

Es necesaria una nueva racionalización de la posición del acreedor frente al deudor-consumidor.



# La tutela de los consumidores en la ejecución hipotecaria

**L**os datos que la realidad devuelve son poco alentadores. La creciente tasa de paro desde que la, inicialmente, “no-crisis” se fue haciendo “crisis”, hasta las negras cotas actuales está teniendo como consecuencia directa un correlativo incremento de la tasa de morosidad en los préstamos hipotecarios. El mito del “crecimiento sostenible” y el cielo del “pleno empleo” se han ido esfumando y la realidad se impone con toda su crudeza. **LORENZO PRATS,** catedrático de Derecho Civil.

La contratación de un préstamo hipotecario no es una decisión exenta de riesgo, al contrario. Es más, estos riesgos se incrementan en función de la mayor duración de la operación, si se compara con nuestro promedio de esperanza de vida. Sin embargo, el deseo de ser propietario, de un lado, y la posibilidad de conceder préstamo, de otro, acabó banalizando el riesgo.

La operación de préstamo con hipoteca no fue diseñada para el sector que ahora se denomina de hogares-residentes

**El riesgo de la operación.** El riesgo no deriva solo del impago, y de que el acreedor reclame el cumplimiento, sino de que este decida activar aquello que la hipoteca implica, que es la petición de solicitar la venta de la cosa hipotecada, en subasta judicial o notarial.

Históricamente, la hipoteca supuso una racionalización del ejercicio directo de la fuerza material que el acreedor podía ejercer sobre el deudor para que pagase lo que debía: *Dura lex, sed lex*. El actual procedimiento de ejecución hipotecaria no deja de ser “fuerza racionalizada”. Su activación por el acreedor ante el impago de lo debido solo está dirigido a un fin: recobrar con celeridad lo que se le debe mediante la venta del bien hipotecado, pues, justo para eso, se hipotecó.

## La recuperación de la quita

Sin embargo ha de tenerse en cuenta un dato de importancia: la operación de préstamo con hipoteca, en atención a su riesgo, no era una operación pensada para cualquier deudor, ni menos para el sector que ahora se denomina sector privado/hogares-residentes. Hasta finales de los años 80 del siglo XX se concedía, casi exclusivamente, a personas con un elevado perfil de solvencia; propietarios, casi siempre, del inmueble que hipotecaban.

A partir de entonces lo que era un “producto para profesionales” pasó a permitir que no-profesionales –consumidores ahora– lo contratasen para poder comprar lo que no tenían, generalmente, la vivienda, que, además, pasaba a ser hipotecada. Con lo que el riesgo de la operación se incrementaba exponencialmente. La vivienda habitual, tradicionalmente patrimonio refugio, se sujetaba al riesgo de la ejecución hipotecaria.

Un dato revelador de esta última observación es que, en el conjunto de los préstamos hipotecarios, la tasa de morosidad que ha crecido menos es la que afecta a aquellos concedidos para la adquisición de la vivienda habitual, y en los que esta es el bien hipotecado (3'8%, fuente: AHE).

**La economía financiera.** La llamada “economía financiera” había irrumpido para fomentar y hacer dependiente de ella a la “economía de consumo”. Sin embargo, su irrupción no vino acompañada de una adecuación de los mecanismos de la garantía al “nuevo deudor”. El acreedor, arropado por una posición jurídicamente privilegiada, conservaba sus facultades de agresión a través de un proceso de ejecución, concebido en el 1861, que atiende, exclusivamente a la tutela de su interés, pues es el que se considera objeto de superior atención.

Sin embargo, en el momento en el que se generaliza la concesión de préstamos hipotecarios, tanto nuestra Constitución, como el Derecho originario de la Unión

**L**a recuperación de la quita para las personas naturales, que se encuentren en determinadas circunstancias, no implica una erosión de la denominada “cultura del cumplimiento”, sino una racionalización del ejercicio del derecho del acreedor. Como es bien conocido, el patrimonio de una persona no es embargable por debajo de los umbrales previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Mantener vivo el crédito a la espera de que el patrimonio del deudor supere tales umbrales puede ser incluso contraproducente, pues acabará excluyendo al deudor de la posibilidad de acceder a la financiación mientras tanto no pague, y este pago cada día se convierte en un acto más difícil como consecuencia de los intereses de demora –a pesar de que estos no sean abusivos–.

La quita permitirá la reintroducción en la sociedad financiera a quien tuvo que acogerse a ella; lo que, además, puede permitir que con su ulterior actividad retorne al sistema las pérdidas sufridas con ocasión de su anterior situación de insolvencia. Al fin y al cabo, esta es la solución que se ofrece a las personas jurídicas, que tras la insolvencia se extinguen, si bien los mismos socios podrán constituir una nueva sin las deudas del pasado. A esta solución en Estados Unidos se le ha denominado gráficamente como “fresh start”. Aquí, a fin de que una discusión nominalista no acabe eternizando la solución, importa que se implemente la medida, a fin de que se facilite a muchas personas la salida de “su” crisis patrimonial y su reincorporación a la actividad económica.

Europea, habían elevado a la categoría de interés especialmente digno de tutela, amparo y protección al que presenta el consumidor y usuario, que, en la actualidad, tras la Carta de los Derechos Fundamentales UE y su Tratado de Funcionamiento, se ha convertido en principio de orden público europeo.

Lo que, en consecuencia, enfrentados intereses de diferente rango, que exige una nueva racionalización

de la posición del acreedor frente al deudor-consumidor, pues este presenta un interés especialmente protegido. Así, las facultades que se le reconocen al acreedor por la ley, y el procedimiento para su realización, si bien puede seguir aceptándose cuando el prestatario sea un profesional, han de ser sustancialmente diferentes cuando el deudor sea un consumidor que, además, ha hipotecado su vivienda habitual.

**Tensión judicial.** Sin embargo, nuestra ley no ha variado sustancialmente y la tensión se ha trasladado a los tribunales. Es decir, al banco de pruebas donde los intereses, valores y derechos se enfrentan. Allí donde las ineficiencias e incoherencia de las normas con sus principios generales se ponen de manifiesto con toda su crudeza. Un Auto de la Audiencia Provincial Navarra notificado a finales de enero de 2011 puso a la vista de todos una paradoja: la ley es injusta con quien ha de ser especialmente más justa. Desde entonces el legislador esta en falta. La sentencia del TJUE del pasado 14 de marzo lo ha colocado, literalmente, “fuera de juego”: la Ley de Enjuiciamiento Civil no tutela como debe al consumidor y, por si faltase poco, no permite al poder judicial, que tiene por función esencial la tutela de los derechos, que les preste tutela efectiva. Los jueces no pueden dejar de prestarla sin entrar en contradicción esencial con su función, por eso desde el referido Auto, o el más reciente de la Audiencia Provincial de Burgos, o la decisión del Consejo General del Poder Judicial de convocar a los magistrados del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia para unificar criterios ante este asunto, pretenden imponer al sistema su lógica: que implica no solo la posibilidad de reaccionar ante una cláusula abusiva, sino, y sobre todo, la de poner de manifiesto que el proceso de ejecución hipotecaria deja inerte al deudor-consumidor, en favor de la tutela hiper-privilegiada del acreedor, a pesar de que las nor-

mas fundamentales establecen principios distintos.

En consecuencia, el legislador ha de reaccionar aprobando un nuevo proceso de ejecución en el que sea posible la equilibrada tutela de los consumidores; sin que ello implique merma del derecho del acreedor a obtener el recobro, ni una lesión irremediable del derecho de crédito, ni de la confianza de los tenedores de cédulas y bonos hipotecarios. Esta regulación es posible, no supone la cuadratura del círculo. Solo exige una regulación propia de la ejecución cuando el deudor sea consumidor. Pero no solo, también exige un reforzamiento decidido de la tutela preventiva de sus derechos, que permita evitar que se celebren contratos que contengan cláusulas que puedan lesionarlos.

En este sentido van las disposiciones que regulan la concesión responsable de préstamo, al regular, imperativamente, la actuación de las entidades financieras en los tratos o negociaciones previas, así como en la determinación del contenido contractual y del tipo de interés.

### Reforzar la intervención notarial.

Sin embargo, no es bastante. Es preciso reforzar la intervención notarial, especialmente en la contratación hipotecaria. Ha de reforzarse la enorme capacidad del notario de controlar con eficacia el cumplimiento de las normas que tutelan a los consumidores antes de que se consuma su lesión. Lo que exige, de un lado, que el legislador avance en la perfección y actualización del listado de las cláusulas abusivas; de otro, que las sentencias firmes que las declaren sean conocidas de inmediato por todos los notarios, pues medios telemáticos existen a este objeto, tanto en el Consejo General del Poder Judicial como en el del Notariado; y en tercer lugar, que se les impida autorizar escrituras públicas que contengan cláusulas o pactos contrarios a sus derechos.

Pero, además, y de otra parte, ha de regularse el momento previo al impago. Lo que podría denominarse

## El riesgo no deriva solo del impago, sino de que el acreedor decida activar la venta de la casa hipotecada, en subasta judicial o notarial

la gestión positiva del cumplimiento, cuya finalidad será hacer que sea posible el cumplimiento, y evitar que el acreedor, ante el impago, desencadene los efectos ejecutivos de las facultades que la ley le otorga como titular de un crédito hipotecario.

A este efecto, ha de ser regulado, en primer término, un procedimiento semejante al acuerdo de refinanciación, ya existente para las personas jurídicas, con una peculiaridad: este acuerdo debe ser el resultado de un procedimiento previo sujeto, en aquello que sea posible, a las reglas y principios previstos en la ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, sin que, necesariamente, se atenga a lo que se entiende, estrictamente, como mediación. Y ello pues la persona que gestiona el conflicto no interviene, propiamente, como un mediador, pues facilita la negociación, interviene en ella e, incluso, tiene la facultad de proponer a las partes una solución, que permita el pago de la deuda bajo otras circunstancias, sin que ello suponga novación.

Pero también y, en segundo lugar, la nueva regulación ha de recuperar la posibilidad de que en este procedimiento, denominado de intermediación, sea posible que las partes pacten la "quita" de una parte de la deuda. "Quita" o perdón parcial o total de deuda, que se contemplaba en el Código Civil, y cuya posibilidad fue derogada por la Ley Concursal. Y ello pues, en determinadas circunstancias, el mantenimiento de la obligación no es más que una ostentación estéril de la fuerza del acreedor, sobre todo cuando el patrimonio del deudor ya se agotó y el acreedor se adjudicó el bien hipotecado o consiguió venderlo en subasta a un tercero, si bien a un precio inferior al total de lo adeudado. ●

El acreedor conserva sus facultades de agresión a través de un proceso de ejecución, concebido en 1861, que atiende, exclusivamente a la tutela de su interés.

