sentencia que cuando el abuso afecte a cláusulas esenciales y definitorias del equilibrio contractual, la aplicación de los principios inspiradores de la dogmática contractual clásica podrían llevar a sostener que no cabe mantener la validez del contrato y la nulidad de aquéllas, pero que ello -mantener la validez del contrato y la nulidad de las cláusulas-, tratándose de contratos con consumidores es compatible con la Directiva 93/123/CEE, citando precisamente la entonces recientísima sentencia de 3 de junio de 2010 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. La literalidad de la norma permite el control del carácter abusivo de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución cuando no estén redactadas de forma clara y comprensible, lo que abarca la suficiencia de la información facilitada a fin de que el consumidor pueda conocer su exacto alcance, por lo que está claro que la naturaleza definitoria o no del riesgo de una cláusula no ha de suponer obstáculo alguno para la intervención del Estado, por medio de los Tribunales de Justicia, en el control del contenido de las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores a fin de examinar tanto de su claridad y comprensibilidad, como del equilibrio de las prestaciones.

De forma reiterada, las Audiencias Provinciales han sostenido que esta circunstancia es apreciable de oficio, toda vez que la nulidad radical puede apreciarse de oficio por los Tribunales. En este sentido y siempre en referencia a pactos de intereses de demora, cabe citar las sentencias o autos de la Sección Segunda de la Audiencia de Zaragoza de 14 de julio de 2003, de la Sección Decimocuarta de la de Barcelona de 5 de febrero de 2003, de la Sección Tercera de la de Tarragona de 13 de enero de 2003 y de la Sección Tercera de la de Córdoba de 4 de mayo de 2001. Igualmente, el Tribunal Supremo ha admitido este control de oficio en su sentencia de 20 de octubre de 1988. También la Audiencia de Girona se ha pronunciado de forma constante en los últimos años en dicho sentido, tal y como se refleja, entre muchas, en las sentencias de 31 de mayo de 2004, 16 de enero de 2006, 16 de mayo y 19 de noviembre de 2007 o 7 de enero de 2008.

El papel del juez frente a las situaciones abusivas en contra del consumidor, tiene una función mucho más relevante en el ámbito europeo que aquella que aparentemente le asigna la ley nacional española.

Existen sentencias de especial importancia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que consideran reiteradamente que la protección brindada por la Directiva 93/13/CEE puede ser apreciada de oficio por el órgano jurisdiccional. Así, en la sentencia de 21 de noviembre de 2002 (asunto C-473/00, caso Cofidis vs Fredout), o en la relativa al asunto Océano Grupo Editorial y Salvat Editores de 27 de junio de 2000, recaída sobre una cláusula de atribución de competencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respondiendo a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 35 de Barcelona, afirmó que la protección brindada por dicha Directiva: “implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales”, y de este modo “al aplicar las disposiciones de derecho nacional anteriores o posteriores a la mencionada Directiva, el órgano jurisdiccional nacional, debe interpretarlas, en toda la medida de lo posible, a la luz del tenor literal y de la finalidad de dicha Directiva. La exigencia de interpretación conforme requiere en particular que el Juez nacional dé preferencia a aquella que le permita negarse de oficio a asumir una competencia que le haya sido atribuida en virtud de una cláusula abusiva”. Dicha doctrina se ha venido manteniendo posteriormente en sentencias como la de 4 de junio de 2009 (C-243/08, caso Pannon GSM) o la de 17 de diciembre de 2009 (C-227/08, caso EDP editores S.L.).

Esta actuación judicial se extiende a los procedimientos de ejecución, como indican las sentencias de 26 de octubre de 2006 (asunto C-168/05, caso Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium, S.L.) y de 3 de junio de 2010 (asunto C-484/08), en la cual el Tribunal establece la posibilidad de controlar incluso elementos esenciales del contrato.

Sin embargo, pese a esta doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, uno de los mayores obstáculos en la búsqueda de la protección del consumidor se encuentra en la tradicional reticencia de los jueces nacionales para aplicar en su integridad y con todas sus consecuencias el principio de primacía del derecho comunitario.

Nuestra jurisprudencia, no obstante, sí parece decantarse por aceptar esta influencia del derecho comunitario sobre nuestro derecho nacional, destacando como ejemplo el auto 155/10 de la Sección Quinta de Las Palmas, que permite efectuar este control de oficio respecto al carácter abusivo de los intereses, al distinguir entre lo que es una inadmisión de la demanda y lo que es la actuación de oficio sobre el clausulado abusivo con carácter previo a su admisión.

El art. 85.4 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece que se consideran abusivas en todo caso las cláusulas “que autoricen al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad, o las que le faculten a resolver los contratos de duración indefinida en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable”, lo cual es acorde con lo dispuesto en el art. 1256 CC por el que “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. No

se considerarían abusivas las cláusulas que autoricen la resolución anticipada del contrato, si dicha facultad recayese en manos de ambas partes contratantes, es decir, si concurriese el requisito de la reciprocidad, pero dicha reciprocidad no se cumplirá en el caso de permitir al consumidor la cancelación anticipada condicionada a que la cantidad pagada sea la que unilateralmente estime el acreedor¹¹⁵.

De esta manera, serán admisibles las cláusulas que obedezcan a un interés legítimo del acreedor y respondan a una justa causa especificada en las condiciones generales¹¹⁶.

La jurisprudencia exige justa causa para considerar válidas las cláusulas por las que el empresario se reserva la facultad de exigir el vencimiento anticipado de la deuda, y requiere fundamentar esta resolución en motivos que revistan cierta entidad y sean objetivos, debiendo justificar cualquier desviación de lo dispuesto en la ley para no considerar abusivas las cláusulas. En el caso de que no exista un justo equilibrio entre las contraprestaciones de ambas partes, las cláusulas podrán considerarse nulas por abusivas.¹¹⁷

La reciprocidad en las cláusulas sobre cancelación anticipada en la práctica sólo es formal, puesto que finalmente la entidad bancaria plasmará en el documento consecuencias económicas a la cancelación anticipada, de ahí que para determinar si una cláusula de vencimiento anticipado es o no contraria a la ley debe valorarse cada caso concreto¹¹⁸.

La nulidad de la cláusula se podrá instar por la parte afectada o de oficio por el órgano jurisdiccional, tal y como admiten las sentencias de la Audiencia Provincial de Lleida de 14 de enero de 2002, y de Asturias de 29 de abril de 2003 y de 20 de junio de 2005, en casos de nulidad de pleno derecho.

Por este motivo, las cláusulas deben formularse de forma muy específica, siendo frecuente que los acreedores concreten los motivos que pueden lesionar su derecho de crédito (caso de embargo de bienes del deudor, pérdida o deterioro del valor de la finca, arrendamiento de la finca por una renta que no cubra la responsabilidad asegurada, la muerte del deudor, etc.), pudiendo considerarse abusivas las que se formulen genéricamente, salvo las que hagan mención a que el incumplimiento del deudor tenga relevancia suficiente para exigir el cumplimiento anticipado.

Especialmente en casos de pérdida de solvencia del deudor, el juez deberá estudiar el caso concreto antes de pronunciarse sobre la validez o nulidad de la cláusula.

A) LA CONSIDERACIÓN DE ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS.

El art. 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación considera nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor.

115 SAP Madrid de 22 de febrero de 2006.

116 SAP Córdoba de 15 de febrero de 2001.

117 SAP Madrid de 11 de mayo de 2004.

118 SAP Madrid de 22 de febrero de 2006.

Las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas, aunque la nulidad no puede ser instada por quien las ha dispuesto, produciéndose de este modo su ineficacia parcial coactiva ex lege, aunque resulte probado que alguna de las partes no hubiera querido contratar sólo con las cláusulas que siguen vigentes¹¹⁹.

El art. 579 de la LEC relativo a la ejecución dineraria en casos de bienes especialmente hipotecados o pignorados se debe interpretar según la definición de las cláusulas abusivas que realiza el art. 82.1 del TRLGDCU, es decir, “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”, y su art. 85.6 en el que se establece que son cláusulas abusivas, y por tanto nulas, aquellas “que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”.

El art. 83 del TRLGDCU relativo a la nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato, reza en su apartado primero que serán consideradas nulas de pleno derecho y se considerarán no puestas las cláusulas abusivas, y establece en su apartado segundo que la parte del contrato que se halle afectada por la nulidad, se integrará de conformidad a lo dispuesto en el art. 1258 del CC y al principio de buena fe objetiva, y a estos efectos, “el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario”, pudiendo dicho Juez declarar la ineficacia del contrato “sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada.

B) EL CRITERIO DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS.

Como ya hemos puesto de manifiesto, es el propio Tribunal el que debe proceder a declarar la nulidad de las cláusulas de un contrato de crédito, y para ello, lo primero que valora es que exista una verdadera relación de consumo entre las partes contratantes, ejemplo de ello es la sentencia nº 72/2000 (rec. 54/2000), de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Toledo, de 5 de diciembre de 2000.

Existe numerosa jurisprudencia que ha declarado nulas por abusivas los siguientes tipos de cláusulas de contratos de préstamo hipotecario:

a) Cláusulas en que se considera abusivo el tipo de interés: sentencias como la nº 671/2007 (rec. 24/2007), de la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 10 de octubre 2007, que consideró el tipo de interés ordinario excesivo al superar en el triple la media de los préstamos hipotecarios durante el año 2000, obligando a la entidad financiera a restituir los bienes subastados a sus propietarios y los actores a devolver el importe del capital de los referidos préstamos; la sentencia nº 151/2011 (rec. 469/2010), de la sección 4ª de la Audiencia

119 Clavería Gosálvez “Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas”, pág. 57-58.

Provincial de Las Palmas, de 20 de octubre de 2011, que considera abusivo el tipo de interés por resultar erróneo el cálculo realizado e inadmisibile la presentación por la entidad de las propuestas de liquidación de intereses, señalando que, al amparo de la abundante doctrina jurisprudencial, el Tribunal está facultado para hacer uso de la moderación que la ley le confiere, añadiendo que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa, siendo asumida la carga de la prueba por el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente, tal y como figura en reiterada jurisprudencia que considera fundamental atender a la realidad social del momento de la perfección del contrato de préstamo (SSTS de 29-9-1992, 7-3-1998, 8-11-1994, 19-5-1995, entre otras), pues el criterio del interés normal del dinero lo marca el mercado en una situación de libertad de estipulación.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio 2001 indicó que “esa obligada calificación del contrato litigioso, como usurario, conlleva su nulidad legalmente impuesta por el precitado art. 1 de la Ley de Usura -nulidad radical que no admite convalidación sanatoria, nulidad absoluta que ya habían establecido las sentencias de 9 de enero de 1933, 6 de abril de 1963 y 14 de abril de 1966- con la consecuencia de producir los únicos efectos establecidos en el art. 3 de aquella Ley de que el prestatario no está obligado a devolver más que la suma recibida”.

La sentencia referida considera que la obligación de devolver el capital se deriva de los efectos legales de la nulidad del préstamo, que arrastra a todas las obligaciones accesorias, siendo imprescindible cuando nos enfrentamos ante un procedimiento hipotecario, donde el ejecutado no tiene posibilidad de defensa contra la reclamación efectuada por la acreedora en el proceso ya que se lo impide la propia LEC.

b) Pactos de pago de conceptos distintos, como el Impuesto sobre Incremento de Valor de los Terrenos: la sentencia nº 420/2011 (rec. 625/2010), de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de las Palmas, de 1 de diciembre de 2011, considera, en aplicación de la normativa de protección de los consumidores, nula por abusiva la cláusula en virtud de la cual reclama la parte actora el importe del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana y cuyo pago había asumido el comprador demandado, por suponer un desequilibrio entre las partes, por cuanto conlleva una carga para el comprador sin contraprestación alguna, de lo que resulta la carencia de justificación que por el comprador se asuma contractualmente el pago de una plusvalía que por ley corresponde a la parte vendedora, que es la única que se beneficia del incremento patrimonial.

c) Cláusulas de redondeo al alza: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010, resolviendo cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala 1ª de nuestro Tribunal Supremo, resolvió a las cuestiones planteadas sobre la cláusula del redondeo “que los arts. 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato a la adecuación, entre, por una parte, precio y

retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible”.

Afirma que los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.

La sentencia nº 217/2010 (rec. 192/2010), de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Baleares, de 1 de junio de 2010, indica que la consideración de no usuarios de los intereses se ha de basar en su naturaleza de intereses moratorios, no retributivos, teniendo por tanto la finalidad de indemnizar el perjuicio irrogado al prestamista que no recupera el capital prestado en el tiempo y forma convenidos, y tampoco se ha acreditado que los pactados fuesen superiores a los normales del mercado en el momento de suscribirse la hipoteca, pero sí deben considerarse abusivas las cláusulas que establecen el redondeo al alza del tipo de interés al romper el equilibrio contractual y las que determinan la imposición de costas, pues violan una norma procesal de naturaleza imperativa.

d) Relativas al control de oficio de las cláusulas abusivas por parte de la jurisprudencia: la sentencia nº 4/2011 (rec. 565/2010), de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Girona, de 12 de enero de 2011, recordando lo expresado por el art. 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo (vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo el día 25 de septiembre de 2011), establece que en ningún caso podrán aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos en cuentas corrientes un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior en 2,5 veces el interés legal del dinero, precepto que según la propia sentencia, es aplicable por analogía, en virtud del art. 4.1 del Código Civil, a las operaciones de crédito. Dicho límite se reitera en la referida Ley 16/2011.

La Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Girona, en sentencia nº 27/2010 (rec. 628/2009), de 1 de febrero de 2010, declara la procedencia del control de oficio por parte del juzgado sobre el carácter abusivo de los intereses pactados, dado que si bien no sería de aplicación directa lo previsto en el art. 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo a los préstamos garantizados con hipoteca inmobiliaria, el demandante disfruta de la protección que le dispensa el TRLGDCU, la cual impide que la prestataria pueda imponerle intereses de demora que puedan considerarse abusivos por comportar un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato.

También la Sentencia del Tribunal Supremo 578/2010, de 23 de septiembre, que establece como abusivo el interés del 29% en un procedimiento de ejecución, aplicando la normativa protectora del consumidor, y en especial el repetido parámetro de 2,5 veces el interés legal del dinero, considerando como indicador objetivo de lo abusivo cualquier tipo que exceda de dicha referencia.

Finalmente, también nos encontramos con cláusulas de exigibilidad anticipada del crédito bancario, cuya validez cláusulas quedará supeditada a su ajuste al ordenamiento jurídico, a los límites generales que establece el art. 1255 en relación al 1258 CC y a la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos plasmada en el art. 7 CC, debiendo contener para su efectividad los requisitos que establecen la Ley 7/98, de 7 de abril, de condiciones generales de la contratación, y la normativa contenida en los arts. 80 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios.

VII. PRESUPUESTOS DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

En la actualidad, dada la situación especial que vivimos y que afecta de forma directa a la regulación del crédito, el legislador ha tenido que crear normas que atendieran a las necesidades, muestra de lo cual es el Real Decreto Ley 8/2011 de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y simplificación administrativa.

Sin embargo, a pesar de esta y otras reformas legales acometidas, queda sin resolver el problema de la falta de equilibrio contractual manifestado en la pérdida de valor del inmueble del art. 671 de la LEC (además del 670.4 del mismo cuerpo legal) y de restricciones procesales nacionales para una defensa plena del interés del consumidor, y alcanzar así el objetivo de dotar al consumidor de una elevada protección de sus derechos.

A) EL INCUMPLIMIENTO DEL DEUDOR HIPOTECARIO.

El requisito fundamental o más habitual por el que el juez acuerda el despacho de la ejecución, es el incumplimiento por el deudor hipotecario de su obligación de pago.

De modo habitual, las demandas de ejecución hipotecaria indican el alcance del impago objetivo producido, respecto del cual el tribunal está obligado a suponer que el mismo se ha dado en la realidad, es decir, que se ha producido una ausencia (impago total) o insuficiencia (impago parcial) en las cantidades abonadas por el ejecutado al acreedor hipotecario. Podría alegarse como causantes del impago determinadas circunstancias que, además de ser ajenas a la propia naturaleza de la ejecución hipotecaria, son absolutamente irrelevantes a los efectos del despacho de la ejecución, al tener que depender ésta únicamente de haberse producido el impago, sin más, con independencia de las circunstancias que lo rodearon.

Así, de hecho, suele expresarse como causa de vencimiento anticipado en las escrituras públicas de constitución de las garantías hipotecarias para poder acudir al proceso judicial de ejecución hipotecaria, el incumplimiento por el deudor hipotecario de su obligación de pagar cualquiera de las cuotas pactadas (incluso de parte de una de ellas) o de cualquiera de los variados conceptos jurídicos estipulados (el intenso desequilibrio contractual inherente a este tipo de cláusulas nos pueden llevar a suponer que no son fruto de una intensa negociación entre las partes sino mas bien que son predispuestas por la entidad prestadora).

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

B) LA DACIÓN EN PAGO DE LA DEUDA.

El Real Decreto 6/2012, de 9 de marzo, afronta el espinoso tema de la dación en pago dentro de un Código de Buenas Prácticas, de adhesión voluntaria, tras una infructuosa aplicación de sucesivas de medidas que traten de ayudar al deudor a afrontar el pago, como la reestructuración de la deuda o el establecimiento de una quita de la deuda.

Realmente en el debate de la dación en pago, las cuestiones esenciales no radican tanto en si la entidad actúa contra sus propios actos al exigir la continuación de la ejecución contra el resto del patrimonio, o si es un comportamiento de mala fe al no ajustarse a la valoración del bien inmueble pactada, o si se produce un enriquecimiento injusto, sino que, lo verdaderamente relevante es la influencia que ejerce el derecho comunitario sobre la regulación procesal nacional.

Con la dación en pago lo que estamos consiguiendo es un negocio jurídico en virtud del cual se transmite al acreedor la titularidad del bien ofrecido en pago, a efectos de extinguir la obligación preexistente. Este negocio jurídico, constituye un subrogado del cumplimiento de la obligación, puesto que tiene lugar en la fase de incumplimiento de la obligación, teniendo el acreedor dos posibilidades de actuación: o reclamar la satisfacción de su derecho acudiendo a los tribunales o solicitar del deudor y aceptar voluntariamente la posibilidad de atribuir eficacia extintiva a una prestación distinta de la inicialmente contratada.

Dado que el art. 1166 CC establece que el deudor no puede obligar a su acreedor a que reciba una cosa diferente a la adeudada “aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida”, y que tampoco puede ser sustituido un hecho por otro en las obligaciones de hacer en contra de la voluntad del acreedor, con la dación en pago nos encontramos ante un negocio jurídico que para su formalización precisa del acuerdo de ambas partes, deudor y acreedor, atribuyéndose eficacia extintiva a una prestación nueva, distinta de la obligación de pago inicialmente pactada, debido a la imposibilidad de realizarse dicho pago.

Al podersele considerar como verdadero negocio jurídico, debe reunir los requisitos para la validez de los contratos establecidos en el art. 1261 CC: consentimiento, objeto cierto y causa de la obligación que se establezca, asimilándose el consentimiento al acuerdo entre deudor y acreedor, constituyendo el objeto cierto la nueva prestación que se subroga en el momento de cumplimiento de dicha nueva obligación, y siendo la causa la propia obligación que trata de extinguir, debiendo estarse a lo dispuesto en el art. 1156 CC y ser considerada como un modo de extinción de la obligación autónomo respecto a cualquier otra relación jurídica.

En este sentido, uno de los más claros ejemplos lo encontramos en el art. 1432 CC relativo al crédito de participación, el cual posibilita para su liquidación “la adjudicación de

bienes concretos, por acuerdo de los interesados o si lo concediese el Juez a petición fundada del deudor”.

El debate sobre la dación en pago en las ejecuciones hipotecarias y los problemas acontecidos en estos arquetipos procedimentales, necesita ser observado desde esta función que el juez nacional tiene en la actualidad en el sistema europeo. Para el cumplimiento de un mercado libre de actuaciones de desequilibrio, ningún obstáculo procesal nacional puede impedir el ejercicio efectivo de los derechos del consumidor, y si la norma nacional no respeta esos principios, el juez debe actuar conforme el sistema comunitario, con las vías que le son dadas por dicho ordenamiento: actuación judicial de oficio, prevalencia del derecho comunitario, interpretación conforme y desplazamiento de norma nacional incompatible.

Aunque la dación en pago en las ejecuciones hipotecarias no se reconoce directamente en nuestros preceptos legislativos -salvo el caso específico del art. 140 LH, por el que se podrá pactar válidamente en la escritura de constitución de hipoteca “que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados”, y el art. 5.3 del Real Decreto-ley 6/2012, dentro del Código de Buenas Prácticas que tal y como hemos indicado es de aceptación voluntaria por el acreedor-, la aplicación de la doctrina del principio de equilibrio contractual en las ejecuciones hipotecarias va a producir el mismo efecto: la fijación del valor del inmueble hipotecado en el pactado durante todo el curso de la ejecución y el desplazamiento o inaplicación de la norma nacional, que impone una valoración legal determinada de reducción de valor, por no superar el filtro del principio europeo del equilibrio contractual.

Y la solución de la dación en pago que ofrece el reciente Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de Medidas Urgentes de Protección de Deudores Hipotecarios Sin Recursos, en modo alguno podría aplicarse en los supuestos que se encuentren en procedimiento de ejecución en los que ya se haya anunciado la subasta.

VIII. REGULACION DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

El Libro III de la LEC contiene la regulación del proceso de ejecución, incluyendo los títulos destinados a la regulación de la ejecución provisional. El Título I del Libro III ha quedado reservado a las normas relativas a los títulos ejecutivos¹²⁰.

En el Título III se regula el inicio del proceso de ejecución, la fase común a todo proceso de ejecución. En la fase inicial de la ejecución forzosa, cabe distinguir tres momentos distintos: la presentación de la demanda ejecutiva, el despacho de la ejecución y la posibilidad de oposición a la ejecución por el demandado ejecutado.

La presentación de la demanda requiere para que pueda prosperar el proceso de ejecución, primero el despacho de la ejecución, y luego la plena efectividad del proceso que persigue el ejecutante. Para ello deben concurrir las siguientes circunstancias:

120 Carreras del Rincón, J: “La estructura del proceso de ejecución y los títulos ejecutivos. Comentario a la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil”, pág. 1 y ss.

1) Que quien insta la ejecución y aquél contra el que ésta se dirige, puedan gozar de tal calidad en los términos que al efecto establece la propia LEC en los arts. 538 y siguientes.

2) Que el Tribunal ante el que la demanda se presente resulte competente para conocer de la ejecución, en los términos establecidos en los arts. 545 y siguientes.

3) Que la demanda se ajuste a los requisitos formales exigidos por el art. 549 y que se le acompañen los documentos relacionados por el art. 550, especialmente el título ejecutivo cuya ejecución se pretenda, con los requisitos de fondo y de forma que la ley le atribuya para su validez y eficacia.

Tras la presentación de la demanda ejecutiva y el título, se inicia el despacho de la ejecución que comprende además la decisión del Juez sobre el inicio o la validez de la ejecución instada por el actor. Si el Juez aprecia que se dan todas las condiciones y requisitos necesarios para la prosecución del proceso, acordará el despacho de la ejecución y la notificación al demandado de su existencia, confiriéndole, posibilidad de que se persone en la ejecución en el momento que estime conveniente, art. 553.2 LEC.

Una vez acordado el despacho de la ejecución se abren dos posibles conductos procesales:

-si la obligación del demandado ejecutado consiste en la necesidad de entregar al ejecutante una cantidad de dinero líquida, se abrirá la ejecución dineraria del art. 571 que comprende a su vez las dos grandes fases, el embargo de bienes y el procedimiento de apremio.

-y si el título ejecutivo contiene una condena u obligación de hacer o no hacer o de entregar cosa distinta de una cantidad de dinero, habrá de seguirse el proceso por los trámites de la ejecución no dineraria del art. 699 LEC, que comprende a su vez varias posibilidades en función de la clase y naturaleza de la condena u obligación que se ejecute: la ejecución por deberes de entregar cosas, la ejecución por obligaciones de hacer y no hacer, y la liquidación de daños, perjuicios, frutos y rentas y la rendición de cuentas.

Desde que se despacha ejecución y se notifica al demandado la existencia del proceso, éste tendrá la posibilidad de comparecer y formular oposición a la ejecución. En tal caso, en base al art. 557.2 LEC, cabe la posibilidad de que se produzca la suspensión del proceso de ejecución, especialmente si el título que sirve de fundamento a la ejecución es extrajudicial y frente a él se oponen motivos de fondo.

En el caso de ejecución no dineraria, tras el despacho de la ejecución es posible que la obligación no llegue a hacerse efectiva, dando lugar, tras la fijación de la compensación pecuniaria sustitutoria, a la ejecución dineraria como sanción genérica y sustitutoria de la sanción específica fracasada, o bien que se llegue al mismo resultado por el cauce del incidente regulado por los arts. 712 y siguientes, en caso de que el deudor demandado, una vez señalada con precisión la cuantía de los daños, rentas, frutos, etc., no quiera cumplir voluntariamente con la obligación de su pago.

Por su propia naturaleza, el documento básico en que se contenga el título requiere en ocasiones que, simultáneamente a su presentación, se acompañen otros documentos que complementen los derechos contenidos en el primero, y sin los cuáles no poseería fuerza ejecutiva. Es el caso, por ejemplo, de las pólizas de contratos mercantiles a las que se refiere

el art. 517.5, que requieren para alcanzar la categoría de título ejecutivo, que se unan a ellas las certificaciones emitidas por el correspondiente corredor de comercio colegiado¹²¹.

Transcurridos veinte días sin que se haya producido el cumplimiento voluntario por el demandado, podrá ya despacharse ejecución sin más trámites, pasando directamente al embargo de los bienes del ejecutado. Las cantidades a cuyo pago esté obligado el demandado habrán de quedar consignadas en la demanda ejecutiva en los términos establecidos por el art. 575 LEC. De este modo se incluirá el principal, los intereses ordinarios y moratorios vencidos, más los intereses que se prevea que habrá de generar la cantidad debida durante la duración de la ejecución, y la que previsiblemente haya de cubrir las costas que vayan a causarse. Los dos primeros conceptos son cifras que habrán de coincidir justamente con lo establecido en el propio título, ya que de lo contrario no será posible el despacho de la ejecución, y en cuanto a las restantes resultan igualmente previsibles tanto para el actor como para el demandado

En base al art. 583 LEC, si el ejecutado paga tras recibir el requerimiento junto a la notificación del despacho de la ejecución, no deberá hacer ya frente a la cantidad señalada para cubrir intereses futuros pero, sin embargo, sí que deberá abonar, con carácter general, las costas del proceso causadas al actor ejecutante, salvo que demuestre que no pudo efectuar el pago antes de que el actor promoviera la ejecución por causas no imputables a él.

El art. 517.4 LEC reconoce fuerza ejecutiva a las escrituras públicas, el otorgamiento de las cuales es requisito imprescindible para que las hipotecas voluntarias queden válidamente constituidas, ello, junto con la debida inscripción en el Registro de la Propiedad competente, tal y como dispone el art. 145 LH. Es, por tanto, a través de la escritura pública donde el derecho real se convierte en título ejecutivo y apto para el proceso de ejecución¹²².

Por su parte, el art. 131 de la LH regula el “procedimiento judicial sumario”, siendo éste un proceso especial de ejecución dirigido a la realización del valor de la finca hipotecada, caracterizada por la fuerza ejecutiva del título y reconocida por la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, del propio Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en sentencias como la de 9 de mayo de 1995 de la Sala 1ª, que defiende la naturaleza ejecutiva del proceso judicial sumario del art. 131 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

Las reglas del proceso de ejecución hipotecaria son las de las normas genéricas de todo proceso de ejecución con las particularidades propias de esta materia, tal como demuestran las remisiones del propio articulado de la LEC.

La Ley de Enjuiciamiento Civil regula cuatro vías procesales de las que dispone el acreedor hipotecario para reclamar su crédito, además del cauce extraprocesal que establece la Ley y el Reglamento Hipotecario. En el proceso hipotecario, de carácter sumario, se aplaza la fase declarativa y una vez se inicia la ejecución del patrimonio del deudor, se concede al

121 Dichos “corredores de comercio colegiados”, en virtud de la disposición adicional 24ª de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se hallan integrados en el Cuerpo único de Notarios, el cual tiene atribuidas las funciones hasta entonces ejercidas por los notarios y los corredores de comercio colegiados.

122 Adán Doménech, F: “La ejecución hipotecaria”, pág. 41.

mismo la posibilidad de oposición sin que por ello se suspenda la misma. De esta forma, la situación abusiva continúa en el tiempo sin darse al deudor una respuesta rápida e inmediata.

Ante el incumplimiento del deudor, tal como prevé el art. 693.1 LEC, la reclamación por el acreedor se limita a la parte de deuda vencida e impagada, siempre que la estipulación conste inscrita en el Registro. En el caso de la hipoteca, se permite la ejecución en los mismos casos, en la parte de deuda vencida e impagada, manteniéndose el gravamen hipotecario sobre la finca, salvo que el adquirente consigne las cantidades pendientes, tal como establece el art. 127 LH.

Además de ello, la anotación preventiva de la demanda de ese proceso declarativo se elimina debido a la purga de la hipoteca, con lo cual no se produce el pleno efecto registral que produciría esta medida cautelar en otro procedimiento.

En la medida en que gran número de contratos de préstamo hipotecario se celebran con consumidores, están sometidos a las previsiones que contiene la legislación de consumidores y usuarios sobre cláusulas abusivas, debiendo éstas ser apreciadas por el tribunal que vaya a conocer de la ejecución hipotecaria.

De esta forma, el tribunal puede despachar la ejecución en términos distintos de los solicitados o, denegarla, si el contrato contiene cláusulas declaradas nulas y la sentencia firme se haya inscrito en el Registro referido.

Para que el Tribunal deniegue el despacho de la ejecución, la nulidad deberá alcanzar a la totalidad del contrato y a los elementos esenciales del mismo, pudiendo en este caso el Tribunal, tal y como hemos referido, despachar ejecución en términos distintos de los solicitados, facultad que le concede el art. 550.1 de la LEC¹²³.

A) REQUISITOS DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

El art. 682.2 de la LEC establece los siguientes requisitos de la ejecución hipotecaria:

Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio de tasación de la finca para que sirva de tipo a la subasta.

Y que en ella conste también el domicilio para practicar los requerimientos.

Existe además la necesidad de control previo por parte del juzgador sobre la exigibilidad de la cantidad determinada como líquida, vencida y exigible, con la que el acreedor pretenda el despacho de la ejecución conforme al título, debiendo además realizar el control sobre la abusividad de las condiciones generales pactadas en el mismo.

Así lo ha entendido, entre otras, la sentencia nº 146/2011 (rec. 513/2010), de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 18 de octubre 2011.

B) LA LIBERACIÓN DEL BIEN HIPOTECADO DE LA EJECUCIÓN: PRESUPUESTOS Y REQUISITOS.

El art. 693.3 de la LEC establece que en caso de falta de pago de alguno de los plazos y habiéndose reclamado la totalidad de los adeudado por capital e intereses, “el acreedor podrá

123 Herbosa, I. “El despacho de la ejecución hipotecaria. Causas de oposición y suspensión”.

solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda”, cantidad que se verá incrementada con los vencimientos del préstamo e intereses de demora que se vayan generando a lo largo del procedimiento.

El art. 693.3 LEC protege al ejecutado ante una ejecución hipotecaria que tiene por objeto la vivienda donde reside de forma habitual.

Para el caso de que se trate de la vivienda habitual, dicho art. 693.3 LEC protege especialmente al deudor frente a la ejecución hipotecaria, añadiendo un plus de protección al denominarla “vivienda familiar”, pudiendo ser liberado dicho bien mediante la consignación de las cantidades referidas aún sin el consentimiento del acreedor.

Dicha liberación del bien mediante la consignación de la cantidad adeudada, producirá la tasación de las costas, que se calcularán sobre la cuantía de las cuotas atrasadas abonadas e intereses vencidos, y, una vez satisfechas éstas, el Secretario judicial dictará decreto liberando el bien y declarando terminado el procedimiento.

Es la consignación la que produce el efecto rehabilitador del préstamo, recuperando el beneficio del plazo. En términos procesales, se consigue enervar la acción, no produciéndose esta última hasta que no se realiza el pago de principal, intereses y costas¹²⁴. Esta rehabilitación del préstamo se encuentra condicionada a la concurrencia de determinados requisitos, como son que el bien sea la vivienda familiar del deudor, entendida como vivienda habitual (art. 593.3, 693.3 y 704 de la LEC), o si no tiene este carácter, que el acreedor consienta en poner al día el préstamo (art. 693.3 LEC) y nos encontremos ante un supuesto de ejecución hipotecaria promovida a consecuencia del vencimiento anticipado decretado por el impago de una o varias cuotas hipotecarias.

El art. 15 del Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, eleva la inembargabilidad a los casos en que la realización del bien hipotecado es insuficiente para atender el pago de la deuda.

El capítulo II del Real Decreto 1975/2008, de 28 de noviembre, sobre medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a la vivienda, regula las condiciones para que los desempleados y los autónomos que hayan visto de forma significativa mermados sus ingresos a consecuencia de la crisis, puedan acceder a una moratoria temporal y parcial en el pago de sus hipotecas para adquisición de vivienda habitual, intentando que no se llegue a la pérdida de la vivienda y evitando la morosidad. La entidad de crédito, deberá primero acogerse a un convenio de financiación con el Instituto de Crédito Oficial, denominado “contrato de financiación”.

Se cuestiona si la facultad de puesta al día del crédito hipotecario sólo puede ser realizada en el seno del proceso de ejecución dineraria especial del art. 681 a 698 LEC, o si asiste este derecho al deudor aunque la ejecución hipotecaria se realice por los cauces ordinarios.

124 Cit. Domínguez Luelmo, A., Toribios Fuentes, F. “Ejecución Hipotecaria de vivienda...”, pág. 111.

En principio, aunque la interpretación del art 693.3 LEC es restrictiva, la posibilidad de enervación de la acción hipotecaria puede darse en el seno de un proceso especial y no fuera de él, regulando los arts. 681 a 698 LEC unas facultades y limitaciones que los demás procesos no regulan¹²⁵, tales como los mencionados requisitos del 682.2 LEC de que conste en la escritura inscrita el valor de tasación del bien a efectos de subasta, así como el domicilio del deudor a efectos de notificaciones, limitando las facultades de defensa del ejecutado.

C) PRESTAMO HIPOTECARIO CON CLÁUSULA INSCRITA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.

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 establece que debe permitirse al consumidor liquidar sus obligaciones antes de la fecha convenida en el contrato de crédito.

En caso de reembolso anticipado, parcial o íntegro, el prestamista debe tener derecho a una compensación por los gastos directamente derivados del reembolso anticipado, teniéndose en cuenta asimismo los posibles ahorros que tal reembolso suponga para el prestamista.

Sin embargo, para determinar el método de cálculo de la compensación, es importante respetar varios principios: el cálculo de la indemnización del prestamista debe ser transparente y comprensible para el consumidor ya desde la fase precontractual, y en cualquier caso durante la ejecución del contrato de crédito.

Además, el método de cálculo debe ser fácil de aplicar para el prestamista y debe facilitar el control de supervisión por parte de las autoridades responsables. La compensación máxima debe fijarse en un importe a tanto alzado.

El art. 693.2 LEC establece la posibilidad del acreedor, ante el impago de alguno de los plazos por parte del deudor, de reclamar la restitución de lo prestado que abarcará la totalidad de lo adeudado por capital e intereses, si se hubiere convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y ese convenio constase inscrito en el registro.

Esta cláusula, que puede considerarse abusiva a tenor de la Ley de Condiciones Generales de Contratación y de la legislación sobre defensa y protección de los consumidores si se imponen condiciones sumamente gravosas que excedan de la facultad resolutoria por incumplimiento contractual, cuando se considera que tal cláusula es conocida y aceptada expresamente, se considera que es válida y eficaz entre las partes, según el principio de la autonomía de la voluntad establecido en el art. 1255 CC.

Deben tenerse en cuenta los plazos de amortización en cada uno de los cuales el deudor debe cumplir su obligación, teniéndose por fecha de vencimiento final del préstamo la que resulte de la escritura¹²⁶.

125 Cit. Domínguez Luelmo, A., Toribios Fuentes, F. “Ejecución Hipotecaria de vivienda...”, pág. 159.

126 Cit. Domínguez Luelmo, A., Toribios Fuentes, F. “Ejecución Hipotecaria de vivienda...”, pág. 85.

El artículo 1125 CC establece que “las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, sólo serán exigibles cuando el día llegue”, pero el art. 1129 CC dispone que el deudor perderá todo derecho a utilizar el plazo:

Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda -insolvencia sobrevenida del deudor-.

Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido.

Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas -deber de conservar el bien como un buen padre de familia-, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.

Por tanto, cabe la posibilidad de que el acreedor exija la anticipación del cumplimiento de la obligación con el fundamento de una pérdida anticipada de la confianza, levantando de este modo las barreras que se oponían al ejercicio de su derecho de crédito. Cuando se produce alguno de los casos dispuestos en el art. 1129 CC, el acreedor puede actuar como si la deuda estuviera vencida, aunque no lo esté, y exigir antes su vencimiento.

Así, las entidades bancarias adoptan medidas con el fin de asegurar las operaciones que conciertan con sus clientes, a los que tratan de seleccionar, concertando además de las garantías reales o personales, medidas de autotutela que condicionan la extinción anticipada de la obligación si se producen acontecimientos que suponen una pérdida de confianza por el acreedor, e incluyendo en el clausulado de los contratos cláusulas que vinculan la extinción anticipada de la relación crediticia con acontecimientos que supongan una pérdida de confianza a juicio del acreedor o un deterioro en la situación patrimonial del cliente (como un incendio en la vivienda hipotecada o que el deudor se declare en quiebra o concurso de acreedores).

Como norma general, las condiciones generales de los contratos bancarios contienen cláusulas abusivas, puesto que ofrecen al consumidor mucha información, viéndose obligado a aceptarlas sin prestar la debida atención¹²⁷.

Aunque por parte del poder público se creó un Registro de Condiciones Generales, éste no realiza ningún control sobre el contenido de los contratos bancarios, existiendo una gran desprotección en el consumidor. Prueba de ello es la actual situación en que se encuentran miles de personas que se han visto engañadas por la adquisición de las llamadas “participaciones preferentes”.

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008 se pronunció sobre el alcance del control de legalidad realizado por el Notario en el clausulado aportado por la entidad de crédito, limitando dicho control solamente a las cláusulas que sean declaradas nulas por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, de escasa operatividad, por lo que rara vez el Notario deniega la autorización de una póliza o escritura.

127 Mellado Rodríguez, E.: “Las cláusulas de vencimiento anticipado”, pág. 233 y ss.

El Registrador de la Propiedad también ha visto mermada su capacidad de control sobre las cláusulas abusivas desde la nueva redacción del art. 12.2 de la Ley Hipotecaria dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Modificación de la Regulación del Mercado Hipotecario, pues el control indirecto que hasta entonces ejercía sobre las cláusulas abusivas, queda fuera de su competencia, debiendo tan sólo calificar el Registrador las cláusulas de trascendencia real, concretadas en el párrafo primero del art. 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado hipotecario, y limitándose a transcribir el resto de cláusulas.

Tal como regula el art. 1127 CC, que se aplica cuando nada se haya establecido por las partes, la fijación de un elemento temporal para el cumplimiento funciona como limitación a las facultades de ambas partes, puesto que queda limitada la facultad de recibir del acreedor y de liberarse del deudor.

Ante el incumplimiento del deudor, tal como prevé el art. 693.1º de la LEC, la reclamación se limita a la parte de deuda vencida e impagada, siempre que la estipulación conste inscrita en el Registro. En el caso de la hipoteca, se permite la ejecución en los mismos casos, en la parte de deuda vencida e impagada, manteniéndose el gravamen hipotecario sobre la finca, salvo que el adquirente consigne las cantidades pendientes, tal como establece el art. 127 LH.

El art. 693.2 LEC se refiere a los casos en que se ha pactado el vencimiento total por falta de pago de alguno de los plazos.

El art. 693.3 LEC, tal y como hemos visto anteriormente, ofrece la posibilidad de liberar el bien mediante la consignación de la cantidad adeudada.

Los arts. 695, 698 y 579 de la LEC fueron cuestionados ante el TC por su posible inconstitucionalidad en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del ejecutado hipotecario, el derecho a la vivienda digna y adecuada y el principio de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos. Es innegable que para poder ejercitar una garantía como la hipotecaria el acreedor prestador no tiene que probar exhaustivamente las circunstancias fácticas que han llevado a la concurrencia jurídica de la causa de vencimiento anticipado y resolución, a cuyo efecto parece razonable exigirle la mera referencia en el escrito de demanda ejecutiva a las circunstancias temporales e importe del impago. Concluye la Sala que con el actual régimen procesal, no parece que los principios y derechos que puedan verse afectados -en perjuicio del acreedor hipotecario o incluso del sistema económico general- por la ampliación del ámbito de cognición de la oposición a la ejecución justifiquen, en términos de proporcionalidad, puedan negar cualquier facultad de alegación y prueba al ejecutado.

IX. LA ACCIÓN EJECUTIVA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS.

La regulación de la acción ejecutiva de consumidores y usuarios se encuentra en el artículo 519 de la LEC, el cual, tras la modificación por la Disposición Final Tercera de la Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo, pasa a tener la siguiente redacción: “Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del art. 221 no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla, el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado,

dictará auto en el que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución. El Ministerio Fiscal podrá instar la ejecución de la sentencia en beneficio de los consumidores y usuarios afectados.”

A) LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN SEDE DE EJECUCIÓN.

En sede de ejecución hipotecaria encontramos también el deber de dar protección a los consumidores, a través de los principios concretados en el TRLGDCU.

Además, en el art. 140 LH se recoge la posibilidad de un pacto expreso para limitar la responsabilidad del deudor al valor de la finca hipotecada, aunque este precepto nunca se ha utilizado en la práctica¹²⁸, encontrándose tan sólo en alguna ocasión en supuestos de hipotecas entre empresarios.

Por este motivo, la aplicación del pacto recogido en el art. 140 LH no se trata de una posibilidad real al alcance de los particulares en su negociación con las entidades de crédito a la hora de concertar préstamos con garantía hipotecaria destinados a financiar parcialmente la adquisición de una vivienda, centrándose las cuestiones objeto de la negociación entre la entidad y los particulares en condiciones financieras del préstamo, como son el capital, plazo, tipo de interés, comisiones de apertura o de compensación por desistimiento, pactos de vinculación, etcétera, pero nunca en las condiciones relativas a los supuestos de impago.

En cuanto al principio de protección de la parte más débil en la contratación, éste deriva de la legislación de consumidores y usuarios, así como de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, del art. 1288 del Código Civil y del art. 54.2 LEC.

Frente a la protección del acreedor para la satisfacción de su crédito, existe la necesidad de evitar causar al deudor perjuicios patrimoniales superiores a los que demanda.

B) EJECUCIÓN POR SALDO DE OPERACIONES Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL.

El art. 685.2 de la LEC expresa que a la demanda se acompañarán los documentos a que se refiere el art. 573, enumerándose en el mismo los documentos que deberán presentarse cuando se trate de ejecución por saldo de operaciones o por saldo de cuenta.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 24 de mayo de 1996, y la de la Audiencia Provincial de La Rioja de 31 de julio de 1997, aunque no son claras, establecían que la determinación del saldo, con el privilegio que ello implicaba, tenía sólo sentido cuando se trataba claramente de una operación en la que no quedaba fijada en el inicio la cantidad adeudada, de modo que el título ejecutivo por sí solo no determinaba la liquidez de la deuda. En este sentido era finalmente clara la doctrina del Tribunal Supremo al distinguir entre préstamo (líquido) y crédito (ilíquido).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2003 expresa la distinción doctrinal de la Sala entre las pólizas de préstamo y pólizas de crédito (sentencias de 30 de junio de

128 Cuenca Casas: “La nueva normativa en materia de transparencia de servicios bancarios. La regulación del préstamo”.

1994, 30 de octubre de 1995 y 18 de febrero de 2002), sosteniendo respecto a las primeras, que la fecha de su liquidez hay que referirla a la fecha del título, dada la propia naturaleza del negocio, el préstamo, que supone la entrega de una cantidad determinada de dinero, que ha de ser devuelta en determinados plazos, con un interés también previamente establecido, por lo que no hay duda sobre la liquidez de la cantidad exigible; cuestión distinta, se contempla en las pólizas de crédito, supuesto en los que la liquidez se fija al cierre de la cuenta, en atención a que la suscripción de estas clases de póliza, supone para el acreditado, la concesión de un crédito hasta determinada cantidad, de la que podrá disponer de acuerdo a sus necesidades, por lo que la cuantía de la deuda no está en ningún caso determinada en el momento de la suscripción de la misma, puesto que su cuantía dependerá del uso que el acreditado haga de su crédito, por lo que se precisará de una liquidación al cierre de la cuenta, y es la fecha de esta, la que determina la preferencia, porque es cuando se puede entender que la deuda es líquida.

C) LA RESPONSABILIDAD UNIVERSAL DEL DEUDOR Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL.

En base a la doctrina del enriquecimiento injustificado, la prohibición del abuso del derecho y el art. 10 bis del TRLGDCU, el prestamista que tiene como garantía de restitución del crédito una hipoteca, puede ejercitar la acción declarativa contra el prestatario después de haber ejecutado aquélla por los trámites legales y no haber obtenido pago completo del crédito por el que ejecutó, en caso de haberse adjudicado el bien hipotecado en subasta por un importe inferior a aquel en el que fue tasado por las partes en la escritura de constitución de hipoteca.

En este sentido, y aunque el art. 579 de la LEC establece que si, subastados los bienes hipotecados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución, debe ser puesto en relación con el art. 570 de dicha Ley y con el art. 1911 CC, que consagra el principio de responsabilidad universal del deudor, puesto que estos preceptos, amparan la facultad del ejecutante para instar la ejecución despatchada.

En base al art. 3.1 CC, debemos realizar una interpretación según la realidad del tiempo en que las normas han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

La jurisprudencia, ha tenido especial consideración a la problemática social suscitada en torno a la ejecución hipotecaria por los gravísimos efectos sociales que la regulación de la misma ha generado y sigue generando, y que ha aumentado con la actual crisis económica al establecer un procedimiento que resulta absolutamente perjudicial para el ejecutado.

Todo ello ha llevado a la aprobación del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, el cual contempla la necesidad de reformar la actual legislación en materia hipotecaria repartiendo equitativamente entre las partes los riesgos y perjuicios derivados de referida ejecución, promoviendo la dación en pago, subidas en los porcentajes de adjudicación, permitir periodos de carencia, reducción en los intereses de demora, etc. y que tiene por objeto, tal y como dispone su artículo primero, “a establecer medidas conducentes a procurar la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como

mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria”. En dicho Real Decreto-ley figura el mencionado “Código de Buenas Prácticas Bancarias”.

En nuestra jurisprudencia existen criterios con base en ciertos preceptos jurídicos, que no rechazan los abusos que genera la ejecución al amparo formal de la normativa actual que permite continuar la ejecución cuando la entidad bancaria se ha adjudicado la vivienda por un precio muy inferior al tasado por la misma (50%), que era superior al préstamo, y además con un precio real o actual -precio de venta publicitado por el banco- más que suficiente para cubrir la deuda garantizada.

Esta ha sido la posición mantenida por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en sentencias como la nº 829/2008 (rec. 1448/2002), de 25 de septiembre de 2008. Señala a este respecto la Sala que no se enriquece injustamente el que obra de acuerdo con la ley, ni tampoco puede afirmarse que actúa el acreedor con manifiesto abuso de derecho si exige al deudor el importe que resta del crédito por el que ejecutó, cuando en el proceso de ejecución no ha conseguido la cantidad suficiente para la satisfacción total de aquel, ni puede considerarse abusiva la cláusula por la que en la escritura pública de constitución de hipoteca se pactase también la responsabilidad ilimitada de los deudores.

Las Audiencias Provinciales, de las que son buena muestra las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010, y especialmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 16 de septiembre de 2011, consideran que tras la subasta y adjudicación de la finca hipotecada, no ha lugar a reclamar ninguna otra cantidad, en el caso de que con el resultado del valor de la finca en la subasta se obtenga un importe suficiente para cubrir el principal de la deuda reclamada, considerando que, si el banco tasa la finca en una determinada cuantía, no puede luego incorporar como propio el bien subastado sin darle el valor que él mismo fijó, puesto que la entidad financiera pretende con esta actuación una interpretación del art. 579 LEC que contraviene la finalidad misma del proceso procurando al acreedor un beneficio injustificado que, hay que presuponer, por lo que considera que la actuación de la entidad financiera es contraria al principio de buena fe que debe presidir el ejercicio de un derecho.

Por su parte, la sentencia 79/2009 (rec. 228/2009), de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres de 30 de abril de 2009, declara, en base al art. 693 de la LEC, que según la ley aplicable, el acreedor podrá reclamar la totalidad de lo adeudado por capital e intereses, si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el registro, considerando además, que la facultad de dar por vencido el préstamo atribuible al acreedor hipotecario no impide que el deudor utilice la facultad de enervar la acción mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses de demora se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagadas en todo o en parte sin el consentimiento del acreedor. Asimismo, dicha facultad se concede al deudor desde la fecha en que se efectúa el requerimiento judicial hasta el día señalado para la subasta.

En aras a proteger la vivienda familiar, el art. 693 de la LEC, en su apartado 3º párrafo segundo expresa: “Si el bien hipotecado fuese vivienda familiar, el deudor podrá aún sin el

consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior”.

La sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga de 26 de marzo de 2009, siguiendo la línea de las anteriormente referidas, considera que no se enriquece injustamente el que obra de acuerdo con la ley. Tampoco puede afirmarse que actúa el acreedor con manifiesto abuso de derecho si exige al deudor el importe que resta del crédito por el que ejecutó, cuando en el proceso de ejecución no ha conseguido la cantidad suficiente para la satisfacción total de aquel. Ello sólo puede suceder si se ha pactado al amparo del art. 140 de la Ley Hipotecaria la hipoteca de responsabilidad limitada, que es una excepción a lo que dispone el art. 105 de la misma Ley y que concreta la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor al importe de los bienes hipotecados, no pudiendo alcanzar a los demás bienes del acreedor.

Haciendo alusión a la sentencia de esa misma Sala de 24 de mayo de 2007, afirma que es gratuito, arbitrario y fuera de lugar calificar de abuso de derecho una actuación del Banco ejecutante ajustada a los trámites legales, citando en su apoyo las sentencias de 8 de mayo de 1996 y 16 de febrero de 2006. La de 2 de julio de 2007 permite, en base al art. 105 de la Ley Hipotecaria, que el ejecutante perciba lo que restaba hasta cubrir el importe de la deuda, y la de 16 de febrero de 2006 declara: “En efecto, resulta incompatible con la apreciación de abuso del derecho la constancia de que el derecho de adjudicación ha sido ejercitado por quien, pese a ser acreedor, está legitimado expresamente para ello, y lo ha hecho con sujeción a los requisitos exigidos, de tal suerte que el provecho que pueda haber obtenido, como ha quedado reseñado al examinar el anterior motivo de casación, resulta de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico con el fin de facilitar la realización de las garantías hipotecarias, ante la falta de uso por el deudor de sus facultades para elevar el precio del remate, y, por consiguiente, no puede estimarse que el acreedor sobrepase los límites normales del ejercicio del derecho, desde el punto de vista de su función económico-social, por el hecho de que no renuncie a resarcirse del total de su crédito y, al propio tiempo, trate de obtener del bien adjudicado ventajas económicas admisibles en el tráfico negocial”.

La Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia nº 58/2012 (rec. 364/2011), dictada por la Sección 1ª el 26 de marzo 2012, considera que según la legislación aplicable a casos como el presente, en que el producto de la subasta fuera insuficiente para cubrir el crédito, se faculta al acreedor hipotecario para continuar la ejecución respecto de otros bienes del ejecutado y reclamar el importe pendiente de su crédito una vez se ha adjudicado en subasta la vivienda hipotecada por un precio inferior tanto al valor en que fue tasada como al importe de la deuda. La sentencia recurrida rechaza esa reclamación posterior al entender que la parte ejecutante ha logrado la satisfacción de su crédito mediante la adjudicación del bien, por lo que la pretensión se muestra abusiva para el presente caso concreto, sin embargo, la solución ofrecida en la instancia no compete a los tribunales sino más bien legislador, pues no puede tacharse de conducta abusiva la del acreedor que usa en defensa de sus derechos las facultades que le concede la ley, concretada en la reclamación de la diferencia entre el total de su crédito por el que ejecutó y el importe por el que se adjudicó los bienes agravados. En definitiva, la adjudicación del bien por el equivalente a la deuda con sus intereses y costas no

ha sido la solución por la que se ha decidido el legislador, lo que impide que los tribunales adopten una postura distinta al carecer de competencia al respecto.

La LEC parte de la base de que, generalmente, en los préstamos o créditos para la adquisición de vivienda, al margen de la garantía real que representa la hipoteca, existe una garantía personal de los propios prestatarios o terceros fiadores, y establece la posibilidad de ejecutar de una vez las garantías de los deudores, exigiendo que, cuando la acción se dirija primero contra bienes hipotecados se estará a las particularidades que, en orden a la ejecución sobre bienes hipotecados, recoge el capítulo V, arts. 681 y siguientes, y cuando lo obtenido de la subasta sea insuficiente para cubrir el crédito, se continuará con la garantía personal, prosiguiendo la ejecución con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución.

La reciente modificación de dicho precepto operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, no viene sino a confirmar lo antes razonado bien que precisando que “el ejecutante podrá pedir el despacho de ejecución por la cantidad que falte”; aclarando de esta forma la posibilidad del ejecutado de formular oposición al nuevo despacho de ejecución con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución, lo que viene a garantizar su derecho de defensa.

Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, como la de 25 de septiembre de 2008 o la de 23 de septiembre de 2010, se encuentran en la misma línea expuesta, y consideran que el prestamista que tiene como garantía de su restitución una hipoteca, puede ejercitar la acción declarativa contra el prestatario, después de haber ejecutado aquella por los trámites legales y no haber obtenido pago completo del crédito por el que ejecutó, pudiendo reclamar a través del proceso declarativo el total del crédito más los intereses.

D) EL ABUSO DE DERECHO Y SUS CONSECUENCIAS EN LA EJECUCIÓN: ESTUDIO JURISPRUDENCIAL.

Lo dispuesto en el art. 579 LEC debe interpretarse en relación al art. 82.1 del TRLGDCU, que establece que son cláusulas abusivas “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”, y en su art. 85.6 que establece que son cláusulas abusivas, y por tanto nulas, aquellas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

Por el juego de lo dispuesto en los arts. 105 y 140 LH, no hablaríamos tanto de la nulidad de una cláusula en concreto sino de la nulidad parcial de aquellas de las que se deriva una asunción personal de la deuda cuando la garantía hipotecaria cubre sobradamente el crédito.

De la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2000 se desprende que la actuación de una entidad financiera incurre en abuso de derecho, límite intrínseco del derecho subjetivo recogido en el art. 7 CC y art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y comporta su ejercicio antisocial, en la medida en que, en base a lo dispuesto en una norma jurídica, se busca obtener una consecuencia que no entra dentro de la previsión para la cual hay que entender que ha sido dictada. La finalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria es la de que el acreedor, por vía de ejecución del bien gravado en garantía, cobre la deuda que el pres-

tatario tenga pendiente. En este sentido la actuación de dicha entidad financiera se considera contraria al principio de buena fe que debe presidir el ejercicio de un derecho en el caso de pretender una interpretación del art. 579 de la LEC contario a la finalidad misma del proceso, procurando al acreedor un beneficio injustificado.

En la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3, Torrejón de Ardoz, de 10 de enero de 2012, nº autos 535/2009, el Juzgado acuerda estimar el recurso de revisión cuyo objeto era determinar si la adjudicación de una finca subastada a la parte ejecutante por la mitad de un valor de tasación fijado por ella misma en una subasta a la que tan sólo acudió la entidad bancaria como único postor y la pretensión de dicha entidad de continuar la ejecución contra los bienes personales del ejecutado, constituía un abuso de derecho por parte de aquélla y provocaba un enriquecimiento injusto de la misma.

La aplicación automática de la regulación de la ejecución hipotecaria desconociendo la situación actual de crisis económica excepcional conllevaría dejar exento de responsabilidad a uno de los partícipes, como entidad financiera, en la causación de dicha situación, al haber valorado el bien objeto de garantía especulativamente o de manera irreal, y le permitiría además adquirir el citado bien por un precio irrisorio y continuar adelante con la ejecución contra los bienes personales del deudor exigiendo una cantidad dineraria que rozaría incluso el importe del préstamo concedido.

La pretensión de la parte ejecutante de que se le adjudique el bien por la mitad de su valor, y de seguir adelante con la ejecución, al no habersele satisfecho su crédito, constituye un enriquecimiento injusto y un ejercicio abusivo y antisocial del derecho que nuestro ordenamiento no permite y que debe ser rechazado por los tribunales.

La sentencia 58/2012 (rec. 364/2011) de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 de marzo 2012, afirma que no puede tacharse de conducta abusiva la del acreedor que usa en defensa de sus derechos las facultades que le concede la ley, concretada en la reclamación de la diferencia entre el total de su crédito por el que ejecutó y el importe por el que se adjudicó en el procedimiento del art. 131 de la Ley Hipotecaria los bienes gravados. Alude a la sentencia de esa misma Sala de 24 de mayo de 2007, que establece que es gratuito, arbitrario y está fuera de lugar calificar de abuso de derecho una actuación del Banco ejecutante ajustada a los trámites legales, citando en su apoyo las sentencias de 8 de mayo de 1996 y 16 de febrero de 2006. La de 2 de julio de 2007 permite, en base al art. 105 de la Ley Hipotecaria, que la ejecutante perciba lo que restaba hasta cubrir el importe de la deuda.

La situación específica del mercado inmobiliario en España plantea situaciones de especial dificultad para quienes contrajeron préstamos hipotecarios en los momentos de mayor valoración de los inmuebles y se encuentran ahora con la imposibilidad de satisfacer sus obligaciones de pago.

Ante este panorama, se dicta el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento a la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa. A efectos de la ejecución hipotecaria, debemos destacar la respuesta que ofrece a la grave situación por la que atraviesan los deudores hipotecados, que ante la imposibilidad de hacer frente a las cuo-

tas del préstamo no sólo pueden perder el inmueble sino que además, una vez adjudicado el mismo a la entidad crediticia, pueden ver como aún mantienen la deuda con dicha acreedora. A estos efectos prevé que la adjudicación al acreedor en subasta de un inmueble hipotecado como consecuencia de una ejecución, se realizará por un precio nunca inferior al 60% del valor de tasación, independientemente de la cuantía de la deuda total, y ello con el fin de evitar el despojo del deudor, y que garantiza que en caso de producirse una ejecución hipotecaria por impago, los deudores recibirán una contraprestación adecuada por el inmueble, que les permita anular o reducir al máximo la deuda remanente.

La sentencia 25/2012 (rec. 37/2012) de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona, considera abusiva la cláusula de reclamación de intereses de demora, y por tanto, nula, entendiéndose que la referida cláusula perjudica de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, y comporta en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de consumidores y usuarios. Dicha Audiencia, ha manifestado de forma reiterada que no existe ninguna normativa concreta que limite el establecimiento de un límite máximo del interés de demora en los contratos de préstamo, pero que sin embargo, en los últimos años, se ha ido dictando una legislación tuitiva frente a los excesos derivados de la aplicación de los tipos de interés; y así ha de señalarse la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Créditos al Consumo, en aplicación de las Directivas CEE 87/102 y 90/1988, así como la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de Contratación, que modifica la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, que añade a esta última una disposición adicional primera en la que se recoge una relación de cláusulas abusivas entre las que figura, en su apartado I.3ª, “la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor que no cumpla sus obligaciones”, así como la prevista en el apartado V.29, que reputa como tal la “imposición de condiciones de crédito que para descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el art. 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo”, que limita el tipo de interés, en tales casos, a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal de dinero.

Considera la sentencia que aunque tales preceptos no indican expresamente cuál debe ser el límite del interés moratorio, a diferencia del interés remuneratorio, el cual claramente es una condición del crédito, no puede negarse que en dichas normas aparece una referencia legal útil a efectos prácticos, según que los tipos de interés superasen o no, y en qué cuantía, dicho límite legal, y es con base a tal parámetro sobre el que debe determinarse si el interés moratorio ha de ser calificado o no de desproporcionado, y tal como establece el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, se considera abusivo si se supera el 2,5 del interés legal. Debe añadirse que, es criterio de diversas Audiencias Provinciales, que la moderación del interés moratorio debe hacerse atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, utilizando como referencia el interés al que se refiere el art. 19 de la Ley de Crédito al consumo.

Finalmente, establece la repetida sentencia que la normativa sobre defensa de consumidores no sólo informa todo el ordenamiento jurídico, sino que es de aplicación directa e imperativa a todas las operaciones crediticias con consumidores, principios y naturaleza, siendo indiferente que el consentimiento se plasme en un documento privado como en uno público, pues dicha Ley no distingue, y donde la Ley no distingue, los operadores jurídicos tampoco deben distinguir.

Así, el art. 51.1 y 2 de la Constitución establece que “1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la Ley establezca.”, y el art. 1 del TRLGDCU establece, como principio general que “En desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución que, de acuerdo con el artículo 53.3 de la misma, tiene el carácter de principio informador del ordenamiento jurídico, esta norma tiene por objeto establecer el régimen jurídico de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de las competencias del Estado”. Por ello, como derechos básicos de los consumidores y usuarios establece el TRLGDCU en su artículo 8, entre otros, “la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos”, debiendo protegerse prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado, siendo nula la renuncia previa de los derechos que la Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes o servicios, tal y como dispone el art. 10 del citado cuerpo legal.

La Ley de Crédito al Consumo excluye de su aplicación a los préstamos hipotecarios, pero los mismos no quedan al margen de la aplicación de la Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios, cuyas normas sí son de aplicación, especialmente, en lo que se refiere a las cláusulas abusivas conforme disponen el art. 10 bis y la Disposición Adicional primera introducida por la Ley reguladora de la Condiciones Generales de la Contratación.

La sentencia 88/2011 (rec. 753/2010) de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 19 de mayo de 2011, manifiesta que deben aplicarse de oficio las normas de protección de consumidores y usuarios desde el momento inicial de la admisión a trámite del juicio monitorio.

También es interesante citar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 3 de junio de 2010, que resuelve cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala primera del Tribunal Supremo, en relación con una cláusula de redondeo de tipo de interés declarada abusiva por sentencias de primera y segunda instancia, en relación con los arts. 4.2 y 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de la Unión Europea, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, que tiene por objeto aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en relación a dichas cláusulas.

Dicha Directiva define en su artículo 3 las cláusulas abusivas como aquellas que, no habiendo sido negociadas individualmente entre profesionales y consumidores y pese a las exigencias de la buena fe, causen “en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato” y contiene una lista indicativa de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, haciéndose constar que los Estados miembros podrán establecer una normativa más estricta, compatible con el Tratado, que sirva para dotar al consumidor de un mayor nivel de protección.

Asimismo, establece que se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente “cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”, recayendo la carga de la prueba en el profesional que afirme que la cláusula en cuestión sí ha sido negociada.

Por otra parte, establece su artículo 4 que el carácter abusivo de las cláusulas se determinará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, así como teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del mismo y las restantes cláusulas del contrato, no teniéndose en cuenta a dichos efectos “la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha considerado reiteradamente que la protección brindada por la Directiva 93/13/CEE puede ser apreciada de oficio por el órgano jurisdiccional.

Así, en la sentencia relativa al asunto Océano Grupo Editorial y Salvat Editores de 27 de junio de 2000, recaída sobre una cláusula de atribución de competencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respondiendo a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 35 de Barcelona, afirmó que la protección brindada por la repetida Directiva implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido al examinar la admisibilidad de la demanda presentada, debiendo interpretar las disposiciones legales de nuestra normativa interna en base al tenor literal y finalidad de la Directiva.

Al amparo de la interpretación, el Juez nacional deberá dar preferencia a aquella norma que le permita negarse de oficio a asumir una competencia que le haya sido atribuida en virtud de una cláusula abusiva.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 9 de noviembre de 2010 (al igual en la mencionada sentencia de 21 de noviembre de 2002 dictada en relación a un supuesto de apreciación de cláusulas abusivas insertas en contratos de COFIDIS), examinando un supuesto de cláusula abusiva atributiva de competencia, reitera la posibilidad de control de oficio de cláusulas abusivas extendiendo incontestablemente la doctrina recaída a todas las cláusulas cuando señala que se opone a la Directiva: “una normativa interna que, en el marco de una acción ejercitada por un profesional contra un consumidor y fundada en un contrato celebrado entre ellos, prohíbe al Juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula inserta en dicho contrato”.

Los preceptos clave de nuestra regulación nacional relativos a la materia son el art. 1,1 de la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de contratación y el art. 82 del TRLGDCU.

La doctrina anterior ha sido amplia y detalladamente recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2010, que examina en profundidad en su fundamento de derecho cuarto las posibilidades de control de cláusulas abusivas, distinguiendo entre las esenciales y las no esenciales, y afirmando con claridad que es imperativo el control de oficio de las no

esenciales, y que cuando el abuso afecte a las esenciales y definitorias del equilibrio contractual la aplicación de los principios inspiradores de la dogmática contractual clásica podrían llevar a sostener que no cabe mantener la validez del contrato y la nulidad de las cláusulas, pero que ello sí es compatible con la Directiva 93/123/CEE tratándose de contratos con consumidores.

Se citan en dicha sentencia la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 que impone el examen de oficio de la abusividad: el juez nacional que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva, debiendo pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, así como debiendo examinar de oficio la cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial, así como la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010 que establece que las dificultades para el control desde la dogmática contractual clásica no resultan aplicables de forma mimética cuando, como ocurre con las acciones de cesación, no se analiza contrato concreto alguno, así como que en todo caso la literalidad de la norma permite el control del carácter abusivo de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución cuando no estén redactadas de forma clara y comprensible, lo que abarca la suficiencia de la información facilitada a fin de que el consumidor pueda conocer su exacto alcance, por lo que está claro que la naturaleza definitoria o no del riesgo de una cláusula no ha de suponer obstáculo alguno para la intervención del Estado, por medio de los Tribunales de Justicia, en el control del contenido de las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores a fin de examinar tanto de su claridad y comprensibilidad, como del equilibrio de las prestaciones.

Se puede afirmar que todo lo previsto para el caso de impago, tiene la naturaleza de cláusula penal, y el Tribunal está facultado para hacer uso de la moderación que la ley le confiere (art. 1154 CC).

E) RECONOCIMIENTO DE LA CONDICION DE BENEFICIARIO: POSICIÓN JURISPRUDENCIAL.

La corriente mantenida por las Audiencias Provinciales, en sentencias como la nº 164/2004 (rec. 18/2004), dictada por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid el 11 de marzo de 2004, determina que el reconocimiento de los beneficiarios se une por el legislador al ejercicio de la acción ejecutiva con origen en la existencia de un título de tal naturaleza que exige el carácter firme de la sentencia de condena, y el problema por resolver es el momento procesal en el que puede reconocerse la condición de beneficiarios directos de la sentencia, cuando hay indeterminación de afectados que no han sido traídos inicialmente a juicio o no se han personado cuando fueron llamados, concluyendo que se permite la intervención en el proceso en cualquier momento, de cualquier consumidor o usuario, pero si se ha dictado ya sentencia sólo se puede reconocer su carácter de parte personada o interviniente y para obtener la condición de beneficiario debe adquirir firmeza dicha sentencia, instando su reconocimiento y ejecución. Ese reconocimiento no está preordenado o justificado a fin de que sus beneficiarios puedan instar la ejecución provisional de la sentencia porque el legislador distingue supuestos ordinarios de ejecución forzosa que necesita sentencia firme y de ejecución provisional que se produce por no haber adquirido esa cualidad la resolución, y para que

pueda instarse la ejecución provisional el demandante ha de haber obtenido pronunciamiento a su favor, lo que no se ha producido.

El art. 519 LEC establece que la acción ejecutiva fundada en la sentencia de condena sin determinación individual de consumidores o usuarios beneficiados, introduciendo el trámite preciso para dicho reconocimiento, parte de la necesaria solicitud de uno o varios afectados, con audiencia del condenado, al objeto de resolver, de acuerdo con los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, sobre la procedencia de expedir auto con el que puedan instar la ejecución.

El art. 78.4 LEC prevé la acumulación de procesos de esta naturaleza, incluso de oficio, de acuerdo con las reglas generales de la Ley.

La conclusión es que se puede reconocer en la sentencia dictada la facultad de personación individual o colectiva de los afectados si fueron parte del procedimiento, pero una vez dictada, para obtener la condición de beneficiarios, es necesario que esta adquiera firmeza, instando su reconocimiento y ejecución al amparo de los arts. 517, 519, 538 y siguientes de la LEC.

El legislador distingue claramente entre los supuestos ordinarios de ejecución forzosa que parte de la existencia de sentencia firme, los de ejecución provisional que, por definición, se produce precisamente por no haber adquirido esa cualidad la resolución, sin que ese reconocimiento de beneficiario pueda deslindarse del ejercicio de la acción ejecutiva, como se analizó anteriormente, de acuerdo con el art. 519 referido.

Para que pueda instarse la ejecución provisional al amparo del art. 526 de la LEC, se precisa que el demandante haya obtenido pronunciamiento a su favor, y en los supuestos de acciones colectivas la ley distingue perfectamente los supuestos de legitimación, personación y reconocimiento de efectos a los perjudicados o beneficiarios, en el momento procesal oportuno.

La misma Sección y Audiencia, en sentencia nº 8/2006 (rec. 547/2005), de 12 de enero de 2006, también considera que los actores pueden personarse individual o colectivamente en cualquier momento del procedimiento, para que se les reconozca su derecho en la sentencia dictada, y antes de producirse la resolución definitiva. Para obtener la condición de beneficiarios, es necesario que la resolución sea firme, instando su reconocimiento y ejecución. Asimismo, en sentencia nº 10/2006 (rec. 544/2005), de 25 de enero de 2006, expresa la citada Audiencia Provincial de Madrid que el reconocimiento de beneficiario no puede deslindarse del ejercicio de la acción ejecutiva, pudiendo los usuarios bancarios personarse en cualquier momento del procedimiento para que se les reconozca su derecho en la sentencia, obteniendo la condición de beneficiarios cuando dicha resolución devenga firme.

Podría considerarse que existe una laguna legal concerniente al exclusivo reconocimiento de esos efectos, independientemente de la firmeza de esa sentencia, esto es, en el transcurso de tiempo que media desde que fue dictada hasta que adquiere firmeza, en los supuestos de recurso, pero es razonable la falta de regulación de ese mecanismo procesal, ante la incertidumbre jurídica de la confirmación o no, tanto de la acción ejercitada como de los requisitos, datos y características exigibles a los beneficiarios que se acojan a ella, de acuerdo con el art. 221 LEC relativo a sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consu-

midores o usuarios, lo que haría superflua e inútil una cualitativa y cuantitativa tramitación previa de reconocimientos a título individual o colectivo, caso de modificarse total o parcialmente los pronunciamientos de la sentencia, con una sobrecarga procesal e inseguridad jurídica que no precisan de mayor consideración.

La Audiencia Provincial de Girona citada anteriormente en varias ocasiones, ha tenido una postura muy clara, continuada y argumentada respecto a la ejecución hipotecaria de los consumidores. En Autos de 21 septiembre, 11 noviembre, 21 diciembre de 2009 y 15 febrero 2010, hace alusión al art. 3 del TRLGDCU al objeto de definir al consumidor, considerando como tal a las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

La misma Audiencia, en acuerdos de fechas 30 de septiembre de 2005 y 14 de septiembre de 2009, estableció el control de oficio de las demandas de juicio monitorio y de ejecución de títulos no judiciales, incluidos los de ejecución hipotecaria por lo que se refiere a la posible reclamación de intereses abusivos. La consecuencia que ha establecido es que si concurre este supuesto no se dará trámite a la demanda, como ha hecho el órgano “a quo”, supeditado al carácter de consumidor del deudor, ya que la inadmisión de la demanda se basa en lo que dispone la Ley de Crédito al Consumo utilizada como referente, o en lo que establece el TRLGDCU. Por tanto, como también se estableció de manera expresa en el acuerdo citado de fecha 14 de septiembre de 2009, la inadmisión tendrá lugar cuando concurra la condición de consumidor en el deudor.

El Tribunal Supremo también se ha pronunciado respecto a la condición de consumidor. Así en sentencia de 15 de diciembre de 2005, haciendo alusión a la antigua Ley de Consumidores y Usuarios, por no estar todavía vigente el TRLGDCU, delimita el ámbito subjetivo de la misma atribuyendo la condición de consumidor no a cualquiera que lo sea por aparecer en la posición de quien demanda frente a quien formula la oferta, sino al consumidor que resulte destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta. Esto es, al que se sirve de tales prestaciones en un ámbito personal, familiar o doméstico, no a quien lo hace para introducir de nuevo en el mercado dichos productos o servicios, ya por medio de su comercialización o prestación a terceros, sea en la misma forma en que los adquirió, sea después de transformarlos, ya utilizándolos para integrarlos en procesos de producción o transformación de otros bienes o servicios (sentencias de 18 de junio de 1999, 16 de octubre de 2000, 28 de febrero de 2002, 29 de diciembre de 2003 y 21 de septiembre de 2004).

F) LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN SEGÚN LA JURISPRUDENCIA.

La Sala 1ª del Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de septiembre de 2010, nº 578/2010, rec. 1657/2006, expresa, en relación a la prescripción, que hay que estar al plazo general de quince años dispuesto en el art. 1964 CC para las acciones personales.

Señala la Sala además, que cuando los intereses se capitalizan y una vez reclamados judicialmente -resulten de un auto judicial aprobando el remate-, pierden su naturaleza jurídica propia y pasan a formar parte del capital, constituyendo un todo con éste.

X. LA ALARMA SOCIAL Y EL REAL DECRETO-LEY 27/2012.

La actual situación de desahucios masivos de deudores hipotecarios ha desembocado en una situación, definida por sectores como Jueces para la Democracia o el propio Consejo General del Poder Judicial, como de “alarma social generada por los desahucios hipotecarios”. También la Asociación Española de Banca lo ha definido de este modo en un comunicado de 12 de noviembre de 2012, haciendo mención al “compromiso de las entidades miembros de la AEB” que alude “a la responsabilidad social para paralizar los lanzamientos durante los dos próximos años, en casos en que concurran circunstancias de extrema necesidad”.

El presidente del Gobierno ha reconocido también el carácter extraordinario de la situación social generada por los procedimientos de ejecución hipotecaria.

Esta situación de emergencia se ha generado por las más de 400.000 ejecuciones hipotecarias que se han producido en España desde 2007. No obstante la cifra indicada, Miguel Temboury, subsecretario de Economía, ha estimado que los desalojos sobre primera vivienda ejecutados desde el 2008 están entre los 4.000 y los 15.000, lejos de las cifras del CGPJ, que incluyen locales, fincas y lanzamientos por impago del alquiler.

El presidente del Consejo General del Poder Judicial ha manifestado que los jueces pueden actuar para “suspender, paralizar, modificar o adaptar la decisión judicial al caso concreto” amparándose en normativa comunitaria y en la propia Constitución, considerando que se atenta contra un derecho fundamental como es el de la vivienda.

La decisión del CGPJ se avala en el artículo 51 en relación con el 53.3 CE, que consideran la defensa de los consumidores y usuarios como un principio general informador del ordenamiento jurídico, obligando al legislador a adoptar las medidas normativas precisas, y atribuyendo además a los órganos encargados de aplicarlas el deber de interpretar las normas en un sentido favorable a los legítimos intereses de los mismos.

Este principio se ve reforzado además cuando los derechos del consumidor guardan relación directa con un bien o servicio de uso común, ordinario y generalizado, como es el caso de los préstamos con garantía hipotecaria y más cuando son otorgados con la garantía de la vivienda familiar.

La defensa de los consumidores y usuarios es, en consecuencia, una de las exigencias que derivan del componente social de nuestro Estado de Derecho que, tal y como expone el Tribunal Constitucional en STC 123/1992, de 28 de septiembre, “...significa una acción tuitiva del más débil o desvalido cuando surge un conflicto en el cual la prepotencia del contrario le haría ser siempre el perdedor, para conseguir así la igualdad real o efectiva de individuos y grupos, a la cual encamina el artículo 9 de la Constitución y, con ella, la justicia”, tendencia que siguen también otras sentencias del Tribunal Constitucional, como la 98/1993 o la 177/1993.

La STC 12/1994, de 17 de enero, manifiesta que la Constitución consagra los derechos de los consumidores como reales y efectivos.

Apoyados en los principios descritos, tanto los Jueces para la Democracia, como el Consejo General del Poder Judicial, las Plataformas de Afectados por la Hipoteca y diferentes entidades de la sociedad civil han denunciado que los procedimientos de ejecución hipotecaria masivos constituyen una violación de derechos humanos, situando al afectado en situación de indefensión.

El Consejo General de la Abogacía Española, ha ido incluso más allá, poniendo a disposición de los ciudadanos afectados por ejecuciones hipotecarias un escrito que se encuentra disponible en ochenta y tres Colegios de Abogados y en la web abogacia.es, el cual se dirigirá al órgano judicial competente para pedir la suspensión inmediata del desahucio de una vivienda sujeta al préstamo hipotecario.

Uno de los motivos que argumenta el Consejo General de la Abogacía Española para solicitar esta suspensión es la inminente resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la cuestión prejudicial C415/2011 planteada por el Juzgado Mercantil 3 de Barcelona para que valore si el sistema de ejecución hipotecario español respeta los parámetros mínimos exigidos por la normativa comunitaria de tutela de consumidores y usuarios.

En las conclusiones de la Abogada General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, presentadas el 8 de noviembre de 2012, en esta cuestión prejudicial sostiene que la normativa española sobre ejecuciones hipotecarias vulnera la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Ya el Tribunal Constitucional en su declaración del pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, reafirmó la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno entre el que se encuentra el texto constitucional.

Como antecedente a esta solicitud de suspensión, existe una petición anterior en un procedimiento de ejecución hipotecaria, planteado por la entidad bancaria BBVA que solicitó, y obtuvo, la suspensión de un procedimiento “inaudita parte”, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva resuelto por medio de Auto del TC 16/2011, de 25 de febrero de 2011.

Entendemos que la suspensión de la ejecución será admitida por todos los juzgados y tribunales de forma generalizada si la situación del ejecutado reúne los requisitos para considerarla de extrema gravedad.

Toda esta situación ha llevado a la reciente aprobación del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, publicado en el BOE núm. 276 de 16 de noviembre, que establece los requisitos para la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables, considerando como tales, tal y como dispone su artículo 1.2:

- a) las familias numerosas.
- b) las unidades familiares monoparentales con dos hijos a cargo.
- c) las unidades familiares de las que forme parte un menor de tres años.

- d) las unidades familiares en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.
- e) las unidades familiares en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones por desempleo.
- f) las unidades familiares con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral.
- g) y las unidades familiares en que exista una víctima de violencia de género, en el caso de que la vivienda objeto de lanzamiento constituyan su domicilio habitual.

La suspensión consiste en que, hasta transcurridos dos años desde el día 16 de noviembre de 2012, fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de las referidas personas en situación de especial vulnerabilidad en las que además concurren las siguientes circunstancias económicas, previstas en el apartado 3 del citado artículo 1:

- a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples. Es decir, se establece un umbral de renta para evitar el embargo de la vivienda para el año 2012 en una cuantía máxima de 19.170,39 euros brutos (teniendo en cuenta el IPREM anual para 12 pagas de 6.390,13 €).
- b) Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda.
- c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.
- d) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.

Dicha norma, de conformidad con su disposición transitoria única, “será de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de este real decreto-ley, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento”.

Dicho Real Decreto-ley tiene carácter excepcional -al establecerse unas condiciones socio-económicas muy restrictivas para resultar beneficiado por sus medidas y resultando por tanto un colectivo muy reducido al que le será de aplicación, dejando fuera a muchos afectados- y temporal -ya que su duración será de tan solo dos años desde su entrada en vigor, es decir, hasta noviembre de 2014, independientemente de cuándo se logre por parte del deudor la paralización del desalojo-. Asimismo, nada dice en relación al establecimiento de límites en el incremento de la deuda, por lo que los intereses de demora y por tanto la deuda de las familias, seguirá creciendo durante los dos años de paralización del desahucio, por lo que,

tal y como dicen algunos, transcurrido dicho plazo la deuda podrá aumentar hasta en un 25% en algunos de los casos, por lo que resultará más económico abandonar la vivienda afectada que permanecer en ella.

Finalmente, el Real Decreto-ley, en relación con las personas que ya hayan sido desalojadas establece en su Disposición Adicional Única que se encomienda al Gobierno que promueva con el sector financiero la creación de “un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario, cuando concurren en ellas las circunstancias previstas en el artículo 1 del presente real decreto-ley. Este fondo social de viviendas tendrá por objetivo facilitar el acceso a estas personas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que perciban”.

Todos estos acontecimientos, muy probablemente llevarán a una futura modificación de la legislación relativa al procedimiento de ejecución hipotecaria, en relación al cual existe un reciente dictamen del Tribunal de la Unión Europea que dice que provoca indefensión en los deudores, modificación que suponga la consideración permanente de las especiales circunstancias concurrentes en los colectivos más vulnerables a la hora de proceder al lanzamiento efectuado sobre sus viviendas habituales, y que permita paliar su actual situación de indefensión, tal y como reclaman jueces y colectivos de afectados.

XI. CONCLUSIONES.

1ª.- En primer lugar, es de destacar el gran interés que suscita la materia objeto del presente estudio en estos años de crisis económica -una de las más graves conocidas-, que ha puesto de relieve las deficiencias de nuestro sistema financiero, haciendo resurgir la vieja postura doctrinal sobre las injustas consecuencias de las ejecuciones hipotecarias.

2ª.- La problemática que suscita el hecho de encontrarnos con una normativa de protección de los consumidores, tanto estatal como europea, y paralelamente, con la imposición de unos contratos hipotecarios que resultan gravemente lesivos para el consumidor por las consecuencias desproporcionadas que comporta su incumplimiento.

3ª.- El grave perjuicio que sufre el deudor con la actual regulación del proceso de ejecución hipotecaria, ya que la oposición a la ejecución se realiza a través de un proceso declarativo posterior a dicho proceso de ejecución, no paralizándose en el mismo el aumento de la deuda, la generación de intereses de demora, ni obviamente la ejecución hipotecaria.

4ª.- Se generan una serie de problemas, tales como los altos tipos de intereses de demora y demás prestaciones pactadas para el caso de impago, la falta de equilibrio en las ejecuciones hipotecarias, unidos a la problemática de la dación en pago.

5ª.- La normativa nacional ofrece al consumidor limitadas opciones de oposición en el curso de la ejecución, que le permitan afrontar las situaciones abusivas en contra de sus derechos.

6ª.- El marco de la ejecución es extremadamente perjudicial para el consumidor, que deberá hacer valer en un proceso declarativo la normativa de protección, demostrando la abusividad de las cláusulas del contrato, no quedando suspendida la ejecución.

7ª.- No disponemos de mecanismos adecuados para dar respuesta al grave problema social que nos acecha.

8ª.- Partimos de una situación en que la multiplicidad de normas existentes en la materia (cada una con un rango jerárquico, con un diferente ámbito de aplicación, etcétera) produce una gran confusión e inseguridad.

9ª.- Los poderes públicos han demostrado una continua lucha por proteger los intereses de los consumidores y la necesidad de apoyo a las situaciones de extrema gravedad que se viven, y prueba de ello son las voces que claman desde diversos sectores, como el Consejo General de la Abogacía o los Jueces para la Democracia, que consideran imprescindible adoptar medidas que frenen la alarma social.

10ª.- Las nuevas medidas adoptadas por el ejecutivo a través del Real Decreto-ley, así como una futura modificación de la legislación hipotecaria, donde se establecerá un tope mínimo para llevar a cabo los desahucios por falta de pago, van a suponer un avance hacia la política europea de protección del consumidor.

XII. BIBLIOGRAFIA:

Adán Doménech, F: La ejecución hipotecaria. Ed. Bosch. Barcelona, 2008.

Álamo González, D.P.: Resumen técnico: La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

Álvarez Olalla, M.P.: “La contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios en la Ley 2/2009, de 31 de marzo”. Revista Aranzadi Civil-Mercantil, nº 10/2012. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012.

Álvarez Vega, M.I.: La protección jurídica del consumidor sobre endeudado e insolvente. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2010.

Belinchón Romo, M.R.: La dación en pago en Derecho español y Derecho comparado. Ed. Dykinson, Madrid, 2011.

Blanquer Uberós, R.: “Las deudas de un consumidor, su insolvencia”. El Notario del siglo XXI, nº 45. Ilustre Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2012.

Carreras del Rincón, J.: “La estructura del proceso de ejecución y los títulos ejecutivos. Comentario a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”. Boletín de Legislación, nº 219. Ed. El Derecho, Madrid, 2010.

Clavería Gosálvez, L.H.: Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas. Ed. Bosch, Barcelona, 2008.

Cuena Casas, M.: “La nueva normativa en materia de transparencia de servicios bancarios. La regulación del préstamo”. Revista Aranzadi Doctrinal, nº 7/2009. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2009.

De la Morena Sanz, G., Parra Bautista, J.R.: El concurso del consumidor o de la insolvencia de las personas físicas y las familias. Ed. Bosch, Barcelona, 2010.

Domínguez Luelmo, A., Toribios Fuentes, F.: Ejecución hipotecaria de vivienda: rehabilitación del préstamo y enervación de la acción. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010.

Fernández Rozado M., Panisello Martínez, J., Sánchez Martín C., Sospedra Navas F.J. (Dir.): La ejecución hipotecaria: análisis, procedimiento, ejecución y formularios. Ed. Civitas, Madrid, 2009.

Gómez-Salvago Sánchez, C.: Las cláusulas de exigibilidad anticipada del crédito en los contratos bancarios. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

Herbosa, I.: El despacho de la ejecución hipotecaria. Causas de oposición y suspensión. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

Mellado Rodríguez, E.: Las cláusulas de vencimiento anticipado. Ed. Lex Nova, Valladolid, 1998.

Montero Aroca, J.: Tratado de Ejecuciones Hipotecarias. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

Ordás Alonso, M.: “La contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios en la Ley 2/2009, de 31 de marzo”. Revista Aranzadi Civil-Mercantil, nº 9/2009. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2009.

Ordás Alonso, M.: “Protección de consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas. Varias reflexiones y un ejemplo: el sistema francés de amortización de créditos hipotecarios”. Revista Aranzadi Civil-Mercantil, nº 9/2009. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2009.

Orozco Pardo, G.: “Protección de consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas. Varias reflexiones y un ejemplo: el sistema francés de amortización de créditos hipotecarios”. Revista Aranzadi Civil-Mercantil, nº 10/2002. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002.

Romero Candau, P.A., Romero Candau, R.: “La continuación de la ejecución forzosa tras la subasta de los bienes hipotecados. Comentario a los autos nº 111/10 (AC 2011, 1) y 4/11 (AC 2011, 40) de las secciones segunda y tercera de la ILMA. Audiencia Provincial de Navarra”. Revista Aranzadi Doctrinal, nº 1/2011. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011.

EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA Y SUS PUNTOS CIEGOS EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ

Reflexiones a partir de los conceptos de Nación, nacional y ciudadano

GERMÁN M. TERUEL LOZANO

Doctorando Europeo en Derecho Constitucional-Penal

Universidad de Murcia / Universidad de Bolonia

Real Colegio de España en Bolonia

RESUMEN: El presente estudio afronta el reconocimiento de los derechos de la persona en la Constitución de Cádiz de 1812 a partir de tres conceptos clave en el primer liberalismo constitucional: “Nación”, “nacional” y “ciudadano”. Sobre la base de los mismos se pretende constatar la existencia de unos “puntos ciegos” en el reconocimiento universal de los derechos de la persona, no sólo políticos, sino también de aquellos derechos (tendencialmente) declarados como “inherentes” a la persona y que hoy día se pueden considerar el germen de los actuales derechos humanos. La superación de tales “puntos ciegos” había sido uno de los más notables progresos del constitucionalismo; sin embargo, como se presenta en sede de conclusiones, en el siglo XXI aparecen nuevas “exclusiones” y se proclaman teorías que vienen a negar a personas derechos esenciales a la condición humana. Se trata, por tanto, de una lectura del pasado que pretende ayudar a comprender los logros alcanzados y los riesgos de involución que sobre el constitucionalismo moderno penden.

ABSTRACT: The present study focuses on the recognition of the rights of the person in the Constitution of Cadiz of 1812, starting from three key concepts in the first constitutional liberalism: “Nation”, “national” and “citizen”. On these basis is intended to identify the existence of a “blind spots” in the universal recognition of the rights of the person, not only political, but also of those rights (tendentially) declared as “inherent” in the person and which can be seen as the germ of current human rights. The overcoming of these “blind spots” had been one of the most remarkable progress of constitutionalism; however, as presented at conclusions, in the twenty-first century new “exclusions” appears and new theories are proclaimed coming to deny people rights essential to the human condition. It is, therefore, a reading of the past that is intended to help understand the achievements made and the risks of regression that hang over the modern constitutionalism.

1. INTRODUCCIÓN

Recientemente hemos vivido la conmemoración del bicentenario de nuestra primera Constitución liberal, la popularmente conocida como “La Pepa”, la gaditana doceañista, y aprovechando la ocasión quisiera realizar con el presente trabajo una reflexión acerca del reconocimiento constitucional de los derechos de la persona en la Constitución de Cádiz, apuntando los primeros logros del liberalismo en esta materia, pero también siendo conscientes de los puntos ciegos que todavía quedaban; de cómo, a pesar de las pretensiones de universalidad mantenidas al afirmar unas libertades civiles para todas las personas, sin embargo permanecían todavía grupos humanos excluidos de la titularidad de lo que hoy día podemos considerar como el germen de los actuales derechos humanos.

A estos efectos, se comenzará con una presentación, apegada al texto positivo de la Constitución gaditana, de tres importantes categorías: Nación, nacional y ciudadano. Para ver entonces cómo el primer constitucionalismo español, pero en general todo el pensamiento liberal coetáneo, distinguía dos categorías de derechos: los derechos civiles y los derechos políticos. Los primeros eran reconocidos como derechos comunes y generales a favor de todos los españoles; mientras que los derechos políticos sólo les corresponderían a los ciudadanos, no siendo todos los españoles reconocidos como tales, por lo que no todos podían participar en los asuntos públicos. Ahora bien, a partir de este punto, se presentan algunas cuestiones a la reflexión: ¿esos derechos civiles que eran proclamados universales en realidad quedaban reconocidos a todas las personas? ¿Cuáles eran los puntos ciegos tanto en el reconocimiento de derechos políticos como civiles? Algo a lo que trataré de dar respuesta en el presente estudio, aunque de manera simplemente introductoria a esta problemática que sin duda es mucho más compleja de lo que aquí puede ser afrontado.

En sede de conclusiones, por último, realizaré una reflexión proyectada a nuestros días, donde, partiendo de las consideraciones realizadas sobre el reconocimiento constitucional de los derechos de la persona, poder afirmar la importancia que deben tener los mismos para que no puedan reaparecer en nuestro tiempo –bien que bajo otras apariencias- puntos ciegos que tanto ha costado iluminar en la senda del constitucionalismo liberal de los dos últimos siglos.

2.2. Nación, nacionalidad y ciudadanía en la Constitución de Cádiz de 1812

2.1. La Nación española

La Constitución de Cádiz dedica su Título I a la “Nación española” y a los “españoles”. La Nación española era el ente al que la Constitución le atribuía la soberanía, el poder supremo de la sociedad en virtud del cual le correspondía “el derecho de establecer sus leyes

fundamentales” (art. 3)¹²⁹, y lo hacía utilizando un término de profunda raigambre histórica, el de “leyes fundamentales”, que se relaciona con el concepto de “leyes fundamentales del Reino” y se vincula así con la propia tradición española, muestra del “historicismo nacionalista y el ideal restaurador” que caracteriza a los liberales doceañistas¹³⁰.

A la Nación le correspondía, tal y como dicta el art. 4, “conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad, y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen”; utilizando aquí, nuevamente, unos términos que no son inocuos: la Nación debía “proteger” la libertad civil y otros legítimos derechos; no los constituía, sino que éstos eran preexistentes y les correspondían a todos los españoles –es decir, los individuos que la integraban-, algo sobre lo que abundaré con posterioridad.

Pues bien, la Nación era definida entonces como “la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios” (art. 1), si bien, matiza y añade que a ninguno pertenece. La Constitución asumía así en su art. 2 que la Nación española era “libre e independiente” y no podía ser patrimonio de nadie, ni persona ni familia.

Por último, señalar que a la hora de interpretar la definición de la Nación como reunión de todos los españoles, surgen dos líneas encontradas: la que entiende que ésta no se puede identificar con el Pueblo, sino que constituye un ente indivisible y de existencia puramente ideal –lo que conectaría con el pensamiento revolucionario francés y en particular con Sieyès-, y la que mantiene que la Constitución aquí reconocería la Nación como el agregado de los españoles, en tanto que individuos que la integran, entroncando así con la tradición española de las Partidas¹³¹.

2.2. Los españoles como sujetos integrantes de la Nación

En el Capítulo II se concretan aquellos que van a ser los españoles, quiénes integran la base subjetiva de la Nación. En este sentido, en primer lugar el artículo 5 establece que serán españoles “todos los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de las Españas, y

129 En realidad el art. 3 de la Constitución gaditana dice concretamente que “La soberanía reside esencialmente en la Nación” –cursivas mías-; si bien en el Decreto de las Cortes de Cádiz de 1810 se predicaba de que la soberanía residiría “exclusivamente” en la Nación. Un matiz que ha llevado a un sector doctrinal a plantearse si la Constitución pudiera estar reconociendo una suerte de soberanía compartida Rey-Nación y no la tan proclamada “soberanía nacional”. En general, sobre el concepto de nación y de soberanía nacional en Cádiz, vid. VARELA SUANCES-CARPEGNA, J.: *La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (Las Cortes de Cádiz)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1982, especialmente los capítulos cuarto y quinto. También, del mismo autor: *Id.: La teoría del Estado en las Cortes de Cádiz*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, en particular los capítulos segundo y cuarto.

130 La expresión es utilizada por VALERA SUANCES-CARPEGNA como título al apartado que dedica a esta cuestión en: *Política y Constitución en España (1808-1978)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 53-58. También, vid. RODRÍGUEZ, J. E.: “La ciudadanía y la Constitución de Cádiz”, en FRASQUET, I. (coord.): *Bastillas, cetros y blasones*. Madrid: MAPFRE–Instituto de Cultura, 2006, p. 40

131 Sosteniendo la Nación como sujeto indivisible de existencia ideal, vid. VARELA SUANCES-CARPEGNA, J.: *La Teoría del Estado en los orígenes...* op. cit., pp. 249 y ss.; y, *Id.: Política y Constitución...* op. cit., pp. 452-455.

los hijos de estos”. Ya desde un comienzo se observa, por tanto, cómo no todas las personas naturales del territorio –o los territorios- de España eran admitidas como españoles.

Así las cosas, la primera duda surge ante la expresión “hombres” y lleva a preguntarnos si esta referencia debe entenderse en sentido estricto, de manera que sólo serán nacionales los varones, o si se utiliza aquí el masculino en sentido neutro plural y, por tanto, también las mujeres serían admitidas como tales. Según apunta un sector doctrinal, parece que las mujeres quedaban excluidas de su consideración como nacionales, no eran admitidas como “españolas”¹³². Abonaría esta posición si atendemos a algunas de las obligaciones que la Constitución imponía a aquellos que son españoles, especialmente la obligación a contribuir fiscalmente para los gastos del Estado (art. 8) y la obligación de todo español de defender la patria con las armas (art. 9); las cuales, en principio, sólo resultaban exigibles a los varones. Sin embargo, el Capítulo II también recoge otras obligaciones para los españoles de las que no cabría excluir a las mujeres, como serían las impuestas por el art. 6 –los deberes de “amor a la patria” y de ser “justos y benéficos”-, y las del art. 7 que, en sentido similar, determinaba la obligación de ser “fiel a la Constitución” y de obedecer y respetar las leyes y autoridades. Incluso dentro de aquellas que vienen entendidas de exigencia “exclusiva” a los varones también había excepciones. Era el caso, por ejemplo, de las mujeres que eran “jefes de familia”, las cuales podían disponer de un patrimonio por el cual debían tributar¹³³. De hecho, abundando en la posición de que las mujeres sí que deberían ser consideradas dentro de la categoría de españoles, el art. 20 de la Constitución establecía como uno de los requisitos para que un extranjero pudiera obtener la ciudadanía española el “estar casado con española”¹³⁴. Parecería, por tanto, que un reconocimiento de las mismas sí que existía, aunque éste no fuera pleno y, como se verá, en muchos casos “tutelado”.

Por otro lado, además de hombres –¿varones y mujeres?-, la Constitución exigía también que para ser reconocido como español se ha de ser “libre”. De esta manera, a contrario, la Constitución admitía la existencia de la esclavitud –o al menos la daba por supuesta-, y, reconocida ésta, lo que hacía era excluir de la condición como nacionales a aquellos que fueran esclavos. Parece que esta exclusión no plantea ningún género de dudas. Los esclavos, en el marco del colonialismo, eran meras “mercancías” y por ello quedaban fuera de cualquier consideración, se trataba de una condición infamante.

Por último, para ser español la constitución imponía, además, el haber nacido en los dominios de las Españas y estar vecindado en los mismos. Los territorios de las “Españas” vendrían definidos en el art. 10 de la misma Constitución. Ésta reconocía todos los territorios de dominio español peninsular, americano, de las islas del Pacífico y del Atlántico y de Asia

132 Por todos, CLAVERO, B.: “Cara oculta de la Constitución: sexo y trabajo”. Revista de las Cortes Generales. 1987, nº 10, pp. 11-25. En el mismo, B. CLAVERO afirma de manera contundente: “se dice hombre porque se excluye a la mujer; se habla en masculino porque se elimina el femenino; se predica un sujeto español porque no se considera siquiera la posibilidad de que la española entre” (p. 12).

133 A este respecto, vid. RODRIGUEZ, J. E.: ob. cit., p. 50

134 Íbidem, p. 44.

–Filipinas-. Serían los que, en su artículo primero (y también en el décimo octavo), denominaba como los dominios españoles de “ambos hemisferios”¹³⁵.

Más allá del ser nacido en los dominios españoles, se exigía estar vecindado en alguno de estos territorios. Aunque la vecindad se definía como la mera residencia en un lugar, en este contexto se podría considerar que este término conllevaría además la exigencia de que existiera una identificación con el pueblo o la ciudad en la que se vivía y con la cual se cumplirían determinadas obligaciones esenciales¹³⁶. La vecindad serviría así como una cierta exigencia para asegurar que los individuos considerados nacionales se encontraban integrados en la estructura política, es decir, para que compartieran la “cultura política” de la Nación. El requisito de la vecindad planteaba entonces un problema básicamente con el colectivo de los indios. Los indios, con carácter general, sí que iban a admitirse como nacionales españoles. Y es que ya desde el testamento de Isabel la Católica estos eran considerados tan vasallos como las poblaciones políticamente sujetas a la Monarquía, de manera que “la República de los Indios” fuera parte del cuerpo político igual que la “República de los Españoles”. Únicamente quedaban entonces fuera los “indios bravos”, también conocidos como “indios bárbaros” o “indios de frontera”, que permanecían autónomos respecto de la estructura política¹³⁷. Sobre estos indios bárbaros se ejercía entonces una suerte de protectorado y se pretendía su educación para insertarlos en la sociedad de la que, de momento, permanecerían excluidos¹³⁸.

Amén de este grupo de naturales españoles, la Constitución en su art. 5 también asume como tales a otros tres colectivos: a) aquellos extranjeros que hubieran obtenido por las Cortes carta de naturaleza; b) a quienes, sin ella, hubieran vivido durante al menos diez años

135 Se levanta aquí una cierta polémica terminológica. B. CLAVERO insiste en que para la Constitución gaditana había en realidad “tres hemisferios geográficos: Europa o la España europea, Ultramar o las Indicas (esto es donde se encontraban los “dominios españoles” de América y Asia) y, en tercer lugar, África o el África subsahariana”. La consecuencia de ello para B. CLAVERO era que “sólo dos hemisferios de entre los tres merecían identificarse como piezas integrantes del universo humano” (“Hemisferios de ciudadanía. Constitución española en la América indígena”, en ÁLVAREZ JUNCO, J. y MORENO LUZÓN, J. (eds.), *La Constitución de Cádiz: historiografía y conmemoración. Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 104-106). Por su parte, aunque asumiendo las conclusiones del Prof. CLAVERO, la investigadora H. TATEISHI considera que el concepto de ambos hemisferios era mucho más simple (*La Constitución de Cádiz de 1812 y los conceptos de Nación/Ciudadano* [en línea]. Grupo de Estudios Mediterráneos de la Universidad de Hitotsubashi. 2008, p. 7. Disponible en: <http://www7a.biglobe.ne.jp/~hirotate/hiro-es/art-hiro/Mediterranean%20World%20XIX%20=Tateishi.pdf>).

136 A este respecto véase, RODRIGUEZ, J. E.: ob. cit. p. 41 y ss.

137 En este sentido, véase QUIJADA, M.: “Una Constitución singular. La Carta gaditana en perspectiva comparada”. *Revista de indias*. 2008, vol. LXVIII, nº. 242, p. 31.

138 Así, por ejemplo, el art. 335.10º, determinaba: “Las diputaciones de las provincias de Ultramar velarán sobre la economía, orden y proguesos de las misiones para la conversión de los indios infieles, cuyos encargados les darán razon de sus operaciones en este ramo, para que se eviten los abusos: todo lo que las diputaciones pondrán en noticia del gobierno” (sic); poniendo de manifiesto cómo los indios bárbaros quedaban tutelados por las misiones, las cuales a su vez debían rendir cuentas a las diputaciones.

en algún pueblo de la Monarquía; y, por último, c) a los libertos desde que adquirieran la libertad en territorio de las Españas (art. 5.3).

Por tanto, en general, y con las exclusiones antes mencionadas –mujeres (¿?), esclavos e indios bravos-, podemos afirmar que la Nación abarcaba a todos los naturales y naturalizados del territorio incluido en los dominios de España en “ambos hemisferios”.

2.3. Los ciudadanos de la Nación

De entre todos los individuos integrantes de la Nación no todos los españoles iban a ser reconocidos por la Constitución gaditana como sujetos políticos, ni iban a poder disfrutar por tanto del derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones a diputados en Cortes. Entraba entonces en juego el concepto de “ciudadano”.

El Capítulo IV del Título I de nuestra Constitución doceañista, en su art. 18 disponía que serían ciudadanos “los españoles que por ambas líneas traen su origen de los dominios españoles de ambos hemisferios, y están vecindados en cualquier pueblo de los mismos dominios”. De esta suerte, la Constitución reconocía potencialmente como ciudadanos a todos los españoles con origen por ambas líneas en dominios españoles. Ello dejaba excluidos de la ciudadanía, en principio, a los originarios y descendientes de África. Una exclusión que según B. CLAVERO resultaba de índole “racista” al extenderse a los afroamericanos incluso cuando no fueran esclavos¹³⁹. A esta exclusión habría que unir todos aquellos grupos que ya previamente habían quedado fuera de su integración como “españoles” –esclavos e indios bravos-.

En este punto hay que tener en cuenta que, en lo referido a la ciudadanía, la exclusión de las mujeres sí que es clara. Del propio tenor de los preceptos del Capítulo IV se observa sin duda que van referidos a los “españoles” en el sentido estricto de los varones. Así, por ejemplo, se ha señalado anteriormente el art. 20 que permitía adquirir la ciudadanía al extranjero “casado con española” –y no a la extranjera casada con español-. Pero, además, como se

139 Sobre esta cuestión, vid. CLAVERO, B.: Constitución de Cádiz y ciudadanía de México [en línea]. [2010], p. 7. Disponible en: http://clavero.derechosindigenas.org/?page_id=276.

Un carácter discriminatorio que se pone de manifiesto en el propio discurso preliminar de A. ARGÜELLES al presentar el proyecto de Constitución: “El inmenso número de originarios de África establecidos en los países de ultramar, sus diferentes condiciones, su estado de civilización y cultura que en la mayor parte de ellos se halla en el día, han exigido mucho cuidado y diligencia para no tener que agravar su actual situación, ni comprometer por otro lado el interés y seguridad de aquellas vastas provincias. Consultando con mucha madurez los intereses recíprocos del Estado en general y de los individuos en particular, se ha dejado abierta la puerta a la virtud, al mérito y a aplicación para que los originarios del África vayan entrando oportunamente en el goce de los derechos de ciudad” –cursivas mías-.

No obstante, se trataba de un racismo que no era autóctono de nuestro país, sino que, tal y como afirma M. QUIJADA, en 1810 no había ninguna Carta constitucional que “incorporara explícitamente a la población libre de origen africano en la figura colectiva e indivisible de “pueblo soberano”, ni mucho menos le garantizaba el ejercicio de los derechos políticos”. De hecho no fue, en el ámbito comparado, hasta 1868, cuando con la incorporación de la llamada 14ª enmienda a la Constitución norteamericana se le otorgaba entonces derechos de ciudadanía a “todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos” y se eliminaban así todas las restricciones impuestas a los hombres de ascendencia africana (ob. cit., pp. 27 y 28).

verá más adelante, el contenido propio de los derechos de ciudadanía –derechos políticos y ejercicio de empleos municipales–, tampoco cabe duda de que estaban vedados a las mujeres.

Por otro lado, el requisito de la vecindad se podría, en principio, subsumir dentro del propio de ser español, ya que para tener esta consideración se requería igualmente estar vecindado en los dominios españoles. En concreto, el artículo 18 precisaba que los ciudadanos debían estar “avecindados en cualquier pueblo de los mismos dominios”, mientras que el art. 5, referido a los españoles, decía simplemente “avecindados en los dominios de las Españas”; si bien, en cualquier caso, no creo que la diferencia de dicción deba dar lugar a ninguna distinción sustantiva. Para ser español se requería estar vecindado en los dominios españoles y ello implica tener la vecindad en alguno de sus pueblos. Para ser ciudadano, se requería ser español y se enfatiza simplemente que se requiere la vecindad¹⁴⁰.

Los siguientes artículos (arts. 19 a 22) recogen entonces algunos supuestos excepcionales donde se va a reconocer la ciudadanía a ciertos sujetos concretos que quedaban excluidos con carácter general. Así, los arts. 19 y 20 permiten la concesión por las Cortes de una carta especial de ciudadano a ciertas personas –por ejemplo, los varones extranjeros casados con española y que hubieran traído a España alguna invención o adquirido bienes raíces por los que pagaran contribuciones, o por haber hecho servicios señalados a la Nación–. El art. 21 reconoce la posibilidad de otorgar la ciudadanía a los hijos legítimos de extranjeros domiciliados en las Españas, con ciertos requisitos también. Y, muy importante, conforme al art. 22 los españoles originarios del África, por tanto personas libres, podrían acceder a la ciudadanía a través de un complejo proceso en el que se valoraba su “virtud y merecimiento” como ciudadanos.

La ciudadanía era un estatuto que, por otro lado, podía perderse. El art. 24 recogía entonces una serie de causas tasadas que eran determinantes de la pérdida de la nacionalidad. Así, entre otras, por adquirir la naturaleza en país extranjero o por admitir empleo de otro gobierno.

Pero, además, aun cuando una persona fuera reconocida como ciudadana y sin perder la misma, el ejercicio de sus derechos como tal quedaba suspendido si no se cumplían una serie de requisitos de capacitación personal, que eran recogidos de manera taxativa en el art. 25. Entre los mismos, la ciudadanía podía quedar suspendida en virtud de una sentencia judicial por incapacitación física o moral; por encontrarse en estado de deudor quebrado o de deudor a los caudales públicos; por no tener empleo, oficio o modo de vivir conocido; o por hallarse procesado criminalmente.

Destaca entre las causas que determinaban esta suspensión la de “estado de sirviente doméstico”. Un término cuya interpretación ha levantado una cierta polémica sobre si esta causa de suspensión se debía extender a todos los trabajadores por cuenta ajena o simplemente

140 B. CLAVERO plantea la posible exclusión como ciudadanía a los gitanos, en tanto que grupo trashumante que no se encontraba vecindado en ninguna parroquia en concreto (“Hemisferios de ciudadanía...op. cit.”, p. 106).

a aquellos que realizaban sus actividades en el estricto ámbito doméstico¹⁴¹. A este respecto resulta de interés atender a los debates constituyentes en donde se suprimió de la versión inicial la redacción de “por el estado de sirviente a soldada de otro”, para cambiarlo por la fórmula “estado de sirviente doméstico”. De esta manera, como expresó el liberal GOLFÍN, se evitaba entonces que se suspendieran “los derechos de ciudadanía a muchos individuos utilísimos al Estado, tales como los apeadores de cortijos, los mayores y otros varios dependientes de los labradores hacendados, los empleados de fábricas, los cajeros de las casas de comercio, etc., los cuales todos sirven a soldada de otro”¹⁴².

La última causa que la Constitución reconoce como determinante de la suspensión de la ciudadanía era el no saber leer ni escribir, pero ésta sólo se exigiría a partir del año 1830 a quienes de nuevo entraran en el ejercicio de los derechos ciudadanos. Por tanto, se trató de una causa que no llegó a tener vigencia, habida cuenta de la vida de esta Constitución, aunque ponía de manifiesto la voluntad de las Cortes gaditanas de exigir el conocimiento del castellano y de tener unos mínimos educativos para poder ejercer la ciudadanía. Algo que, por otro lado, hubiera requerido de una profunda acción.

Asimismo, y aunque no se exigía expresamente, un sector doctrinal viene entendiendo que el profesar la religión católica constituía un requisito necesario para acceder a la ciudadanía¹⁴³. Es cierto que la religión católica era reconocida como la propia de la Nación española y quedaba prohibido el ejercicio de cualquier otra (art. 12), e, incluso, se ha de recordar que para poder concurrir a las elecciones, activa o pasivamente, se exigía estar avecindado en una parroquia (art. 35) y el procedimiento electoral se revestía de toda una serie de solemnidades religiosas¹⁴⁴. Ahora bien, por el contrario, se ha de tener en cuenta que en ninguno de los artículos referidos a la ciudadanía la Constitución menciona la religión. Ni siquiera en los artículos 24 y 25, que eran causas tasadas, permiten la pérdida o suspensión de la condición

141 En este sentido, vid. VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., *Política y Constitución...op. cit.*, pp. 457 y ss. También, cfr. CLAVERO, B.: “Amos y sirvientes. ¿primer modelo constitucional?. Anuario de Historia del Derecho español. 1986, t. 66., pp. 995-1016. Disponible en: http://clavero.derechosindigenas.org/?page_id=276; donde B. CLAVERO mantiene que esta expresión incorporaba, en esos momentos, la acepción de trabajador asalariado. Un artículo que escribe en contestación a FIESTAS LOZAS que había mantenido una interpretación restrictiva de la expresión, circunscribiéndola únicamente a aquellos que trabajan en el ámbito estrictamente doméstico, del hogar.

142 Cita tomada de VARELA SUANZES-CARPEGNA, J.: “Propiedad, ciudadanía y sufragio en el constitucionalismo español (1810-1845). Historia Constitucional [en línea]. Apart. 11. Disponible en: <http://hc.rediris.es/06/articulos/pdf/05.pdf>.

143 En este sentido, TATEISHI ofrece el posicionamiento de un sector doctrinal que afirma la importancia que tenía el catolicismo en el proyecto de construcción nacional gaditano (op. cit., pp. 5 y 6). VARELA SUANZES-CARPEGNA, por su parte y sin asumir que el catolicismo fuera base del proyecto de Cádiz, se refiere en concreto al art. 12 y lo interpreta como una “dolorosa concesión a los diputados realistas y, en realidad, a la mayoría de los españoles, muy alejados de las ideas de tolerancia en materia religiosa y partidarios de la tradicional confesionalidad católica del Estado” (Política y Constitución...op. cit., p. 114).

144 Las juntas electorales de las parroquias estaban presididas por un jefe político o por el alcalde, “con asistencia del cura párroco para mayor solemnidad” (art. 46). Llegada la hora de la reunión, los concurrentes debían pasar a la parroquia en la que se celebraría una “misa solemne de Espíritu Santo”, oficiada por el párroco quien, además, debía hacer un discurso correspondiente a las circunstancias (art. 47), y, al terminar, los componentes de la junta debían volver a la parroquia donde cantarían un Te-Deum (art. 58).

de ciudadano por no ser o renunciar a la fe católica. A mayor abundamiento, en el artículo 30 la Constitución se refiere al cómputo de la población de los dominios europeos remitiéndose al censo de 1797, que se trataba ya de un censo civil, a pesar de que todavía había requerido para su formación de una colaboración de registros parroquiales y episcopales –únicos existentes en ese momento-. Y, por lo que hace a las referencias a las “parroquias”, bien parece que las mismas son utilizadas como una mera demarcación territorial¹⁴⁵.

Por último, para ser elegido diputado a Cortes el art. 92 de la Constitución imponía también que se debía “tener una renta anual proporcionada, procedente de bienes propios”, si bien, conscientes de las limitaciones a las que estaban sujetas los españoles en esos momentos de la invasión francesa, también quedaba suspendida sine die tal exigencia (art. 93)¹⁴⁶.

En resumen, ciudadanos, aquellos que gozaban de los derechos políticos –además de ser los únicos que podían ocupar los empleos municipales-, sólo serían los varones, católicos (¿?), libres, originarios por las dos líneas de las Españas y con vecindad en sus dominios, que no fueran sirvientes domésticos y que tuvieran una cultura y, en general, una aptitud moral. Quedaban excluidos las mujeres, los esclavos y los indios bárbaros. Y a ello se sumaban, como se decía, servidores domésticos y otros sujetos sin capacidad económica o moral. Los originarios africanos, aun cuando fueran libertos, tampoco eran reconocidos como ciudadanos, a salvo aquellos que consiguieran tal estatus a través del difícil procedimiento de “la virtud y el merecimiento”.

De esta manera, siguiendo a B. CLAVERO, es cierto que nos encontraríamos ante una “democracia de padres de familia, económicamente autónomas y políticamente iguales”¹⁴⁷. Ahora bien, puesta en su contexto histórico, no cabe negar la amplia vocación de nuestra Constitución gaditana por extender el reconocimiento de la ciudadanía y de los derechos políticos. Como afirma J. E. RODRÍGUEZ, a pesar de las exclusiones, “la Constitución de 1812 introdujo el sufragio más extenso del mundo”¹⁴⁸. Algo que confirma el propio B. CLAVERO cuando señala que ni los estadounidenses ni los revolucionarios franceses habrían siquiera imaginado “una concepción y configuración de una ciudadanía tan singular y plural como la de Cádiz”¹⁴⁹.

3. El reconocimiento gaditano de los derechos civiles y políticos: los espacios sin iluminar del Derecho

3.1. La censitaria libertad política y la irrestricta y universal libertad civil

145 En este sentido se podría señalar cómo en el capítulo referido a las juntas electorales de parroquia (arts. 35-58) se habla siempre de vecinos y no de feligreses (así, por ejemplo, el art. 35: “Las juntas electorales de parroquia se compondrán de todos los ciudadanos avecindados y residentes en el territorio de la parroquia respectiva”).

146 Sobre esta cuestión, véase VARELA SUANZES-CARPEGNA, J.: “Propiedad, ciudadanía...ob. cit.”, apartados 14 y 15; Id.: Política y Constitución...op. cit., pp. 456-459..

147 CLAVERO, B.: “Amos y sirvientes...”, cit. pág. 999.

148 Ob. cit. p. 46

149 Constitución de Cádiz y ciudadanía de México...op. cit., p. 9.

Una de las características del primer constitucionalismo liberal sería el reconocimiento de derechos y libertades a las personas¹⁵⁰. Como se ha adelantado en la introducción, en el caso español a estos efectos se distinguían claramente dos tipos de derechos o de libertades, a los cuales atribuían una naturaleza diferenciada: los derechos políticos y los derechos civiles. De los primeros serían titulares los ciudadanos, mientras que los segundos vendrían reconocidos a todos los españoles –como se ha podido ver la base subjetiva de ambas categorías, aunque con un núcleo común, no eran coincidentes, sino que había españoles que no eran ciudadanos¹⁵¹. Así las cosas, mientras que la libertad civil se predicaba irrestricta y universal; los derechos políticos todavía mantenían una fuerte componente censitaria –tanto de corte económico como en base a exigencias culturales y de educación–.

Muy ilustrativo en este sentido resultaba el Discurso preliminar de la Constitución gaditana, en el que ARGÜELLES afirmaba: “La conveniencia pública, la estabilidad de las instituciones sociales no sólo pueden permitir, sino que exige muchas veces, que se suspenda o disminuya el ejercicio de la libertad política de los individuos que forman la nación. Pero la libertad civil es incompatible con ninguna restricción que no sea dirigida a determinada persona, en virtud de un juicio intentado y terminado según la ley promulgada con anterioridad. Así es que en un Estado libre puede haber personas que por circunstancias particulares no concurren mediata ni inmediatamente a la formación de las leyes positivas; mas éstas no pueden conocer diferencia alguna de condición ni de clases entre los individuos de este mismo Estado. La ley ha de ser una para todos, y en su aplicación no ha de haber acepción de personas”. Por tanto, se predica una igualdad ante la ley, no pueden haber privilegios y todos los individuos que integran la nación han de quedar igualmente sometidos a la misma; ahora bien, no todos han de concurrir en la formación de ésta. Todos están sujetos a la ley, pero no todos participan de su formación.

Siguiendo estas premisas, MUÑOS TORRERO, Presidente de la Comisión Constitucional en las Cortes de Cádiz, de manera meridiana distinguía también estos dos tipos de derechos: “unos civiles y otros políticos; los primeros, generales y comunes a todos los individuos que componen la nación, son el objeto de las leyes civiles; y los segundos pertenecen exclusivamente al ejercicio de los poderes públicos que constituyen la soberanía. La Comisión llama españoles a los que gozan de los derechos civiles, y ciudadanos a los que al mismo tiempo disfrutaban de los políticos... La justicia, es verdad, exige que todos los individuos de una

150 La base de las primeras declaraciones de derechos liberales se podría encontrar en la *Petition of Rights* de 1628 y en la *Ley de Habeas Corpus* de 1679 inglesas; si bien, fue con las revoluciones liberales donde se consolidaron las primeras declaraciones de derechos, en particular con las *Bill of Rights* norteamericanas –la más célebre fue la de Virginia de 1776–, y la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* francesa de 1789. La Constitución gaditana, aunque optó por no incluir una tabla de derechos –parece que para evitar ser tildada de “afrancesamiento”–, los mismos se pueden ir recogiendo a lo largo del texto constitucional.

151 Una distinción que, por otro lado, no es exclusiva de nuestra Constitución. Así, por ejemplo, la Constitución francesa entendía que la Nación se componía de los franceses que eran nacionales y, al mismo tiempo, ciudadanos; pero no todos los ciudadanos iban a tener derechos políticos, diferenciando entonces entre: *citoyens actifs*, que eran titulares de los derechos políticos, siendo electores y elegibles, y para los que se exigían determinados requisitos específicos; y los *citoyens passifs*, titulares de la soberanía pero no del ejercicio de derechos políticos.

misma nación gocen de los derechos civiles; más el bien general, y las diferentes formas de gobierno, deben determinar el ejercicio de los derechos políticos”¹⁵².

Se observa así como, por lo que hace a la naturaleza de los derechos políticos, nuestros primeros liberales asumían que la elección de los representantes de la Nación no era un derecho natural que tuviera que ser reconocido a todos los miembros de la misma. Muy al contrario, estos derechos “sólo debían reconocerse a aquellos intelectualmente capaces de participar en la cosa pública”¹⁵³. Como indicaba ARGÜELLES en los debates de las Cortes: “La nación debe llamar a componerle –en referencia a las Cortes- a los que juzgue oportuno. Para esto no hay ni puede haber reglas de rigurosa justicia que no estén sujetas a la modificación que exige la utilidad pública”¹⁵⁴. La soberanía le correspondía a la Nación y eran por tanto las leyes fundamentales o políticas las que debían definir qué sujetos de entre los españoles estarían llamados a ejercer la actividad política, y ello en función del “interés general”.

Por el contrario, como se ha podido comprobar, la Constitución reconocía unos derechos civiles –genéricamente serían los derechos de libertad, de propiedad, de seguridad y de resistencia a la opresión- ¹⁵⁵, que en principio no admitían restricciones. Eran derechos “generales y comunes”, que no podían verse restringidos y sobre los que sólo cabía la igualdad en su sentido formal. Serían derechos inmanentes a la propia condición humana, y, por ende, indisponibles por el propio Estado que, ante los mismos, tenía que reconocerlos y protegerlos. Así se deduce del propio tenor de la Constitución que, en su art. 4º, ordenaba su “conservación”

152 Cita tomada de VARELA SUANZES-CARPEGNA, Teoría del Estado en los orígenes...ob. cit., p. 253 –se ha actualizado la ortografía para incorporarla al texto-.

153 VARELA SUANZES-CARPEGNA, J.: “Propiedad, ciudadanía...op. cit.”, apart. 3.

154 Cita tomada en VARELA SUANZES-CARPEGNA, J.: “Propiedad, ciudadanía...op. cit.” apart. 8.

155 En concreto, estos derechos como se ha dicho se distribuían a lo largo de la Constitución. Entre ellos, destacarían: la libertad civil y la propiedad (art. 4), el derecho al juez predeterminado por la Ley y a dirimir contiendas ante árbitros (arts. 247 y 280), el de habeas corpus (arts. 287, 290, 293 y 300), la libertad de imprenta (art. 371), el derecho de petición (art. 373), la prohibición de tormento (art. 303) y la inviolabilidad del domicilio (art. 306).

a través de la promulgación de leyes “sabias y justas”, presuponiendo su “preexistencia”¹⁵⁶. Ahora bien, como a continuación quedará planteado, este reconocimiento universal e igualitario tendría también sus límites.

3.2. La igualdad ante la Ley y la ruptura de las relaciones de sujeción

El pensamiento político anterior a las revoluciones liberales estuvo dominado, tanto en la Antigüedad clásica como en el medievo, por la concepción aristotélico-tomista que mantenía que tanto la sociedad como el poder político tenían un origen natural y, dentro de las propias sociedades, las personas eran también desiguales por propia naturaleza –las relaciones de supra y subordinación eran entendidas como algo natural-. En la sociedad existían unas relaciones de primer grado, que vinculaban a individuos de diferente condición social (amos y esclavos/señores y vasallos), bajo una posición de sujeción o dominio; y unas relaciones de segundo grado –relaciones políticas-, que se daban sólo entre los ciudadanos, entre hombres libres e iguales, que eran los que participaban en la administración de la justicia y en el gobierno¹⁵⁷.

156 En este sentido, se ve como nuestra constitución gaditana se mantiene en la línea de la interpretación de los derechos y libertades que mantienen los principales autores de la corriente del pensamiento liberal europea. Tomando como referente a Locke, éste asumía que el Estado tiene la función de confirmar y garantizar las relaciones sociales que mantienen los individuos entre sí como sujetos libres, iguales y propietarios, sin poder oponerse a las mismas: “aunque el poder legislativo (...) sea el poder supremo del Estado, sin embargo, no es, ni puede ser absolutamente arbitrario respecto de la vida y las fortunas de los ciudadanos” (LOCKE, J.: *Two Treatises of Government*, Works, T. 5, - cita tomada en PÉREZ ROYO, J.: “Los problemas básicos de la Teoría del Estado”. Cuadernos del Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla. 1977, nº 2, p. 44). En este mismo sentido, dando un salto en el tiempo, Kant sostiene que la constitución civil lo que viene es a asegurar a cada uno lo suyo. Y ello, lo que le corresponde a cada uno, viene dado no ya por el derecho civil, sino por el derecho natural, que es expresión inmediato de las relaciones sociales de producción. El Estado se subordina, por tanto, a las relaciones sociales y debe respetar por ende la libertad y propiedad de los individuos.

Frente a la línea liberal se sitúa la corriente democrática con Rousseau como principal exponente. Según este autor, la cláusula definitoria de su contrato social determina que los ciudadanos van a enajenar todos sus derechos a favor de la comunidad. El ciudadano sólo dispondría entonces de una libertad-participación en el poder político, pero carecería de derecho alguno sobre la comunidad política. Existiría así un sometimiento absoluto a la voluntad general, que todo lo puede, siendo ésta la suma de las voluntades particulares. Sin embargo, esta afirmación inicial debe ser matizada. Rousseau asume que la libertad en el sentido de participación no define en realidad la libertad de los ciudadanos, sino que se trata de un mero instrumento para garantizar la verdadera libertad ciudadana, que es la libertad privada. En este sentido, admite la conservación privada de la libertad, compatible con el poder absoluto del Estado, y determina que en su contrato social lo que se va a establecer es un compromiso de que todos los ciudadanos van a gozar de los mismos derechos y libertades, de tal manera que podrán conservar su libertad y propiedad excepto en la medida que sea necesario para poner en práctica los intereses de la sociedad. Ahora bien, sería el soberano quien decidirá aquello que es de interés para la sociedad, pero sin que éste pudiera imponer unas cargas inútiles a los individuos. Los individuos se someten, por tanto, a la voluntad general; pero sin que ésta pueda actuar de manera “desproporcionada” o, mejor dicho, entrometerse sin razón real en su propia libertad individual.

157 A este respecto, vid. PÉREZ ROYO, J.: ob. cit., pp. 15-25.

Una línea de pensamiento que empieza a romperse en el s. XVII¹⁵⁸ cuando se van introduciendo las teorías que reconocen el origen contractual del Estado y la base igualitaria de todas las personas en torno a un fundamento iusnaturalista e individualista¹⁵⁹, las cuales se verán consolidadas con el constitucionalismo liberal de finales del XVIII y del XIX¹⁶⁰.

Pues bien, tratando de poner en relación estas premisas con el reconocimiento de los derechos podríamos observar cómo en nuestro constitucionalismo doceañista la Constitución rompía –en principio– con esas relaciones sociales de primer grado, con las relaciones de sujeción, al establecer con carácter general que todas las personas que integraban la Nación, y por tanto que formaban parte de la “comunidad civil”, iban a tener reconocidas unas libertades civiles y, aunque no pudieran intervenir en la política, al menos sí que serían reconocidos como iguales ante las leyes. En el Constitucionalismo gaditano se partirá del principio de igualdad –y no de la desigualdad natural (al menos desde un punto de vista del reconocimiento de derechos)– y no cabían ya leyes privilegiadas para grupos o personas; éstas debían ser universales y vincular a todos por igual.

Ahora bien, nos encontramos sin embargo con excepciones a este principio, ya que, como se ha presentado anteriormente, bajo nuestra primera Constitución liberal todavía se suponía la existencia de la esclavitud. Habría así grupos humanos que todavía iban a quedar sometidos a relaciones de sujeción. Incluso, sin llegar a los esclavos, también se han señalado otros grupos que, siendo parte de la comunidad, no iban a ser considerados como españoles. Una cuestión que exige, por tanto, pararse a reflexionar sobre el valor de esa pretendida universalidad de las libertades civiles de nuestro primer constitucionalismo.

3.3. La “universalidad” en el reconocimiento de los derechos civiles: contraste entre el fundamento iusnaturalista, los sujetos “tutelados” y las reminiscencias de un nacionalismo metropolitano.

Se ha comprobado cómo, a pesar de los presupuestos iusnaturalistas y universalistas que fundaban del primer liberalismo constitucional –del gaditano pero también del resto del mundo–, nos encontrábamos, sin embargo, con la paradoja de que se mantuvieran sectores de la población que iban a estar excluidos del reconocimiento de determinados derechos y libertades.

158 Ya en el humanismo cristiano de los siglos XVI-XVII se empieza a dar esta quiebra. Sirva como ejemplo Francisco DE VITORIA en su defensa de los indios bárbaros. Así, por ejemplo, matizando la lectura de Aristoteles, afirma: “Falta, pues, que respondamos a los argumentos en contra, donde se argüía que estos bárbaros parecían ser siervos por naturaleza, por ser poco capaces de gobernarse incluso a sí mismos con su razón. A ello contesto que ciertamente Aristóteles no quiso decir que los que tienen poco ingenio sean por naturaleza siervos, y no tengan dominio ni de sí mismos ni de sus cosas. Pues aquí se trata de la servidumbre civil y legítima, y por esta servidumbre nadie es siervo por naturaleza (...) sino que quiere enseñar que tienen necesidad de ser dirigidos y gobernados por otros; y que es bueno para ellos estar sometidos a otros como los hijos, antes de la edad adulta, necesitan estar sometidos a los padres, y la mujer al marido” (Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra. Luis Frayle Delgado (Estudio preliminar, traducción y notas) y José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz (Comentario crítico). Madrid: Tecnos, 2007, p. 83).

159 A este respecto, vid. PÉREZ LUÑO, A. E.: Los Derechos Fundamentales. 10ª Ed. Madrid: Tecnos, 2011, pp. 29 y ss.

160 Sobre esta cuestión, aplicado al marco concreto de la Constitución de Cádiz, vid. VARELA SUANZES-CARPEGNA, J.: La Teoría del Estado en las Cortes de Cádiz, ob. cit..

des¹⁶¹. Una paradoja que, en todo caso, creo que debemos interpretarla quitándonos las lentes de lo que hoy día son nuestros derechos humanos y asumiendo que el reconocimiento de los mismos hay que contemplarlo dentro de una lógica histórica, en la cual estos han podido ir consolidándose y afirmándose a través de un camino no exento de meandros.

En este punto, aunque algunos autores se refieren a derechos humanos para hablar de los derechos civiles reconocidos por el primer constitucionalismo¹⁶², creo que sólo de manera impropia sería admisible esta denominación. Serían, más bien, unos “proto-derechos humanos”; el germen de lo que luego serían aquellos. Para que se pueda hablar de unos derechos humanos es necesario que éstos se reconozcan con independencia de cualquier factor étnico, sexual, nacional; unos derechos inherentes a la propia condición de ser humano¹⁶³. Algo que no ocurría con estos primeros derechos.

Así las cosas, dejando de lado los derechos políticos, se ha visto cómo habría grupos de personas a los que o bien no se les reconocían los derechos civiles, o bien los mismos se les reconocían pero de manera restringida. Una cuestión que llama a acercarse a descubrir el estatuto concreto que mantendrían los sujetos excluidos, si bien su análisis pormenorizado trasciende a las posibilidades del presente estudio y únicamente se podrán realizar ahora algunas consideraciones de tipo general.

De esta manera, el primero de estos grupos de personas eran las mujeres, que, como se había analizado, tenían un reconocimiento limitado de sus derechos civiles. Se podría decir que las mujeres, igual que los menores, se encontrarían en un estado de “libertad tutelada”. En cuanto a los indios bravos, veíamos que también quedaban excluidos de su reconocimiento como españoles, lo que significaría entonces su privación de los derechos civiles. Ahora bien, creo que, analizando su situación concreta, aunque es cierto que había posturas extremistas que entendían que aquellos que no querían integrarse eran “enemigos del género humano”

161 A este respecto, véanse las reflexiones que realiza B. CLAVERO hablando de la existencia de un “universalismo fraudulento” y planteándose cómo “la historia de los derechos se vuelve en historia de los poderes con el trámite de las instituciones”, de tal manera que los historiadores se han centrado en comprobar que existían unos poderes, unas estructuras que en principio garantizaban tales derechos o libertades civiles, pero luego no se paraban a descubrir los grupos sociales que quedaban excluidos de esa protección (El orden de los poderes. Madrid: Trotta, 2007, pp. 286-288).

162 Así, por ejemplo, M. QUIJADA afirma que la Constitución gaditana distingue entre quienes “detentan” –por cierto haciendo un uso inadecuado de esta palabra cuyo significado es retener lo que no le pertenece a uno– “derechos humanos y cívicos –en tanto que titulares de la soberanía–” y quienes son titulares de “derechos políticos”. Habla de unos “derechos humanos y civiles que todas las Constituciones de la época garantizaban al colectivo que era depositario de la soberanía, fuera la nación o el pueblo” (Ob. cit., pp. 21 y 23).

163 Para una aproximación este concepto, entre otros, vid. PÉREZ LUÑO, A-E.: Ob. cit. También, diferenciando los derechos fundamentales del concepto de derechos humanos, vid. CRUZ VILLALÓN, P.: “Formación y evolución de los derechos fundamentales (1988)”, en La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución. 2ª Ed. Madrid: CEPC, 2006, pp. 175-204.

y en consecuencia incluso se les podía exterminar¹⁶⁴; en realidad la Constitución gaditana trataba de garantizar la tutela y protección de esos grupos indígenas no integrados –así, por ejemplo, el art. 335.10º-. Una posición acorde a los postulados reconocidos en nuestro país de respeto a los indígenas, tal y como habían sido fijados ya siglos antes por autores como Francisco DE VITORIA y Bartolomé DE LAS CASAS. En cuanto a la situación de los esclavos, no es que estuvieran sujetos a una situación de “libertad tutelada” como los anteriores, sino que los mismos sí que quedarían bajo sujeción plena a sus dueños y no tendrían por tanto derechos civiles, se les negaría su condición humana.

En este punto, y en relación en particular con las exclusiones de índole “racial” o “cultural” de indios y esclavos, un sector doctrinal encabezado por B. CLAVERO viene sosteniendo que la quiebra de esta universalidad podría erradicar en el hecho de que nuestra primera Constitución todavía mantenía una cierta impronta “nacionalista”: el reconocimiento de estos derechos quedaba vinculado de manera estrecha al mantenimiento de una identidad nacional. Estos derechos civiles se reconocían no tanto como unos derechos inherentes a la naturaleza humana, sino como derechos básicos para el mantenimiento de la vida en comunidad y, en consecuencia, reservados a aquellos que componían la Nación. La identidad nacional se convertía así en una suerte de “pre-requisito” para poder ser reconocido como sujeto de tales derechos y libertades civiles. Algo con lo que no cumplirían ni los esclavos, por su condición infamante, ni los indios bárbaros, por no estar integrados culturalmente.

Parece, por tanto, que las primeras constituciones liberales asumirían todavía una posición euro-céntrica, de forma que los derechos y libertades civiles sólo les correspondían a aquellos que eran “civilizados”; y, para considerarse civilizado, había que responder al “modelo europeo”. Se construían unas categorías de derechos con vocación universalista, pero a partir de un modelo concreto, el propio de la cultura occidental. B. CLAVERO lo resume con gran precisión: “No hay sujetos individuales sueltos a los efectos de reconocimiento y garantía de libertades (...). Todos y todas se encuentran, nos encontramos, en el seno de comunidades humanas que pudieran prestar lo uno y lo otro, el reconocimiento y la garantía de derechos. (...) Hay, para el concepto europeo, naciones por doquier. Diciéndolo mejor, hay para Europa Naciones y naciones (...). Las primeras cuentan con la capacidad de constituirse a sí misma en consideración y garantía de los derechos de sus individuos, mientras que las segundas lo que tienen es la obligación de subsumirse en las otras como condición para el acceso a la libertad con todo el costo humano que esto supusiera. ¿Cómo se hace la distinción? Parece fácil. Se emplea el test de civilización conforme siempre al concepto o más bien el prejuicio de Europa”¹⁶⁵.

164 Muy expresiva es la referencia que recoge B. CLAVERO del capítulo que dedica A. BELLO a la guerra en su obra Principios de Derecho internacional, donde se asume lo que era admitido como principio general del derecho internacional interamericano, que “Un pueblo bárbaro, que desconoce los deberes de la humanidad y las leyes de la guerra, debe mirarse como enemigo del género humano” (El origen de los poderes...ob. cit., nota 119 en p. 230).

165 El orden de los poderes...ob. cit., pp.249 y 250.

4. A modo de conclusiones

A lo largo del presente estudio se ha tratado de presentar el reconocimiento de los derechos, tanto civiles como políticos, que realizaba nuestra Constitución gaditana, ello en el marco general de lo que sería el primer liberalismo de finales del s. XVIII y principios del XIX. Se veía como nuestra Constitución doceañista distinguía tres importantes categorías: la Nación, ente intangible integrado por la reunión de los españoles y titular de la soberanía; los ciudadanos, que eran aquellos españoles con derechos políticos; y los españoles, base subjetiva de la Nación. Todo español, entonces, con independencia de que fuera reconocido como ciudadano, era titular de los derechos civiles -ello en contraste con los derechos políticos cuya titularidad y ejercicio podía ser restringida¹⁶⁶-. Se asumía el fundamento iusnaturalista característico del liberalismo constitucional, por el cual se afirmaba la existencia de unos derechos naturales y universales, y, frente al sistema estamental, se predicaba la igualdad formal de todos ante la Ley. Ahora bien, al mismo tiempo se ha podido comprobar como en el reconocimiento de estos derechos civiles también había límites a su “universalidad”.

En este primer constitucionalismo quedaban todavía puntos ciegos para el reconocimiento de derechos de la persona: los esclavos, a quienes no se les reconocía como titulares de derechos civiles; o los indios bravos y las mujeres, que vivían una “libertad tutelada”. Y, tanto más, los derechos políticos se ha visto cómo quedaban limitados a los españoles -por ambas líneas-, varones, libres y católicos (¿?), con una cierta capacidad económica y nivel educativo.

Así las cosas, en una primera valoración se observa cómo el constitucionalismo liberal sirvió para sentar las bases sobre las que ir limitando el poder soberano a través del reconocimiento de unos derechos civiles con un carácter vocacionalmente universal. Una concepción liberal de los derechos que, si bien es cierto que hoy día se ha visto parcialmente superada por la adición de otras dimensiones -como la social-, no puede quedar olvidada.

No puede ser olvidada porque ha sido sólo a través de un largo camino cuando se ha logrado alcanzar una verdadera “universalidad” en el reconocimiento de nuestros derechos como personas que limite efectivamente el poder político. Hoy todos los individuos somos humanos y gozamos de una dignidad que nos debe ser respetada. Esa es la base esencial de

166 Se ha visto como nuestra primera Constitución liberal afirmaba unos derechos políticos reconocidos de manera censitaria, no sólo en el plano económico sino también en cuanto a la preparación y educación de los que podían participar de los asuntos públicos; un pensamiento que, por cierto, se extiende cada vez más en nuestra sociedad -no sé si dadas las “virtudes” de nuestros políticos-. Valgan aquí las provocadoras reflexiones de Giovanni SARTORI quien, aunque tratando un tema distinto pero con el que se puede ver el vínculo común de que la sociedad debe estar regida por personas preparadas (yo diría que no sólo científicamente sino también de moral irreprochable), plantea la cuestión del demos debilitado en nuestras democracias y critica duramente a aquellos que para solucionar los problemas recurren al directismo, a la democracia directa. Y afirma que para que de verdad pudiera ser ésta una solución “a cada incremento de demo-poder debería corresponderle un incremento de demo-saber. De otro modo la democracia se convierte en un sistema de gobierno en el que son los más incompetentes los que deciden. Es decir, un sistema de gobierno suicida”. A lo que añade: “Los «directistas» distribuyen permisos de conducir sin preguntarse si las personas saben conducir”, y, concluye: “Su argumento [el de los directistas] es éste: si consideramos que el elector es capaz de elegir entre varios candidatos, ¿por qué no podría ser capaz de decidir sobre las cuestiones? Como ya hemos visto, la respuesta es que la diferencia entre las dos cosas es enorme” (Homo videns. La sociedad teledirigida. Ana Díaz Soler (Trad.). 8ª Ed. Madrid: Taurus, 2008. Citas en pp. 128-129 y 132.

los derechos humanos. Que todas las personas, por el hecho de serlo, tienen reconocidas unas libertades y derechos naturales, indisponibles por ningún poder. Nadie, no hay poder social ni político que pueda venir a tratar de definir quiénes son humanos negándoles sus derechos naturales. Humanos somos todas y todos los que pertenecemos a ese género natural, y todos y todas somos titulares de tales derechos. Algo que nos exige asumir que el fundamento de los derechos humanos es iusnaturalista, aunque como señala acertadamente PÉREZ LUÑO, sea un iusnaturalismo crítico¹⁶⁷. Sinceramente, creo que no puede haber otro y, aún más, esa creo que es su grandeza.

Ahora bien, estos logros no son irreversibles y la historia en este punto es tozuda. A lo largo de este período ha habido grandes avances, pero también terribles retrocesos. Y eso tampoco lo podemos olvidar, porque nunca estamos asegurados de repetir errores de nuestra historia. No queda tan lejano, y menos aún si hablamos en términos históricos, el Holocausto nazi o los gulags soviéticos, o los distintos genocidios cometidos en guerras regionales a lo largo de estos dos últimos siglos. Se equivocará quien piense que estos terribles sucesos fueron fruto de la inconsciencia.

El nazismo, como exponente máximo de esta barbarie, tuvo una legalidad, incluso tuvo una justificación socio-jurídica y filosófico-política. Fue, incluso, como señala Z. BAUMAN, un terrible fruto de la modernidad¹⁶⁸. Las mayores barbaries del nazismo encontraban su justificación en la negación de la personalidad de los sujetos. Se podían exterminar sujetos porque en realidad no eran reconocidos como personas. Persona era sólo aquel que se integraba en esa Nación alemana, aquel que compartía con ella unos rasgos nacionales y que la respetaba. Por tanto, quienes no compartían esa identidad –racial y cultura- o bien no respetaban a la sociedad al cometer algún crimen, quedaban fuera de ella, ya no eran considerados personas, y, por tanto, ningún derecho les asistía¹⁶⁹. Es cierto, ya lo dijo M. LUTHERO, “juristas, malos cristianos”¹⁷⁰. Pero eso no lo justifica, no permite que lo olvidemos o lo minusvaloremos, y menos aún en unos tiempos en los que “huele a azufre”.

Es por ello que la conclusión de este trabajo he querido centrarla entonces en esta proyección de futuro a modo de invitación personal a la reflexión y a la investigación. Hoy, ini-

167 Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., ob. cit., pág. 126 y ss. En concreto, sirva como botón de muestra de sus reflexiones, aquí compartidas, la siguiente cita: “... el planteamiento más apto para abordar y explicar la fundamentación e interpretación de nuestro sistema constitucional de derechos fundamentales, era el del iusnaturalismo crítico. Esta postura sitúa la justificación de los valores y derechos básicos en una actitud intersubjetivista, es decir, en el reconocimiento de la posibilidad de que la razón práctica llegue a un consenso, abierto y revisable, sobre el fundamento de tales derechos y valores. Consenso que, por otra parte, lejos de traducirse en fórmulas abstractas y vacías, recibe su contenido material del sistema de necesidades básicas o radicales que constituyen su soporte antropológico” –pág. 134- (cursivas mías).

168 BAUMAN, Z.: *Modernidad y Holocausto*. 5ª ed. Madrid: Sequitur, 2010.

169 A este respecto, vid. PÉREZ LUÑO, A.-E.: “El Estado totalitario contra el derecho subjetivo. La teoría jurídica de Kart Larenz”. *Sistema* 212. 2009.

170 Así se titula un artículo sobre abogacía y ética jurídica de M. LA TORRE (*Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 2003, nº 12, pp. 71-110), disponible en Internet: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/3714/1/DyL-2003-VIII-12-La%20Torre.pdf>

ciado ya el siglo XXI, nos llega un nuevo olor, vuelve un olor rancio, algo distinto pero con peligrosas similitudes. Se despierta un nuevo “despotismo constitucional” en la lucha contra el terrorismo. Eminentes juristas avalan que hay personas que no son tan personas. Son “enemigos” que no pueden ser tratados como criminales dentro del marco constitucional, sino que hay que deshumanizarlos. Hay que crear nuevos puntos ciegos. El nuevo “bárbaro” es el terrorista. El terrorista no es persona. Es la “guerra contra el terror” generando terror. El poder se desata, vuelve ese colonialismo que pretende extender la civilización a esas “naciones menores”, a aquellos que, en términos del afortunadamente ya anterior Presidente norteamericano, integran el “axis of evil”. Contra estas naciones, contra sus integrantes, no hay límites; el poder desnudo, la fuerza bélica más absoluta. Serán erradicados. No habrá tregua ni cuartel, pero tampoco habrá Derecho. “It is not enough to serve our enemies with legal papers” [no es suficiente responder a nuestros enemigos con papeles legales], como dijera el Presidente Bush¹⁷¹. No obstante, no son los únicos. El poder se desata oyendo el canto de la lucha contra el terrorismo, pero hay otros terrores, y, una vez suelto, se entra en una pendiente muy resbaladiza. Así, postulados como los del Derecho penal del enemigo no sólo se afirman frente a terroristas, sino que sus prédicas pueden afectar a otros sujetos en una sociedad de la emergencia. A aquellos que el propio poder defina como “unpersonen”. Hay que buscar, dicen aquellos que avalan tales prédicas, nuevas fórmulas para defender a la sociedad. Nuestra seguridad está en juego; así que renunciemos a la libertad. Apoderemos nuevamente al soberano para que éste pueda expulsar de la sociedad a quienes la pongan en riesgo –antes incluso de que la dañen-. Un poder que, al negar sus derechos más básicos a personas, al señalar que hay “enemigos” de la sociedad que deben ser neutralizados, juega a ser Dios, quiere definir lo que sólo la naturaleza puede hacer, porque todo hombre tiene por el sólo hecho de serlo una dignidad inviolable e irrenunciable.

Cuando el péndulo de la Historia vuelva a cambiar su sentido, ésta juzgará. El problema es que sea demasiado tarde y nuevamente la Gran Europa, imagen de occidente, haya vuelto a permitir la masacre del individuo en aras de alcanzar su seguridad. Paradójico. Sirva así este ensayo para alzar la voz, para no olvidar; porque, como advertía I. BERLIN, cuando se ha permitido un poder político absoluto, incluso cuando el mismo se ha tratado de justificar en los más nobles ideales, ello ha llevado inexcusablemente a la masacre de la persona¹⁷².

171 “I know that some people question if America is really in a war at all. They view terrorism more as a crime, a problem to be solved mainly with law enforcement and indictments. After the World Trade Center was first attacked in 1993, some of the guilty were indicted, tried, convicted, and sent to prison. But the matter was not settled. The terrorists were still training and plotting in other nations, and drawing up more ambitious plans. After the chaos and carnage of September 11th, it is not enough to serve our enemies with legal papers. The terrorists and their supporters declared war on the United States and war is what they got (...) America will never seek a permission slip to defend the security of our country.” George W. Bush, SOTU Speech, 1/20/04.

172 Dos conceptos de libertad y otros escritos. Madrid: Alianza, 2008. Sección VII: “Libertad y soberanía”.

BIBLIOGRAFÍA

BAUMAN, Z.: Modernidad y Holocausto. 5ª ed. Madrid: Sequitur, 2010

BERLIN, I.: Dos conceptos de libertad y otros escritos. Madrid: Alianza, 2008

CLAVERO, B.: “Amos y sirvientes, ¿primer modelo constitucional?. Anuario de Historia del Derecho español. 1986, t. 66., pp. 995-1016. Disponible en: http://clavero.derechosindigenas.org/?page_id=276

Id.: “Cara oculta de la Constitución: sexo y trabajo”. Revista de las Cortes Generales. 1987, nº 10, pp. 11-25.

Id.: “Hemisferios de ciudadanía. Constitución española en la América indígena”. En ÁLVAREZ JUNCO, J. y MORENO LUZÓN, J. (eds.): La Constitución de Cádiz: historiografía y conmemoración. Homenaje a Francisco Tomás y Valiente. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 101-142.

Id.: Constitución de Cádiz y ciudadanía de México [en línea]. [2010]. Disponible en: http://clavero.derechosindigenas.org/?page_id=276.

Id.: El orden de los poderes. Madrid: Trotta, 2007.

Constitución de Cádiz de 1812. Valladolid: Lex Nova, 1997.

CRUZ VILLALÓN, P.: “Formación y evolución de los derechos fundamentales (1988)”, en La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución. 2ª Ed. Madrid: CEPC, 2006, pp. 175-204.

DE VITORIA, F.: Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra. Luis Frayle Delgado (Estudio preliminar, traducción y notas) y José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz (Comentario crítico). Madrid: Tecnos, 2007.

LA TORRE, M.: “«Juristas, malos cristianos». Abogacía y ética jurídica”. Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. 2003, nº 12, pp. 71-110. Disponible en: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/3714/1/DyL-2003-VIII-12-La%20Torre.pdf>

PÉREZ LUÑO, A. E.: Los Derechos Fundamentales. 10ª Ed. Madrid: Tecnos, 2011.

Id.: “El Estado totalitario contra el derecho subjetivo. La teoría jurídica de Kart Larenz”. Sistema 212. 2009

Id.: “Los problemas básicos de la Teoría del Estado”. Cuadernos del Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla. 1977, nº 2.

QUIJADA, M.: “Una Constitución singular. La Carta gaditana en perspectiva comparada”. Revista de indias. 2008, vol. LXVIII, nº. 242, pp. 15-38.

RODRÍGUEZ, J. E.: “La ciudadanía y la Constitución de Cádiz”. En FRASQUET, I. (coord.): Bastillas, cetros y blasones. Madrid: MAPFRE-Instituto de Cultura, 2006, pp. 39-56.

SARTORI, G.: Homo videns. La sociedad teledirigida. Ana Díaz Soler (Trad.). 8ª Ed. Madrid: Taurus, 2008.

TATEISHI, H.: La Constitución de Cádiz de 1812 y los conceptos de Nación/Ciudadano [en línea]. Grupo de Estudios Mediterráneos de la Universidad de Hitotsubashi. 2008. Disponible en: <http://www7a.biglobe.ne.jp/~hirotate/hiro-es/art-hiro/Mediterranean%20World%20XIX%20=Tateishi.pdf>

VARELA SUANCES-CARPEGNA, J.: La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (Las Cortes de Cádiz). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1982.

Id.: “Propiedad, ciudadanía y sufragio en el constitucionalismo español (1810-1845). Historia Constitucional [en línea]. Disponible en: <http://hc.rediris.es/06/articulos/pdf/05.pdf>.

Id.: La teoría del Estado en las Cortes de Cádiz. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011,

Id.: Política y Constitución en España (1808-1978). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007

Normativa regional y estatal



NORMATIVA ESTATAL.- DISPOSICIONES GENERALES.- AÑO 2012

JEFATURA DEL ESTADO.-

Medidas urgentes.- Real Decreto Ley 20/2011, d 30 de diciembre de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público.- Corrección de errores (BOE 10-01-2012)

Medidas financieras.- Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero. (BOE 4-2-2012). Corrección de errores (BOE. 15-2-2012)

Medidas urgentes.- Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 11-2-2012). Corrección de errores (BOE 18-2-2012)

Mediación.- Real Decreto-ley 5/2012 de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE. 6-3-2012). Corrección de errores (BOE 16-3-2012)

Medidas urgentes. Protección de deudores hipotecarios.- Real Decreto ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios si recursos (BOE. 10-3-2012)

Medidas financieras.- Real Decreto-ley 7/2012 de 9 de marzo, por el que se crea el Fondo para la financiación de los pagos a proveedores. (BOE 10-3-2012). Corrección de errores (BOE 24-3-2012)

Bienes inmuebles. Aprovechamiento por turno.- Real Decreto-ley 8/2012 de 16 de marzo, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración de reventa y de intercambio. (BOE 17-3-2012)

Sociedades de capital.- Real Decreto-ley 9/2012 de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital (BOE 17-3-2012)

Autoridades financieras.- Real Decreto-ley 10/2012, de 23 de marzo, por el que se modifican determinadas normas financieras en relación con las facultades de las Autoridades Europeas de Supervisión (BOE 24-3-2012)

Estabilidad presupuestaria.- Ley Orgánica 1/2012 de 3 de abril, por la que se excluye del ámbito de aplicación de la disposición adicional de la Ley Orgánica 3/2006 de 26 de mayo, de reforma de la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la General de Estabilidad Presupuestaria a determinados mecanismos de financiación (BOE 4-4-2012)

Medidas urgentes.- Real Decreto-ley 14/2012 de 20 de abril de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo (BOE 21-4-2012)

Corporación RTVE.- Real Decreto-ley 15/2012 de 20 de abril de modificación del régimen de administración de la Corporación RTVE, previsto en la Ley 17/2006 de 5 de junio (BOE 21-4-2012)

Medidas urgentes. Sistema Nacional de Salud.- Real Decreto-ley 16/2012 de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.- (BOE 24-4-2012) Corrección de errores (BOE 13-5-2012)

Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.- Ley Orgánica 2/2012 de 27 de abril de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (BOE 30-4-2012)

Sector financiero.-Real Decreto-ley 18/2012 de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero. (BOE 12-5-2012). Corrección de errores (BOE 30-5-2012)

Medidas urgentes. Comercio y servicios.-Real Decreto-ley de 25 de mayo de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios. (BOE 26-5-2012)

Sociedades de capital.- Ley 1/2012 de 22 de junio de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital. (BOE 23-6-2012)

Medidas urgentes.- Ley 3/2012 de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 7-7-2012)

Mediación.- Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE 7-7-2012)

Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.- Ley Orgánica 4/2012 de 28 de septiembre por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2012 de 27 de abril de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (BOE29-9-2012)

Seguridad Social.- Real Decreto-ley 2/2012 de 30 de noviembre de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social (BOE 1-12-2012)

Medio Ambiente.-Ley 11/2011 de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente (BOE. 20-12-2012)

Medidas Urgentes. Comercio y servicios.- Ley 12/2012 de 26 de diciembre de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios (BOE. 27-12-2012)

Empleo y Seguridad Social.- Ley 13/2012 de 26 de diciembre de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social (BOE 27-12-2012)

Medidas urgentes.- Ley 14/2012 de 26 de diciembre por la que se aprueban medidas urgentes para paliar los daños producidos por los incendios forestales y otras catástrofes naturales ocurridos en varias Comunidades Autónomas. (BOE 27-12-2012)

Código Penal.- Ley Orgánica 7/2012 de 27 de diciembre por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social.- (BOE. 28-12-2012)

Poder Judicial.- Ley Orgánica 8/2012 de 27 de diciembre, de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1995, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 28-12-2012)

Sostenibilidad energética. Medidas fiscales.- Ley 15/2012 de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética. (BOE 28-12-2012)

Medidas tributarias.-Ley 16/2012, de 27 de diciembre por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica. (BOE. 28-12-2012)

Presupuestos Generales del Estado.- Ley 17/2012 de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 (BOE. 28-12-2012)

Seguridad Social. Medidas económicas y sociales.- Real Decreto-ley 29/2012 de 28 de diciembre de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social (BOE 31-12-2012)

PRESIDENCIA DE GOBIERNO.-

Organización.- RD 83/2012 de 13 de enero, por el que se reestructura la Presidencia de Gobierno (BOE 14-01-2012).-Corrección de errores (BOE. 10-02-2012).

Organización.- R.D. 341/2012 de 10 de febrero sobre constitución del Comité Organizador de la Cumbre Iberoamericana de Cádiz del año 2012. (BOE 11-2-2012)

Organización.- R.D. 447/2012 de 1 de marzo por el que se modifica el Real Decreto 1823/2011 de 21 de diciembre por el que se reestructuran los departamentos ministeriales (BOE. 6-3-2012)

Organización.- Real decreto 998/2012 de 28 de junio, por el que se crea el Alto Comisionado del Gobierno para la Marca España y se modifica el Real Decreto 1412/2000 de 21 de julio, del creación del Consejo de Política Exterior.- (BOE 29-6-2012)

CORTES GENERALES.-

Medidas urgentes.- Resolución de 11 de enero de 2012, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. (BOE 1-01-2012)

Medidas financieras.- Resolución de 16 de febrero de 2012, por la que se ordena a publicación del acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 2/2012 de 3 de febrero de saneamiento del sector financiero (BOE. 21-2-2012)

Medidas financieras.- Resolución de 8 de marzo de 2012, del Congreso de los Diputados por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 4/2012 de 24 de febrero por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales. (BOE 13-3-2012)

Medidas urgentes.- Resolución de 8 de marzo de 2012 de el Congreso de los Diputados por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. (BOE. 13-3-2012)

Mediación.- Resolución de 29 de marzo de 2012 del Congreso de los Diputados por la que se ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 5/2012 de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE 11-4-2012)

Medidas financieras.- Resolución de 29 de marzo de 2012 del Congreso de los Diputados por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Real Decreto-ley 6/2012 de 9 de marzo de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. (BOE 11-4-2012)

Medidas urgentes, Protección de deudores hipotecarios.- Resolución de 29 de marzo de 2012 del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Real Decreto-ley 7/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. (BOE 11-4-2012)

Medidas urgentes.- Resolución de 17 de mayo de 2012 del Congreso de los Diputados por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Real Decreto-ley 14/2012 de 20 de abril de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo (BOE 25-5-2012)

Medidas urgentes. Servicio Nacional de Salud.- Resolución de 17 de mayo de 2012 del Congreso de los Diputados por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 16/2012 de 20 de abril de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. (BOE 25-5-2012)

Medidas urgentes. Comercio y servicios.-Resolución de 14 de junio de 2012 del Congreso de los Diputados por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 19/2012 de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.- (BOE 21-6-2012)

Seguridad Social.- Resolución de 13 de diciembre de 2012, del Congreso de los Diputados por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 28/2012 de 30 de noviembre, de materias de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social (BOE. 20-12-2012)

MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.-

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.- Resolución de 23 de enero de 2012 del Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria por la que se modifica la de 3 de enero de 2011 por la que se aprueba el modelo 145 de comunicación de datos del perceptor de rentas del trabajo a su pagador o de la variación de los datos previamente comunicados. (BOE. 30-1-2012)

Medidas financieras.- Orden HAP/537/2012, de 9 de marzo, por la que se aprueba el modelo de certificado individual, el modelo para su solicitud y el modelo del plan de ajuste, previstos en el Real Decreto-Ley 4/2012 de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago de los proveedores de las entidades locales (BOE 16-3-2012)

Sector Público.- Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal (BOE 24-3-2012)

Tasas.- Orden HAP/2662/2012 de 13 de diciembre por la que se aprueba el modelo 696 de autoliquidación, y el modelo 695 de solicitud de devolución por solución extrajudicial y por acumulación de procesos, de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social y se determina el lugar, forma y plazos y los procedimientos de presentación. BOE 15-12-2012)

Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.- Orden HAP/2105/2012 de 1 de octubre, por la que se desarrollan las obligaciones de suministro de información previstas en la Ley Orgánica 2/2012 de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (BOE -10-2012)

Obligaciones de facturación.- Real Decreto 1619/2012 de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación. (BOE 1-12-2012)

Administración Pública. Oferta de empleo.- Real Decreto 1694/2012 de 21 de diciembre, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para el año 2012 (BOE 2-12-2012)

Impuestos Especiales.-Real Decreto 1715/2012 de 28 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de los Impuestos Especiales, aprobado por Real Decreto 1165/1995, de 7 de julio y se introducen otras disposiciones relacionadas con el ámbito tributario (BOE 29-12-2012).

MINISTERIO DE ECONOMIA Y COMPETITIVIDAD.-

Estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera.-Orden ECC/2741/2012 de 20 de diciembre, de desarrollo metodológico de la Ley Orgánica 2/2012 de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera sobre el cálculo de las previsiones pendenciales de ingresos y gastos y de la tasa de referencia de la economía española (BOE 24-12-2012)

MINISTERIO DE EDUCACION CULTURA Y DEPORTE.-

Sistema educativo.- Orden ECD/2000/2012, de 13 de septiembre, por la que se regula el certificado oficial de estudios obligatorios para los alumnos que finalicen los estudios correspondientes a la educación básica sin obtener el título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria y se modifica la Orden ECI/1845/2007 de 19 de junio por la que se establecen los elementos de los documentos básicos de evaluación de la educación básica regulada por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, así como los requisitos formales derivados del proceso de evaluación que son precisos para garantizar la movilidad del alumnado y la Orden ECI/2572/2007, de 4 de septiembre sobre evaluación en Educación Secundaria Obligatoria. (BOE 24-9-2012). Corrección de errores (BOE 7/11-2012)

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL.-

Orden ESS/184/2012 de 2 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y Formación profesional para el ejercicio 2012 (BOE. 7-2-12)

Protección por desempleo.- Resolución de 15 de febrero de 2012 del Servicio Público de Empleo Estatal por la que se determina la forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación para la concesión de ayudas económicas de acompañamiento por la participación en el programa de recalificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, establecidas en el Real Decreto-ley 1/2011 de 11 de febrero (BOE. 17-2-2012)

Subvenciones.- Real Decreto 1674/2012 de 14 de diciembre, por el que se establecen las bases requisitorias para la concesión de subvenciones públicas destinadas a la financiación de la acción “Tu primer trabajo EURES”. (BOE 15-12-2012)

Salario Mínimo Interprofesional.- Real Decreto 1717/2012 de 28 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2013. (BOE 31-12-2012).

Seguridad Social.- Real Decreto 1716/2012 de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011 de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social (BOE 31-12-2012)

MINISTERIO DE FOMENTO.-

Suelo.- Corrección de errores del Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre por el que se aprueba el Reglamento de valoraciones de la Ley del Suelo. (BOE 16-3-2012)

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA.-

Servicio jurídico del Estado. Reglamento.- Real Decreto 1003/2012 de 29 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 997/2003 de 25 de julio, por el que aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado. (BOE 10-7-2012)

Jurado.-Real Decreto 1271/2012 de 31 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto 1398/1995 de 4 de agosto por el que se regula el sorteo para la formación de las listas de candidatos a jurados. (BOE 4-9-2012)

TRIBUNAL SUPREMO.-

Sentencias.- Sentencia de 7 de diciembre de 2011, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que se fija la siguiente doctrina legal: “La utilización por la Administración Tributaria del medio de comprobación de valores previsto en el apartado a) del artículo 57.1 de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria (“Valor asignado para la tasación de las fincas hipotecadas en cumplimiento de lo previsto en la legislación hipotecaria”), en la redacción dada por la Ley 36/2006, de 22 de noviembre, no requiere ninguna carga adicional para aquella respecto a los demás medios de comprobación de valores, por lo que no viene obligada a justificar previamente que el valor asignado para la tasación de las fincas hipotecadas coincide con el valor ajustado a la base imponible del impuesto, ni la existencia de algún elemento de defraudación que deba corregirse”. (BOE8-3-2012)

MINISTERIO DE JUSTICIA.-

Administración de Justicia. Jornada de trabajo.- Orden JUS/615/2012, de 1 de marzo, por la que se regula la duración de la jornada general de trabajo en cómputo anual y la de las jornadas en régimen de dedicación especial para el personal al servicio de la Administración de Justicia. (BOE. 28-3-2012)

NORMATIVA REGIONAL.- DISPOSICIONES GENERALES.- AÑO 2012

PRESIDENCIA.-

Ley 2/2012 de 11 de mayo, para la regulación del régimen de presupuestación y control en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de las ayudas concedidas en aplicación del Real Decreto –Ley 6/2011, de 13 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes para reparar los daños causados por los movimientos sísmicos acaecidos el 11 de mayo de 2011, en Lorca, Murcia, así como el Real Decreto-ley 17/2011, de 31 de octubre, por el que se establecen medidas complementarias para paliar los daños producidos por los movimientos sísmicos acaecidos en Lorca el 11 de mayo de 2011- (BORM. 12-5-2012)

Ley 4/2012, de 15 de junio de modificación de la Ley 3/1998 de 1 de julio, de Cajas de Ahorro de la Región de Murcia (BORM. 19-6-2012)

Ley 5/2012 de 29 de junio, de ajuste presupuestario y de medidas en materia de Función Pública (BORM. 30-6-2012). Corrección de errores (BORM. 7-7-2012)

Ley 6/2012 de 29 de junio, de medidas tributarias, económicas, sociales y administrativas de la Región de Murcia (BORM. 30-7-2012)

Ley 7/2012 de 20 de julio, reguladora de la reedificación por sustitución forzosa para la urgente reconstrucción de Lorca (BORM. 21-7-2012)

Ley 8/2012, de 26 de octubre, de Regulación del Tramo Autónomo del Impuesto de Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos. (BORM. 31-10-2012)

Ley 10/2012 de 5 de diciembre de modificación de la ley 9/2004, de 29 de diciembre. De creación de la empresa pública regional Radiotelevisión de la Región de Murcia (BORM. 10-12-2012)

Ley 11/2012, de 27 de diciembre de modificación de la Ley 11/2006 de 22 de diciembre sobre régimen del comercio minorista de la Región de Murcia (BORM. 31-12-2012)

Ley 12/2012, de 27 de diciembre de modificación de la Ley 10/2009 de 30 de noviembre de creación del sistema integrado de transporte público de la Región de Murcia y moderni-

zación de las concesiones de transporte público regular permanente de viajeros por carretera (BOR. 31-12-2012)

Ley 13/2012 de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Región de Murcia para el ejercicio 2013 (BORM. 31.12.2012)

Ley 14/2012 de 27 de diciembre de medidas tributarias, administrativas y de reordenación del sector público regional (BORM. 31-12-2012)

CONSEJERIA DE PRESIDENCIA.-

Orden de 12 de julio de 2012, de la Consejería de Presidencia por la que se modifican las bases reguladoras de las ayudas para el sector forestal, para la mitigación de la desertificación y la prevención de incendios forestales en montes privados de la Región de Murcia (BORM. 23-7-2012)

Resolución de 19 de septiembre de 2012, de la Secretaría General de la Consejería de Presidencia, por la que se delega la Presidencia de las mesas de contratación. (BORM. 13-9-2012)

CONSEJO DE GOBIERNO.-

Decreto 334/2011 de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Centros Integrados de Formación Profesional dependientes de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, y se modifica el Decreto 56/2008, de 11 de abril, de Centros Integrados de Formación Profesional de la Región de Murcia. (BORM. 3-1-2012)

Decreto 30/2012 de 24 de febrero, por el que se aprueba la modificación de los Estatutos de la Universidad Politécnica de Cartagena, aprobados por Decreto 111/2005, de 30 de septiembre (BORM. 27-2-2012)

Decreto 39/2012. de 24 de marzo sobre garantías de prestación de Servicios Mínimos en los Centros Dependientes y Organismos Autónomos de la Administración Pública de la Región de Murcia con motivo de la Huelga General convocada para el día 29 de marzo de 2012 (ORM. 26-3-2012)

Decreto 40/2012, de 23 de marzo, por el que se fijan los servicios mínimos en los Centros Dependientes del Servicio Murciano de Salud, correspondientes a la huelga general convocada para el día 29 de marzo de 2012 (BORM. 26-3-2012)

Decreto 41/2012 de 23 de marzo, por el que se garantizan los servicios mínimos de las Universidades Públicas de Murcia y Politécnica de Cartagena durante la huelga general convocada para el día 29 de marzo de 2012 (BORM. 26-3-2012)

Decreto 42/2012 de 23 de marzo, por el que se establecen servicios mínimos a realizar por trabajadores corcovados a huelga el día 29 de marzo de 2012 en empresas, entidades o instituciones que presten servicios públicos o de reconocida o inaplazable necesidad en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (BORM.26-3-2012). Corrección de errores (BORM. 29-3-2012)

Decreto 58/2012, de 27 de abril, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios con habilitación de carácter estatal (BORM. 2-5-2012)

Decreto 63/2012 de 11 de mayo, sobre garantías de prestación de servicios mínimos en los centros docentes de enseñanza pública no universitaria dependientes de la Administración Pública de la Región de Murcia con motivo de la huelga convocada para el día 16 de mayo de 2012 (BORM. 12-5-2012)

Decreto 64/2012 de 11 de mayo, por el que se garantizan los servicios mínimos de la Universidad de Murcia durante la huelga convocada por la misma para el día 16 de mayo de 2012 (BORM. 12-5-2012)

Decreto 66/2012, de 11 de mayo, que crea el Consejo Asesor Regional del Trabajo Autónomo de la Región de Murcia y regula su funcionamiento, y modifica el Decreto 158/2009, de 29 de mayo, por el que se crea el Registro de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y se regula su funcionamiento (BORM. 15-5-2012)

Decreto 67/2012 de 18 de mayo, sobre garantías de prestación de servicios mínimos en los centros docentes de enseñanza pública no universitaria dependientes de la Administración Pública de la Región de Murcia con motivo de la huelga convocada para el día 22 de mayo de 2012. (BORM. 19-5-2012)

Decreto 68/2012, de 18 de mayo, por el que se garantizan los servicios mínimos en el ámbito universitario durante la huelga convocada en el sector educativo para el día 22 de mayo de 2012 (BORM. 19-5-2012)

Decreto 89/2012, de 28 de junio, por el que se establecen normas adicionales aplicables a las instalaciones eléctricas aéreas de alta tensión con objeto de proteger la avifauna y atenuar los impactos ambientales.- (BORM. 2-7-2012)

Decreto 105/22012, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (BORM. 31-7-2012)

Decreto 126/2012, de 11 de octubre, por la que se aprueba el Reglamento de Apuestas de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, y se modifican el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y el Catálogo de Juegos y Apuestas de la Región de Murcia (ORM. 16-10-2012)

CONSEJERIA DE AGRICULTURA Y AGUA.-

Orden de 28 de diciembre de 2011 de la Consejería de Agricultura y Agua, por la que se establecen las Bases Reguladoras para la concesión de las ayudas para la mejora, modernización y consolidación de los regadíos en la Región de Murcia (BORM. 4-1-2012)

Orden de 31 de enero de 2012 de la Consejería de Agricultura y Agua, por la que se modifica la orden de 29 de julio de 2010 de la Consejería de Agricultura y Agua, por la que se establecen, en la Región de Murcia, las Bases Reguladoras de las Líneas de Ayuda a la con-

servación de suelos agrícolas (lucha contra la erosión), extensificación de la producción de cultivos herbáceos de secano, agricultura ecológica, integración medioambiental del cultivo del viñedo, protección agroambiental en arrozales, conservación de variedades vegetales en peligro de extinción y producción integrada, y se aprueba la convocatoria correspondiente al año 2010 de esta última línea de ayudas. (BORM. 31-1-2012). Corrección de errores (BORM. 18-2-2012)

Orden de 4 de abril de 2012 de modificación de la Orden de 22 de noviembre de 2007, de la Consejería de Agricultura y Agua, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas para la adaptación de la flota pesquera y la reestructuración. Modernización y desarrollo del sector pesquero y acuícola de la Región de Murcia (BORM. 13-4-2012)

Orden de 5 de julio de 2012, de la Consejería de Agricultura, y Agua por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas a la modernización de explotaciones agrarias y a la primera instalación de jóvenes agricultores en el marco del Programa de Desarrollo Rural 2007-2013 y se realiza la convocatoria para el ejercicio 2012. (BORM. 9-7-2012)

Orden de 13 de julio de 2012 de la Consejería de Agricultura y Agua, por la que se modifica la Orden 23 de noviembre de 2011 de convocatoria de ayudas para el uso del servicio de asesoramiento a explotaciones agrarias de la Región de Murcia, en el periodo 2012-2014 y se modifica la Orden de 27 de noviembre de 2008, por la que se establecen las bases Reguladoras de la Concesión de Ayuda para la creación y adaptación de las entidades que presten servicios de asesoramiento a explotaciones agrarias, así como a los agricultores que los utilicen (BORM. 20-7-2012)

Orden de 17 de julio de 2012 de la Consejería de Agricultura y Agua, por la que se establecen las Bases Reguladoras de las Ayudas del Enfoque “LEADER” correspondientes a las medidas 411 y 413 del programa de desarrollo rural de la Región de Murcia 2007-2013. (BORM. 20-7-2012). Correc. de errores (BORM. 3-8-2012) (BORM. 24-9-2012)

Orden de 31 de julio de 2012 de la Consejería de Agricultura y Agua por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas para la realización de acciones relativas a la información y la formación profesional, incluida la divulgación de conocimientos y la transferencia tecnológica, en el sector agrario y agroalimentario. (BORM. 8-8-2012).

Orden de modificación de la Orden de 22 de noviembre de 2007, de la Consejería de Agricultura y Agua, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas para la adaptación de la flota pesquera y la reestructuración, modernización y desarrollo del sector pesquero y acuícola de la Región de Murcia (BORM. 22-9-2012)

Orden de 19 de septiembre de 2012, por la que se establecen las bases reguladoras y se convocan para el año 2012, subvenciones por la colaboración con la Consejería de Agricultura y Agua, en la recogida de información estadística. (BORM. 22-9-2012)

Bases reguladoras y convocatoria de las ayudas del Plan Territorial de Desarrollo Rural del Grupo de Acción Local “Campoder” para las medidas 411 y 413 del enfoque “Leader”, correspondientes al periodo 2012-2014. (BORM. 18-12-2012)

Bases reguladoras y convocatoria de las ayudas del Plan Territorial de Desarrollo Rural del Grupo de Acción Local “Integral”, correspondientes al periodo 2012-2013 (BORM. 18-12-2012)

Bases reguladoras y convocatoria de las ayudas del plan Territorial de Desarrollo Rural del Grupo de Acción Local “Asociación para el desarrollo comarcal del Nordeste de la Región de Murcia”.correspondientes al periodo 2012-2013. (BORM. 18-12-2012)

Bases reguladoras y convocatoria de las ayudas del Plana Territorial de Desarrollo Rural del Grupo de Acción Local “Asociación para el Desarrollo Rural Integrado de los Municipios de la Vega del Segura”, correspondiente al periodo 2012-2013).(BORM. 18-12-2012)

Orden de 17 de diciembre de 2012 de la Consejería de Agricultura y Agua,, por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas a Proyectos de Cooperación Intrarregionales a realizar por los Grupos de Acción Local de la Región de Murcia, y se aprueba la convocatoria correspondiente al año 2012 (BORM. 20-12-2012)

CONSEJERIA DE ECONOMÍA Y HACIENDA.-

Orden de 26 de octubre de 2012, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se modifica la relación de Puestos de Trabajo de la Administración Pública de la Región de Murcia (BORM. 31-10-2012)

Orden de 4 de diciembre de 2012 de la Consejería de Economía y Hacienda por la que se modifica la Orden de 1 de marzo de 2007, por la que se crea el Registro General del Juego de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (BORM. 15-12-2012)

CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, FORMACIÓN Y EMPLEO.-

Orden de 30 de enero de 2012, del Presidente del Servicio Regional de Empleo y Formación, por la que se modifica la Orden de 11 de diciembre de 2009, de bases reguladoras de subvenciones de los Programas de Orientación Profesional Cultura Empresarial. (BORM. 3-2-2012)

Orden de 29 de marzo de 2012, del Presidente del Servicio Regional de Empleo y Formación, de modificación parcial de la Orden de 28 de enero de 2011, del Presidente del Servicio Regional de Empleo y Formación, por la que se aprueban las bases reguladoras de las subvenciones correspondientes a los programas de Iniciativas de Desarrollo Rural y de Empleo Local e Institucional y Entidades sin ánimo de lucro (BORM. 7-4-2012)

Orden de 18 de mayo de 2012 de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, por el que se establecen servicios mínimos a realizar por trabajadores convocados a huelga para el día 22 de mayo de 2012, en empresas, entidades o instituciones que presten servicios públicos o de reconocida o inaplazable necesidad en Centros docentes de enseñanza privada no universitaria de la Región de Murcia (BORM. 19-5-2012)

Orden de 11 de julio de 2012 del Presidente del Servicio Regional de Empleo y Formación, por la que se modifican las Ordenes de bases reguladoras de los programas de subvenciones de Fomento del Autoempleo y de Unidades de Apoyo de los Centros Especiales de Empleo. (BORM. 20-7-2012)

Orden de 13 de julio de 2012 del Presidente del Servicio Regional de Empleo y Formación, por la que se aprueban las bases reguladoras de subvenciones del programa de Orientación Profesional. (BORM. 21-7-2012)

Orden de 24 de julio de 2012 de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, por la que se aprueban las bases reguladoras y se convocan subvenciones a Ayuntamientos de la Región de Murcia para la realización de acciones destinadas a la prevención, seguimiento y control del absentismo y del abandono escolar (BORM. 2-8-2012).

Orden de 24 de julio de 2012 de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, por la que se aprueban las bases reguladoras y se convocan ayudas en el marco del programa de aprendizaje permanente, para la acción de movilidad para prácticas dentro del programa Leonardo da Vinci para alumnos de ciclos formativos de grado medio de formación profesional de los centros docentes sostenidos con fondos públicos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, durante el curso 2011/2012. (BORM. 2-8-2012)

Orden de 14 de septiembre de 2012 de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, por la que se aprueban las bases reguladoras y se convocan ayudas económicas para la adquisición de libros de texto y material didáctico e informático complementario para el alumnado de los niveles obligatorios de la enseñanza escolarizado en centros sostenidos con fondos públicos durante el curso 2012-2013. (BORM. 19-9-2012)

Orden de 25 de septiembre de 2012 de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, por la que se regulan las bases y se convocan subvenciones para programas de fomento de las relaciones laborales para el año 2012. (BORM. 1-10-2012)

Orden de 28 de septiembre de 2012, de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, por la que se aprueban las bases reguladoras y se convocan subvenciones para el desarrollo de planes para la mejora del éxito escolar y la participación educativa en los centros docentes privados concertados de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, para el curso escolar 2012-2013. (BORM. 8-10-2012)

Orden de 21 de noviembre de 2012, de la Consejería de Educación, Formación y Empleo por la que se establecen las bases reguladoras y se convocan ayudas a las confederaciones y federaciones de asociaciones de madres y padres de alumnos de ámbito supramunicipal de la Región de Murcia, para sufragar los gastos derivados del funcionamiento, organización y actividades durante el curso escolar 2012-2013. (BORM. 23-11-2012)

Orden de 21 de noviembre de 2012, de la Consejería de Educación, Formación y Empleo por la que se establecen las bases reguladoras y se convocan ayudas a federaciones de asociaciones de alumnos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para financiar gastos de gestión y mantenimiento y proyectos de actividades que favorezcan el asociacionismo, la mejora de la convivencia y la participación activa de los alumnos, durante el Curso 2012-2013. (BORM. 23-11-2012)

CONSEJERIA DE OBRAS PÚBLICAS Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO.-

Orden de 4 de diciembre de 2012 de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio por el que se procede a la reversión del traspaso de competencias y funciones de la Consejería a la Entidad Pública del Transporte en materia de servicios regulares de viajeros (BORM. 15-12-2012)

CONSEJERIA DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL.-

Orden de 11 de julio de 2012 de la Consejería de Sanidad y Política Social por la que se modifica un fichero con datos de carácter personal gestionado por la Consejería de Sanidad y Política Social de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. (BORM. 13-9-2012)

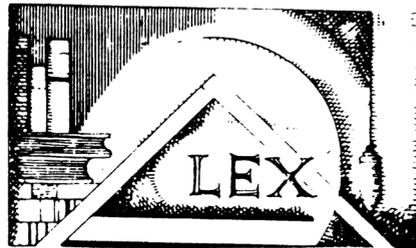
Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud por la que se modifica la Resolución de 25 de julio de 2011, por la que se delegan diversas competencias en materia de contratación y de gestión de precios públicos en diversos órganos del Servicio Murciano de Salud (BORM. 8-11-2012)

CONSEJERÍA DE UNIVERSIDADES, EMPRESA E INVESTIGACIÓN.-

Convocatoria de ayudas para la ejecución y explotación de proyectos de gestión energética sostenible por medio de instalaciones de aprovechamiento de recursos energéticos renovables, en el área solar térmica, biomasas, solar fotovoltaica aislada, mixta eólico-fotovoltaica, biogás y geotermia. (ORM. 30-4-2012)

Orden de 26 de julio de 2012 de la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación por la que se deja sin efecto la Orden de 15 de mayo de 2012 de modificación parcial de la Orden de 22 de diciembre de 2011, por la que se establecen las bases reguladoras y se convocan becas de colaboración de formación rápida para titulados universitarios en la Dirección General de Universidades y Política Científica para el año 2012 (BORM. 1-8-2012)

Jurisprudencia



FICHAS DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL XVIII

Sobre Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

Junio 2011-Diciembre 2012

Selección y comentarios de

José Tárraga Poveda

Abogado y Doctor en Derecho

Ana Ascensión Jiménez Lucas

Abogada

I.- LAS SENTENCIAS

1.- Cuestión de inconstitucionalidad

2.- Derechos fundamentales

a) Intimidad y secreto de las comunicaciones

3.- Tutela judicial

a) Acceso a la justicia

b) Acceso a la justicia. Recursos

II.- LAS FICHAS

1.- Cuestión de inconstitucionalidad

2.- Derechos fundamentales

a) Derechos fundamentales y contrato de trabajo

b) Igualdad y secreto de las comunicaciones

c) Trabajadores y uso ordenador empresa

2.- Tutela judicial

a) Acceso a la justicia

b) Error judicial

c) Incongruencia

e) Prescripción y caducidad

I.- LAS SENTENCIAS

En esta entrega destilamos fichas de las sentencias que se han dictado desde el segundo semestre de 2011 hasta finales de 2012, un periodo largo, pero de parca producción. Hay dos cuestiones de inconstitucionalidad resueltas y desestimadas, así como una sentencia que reitera doctrina ya conocida sobre derechos fundamentales. Como viene siendo habitual, agrupamos las fichas en dos grandes bloques. En el primero, las que versan sobre los derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional (una sola). Y en el segundo las que tienen como punto de debate el también fundamental derecho a la tutela judicial efectiva que, como siempre, acapara la atención del máximo intérprete de la Constitución.

1.- Cuestión de inconstitucionalidad

Sentencia 205/2011, de 15 de diciembre. Resuelve Cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del TSJ Cataluña, sobre el artículo 143.2 LGSS, que reconoce únicamente a los pensionistas que ejerzan una actividad remunerada la posibilidad de revisar en cualquier momento el grado de invalidez permanente reconocido. El fallo es desestimatorio.

Sentencia 84/2012, de 18 de abril. Resuelve Cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla La Mancha, sobre el art. 138 LPL de 1995 (ejecución de sentencias sobre movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo), por posible vulneración de los arts. 24.1 y 118 de la Constitución. El resultado de la sentencia es la inadmisión y la doctrina se recrea en el llamado juicio de razonabilidad.

2.- Derechos fundamentales

a) Intimidad y secreto de las comunicaciones

Se deniega en la Sentencia 241/2012, de 17 de diciembre, el amparo a trabajadora a la que se le interviene por la empresa las comunicaciones informáticas como consecuencia de un hallazgo casual y que se efectúa sobre un programa introducido en un soporte de uso común por todos los trabajadores en sus ordenadores, por supuesta vulneración de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. El asunto viene de los Juzgados de lo Social de Sevilla y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y aunque con resultado denegatorio, cuenta con voto particular.

3.- Tutela judicial

a) Acceso a la justicia

Tiene esta resolución una especial trascendencia por cuanto la Sentencia 220/2012, de 26 de noviembre, el amparo frente a las resoluciones del TSJ de Andalucía (sede Málaga) y Tribunal Supremo, declaratorias de caducidad en procedimiento de despido, declarando la vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de acceso a la justicia: aplicación judicial de la institución de la caducidad excesivamente rigorista y contraria al principio pro actione al no ponderar el hecho de que la ampliación tardía de la demanda no fue obstáculo para que la contraparte tuviera conocimiento tempestivo del ejercicio de la acción dirigida frente a ella.

Otorga la Sentencia 231/2012, de 10 de diciembre, el amparo frente a resolución de Juzgado de lo Social nº 4 de Ourense que inadmite demanda de reclamación de cantidad, declarando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por inadmisión arbitraria de demanda social por excesivo rigorismo.

b) Acceso a la justicia. Recursos

Deniega la Sentencia 31/2012, de 12 de marzo, el amparo a demandante que promovió recurso de Suplicación frente a sentencia del TSJ de Galicia, estimatoria de recurso promovido por el INSS, por entender la demandante que la misma ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Expuestas las sentencias del periodo, insertamos a continuación las fichas de jurisprudencia constitucional que hemos extraído.

II.- LAS FICHAS

1.- Cuestión de inconstitucionalidad

a) Discriminación fundada

“El diferente tratamiento que la ley ofrece a unos y otros pensionistas de incapacidad permanente en cuanto a la posibilidad de revisión del grado de pensión reconocido está basado en la toma en consideración de una circunstancia jurídicamente relevante, cual es el hecho de que el pensionista compatibilice o no su pensión con el ejercicio de una actividad laboral, por cuenta propia o ajena, circunstancia que justifica, sobre la base de consideraciones directamente relacionadas con el contenido y objeto del sistema de protección considerado, que el agravamiento o la mejoría del estado invalidante del pensionista deba tener un reflejo inmediato en el grado de incapacidad reconocido, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los pensionistas que no desempeñan ninguna actividad laboral, en que no concurren dichas circunstancias. En la medida en que el aplazamiento de la posibilidad de revisión en el caso de estos últimos es meramente temporal -algo menos de dos años en los casos aquí analizados- y que su fijación ha tenido que establecerse con base en criterios técnicos susceptibles de revisión judicial, no puede considerarse que los efectos del tratamiento diferente resulten desproporcionados desde el punto de vista de la finalidad perseguida, ni su resultado excesivamente gravoso o desmedido. Se trata, por ello, de una diferenciación constitucionalmente lícita desde la perspectiva del art. 14 CE”¹⁷³.

b) Relevancia constitucional

“El art. 35.1 LOTC exige que la norma con rango de ley de la que tenga dudas un Juez o Tribunal debe ser “aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo”, añadiéndose en el apartado 2 del indicado precepto que el órgano judicial deberá especificar o justificar, en el

auto de planteamiento de la cuestión, en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión”¹⁷⁴.

“La norma cuestionada debe superar el denominado juicio de relevancia, o lo que es lo mismo, la justificación de la medida en que la decisión del proceso depende de su validez, habida cuenta de que la cuestión de inconstitucionalidad, por medio de la cual se garantiza el control concreto de la constitucionalidad de la ley, no puede resultar desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza y finalidad propias, lo que sucedería si se permitiera que se utilizase para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en que la cuestión se suscita”¹⁷⁵.

2.- Derechos fundamentales

a) Derechos fundamentales y contrato de trabajo

“Los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos”¹⁷⁶.

b) Igualdad y secreto de las comunicaciones

“En relación a la vulneración del derecho a la intimidad personal, consagrado en el art. 18.1 CE, procede subrayar que tal derecho se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”¹⁷⁷.

“El derecho a la intimidad contenido en el art. 18.1 CE, no sólo preserva al individuo de la obtención ilegítima de datos de su esfera íntima por parte de terceros, sino también de la revelación, divulgación o publicidad no consentida de esos datos, y del uso o explotación de los mismos sin autorización de su titular, garantizando, por tanto, el secreto sobre la propia esfera de vida personal y, consiguientemente, veda a los terceros, particulares o poderes públicos, decidir sobre los contornos de la vida privada”¹⁷⁸, siendo el mismo aplicable al ámbito de las relaciones laborales”¹⁷⁹. La esfera de la intimidad personal está en relación con

174 STC 84/2012, de 18 de abril, FJ 2.

175 SSTC 84/2012, de 18 de abril, FJ 2; 17/1981, de 1 de junio, FJ 1; 141/2008, de 30 de octubre, FJ 6; AATC 42/1998, de 18 de febrero, FJ 1; 21/2001, de 30 de enero, FJ 1; 25/2003, de 28 de enero, FJ 3; 206/2005, de 10 de mayo, FJ 2; y 360/2006, de 10 de octubre, FJ 2.

176 STC 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 3; 292/1993, de 18 de octubre, FJ 4.

177 SSTC 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 3; 170/1997, de 14 de octubre, FJ 4; 231/1988, de 1 de diciembre, FJ 3; 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; y 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2.

178 SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5; y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2.

179 SSTC 98/2000, de 10 de abril, FFJJ 6 a 9; y 186/2000, de 10 de julio, FJ 6.

la acotación que de la misma realice su titular, habiendo reiterado este Tribunal que cada persona puede reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena¹⁸⁰ y que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno”¹⁸¹.

“En relación al derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE, el Tribunal Constitucional ha reiterado¹⁸² que el derecho al secreto de las comunicaciones consagra la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas, por lo que dicho derecho puede resultar vulnerado tanto por la interceptación, en sentido estricto, consistente en la aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o la captación del proceso de comunicación, como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado a través de la apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario o de un mensaje emitido por correo electrónico o a través de telefonía móvil, por ejemplo”.

“El concepto de secreto de la comunicación, cuando opera, cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también otros aspectos de la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores, por lo que este derecho queda afectado tanto por la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas como también por el acceso al registro de llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil¹⁸³. A lo que debe añadirse que la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan otros derechos¹⁸⁴”.

c) Trabajadores y uso ordenador empresa

“En relación a los datos que se contienen en ordenadores u otros soportes informáticos, el Tribunal Constitucional¹⁸⁵ recordó que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos y con carácter general, y ha venido reiterando que el poder de dirección del empresario, es imprescindible para la buena marcha de la organización productiva (organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 33 y 38 CE). Expresamente en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores se contempla la posibilidad de que el empresario, entre otras facultades, adopte las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales. Mas esa facultad ha de producirse, en todo caso, dentro del debido respeto

180 SSTC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5; y 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2.

181 STC 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 3; 159/2009, de 29 de junio, FJ 3.

182 STC 142/2012, de 2 de julio, FJ 3.

183 SSTC 114/1984, de 29 de noviembre; 123/2002, de 20 de mayo; 56/2003, de 24 de marzo y, en especial, la STC 230/2007, de 5 de noviembre, FJ 2, o las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de agosto de 1984, caso Malone c. Reino Unido, § 84 y, de 3 de abril de 2007, caso Copland c. Reino Unido, § 43.

184 STC 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 4; 70/2002, de 3 de abril, FJ 9.

185 STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 3.

a la dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda igualmente la normativa laboral en los arts. 4.2 c) y 20.3 ET”¹⁸⁶.

“En relación con la utilización de ordenadores u otros medios informáticos de titularidad empresarial por parte de los trabajadores, puede afirmarse que la utilización de estas herramientas está generalizada en el mundo laboral, correspondiendo a cada empresario, en el ejercicio de sus facultades de autoorganización, dirección y control fijar las condiciones de uso de los medios informáticos asignados a cada trabajador. En el marco de dichas facultades de dirección y control empresariales no cabe duda de que es admisible la ordenación y regulación del uso de los medios informáticos de titularidad empresarial por parte del trabajador, así como la facultad empresarial de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio en cuestión, siempre con pleno respeto a los derechos fundamentales.

Las consideraciones precedentes no impiden que se proceda a dotar de una regulación al uso de las herramientas informáticas en la empresa y, en particular, al uso profesional de las mismas, por medio de diferentes instrumentos como órdenes, instrucciones, protocolos o códigos de buenas prácticas, de manera que la empresa no quede privada de sus poderes directivos ni condenada a permitir cualesquiera usos de los instrumentos informáticos sin capacidad alguna de control sobre la utilización efectivamente realizada por el trabajador.

A tal fin y en pura hipótesis, pueden arbitrarse diferentes sistemas, siempre respetuosos con los derechos fundamentales, orientados todos ellos a que los datos profesionales o los efectos de la comunicación profesional llevada a cabo alcancen al conocimiento empresarial, sin que se dé, en cambio, un acceso directo o cualquier otra intromisión del empresario o sus mandos en la empresa, en la mensajería o en los datos personales de los trabajadores, si este uso particular ha sido permitido. En ese ámbito, aunque pudiera haber la pretensión de secreto de las comunicaciones, actúa a su vez legítimamente el poder directivo, con la posibilidad consiguiente de establecer pautas de flujo de la información e instrucciones u órdenes del empresario que aseguren, sin interferir injustificadamente el proceso de comunicación y sus contenidos, el acceso a los datos necesarios para el desarrollo de su actividad, al igual que ocurre en otros escenarios en los que, sin control directo del empresario, los trabajadores a su servicio desarrollan la actividad laboral ordenada en contacto con terceros y clientes.

Partiendo del uso común del ordenador, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, es esencial determinar si el acceso a los contenidos de los ordenadores u otros medios informáticos de titularidad empresarial puestos por la empresa a disposición de los trabajadores, y en un medio al que puede acceder cualquiera, vulnera el art. 18.3 CE, para lo que habrá de estarse a las condiciones de puesta a disposición, pudiendo aseverarse que la atribución de espacios individualizados o exclusivos puede tener relevancia desde el punto de vista de la actuación empresarial de control. Es el caso de asignación de cuentas personales de correo electrónico a los trabajadores, o incluso a las entidades sindicales¹⁸⁷. El ejercicio de la potestad de vigilancia o control empresarial sobre tales elementos resulta limitada por la

186 STC 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 4; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5.

187 SSTC 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 5; 281/2005, de 7 de noviembre.

vigencia de los derechos fundamentales, si bien los grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin”¹⁸⁸.

2.- Tutela judicial

a) Acceso a la justicia

“El Tribunal Constitucional ha reiterado que es un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) obtener del órgano judicial una resolución sobre el fondo de las pretensiones, derecho que también se satisface con una decisión de inadmisión que impida entrar en el fondo de la cuestión planteada cuando dicha decisión se funde en la existencia de una causa legal que resulte aplicada razonablemente. A este respecto, también se ha resaltado que el control constitucional de las decisiones de inadmisión ha de verificarse de forma especialmente intensa, dada la vigencia en estos casos del principio pro actione, que es de obligada observancia por los Jueces y Tribunales y que impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida. Así, se ha destacado que puede verse conculcado este derecho por aquellas interpretaciones de las normas que sean manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que la causa legal aplicada preserva y los intereses que se sacrifican”¹⁸⁹.

“El derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE comporta, como contenido esencial y primario, el de obtener de los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Al ser un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y dispensación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que haya establecido el legislador para cada sector del ordenamiento procesal. De ahí que el derecho a la tutela judicial efectiva quede satisfecho cuando los órganos judiciales pronuncian una decisión de inadmisión o meramente procesal, apreciando razonadamente la concurrencia en el caso de un óbice fundado en un precepto expreso de la Ley, si éste es, a su vez, respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental. Las decisiones judiciales de terminación del proceso son constitucionalmente legítimas siempre que el razonamiento responda a una interpretación de las normas legales conforme a la efectividad del derecho fundamental. Ahora bien, conforme al principio pro actione, los cánones del control de constitucionalidad de las decisiones judiciales son más estrictos cuando se trata de acceso a la jurisdicción, a diferencia de aquellos supuestos en los que el recurrente ha obtenido ya una primera respuesta judicial. El derecho a la jurisdicción no consiente interpretaciones y aplicaciones de los requisitos legales caracterizadas por el rigorismo, el formalismo o la desproporción entre los fines que preservan y la consecuencia del cierre del proceso que conllevan,

188 STC 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 5.

189 STC 22/2011, de 14 de febrero, FJ 3.

con eliminación u obstaculización injustificada del derecho a que un órgano judicial resuelva sobre el fondo de la pretensión a él sometida”¹⁹⁰.

b) Error judicial

“El derecho a la tutela judicial efectiva requiere respuestas judiciales fundadas en Derecho, como garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente, pues, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia”¹⁹¹.

“Para que un error, en tanto que manifestación del juzgador no ajustada a la realidad, pueda afectar al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) es necesario que concurren en él ciertas características, pues no toda inexactitud o equivocación del juzgador tiene relevancia constitucional. Como tiene establecido el TC¹⁹², para poder apreciar un error de este tipo es necesario que concurren los siguientes requisitos:

a) que el error sea determinante de la decisión adoptada, esto es, que constituya el soporte único o básico de la resolución (ratio decidendi), de modo que, constatada su existencia, la fundamentación jurídica de la resolución judicial pierda el sentido y alcance que la justificaba, y no pueda conocerse cuál hubiese sido su sentido de no haberse incurrido en el error;

b) que sea atribuible al órgano judicial, es decir, que no sea imputable a la negligencia de la parte; c) que sea de carácter eminentemente fáctico, además de patente, esto es, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales y sin necesidad de recurrir a ninguna valoración o consideración jurídica; y

d) que produzca efectos negativos en la esfera del ciudadano”¹⁹³.

c) Incongruencia

“La incongruencia por exceso o extra petitum se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, implicando un desajuste entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones... Para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, se requiere que la desviación o desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (ultra petitum) o algo distinto de lo pedido (extra petitum), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por

190 STC 231/2012, de 10 de diciembre, FJ 2.

191 SSTC 31/2012, de 12 de marzo, FJ 2; 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; y 223/2005, de 12 de septiembre, FJ3.

192 STC 167/2008, de 15 de diciembre.

193 STC 31/2012, de 12 de marzo, FJ 2.

consiguiente, las partes no tuvieron la oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales”¹⁹⁴.

e) Prescripción y caducidad

“La jurisprudencia del TC ha destacado en relación con la aplicación de los plazos de prescripción y de caducidad que en lo relativo a la interpretación de la actuación procesal de las partes con relevancia para el adecuado cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de una acción, que los órganos jurisdiccionales ordinarios han de llevar a cabo una ponderación de los defectos que adviertan en los actos procesales de las partes, guardando la debida proporcionalidad entre el defecto cometido y la sanción que debe acarrear, procurando siempre que sea posible la subsanación del defecto, favoreciendo la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial ¹⁹⁵, ello sin perjuicio, claro está, de la indudable importancia de las instituciones de la prescripción y de la caducidad para la seguridad jurídica”¹⁹⁶.

194 STC 31/2012, de 12 de marzo, FJ 2; 40/2006, de 13 de febrero, FJ 2.

195 STC 194/2009, de 28 de septiembre, FJ 1.

196 STC 220/2012, de 26 de noviembre, FJ 2.

Revista de Revistas



REVISTA DE REVISTAS

DERECHO ADMINISTRATIVO.-

Ordenanzas de convivencia, orden público y competencia municipal. Casino Rubio, M. Rev. Justicia Administrativa, nº 56-2012

El nuevo régimen jurídico del mercado europeo de derecho de emisión de gases de efecto invernadero. M^º C. Alonso García Rev. Justicia Administrativa nº 56-2012

Evaluación del impacto ambiental en la Unión Europea. Análisis jurisprudencial .Embid Irujo. A...-Rev. Justicia Administrativa nº 57-2012

Las enseñanzas artísticas superiores en el sistema educativo general.- Marzal Rega, C. de los Reyes. Rev. Justicia Administrativa, nº 57-2012

La solicitud de extradición interrumpe el cómputo de la prescripción. Inés Larrayoz Silva. Rev Aranzadi Doctrinal. 9/2013

El recurso contencioso-administrativo frente a los actos firmes no ejecutados de la administración y la posición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.- Augusto González Alonso. Rev. Aranzadi Doctrinal. 10/2013

Entre la esquizofrenia administrativa y la responsabilidad penal del funcionario: algunas repercusiones jurídicas y sociales derivadas del tratamiento de los datos relativos a la sexualidad por parte de la administración pública española. Juan Luis Jiménez Ruiz. 9/2013

El control jurisdiccional de los actos de las entidades que integran la Administración local a instancias de las comunidades autónomas en su aspecto adjetivo. Ignacio Carrasco López.- Rev. Aranzadi Doctrinal 9/2013

El personal directivo de las administraciones locales.- Rafael Manzana Laguarda. Ac. Jurídica Aranzadi. 857/2013

La nueva “amnistía catastral” en la Hacienda Local. Juan Calvo Vérguez. Ac-Jurídica Aranzadi 856/2013

El personal eventual de las Administraciones Publicas en tiempo de crisis. Lucia Fernández Delpuech. Ac. Jurídica Aranzadi 856/2013

Las nuevas tasas judiciales y los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la igualdad en la Ley. Juan Luis Beltrán Aguirre. Aranzadi Doctrinal. BIB 2013/193

El recurso contencioso-administrativo frente a los actos firmes no ejecutados de la administración y la posición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Augusto González Alonso. Aranzadi Doctrinal. BIB 2013/145

DERECHO CIVIL-MERCANTIL.-

Aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico y aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: principales novedades introducidas por la Ley 4/2012. Lucía Costas Rodal. Aranzadi Civil 10/2013

Ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual, dación en pago y reclamación posterior.- Eugenia Garcías de España. Aranzadi Civil 10/2013

El nuevo procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada. Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano. Aranzadi Civil 10/2013

Imposibilidad sobrevenida y resolución del contrato de cesión de solar por obra futura. Lucia Costas Rodal. Aranzadi Civil. 10/2013

Oposición de transfusiones e intervenciones médicas en citación de riesgo de los menores. Teresa Hualde Manso. Aranzadi Civil 10/2013

El eco de la campanada. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Aranzadi Civil 10/2013

Sustitución de un bien no conforme: ¿quién asume el coste de retirada del bien y de instalación del bien de sustitución? Manuel Jesús Marín López. Aranzadi Civil-Mercantil 9/2013

La protección de consumidores y usuarios en la contratación de permuta financiera o swap .Josep Gálvez Pascual. Aranzadi Civil-Mercantil. 9/2013

El Código Civil nos regala su hermosura. José Ramón García Vicente. Aranzadi Civil-Mercantil 9/2013

Imposibilidad de resolución de contrato por incumplimiento de obligación accesoria. Enrique Rubio Torrano. Aranzadi Civil-Mercantil 9/2013

La determinación del lugar de residencia del menor como conflicto en el ejercicio conjunto de la patria potestad por progenitores no convivientes. Ana Díaz Martínez. Aranzadi Civil-Mercantil 9/2013

La problemática jurídica actual de las líneas de crédito: swaps y concurso de acreedores. Rafa Lara González. Aranzadi Civil-Mercantil. 9/2013

Protección patrimonial de la persona con discapacidad y competencias autonómicas en Derecho Civil y en materia tributaria. Enrique Rubio Torrano. Aranzadi Civil-Mercantil 11/2013

El jurado de la publicidad: medidas sancionadoras a los no asociados. Beatriz Patiño Alves. Aranzadi Civil-Mercantil. 11/2013

El principio de neutralidad y el régimen optativo de contabilidad de caja en el IVA. José Antonio Barciela Pérez. Rev. Aranzadi Doctrinal. 9/2013

La garantía civil de la privacidad.- Manuel Zunón Villalobos.- Rev Aranzadi Doctrinal.- 9/2013

Capacidad para ser parte de una sociedad extinguida. Rafael Monsalve del Castillo y otros. Rev. Aranzadi Doctrinal. 9/2013

Cambio de “vivienda de portero” a “arrendatario”. Asun Sola Pascual. Rev. Aranzadi Doctrinal 9/2013

Consideraciones para la tramitación parlamentaria del RDL 27/2012 de Protección a Deudores Hipotecarios .Edmundo Rodríguez Achotegui. Rev. Aranzadi Doctrinal. 9/2013

La pluralidad de acreedores en el concurso, según la DGRN. Blas Alberto González Navarro. Rev. Aranzadi Doctrinal 10/2013

Responsabilidad civil y penal de los administradores societarios. Arturo Ocaña Rodríguez. Rev. Aranzadi Doctrinal 10/2013

La adquisición por los comuneros de una vivienda para el portero en el régimen de propiedad horizontal. Antonio Salas Carceller. Rev. Aranzadi Doctrinal10/2013

Sobre la fecha de eficacia de la patente europea en España. Teresa Mercadel. Ac. Jurídica Aranzadi.857/2013

La facturación sin IVA en el sector de la construcción.- Jesús Vicente Chamorro. A. Jurídica Aranzadi. 857/2013

Y ante el incumplimiento del acuerdo de mediación ¿Qué normas aplicamos? Virginia Pardo Iranzo Ac. Jurídica Aranzadi 856/2013

La corte de los milagros o la suspensión de lanzamientos hipotecarios.- Ángel Carrasco. Act. Jurídica Aranzadi 854/2012

DERECHO TRIBUTARIO Y FISCAL.-

La necesaria conexión entre el fin de las fundaciones y las explotaciones económicas exentas. Isidoro Martín Dégano. Quincena Fiscal Aranzadi 4/2013

Inconstitucionalidad de la elevación del IVA por el RD-ley 20/2012, Enrique de Miguel Canuto. Quincena Fiscal Aranzadi 4/2013

La obligación de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero.- José Pedreira Menéndez. Quincena Fiscal Aranzadi /2013

La nueva fiscalidad de la energía.-Juan Calvo Vérguez.- Quincena Fiscal Aranzadi 4/2013
Devengo y exigibilidad. Ramón Falcón y Tella.- Quincena Fiscal Aranzadi 4/2013

Los beneficios fiscales en el marco de las ayudas publicas en los casos de catástrofes naturales. Carlos María López Escadafor.- Quincena Fiscal Aranzadi 1/2013

Las notificaciones electrónicas obligatorias y la tutela judicial efectiva. José Luis Pérez Ron. Quincena Fiscal Aranzadi. 1/2013

La política de servicios sociales y promoción social como parte de los beneficios en España. Pedro Enrique Barrilao y otra. Quincena Fiscal Aranzadi 3/2013

El nuevo delito fiscal tras la aprobación de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre. Juan Calvo Végez. Quincena Fiscal Aranzadi. 3/2013

La nueva obligación de informar sobre los bienes y derechos en el extranjero. Jaime Aneiros Pereira.- Quincena Fiscal Aranzadi. 3/2013

Análisis de las reformas introducidas por la Ley 7/2012, de prevención y lucha contra el fraude fiscal. José Miguel Martínez-Carrasco Pignatelli. Quincena Fiscal Aranzadi 1/2013.

Beneficios fiscales y medidas agravatorias en el IRPF. José María Tovillas Morán. Quincena Fiscal Aranzadi. 22/2012

Crédito tributario y proceso concursal: análisis jurídico de las novedades contenidas en las últimas reformas normativas.- Joaquín Álvarez Martínez. Quincena Fiscal Aranzadi. 22/2012

Las reclamaciones económico-administrativas en los municipios de gran población.- Pedro Ángel Colao.- Quincena Fiscal Aranzadi. 22/2012

Pasado, presente y futuro del Impuesto sobre ventas minoristas de determinados hidrocarburos tras su supresión por la Ley 2/2012 e integración en el Impuesto Especial sobre Hidrocarburos. Juan Calvo Végez. Quincena Fiscal Aranzadi. 22/2012

DERECHO DE EXTRANJERÍA.-

Acceso al mercado de trabajo y condiciones de trabajo de los inmigrantes en el contexto de la crisis económica- Ramos Quintana, M. Rev. Extranjería, Lex Nova. Nº 28-2011.

De las facilidades del retorno voluntario de los trabajadores inmigrantes en España. Grau Pineda, C.- Extranjería, Lex Nova nº 28-2011

El modelo de política jurídica de la inmigración y mercado de trabajo en España. Monereo Pérez y otro. Extranjería, Lex Nova. nº 29-2012

Familiares de ciudadanos de la Unión Europea y Registro de Parejas de Hecho de Comunidades Autónomas y Ayuntamientos. Lorenzo Jiménez, J, V. Extranjería Lex Nova, nº 29-2012

El arraigo como circunstancia excepcional para poder residir y trabajar legalmente en España. Carbajal García, P.- Extranjería, Lex Nova. nº 29-2012

Tendencias sustanciales del ordenamiento jurídico internacional en la cuestión migratoria. Díaz Barrado, C.M. Extranjería, Lex Nova. 30/2012

Arraigo, circunstancias excepcionales evolución histórica dentro del derecho de extranjería. Peña Pérez. Extranjería, Lex Nova, nº 30/2012.

Derecho de asilo y protección internacional de la libertad religiosa. Vidal Gallardo. Extranjería, Lex Nova, nº 30/2012

Los derechos esenciales fundamentales de los extranjeros en un escenario de reformas estructurales y perspectivas de futuro ante la directiva de permiso único de residencia y trabajo. Triguero Martínez, L.A. Extranjería, Lex Nova nº 30/2012

Los “renglones torcidos” de la política jurídica de protección del trabajador inmigrante. Fernández Avilés, J.A. Extranjería, Lex Nova nº 31/2012

La condición de extranjero en el derecho penitenciario español.-Nistal Burón, J. Extranjería, Lex Nova, nº 31/2012

Las políticas de integración en España: algunas reflexiones a propósito de la intervención de las Administraciones Públicas. Goizueta Vértiz. Extranjería, Lex Nova, nº 31/2012.

DERECHO DE FAMILIA.-

Una nueva vía de extinción de la compensación compensatoria. La sustitución de medidas en el divorcio. Llorente Pintos. Rev. Derecho de Familia nº 50/2011

Pensión de viudedad, pensión compensatoria y principio de igualdad. Ureña Martínez. Rev. Derecho de Familia. nº 50/2011

Incumplimiento del régimen de visitas por progenitor no custodio y Art. 618.2 del Código Penal. Rodríguez Lainz. Rev. Derecho de Familia nº 51/2011

Violencia intrafamiliar. Hijos que agreden a sus padres. Aspectos jurídicos y prácticos. Bartolomé Tutor y otro. Rev. Derecho de Familia, nº 51/2011

Perspectivas actuales de resarcimiento de daños en el ámbito de las relaciones paternofiliales. Marín García de Leonardo, M^a T. Rev. Derecho de Familia, nº 52/2011

Sobre una solicitud de prueba de paternidad prenatal: ámbito de tales prácticas. Marfil, J.A. y otros. Rev. Derecho de Familia, nº 52/2011

El nuevo incidente de declaración de gastos extraordinarios. Repercusiones en el proceso de ejecución forzosa tras la entrada en vigor de la Ley 13/2009 de 3 de noviembre. Aspectos sustantivos y procesales. Sánchez López, A.D. Rev. Derecho de Familia, nº 53/2011

Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico. Vela Sánchez, A.J. Rev. Derecho de Familia, nº 53/2011

La no separación de los hermanos en la crisis matrimonial o de pareja y en otras circunstancias. Martos Calabrus. Rev. Derecho de Familia, nº 55/2012

Algunas consideraciones prácticas sobre los procesos de división judicial de patrimonios, herencias y gananciales. Reyes Gallur, J.J. Rev. Derecho de Familia. nº 55/2012.

Consecuencias negativas de la relación pensión compensatoria-pensión de viudedad de separados y divorciados. Marín García de Leonardo. Rev. Derecho de Familia, nº 56/2012

La crisis económica, la pensión alimenticia. Pérez Martín, A. Rev. Derecho Familia. nº 57/2012

La voluntad del menor en el cambio de custodia. Moro Bonillo. Rev. Derecho de Familia. nº 57/2012

DERECHO LABORAL.-

La primera fracción de doscientas jornadas debe computar como un trabajador más. Ángel Luis de Val Tena. Aranzadi Social 10/2013.- BIB 2013/255

Las relaciones entre Ley y Convenio Colectivo en la regulación de condiciones de trabajo de los empleados públicos: un conflicto continuo en tiempo de crisis .Purificación Morgado. Aranzadi Social 10-2013.- BIB 2013/253

La extinción de contrato de trabajo de los artistas en espectáculos públicos por incumplimiento contractual. Alicia Fernández Peinado. BIB 2013/252

Despido colectivo declarado procedente con posterioridad a la reforma: requisitos formales.- Lourdes Escasi de la Rosa. Aranzadi Social BIB 2013/251

Los grupos de empresas con responsabilidad laboral y las irregularidades en el periodo de consultas del despido colectivo.- Juan Molins García-Atance. Aranzadi Social BIB 2013/250

Problemas prácticos en la impugnación del despido colectivo. Rodrigo Tascón López. Aranzadi Social BIB 2013/249

El deber de buena fe en la negociación durante el periodo de consultas de los Expedientes de Regulación de Empleo. Francisco Javier Navarro Arias. Aranzadi Social BIB 2013/248

Acumulación de acción por despido y reclamación de cantidad. Hilda Irene Arbonés. Aranzadi Social BIB 2013/317

Responsabilidad del INSS en el pago de las prestaciones por muerte y supervivencia derivados de enfermedad profesional. Rafael Gómez Gordillo. Aranzadi Social BIB 2013/314

El accidente de trabajo “in itinere”: una propuesta de cambio normativo. José Sánchez Pérez. Aranzadi Social BIB 2013/313

La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en la Ley reguladora de la jurisdicción social. Rosa Moya Amador. Aranzadi Social BIB 2013/312

Reducción de jornada y flexibilidad horaria por cuidado de hijos tras la reforma laboral de 2012. Lourdes Fraguas Madurga. Aranzadi Social BIB 2013/311

La regulación de la prestación de los servicios domésticos a través de las empresas. Djamil Tony Cahale Carrillo. Aranzadi Social BIB 2013/320

El debate sobre incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo. Antonio V. Sempere Navarro. Aranzadi Social. BIB 2013/10

La nulidad del despido colectivo por defectos de forma y su conexión con el grupo de empresas. Francisco Jiménez Rojas. Aranzadi Social BIB 2013/8

Despido colectivo nulo por fraude de ley en el periodo de consultas de un centro de trabajo. Dulce Soriano Cortés. Aranzadi Social BIB 2013/7

La autorización administrativa en el despido colectivo. La supresión de la autorización administrativa de los despidos colectivos. Manuel Eduardo Martín Moreta. Aranzadi Social BIB 2013/19

Vientres de alquiler y prestación por maternidad. Alejandra Selma. Aranzadi Social BIB 2013/17

Prestaciones personales del menor de edad. Isaac Ravetllat. Aranzadi Social. BIB 2013/16

Inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo a la luz de la reforma laboral de 2012. Ignacio Moreno González. Aranzadi Social BIB 2013/14

La reducción definitiva de la jornada de trabajo por causas económicas, técnicas organizativas o de producción. Emilio de Castro Marín. Aranzadi social. BIB 2013/12

Incumplimiento de la normativa sobre descansos respecto de trabajador especialmente sensible. Ana Moreno Márquez. Aranzadi Social BIB 2013/18

El permiso de lactancia- La posibilidad de que dicho permiso pueda ser disfrutado por el padre cuando la madre trabajadora tiene suspendido el contrato de trabajo por excedencia por cuidado de hijos. Andrés Ramón Trillo. Aranzadi Social BIB 2013/3

La calificación y revisión del grado de discapacidad. José Francisco Blasco Lahoz. Aranzadi Social. BIB 2013/2

Viudedad y orfandad: derecho a las prestaciones y requisitos de la filiación en el marco de la pareja de hecho. José Mateos Martínez. Aranzadi Social. BIB 2013/1

Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo tras la Ley 3/2012 de 6 de julio. Rev. Aranzadi Doctrinal. BIB 2013/53

Infarto de miocardio en vestuario de la empresa al inicio de la jornada de trabajo. Patricia Díaz. Aranzadi Doctrinal BIB 2013/54

Despido colectivo por causas económicas y productivas: no hay nulidad por incluir en ERE los concretos trabajadores afectados ni por una representación sindical global para todos los centros de trabajo. Patricia Díaz. Aranzadi Doctrinal. BIB 2013/306

La duración de los convenios tras la Reforma. Antonio V. Sempere Navarro. Aranzadi Doctrinal. BIB 2013/302

DERECHO PENAL.-

La mediación en el proceso de menores. Castillejo Manzanares, B. Rev. Derecho Penal. Lex Nova, 32/2011

Consideraciones sobre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las personas privadas de libertad. Nistal Burón, J. Rev. Derecho Penal, Lex Nova, 32/2011

Mediación penal en los procesos por violencia de género. Martínez García. E. Rev. Derecho Penal, Lex Nova. 33/2011

La protección penal de los trabajadores frente a los riesgos psicosociales a través de los artículos 316 y 317 del Código Penal. Pomares Cintas, E. Rev. Derecho Penal, Lex Nova, 34/2011

El régimen procesal de los delitos sexuales perseguidos a instancia de parte. Libano Beristain, A. Rev. Derecho Penal. Lex Nova. 34/2011.

La protección penal del patrimonio cultural en la Constitución Española. Otero González, P y otro. Rev. Derecho Penal, Lex Nova. 35/2012

La medida de libertad vigilada para adultos, Del Campo Delgado. Rev. Derecho Penal, Lex Nova. 36/2012

Un matrimonio de conveniencia, blanqueo de capitales y delito fiscal. Manjón-Cabeza Olmeda. Rev. Derecho penal, Lex Nova, 37/2012

El tratamiento procesal de las pruebas ilícitas en el proceso penal. Martínez García. Rev. Derecho Penal, Lex Nova, 37/2012

Intervención moral mínima y acoso moral en el trabajo: el mobbing como modalidad de delito contra la integridad moral.- Monserrat Sanchez.Escribano. Rev. Derecho Penal, Lex Nova, 37/2012

Unificación de doctrina en materia de medida de internamiento de menores. María José Pizarro Maqueda. Aranzadi Doctrinal BIB 2013/62

La Fiscalía General del Estado unifica criterios en relación a los casos de los “bebés robados” María José Pizarro Maqueda. Aranzadi Doctrinal. BIB 2013/272

El recurso de casación penal contra las sentencias absolutorias. Jorge Navarro Masip. Aranzadi Doctrinal BIB 2013/133

El Indulto, una medida excepcional. Eduardo de Urbano Castrillo. Actualidad Jurídica Aranzadi. BIB 2013/261

El indulto. Andrés Maluenda Martínez. Actualidad Jurídica Aranzadi. BIB 2013/261

Inconstitucionalidad de la cadena perpetua. José Antonio Martín Pallín. Actualidad Jurídica Aranzadi. BIB 2012/3473

La inviolabilidad del Rey. José Antonio Martín Pallín. Actualidad Jurídica Aranzadi. BIB 2012/3472

Inviolabilidad del Rey. Antonio Torres del Moral. Actualidad Jurídica Aranzadi. BIB 2012/3471

