

**Sobre el problema de las ejecuciones hipotecarias de la vivienda del concursado**  
**Comisión II CONCURSOS Y QUIEBRAS**  
**Insolvencia de los consumidores (\*)**

## 1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad es creciente el número de las ejecuciones hipotecarias instadas por los bancos que financiaron la adquisición de viviendas con el consiguiente lanzamiento de la familia y sin que además quede extinguida la deuda hipotecaria, habida cuenta de que, por la bajada del precio de mercado de las viviendas, se acaban estas adjudicando al banco ejecutante a un precio bastante inferior al de mercado.

Con la expansión inmoderada del crédito que ha generado el sobreendeudamiento de los particulares tanto como el de los demás sujetos ha coincidido en el tiempo la entrada en vigor de la Ley Concursal de 2003(LC) que, al unificar la disciplina del concurso, impone el mismo régimen cualquiera que sea la condición del deudor concursado.

El régimen que con carácter general establece la LC respecto de las ejecuciones hipotecarias contra bienes del deudor ha provocado críticas a esta orientación unitaria de la LC y que se propugne un régimen especial para el llamado **concurso del consumidor**. En este sentido incluso se ha pronunciado el legislador al acometer la reforma de la LC mediante la ley 38/2011, de 10 de octubre, en la que se contiene la siguiente disposición:

*“El Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales, en el plazo de 6 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”.*

La presente Comunicación va dirigida a esclarecer que el problema descrito no puede sustanciarse en sede del del ordenamiento concursal y que debe residenciarse en su propio contexto si es que se le quiere poner remedio que no disuene de los principios y conceptos del sistema jurídico.

Que no tengamos del derecho una concepción lógico-sistemática, no significa sin embargo que no concibamos el ordenamiento jurídico como un sistema. Si se quiere, incluso como un sistema autopoietico pero en todo caso abierto. En cuanto que abierto, interactúa con los sistemas económico, social y político constituyendo el entramado a través del que discurre la acción y la vida del hombre.

En tanto que autopoietico, el derecho ha de operar con sus propios conceptos; conviene desde este momento señalar que es un axioma jurídico-central el que las deudas por las

(\*) Ponencia al VI Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil

obligaciones libremente contraídas por personas capaces, hay que cumplirlas. No menos axiomático es que en la actualidad el cumplimiento de las obligaciones, legales o contractuales, desencadena la responsabilidad patrimonial y que, por consiguiente, en último término el pago o cumplimiento se puede realizar en dinero; obvio es decir que el derecho es impotente para conseguir que pague la deuda dineraria quien carece de dinero.

La interactuación entre sistemas no puede dejar de considerar las consecuencias económicas y aún sociales de las normas jurídicas, como tampoco la repercusión del sistema político sobre el orden jurídico. En cuanto al primer aspecto interesa señalar aquí únicamente el problema del *riesgo moral*; en cuanto al segundo, destacaremos tan solo la influencia de la supremacía, como fuente, de la ley por el mero dato formal de emanar de la autoridad del Estado, supremacía que la hace formalmente lugar de expresión de normas cualquiera sea contenido y previsible vigencia.

En correspondencia con lo anterior, si el Ordenamiento ha de dar respuesta al problema planteado, ha de ser porque éste se presente como tal, es decir, como algo esencialmente problemático desde el punto de vista de los conceptos y de los principios generales del sistema jurídico. Por otra parte, si se pide al derecho que se ponga al servicio en nuestro caso de la solución de un problema *social*, es absolutamente necesario conocer la causa de ese problema social para poder evitarlo en el futuro.

Por otra parte, es menester distinguir entre la solución actual al problema generado en el pasado y las soluciones para evitar el problema social en el futuro.

Respecto del pasado, las normas jurídicas que se considere deben remediarlo, deben ser normas *excepcionales* en sentido técnico y, por lo tanto y en buena medida, fruto de la creación jurisprudencial y siempre temporalmente dimensionadas.

Respecto del futuro, el problema social para el que se pide respuesta al Ordenamiento, se origina a causa del sobreendeudamiento. Sobreendeudamiento que, a su vez, tiene su origen en decisiones políticas tomadas absolutamente al margen del derecho, y relativas a la política monetaria y del crédito, así como a la protección de los inquilinos o arrendatarios de vivienda o a políticas de fomento o estímulo de ciertas actividades productivas como la construcción.

El problema, fruto directo del sobreendeudamiento, tiene que abordarse en la actualidad mediante remedios *excepcionales* y debe ser evitado en el futuro mediante una aplicación efectiva de los principios del derecho que han de presidir las relaciones entre los bancos y sus clientes, dentro de un marco de respeto al sistema de mercado que impera la Constitución.

## **2. DOBLE ASPECTO DEL PROBLEMA**

Las ejecuciones hipotecarias se convierten en problema por el número de familias que se ven lanzadas de sus viviendas permaneciendo al mismo tiempo deudoras del préstamo. Dos son pues los aspectos que han de ser aquí considerados. De un lado, la cuestión de la conservación de la vivienda y, de otro, el de la perpetuación de la deuda si es que el precio de realización no cubre el importe del préstamo hipotecario y no se ha pactado expresamente la dación en pago.

Para atender al primer punto es menester enfocar sobre todo el bien sobre el que se quiere proyectar la protección de la familia mientras que el segundo punto se refiere al principio de responsabilidad patrimonial universal. Las cuestiones merecen un tratamiento diferenciado; a veces, se encuentran confundidas. Mediante el recurso a la *dación en pago* que, en ocasiones se propone, se resuelve el aspecto de perpetuación de la deuda hipotecaria pero queda irresuelto el de desalojo de la vivienda. Por otra parte, el desalojo de la vivienda no evita por sí que la deuda se extinga.

### 3. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Es necesario precisar con exactitud el o los bienes jurídicos que se consideran dignos de protección:

a) Por lo que se refiere a la cuestión de la perduración en el uso de la vivienda, será necesario precisar los rasgos definidores del inmueble a que el problema se refiere. Por otra parte, se puede pensar que no es directamente el inmueble el bien sobre el que debe proyectarse la protección sino que es la familia lo que se protege, y en ese caso surgen las preguntas: ¿Se trata de vivienda familiar o habitual?, ¿se incluye la segunda residencia?, ¿de qué familia hablamos? A estas precisiones se dirige el Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de Noviembre. Pero cualquier precisión que se efectúe por circunstancias absolutamente aleatorias deja al descubierto su irremediable insuficiencia. Por otro lado, el deudor hipotecario insolvente que careciere de familia en los términos legales ¿no merece atención? Quiero resaltar con esto que en modo alguno está definido el fundamento que pueda ser capaz de sostener un tratamiento especial de la ejecución hipotecaria en el caso de la insolvencia del deudor. En mi opinión, el único fundamento jurídico capaz de sustentar disposiciones jurídicas consistentes con el sistema jurídico es el reconocimiento de la dignidad de la persona a que expresamente alude la Constitución española en el art. 10 como fundamento del orden político y la paz social.

Siendo pues la dignidad de la persona el fundamento de cualquier reforma de la ejecución hipotecaria respecto del lanzamiento de la vivienda habitual del deudor, se comprende que la solución jurídica al problema sea por completo independiente del hecho de que el deudor se encuentre o no en concurso. El tratamiento que en el concurso se dispense al problema, ha de traducir el régimen general que se disponga, cosa que es lo que sucede ahora, con los arts. 56 y 57 LC.

Pero también es independiente de la condición personal del sujeto del deudor hipotecario de tal modo que se pudiere excluir al deudor empresario o profesional por el además inadecuado recurso a la figura del **consumidor**. Por lo tanto, resulta por completo rechazable referirse al concurso del consumidor, como lo sería también incluir en su caso las reglas especiales sobre la cuestión que no ocupa entre las que tratan del concurso de quien no es empresario o profesional. Se nos dirá que consumidor en el contexto en que nos encontramos equivale a persona física; pues bien, negamos la conveniencia de tener por establecida semejante ecuación en el terreno jurídico.

Pero situados ante el problema del desalojo de la vivienda y supuesto el fundamento para alterar las normas vigentes sobre el particular, ha de reconocerse que el régimen habría de ser **general** para todo deudor hipotecario persona física acogiendo por igual tanto a quien solicitó el préstamo garantizado con hipoteca para pagar el precio de la vivienda hipotecada como al prestatario que aplicó el préstamo a cualquier otra

necesidad, y muy particularmente nos interesa la referencia al empresario individual y profesional que aplicó el crédito hipotecario a la reinversión en su actividad productiva.

Si el bien jurídico protegido consiste directamente en el inmueble destinado a vivienda del deudor hipotecario cualquiera que hubiese sido el destino del préstamo o crédito garantizado, parece que la institución jurídica a la que se debería volver nuestra mirada es a la *inembargabilidad* de la vivienda. Pero entonces, se nos abren nuevas interrogantes tales como ¿basta con que sea habitual la vivienda para que sea inembargable?, ¿debe serlo aunque se trate de un palacete en la zona residencial más cara de la ciudad?, ¿es concebible que exista una autoridad capaz de determinar las condiciones de la vivienda que debe ser inembargable?, suponiendo existiera esa autoridad, si la vivienda habitual no entrara en las determinaciones autoritarias ¿sería embargable?, etc.

b) Por lo que se refiere a la perpetuación de la deuda si el resultado de la ejecución no llega a cubrir el importe del préstamo o crédito garantizado con la hipoteca, nos parece que los problemas a considerar son varios.

Lo primero que cabría cuestionarse es la generalización del principio de responsabilidad patrimonial universal. Supuesta la respuesta afirmativa por reputar indispensable dicho principio, no significa que, como pasa siempre en derecho, no hayan de reconocerse ciertas excepciones al mismo. Sin perjuicio de volver sobre el particular, en este momento interesa considerar la dación en pago como excepción general al principio que nos ocupa. Es rigurosamente falso lo que a veces se proclama con bastante ligereza desde los medios de información de que la dación en pago obligatoria es sistema general en los países de nuestro entorno. Sólo en algunos Estados de la Unión norteamericana se contempla como regla a la dación en pago. También señalaremos que en la reciente reforma portuguesa se admite la dación en pago dentro de un sistema de remedios a la situación creada hasta ahora que extingue la deuda siempre que lo que se hubiere pagado por el deudor más lo obtenido en la ejecución hipotecaria sea igual o superior al crédito garantizado. También en España el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, contempla la dación en pago como último recurso dentro de un conjunto que en este momento no nos interesa.

No está de más decir que la dación en pago con el efecto remisivo de la deuda restante se contempla ya en el derecho español pero sobre la base de que sea expresamente pactada. Esto es en nuestra opinión lo más recomendable con carácter general, pues si la dación en pago se dejase al arbitrio del acreedor, siendo obligatoria entonces para el deudor, no sería dudoso equipararla al pacto comisorio, con razón prohibido; y si se dejase al arbitrio del deudor, podría probablemente tacharse de fuente de enriquecimiento injusto.

En todo caso y evocando aquí de nuevo la interacción de los sistemas, la generalización de la dación en pago obligatoria supondría un encarecimiento del crédito hipotecario que lo haría prácticamente inaccesible en la mayoría de los casos y muy particularmente para la adquisición de la vivienda en propiedad. Aquí es obligado considerar también el llamado *riesgo moral*.

Por otra parte, insistimos en que la cuestión de la limitación de responsabilidad deja intacto el aspecto de retención de la vivienda.

El problema que ahora nos ocupa, debe ser tratado a nuestro juicio mediante la búsqueda de una equitativa proporcionalidad entre el valor otorgado al inmueble hipotecario en el momento de la concesión del préstamo o del crédito integrando en el cálculo la razonable expectativa sobre la evolución del mercado de los inmuebles del tipo del hipotecado, a fin de que subsista también una equitativa proporcionalidad entre lo que pueda obtenerse de la realización del bien hipotecado y la totalidad del crédito o préstamo garantizado. Cuestión entonces esencial es la de la *tasación* del bien hipotecado.

Por otra parte, en el cálculo de proporcionalidad debe integrarse la consideración del importe de los intereses, especialmente remuneratorios, que devengase el préstamo o crédito.

No hay que decir que el haz de cuestiones que tienen como núcleo a la tasación es a su vez nuclear respecto del problema social que nos ocupa.

Antes anunciamos que volveríamos sobre el principio general de responsabilidad universal, señalando allí que de ninguna manera debe oscurecerse ese principio. Más esto no significa que, como todo lo general, no pueda tener excepciones. Mayor justificación habrá para estas excepciones cuando en el fondo entre los casos excepcionales nuevos que puedan proponerse y otros en los que de hecho se puede ya reconocer en cierto modo un reflejo de la limitación de responsabilidad personal, existe identidad de razón.

No es necesario aquí extenderse en que la responsabilidad limitada reconocida para las personas jurídicas desde tiempo inmemorial si bien, en rigor, responden al principio de responsabilidad patrimonial universal, no deja de representar fácticamente una limitación de la responsabilidad de los socios que al constituir la sociedad, precisamente socializan el riesgo empresarial. La cuestión ha quedado absolutamente al desnudo, apenas encubierto por un mero dato formalista, en los casos de las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada. Si una persona física puede limitar su responsabilidad por el hecho de cumplir el dato formal de constituir una sociedad, sinceramente, no es posible comprender que sin ese dato no pueda limitar su responsabilidad una persona física que acometa como tal una actividad productiva. Colocados en esta tesitura y, en este caso situados también ante el concurso de la persona física, podemos y aún debemos preguntarnos por si no debería hacerse excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal por lo que se refiere al tiempo en los casos de concurso de un deudor persona física que concuyese con la liquidación de sus bienes. Es la famosa cuestión del *fresh start* o “segunda oportunidad” de la que tan partidarios resultan ser siempre los norteamericanos. Por supuesto que esta segunda oportunidad habría de producirse ante los supuestos de buena fe del deudor que estarían, especialmente en los momentos actuales, representados por acrecimientos independientes de la propia voluntad del sujeto tales como el paro, la enfermedad, las crisis matrimoniales, etc.

Por lo demás, esta liberación del deudor respecto de los excedentes de sus deudas que no hayan quedado cubiertos por la masa activa de su concurso, ya advierten ustedes que es ajena a la situación del deudor hipotecario, pero no importa traerla aquí por considerarla cuestión que debe llevarse a la LC con independencia de la ejecución hipotecaria, aunque también es indudable que repercutiría en ella.

#### 4. LOS REMEDIOS PARA SITUACIONES ACTUALES CREADAS POR HECHOS PASADOS

Anteriormente nos hemos referido a que en las circunstancias actuales son numerosos los casos de ejecución hipotecaria y lanzamiento de la vivienda hipotecada. Aunque sería faltar a la verdad no reconocer que los bancos, como acreedores hipotecarios, previamente a cualquier ejecución de la hipoteca acuden a buscar con el deudor acuerdos mediante reestructuraciones o refinanciaciones (cosa por cierto incluso actualmente patrocinada por la LC en su art. 5 bis, aplicable en los casos en que procediera el concurso), lo cierto es que se han multiplicado las ejecuciones hipotecarias con el consiguiente desalojo de la vivienda habitual.

La excepcionalidad de la situación no resulta propiamente de las normas relativas al derecho real de hipoteca y al *ius distrahendi* que comporta, se debe al número o cantidad de las ejecuciones. Número que viene propiciado por causas por completo ajenas a las normas sobre el derecho real de hipoteca y obedientes en cambio a políticas erróneas.

Por consiguiente, como anteriormente hemos dicho, tratándose de situaciones excepcionalmente creadas deben ser tratadas de manera excepcional desde el punto de vista jurídico. Y para el tratamiento excepcional realmente hay que contar con la jurisprudencia de los tribunales que, al resolver caso por caso, pueden encontrar remedios equitativos que no disuena totalmente de los principios, normas y conceptos jurídicos. Hemos de pedir a los tribunales que en su función, por lo demás permanentemente creadora del derecho, interpreten en la actualidad las normas aplicables del modo más favorable a la solución equitativa.

Se han de considerar aquí las sentencias emanadas de algunos de nuestros tribunales que por razones equitativas han aplicado la dación en pago o los principios generales de los contratos, en especial el de la equivalencia de las prestaciones, al cumplimiento del negocio de préstamo o crédito hipotecario; incluso en ocasiones se han traído al campo de este negocio normas relativas al llamado **derecho de consumidores**.

Por otra parte, no queremos dejar de señalar que también desde el ámbito judicial se ha manejado la posibilidad de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* o incluso la ley Azcárate a fin de aminorar los intereses especialmente moratorios. También debemos señalar el recurso a la concesión de moratorias.

Igualmente, los jueces amplían el campo de su mirada para acoger los problemas de desalojo de la vivienda del deudor por virtud de la ejecución de la hipoteca constituida en garantía de un préstamo o crédito destinado a fines distintos a los del pago del precio de la vivienda misma. Estiman ellos, con razón, que la excepcionalidad de la medida debe extenderse al caso de que el préstamo o crédito se haya utilizado incluso para financiar la actividad empresarial o productiva del deudor. Puestos en esta situación, no sorprenderá que consideren extensible el remedio a supuestos en que no es ya la vivienda habitual de la familia el objeto de la ejecución y consiguiente lanzamiento sino el inmueble en que se ejerce la actividad productiva por parte del deudor.

Sin poder detenernos en este momento en el análisis de cada una de las distintas propuestas, nos parece sin embargo conveniente señalar distintos obstáculos que se

lanzan contra ellas y, sobre todo, su limitada significación para resolver por entero el problema que tenemos entre manos.

Vaya por delante, no obstante, nuestra particular adhesión al ensanchamiento del campo de aplicación para acoger a los deudores por préstamos o créditos garantizados con hipoteca cualquiera hubiese sido el destino de los fondos.

Pero la aplicabilidad de los principios generales de los contratos sea por lo que se refiere al consentimiento y sus vicios, sea por lo que toca a la equivalencia de las prestaciones, sea incluso a lo que mira a la excesiva onerosidad sobrevenida o cláusula *rebus sic stantibus*, creemos que nos conduciría a consecuencias jurídicas afectantes a la validez o a la extinción de la relación contractual y que, por lo tanto y en el mejor de los supuestos, serviría para evitar la perpetuación de la deuda pero no evitar la pérdida de la vivienda, no ya por lo que se refiere a su propiedad, sino incluso a su uso.

La cuestión se agrava en los casos en que se quieren extender para resolver nuestro problema normas sobre cláusulas **abusivas**, porque estas cláusulas se contienen (inexplicablemente dicho sea de paso) en el llamado **derecho del consumo** y consiguientemente, puesto que el consumidor se define por oposición a quien realizando una actividad productiva adquiere el bien destinado a los fines de ésta, resultaría que incidiríamos en la fragmentación social que hemos repudiado al principio de esta Comunicación. Por lo demás, ni siquiera los remedios propios de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo (Ley 16/2011, de 24 de junio) podrían aplicarse a nuestro caso sin violencia, pues que expresamente se declara en ella que no es aplicable a los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria (art. 3 a) LCCC).

Pero por si todo esto fuese poco, todavía resulta que nos encontraríamos con la dificultad añadida de que el lanzamiento de la vivienda no podría evitarse en virtud de lo dispuesto para la ejecución hipotecaria en la LEC ya que por el principio *solve et repete* se excluye cualquier oposición por parte del ejecutado y no puede, pues, paralizarse el lanzamiento de la casa aunque hubiese un motivo para tachar al negocio o contrato de préstamo o crédito hipotecario. El acudimiento a los principios de los contratos podría después producirse en el proceso declarativo posterior al de ejecución y lanzamiento que estaría consumado. Precisamente esta particularidad de nuestro derecho procesal ha dado lugar a la cuestión prejudicial planteada por un juez español a la que ha respondido la Abogada General de la UE que el procedimiento español ha de ser cambiado.

De todas formas, ese cambio del proceso representará un cauce en el futuro para poder introducir en el mismo procedimiento de ejecución las defensas que en el orden contractual puedan corresponder al deudor.

## **5. EL CAMBIO EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA**

Por lo que acaba de señalarse, es obvio que el cambio procesal podría remediar el problema que nos ocupa pero solo en parte.

Esa reforma debería tener una doble proyección que, en primer lugar y de acuerdo con los requerimientos de la UE, permitiera la oposición del deudor gracias a la que pudiera defenderse del lanzamiento. Es dudoso que por sí misma la oposición produzca la exclusión (no hablamos del retraso) del lanzamiento. Más bien, se nos

presenta como cauce para la alegación de una defensa de fondo que habría de tener su fundamento en alguno de los principios de los contratos, que ya hemos visto que remedian la cuestión de la deuda o de la responsabilidad pero no propiamente el aspecto de la conservación de la vivienda. Además, y como hemos apuntado antes, en ocasiones la invocación de las normas contractuales requeriría salir del falso proteccionismo paternalista y degradante de la legislación de consumidores. Parece, pues, que también esta recusable legislación debería ser venturosamente eliminada.

Pero la ejecución hipotecaria habría de ser reformada para terminar también con la regla dispuesta por el art. 682.2.1º LEC, que dispone “*que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta*”. No olvidemos que la *tasación* es uno de los puntos neurálgicos del régimen hipotecario. La tasación por lo pronto debe servir para calibrar el importe del préstamo o crédito. De ahí la enorme importancia de que se efectúe con el mayor rigor posible; cuestión de gran trascendencia para juzgar acerca del sobreendeudamiento. Pero adviértase que las operaciones hipotecarias suelen pactarse a muy largo plazo. Y, en consecuencia, resulta francamente dificultoso por no decir imposible prever la evolución del mercado de inmuebles. La consecuencia ha de ser que la tasación efectuada en el momento de la concesión del crédito o préstamo no tiene por qué ser la misma que determine el tipo por el que haya de salir en su caso a subasta el inmueble. Parece que otra tasación es entonces necesaria. Cuestión ésta también esencial en orden al sobreendeudamiento del deudor. Con una **tasación inicial independiente y arreglada al mercado en el momento de la constitución de la hipoteca** y con una **tasación igualmente imparcial y ajustada al mercado en el momento de la subasta**, se está distribuyendo equitativamente el riesgo del mercado. Nótese además que a efectos de aminorar ese riesgo el banco tiene a su favor el interés remuneratorio, respecto del cual por cierto hay que señalar que si el interés es variable debe guardar armonía con la finalidad de la valoración del tiempo propia siempre del tipo de interés, de tal modo que entre la “cláusula suelo” y la “cláusula techo” no se rompa el exigible equilibrio entre las partes. En relación con este punto de vista de la reforma de la ejecución hipotecaria conviene además decir que en el supuesto de que por quedar desierta la subasta hubiere de ser adjudicado el inmueble al ejecutante, la tasación prevista para ese momento debería jugar en su integridad. No hay que decir además que la reforma se debería atener a unos criterios generales establecidos en relación con el razonable interés moratorio.

## 6. EL SOBREENDEUDAMIENTO

Pero si los remedios para abordar los problemas derivados del pasado deben discurrir, en cada caso, por los cauces que se han señalado, es necesario, imprescindible, prevenir para que en el futuro no se vuelva a producir otra situación “excepcional”. Dicha prevención no ha de venir de vigilancias supuestamente preventivas y desde luego humillantes por el paternalismo que implican, sino mediante, como siempre, el recurso a los principios y conceptos jurídicos.

El cambio en la ejecución hipotecaria a que no hemos referido en el epígrafe anterior pertenece ya a las previsiones para el futuro. Y lo mismo sucede respecto de la introducción que propugnamos del *fresh start* en la LC. Pero con independencia de su importancia y de la necesidad de que los cambios se produzcan, lo que importa en este momento es determinar la causa inmediata del problema *social* que se ha hecho objeto de esta Comunicación. Y ese problema social obedece a lo que ha dado en llamarse el

**sobreendeudamiento** al que a veces, muy inconvenientemente por cierto, se añade **del consumidor**. Creemos que a estas alturas no hemos de explicar por qué calificamos de inconveniente ese remoquete, pero en este contexto resulta particularmente inconveniente, puesto que en sobreendeudamiento ha incurrido no solo ese inaprensible sujeto que se llama consumidor sino también los empresarios y profesionales, por reducirnos tan solo al sector privado porque de referirnos al sector público también habría que hablar de su sobreendeudamiento particularmente a partir de que el final del período de vacas gordas se ha reducido el flujo de ingresos fiscales sin haberse reducido mínimamente, sino al contrario, el gasto público.

Pero, a su vez, el sobreendeudamiento no se produce exabrupto ni tampoco por ninguna razón fatal, sino que tiene unas causas conocidas; causas sobre las que precisamente debe incidirse si se quiere de verdad prevenirlo.

El problema social no se genera porque las instituciones y normas jurídicas hayan obrado defectuosamente o resulten inadecuadas; en modo alguno. El sobreendeudamiento se origina en virtud de unas políticas erróneas de perniciosas consecuencias en el sistema social y en el jurídico. El mal proviene del sistema político intervencionista en los procesos económicos sobre la falsa creencia de que sólo mediante la intervención pública pueden atenderse aspectos que de otro modo quedarían no ya desatendidos sino por completo difuminados con daño para los grupos sociales menos afortunados. Vistas así las cosas, el sistema jurídico se pone al servicio de la ingeniería social fragmentándose en diversos “derecho regulatorios” con las nefastas consecuencias en las que ahora no podemos entrar, pero que se resumen en la pérdida del sentido del derecho con las perniciosas consecuencias que tiene para la libertad de la persona y, por lo tanto, para establecer una sociedad de hombres libres.

Por consiguiente, la prevención del sobreendeudamiento no ha de venir de vigilancias ni de nuevos y burocráticos organismos supuestamente preventivos pero desde luego humillantes por el paternalismo que implican, sino que ha de conseguirse mediante, como siempre, el respeto a los principios y conceptos jurídicos y la rectificación de las políticas que generan el sobreendeudamiento. Eliminadas esas políticas, no habrá problema de sobreendeudamiento en relación con la adquisición de viviendas ni en ningún otro sector y, por consiguiente no será necesario recurrir a medidas excepcionales y antijurídicas para resolver un *problema social* que no llegaría a plantearse.

El sobreendeudamiento tampoco es consecuencia de una causa única. La causa directa es la expansión artificial del crédito por parte de la banca. Esa expansión es *artificial* cuando no se corresponde a una producción de bienes y servicios, sino que obedece a una “burbuja financiera” creada en virtud de la posibilidad que tienen los bancos de recurrir al banco central en demanda de medios que les procuren la liquidez necesaria para atender sus necesidades ya que, además, se produce el descalce de los créditos por prestar el banco a largo plazo mientras que necesita liquidez para pagar el crédito a corto; la “burbuja” se crea si además el tipo de interés a que presta el banco de banqueros es irrisorio y, por supuesto, determinado por completo al margen del mercado del dinero y del crédito y fijado, pues, autoritariamente. Esta perniciosa política monetaria se combina además con el privilegio que representa para los bancos ver suspendidos los sanos principios del depósito en el caso de los constituidos a la vista por sus clientes sustituyéndolos por la *reserva fraccionaria*. No se olvide que este privilegio tuvo su origen histórico por razones políticas ante la necesidad de financiar

empresas de ese carácter y ante la resistencia de los ciudadanos a votar impuestos o tributos.

Sistema de *reserva fraccionaria* unido a sistema de banco central con la fisonomía que le es propia provocan la “burbuja financiera” que ha desencadenado la expansión inmoderada del crédito gracias al cual ha podido creerse por todos que estábamos en la Arcadia feliz.

Pero no sólo la fuertemente intervencionista política monetaria y del crédito junto al sistema de *reserva fraccionaria* influye en el sobreendeudamiento. Porque evidentemente sobreendeudarse es una acción libre y voluntaria del sujeto que puede realizarla con cualquier fin. Con independencia de que esa acción ha de ser respetada y sostenida por el derecho, interesa señalar que en el sobreendeudamiento para la adquisición de vivienda confluyen además otras políticas como concausas; alguna de cuyas políticas tiene su origen en el afán tutelar paternalista. Me refiero a la que se ha venido traduciendo en la protección al inquilino que ha hecho abandonar la actividad productiva de construir para alquilar y, paralelamente, ha llevado a los ciudadanos a desear contar con vivienda propia, lo, a su vez, conduce a que la actividad constructiva se oriente hacia la venta. Cuando concurre, pues, lo que se puede llamar la “burbuja productiva” con la “financiera” y la “pública” que es lo que ha ocurrido en el pasado, los perversos efectos no tardan en aparecer. En primer lugar, el paro o desempleo que impide que pueda pagarse el precio o las cuotas del préstamo hipotecario; pero además, la caída de los precios de los inmuebles, que derriba la ilusión de que la vivienda es un activo sólido en permanente ascensión; otros efectos perversos causa la conjunción de políticas tan erróneas como las que se han esbozado aquí.

Ante este panorama ¿resulta proporcionado y sobre todo justo achacar al régimen jurídico de los préstamos o créditos hipotecarios y de la garantía real de hipoteca el problema social al que nos hemos venido dedicando?, ¿puede alguien creer que las reformas del régimen del sistema jurídico relativo a la hipoteca en su doble vertiente negocial y jurídico-real o las del sistema concursal acabarán con ese problema y evitarán que vuelva a plantearse? Además cualquier reforma de esos sistemas jurídicos tras de no resolver el problema representaría un golpe nuevo al derecho que lo rebajaría un nuevo escalón en su degradación. Sin perjuicio de los retoques que aquí hemos señalado como dignos de consideración.

Diciembre de 2012