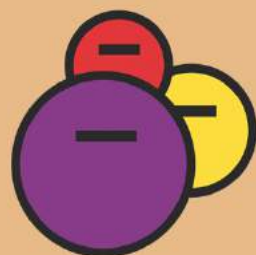


ESTUDIO DE MEDIDAS LEGALES EN TORNO AL SOBREENDUDAMIENTO FAMILIAR



ADICAE

Asociación de Usuarios de
Bancos, Cajas y Seguros

**ESTUDIO DE
MEDIDAS LEGALES EN TORNO AL
SOBREENDEUDAMIENTO FAMILIAR**

PRESENTACIÓN DEL PRESIDENTE DE ADICAE

El concepto de “sobreendeudamiento” fue un término que modestamente podemos atribuir su difusión en España a ADICAE. Hace más de 20 años, en el final del siglo XX ante el crecimiento desorbitado de los préstamos hipotecarios de vivienda, ADICAE comenzó a hablar del sobreendeudamiento de los consumidores como un grave peligro, como una palabra que aportaba connotaciones que “endeudamiento”. Sobreendeudamiento era una palabra nueva, que molestaba a las entidades bancarias y crediticias porque son precisamente ellas, podríamos decir, los profesionales del sobreendeudamiento. ADICAE promovió dicho concepto con diversas publicaciones algunas de las cuales datan del año 2002. Nos convertimos en paladines de la prevención y defensa de los consumidores frente al sobreendeudamiento, haciendo alusión a las deudas incontroladas que pueden tener los consumidores en general, es decir, en la economía de las familias con una visión positiva y crítica de prevención.

En este código QR se pueden encontrar las publicaciones:



Hemos repetido en muchas ocasiones como ejemplo de un endeudamiento razonable el famoso mantra popular de “deudas tengas y las pagues” pero siempre desde un punto de vista responsable y sin abusos por ninguna de las partes implicadas.

Volviendo al concepto de sobreendeudamiento, se puede apuntar, que el problema deriva cuando los consumidores empezaron a tener deudas de todo tipo no soportables, principalmente de la vivienda y la hipoteca. Es ahí donde viene la palabra sobreendeudamiento, a la medida en relación a un endeudamiento insostenible, al que no se puede hacer un cumplimiento, un endeudamiento absolutamente negativo. Pues bien, esa palabra que había sido casi abandonada, entre la anterior crisis financiera y esta enorme crisis sanitaria pero también económica causada por el Covid-19 que se nos viene encima, ha vuelto de nuevo a la máxima y lamentable actualidad, tanto para la nueva pobreza generada por la pandemia del Coronavirus, como para millones de familias que lograron pagar sus hipotecas con muchos sacrificios desde la anterior crisis y ahora se ven de nuevo agobiados por la imposibilidad de seguir pagando esas hipotecas ya muy avanzadas.

Pues bien, con el presente Estudio de Medidas Legales ADICAE vuelve como siempre a la vanguardia a poner en el punto de mira y en alza la prevención del sobreendeudamiento de las familias.

El contexto de la pandemia deja catástrofes sanitarias, sociales y económicas y ha vuelto a poner en primer plano las malas prácticas en torno a los créditos de los consumidores, esta vez con una gran importancia de los créditos inmediatos y las tarjetas de crédito aplazado popularmente conocidas como “revolving” denunciadas desde ya hace un tiempo por ADICAE, incluso casi en solitario.

Autoría:

Javier Plaza Penadés

Mario Manjón Rosado

Luís García Perulles

Equipo técnico proyecto “El Sobreendeudamiento de los Consumidores”

Edita:

ADICAE, Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros.

Con la colaboración del Ministerio de Consumo

Maquetación:

Miriam Valenciano

Depósito Legal:

Z 1654-2020

El empobrecimiento y el sobreendeudamiento han llevado a muchas familias a una situación límite. Los dos conceptos conllevan la exclusión, el empobrecimiento total, el no poder disponer casi de ningún bien, ni siquiera de los propios que están embargados, están controlados judicialmente en muchos de los casos, incluso el sueldo del que sólo dice la ley que se puede disponer en muy pequeña medida, es decir, todo un drama al que ADICAE ha considerado tan fuerte como el propio crédito, por ser un endeudamiento dañino hasta su planteamiento clásico del “disfrutar de bienes anticipados de su pago” que se demora en condiciones ventajosas y positivas.

La hipoteca continúa siendo la deuda más importante de su vida para la inmensa mayoría de los españoles. A la hipoteca la podríamos llamar el “cielo” y el “infierno” de los consumidores en España. Y se puede apuntar a la banca como causante del destrozo tan enorme de la economía en general y del que supuso para millones de familias en la anterior crisis. Se puede decir que se les llevó al “infierno” o están todavía alguna de ellas en él, a causa de determinadas condiciones de las hipotecas en nuestro país.

Por otra parte, la prevención del sobreendeudamiento no ha gozado de demasiadas simpatías de las entidades financieras y los sucesivos gobiernos que querían hacer ver eran el paraíso de la propiedad de la vivienda, una propiedad meramente formal o ficticia. Todo ello acompañado de la inexistencia de la necesaria legislación para que haya una verdadera “segunda oportunidad” para los consumidores de la que sí han dispuesto siempre todo el empresariado y, en particular, el gremio de promotores constructores y, últimamente, grandes especuladores con la vivienda habitual como determinados fondos de inversión. En definitiva, no se ha legislado hasta ahora que la segunda oportunidad para los consumidores sea una medida real a pesar de la insistencia y reiteración de ADICAE entre los consumidores de toda España y ante todo tipo de instituciones y entidades.

Por todo ello, les animo a reflexionar y a leer con paciencia, capacidad analítica y visión crítica el intenso contenido de estos estudios llevados a cabo en 2020 por un amplio grupo de expertos académicos, juristas y técnicos de los servicios de ADICAE con la participación de grupos de consumidores afectados por los problemas o muy interesados en su resolución. La información y análisis recopilados son de gran interés y fortalecen la idea de que los consumidores debemos seguir defendiendo y ampliando nuestros derechos y ADICAE siempre estará en la vanguardia de esa defensa.

Un saludo.
Manuel Pardos.
Presidente de ADICAE.



ÍNDICE

0. Introducción	8
1. Problemática jurídica del sobreendeudamiento en España	11
1.1. Transparencia bancaria y concesión responsable del crédito	11
1.2. La dación en pago en el derecho español	14
1.3. Insuficiencias y problemáticas de la Ley Concursal	17
a). Análisis de contexto y encaje de la Ley Concursal.	17
b). Una Ley para las empresas, no para los consumidores	18
c). Principales problemáticas y desajustes	19
1.4. Concurso de acreedores de personas físicas con BEPI (beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho), como fórmula de segunda oportunidad	20
2. Legislación especial Covid-19 en materia de segunda oportunidad y evitación de situaciones de sobreendeudamiento o impago	24
2.1. Propuesta de una regulación de la Cláusula rebus sic stantibus en el Código Civil (español) como ya existen en todos los países europeos y en algún derecho civil foral o especial	28
3. Iniciativas extrajudiciales	33
A) El marco de resolución extrajudicial de conflictos de consumo. Una revisión de la normativa comunitaria y la trasposición española.	33
B) La Agencia de Protección del Cliente Financiero. Una asignatura pendiente para luchar contra el sobreendeudamiento.	35
C) Reformas procesales para favorecer los sistemas extrajudiciales y la ejecución de sus pronunciamientos.	33
D) Los códigos de buenas prácticas. ¿Un brindis al sol?	36
E) Arbitrajes fake. Análisis de intentos baldíos de dotar de equidad al sistema	39
F) Acercándose a los servicios de mediación hipotecaria y las oficinas de afectados por la crisis	39
G) El encaje normativo relativo al sobreendeudamiento, emergencia habitacional y pobreza energética	41

0. Introducción

El actual contexto económico y social que ha impuesto la crisis pandémica producida por el Covid-19 está perjudicando de forma global a las familias y, especialmente, a las familias más vulnerables. Precisamente este tipo de familias y consumidores vulnerables son el target poblacional que puede ser objeto de dinámicas de sobreendeudamiento más graves y peligrosas para la estabilidad de sus propias economías. Sus condiciones propias de vulnerabilidad que se sustentan en economías precarias e inestables son las principales afectadas por la actual crisis. Esta situación se puede traducir en un situaciones de falta de ingresos y posibles colapsos de balance que acaben necesariamente en situaciones de deuda o impagos. Por todo ello, ADICAE reivindica un marco legislativo garante y claro que proteja a los consumidores, en primer lugar, de esas situaciones de vulnerabilidad y, en segundo lugar, de situaciones de sobreendeudamiento no transparente y con malas praxis o abusivas.

El actual marco legal necesita ampliar los derechos de los consumidores que se ven afectados por situaciones de sobreendeudamiento. Se deben reforzar y legislar situaciones lógicas y que moralmente se pueden definir dentro de los imaginarios colectivos como justas, razonables y legítimas. El ordenamiento jurídico debe alejarse de las actuales posibilidades de los acreedores de realizar pagos imposibles e irrealizables y abrirse al mecanismo de segunda oportunidad y a los procesos de concurso.

Como se puede dilucidar a lo largo de la lectura del presente estudio los diferentes derechos que actualmente acompañan a los consumidores que se ven afectados por situaciones de sobreendeudamiento parten de una lógica casuística. Dependiendo de los tipos de deuda adquiridos asisten derechos y regímenes jurídicos diferentes. Algunos de ellos plantean pautas claras y garantías y, por el contrario, en otros permean extensas lagunas legislativas, debates interpretativos o incluso prácticas abusivas que pueden ser objeto de demanda y terminar en resarcimiento y devolución de cantidades más intereses legales.

Lo anteriormente expuesto se puede ejemplificar en las diferentes acciones y procesos devenidos del impago de un préstamo hipotecario o los intereses abusivos de una tarjeta revolving. En el primer caso se deben tener en cuenta posibilidades de reestructuración, dación en pago o cláusulas abusivas como las cláusulas suelo, gastos hipotecarios, IRPH y, de forma fundamental, la posible ejecución en términos abusivos de la cláusula de vencimiento anticipado¹. En el segundo caso, se deben tener en cuenta la abusividad de los

intereses del propio producto. Los intereses de las llamadas tarjetas revolving han sido objeto de sentencia del Tribunal Supremo, resolviendo su abusividad y lesividad a los derechos de los consumidores por lo que cabe la restitución devenida de estos intereses abusivos, la paralización o suspensión de la deuda incluso la resolución del contrato².

Por todo ello, se plantea una serie de retos para el legislador, la administración de justicia y los consumidores para tratar de reforzar la seguridad jurídica y los derechos de acreedores y deudores dentro de unos márgenes lógicos, coherentes y claros. La guía a seguir no puede apoyarse enteramente en manos de la autoridad judicial, sino que hay que implementar procesos extrajudiciales que conllevan como característica principal la rapidez y gratuidad de los mismos.

El sobreendeudamiento en el ordenamiento jurídico: Transparencia bancaria y concesión responsable de crédito, dación en pago, Ley Concursal, concurso de acreedores BEPI y legislación especial Covid-19.

Para introducir enteramente la materia a tratar se debe señalar que la actual tendencia del Derecho oscila cada vez más hacia la prevención y que quiere ser menos litigioso y reactivo, la prevención frente a las situaciones de sobreendeudamiento se han asentado con la reciente Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (que incorpora a nuestro Derecho la Directiva 2014/17/CE), consolidando la línea iniciada por la Ley 16/2011, de 24 de junio (que incorpora la Directiva 2008/48/CE), de contratos de crédito al consumo, al menos para prevenir y evitar el fenómeno del sobreendeudamiento, y lo ha hecho a través de la transparencia material en la contratación, así como en lo relativo a la exigencia de un mayor rigor en la evaluación de la solvencia del deudor, evitando así la concesión crédito o financiación irresponsable o de dudoso cobro, sobre la experiencia ya vivida con ocasión de las crisis de 2008.

Obviamente, cuando acontece una situación de sobreendeudamiento o de insolvencia sobrevenida por circunstancias imprevistas, el Ordenamiento Jurídico debe de establecer mecanismos que permita o garantice a los acreedores el cumplimiento de las obligaciones y la satisfacción de sus créditos de la mejor forma posible, a la vez que, una vez se hayan satisfecho razonablemente las deudas, dicho ordenamiento debe de proveer mecanismos de segunda oportunidad, que permitan al deudor acceder de nuevo al crédito y al mercado sin trabas ni limitaciones. En este sentido, herramientas como la dación en pago, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho tras un proceso concursal (junto con el llamado “derecho al olvido”) o las soluciones transitorias consistentes en moratorias o aplazamientos con ocasión de la pandemia del COVID-19, son mecanismos e instrumentos jurídicos (si se prefiere, instituciones jurídicas) que persiguen ese difícil equilibrio entre la mejor

1: España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 463/2019 de 11 de septiembre de 2019.

2: España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 600/2020 de 4 de marzo de 2020.

satisfacción de los créditos y la posibilidad de rehabilitación o recuperación del deudor.

Identificado y convenientemente descrito el fenómeno del sobreendeudamiento, pasamos a analizar ahora algunas instituciones de carácter preventivo o paliativo en torno al sobreendeudamiento, realizando un estudio de su situación actual y haciendo unas propuestas de mejora (*de lege ferenda*), desde la asociación ADICAE, con el fin de que el legislador las pueda tomar en consideración y se pueda continuar progresando en un Derecho Civil y de Consumo más social.

Del mismo modo, se debe trabajar en la inmediata implementación de mecanismos de refinanciación y reestructuración de deudas cuando las personas físicas o jurídicas deudoras despliegan una actividad que puede ser sostenible en el futuro y que tiene relevancia en el tejido económico o productivo del país, así como en mecanismos de prevención de situaciones concursales, mediante su detección temprana, evitando que se acuda a la institución del concurso de acreedores cuando la situación del deudor es realmente grave y difícilmente sostenible, lo que se hubiera evitado con mecanismos de reestructuración y detección temprana de las situaciones sobrevenidas de insolvencia, línea en la que ahonda el Derecho Comunitario y las Directivas (como la Directiva 2019/2023/CE) que deben de incorporarse en breve a nuestro Ordenamiento Jurídico con ese cometido y finalidad (a más tardar el 17 de julio del 2021) y que también ayudarán a prevenir y evitar el sobre endeudamiento empresarial y personal.



1. Problemática jurídica del sobreendeudamiento en España

1.1. Transparencia bancaria y concesión responsable del crédito

Han sido muchas y variadas las Sentencias, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que han ido configurando la transparencia material, esto es, aquella que hace referencia a la necesidad de que el consumidor, a la hora de adherirse a los contratos, disponga de una información clara, sencilla y comprensible sobre las cláusulas o de los aspectos del contrato que tienen una especial incidencia por entrañar riesgos o desequilibrios en el ámbito económico y jurídico (control de transparencia). O, dicho con otras palabras, **el consumidor debe de conocer con total claridad, en el momento de manifestar su consentimiento en los contratos predispuestos o de adhesión, cuáles son los principales riesgos económicos y jurídicos que entrañan algunas de las cláusulas o el propio (producto o servicio ofertado en él) contrato, para poder prestar de este modo un "consentimiento válido e informado" a dicho contrato de adhesión.**

De hecho, el vigente artículo 83 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios reconoce ya la falta de transparencia material como uno de los supuestos que puede conllevar la nulidad de la cláusula o, en su caso, la nulidad del contrato, equiparándolo la falta de transparencia material a las cláusulas abusivas; puesto que la falta de transparencia conlleva también un desequilibrio de derechos en perjuicio del consumidor.

En concreto, el segundo párrafo del artículo 83 TRLGDCU, recogiendo toda la doctrina jurisprudencial de la última década, establece que:

«Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.»

Dicha redacción del artículo 83 TRLGDCU obedece a la reforma introducida en virtud de la disposición final octava de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Además, es en dicha Ley 5/2019, de 15 de marzo, en la que se hace una regulación de la transparencia aplicada al ámbito específico de dicha norma. De hecho, en la Exposición de Motivo de dicha Ley se señala:

«En este sentido, se ha optado por ir más allá de la estricta transposición de la Directiva 2014/17 con el objetivo de garantizar que el prestatario tenga a su disposición la información necesaria para que pueda comprender en su

integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar y que, por lo tanto, se pueda considerar cumplido el principio de transparencia en su vertiente material.

Esta medida, destinada a reforzar el equilibrio que debe existir entre las partes en toda relación jurídica contractual, se complementa atribuyendo al notario la función de asesorar imparcialmente al prestatario, aclarando todas aquellas dudas que le pudiera suscitar el contrato, y de comprobar que tanto los plazos como los demás requisitos que permiten considerar cumplido el citado principio de transparencia material, especialmente los relacionados con las cláusulas contractuales de mayor complejidad o relevancia en el contrato, *concurran* al tiempo de autorizar en escritura pública el contrato de préstamo o crédito hipotecario.»

Todo ello se materializa además en la propia Ley 5/2019; en concreto, en la regulación contenida en los artículos 14 y 15.

Por otra parte, la Ley 5/2019 también se ocupa con detalle de «evaluación de la solvencia», entendida como la evaluación de las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de préstamo.

En ese sentido, la citada Ley 5/2019 establece determinadas exigencias en materia de evaluación de la insolvencia mucho mayores de las exigidas hasta la fecha y orientadas a evitar situaciones de concesión de préstamo de dudoso cobro.

El resultado de todo ello es la actual regulación del artículo 11 de Ley 5/2019 y el consiguiente endurecimiento en la concesión del préstamo hipotecario. Y lo mismo ocurre con el crédito al consumo, reforzado por una jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que obliga a soportar las consecuencias del impago del crédito cuando la entidad no realizó de forma objetiva y profesional la evaluación de la solvencia (STJUE 5 de marzo 2020, de Asunto C-679/18, en aplicación del artículo 8 de la Directiva 2008/48/CE, según el cual, el prestamista está obligado a evaluar la solvencia del consumidor) **siendo la finalidad de tal obligación impedir que conceda créditos a consumidores que no sean solventes y responsabilizar al prestamista por ello. Además, el juez nacional está obligado a examinar de oficio si se ha cumplido la obligación de la prestamista establecida en el artículo 8 de la misma Directiva y a aplicar las sanciones previstas por ello, que conllevarían la imposibilidad de reclamar el dinero prestado en caso de impago.**

Volviendo a la regulación más detallada de la evaluación de la solvencia del deudor en la Ley 5/2019, los artículos 11 y 12 de la LRCCI disponen que los **prestamistas deberán evaluar en profundidad la solvencia del potencial prestatario, fiador o garante antes de celebrar un contrato de préstamo.**

Dicha evaluación tendrá debidamente en cuenta los factores pertinentes para verificar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del préstamo, entre otros la situación de empleo, los ingresos presentes, los previsibles durante la vida del préstamo, los activos en propiedad, el ahorro, los gastos fijos y los compromisos ya asumidos. Asimismo, se valorará el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral.

Así, los prestamistas e intermediarios del crédito y sus representantes designados especificarán de manera clara y directa en la fase precontractual la información necesaria y la documentación que el potencial prestatario deberá facilitar, así como el marco temporal en que debe facilitar la información en cuestión. Dicha información y documentación será proporcionada y limitada a lo necesario para la realización de una evaluación adecuada de la solvencia, con los límites establecidos en la normativa de protección de datos.

El prestamista deberá consultar el historial crediticio del cliente acudiendo a la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE), así como a alguna de las entidades privadas de información crediticia en los términos y con los requisitos y garantías previstos en la legislación de protección de datos personales.

Por último, el prestamista, el intermediario de crédito o el representante designado advertirán al prestatario que el préstamo no podrá concederse cuando no sea posible llevar a cabo la evaluación de la solvencia debido a que el potencial prestatario haya optado por no facilitar la información o la documentación necesaria para llevar a cabo dicha evaluación.

Por todo ello, podemos concluir que tanto las exigencias de “evaluación de la solvencia” del deudor y demás garantes de la obligación, así como las exigencias de “transparencia material” que deben darse a la formalización del contrato están convenientemente reguladas en nuestra actual legislación, especialmente en lo que refiere a la regulación de los contratos de crédito inmobiliario y de crédito al consumo.

Desde ADICAE señalamos que la “transparencia material” no puede interpretarse como una simple “transparencia formal o documentada”, puesto que la transparencia material exige, especialmente por parte de la entidad predisponente, realizar un esfuerzo para facilitar al consumidor adherente la comprensibilidad real del producto o servicio que contrata y sus cláusulas, **aportando una documentación clara y sencilla que permita al deudor y demás obligados hacerse una composición de los principales riesgos económicos y jurídicos que entrañan alguna de las cláusulas o del propio producto o servicio contratado.**

1.2. La dación en pago en el derecho español

La dación en pago es una institución jurídica cuya validez se admite por el Ordenamiento Jurídico español, si bien no está regulada de forma específica y concreta en el Código Civil ni en ninguna ley especial.

La dación en pago, como su propio nombre indica, consiste en la entrega de un concreto bien o de un conjunto de bienes “en pago” (o “*pro soluto*”) de una deuda concreta o de un conjunto de deudas. Por tanto, con la expresión “en pago” se hace referencia al inmediato carácter liberatorio que se produce en favor del deudor respecto de las deudas por el mero hecho de entregar un bien o un conjunto de bienes.

Sin embargo, la aproximación que se hace doctrinalmente a la institución de la dación en pago se realiza a través del artículo 1175 del Código Civil, que se ocupa, con carácter principal, del pago mediante la “cesión de bienes”.

Sin embargo, aunque en el citado artículo 1175 se regula con carácter principal la cesión de bienes, también es cierto que en dicho precepto se admite la validez de realizar la dación en pago.

De hecho, dicho precepto se inicia con una máxima o principio general, que consiste en admitir que en el derecho español «el deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas». Y este es precisamente el hecho singular y definitorio de la dación, que es “en pago” o “*pro soluto*”, y por ello produce la inmediata liberación del deudor en pago o cumplimiento de la prestación inicialmente pactada, que se sustituye por la entrega de unos bienes, lo que permite liberar al deudor del cumplimiento de las obligaciones sustituidas por la dación (“en pago”) por el mero hecho de la entrega de los bienes.

Por tanto, el artículo 1.175 CC admite la posibilidad de convenir la entrega de bienes o dación en pago, esto es, la entrega de un bien o conjunto de bienes con eficacia “*pro soluto*”, con el inmediato efector liberador para el deudor.

Por el contrario, la cesión de bienes consiste en la entrega al acreedor o acreedores de un conjunto de bienes, pero no “en pago”, sino “para el pago” de las deudas o “*pro solvendo*”, lo que implica que el deudor no se libera del cumplimiento de las obligaciones por el mero hecho de entregar un bien o conjunto de bienes, sino que el efecto liberatorio solo se producirá si dichos bienes entregados “para el pago” o “*pro solvendo*” se liquidan y venden finalmente por una cantidad que cubre el total importe de las deudas o prestaciones debidas. Por tanto, en la “cesión de bienes”, no hay un efecto liberatorio automático (como ocurre con “la dación en pago”), ya que el efecto liberatorio de la cesión de bienes está condicionado al hecho de que con dicha cesión y posterior liquidación de los bienes se obtenga una cantidad suficiente para cubrir todas las deudas. De tal suerte que si, tras la realización de los bienes, no se obtiene una cantidad suficiente para cubrir dichas deudas, el deudor seguiría estando obligado al cumplimiento por el remanente o cantidad no cubierta tras la cesión de bienes y su correspondiente venta o realización, y todo ello porque la institución de la cesión de bienes es “*pro solvendo*” o para el pago de deuda.

Pues bien, nuestro ordenamiento jurídico presupone que cualquier entrega de bienes con carácter general tiene la condición o naturaleza de cesión de bienes y no la de dación en pago. Por ello el artículo 1175 establece que «esta cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél (al deudor) de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos».

Sobre esta realidad jurídica, esto es, que la cesión de bienes es la regla general y la dación en pago es la excepción, y que requiere de un acuerdo expreso de las partes, se asienta una realidad económica, como es que el deudor no está en condiciones de exigir o de imponer a ningún acreedor “la dación en pago”. Lo que determina que, como regla general, y por aplicación de la responsabilidad patrimonial del deudor del artículo 1911 del Código Civil, según el cual, **“el deudor responde del cumplimiento de las obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros”**, las entregas de bienes tengan, como regla general, el carácter o la naturaleza de cesión de bienes, quedando el deudor obligado a responder de aquellas cantidades que después de la realización de los bienes entregados a los acreedores “*pro solvendo*” todavía queden pendientes por no haberse cubierto la totalidad de la deuda con la realización de los bienes.

Por ello, podemos convenir que **la única dación en pago que en la práctica se está admitiendo con carácter general en nuestra realidad económica, quitado de acuerdos puntuales o excepcionales de dación en pago, es la dación en pago contenida en el Real Decreto Ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de los deudores hipotecario sin recursos, que ha previsto la posibilidad de que, en los códigos de buenas prácticas**, las entidades bancaria admitan la dación en pago de deudores que tienen pendiente un préstamo obligación garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, constituyendo

dicha vivienda habitual el objeto de la dación que permitiría la liberación del deudor.

Dicha posibilidad, que ya viene limitada a unos concretos deudores, con unas circunstancias económicas y sociales específicas (que sean hipotecarios y que no tengan recursos), además requiere, **en primer lugar, que se intente una reestructuración de la deuda y, si dicha reestructuración no resulta viable, que se proceda en su defecto a una quita de la misma. Y únicamente cuando resulten inviables tanto la reestructuración como la quita, es cuando se admite legalmente y en último lugar la dación en pago.**

Fuera de los supuestos previstos en el Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, las posibilidades de que se admita una dación en pago y no una cesión de bienes son limitadísimas.

Por último, no tenemos que olvidar que nuestro Ordenamiento Jurídico permite, a través del **artículo 140 Ley Hipotecaria**, que la obligación garantizada se haga efectiva únicamente sobre el bien hipotecario. O, dicho con otras palabras, en nuestro ordenamiento **jurídico sería posible ofertar un préstamo hipotecario en el que se permitiese que el deudor pudiera liberarse en cualquier momento mediante la entrega “en pago” del bien hipotecado.** Evidentemente sería una oferta que podría conllevar un tipo de interés más elevado y unos mayores requisitos de solvencia para su concesión, pero es una posibilidad que en estos momentos resulta inexistente y poco atractiva para los acreedores, puesto que las entidades bancarias y financieras prefieren configurar sus préstamos hipotecarios con todos los beneficios que les concede la responsabilidad patrimonial universal del deudor del artículo 1911 del Código Civil.

Por todo ello, teniendo en cuenta el rigor que sigue teniendo en nuestro ordenamiento jurídico la llamada responsabilidad patrimonial del deudor del artículo 1911 del Código Civil, según el cual, “el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros”.

Y tomando también en consideración que la dación en pago tiene que ser convenido por ambas partes y aceptada por el acreedor, por lo que resulta excepcional la admisión de daciones en pago.

La práctica diaria es que la dación en pago en España queda limitada básicamente a los supuestos

previstos en el Decreto ley 6/2012, de 9 de marzo, para determinados deudores hipotecarios con circunstancias económicas especiales.

Por ello, se tiene que ir explorando vías de reforma del Código Civil en las que, manteniendo la aplicación general del artículo 1911 del Código Civil, se vaya ampliando los supuestos de liberación del deudor mediante la dación en pago, sin que el acreedor pueda oponerse a dicha dación, especialmente en los supuestos de ejecución hipotecaria o de títulos no judiciales que entrañen la pérdida de todos los inmuebles del deudor incluida su vivienda habitual.

1.3. Insuficiencias y problemáticas de la Ley Concursal

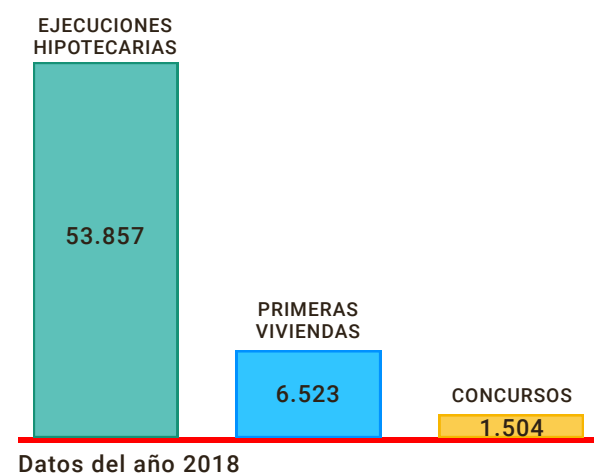
A). Análisis de contexto y encaje de la Ley Concursal

En el contexto global de la aplicación de las normas en casos de concurso y situaciones de sobreendeudamiento de los consumidores encontramos grandes déficits de uso de las herramientas jurídicas de concurso que se explican bajo la ineficacia de estas para resolver los problemas de los consumidores. Esta ineficacia e ineficiencia hacia los consumidores se explica realizando una rápida investigación de los datos en torno al número de embargos a personas físicas y el número de concursos.

Según el INE en el año 2018 se realizaron 53.857 ejecuciones hipotecarias de las cuales 6.523 fueron primeras viviendas³, es decir, vivienda habitual, mientras que el número de concursos a personas físicas en el mismo año fue de 1.504⁴.

3: INE (2019) Estadística sobre Ejecuciones Hipotecarias (EH) Cuarto trimestre 2018 y año 2018.

4: INE (2019) Estadística del Procedimiento Concursal (EPC) Cuarto trimestre 2018 y año 2018.



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del INE.

Sin duda estos datos marcan permean una clara ineficiencia de las formas legislativas estipuladas en torno a sus capacidades de actuación hacia los consumidores. A pesar de encontrarse en una situación de insolvencia y, en definitiva, de colapso económico, los consumidores no acceden a la Ley Concursal. Cabe interpretar que dicha ineficiencia y desajuste de su uso por los consumidores no se debe al su desconocimiento u ocultación sino a las características legislativas que hacen un tanto inaccesible este mecanismo a las personas físicas tal y como se va a argumentar a continuación.

B). Una Ley para las empresas, no para los consumidores

Poniendo el foco analítico en el marco jurídico adscrito y aplicable a las situaciones de insolvencia y sobreendeudamiento de los consumidores encontramos como "hito" principal la Ley Concursal (TRLR) 22/2013 de 9 de Julio de 2003⁵. Dicha Ley ha sido recientemente refundida en el RDL 1/2020 de 5 de mayo de 2020⁶ y cuya entrada en vigor resultó el 1 de septiembre del propio 2020. Este RDL constituye la Ley Concursal realizando algunas modificaciones del texto reformado de 2003 y realizando cambios, sobre todo, de procedimiento, pero no de fondo y pese a todo no se transpone la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019⁷ que permitiría dar paso a las reestructuraciones preventivas, la reducción de costes o la rapidez de los procedimientos.

5: España. Ley 22/2013 de 9 de Julio de 2003, de Ley Concursal. Boletín Oficial del Estado, 10 de julio de 2003, núm. 164.

6: España. Real Decreto-ley 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Boletín Oficial del Estado, 1 de octubre de 2020, núm. 127.

7: Unión Europea. Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132.

Analizando la nueva Ley se puede argumentar que no cambia ni mejora significativamente los abundantes problemas y déficits para los consumidores que resultaban del texto de 2003. La Ley Concursal sigue enmarcando las situaciones procesales y condiciones para las situaciones de concurso bajo una condición fundamental: no hace distinción de régimen, es decir, **no diferencia entre consumidores y empresas**.

El anterior condicionamiento se podría definir más que como una condicionamiento o limitación como una intencionalidad bajo la cual el espíritu de la ley no es establecer un marco común e incluso con situaciones particulares entre empresas y consumidores (que de por sí tampoco se da) sino que, por el contrario, se trata de **una ley claramente ideada para las empresas**.

Esta situación hace que los consumidores se vean claramente desfavorecidos y que exista una abundante laguna legislativa en torno a las situaciones particulares de los consumidores. Dichas situaciones se han venido interpretando en este marco ideado para situaciones societarias y, en el caso de las personas físicas, su aplicación resulta de situaciones ilógicas que en nada benefician a los consumidores. Alguna de estas dinámicas ilógicas se van a ejemplificar a continuación.

C). Principales problemáticas y desajustes

El principal caso más grave de la ineficiencia de la Ley Concursal para los consumidores se encuentra en la que suele ser la deuda de mayor cuantía de los consumidores, el crédito hipotecario, es decir, la hipoteca.

En principio, se presupone que a la iniciación del procedimiento de concurso se suspende el pago de intereses de créditos y la suspensión de la ejecución forzosa del patrimonio del consumidor, pero en la praxis esta práctica deja fuera la hipoteca por considerarse un crédito privilegiado. Esto significa que **a pesar de que un consumidor se encuentre en proceso de concurso puede ver ejecutada o desahuciada su vivienda familiar por la imposibilidad de impago de las cuotas hipotecarias**. Realizando un análisis de la ley se puede interpretar ciertos escenarios de quitas de hasta un cincuenta por ciento y la posibilidad de un aplazamiento de pagos que no supere los cinco años. Pero, redundando en la ineficacia de esta ley para los consumidores nos encontramos con la principal carga deudora de los consumidores (la hipoteca) puede verse inmersa en la ejecución forzosa del bien hipotecado (la vivienda).

Otro de los créditos que hasta ahora había quedado fuera de quitas o condenaciones son **los préstamos públicos**, normalmente los que adquieren los consumidores con Hacienda y la Seguridad Social. Aunque cabe destacar

que ha sido la jurisprudencia quien ha modificado parcialmente este imperativo de la ley. Más concretamente en la sentencia 2253/2019 del Pleno del TS, de 2 de julio de 2019 que recoge parte de la exoneración provisional de los créditos de derecho público. El punto de inflexión en este particular es la contradictoria interpretación del art. 178 bis de la anterior Ley Concursal que de alguna forma abre las vías para que estos créditos puedan ser objeto de quitas, pero, tal y como se señala, no lejos de controversia en la interpretación del artículo que la nueva ley directamente deroga y deja en abierto a la interpretación general de créditos.

Una más de las problemáticas derivadas de esta ley eran el antiguo artículo 77 del texto de 2003 por el que los consumidores bajo una unión matrimonial en régimen de gananciales contaban con su masa activa el patrimonio del cónyuge. Este artículo ha sido derogado en la nueva Ley Concursal que, además, en su artículo 125 reconoce **la posibilidad de la disolución conyugal, aunque la autoridad judicial puede desestimarla** y en cualquier caso la redacción está expuesta bajo la misma perspectiva empresarial y no contempla las verdaderas particularidades de los concursos de las personas físicas, es decir, de los consumidores.

Por último y no menos importante, se puede señalar a otro de los obstáculos con más relevancia de los procesos de concurso, los **elevados costes**. Una de las circunstancias que desembocan en unos altísimos costes es la intervención de diferentes profesionales y la larga duración del procedimiento. Esta última circunstancia propia también un perjuicio añadido al consumidor al cual la administración concursal debe aprobar cualesquiera de sus gastos, situación que ni siquiera pasa con las sociedades. En resumidas cuentas, **el coste del procedimiento de concurso puede alcanzar los diez mil euros**, pudiendo incluso superar esta cuantía. Unos costes elevadísimos e inasumibles para consumidores con una situación de insolvencia y especialmente vulnerable.

Como última anotación se señala que la particularidad de las circunstancias de la persona que se enfrente al proceso concursal podrá encontrar con diferentes situaciones insólitas o aberrantes que lejos de repercutir un beneficio para el consumidor suponen perjuicios de todo tipo.

1.4. Concurso de acreedores de personas físicas con BEPI (beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho), como fórmula de segunda oportunidad

El actual Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLIC), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, sigue conteniendo el llamado “beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho”, o BEPI, que ya se contenía

en el artículo 178 bis del anterior Ley Concursal, y que junto con los mecanismos de dación en pago contenidos en el Decreto ley 6/2012, de 9 de marzo, para determinados deudores hipotecarios con circunstancias económicas especiales, es un mecanismo importante de segunda oportunidad.

El BEPI consiste en que el deudor pueda exonerarse del pasivo insatisfecho que quede pendiente tras un proceso concursal, siempre que se den unos concretos presupuestos y se haya seguido preferentemente una concreta tramitación del procedimiento concurso, siendo un mecanismo cada día más utilizado, aunque todavía muy excepcional y limitado, y en el que se debe de ahondar para procurar una mayor extensión o flexibilización en la aplicación del mismo, sin que pierda su carácter excepcional.

Por otro lado, el TRLIC está pendiente de ser reformado en breve, con cierta profundidad, para incluir los presupuestos de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). Es verdad que la citada Directiva está diseñada para deudores empresarios, excepcionando de su aplicación al deudor no empresario, pero el sistema concursal español obliga a extender la misma solución a toda clase de deudor, con independencia de que sea o no empresario, puesto que el sistema concursal español está basado en un texto normativo que aglutina y unifica el procedimiento concursal con independencia de que el deudor tenga o no condición de empresario o que sea persona física o jurídica.

Por tanto, el hecho de que tengamos un marco normativo “provisional”, que además ha introducido algunas novedades o matizaciones en la institución del BEPI (beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho) en los actuales y vigentes artículos 486 a 502 de la Ley Concursal, justifica la propuesta que desde ADICAE se pueden hacer para mejorar esta institución de segunda oportunidad, ya que la exoneración o extensión de las deudas pendientes

después de un complicado procedimiento concursal tienen como finalidad la rehabilitación del deudor y que éste, junto con la institución del derecho al olvido en materia de protección de datos, permita al deudor volver sin limitaciones ni cortapisas al mercado, y poder tener pleno acceso al crédito para poder emprender nuevas operaciones empresariales o personales en el tráfico económico.

Obviamente, no podemos ocuparnos con profundidad de hacer un estudio del nuevo marco jurídico del BEPI, contenido ahora en los artículos 486 a 502 de la Ley Concursal, por lo que nos limitaremos a indicar que la nueva regulación del BEPI se regula en cuatro secciones: La primera se dedica **al ámbito de aplicación, resolviendo qué deudor y en qué fase se puede solicitar la exoneración**. La sección segunda establece un régimen que se ha considerado **“régimen general”, para el deudor de buena fe que cumple unos presupuestos objetivos y solicita el BEPI** siempre que haya iniciado el procedimiento a través del acuerdo extrajudicial de pagos (mediación concursal). En la sección tercera se regula el **“régimen especial” de exoneración, cuando el deudor se sujeta a un concreto “plan de pagos”** con independencia de que el procedimiento se haya iniciado sin intentar un acuerdo extrajudicial de pagos. Y se concluye con la sección cuarta, dedicada a los efectos comunes de la exoneración que tienen lugar para todo deudor, se acoja a un plan de pagos o no (es decir, se acoja al régimen especial o al general), **así como a los fiadores y avalistas** (que, en principio, seguirán estando obligados al pagos).

El Derecho concursal español todavía está pendiente de adecuarse y adaptarse al Derecho Comunitario, tanto en lo que refiere a los planes de refinanciación como a la posibilidad real de detección temprana de situaciones de insolvencia, especialmente en lo que refiere a la creación y dotación de líneas de financiación de grandes empresas que atraviesen dificultades financieras puntuales, y que requieran puntualmente de financiación, incluso pública, por el beneficio que supone la continuación de su actividad.

Pero es necesario continuar profundizando y mejorando la legislación del beneficiario de exoneración del pasivo insatisfecho, especialmente en lo que refiere a la posibilidad de que la existencia de crédito público, para que su existencia no sea impedimento para obtener dicho beneficio, especialmente si se han satisfecho todos los créditos privilegiados y contra la masa y hay un acuerdo de refinanciación de dichos créditos.

Además, el hecho probado de que no haya profesionales que no quieran aceptar como mediadores los trámites conducentes a un acuerdo extrajudicial de pagos o mediación concursal por

la escasa rentabilidad de los honorarios en atención al trabajo a desarrollar y a la complejidad de los asuntos, nos debe de llevar a buscar soluciones, como las que promueve ADICAE, para que la mediación y la conciliación, como instituciones de resolución amistosa de controversias, sean realmente una vía previa, en el ámbito del sobreendeudamiento y de los impagos, antes de acudir a la vía judicial .

Por último, el hecho de que el deudor principal alcance un acuerdo con sus acreedores que conlleve la extinción de las deudas en lo que refiere al pasivo insatisfecho, mientras que los fiadores y garantes continúan obligados al pago, tal y como prevé la actual legislación concursal, supone una cierta anomalía respecto del carácter accesorio que tienen las garantías personales, tal y como indica el artículo 1830 del Código Civil, según el cual, la extinción de la obligación principal conlleva la extinción de la fianza. En ese sentido ADICAE propone una reflexión seria, especialmente cuando la subsistencia de dicha fianza puede abocar al fiador y a los garantes a otro proceso concursal, pero sobre todo porque dicha subsistencia de la fianza se compece mal con el “carácter accesorio” de las garantías respecto de la obligación principal, de tal suerte que la exoneración del pasivo satisfecho debería de liberar también a los fiadores, especialmente, insistimos, en aquellos supuestos en los que su no extinción de la fianza abocaría a dichos fiadores y garantes a otro proceso concursal.



2. Legislación especial Covid-19 en materia de segunda oportunidad y evitación de situaciones de sobreendeudamiento o impago

Correspondería en este apartado tratar de resumir y sistematizar las principales normas y medidas que desde la declaración del estado de alarma se han generado en distintos ámbitos económicos y sociales, especialmente en lo que refiere a la evitación o mitigación del fenómeno del sobreendeudamiento, pero es una tarea ingente e inabarcable en estas breves líneas.

Para que el lector pueda hacerse una idea, se puede consultar el Código de legislación que el BOE ha editado sobre la normativa generada por el COVID-19. En concreto se puede consultar y descargar gratuitamente en:

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=355

Dicho Código tiene una extensión de doscientas ochenta y tres disposiciones legales y dos mil ciento cuarenta y cuatro páginas

A ello se une una compleja legislación de segunda oportunidad con más de mil páginas.

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=190_Codigo_de_Segunda_Oportunidad&modo=2

Pero volviendo a la legislación del Covid-19, únicamente los decretos leyes que se ocupan directa o indirectamente del sobreendeudamiento son los siguientes:

- ➔ Real Decreto-Ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública.
- ➔ Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19
- ➔ Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. (Siendo este uno de los RDL más importantes)

➔ Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo.

Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de Administración de Justicia.

➔ Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19.

➔ Real Decreto-Ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda.

De hecho, a la fecha de entrega de la guía se publicó el Real Decreto-Ley 31/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, en el que se ampliaban plazos de varios de los Reales Decretos Leyes citados, pero vienen a demostrar que, en estos momentos, estamos ante una legislación todavía muy cambiante y sujeta a notable fluctuaciones.

Por otra parte, se trata de una normativa sectorial, sujeta a continuas prórrogas y modificaciones (lo que hace difícil su conocimiento actual y puntual), y que además ha generado diversos Proyectos de Ley (por lo que insistimos, los cambios legislativos introducidos por el impacto que la pandemia ha tenido en la economía no están consolidados de forma definitiva) Así, de momento, los Decretos leyes que se están tramitando actualmente como proyectos de ley son los siguientes:

➔ Proyecto de Ley de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial (procedente del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio).

➔ Proyecto de Ley de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda (procedente del Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio).

➔ Proyecto de Ley de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la

Administración de Justicia (procedente del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril).

➡ Proyecto de Ley de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (procedente del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril).

➡ Y sobre todo, el Proyecto de Ley por la que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (procedente del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo). Al que hay que añadir el Proyecto de Ley por la que se establece el ingreso mínimo vital (procedente del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo).

Lo que es evidente es que estos decretos leyes han afectado a un elevado número de normativa de segunda oportunidad, destacando las prórrogas de la normativa de segunda de oportunidad, como la Ley 1/2013, que se prorroga por once años desde su entrada en vigor. Pero, en su mayoría, son prórrogas o aplazamientos limitados a supuestos específicos.

Solo para que el lector se termine de hacer composición de cómo el COVID-19 ha afectado a una concreta materia como es, por el ejemplo el alquiler o arrendamiento (tanto de vivienda habitual como de vivienda no habitual o local de negocio), el BOE ha publicado un código de legislación generada desde la declaración del estado de alarma haya hoy, que se puede consultar en:

https://boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=361_COVID-19_Arrendamiento_de_vivienda_y_locales_comerciales&tipo=C&modo=1

y que contiene veintiuna normas jurídicas y tiene una extensión de 271 páginas.

Por tanto, *será dentro de al menos un año cuando se pueda hacer un estudio ordenado y sistemático de las medidas civiles y fiscales adoptadas durante la pandemia*, puesto que, la mayoría de los decretos leyes se están tramitando ahora como proyectos de ley.

Por ello, nosotros aquí no podemos más que reseñar, *grosso modo*, algunos de los hitos más importantes, aun a riesgo de olvidarnos de algunas de las medidas propuestas. Pero, con carácter general, entendemos que este exceso de legislación, tremendamente casuística y volátil, más allá de la inseguridad e incerteza que genera, se podía haber evitado si el Código Civil español tuviese una regulación actual y moderna del llamado “cambio de circunstancias” (change of circumstances) o “alteración de las circunstancias”, tal y como se

contiene o en algunos Derechos civiles forales o especiales, como el navarro, que regulan los efectos la llamada “cláusula Rebus sic stantibus”.

Pero entrando ya en las concretas medidas, el **Decreto Ley 6/2020 amplió en 11 años la moratoria concedida a las personas que vayan a ser desahuciadas como consecuencia de una ejecución hipotecaria sobre su vivienda habitual y cumplan los requisitos previstos en la Ley 1/2013.**

La segunda gran medida es la conocida genéricamente como “**moratoria hipotecaria**”, introducida por el RDL 8/2020 y regulada ampliamente por el RDL 11/2020 y **que permite una moratoria de tres meses, a solicitar desde el 14 de marzo y hasta el 29 de septiembre del 2020, inicialmente solo en favor del deudor sobre el préstamo hipotecario de la vivienda habitual**, pero que se amplió a nuevos colectivos:

➡ el de los **autónomos, empresarios y profesionales respecto de los inmuebles afectos a su actividad económica**, y

➡ a **las personas físicas que tengan arrendados inmuebles por los que no perciban la renta arrendaticia en aplicación de las medidas en favor de los arrendatarios como consecuencia del estado de alarma.**

Si bien, estos nuevos colectivos de beneficiarios pueden solicitar la moratoria hipotecaria desde el 2 de abril de 2020.

Conviene recordar que estas medidas se aplicarán igualmente a los fiadores y avalistas del deudor principal, respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario.

Del mismo modo, se ha previsto legalmente la aplicación de interés moratorio por el período de vigencia de la moratoria.

Pero es sí, y aquí es donde radica la clave, estas medidas únicamente son invocables por los colectivos que cumplan los amplios y complejos requisitos de los RDL 8 y 11/2020 por encontrarse legalmente su situación de vulnerabilidad económica.

La “moratoria hipotecaria” ha estado acompañada de otras medidas de orden social, que aunque ya no tratan de paliar los efectos del sobreendeudamiento, si se encuadran en situaciones singulares de la alteración sobrevenida de las circunstancias, pero sobresalen más por su marcado carácter social, como es el caso de la llamada “**moratoria energética o de recursos básicos**”, **regulada el artículo 4 del RDL 8/2020, que prevé medidas de orden social para garantizar el suministro de agua, energía eléctrica y gas natural a colectivos vulnerables.**

Pero más allá de la complejidad derivada de la normativa de moratoria

hipotecaria, arrendaticia (tanto de arrendamiento de vivienda como de uso distinto al de vivienda), energética o de cualquier otra naturaleza, lo que está claro es que este tipo de modificaciones o moratorias no son sino una concreción muy limitada y encorsetada de la aplicación de la “cláusula rebus sic stantibus” o “cambio o alteración de las circunstancias”.

Es más, cualquier deudor que no esté incluido en este complejo y limitadísimo entramado normativo de estos Decretos-leyes, aplicable básicamente y con carácter principal a deudores que tengan legalmente la condición de “vulnerables”, pero cuyo contrato de arrendamiento o de préstamo o incluso de prestación de servicios se haya visto muy afectado como consecuencia de la pandemia, puede pedir una modificación del mismo, por el tiempo y circunstancias que sean necesarios, o incluso su resolución, con base en la doctrina jurisprudencial de la cláusula “rebus sic stantibus” o cambio de circunstancias, como institución que tiene reconocida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero que convendría que estuviese reconocida en el Código Civil; y de la pasamos a formular la siguiente propuesta:

2.1. Propuesta de una regulación de la Cláusula rebus sic stantibus en el Código Civil (español) como ya existen en todos los países europeo y en algún derecho civil foral o especial

Como ya se ha puesto de manifiesto, toda esta novedosa regulación, temporal y volátil, generada durante la pandemia del COVID-19 para mitigar los efectos de impagos, insolvencias o sobreendeudamientos, con sus respectivas prórrogas, especialmente en lo que refiere a las relaciones jurídicas de larga duración o trato sucesivo afectadas (contratos de arrendamiento, préstamos hipotecarios y personales, contratos de suministros etc.), donde han sufrido objetivamente importantes alteraciones o modificaciones como consecuencia de la crisis económicas, no son más que adaptaciones, concretas, parciales y singulares de la llamada cláusula **rebus sic stantibus, que es la institución jurídica que permite modificar las relaciones jurídicas vigentes cuando por razones objetivamente imprevisibles e imprevistas en el contexto económico de formalización inicial de la relación, producen un desequilibrio en el precio del producto o del servicio o una alteración importante en el juego de prestaciones del contrato.**

Por tanto, es la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* o doctrina del “cambio de circunstancias” la que posibilita que la parte perjudicada pueda o bien conseguir la revisión del contrato o incluso obtener la resolución del mismo, sin necesidad de acreditar incumplimiento ni ningún tipo culpa o negligencia de la contraparte.

La cláusula *rebus sic stantibus* o doctrina del “cambio de circunstancias” es una cláusula que está en el propio contrato y que se contrapone y prevalece sobre el principio “pacta sunt servanda”, esto es, que el contrato debe ser cumplido en la forma estipulada. Dicha cláusula, que significa “mientras las cosas sigan como estaban” y ofrece el siguiente resultado final: “el contrato debe ser cumplido en la forma estipulada mientras se mantengan las condiciones existentes en su formalización y las cosas se mantengan como estaban”. Pero si dichas circunstancias o condiciones cambian sustancialmente, hasta el punto de provocar un desequilibrio en las prestaciones, generando una excesiva onerosidad para una de las partes, que hace muy difícil o casi imposible el cumplimiento de la obligación, es justo que dicha obligación pueda ser modificada para volver a un justo equilibrio de las prestaciones.

Y si no es posible dicha modificación, excepcionalmente, la aplicación de la doctrina de la cláusula rebus sic stantibus permitiría dejar sin efecto la obligación o el contrato, sin que suponga incumplimiento y sin que pueda prevalecer el principio “pacta sunt servanda”.

Pero el principal problema que existe actualmente en el Derecho español es que dicha institución no está recogida ni regulada en el Código Civil, ni existe ley que regula el funcionamiento y la eficacia de la cláusula “rebus sic stantibus”, sino que su aplicación ha sido posible únicamente a través Jurisprudencia sentada por la Sala primera del Tribunal Supremo tras las Sentencia 2823/2014 de 30 de junio, la 5090/2014 de 15 de octubre y la 1698/2015 de 24 de febrero.

Efectivamente, insistimos, ni en el Código civil ni en ninguna ley especial del derecho español se contiene precepto alguno referido a la revisión o resolución del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias. Ha sido la jurisprudencia la que a mediados del Siglo XX desarrolló dicha doctrina de aplicación la cláusula «rebus sic stantibus», si bien hasta el año 2014 su aplicación en España era altamente inusual, como lo demuestra el hecho de que fueron muy pocas las sentencias que aplicaron dicha institución para resolver el supuesto controvertido pese al elevado número de recursos en las que se alega la infracción de dicha doctrina por los tribunales inferiores.

Esta situación no era coherente ni equiparable con la que tiene otros sistemas de Derecho comparado, que sí que reconocen esta doctrina en sus textos legales, como es el caso del Derecho alemán o el holandés, o con los nuevos textos de armonización del Derecho Privado europeo, como los «Principles of European Contract Law» (PECL) o el «Draft Common Frame of Reference» (DCFR).

Así, el legislador alemán (mediante la reforma del Derecho de Obligaciones, que entró en vigor en enero de 2002) reguló “ad hoc” la incidencia del cambio extraordinario de las circunstancias en el párrafo 313 de su Código civil. En esta regulación, de acuerdo con su doctrina académica y jurisprudencial, cuando

el cambio de circunstancias altera la base del negocio, se puede solicitar la renegociación del contrato y, en caso de que no sea aceptada, su adaptación judicial, la parte que se niega injustificadamente a renegociar puede ser sancionada con una indemnización por daños y perjuicios.

Del mismo modo, el legislador francés, por Ordenanza 2016-131, de 10 de febrero de 2016, modificó su Código Civil en materia de contratos para adaptarlo a la realidad social del tiempo presente y los principios europeos de la contratación. Entre sus novedades, incluyó "ex novo" en el artículo 1195 del Code la regulación del cambio imprevisible de las circunstancias en los contratos (cláusula rebus sic stantibus).

Sobre esa base, la Sentencia de 30 de octubre de 2014, no solo aplica los textos anteriormente citados, sino que consagra como doctrina jurisprudencial el texto que estaba previsto en artículo 1213 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (que no llegó a materializarse en ley), pero que reconoce la posibilidad de revisar, o incluso, de resolver un contrato cuando hayan surgido circunstancias imprevistas que hagan el cumplimiento excesivamente oneroso.

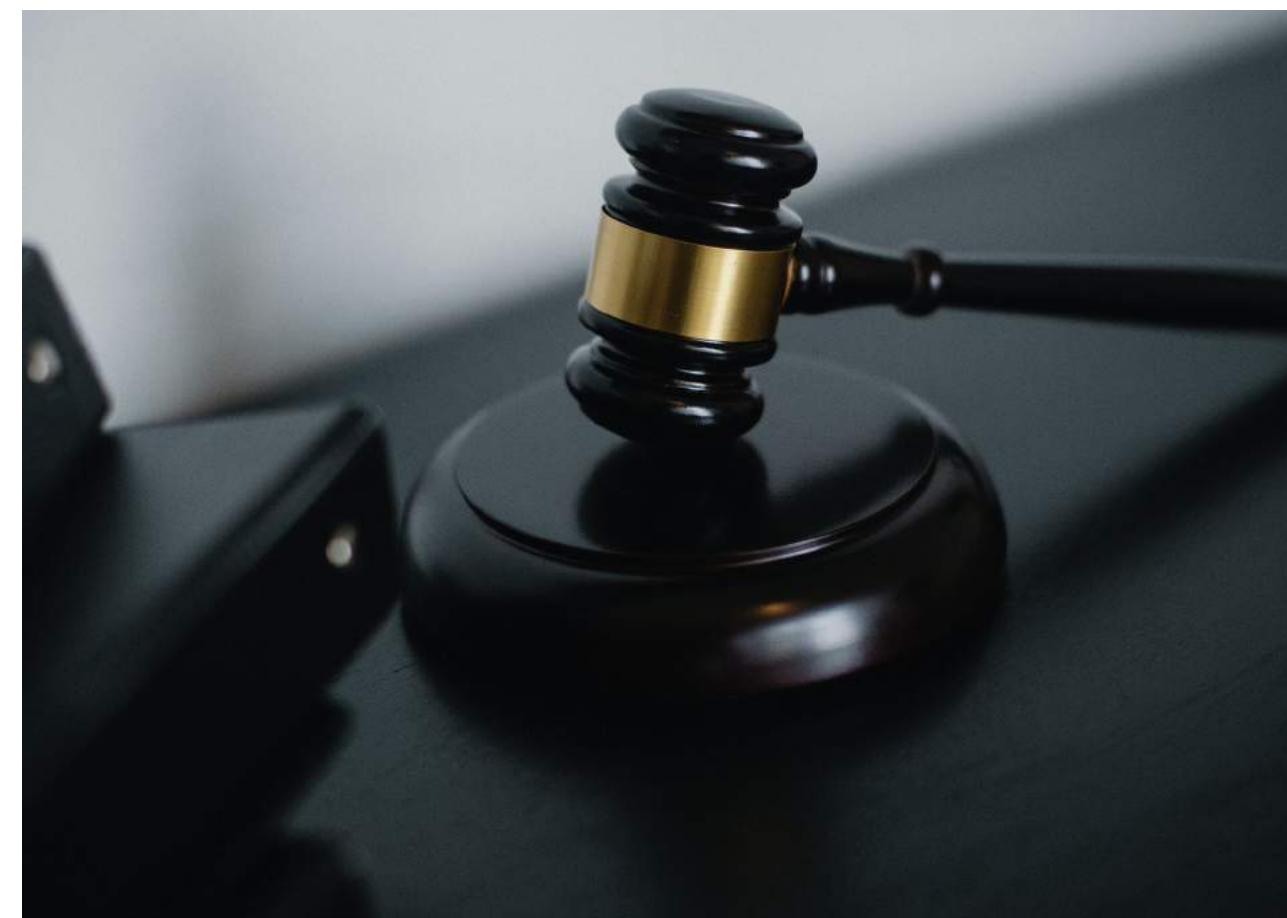
En concreto, en dicha Propuesta se establecía que el Código Civil español contuviese un precepto con la siguiente redacción:

«Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieran cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato».

Evidentemente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2014 y siguientes suponen un cambio importante respecto a la doctrina jurisprudencial hasta ahora vigente, ya que se venía exigiendo, en relación con el juicio de previsibilidad, la existencia de una «radical imprevisibilidad» y que tal cambio produjera «una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes (...) que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de prestaciones» (v. gr. STS 17 noviembre 2000). Pero actualmente basta con acreditar que el cumplimiento de la prestación «se ha hecho excesivamente onerosa para una de las partes o que se ha frustrado el fin del contrato», para obtener una revisión que reequilibre las prestaciones contractuales (p.e. ajuste de precio o de prestaciones) o, si ello no es posible,

la resolución del mismo.

Así, relaciones de arrendamiento, de franquicia o incluso hipotecarias en las que el índice de referencia tuviese un cometido inicial que ya no se cumple (como puede ocurrir en las VPO donde se pactó un préstamo conveniado para que las condiciones fueran objetivamente mejor que las de mercado) o licencias de uso de productos o servicios que han devenido obsoletos, inservibles o poco comerciales y por los que se debe seguir pagando pueden encontrar por esta vía una solución.



Pero, la propuesta de ADICAE es que esa doctrina jurisprudencial, siempre está muy limitada a las vicisitudes de caso concreto y a los cambios que jurisprudencialmente puedan producirse, por que dicha institución, la cláusula rebus sic stantibus o cambio de circunstancias, por su utilidad y flexibilidad, debe estar en nuestro Código Civil, aportando certeza y seguridad jurídica.

Además, en el ámbito del Derecho civil foral o especial, Navarra también ha modificado recientemente su Compilación de Derecho Civil de Navarra (a través de la Ley Foral de Navarra 21/2019, de 4 de abril) regula la cláusula "rebus sic stantibus" en la Ley 498, según la cual:

«Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haberse sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá esta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución»

Por otra parte, desde ADICAE se han planteado diversas medidas que garanticen los derechos de los consumidores durante el transcurso de la pandemia con especial mención a las herramientas dirigidas a la protección de los consumidores más vulnerables. Una de las propuestas punteras ha sido la ampliación de las moratorias tanto a los consumidores, con la flexibilización de requisitos para ampliar las moratorias a consumidores que las necesitaban, así como también ampliar dichas moratorias en el régimen temporal y no limitarlas al 29 de Septiembre como en el caso de la moratoria hipotecaria.

En definitiva, con todos estos antecedentes y regulaciones, podemos concluir que frente al régimen jurídico fragmentado y temporal aportado por la cambiante legislación española a raíz de la pandemia, resulta urgente y conveniente que el Código Civil español, como ocurre con el resto de códigos civiles europeos, contenga una legislación clara y uniforme de la cláusula “rebus sic stantibus”, que haga innecesaria la existencia de tanta legislación especial, y que establezca una aplicación uniforme y unitaria de dicha institución, que al igual que los ERTE respecto de los ERE, es la mejor solución para salvar la vigencia y continuidad de la mayoría de contratos y relaciones jurídicas, con una adaptación ocasional y justa al cambio sobrevenido de las circunstancias.

3. Iniciativas extrajudiciales

A) El marco de resolución extrajudicial de conflictos de consumo. Una revisión de la normativa comunitaria y la trasposición española.

La resolución alternativa de litigios viene siendo uno de los grandes caballos de batalla de la política comunitaria de consumo. Desde la inclusión de la política de consumo como una de las fundamentales de la Unión Europea con vocación de horizontalidad, la solución alternativa de litigios forma parte de los objetivos que persigue la conformación de esa acción, precisamente en la búsqueda de un alto nivel de protección de los intereses económicos de las personas consumidoras.

La Directiva 2013/11/UE vino a establecer la actual regulación en la materia teniendo en cuenta la necesidad de garantizar el “acceso a vías sencillas, eficaces, rápidas y asequibles” para los consumidores y tanto para “resolver los litigios nacionales y transfronterizos derivados de contratos de compraventa o de prestación de servicios (...) tanto para las transacciones en línea como para las que no lo son”, siendo especialmente importante cuando los consumidores compran en otro país.

La caracterización que la Unión Europea quiere dar a este **sistema de recursos sencillos, asequibles, rápidos y accesibles**, se funda en los principios de transparencia, equidad, eficacia, libertad y legalidad, mediante la conformación de entidades debidamente homologadas en cada Estado Miembro de resolución alternativa de litigios, de los que en España destacan especialmente las Juntas Arbitrales de Consumo de las distintas Comunidades Autónomas.

La trasposición de la Directiva se produjo en la normativa española en 2017 mediante la aprobación de la Ley 7/2017 sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo. La norma llegó con años de retraso cuando ya en la mayoría de Estados se había incorporado la regulación comunitaria.

En todo caso, la incorporación al Derecho español de la Directiva no llegaba a un lugar en el que no hubiera existido regulación sobre esta cuestión, sino que ya previamente el RD 636/1993, había venido a desarrollar los preceptos de la anciana Ley 26/1984, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, mediante la configuración del SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO.

Es precisamente el modelo de sistema arbitral el que va a homologarse en la Ley de 2017 mediante la acreditación de las Juntas Arbitrales de Consumo de las Comunidades Autónomas y algunas otras entidades no oficiales, como elementos de resolución alternativa de litigios en el ámbito de estas materias referidos a servicios de interés general en relaciones entre empresario y consumidor.

B) La Agencia de Protección del Cliente Financiero. Una asignatura pendiente para luchar contra el sobreendeudamiento.

La Ley 7/2017 volvía a perder la oportunidad de incorporar directamente a los sistemas de resolución alternativa extrajudicial de litigios a los servicios financieros. No podemos buscar otro motivo que la presión ejercida por los lobbies de las entidades financieras, interesados en permanecer ajenos a este modelo que beneficia a los consumidores y les garantiza una solución más rápida, efectiva, vinculante y económica de sus conflictos, frente a la presión que supone el acceso a los Juzgados y Tribunales.

Y así, frente a la regulación directa se optó por una solución diferida, lo que en España viene a suponer eternidad, relegándose a una Disposición Adicional la proposición de crear una entidad para la resolución con “carácter vinculante o no” de “litigios de consumo en el sector financiero”.

La Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario aprobada en 2019 tampoco sirvió para resolver esta cuestión, pese a la presión ejercida por ADICAE y otras entidades especializadas en la defensa de los clientes de servicios financieros, y únicamente se limitó a encomendar al Servicio de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España la resolución de quejas que tengan que ver con ese ámbito hipotecario.

Según el Plan Anual Normativo 2020 publicado en el Portal de Transparencia del Gobierno, entre los proyectos en marcha estaría el de la creación de esta Autoridad de Protección del Cliente Financiero, que tendría como puntos clave la gratuidad para los usuarios de servicios financieros y la emisión de dictámenes vinculantes para las entidades financieras.

A nuestro juicio resulta hoy por hoy un elemento central en el esquema de resolución alternativa de litigios y particularmente en el ámbito del sobreendeudamiento debe tener un papel esencial en el control de las cláusulas abusivas, la definición de políticas de protección de la clientela financiera, evitando la dilatación innecesaria de situaciones de morosidad recurrentes mediante carencias y moratorias imposibles de cumplir y que sólo ayudan a blanquear el balance de las entidades financieras.

C) Reformas procesales para favorecer los sistemas extrajudiciales y la ejecución de sus pronunciamientos.

Debemos referirnos siquiera que sintéticamente a la Ley 60/2003, de Arbitraje, que vino a establecer un modelo alternativo de solución de litigios que, si bien discurre de modo supletorio y paralelo al arbitraje de consumo, puede resultar en alguna ocasión de utilidad para las cuestiones que ocupan este estudio, toda vez que las materias a las que puede referirse es sumamente amplio, al establecer el artículo 2 de la misma que: “1. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”.

En este sentido, el carácter de supletoriedad sirve como referencia también a la hora de analizar la ejecución de los pronunciamientos en vía judicial, de forma que ésta se construya de un modo ágil y rápido, lo que sin duda puede y debe tener consecuencias en el arbitraje de consumo, al ser ésta la regulación general sobre la más específica del referido al consumo.

Por ello, en la reforma operada a través de la Ley 11/2011, la Ley de Arbitraje vino a clarificar algunos aspectos relevantes en la definición competencial entre juzgados y la ejecución de tales pronunciamientos arbitrales. En este sentido, y sin ánimo de exhaustividad, para la ejecución forzosa del Laudo se dispone la competencia del Juzgado de Primera Instancia del lugar donde se haya dictado y para la anulación del mismo se establece la competencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma en la que se haya dictado.

Sin embargo, se antojan hasta ahora insuficientes las modificaciones en este sentido, y desde ADICAE se ha venido tradicionalmente defendiendo acabar con el concepto de voluntariedad y avanzar en la difusión de canales de este

tipo mediante la formación y educación financiera de los consumidores, lo que sin duda también debe reflejarse en una reforma de la Ley Arbitral que sitúe la adscripción obligatoria de determinados sectores al arbitraje, así como revise los elementos concurrentes en supuestos como los que nos hemos encontrado hace años en los que se derivaba el conocimiento de la comercialización de productos financieros abusivos a arbitrajes organizados por entidades de las que venían a formar parte los propios Bancos o Cajas de Ahorro.

Por otra parte, también ha sido una constante reclamación de ADICAE la obligatoria sumisión a los arbitrajes de aquellas empresas o entidades financieras que hubieran recibido ayudas públicas, lo que sitúa al sector bancario ante su propio espejo de dilatar soluciones para sus clientes que, a su vez, han sido los que mediante sus impuestos han permitido la subsistencia de tales entidades financieras.

Parece necesario, por consiguiente, abordar un estudio más amplio y pausado sobre las reformas que merece el sistema arbitral y la mediación en términos generales, con el fin de difundir su presencia y efectividad, y ello necesariamente debe pasar por vincular a las empresas al mismo, favoreciendo el cumplimiento forzoso y ágil por vía judicial.

En el mismo orden de cosas, se imponen actuaciones tendentes a reflejar en la normativa la realidad de la acción colectiva en el arbitraje y la necesidad de una regulación acorde a la importancia que las asociaciones de consumidores deben tener en tales reclamaciones conjuntas por representación ante imposiciones o abusos de las empresas, pero también ante situaciones comprometidas de sus personas asociadas en materia de sobreendeudamiento, procedimientos concursales y situaciones de crisis económica particular que requieran de acceso gratuito a soluciones rápidas y eficaces.

D) Los códigos de buenas prácticas. ¿Un brindis al sol?

AUSÍN menciona la definición de “buenas prácticas” en el ámbito de la Unión Europea como “[Buenas prácticas son] Fórmulas que han demostrado, por medio de la investigación y la evaluación, su eficacia y sostenibilidad, que producen resultados sobresalientes y que pueden ser aplicables y adaptables a otras situaciones” (Comisión Europea, 2004: 13).

Entiende el autor que se trata de “experiencias, procesos y actividades que resultan aconsejables en un determinado ámbito porque han arrojado resultados positivos y han demostrado su éxito y utilidad en un contexto concreto, de modo que merece la pena que se repitan y sean compartidas por el mayor número de implicados que puedan adoptarlas”.

Se entendería, por tanto, que **las buenas prácticas responden a usos ya establecidos que han demostrado su bondad y que son aconsejables porque han demostrado éxito. Sin embargo, en nuestro país los Códigos de Buenas Prácticas no han respondido a ese esquema sino a un intento, generalmente inútil, de someter a las entidades financieras a unos determinados comportamientos bondadosos después de haber apreciado abiertamente las negligentes prácticas contrarias a los intereses económicos de los consumidores que venían siguiendo.**

Debemos encuadrar la aparición de estos Códigos de Buenas Prácticas sui generis a partir de la proliferación de reclamaciones ante el Servicio de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco con ocasión de la explosión de la crisis financiera y la explosión de la burbuja inmobiliaria a partir de 2008, pero también, y sobre todo, a raíz de la presión social de asociaciones de consumidores como ADICAE y otros movimientos sociales que hicieron presente en el imaginario colectivo los dramas de miles de familias que perdieron sus viviendas.

El Gobierno salido de las elecciones generales de 2011 recibió directamente el mensaje que presentaba una ciudadanía alarmada y publicó el Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de protección de deudores hipotecarios sin recursos, el cual recoge en su Anexo el “Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual”.

El carácter de voluntariedad del Código unido al especial cuidado, que la norma no ocultaba, en mantener la solvencia y la garantía hipotecaria protegiendo a las entidades financieras que tan irrazonable e injustificadamente habían concedido préstamos hipotecarios alocados sin tener en cuenta los riesgos a los que se exponían y exponían a los clientes, ha generado en estos años un cumplimiento dispar, desenfocado y contrario a los intereses de los consumidores que querían terminar de forma ordenada con sus deudas frente a las entidades financieras.

ADICAE ha considerado desde la puesta en marcha de esta herramienta que se quedaba corta y era insuficiente para paliar el grave problema de los deudores hipotecarios, y que se requería una mayor profundización en su contenido, una vinculación más cercana de la entidad al problema, no sólo bajo su exclusivo

interés sino el más fundamental de protección que es la vivienda del prestatario hipotecado, y desde luego, ha exigido del Gobierno un reforzamiento del Código para que pueda ser una herramienta eficaz y generalizada para paliar estas situaciones.

Y, desde luego, cabe decir que no nos encontramos ante el resultado de una codificación de buenas prácticas bancarias que ya se vinieran desarrollando, sino ante un intento fútil de solucionar el problema de miles de familias dando el mando a la entidad financiera.

Del mismo modo, ante la publicación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 sobre cláusulas suelo, en la que se recogía la obligación de las entidades de tener que devolver todo el dinero cobrado en demasía a sus clientes por la aplicación de la abusiva cláusula en sus préstamos hipotecarios, el Gobierno nuevamente salió al quite de la Banca apresurándose a publicar el RDL 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

Quizás en este caso sea atrevido hablar propiamente de un Código de Buenas Prácticas, e incluso también en el anterior caso, pero ciertamente de lo que se trataba era de buscar una solución extrajudicial para evitar el más que previsible colapso que podrían llegar a tener los Juzgados y Tribunales ante la avalancha de demandas judiciales reclamando lícitamente las cantidades cobradas en demasía.

Sin embargo nuevamente nos encontramos con una redacción legal que deja en manos de las entidades la voluntariedad en la respuesta y el poder de decisión de la misma, por lo que por más que queramos entender como un código de buenas prácticas, o como una herramienta de solución extrajudicial este modelo, nuevamente se vuelve a quedar muy escaso y profundamente inservible, en tanto en cuanto no garantiza la equidad y la protección de la integra restitución de cantidades y con ello de los legítimos intereses económicos de los consumidores.

De hecho, han sido legión **las entidades que han rechazado sistemáticamente las solicitudes y han abocado a los clientes a tener que acudir a la vía judicial sin que, salvo contadas excepciones, se conozca la existencia de sanciones por este comportamiento torticero de las entidades.**

Por todo ello, también se puede concluir en este caso que la **herramienta no pasa de ser un lavado de cara de las entidades que les permite presentarse como diligentes y cumplidores, siendo juez y parte de una solución extrajudicial que sólo contemplan cuando no reintegran todas las cantidades.**

E) Arbitrajes fake. Análisis de intentos baldíos de dotar de equidad al sistema

Los fraudes al ahorro y el problema del sobreendeudamiento se han enfrentado en los últimos años a otras vías extrajudiciales puramente formales, sin recorrido de equidad y carentes de los elementales principios de contradicción y solución imparcial.

Entre los más célebres arbitrajes fake, por utilizar una palabra de moda en estos momentos y claramente gráfica y descriptiva del modelo, es recordado el modelo arbitral desplegado por BANKIA con ocasión del reintegro a sus clientes de las cantidades invertidas en las participaciones preferentes y deuda subordinada de las Cajas de Ahorros que la conformaron.

El modelo se presentaba por la entidad como un paso más rápido que la vía judicial, en el que no se requería Abogado ni Procurador y que terminaba en un laudo de la Junta Arbitral Nacional (sic) con el que cliente y entidad mostraban su conformidad sin poder acudir a la vía judicial posteriormente.

El laudo arbitral se pronunciaría sobre el reintegro o no de cantidades hasta un tope máximo que previamente habría indicado el “experto independiente” KPMG, que era la consultora encargada de revisar las solicitudes de los clientes, que éstos previamente habían dejado en las oficinas de BANKIA. **Lo cierto era que los clientes eran los que tenían que demostrar que fueron engañados (inversión de la carga de la prueba), y la entidad llegó a recibir hasta quejas públicas de la Defensora del Pueblo de la época por el rechazo inmotivado de más de 45.000 solicitudes.**

No podemos dejar de mencionar otros arbitrajes del mismo pelaje, como el que se llevó a cabo con las emisiones de preferentes de Caixa Galicia y Caixa Nova que se llevó a cabo durante 2013, en el que directamente se llegó a poner de manifiesto la colusión de intereses entre la entidad y el “experto independiente”, **en este caso PwC (PriceWaterhouseCoopers), que era además quien había auditado las cuentas de las emisoras de los productos tóxicos en años anteriores.**

F) Acercándose a los servicios de mediación hipotecaria y las oficinas de afectados por la crisis

Nos queda acercarnos a la faceta más cercana al sobreendeudamiento y también, por qué no decirlo, a modelos más amigables con la persona consumidora que puedan ser sensibles a sus problemas y sentirse vinculados con ellos.

En este sentido, los Servicios de Mediación Hipotecaria y las Oficinas de Afectados por la Crisis han surgido en los últimos años con voluntad de acompañamientos a las personas consumidoras en la dura lucha por salir de la crisis económica y financiera a la que se han visto sometidas por causas que exceden del motivo de este trabajo.

Esta práctica ha florecido en algunos Ayuntamientos y Comunidades Autónomas bajo los principios de voluntariedad y libre disposición, igualdad de las partes e imparcialidad de los Mediadores, neutralidad y confidencialidad, contando con algunos inconvenientes derivados de la condicionalidad de la actuación de la entidad financiera, al albur de la participación de representantes con escasas facultades que requieren de confirmación por parte de instancias superiores.

Las acciones cuentan con la participación de instituciones locales como Diputaciones Provinciales o de Corporaciones como Colegios de Abogados, que facilitan la presencia de técnicos especialistas en la materia que ofrecen soluciones a los consumidores en tan difíciles circunstancias, que pueden pasar desde la búsqueda de medidas correctoras que permitan el pago de las cuotas, negociar medidas alternativas y, en cualquier caso, tratar de evitar los lanzamientos de vivienda después de procesos de ejecuciones hipotecarias, en los que en su gran mayoría las personas consumidoras se encuentran o ausentes o abandonadas a su suerte.

Sin duda alguna es una exigencia a las autoridades competentes, perfectamente instrumentada en atención a la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles y con su posible incardinación en la "Mediación de Consumo" que **debía recogerse en la normativa tuitiva de consumidores, la creación de este tipo de herramientas de un modo generalizado para permitir, con la participación de organizaciones especializadas como ADICAE, dar soluciones de consenso creíbles, equitativas y justas a estos graves problemas.**

Con el objetivo más directo de asesoramiento y apoyo a las personas consumidoras en dificultades económicas se han impulsado igualmente las **Oficinas de Afectados por la Crisis**, en las que no tanto se trata de alcanzar soluciones amistosas mediante un proceso de mediación, sino de **dotar a los servicios sociales de herramientas específicas para abordar este problema de sobreendeudamiento derivado del uso de un crédito irresponsable.**

En el caso de ADICAE ha estado presente en la Oficina de Afectados por la Crisis que se creó en la localidad gaditana de Medina Sidonia, de la que fui partícipe directo, y en la que desarrollamos una amplia tarea de atención desinteresada a centenares de personas gravemente expuestas a problemáticas de sobreendeudamiento derivadas no sólo del

ámbito hipotecario, sino de los créditos rápidos, las tarjetas revolving o el endeudamiento derivado de situaciones de desempleo crónico.

La participación en estos proyectos de organizaciones de consumidores como ADICAE dota a la perspectiva de los servicios sociales con una pata más cercana a los usuarios facilitándoles herramientas para afrontar la responsabilidad de las entidades financieras por la concesión irresponsable de financiación sin atender a riesgos, por lo que a mi juicio igualmente deberían fomentarse para complementar las actuaciones que desde las Administraciones Públicas se sigan.

G) El encaje normativo relativo al sobreendeudamiento, emergencia habitacional y pobreza energética.

Se abren paso en los últimos años diversas estrategias encaminadas a abordar legalmente las situaciones de emergencia habitacional y pobreza energética derivadas de la situación de sobreendeudamiento. Y estas experiencias son y deben ser útiles para abordar una regulación más amplia en todo el territorio del Estado.

Nos podemos referir especialmente a la **Ley Catalana de 2015 de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética**, la cual si bien ha sido recurrida ante el Tribunal Constitucional, aborda la creación de Comisiones de Sobreendeudamiento con amplios poderes para adoptar decisiones relativas a reestructuración de deudas o establecimiento de planes de pago, impone obligaciones a las entidades para ofrecer alquileres sociales a quienes puedan ser víctimas de procedimientos de ejecución hipotecaria y les obliga a fijar cantidades razonables para esos alquileres, y, en materia de pobreza energética se centra en la fijación de medidas para evitar los cortes y en la creación de fondos sociales para absorber los importes adeudados.

En la misma línea estamos observando la más reciente normativa en la Comunidad Valenciana sobre la ampliación de vivienda pública a través del derecho de tanteo y retracto de la Administración autonómica y el reto planteado para hacer frente a los grandes tenedores de viviendas, en muchos casos vacías.

Terminamos con la mención a la **Proposición de Ley que se discutió en la pasada Legislatura en el Congreso de los Diputados sobre Emergencia Habitacional**, que tenía como objeto el acceso a suministros básicos en todo el

Estado y a una vivienda digna, con especial atención a los grupos en situación de exclusión social.

Como medidas más relevantes contemplaba la imposición de una moratoria de un año de lanzamientos de vivienda habitual en tales casos, ampliando el art. 675 LEC de manera que se obligaba a realizar el **“alquiler social” a grandes tenedores de vivienda** y regulaba igualmente la dación en pago con modificaciones de determinados preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, llegando incluso a propugnar la **inembargabilidad de la vivienda habitual de avalistas, fiadores e hipotecantes no deudores, para evitar situaciones bien conocidas de lanzamientos de padres que habían afianzado a sus hijos o supuestos similares.**

Debemos entender que el futuro nos ha de llevar por regulaciones que afronten decididamente la intervención en el tejido social para dar garantías certeras a los derechos sociales fundamentales consagrados en nuestra Constitución y, singularmente, el derecho a una vivienda digna y los derechos fundamentales de respeto a la integridad de la persona.

El sobreendeudamiento tiene dos caras, la del prestamista y la del prestatario, pero dentro de esta última faceta, sin duda alguna no debe ser éste el que cargue con una concesión irresponsable, apresurada o fraudulenta de crédito fácil, rápido o injustificado. Por ello, necesitamos medidas contundentes para proteger las circunstancias imprevistas y las insuficiencias económicas para afrontar obligaciones de pago cuando la voluntad permanece, pero la capacidad parece fruto de situaciones de desempleo o ausencia de acceso a ingresos.

Es la cara ética de la doble responsabilidad que asumen ambas partes.

CONCLUSIONES FINALES

Se puede concluir apuntando a la necesidad de realizar cambios normativos que garanticen el derecho de los consumidores a acceder a mecanismos de segunda oportunidad rápidos, eficaces, accesibles y extrajudiciales. Es necesario crear marcos específicos que beneficien a los consumidores y no lanzarles a los costosísimos, largos y dificultosos procedimientos judiciales de una administración de justicia más que colapsada.

Además de lo señalado, es necesario incentivar medidas de contención social para evitar que los consumidores se vean fácilmente inmersos en dinámicas de sobreendeudamiento y colapso económico.

Con todo lo analizado se visibiliza claramente que existen alternativas viables y propuestas concretas en las que ADICAE seguirá insistiendo en su intensa labor de defensa de los consumidores.

ESTUDIO DE MEDIDAS LEGALES EN TORNO AL SOBREENDEUDAMIENTO FAMILIAR

ADICAE lleva más de treinta años defendiendo los derechos de los consumidores.

Dicha defensa también pasa por realizar análisis críticos y fiables de la situación de los consumidores y las problemáticas que existen y no se están abordando.

En este estudio ADICAE analiza el marco legislativo y los amplios déficits del mismo entorno a la resolución de situaciones de sobreendeudamiento de los consumidores. Visto estos déficits y problemáticas se aporta una batería de propuestas a llevar a cabo para reforzar los derechos de los consumidores.

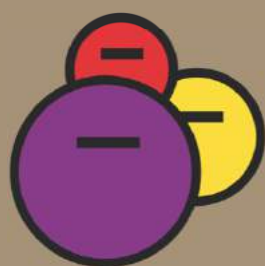
A lo largo del estudio también se apuntan diversas claves de impugnación y mala

praxis del sistema financiero y económico actual, a la vez que, igualmente, se aportan propuestas concretas garantes de la protección de los consumidores.

Con el presente estudios ADICAE vuelve a poner en el punto de mira al legislador para que sea parte activa en la prevención y en la eficaz respuesta del sobreendeudamiento de los consumidores y no nos quedemos atrás en el marco europeo.



<https://www.adicae.net>



ADICAE
Asociación de Usuarios de
Bancos, Cajas y Seguros



El presente proyecto ha sido subvencionado por el Ministerio de Consumo, siendo su contenido responsabilidad exclusiva de la asociación beneficiaria.

Proyecto: "El sobreendeudamiento de los consumidores"