



Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía
CONSEJERÍA DE FOMENTO Y VIVIENDA



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

Unión Europea



Fondo Europeo
de Desarrollo Regional

G-GI3002/IDIU

La vivienda en Andalucía. Diagnóstico, análisis y propuestas de políticas públicas para la desmercantilización de la vivienda

Universidad de Málaga



3. 3. Informe sobre propuestas de intervención en materia de desahucios

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
1. PRIMERA PROPUESTA: LA MEDIACIÓN Y LA SUSPENSIÓN COMO POSIBLES ALTERNATIVAS A LOS LANZAMIENTOS HIPOTECARIOS...	6
1.1. La mediación hipotecaria.	
1.2. La suspensión de los lanzamientos en la ejecución hipotecaria.	
2. SEGUNDA PROPUESTA: EL <i>FRESH START</i> FRENTE A LA DACIÓN EN PAGO COMO SOLUCIÓN GENERALIZADA ANTE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS.....	13
2.1. Críticas a la configuración actual de la dación en pago en nuestro país.	
2.1.1. La escasa operatividad del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos.	
2.1.2. La pérdida de oportunidad en las últimas reformas normativas realizadas en torno a la figura de la dación en pago.	
2.2. La regulación de los procedimientos de insolvencia del deudor el Derecho Comparado: medidas alternativas a la normativa española.	

2.3. Propuestas relativas al establecimiento en España del nuevo comienzo para los deudores hipotecarios y para la reconfiguración de la dación en pago.

3. TERCERA PROPUESTA: LA VIVIENDA VACÍA COMO ALTERNATIVA VIABLE PARA LOS DEUDORES HIPOTECARIOS..... 49

4. CUARTA PROPUESTA: LA NECESIDAD DE MODIFICACIÓN DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA EN RELACIÓN A LOS CONTRATOS DE CRÉDITO GARANTIZADOS CON HIPOTECA: ESPECIAL REFERENCIA A LA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE HIPOTECAS.....56

4.1. La educación financiera de los ciudadanos como necesidad acuciante en nuestro sistema financiero.

4.2. La obligación de prestar información por parte de las entidades financieras.

5. CONCLUSIONES.....65

6. BIBLIOGRAFÍA.....69

INTRODUCCIÓN.

La crisis económica que en los últimos años está atravesando nuestro país ha tenido como consecuencia el inicio de miles de procesos de ejecución hipotecaria que, en muchas ocasiones, han dado lugar a lanzamientos que han supuesto la pérdida de la vivienda para muchas familias, y han situado a las mismas en serio peligro de exclusión económica y social. Y es que, el problema del sobreendeudamiento ha dejado de ser un problema individual del deudor y ha pasado a convertirse en una cuestión que afecta a toda la sociedad, siendo necesaria la implicación de todos nosotros para la búsqueda de soluciones a esta difícil situación, mediante el establecimiento de medidas que aseguren que la misma no va a volver a repetirse.

A través del presente trabajo, se realizarán una serie de propuestas con el objetivo de intentar determinar la mejor solución para las familias que han perdido, o están en riesgo de perder, su vivienda habitual. Para ello se tendrán en cuenta los principios constitucionales establecidos en nuestra Norma Fundamental, girando las medidas propuestas en torno al necesario cumplimiento de la función social de la vivienda, ya que, a nuestro entender, la causa principal que ha dado lugar a la situación actual ha sido la mercantilización de la vivienda, llegando a verse la misma como un verdadero bien de intercambio, siendo utilizada la misma para el enriquecimiento, y no para su verdadero fin: constituir un hogar para el individuo y su familia.

Todas las medidas propuestas se basan en la idea del restablecimiento del equilibrio y la corresponsabilidad entre las partes implicadas, es decir, el deudor y el acreedor, ya que, a nuestro juicio, en los últimos años ha existido un desequilibrio evidente entre los mismos, que ha dado lugar al injusto tratamiento de la parte más débil de la relación: el deudor hipotecario que además, en la mayoría de las ocasiones ha actuado de buena fe, por lo que las medidas propuestas, como se verá, se encaminan hacia esa dirección.

Concretamente, el análisis de los diferentes instrumentos de protección de los deudores se dividirá en tres grandes bloques:

En primer lugar, y por la precariedad de la situación que atraviesan los deudores, se comenzará por el análisis y propuesta consecuente sobre la situación y los posibles recursos con los que cuentan los deudores **durante** el proceso de ejecución hipotecaria, es decir, en el momento en el que se encuentran ante la ejecución hipotecaria causada por la imposibilidad de pago de la deuda garantizada con hipoteca, pudiéndose resumir los mismos en dos herramientas fundamentales: la mediación hipotecaria y la suspensión del lanzamiento.

En segundo lugar se propondrán aquellas medidas que suponen una solución con **posterioridad** a la pérdida de la vivienda. Este tipo de propuestas ya han sido incluidas en recientes normativas estatales, cuyo planteamiento más novedoso ha sido la dación en pago, a través de la cual el deudor puede saldar su deuda a través de la entrega del inmueble. En los epígrafes que siguen, no solo se estudiarán las normativas citadas, sino que se propondrán mejoras a las mismas, ya que, como veremos, la dación en pago tal y como se ha regulado, no parece la solución más efectiva, entre otras razones por la falta de previsión del legislador sobre la necesidad de una nueva vivienda para el deudor en caso de producirse la dación en pago. En este sentido, nuestro planteamiento se basa en primer lugar en el establecimiento de medidas enfocadas a un nuevo comienzo por parte del deudor, así como la necesidad de la utilización por parte de estas familias de las viviendas vacías que obran en manos de las entidades de crédito, cuestión que analizaremos en el tercer epígrafe.

Por último, se hace necesario, un examen riguroso de las causas que han dado lugar a la situación actual y las necesidades existentes con **anterioridad** a la falta de pago por parte de las personas que han contratado un préstamo garantizado con hipoteca. Entre las carencias del sistema pueden destacarse la falta de educación financiera de los deudores y la escasez de información otorgada por las entidades financieras sobre este tipo de préstamos.

Este completo esquema, que recoge los distintos trances por los que puede pasar el deudor hipotecario, tratará de dar respuesta a los vacíos existentes todavía hoy en día

y pondrá de manifiesto las necesidades que tiene nuestro ordenamiento jurídico, el cual no puede ser ajeno a los cambios que la crisis económica e hipotecaria ha supuesto para la sociedad.

1. PRIMERA PROPUESTA: LA MEDIACIÓN Y LA SUSPENSIÓN COMO POSIBLES ALTERNATIVAS A LOS LANZAMIENTOS HIPOTECARIOS.

La problemática de los deudores hipotecarios sin recursos comienza en el momento en el que los mismos empiezan a no poder hacer frente a los pagos de la deuda garantizada con hipoteca que han suscrito con la entidad de crédito. Ante esta situación, comienza el proceso de ejecución hipotecaria que puede desembocar en la pérdida de la vivienda por parte del deudor y su familia. Para evitar que esto pueda llegar a ocurrir, proponemos dos medidas, y las modificaciones pertinentes en relación con la regulación actual de las mismas, que nos parecen fundamentales y que pueden suponer que las familias sobreendeudadas no tengan que pasar por el trance de la pérdida de su hogar.

1.1. La mediación hipotecaria.

La mediación hipotecaria, si bien no puede considerarse como previa al origen de la problemática, si puede realizarse antes o incluso durante el proceso de ejecución, ya que el objetivo principal de la misma es la resolución del conflicto antes de que se produzca la pérdida de la vivienda.

La mediación, tal y como indica el artículo 1 de la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, es aquel medio “de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”.¹

¹ GOBIERNO DE ESPAÑA: *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* [BOE N° 162 de 7 de Julio de 2012].

Se trata por lo tanto de otra forma de resolución de los conflictos, que, tal y como establece ALASTRUEY, es un método que sirve para transformar en oportunidad un conflicto, mediante el diálogo de los interesados, gestionado el mismo por un profesional.²

Esta herramienta de solución puede aplicarse a los casos de deuda hipotecaria, ya que entra dentro del ámbito de aplicación de la citada Ley.³ De hecho, este puede ser, a nuestro entender, uno de los medios más idóneos para evitar los lanzamientos hipotecarios. En este ámbito, la finalidad de la mediación es lograr un acuerdo con la entidad de crédito para lograr una reestructuración de la deuda o, en su caso, la dación en pago y consiguiente cancelación de la deuda.

Otro de los beneficios que conlleva la mediación es un mejor asesoramiento a los ciudadanos, que, en muchas ocasiones se encuentran desinformados e incapaces de hacer frente a la extrema situación de la pérdida de su vivienda. Se trata de servicios basados en la cercanía y la confianza hacia el usuario durante la intervención, asesorando a las familias tanto en el aspecto jurídico como en el social, previniendo así riesgos de pobreza y exclusión, porque, como ya se indicó anteriormente, como objetivo fundamental en todas las propuestas que planteamos, se establece el de conservación de la vivienda por parte de las familias endeudadas.

Bajo estos parámetros, el mediador realiza un estudio del inventario del activo y pasivo del deudor, de su capacidad real de repago y el establecimiento de un plan de amortización nuevo que adapte la deuda pendiente a las posibilidades del deudor mediante un nuevo acuerdo responsabilidad de las partes, formulando una propuesta a la entidad financiera. Esta propuesta puede versar sobre el establecimiento de otras obligaciones alternativas que permitan mantener el pago de las cuotas hipotecarias, o el establecimiento de medidas razonables que faciliten la conservación de la vivienda y a su vez satisfagan al acreedor. Tal y como indica BALLUGERA se trata “de evitar el desahucio del deudor y ello no por un propósito partidista pro deudor, no por un intento

² ALASTRUEY, R.: «La mediación ante la ejecución hipotecaria: una oportunidad para la dignidad, un ejercicio de responsabilidad social», *El Notario del siglo XXI*, N° 46, 2012, pág. 12.

³ El artículo 2 de la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* dispone que la misma es aplicable a los asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes.

de violar la voluntad común de las partes, sino por el convencimiento de que el desahucio es la peor salida para la crisis del deudor”.⁴

De entre las alternativas que pueden darse por la entidad pueden destacarse las siguientes:

a) Acuerdo de indulgencia de morosidad: Los acuerdos de indulgencia de morosidad son planes que permiten que los prestatarios salden la morosidad de un préstamo durante un período. Se hacen pagos mensuales normales conforme al acuerdo de su préstamo y se hace un pago mensual adicional todos los meses que se aplica a la suma en mora.

b) Prórroga: Se trata de un acuerdo por el que la entidad de crédito otorga la posibilidad de realizar el pago con posterioridad.

c) Posibilidad de refinanciación: Se permite al deudor el intento de refinanciación del préstamo durante un determinado periodo antes de iniciar la ejecución hipotecaria.

d) Cambio en las condiciones de la hipoteca: Negociación de un acuerdo que modifica alguno de los términos de la hipoteca, ya sea reducir el interés, prolongar la amortización o aumentar el préstamo en los pagos que el deudor haya dejado de realizar.

e) Alquiler: La mediación puede aportar una modificación de las condiciones hacia el alquiler del inmueble por el deudor por un precio asequible al que pueda hacer frente.

Pero es que además, ello supone un beneficio también para la entidad de crédito, que en lugar de ver insatisfecho su derecho, o tener que conformarse con la posibilidad

⁴ BALLUGERA GÓMEZ, C.: «El servicio de ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi», 2012. [Visitada el 6 de abril de 2014]. Disponible en: <http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2012-servicio-ayuda-sobreendeudamiento-familiar-euskadi.htm>

de la dación en pago y aumentar su stock de viviendas vacías, puede, por el contrario, ver liquidada la deuda a través de alguna de las medidas citadas.

Este tipo de alternativas se han venido utilizando en pro de los deudores desde el comienzo de la crisis económica en toda España. En concreto, en nuestra comunidad autónoma, la Junta ha puesto en marcha el “Programa andaluz en defensa de la vivienda” que, a través de la prevención, la intermediación y la protección, ofrece respuestas ante el grave problema de la vivienda que sufren miles de familias andaluzas en situación de emergencia social.⁵

Como se ha indicado, el programa cuenta con medidas previas y posteriores al lanzamiento, pero también con alternativas a través de la intermediación, que se produce durante la existencia de la problemática, y que tiene como objetivo fundamental evitar que las familias se vean despojadas de su hogar.

Es evidente el éxito del programa, ya que desde la apertura de las oficinas de intermediación y hasta diciembre de 2013, según los datos aportados por la propia Junta de Andalucía, se han evitado más de 4.300 lanzamientos en nuestra comunidad autónoma. Actualmente hay 266 municipios adheridos a este programa, además de las mancomunidades del Alto Guadalquivir y de la Sierra de Cádiz, la Diputación de Huelva y la FAMP.

Como puede observarse, la mediación es, en nuestra opinión, una herramienta básica en la resolución de conflictos hipotecarios, debiendo la misma fomentarse sin duda alguna tanto por los poderes públicos regionales como por los estatales, pues está caracterizada por su gratuidad, cercanía y comunicación directa entre deudor y acreedor, lo que supone una clara ventaja respecto de la vía jurisdiccional. En una situación como la actual, las medidas de solución pacífica han de ponerse al servicio de los usuarios, pues, como se ha visto, las entidades en muchas ocasiones están dispuestas a la renegociación de la deuda, ya que prefieren, por serles más rentable, el pago, aunque pospuesto, antes que la adjudicación del inmueble.

⁵ JUNTA DE ANDALUCÍA: Programa andaluz en defensa de la vivienda. [Visitada el 5 de abril de 2014]. Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/fomentoyvivienda/portal-web/web/areas/vivienda/programa_defensa_vivienda

Ahora bien, dentro de esta propuesta de mediación, se hacen necesarias, a nuestro juicio, algunas modificaciones que permitan que la misma emerja como una verdadera opción, sobre todo para las entidades de crédito, normalmente reacias a llegar a un acuerdo, puesto que la legislación aún hoy, con todas las reformas realizadas en los últimos años, las ampara:

1.- El establecimiento de la mediación de forma obligatoria como medio de solución previo antes de acudir al ámbito jurisdiccional. Así, entendemos que debería aprobarse una normativa de ámbito estatal que, teniendo en cuenta lo establecido en la *Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010* (en adelante Directiva 2014/17/UE), previera la obligatoriedad de la mediación como requisito previo al procedimiento ejecutivo.⁶

2.- Mayor información e implicación social. Para que la mediación sea efectiva, resulta imprescindible que las familias que puedan beneficiarse de la misma conozcan esta posibilidad. Por lo tanto, los poderes públicos deberían centrarse en la divulgación de la existencia de las Oficinas de Intermediación, sobre todo entre los colectivos más desfavorecidos, teniendo además en cuenta que, un importante porcentaje de personas en riesgo de ejecución hipotecaria son extranjeros, por lo que el asesoramiento deberá ser individualizado y tener en cuenta la diversidad de deudores.

1.2. La suspensión de los lanzamientos en la ejecución hipotecaria.

Una vez que el proceso de ejecución hipotecaria se encuentra en marcha, y no se ha podido conseguir un acuerdo a través de la mediación (en aquellos casos en los que

⁶ Esta medida ya se ha impuesto en la Comunidad Autónoma de Cataluña, cuya *Ley 20/2014 de 29 de diciembre, de modificación de la ley 22/2010 de 20 de julio del Código de Consumo de Cataluña*, ha establecido, en su artículo 132.4.3 que “las partes en conflicto, antes de interponer cualquier reclamación administrativa o demanda judicial, han de acudir a la mediación o pueden acordar someterse al arbitraje. Una vez transcurrido el plazo de tres meses desde la notificación del acuerdo de inicio de la mediación sin haber alcanzado un acuerdo satisfactorio, cualquiera de las partes puede acudir a la reclamación administrativa o a la demanda judicial”.

se haya hecho uso de este instrumento), la opción que le resta al deudor para no perder su vivienda es que se suspenda el lanzamiento.

El legislador no ha sido ajeno a esta posibilidad y la misma se ha incluido en la *Ley 1/2013* que prevé la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión. Esta medida, a la que la norma otorga un carácter excepcional y temporal, afecta a cualquier proceso judicial de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial por el cual se adjudique al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos. En estos casos, la Ley, sin alterar el procedimiento de ejecución hipotecaria, impide que se proceda al lanzamiento que culminaría con el desalojo de las personas.

La suspensión de los lanzamientos afectará a las personas que se encuentren dentro de una situación de especial vulnerabilidad: los colectivos sociales que van a poder acogerse son las familias numerosas, las familias monoparentales con dos hijos a cargo, las que tienen un menor de tres años o algún miembro con discapacidad o dependiente, o en las que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones sociales o, finalmente, las víctimas de violencia de género.

Así, si tenemos en cuenta la medida de suspensión establecida en esta Ley y las dispuestas en el *RDL 6/2012* anteriormente analizado, el deudor podrá conservar su vivienda en dos casos en concretos:

En primer lugar, y en virtud de lo preceptuado en el artículo 1 de la *Ley 1/2013*, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad. Esta suspensión disponía su mantenimiento durante un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la Ley, sin embargo, el *Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social*, ha ampliado el periodo de suspensión hasta el año 2017.

En segundo lugar, y tal y como establece el Anexo 3.c) del *RDL 6/2012*, en aquellos casos en los que haya sido de aplicación el Código de Buenas Prácticas y se haya producido la dación en pago, será posible que el deudor permanezca durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del tres por cien del importe total de la deuda en el momento de la dación. Se trataría por lo tanto de una “suspensión” de la pérdida de la vivienda con una duración de dos años que se comenzarán a contar desde el momento en que se produzca la dación en pago.

Ahora bien, tal y como se afirmó en relación con la dación en pago, la normativa nos parece a todas luces insuficiente, ya que para poder acogerse a la misma, el deudor tiene que cumplir una serie de requisitos que, en muchas ocasiones, pese a encontrarse en precarias situaciones, no llegan a satisfacerse, sobre todo en el segundo caso citado.

Además, si se compara la Ley con el RDL, se observa una clara diferencia entre aquellos deudores que han podido acogerse a la dación en pago a través del Código de Buenas Prácticas y los deudores que, sin embargo, entran dentro de lo establecido por la Ley, ya que, el deudor que ha hecho uso de la dación en pago tendrá que satisfacer una renta y los deudores dentro del ámbito de aplicación de la Ley no tendrán que hacerlo.

Autores como NUÑEZ han afirmado que se trata de una auténtica discriminación entre deudores en una misma situación: “la discriminación más llamativa —no la única— que resulta de este artículo 1 que comentamos es la que se produce entre el deudor hipotecario que ha alcanzado el beneficio de una dación en pago y el deudor contra el que se ha seguido el procedimiento de ejecución hasta la adjudicación al acreedor, pues, resultando en ambos casos la pérdida de la vivienda a favor del acreedor y la posibilidad de permanencia en el uso por parte del deudor, en el primero lo es a título oneroso y en el segundo, a título gratuito”.⁷

Incluso la norma se ha llegado a calificar como inconstitucional por la creación de discriminaciones arbitrarias entre los deudores hipotecarios por el uso gratuito de la vivienda, así como por la discriminación de inquilinos que no entran dentro de ninguno

⁷ NUÑEZ IGLESIAS, A.: «La suspensión de los lanzamientos en la ejecución hipotecaria», *Revista de Derecho Civil*, N°1, 2014, pág. 72.

de los supuestos señalados.⁸ A nuestro entender, y pese a que realmente existen desigualdades entre los distintos deudores, la norma no puede tildarse de inconstitucional por discriminatoria, ya que los arrendatarios se encuentran en situaciones diferentes, por lo que no existe discriminación ante sujetos en iguales circunstancias.

Es más, si bien aquellos deudores que se acojan al RDL están obligados al pago de una renta, el aspecto temporal de la norma les es más favorable, ya que el plazo de dos años comienza a contar desde el momento de la dación en pago, mientras que la suspensión establecida en la Ley solo será efectiva hasta la fecha anteriormente indicada.

Una vez contemplada la opción de la suspensión de los lanzamientos cabe preguntarse si esta posibilidad supone una salida para los deudores en riesgo de la pérdida de su vivienda. En nuestra opinión, la solución no es óptima, ya que, una vez transcurrido el plazo de suspensión el deudor volverá a encontrarse con la problemática de la pérdida de su vivienda habitual, por lo que, dentro de las herramientas existentes en favor de los deudores, nos parece más beneficiosa la posibilidad de la mediación con la entidad de crédito y la negociación de una nueva forma de pago, con lo que se consigue el objetivo que hemos venido repitiendo a lo largo de todo este análisis: que el deudor y su familia sigan contando con una vivienda digna y adecuada, pues, en caso contrario, se enfrentan a graves riesgos de exclusión económica y social.

Por lo tanto, proponemos que en lugar de una suspensión momentánea, que no permite solucionar el problema básico, ya que la deuda persiste, se establezca una regulación que otorgue la posibilidad al deudor de empezar de nuevo, sin perder su vivienda, suspendiendo, eso sí, durante el tiempo que dure el procedimiento de segunda oportunidad, el lanzamiento del deudor y su familia.

⁸ CARRASCO PERERA, A.: «La corte de los milagros o la suspensión de lanzamientos hipotecarios», *Actualidad jurídica Aranzadi*, N° 854, 2012, pág. 2.

2. SEGUNDA PROPUESTA: EL *FRESH START* FRENTE A LA DACIÓN EN PAGO COMO SOLUCIÓN GENERALIZADA ANTE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS.

2.1. Críticas a la configuración actual de la dación en pago en nuestro país.

2.1.1. La escasa operatividad del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos.

Sin duda alguna, de entre todos los recursos aportados para la solución de la problemática en torno a las ejecuciones hipotecarias, el que mayor repercusión ha tenido en nuestro país ha sido la llamada dación en pago. Pese al elevado número de detractores que, desde un punto de vista financiero, han mantenido una posición contraria a la dación en pago, esta figura ha llegado a establecerse, como veremos, como alternativa a los problemas de los deudores hipotecarios en la normativa española, si bien, de una forma ciertamente restringida.⁹ No es nuestra misión la realización a través de este trabajo de un análisis económico de la dación en pago, sino la determinación de si, más allá de las consecuencias financieras que pudiera tener, resulta una herramienta efectiva en pro de los deudores hipotecarios sin recursos.

La dación en pago es un modo de extinción de las obligaciones que, pese a ser autónomo e independiente, no aparece recogido en el artículo 1.156 del Código Civil, tal y como lo hacen las otras figuras extintivas de las obligaciones.

Puede definirse como aquel acto por el cual el deudor realiza a título de pago una prestación diferente de la debida al acreedor, quien la acepta en sustitución de la misma. La dación en pago sería por lo tanto un subrogado del cumplimiento, existiendo

⁹ Sobre las teorías contrarias a la dación en pago desde una perspectiva financiera, vid. FERRUZ AGUDO, L; FRÍAS MENDI, J y LÓPEZ ARCEIZ, F.J.: «El doble filo de la dación en pago», *La Ley*, N° 299, 2012; GARCÍA CRESPO, J.M.: «Mercado hipotecario y seguridad jurídica», *Diario La Ley*, n° 7661, 2011; OLIVER WYMAN: *Mercado hipotecario español: análisis de las repercusiones de un eventual cambio regulatorio en las garantías*. Financial Services, 2011, CASTEDO BARTOLOMÉ, P.: «Análisis económico de la dación en pago», *Docta Ignorancia Digital*, N°3, 2012.

una prestación, el aliud, que sustituye a otra, la originaria, con la misma eficacia que esta última. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo, que en Sentencia de 30 de noviembre de 2000 la define como “aquel contrato en virtud del cual para satisfacer un débito por parte de persona determinada se entrega un bien concreto con finalidad solutoria, compensatoria y extintiva de esa obligación de pago”.¹⁰

En relación a los efectos que la dación en pago puede tener para el deudor, es necesario apuntar que el principal es la liberación que tiene con el acreedor, esto se mantiene en los casos en los que el objeto de la dación en pago es un bien inmueble. Y es que la dación en pago es, ante todo, un modo de extinción de las obligaciones, por lo que su principal función es que desaparezca el vínculo obligacional entre acreedor y deudor. Así, su principal efecto es liberar al solvens y a su vez satisfacer al accipiens. Como indica FÍNEZ, con la dación en pago lo que se persigue es “la liquidación de la deuda a través de la realización de una prestación distinta de la prevista”.¹¹

Ha de tenerse en cuenta que los efectos liberatorios de la dación se producirán con la realización de la prestación, que en este caso consiste en la entrega de la cosa, es decir, con la entrega del bien inmueble a la entidad financiera acreedora.¹²

Visto de esta forma, el problema de los lanzamientos hipotecarios quedaría fácilmente resuelto, ya que el deudor no tendría que satisfacer el resto de la deuda que tuviere con la entidad financiera, sino que, mediante la entrega del inmueble, quedaría liberado de la misma en su totalidad. Sin embargo, como se expondrá a continuación, han sido muy pocos los casos que, en la práctica, han podido solucionarse a través de la dación en pago.

Durante los años 2008 y 2009, las circunstancias financieras comenzaron a dar lugar al impago de las deudas garantizadas con hipoteca, lo que supuso un incremento de las refinanciaciones y de las daciones en pago presentadas. La entidad de crédito es libre para aceptar o no una proposición de dación en pago pues, tal y como establece el

¹⁰ Otros pronunciamientos en el mismo sentido: STS de 27 de febrero de 1993 y STS de 8 de febrero de 1996.

¹¹ FÍNEZ, J.M.: *La dación en pago*. Anuario de Derecho Civil, 1995, pág 1471.

¹² La STS de 2 de diciembre de 1994 exige que “haya cesión del dominio pleno en concepto de pago total de la deuda” para que exista dación en pago.

artículo 1.166 del Código Civil “el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente aun cuando fuere de igual o mayor valor que la cosa debida”.

En los primeros momentos de la crisis, las citadas entidades preferían, por seguir siendo rentable, aceptar las fincas hipotecadas en pago de sus créditos. A través de la dación en pago se obtenía el inmueble con mayor rapidez, evitando además provisionar la deuda fallida.

Sin embargo, debido a las dificultades para la venta de los inmuebles y, sobre todo, a raíz de la *Circular 3/2010, de 29 de junio, del Banco de España*, que endureció las normas sobre provisionamiento, se hizo cada vez más difícil que las entidades aceptaran la dación en pago.¹³

Como consecuencia, el número de ejecuciones judiciales por el incumplimiento de pago aumentó, lo que dio lugar a una desigualdad entre deudores. En efecto, mientras que en algunos casos se aceptaba la dación en pago, en otros las entidades de crédito se negaban: en tales casos los deudores se quedaban sin vivienda pero teniendo que pagar la deuda pendiente, conforme a la regla de la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil.

Surge así el primer problema asociado con la dación en pago como solución a los lanzamientos: las entidades de crédito no están obligadas a aceptar la dación en pago, por lo que la misma no podrá exigirse por el deudor, sino que la admisión de la misma quedará sometida a la voluntad de la entidad acreedora.

Esta potestad de las entidades quedó además reafirmada tras la publicación de la primera normativa referida a la dación en pago desde el comienzo de la crisis: *el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos* (en adelante, *RDL 6/2012*). El modelo diseñado giraba en torno a la elaboración de un Código de Buenas Prácticas al que voluntariamente podían

¹³ Desde el 30 de septiembre de 2010, fecha en la que entró en vigor la *Circular 3/2010, de 29 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito, de modificación de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros*, se estableció la obligación por parte de las entidades financieras de provisionar con el 30 por 100 los inmuebles adjudicados en pago de deudas que llevaran en balance más de dos años y con el 20 por 100 aquellos que llevaran más de un año.

adherirse las entidades de crédito y demás entidades que, de manera profesional, realizaran la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios. Este Código culminaba con la posibilidad de aplicar la dación en pago siempre y cuando el deudor cumpliera con los requisitos establecidos para considerarlo dentro del llamado *umbral de exclusión*.

Los requisitos para considerar que un deudor hipotecario se encuentra en el umbral de exclusión vienen previstos en el artículo 3 del Real Decreto-ley, y pueden resumirse del siguiente modo:

a. Que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas. A estos efectos se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos con independencia de su edad que residan en la vivienda.

b. Que la cuota hipotecaria resulte superior al 60 por 100 de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.

c. Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.

d. Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.

e. Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que en todos los garantes concurren las circunstancias expresadas en las letras b) y c).

f. En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores.

En principio, se pensó que el principal inconveniente para la aplicación de la dación en pago sería la no incorporación de las entidades de crédito al Código de Buenas Prácticas, sin embargo, fueron muchas las entidades que sí lo hicieron, ya que

resultaba ciertamente difícil encontrar familias que encajaran con los requerimientos establecidos en el Real Decreto para la utilización de la dación en pago, por lo que las citadas entidades seguían realizando las daciones sólo cuando voluntariamente lo deseaban.

Ahora bien, si el deudor lograra cumplir con estos requisitos o consiguiera la aceptación de la dación en pago por parte de la entidad de crédito, deberá hacer frente al que, en nuestra opinión, es el segundo gran problema relacionado con la dación en pago: las consecuencias fiscales asociadas a la misma.

Y es que la figura jurídica de la dación en pago conlleva una serie de cargas fiscales que en ocasiones se convierten en un gravamen prácticamente insoportable para el deudor, pues, aunque para este haya finalizado la relación con la entidad de crédito, se inicia posteriormente una relación con la Hacienda Pública que, para la mayoría de las familias se convierte en un obstáculo prácticamente insalvable.

En la actualidad son varios los impuestos que gravan la operación de la dación en pago, si bien, para aquellos casos en que sea de aplicación el *Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios* (o las normativas posteriores anteriormente citadas) existe un tratamiento fiscal especial.

En la generalidad de los casos, y siempre que no haya norma especial que disponga lo contrario, en este caso el *RDL 6/2012*, las consecuencias fiscales derivadas de la dación en pago afectarán tanto al deudor como al acreedor:

Para el deudor, las consecuencias fiscales que se presentan van a ser fundamentalmente dos: Sujeción al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU) y tributación en el Impuesto de Sociedades (IS) o en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), por la ganancia o pérdida puesta de manifiesto.

Por su parte, el acreedor tendrá que soportar la tributación en el Impuesto de Sociedades o en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (por la ganancia o

pérdida), tributación por el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) o sobre el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD) en función de la condición de empresario o particular del sujeto que realiza la operación y, por último, si el sujeto, por su condición de empresario o profesional tributa por el Impuesto sobre el Valor Añadido visto anteriormente, quedará sujeto al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados sólo en la modalidad de Actos Jurídicos Documentados.

La primera consecuencia fiscal a la que, si nos atenemos al aspecto temporal, tendrá que hacer frente el deudor en la dación en pago, será el IIVTNU. Este impuesto, de ámbito municipal, se regula en el artículo 104 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, que establece que se trata de un tributo directo que grava el incremento de valor que experimenten los terrenos de naturaleza urbana y se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de dichos terrenos por cualquier título. Como puede observarse, la dación en pago supone la realización del hecho imponible de este impuesto, ya que por transmisión hemos de entender no sólo la compraventa, sino también otras figuras como la herencia, donación, permuta... y como transmisión, también la dación en pago.

Este tributo debe satisfacerse aunque el precio del inmueble haya disminuido desde su adquisición. Su cuantía depende, básicamente, del valor catastral del suelo, del número de años transcurridos desde que se adquirió y de los porcentajes y tipos de gravamen aprobados por cada Corporación Local. Y es que, la base imponible, tal y como expresa el artículo 107 de la citada norma, estará constituida por el incremento del valor de los terrenos, puesto de manifiesto en el momento del devengo y experimentado a lo largo de un período máximo de veinte años ¹⁴.

Será, por tanto, un valor objetivo para cuya determinación no se tendrá en cuenta que realmente el valor de la vivienda en el mercado ha disminuido considerablemente, lo que, en nuestra opinión, supone un grave problema para los deudores que no entren

¹⁴ Tal y como indica JORBA JORBA, A.: “Breve referencia a las consecuencias fiscales de la dación en pago”, *Quincena Fiscal*, N° 20, 2011, págs. 37-46: “el IIVTNU, a pesar de no tenerse en cuenta en muchas operaciones, no es un impuesto baladí. Su cuantía puede ser importante. Y más importante por inesperado.”.

dentro del ámbito de aplicación del *RDL 6/2012* y tengan, por lo tanto, que hacer frente al mismo.

Ahora bien, aquellos deudores hipotecarios (que como se ha expuesto anteriormente son un número muy reducido) a los que les sea de aplicación el Real Decreto-Ley citado, no tendrán que hacer frente a este impuesto de plusvalía, ya que el mismo modifica la Ley Reguladora de las Haciendas Locales en el contenido relativo al IIVTNU, añadiéndose un nuevo apartado 3 al artículo 106 de dicho texto legal que establece la sustitución del obligado al pago del impuesto, que pasa, en virtud de la nueva normativa, a ser la institución financiera. De esa manera, será la persona física o jurídica que se quede con el inmueble (generalmente una entidad financiera) la que pase a ser considerada sujeto pasivo del impuesto, sin posibilidad además de exigir del anterior propietario que satisfaga la obligación tributaria.

La insuficiencia del *RDL 6/2012* en este sentido, ha sido sustanciada por el *RDL 8/2014*, que en su artículo 123 ha introducido modificaciones en el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales:

“Uno. Con efectos desde el 1 de enero de 2014, así como para los hechos imposables anteriores a dicha fecha no prescritos, se añade una letra c) en el apartado 1 del artículo 105, que queda redactada de la siguiente forma:

«c) Las transmisiones realizadas con ocasión de la dación en pago de la vivienda habitual del deudor hipotecario o garante del mismo, para la cancelación de deudas garantizadas con hipoteca que recaiga sobre la misma, contraídas con entidades de crédito o cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios.

Asimismo, estarán exentas las transmisiones de la vivienda en que concurren los requisitos anteriores, realizadas en ejecuciones hipotecarias judiciales o notariales.”

De esta forma, la dación en pago y las transmisiones de vivienda en ejecuciones hipotecarias judiciales o notariales, quedan exentas del IIVTNU, superando las

restricciones del *RDL 6/2012*, y pudiendo aplicarse aunque no se cumplan los requisitos relativos al umbral de exclusión.

Ahora bien, han de tenerse en cuenta determinadas limitaciones establecidas por el propio *RDL 8/2014*, que dispone que la exención no será aplicable cuando el deudor o garante transmitente o cualquier otro miembro de su unidad familiar disponga de otros bienes o derechos en cuantía suficiente para satisfacer la totalidad de la deuda hipotecaria y evitar la enajenación de la vivienda.¹⁵

Además, como señala el propio texto legal, la exención solo será aplicable en relación a la vivienda habitual del deudor, considerándose como tal aquella en la que haya figurado empadronado el contribuyente de forma ininterrumpida durante, al menos, los dos años anteriores a la transmisión o desde el momento de la adquisición si dicho plazo fuese inferior a los dos años.

En coherencia con la exención establecida, se ha suprimido el apartado 3 del art. 106 TRLRHL, relativo a la sustitución del obligado al pago del impuesto antes comentado, reiterándose la supresión posteriormente por el número 2 del artículo 123 de la *Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia* (en adelante *Ley 18/2014*).

En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta el IS y el IRPF, ya que la dación en pago supone una alteración en el patrimonio, lo que será relevante para las personas jurídicas en relación con el primero de los impuestos citados y para las físicas con respecto al segundo. En este caso, y puesto que lo que aquí se analiza es la situación de los deudores como personas físicas, sólo se tendrá en cuenta el IRPF.

La Dirección General de Tributos (DGT) en su consulta de 10 de mayo de 2012 establece que para el cálculo de la ganancia o pérdida patrimonial derivada de la dación en pago se aplican las reglas previstas para la permuta de bienes o derechos, es decir, la ganancia o pérdida patrimonial se determina por diferencia entre el valor de adquisición del bien o derecho que se cede y el mayor de los dos siguientes: el valor de mercado del bien o derecho entregado o el valor de mercado del bien o derecho que se recibe a cambio. Por lo tanto, la ganancia o pérdida patrimonial vendrá determinada por la

¹⁵ Respecto al concepto de unidad familiar, se estará a lo dispuesto en la *Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio*. A estos efectos, se equiparará el matrimonio con la pareja de hecho legalmente inscrita.

diferencia entre el valor de adquisición de la vivienda y el mayor importe de la deuda cancelada o del valor de mercado de la vivienda en el momento de la dación en pago. Expone concretamente la DGT que “en el caso concreto de que el importe del crédito cancelado sea superior al valor de mercado de la vivienda entregada, el valor de transmisión vendrá determinado por el importe de la deuda cancelado. De resultar una pérdida patrimonial, ésta estaría sujeta al IRPF pero no exenta, y al proceder de una transmisión, dicha pérdida debería integrarse en la base imponible del ahorro”.¹⁶

Al igual que para el IIVTNU, el *RDL 6/2012* dispone en su artículo 10 que se añade una disposición adicional trigésima sexta a la *Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio*.

De esta forma, desde el 11 de marzo de 2012 se declaró exenta del IRPF la ganancia patrimonial que se pueda generar en los deudores de contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria vigentes a esa fecha y que se encuentren situados en el umbral de exclusión, con ocasión de la dación en pago de su vivienda habitual. Resultaba necesario que el deudor se encontrara dentro del umbral de exclusión y cumpliera todos los requisitos establecidos en el *RDL 6/2012* para poder beneficiarse de la exención.

Además, la dación en pago debía de haberse realizado dentro del ámbito de aplicación del Código de Buenas Prácticas, con todas las limitaciones que se establecen en el mismo. La restringida aplicabilidad de esta normativa ha supuesto que en la práctica la mayoría de las daciones en pago hayan llevado aparejado el pago del IRPF, ya que, si un deudor hipotecario lograba la aceptación por el banco de la dación en pago, pero no cumplía con los difíciles requisitos establecidos en el Real Decreto-Ley, tenía que hacer frente a obligaciones tributarias que suponían todavía un mayor esfuerzo económico para él y su familia.

Por ello, en nuestra opinión, la dación en pago no es la solución más favorable para los deudores hipotecarios, al menos en las condiciones actuales de aplicación, por lo que, para que realmente pudiera constituir una fórmula de salida para los citados

¹⁶ Informe de la DGT de 10 de mayo de 2012 [Número 1856-11], que sustituye al contenido en el Informe de 26 de septiembre de 2011 [Número 2011-34560].

deudores, debería llevar aparejada la normativa correspondiente en relación a las obligaciones fiscales, determinándose beneficios y deducciones en los impuestos analizados, además de incentivos fiscales que apoyen la función social de la vivienda, concretamente las medidas para el alquiler social y la utilidad de las viviendas vacías, tal y como se analizará en ulteriores epígrafes.

2.1.2. La pérdida de oportunidad en las últimas reformas normativas realizadas en torno a la figura de la dación en pago.

Con posterioridad al *RDL 6/2012* y como consecuencia de la escasa efectividad que el mismo tuvo, en su configuración inicial, en la lucha contra la delicada situación de los deudores hipotecarios, fue aprobado el *Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios* (en adelante *RDL 27/2012*), cuyo objeto fundamental consistía en la suspensión por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encontraran en una situación de especial riesgo de exclusión.¹⁷

La suspensión de los lanzamientos afecta a las personas que se encuentren dentro de una situación de especial vulnerabilidad:

a) Familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente. La legislación vigente establece que la familia numerosa es aquella que tiene tres o más hijos (o en algunos casos dos hijos si uno de ellos presenta minusvalía). Si bien es cierto que evidentemente la situación será más precaria cuanto mayor sea el número de hijos en la unidad familiar, a nuestro entender, no deberían excluirse de la suspensión de los lanzamientos aquellas familias que tengan uno o dos hijos, pues los menores serán igualmente vulnerables y se verán abocados a una situación de precariedad.

b) Unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo.

¹⁷ Tal y como indica PÉREZ HEREZA “el Gobierno ha optado por parchear la normativa, perdiendo una oportunidad para hacer una reforma profunda del procedimiento de ejecución hipotecaria que es urgente y necesaria”, en PÉREZ HEREZA, J.: «Reflexiones en torno a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de julio de 2014», *El notario del siglo XXI*, N° 57, 2014, pág. 66.

c) Unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años, sin que se explique por qué no se extiende la mayor protección a familias con menores dependientes con independencia de su edad.

d) Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.

e) Unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones por desempleo.

f) Unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral.

g) Unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género, conforme a lo establecido en la legislación vigente, en el caso de que la vivienda objeto de lanzamiento constituyan su domicilio habitual.

Para que sea de aplicación lo previsto en el apartado 1 deberán concurrir, además de los supuestos de especial vulnerabilidad previstos en el apartado anterior, las circunstancias económicas siguientes:

a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples.

b) Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda.

c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.

d) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.

Asimismo, se encomienda al Gobierno la promoción, junto con el sector financiero, de la constitución de un Fondo Social de Viviendas propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario.

Entre las carencias de esta medida puede destacarse la exclusión del mismo de colectivos que, según nuestra opinión, se encuentran también en situación de vulnerabilidad como son los jubilados. Además, entendemos que, en caso de producirse la paralización del lanzamiento, debería paralizarse también el aumento de los intereses de demora, cuestión que no queda regulada por esta normativa, por lo que la misma no nos parece una solución acertada, suponiendo, una vez más, una ventaja para las entidades financieras, que una vez cumplido el plazo de paralización, podrán volver a exigir el pago de la deuda con intereses.

Según la disposición transitoria única, dicha norma será de aplicación a los procedimientos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a su entrada en vigor (el 16 de noviembre de 2012) y en los que no se hubiera ejecutado lanzamiento. No existe por lo tanto posibilidad de aplicarlo retroactivamente a procedimientos iniciados con anterioridad a esta normativa, aunque no se haya producido lanzamiento.

Más recientemente ha entrado en vigor la *Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social* (en adelante *Ley 1/2013*). La redacción de esta ley se corresponde con la aceptación a trámite de la Iniciativa Legislativa Popular por la dación en pago, el alquiler social y contra los desalojos. A su vez, esta nueva normativa persigue incorporar los aportes de la *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013* que establece que la *Directiva 93/13/CEE del*

Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores resulta ser contraria la normativa hipotecaria española¹⁸.

Esta Ley recoge algunas novedades con respecto a las normas anteriores, sin embargo, su efectividad es, a nuestro juicio, cuanto menos cuestionable.

En primer lugar se establece la moratoria de los desalojos vinculada a criterios de extrema exclusión social y económica. Así, su artículo 1.2 establece los supuestos de especial vulnerabilidad exigidos para poder aplicar la suspensión del lanzamiento y que, como puede apreciarse, siguen la misma línea que la de la normativa anterior:

“Los supuestos de especial vulnerabilidad a los que se refiere el apartado anterior son:

a) Familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente.

b) Unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo.

c) Unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años.

d) Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.

e) Unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones por desempleo.

f) Unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral.

¹⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, Sentencia de 14 Mar. 2013, (C-415/2011).

g) Unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género, conforme a lo establecido en la legislación vigente, en el caso de que la vivienda objeto de lanzamiento constituya su domicilio habitual.

Recoge, pues, con ligeras modificaciones las condiciones familiares exigidas para acogerse al Código de Buenas Prácticas establecido ya por el *RDL 6/2012*, por lo que hacemos extensible a esta nueva normativa lo argumentado al respecto en las páginas precedentes.

Por otra parte, se requieren asimismo una serie de condiciones económicas que pueden resumirse en las siguientes: que se trate de una hipoteca concedida para la adquisición de una vivienda habitual; que los ingresos familiares no alcancen los 19.000 euros al año; haber sufrido una alteración grave de sus circunstancias económicas en los últimos cuatro años; y que la cuota hipotecaria supere el cincuenta por cien de los ingresos de la unidad familiar.

Además de otra serie de modificaciones, la Ley vuelve a establecer un incremento en el valor de adjudicación de la vivienda habitual del deudor por la entidad de crédito en las ejecuciones hipotecarias. Así, el artículo 671 de la LEC vigente en la actualidad, queda redactado de la siguiente forma:

“Artículo 671. Subasta sin ningún postor:

Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor, en el plazo de veinte días, pedir la adjudicación del bien. Si no se tratare de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación por el 50 por cien del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 por cien. Se aplicará en todo caso la regla de imputación de pagos contenida en el artículo 654.3.

Cuando el acreedor, en el plazo de veinte días, no hiciere uso de esa facultad, el Secretario judicial procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado.”

Puede observarse cómo el propio legislador trata de ir “poniendo parches” modificando una y otra vez los porcentajes del valor de adjudicación en el procedimiento de ejecución hipotecaria, en lugar de establecer una norma que efectivamente suponga el restablecimiento del equilibrio entre acreedor y deudor y no otorgue una ventaja o enriquecimiento injusto a las entidades de crédito, pues las mismas han realizado, sin duda, un uso abusivo del principio de responsabilidad patrimonial universal, imponiendo al deudor una garantía patrimonial desproporcionada.

Pero, además, la norma no recoge la dación en pago como medida general y retroactiva, tal y como se solicitaba en la Iniciativa Legislativa Popular presentada al Congreso por parte de distintas plataformas y sindicatos.¹⁹

En cualquier caso, si bien esta norma surge como posible solución al problema de los deudores hipotecarios sin recursos, son muchas las voces en contra de la misma por entenderla insuficiente. Es cierto que no se recoge la dación en pago de forma retroactiva, pero cabe preguntarse si esta sería la medida más adecuada para todas aquellas familias que se encuentran en riesgo de exclusión social. Y es que, el principal problema que se suscita con las ejecuciones hipotecarias no quedaría de esta forma resuelto, pues en cualquier caso se produce una pérdida del inmueble por parte del deudor, lo que en muchas ocasiones supone la pérdida del único bien que quedaba en su haber. Por ello serían necesarias otro tipo de medidas que supusieran una mayor protección para las familias sobreendeudadas.

En definitiva, cabe concluir que el ámbito subjetivo de aplicación de la propuesta de ley es demasiado restrictivo, pues se establecen, además de los requisitos de vulnerabilidad, los relativos a las circunstancias económicas del deudor, lo que en muchas ocasiones será difícil de cumplir y supondrá finalmente la ejecución hipotecaria. En consecuencia, el modelo ha de modificarse en pro de los deudores, comenzando por

¹⁹ Proyecto de Ley de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (procedente del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre). [BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 31-1, de 07/12/2012].

un control de las cláusulas abusivas de los contratos y aplicando el principio de equilibrio contractual entre acreedor y deudor hipotecario.

La reforma más reciente ha sido el *Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social*, que ha modificado en su artículo 2 algunos aspectos de las citadas normativas, sin embargo, los requisitos para el acceso a la dación en pago siguen siendo, a nuestro juicio, demasiado restrictivos. De hecho, esta ley de segunda oportunidad, que ya existía en los países de nuestro entorno, como por ejemplo en Francia o Alemania, podría y debería haber sido la que por fin estableciera las medidas socio-económicas que realmente necesitan los miles de personas endeudadas (muchas ellas de buena fe) hoy día en nuestro país. Sin embargo, no ha sido así, en primer lugar por las reformas introducidas en relación a los requisitos exigidos a los deudores para poder acogerse a la dación en pago, que pese a haber sido modificados por cuarta vez, siguen otorgando la posibilidad de la dación en pago a muy pocas familias.

Así, el artículo 2 modifica lo establecido en el *Real Decreto- ley 6/2012*, quedando el artículo 3.1., que especifica las condiciones que han de cumplir los deudores, redactado de la siguiente forma:

Se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurren en ellos todas las circunstancias siguientes:

a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas. A estos efectos se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar. El límite previsto será de cuatro veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas en caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, o de cinco

veces dicho indicador, en el caso de que un deudor hipotecario sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental, o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral.

b) Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, o hayan sobrevenido en dicho período circunstancias familiares de especial vulnerabilidad. A estos efectos se entenderá que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5; salvo que la entidad acredite que la carga hipotecaria en el momento de la concesión del préstamo era igual o superior a la carga hipotecaria en el momento de la solicitud de la aplicación del Código de Buenas Prácticas. Asimismo, se entiende que se encuentran en una circunstancia familiar de especial vulnerabilidad: 1.º La familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente. 2.º La unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo. 3.º La unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años. 4.º La unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite de forma permanente, de forma acreditada, para realizar una actividad laboral. 5.º El deudor mayor de 60 años, aunque no reúna los requisitos para ser considerado unidad familiar según lo previsto en la letra a) de este número. c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. Dicho porcentaje será del 40 por cien cuando alguno de dichos miembros sea una persona en la que concurren las circunstancias previstas en el segundo párrafo del apartado a).

Por otra parte, el Real Decreto-ley amplía por un plazo adicional de dos años (hasta 2017) la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables contenido en la *Ley 1/2013*. Esta ampliación merece una valoración positiva, ya que realmente otorga la posibilidad de un nuevo intento de

saneamiento de su sobreendeudamiento a las familias, si bien debería venir acompañada de otra serie de medidas que aseguraran este aspecto.

Otro aspecto destacable de la reforma es la aplicación de los procedimientos establecidos en la Ley Concursal (que resulta también modificada) a las personas naturales, flexibilizando los acuerdos extrajudiciales de pagos y previendo una, a nuestro juicio, suerte de segunda oportunidad, ya que puede llegarse incluso a una exoneración de la deuda.

Sin embargo, y pese a que resulta ser un paso adelante, esta norma ha perdido la oportunidad de establecer un verdadero *fresh start* o, al menos, suavizar las condiciones necesarias para que el deudor persona física pueda acogerse a la dación en pago, manteniendo todavía un enfoque *pro creditoris* por lo que, en nuestra opinión, al igual que las que la precedieron, esta normativa sigue resultando insuficiente de cara a la protección de los deudores hipotecarios sin recursos.

2.2. La regulación de los procedimientos de insolvencia del deudor el Derecho Comparado: medidas alternativas a la normativa española.

Resulta necesario en este punto realizar una remisión a las medidas de “segunda oportunidad” existentes en los países de nuestro entorno, para poder dilucidar si, en vista de los mismos, la reciente Ley de segunda oportunidad podría haber establecido instrumentos más idóneos en pro de los deudores, como ya se venía haciendo en nuestros países vecinos, y cuáles son los cambios que, en ese caso, debería determinar nuestra Ley de segunda oportunidad para establecer un verdadero *fresh start*, presente en la mayoría de los países desarrollados, que si bien no establecen la dación en pago como solución, si disponen de una instrumentación verdaderamente tendente a una segunda oportunidad para el deudor de buena fe, abordando el endeudamiento global de las familias, y no solo el hipotecario.²⁰

²⁰ La Comisión Europea se refirió al *fresh start* ya en 2003 en su *Proyecto del «Procedimiento Best» sobre reestructuración, quiebra y nuevo comienzo*, en el que realizó recomendaciones a los estados miembros, afirmando que “La rápida liberación de responsabilidad por deudas pendientes es decisiva para promover los nuevos comienzos y la actividad empresarial. Dado que, hasta cierto punto, implica un

Tal y como ha indicado el propio Defensor del Pueblo “conviene valorar la experiencia desarrollada en nuestro entorno próximo, especialmente en lo concerniente a los diferentes sistemas adoptados para luchar contra el excesivo endeudamiento de los ciudadanos, frente a la tradicionalmente escasa o nula atención prestada al sobreendeudamiento personal en España y en el propio seno de la Unión Europea”.²¹

Es cierto, las instituciones europeas no han establecido una normativa común sobre la insolvencia de la persona física y la dación en pago, por lo que la regulación existente en la actualidad se ha dispuesto en los ordenamientos jurídicos internos de los diferentes estados miembros, siendo en algunos de ellos más proteccionista que en otros, y basándose en dos estructuras diferenciadas: una exoneración directa (modelo anglosajón) o tras un periodo de buena conducta tras el cumplimiento de un plan de pagos (modelo de rehabilitación alemán).

A. ALEMANIA:

Uno de los modelos pioneros y más seguidos por el resto de países ha sido el establecido en Alemania, cuya regulación se encuentra en la *Insolvenzordnung* (InsO), del año 1994.²² La misma dispone dos mecanismos correlativos como solución a la problemática del endeudamiento de la persona física: el primero es el *Verbraucherinsolvenzverfahren* (Insolvencia de los consumidores), que es un procedimiento específico para los casos de insolvencia de las personas físicas,

tratamiento de gracia, tal exoneración debe estar sujeta a ciertas condiciones (por ejemplo, el consentimiento de los acreedores; el pago de la parte de las deudas, cuando sea posible; el examen de la conducta del deudor o la cooperación con el administrador judicial y la plena información sobre los activos y el pasivo)”. Se observa así la preocupación por recomendar a las legislaciones nacionales un cambio en este sentido. Disponible en: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme2chance/doc/summary_failure_final_es.pdf.

²¹ DEFENSOR DEL PUEBLO: *Crisis económica e insolvencia personal: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*, 2013. Disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/Monografico/Documentacion/Crisis_economica_e_insolvencia_personal.pdf.

²² BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ: *Insolvenzordnung*. Disponible en: <http://www.gesetze-im-internet.de/inso/BJNR286600994.html#BJNR286600994BJNG000100000>

centrándose en las situaciones de insolvencia o endeudamiento excesivo de las economías domésticas.²³

El primer aspecto positivo que, a nuestro entender, tiene este modelo es que la primera premisa es el intento de evitar que tenga que llevarse a cabo el procedimiento, ya que, antes de abrir el concurso, la ley obliga al deudor a intentar llegar a un acuerdo extrajudicial con sus acreedores y si éste fracasa, volver a intentarlo desde el ámbito judicial. La descripción del plan propuesto y en su caso fracaso del mismo deben certificarse por la persona adecuada (abogado o asesor fiscal, entre otros) para poder solicitar la apertura del concurso. Además, la solicitud del concurso deberá realizarse en los seis meses posteriores al fracaso del acuerdo extrajudicial (§ 305 I, 1 InsO).

Como se verá más adelante, en España contamos con el instrumento de la mediación y las Oficinas de Intermediación, por lo que sería interesante que se establecieran en la normativa relativa a la dación en pago incentivos para los acuerdos previos entre acreedor y deudor, a semejanza de la norma alemana.

Otro aspecto destacable es que, a diferencia de otras normativas, la alemana no tiene en cuenta las razones o motivos que han causado ese sobreendeudamiento, sino que sea cual sea la causa, si la persona física cumple con los requisitos establecidos en la ley (mucho menos restrictivos que los que hemos visto que se exigen en la norma española), podrá acogerse a este procedimiento. Lo que se busca fundamentalmente es un saneamiento de las deudas de la persona física para permitir su reinserción en la vida económica.²⁴

Es más, el procedimiento de insolvencia también permite a las personas físicas empezar su actividad económica desde cero, lo cual se consigue renunciando al cobro de las deudas no pagadas tras la conclusión del procedimiento de insolvencia, que es la denominada condonación de la deuda restante (*Restschuldbefreiung*) y a la cual se procede una vez realizados los trámites anteriormente vistos. Para ello la norma

²³ BUNDESARBEITSGEMEINSCHAFT SCHULDNERBERATUNG: *Was mache ich mit meine Schulden?* Disponible en: http://www.meine-schulden.de/ratgeber/insolvenzverfahren#elem_003.

²⁴ El propio § 1 “*Ziele des Insolvenzverfahrens*” establece que “Dem redlichen Schuldner wird Gelegenheit gegeben, sich von seinen restlichen Verbindlichkeiten zu befreien” (Al deudor honesto se le da la oportunidad de liberarse del resto de sus pasivos).

alemana exige un periodo de buena conducta por parte del deudor (*Wohlverhaltensperiode*), que durante seis años deberá cumplir ciertas obligaciones con control de un agente fiduciario.²⁵ Así durante un período de tiempo prolongado se irán satisfaciendo a los acreedores, quedando el deudor con el porcentaje de sus ingresos que le aseguren una vida digna a él y a su entorno familiar dependiente. La liberación de la deuda una vez pasado este plazo será otorgada a través de auto judicial, siempre que se hayan cumplido las exigencias vistas.

Como puede observarse, la norma alemana establece diferentes mecanismos de protección del deudor, comenzando por el intento del acuerdo entre las partes y culminando con la posible liberación de la deuda, por lo que, podemos afirmar que pese a tratarse de un ordenamiento jurídico riguroso, resulta ser mucho menos restrictivo que el español.

B. AUSTRIA:

En Austria el concurso de las personas físicas se rige por normas especiales. En este caso existe de forma general la posibilidad de quita de la deuda pendiente cuya razón de ser es el objetivo social de posibilitar un nuevo comienzo a una persona que se encuentra en una situación económica desesperada. El concurso de las personas físicas que no son comerciantes se denomina procedimiento de regularización de deudas (*Schuldenregulierungsverfahren*) (art. 25 *Konkursordnung* (KO)).

El modelo austriaco se configura de forma muy similar al establecido en Alemania. Se comienza por una fase privada (*Privatkonkurs*) y, en caso de no poder llegarse a un acuerdo se procede a la intervención judicial.

En el intento de acuerdo extrajudicial el deudor ha de ofrecer a los acreedores un plan de pagos, es decir, de llegar a una conciliación. Si esta solución se presenta por imposible, se pasará a la siguiente fase, en la que intervendrá el juez, y que consta de distintos mecanismos progresivos para lograr la protección del deudor:

²⁵ Los plazos y obligaciones establecidas para el deudor se han flexibilizado a través de las modificaciones introducidas por la Drucksache 17/13535 “Entwurf eines Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte”, de 15 de mayo de 2013, entrando las mismas en vigor a partir del 1 de julio de 2014.

a) *Zwangsausgleich*: Suspensión forzosa de pagos. Se realiza a instancia del deudor y exige el acuerdo de la mayoría de los acreedores que representen al menos la mitad del pasivo y la conformidad del tribunal. La suspensión de pagos lleva implícito el compromiso del consumidor de abonar en un período no superior a cinco años el 30 por cien de sus deudas.

b) *Vermögensverwertung und Zahlungsplan*: Plan de pago con ejecución patrimonial. Si pese a haberse procedido a la ejecución forzosa de pagos se mantiene la imposibilidad de hacer frente a las deudas, se ejecuta el patrimonio del deudor, y con la conformidad del juez se establecen unos límites y un plan de pago sobre los futuros ingresos, siempre que se acepte por los acreedores mayoritarios.

c) *Abschöpfungsverfahren*: Procedimiento de liquidación. Si no se lograrse una solución con los anteriores procedimientos, el deudor puede solicitar judicialmente la incoación del procedimiento de liquidación, en el que queda obligado durante un período de siete años a procurarse una actividad económica que le permita, obviando un mínimo de subsistencia, entregar a un fiduciario judicial sus ingresos. Si el deudor es capaz de sanear la mitad de su pasivo en el plazo de tres años o el 10 por cien en el plazo de siete podrá obtener la liberación del resto de la deuda.

Como puede observarse, en las diferentes medidas adoptadas se establecen planes de pago progresivos, determinando además que el deudor deberá mantener siempre un estado económico que permita su sustento y el de su familia, y culminando las normas con la liberación de la deuda en caso de no poderse hacer frente a la misma.

FRANCIA:

El artículo L.330-1 del *Code de la Consommation* (Código de Consumo francés), entiende por sobreendeudamiento la situación de las personas físicas caracterizada por la imposibilidad manifiesta del deudor de buena fe de hacer frente al conjunto de sus deudas no profesionales exigibles y vencidas así como a los compromisos de garantizar o satisfacer solidariamente la deuda de un empresario

individual o de una sociedad desde que no ha sido, en derecho o de hecho, dirigente de esta.²⁶

Al igual que ocurre en la regulación alemana y austriaca, se determinan procedimientos que son de aplicación exclusiva a las personas físicas, orientándose la norma al deudor *particulier* o familiar, excluyéndose en consecuencia los comerciantes individuales y personas jurídicas, cuya protección se halla dispuesta en los procedimientos concursales. Y de la misma forma también obvia las causas que han llevado al deudor a esa situación, exigiéndole buena fe, y refiriéndose simplemente a “una situación irremediabilmente comprometida”.

Aunque, como ahora se verá, existen diferencias con el modelo alemán, la instrumentación francesa del procedimiento de insolvencia de los particulares se conforma en torno a dos fases diferenciadas:

En primer lugar aparece la fase de conciliación (*Règlement Amiable*), en la que una “Comisión de exceso de endeudamiento de los particulares” incoará el procedimiento a instancias del deudor, disponiendo de un plazo de seis meses a partir de la entrega del expediente para proceder a su instrucción y decidir sobre su prosecución. La Comisión establecerá un estado del endeudamiento del deudor. Este vendrá obligado a declarar ante aquella los elementos del activo y el pasivo de su patrimonio. Una vez informados por la Comisión de la situación del pasivo declarada por el deudor, si los acreedores estuviesen en desacuerdo con dicho informe, dispondrán de un plazo de treinta días para aportar los elementos justificativos del principal, los intereses y componentes accesorios de sus créditos.

La función principal que va a tener la Comisión es conciliar a las partes con vistas a la elaboración de un convenio de saneamiento aceptado por el deudor y sus principales acreedores. En el plan se podrán incluir medidas de aplazamiento o reestructuración del pago de las deudas, de condonación de las mismas, de reducción del tipo de interés o de supresión del mismo, de consolidación o de creación o sustitución de la garantía. En el plan se estipulará su modo de ejecución, teniendo en

²⁶ LEGIFRANCE: *Code de la consommation: Version consolidée au 19 mars 2015*. Disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565>

cuenta que su duración total no podrá exceder de diez años, incluidos los supuestos en que fuera objeto de revisión o de renovación.

Ahora bien, si el intento de conciliación no prosperara, la Comisión podrá, a requerimiento del deudor y después de haber escuchado el parecer de las partes, recomendar la adopción de la totalidad o una parte de las medidas siguientes:

1º Reestructurar el pago de deudas de cualquier naturaleza, incluso, en su caso, mediante el aplazamiento del pago de parte de ellas, sin que el período de aplazamiento o de reestructuración pueda exceder de diez años o, en su caso, de la mitad del plazo de amortización que reste por transcurrir de los préstamos pendientes; en caso de caducidad del plazo, el período de aplazamiento o de reestructuración podrá ser de la mitad del plazo pendiente de transcurrir con anterioridad a la caducidad.

2º Imputación de los pagos, inicialmente al capital.

3º Estipulación de que las sumas correspondientes a los vencimientos o plazos reestructurados devenguen interés a un tipo reducido, que podrá ser inferior al tipo de interés legal, previa propuesta especial motivada, siempre que la situación del deudor así lo exija. Con independencia de la duración del plan de saneamiento, el tipo de interés no podrá ser superior al tipo legal.

4º En caso de venta forzosa de la vivienda principal del deudor, que esté gravada con una carga registrada en favor de una entidad de crédito que hubiera facilitado la suma necesaria para la adquisición de aquélla, la reducción, en virtud de una propuesta especial motivada, del montante de la porción de los préstamos pendientes de amortizar a las entidades de crédito después de la venta, una vez imputado el precio de venta al capital que reste por devolver, en unas proporciones tales que el pago de aquél, unido a una reestructuración calculada como se ha indicado arriba, sea compatible con los recursos y cargas del deudor.

Es decir, al igual que en la norma alemana, se hace hincapié en la necesidad de que las soluciones adoptadas sean congruentes con las necesidades del deudor y de su familia, en concreto en lo concerniente a la vivienda habitual del deudor, aspecto que no

se trata de la misma forma en la legislación española, y que, en nuestra opinión, debería uno de los pilares más importantes de toda normativa relativa a la insolvencia del deudor particular.

Siguiendo con el análisis de la regulación francesa, si el trámite conciliador no pudiera prosperar por la situación económica del deudor, se pasará a la siguiente fase del procedimiento, en la que ya intervendrán las instancias judiciales, articulando las medidas oportunas para el saneamiento de la situación del deudor. Para ello el juez designará un liquidador, que dispondrá de un plazo de doce meses para vender los bienes del deudor de un modo amistoso, y en su defecto, organizar una venta forzosa en las condiciones relativas a los procedimientos civiles de ejecución.

En caso de ejecución de la hipoteca, el plan de pagos puede incluir que la deuda remanente después de la ejecución, pueda verse afectada por las quitas y esperas del plan de pagos, así como en algunos casos suprimida, también se puede adoptar una moratoria de la ejecución, que la suspenda por tres años, reducir intereses e incluso una disminución del importe del préstamo que ha servido para adquirir la vivienda habitual.

Ahora bien, la ley francesa establece que, cuando la masa activa sea suficiente para desinteresar a los acreedores, el juez ordenará la clausura del procedimiento. Pero si la masa activa realizada sea insuficiente para desinteresar a los acreedores, o cuando el deudor sólo posea el mobiliario necesario para la vida cotidiana y bienes no profesionales indispensables para el ejercicio de su actividad profesional, el juez dictará la clausura del procedimiento por activo insuficiente. La clausura entraña la desaparición de todas las deudas no profesionales del deudor. Es decir, se procede a una cancelación de la deuda de forma aún menos restrictiva que la establecida en la normativa alemana, ya que en este caso no se determina un plazo de “rehabilitación” para ello.

REINO UNIDO:

El fresh start en Reino Unido se regula a través de la *Insolvency Act 1986*, que establece el *Bankruptcy* (Concurso de acreedores), mediante la realización y distribución de los activos de una persona y generalmente el cese de toda actividad. En

el caso de los particulares corresponde a un órgano jurisdiccional declarar la *bankruptcy* a instancias de un acreedor o del propio deudor.

En una primera fase, las personas físicas pueden establecer convenios formales con sus acreedores, con el objeto de aceptar una cantidad inferior a la deuda total. Estos acuerdos son vinculantes jurídicamente para todos los acreedores a los que se les haya comunicado. Incluso pueden establecer convenios informales con sus acreedores para aceptar una cantidad inferior a la totalidad de la deuda, si bien los mismos no son jurídicamente vinculantes.

Posteriormente comenzará la fase judicial, en la que el juez determinará la *bankruptcy*. La declaración de concurso judicial se envía al Registrador territorial (*Chief Land Registrar*) y ha de publicarse en un periódico apropiado y en la *London Gazette*.

Además, puede designarse a un *insolvency practitioner* (profesional en insolvencias), en lugar de un *Official Receiver* (funcionario público adscrito a un órgano jurisdiccional). En ese caso debe archivarse en el órgano jurisdiccional una copia del certificado de su designación como tal. Una vez designado, el *insolvency practitioner* tiene que hacerlo público de varias maneras, dependiente del método de designación, entre ellas publicando un anuncio en el periódico más apropiado y notificándolo a todos los acreedores conocidos.²⁷

Tras la apertura del procedimiento la propiedad de los activos del concursado se transfiere automáticamente al trustee, y los concursados tienen un deber legal de cooperación y de proporcionar información.

Si el juez comprueba que al deudor le es imposible afrontar sus compromisos de pago puede condonar la deuda, incluso sin el consentimiento del deudor. En este caso, y a diferencia del modelo de “rehabilitación” establecido por ejemplo en Alemania, no se establece un periodo necesario antes de la condonación de la deuda, en un intento de no estigmatizar al deudor.

²⁷ Artículos 273 y siguientes de la *Insolvency Act* 1986.

DINAMARCA:

Las personas físicas que no ejerzan actividad empresarial pueden acogerse al *Gældssanering*, que es un procedimiento de saneamiento de deudas para aquellas personas, que como establece la normativa danesa, se hallen en una situación desesperada en relación al volumen de sus deudas y perspectivas futuras. Para ello se tiene en cuenta tanto la edad como la situación personal del deudor.²⁸

En este caso, el deudor presenta un plan de pagos que ha de ser aprobado por la instancia judicial, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: la motivación del deudor (no se admitirá, por ejemplo, la solicitud del deudor si es manifiesto que continuará endeudándose o no tiene el propósito de buscar trabajo), la antigüedad de la deuda, el origen de la deuda y las circunstancias en la que ha sido contraída, así como el comportamiento del deudor durante el procedimiento. Si en el deudor o en su solicitud no concurren los requisitos dispuestos en la Ley o el tribunal no considera razonable el plan propuesto, la demanda será inadmitida.

Este procedimiento nos parece destacable sobre todo por los efectos que conlleva la aceptación por parte del juez, ya que la primera consecuencia es la suspensión de toda ejecución sobre los bienes del deudor, siendo el mismo el que seguirá administrando su patrimonio.

La aprobación del plan implica la novación de toda la deuda del solicitante, por lo que si el deudor lo cumple, desaparecerá toda responsabilidad adicional por las deudas aún insatisfechas. Ahora bien, hay que tener en cuenta que si el deudor dispone de ingresos por trabajo, el plan le impondrá la obligación de pagar parcialmente sus deudas durante un cierto tiempo, generalmente cinco años.

Resulta reseñable también la especial protección que esta regulación dispone respecto de los colectivos más vulnerables, como las personas jubiladas o en situación

²⁸ En la página web del Ministerio de Justicia danés puede el deudor encontrar toda la información relativa al procedimiento de reestructuración, así como la documentación y solicitudes que debe enviar, denominándose los mismos “formularios de alivio de la deuda”. Disponible en: <http://www.domstol.dk/selvbetjening/blanketter/gaeldssanering/Pages/default.aspx>

de desempleo, que podrán obtener la condonación total de la deuda si cumplen con ciertos requisitos.

ITALIA:

La LEGGE 27 gennaio 2012, n. 3. Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento, establece la posibilidad de que el particular denuncie ante el “juez de paz” su situación de insolvencia, lo que activa la participación de un órgano mediador: El *Organismo di composizione della crisi*.²⁹ Con anterioridad a esta normativa, existía una desigualdad entre los profesionales y las personas físicas sin actividad económica, que no podían acogerse a este tipo de procedimientos, llegando esta discriminación a ser cuestionada desde el punto de vista constitucional.

De forma análoga a otras legislaciones anteriormente reseñadas, el primer paso que dispone la ley italiana es la intervención de un mediador, ya que siempre se intenta llegar a un acuerdo, con el objeto de evitar las fases ejecutivas de los procedimientos.

Posteriormente, se permite la *esdebitazione* (exoneración de deudas) para las personas físicas, estableciendo que no habrá lugar a la misma cuando “el sobreendeudamiento del deudor sea imputable a un recurso culposo al crédito y desproporcionado respecto de su capacidad patrimonial”.

Será el juez quien tenga que valorar en qué circunstancias se ha producido el sobreendeudamiento, no estableciéndose en este caso un periodo de tiempo de “rehabilitación” desde que se obtuvo tal exoneración.

Por último, y antes de dar cuenta de las propuestas que consideramos idóneas, es necesario reseñar que además de los países analizados, otros como Portugal³⁰, Bélgica³¹ o Finlandia, han regulado los procedimientos de protección del deudor y su familia a

²⁹ *LEGGE 27 gennaio 2012, n. 3. Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento*. Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana. Disponible en: <http://www.gazzettaufficiale.it/gunewsletter/dettaglio.jsp?service=1&datagu=2012-01-30&task=dettaglio&numgu=24&redaz=012G0011&tmstp=1327998015987>.

³⁰ *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, cuya última reforma data del año 2012 y en el que se prevén procedimientos de condonación de deuda para la persona física.

³¹ Bélgica sigue la estela del procedimiento francés, comenzando por el intento de conciliación y, en caso de no ser posible, estableciéndose un plan de saneamiento por el juez competente.

través de medidas que dan la oportunidad de un nuevo comienzo. Fuera del ámbito europeo, no podemos dejar de señalar el proceso establecido en Estados Unidos, que se basa en la cuantía de la deuda, y que queda regulado en el *United States Bankruptcy Code* y que ofrece un *fresh start* al deudor honesto que está inmerso en un sobreendeudamiento excesivo.³²

2.3. Propuestas relativas al establecimiento en España del nuevo comienzo para los deudores hipotecarios y para la reconfiguración de la dación en pago.

Una vez realizado el análisis y las críticas relativas a la normativa vigente en torno a la protección de los deudores hipotecarios sin recursos, resulta pertinente determinar la idoneidad de la misma para el citado fin y, en caso negativo, establecer las propuestas y medios necesarios para la consecución de este objetivo.

En primer lugar, y por la actualidad del Real Decreto-ley de segunda oportunidad aprobado recientemente, es conveniente determinar una serie de propuestas de cara a la mejora de las condiciones establecidas en la misma tanto en lo referido a la aplicación de los procedimientos de insolvencia a las personas físicas como en los requisitos y aspectos relativos a la dación en pago.

Vaya por delante que valoramos positivamente el establecimiento de la segunda oportunidad para las personas físicas, algo que era imprescindible en nuestro ordenamiento jurídico y que, inexplicablemente no se había producido hasta el momento. Esta norma, tan necesaria para la implantación de la seguridad jurídica en este ámbito, se ha hecho esperar demasiado, dando lugar a un desequilibrio patente entre las partes implicadas.

Ahora bien, pese a que el establecimiento de la norma ha sido celebrado, creemos que la misma adolece, además de los inconvenientes reseñados para la dación

³² *United States Code. Title 11—Bankruptcy; and Appendix.* Disponible en: <http://uscode.house.gov/browse/prelim@title11&edition=prelim>.

en pago, de graves impedimentos para lograr un verdadero *fresh start* que, como se ha visto, sí resulta ser una buena herramienta en otros países.

El artículo 178 bis de la *Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal* introduce la posible exoneración del deudor disponiendo que “el deudor persona natural podrá obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en los términos establecidos en este artículo, una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa”.

Establece la norma que ello solo será posible para los deudores de buena fe, en consonancia con lo preceptuado en la mayoría de las regulaciones comparadas, y que la misma debe solicitarla el deudor. Para ser declarado de buena fe, y por ende poder acogerse a la exoneración de las deudas, el deudor ha de haber cumplido los siguientes requisitos:

1.º Que el concurso no haya sido declarado culpable.

2.º Que el deudor no haya sido ni condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme.

3.º Que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 231, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos.

4.º Que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios.

Como puede observarse, para poder ver condonada su deuda, además del resto de condiciones, la persona natural ha de haber celebrado o intentado celebrar un acuerdo

extrajudicial de pagos, y he aquí el que, a nuestro juicio, es el gran escollo que ha de solventar el deudor, ya que, no se facilita como debería, el acuerdo extrajudicial. Así, no podrán acudir al acuerdo extrajudicial aquellas personas que, dentro de los últimos cinco años hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial con sus acreedores, es decir, aquellas personas que hubieran llegado a un acuerdo pero que no hubieran podido hacer frente al mismo no podrán volver a realizar un acuerdo y por lo tanto tampoco llegar a la posible condonación de la deuda establecida en la Ley, ya que para ello se exige como requisito previo, el acuerdo extrajudicial en la forma dispuesta en el artículo 232.

Resulta interesante la propuesta del legislador, que de forma análoga a la normativa europea a través de un “mediador concursal” establece la posibilidad de llegar a un acuerdo sin tener que pasar por una fase judicial. Pero hemos de pensar que, en el caso de los deudores hipotecarios, será muy difícil que este proceso extrajudicial llegue a buen término, ya que, en los casi ocho años de crisis que hemos vivido, muy pocas entidades de crédito han querido llegar a un acuerdo (incluso después de la aprobación del Código de Buenas Prácticas), por lo que nada hace pensar que sea ahora cuando comiencen a mostrarse predispuestas a ello. Valgan como ejemplo los intentos de negociar con los responsables de las entidades financieras y los servicios de mediación impulsados por las administraciones públicas, que constatan la dificultad de llegar a acuerdos satisfactorios. Además, los costes derivados de la negociación extrajudicial deberán ser asumidos por el deudor, lo que supone una nueva carga para el mismo, sin que pueda tener certeza de si se llegará o no a un acuerdo y de cuáles serán los términos del mismo.

Además de la escasa operatividad que puede tener la citada medida, nos parece que el procedimiento pensado en el Real Decreto-ley resulta ser demasiado prolongado en el tiempo, ya que la exoneración se produce solo tras un plan de deudas no exonerables (es decir, que la condonación de la deuda es parcial y determinadas deudas con las Administraciones no pueden ser exoneradas) cuya duración es de cinco años.

Esta suerte de segunda oportunidad entraña además otro obstáculo importante para la recuperación económica y social del deudor y su familia: a la posible exoneración de las deudas no pueden acogerse los avalistas de los préstamos garantizados con hipoteca. Como sabemos, en la mayoría de los casos tales avalistas son

los familiares (en gran porcentaje los padres), lo que supone que si la condonación no llega hasta ellos, la situación de sobreendeudamiento permanecerá en la familia, por lo que el saneamiento del deudor principal no habrá servido para nada.

Por último, no podemos dejar de destacar el contenido del nuevo artículo 178 bis.7, que dispone que:

“7. Cualquier acreedor concursal estará legitimado para solicitar del juez del concurso la revocación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho cuando el deudor, durante los cinco años siguientes a su concesión:

a) Incurriese en alguna de las circunstancias que conforme a lo establecido en el apartado 3 hubiera impedido la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.

b) En su caso, incumpliese la obligación de pago de las deudas no exoneradas conforme a lo dispuesto en el plan de pagos.

c) Mejorase sustancialmente la situación económica del deudor de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos, o

d) Se constatare la existencia de ingresos, bienes o derechos ocultados.”

Es decir, que no se permite al deudor un verdadero *fresh start* ya que, en caso de conseguir encauzar de nuevo su situación se verá obligado a pagar sus deudas pendientes, exceptuándose solo las obligaciones de alimentos, y sin tener en cuenta los demás gastos personales y familiares necesarios para poder llevar una vida digna. Esto evidentemente desincentiva a los deudores en su ánimo de intentar volver a conseguir un status económico adecuado, ya que, si en el momento en que mejore su situación se va a ver de nuevo ahogado por las deudas, no servirá de nada la condonación anterior, no existiendo por lo tanto el nuevo comienzo supuestamente pretendido.³³

³³ En este sentido afirma CUENA CASAS que “No hemos avanzado y nuestro régimen de insolvencia personal es un “engendro” que se separa del adoptado en los países más desarrollados”, en CUENA

Por otra parte, como ya indicamos anteriormente, y a ello nos remitimos, el *Real Decreto-ley 1/2015* vuelve a modificar los requisitos y condiciones establecidos para poder acceder a la dación en pago, y si bien los suaviza en cierta manera, dista todavía mucho de ser efectivo en la protección de los deudores hipotecarios.

Además de estos inconvenientes a los que se ha hecho referencia, en nuestra opinión, existe un obstáculo fundamental para la concepción de esta figura como solución a la problemática planteada: la dación en pago supone el arrebato del deudor (y a su familia) de su vivienda, siendo la misma, en la mayoría de las ocasiones, el único bien que aún les queda.

Este es, a nuestro juicio, el verdadero escollo que presenta la dación en pago, pues aunque el deudor pueda verse liberado de sus deudas y comenzar una nueva vida, tendrá un obstáculo esencial que es la falta de vivienda familiar.

Por lo tanto, la dación en pago podría erigirse como una verdadera solución para los particulares afectados por deudas garantizadas con hipoteca, siempre y cuando, una vez realizada la dación en pago, se presentasen para los mismos alternativas de vivienda a las que pudieran hacer frente, ya que, en la mayoría de las ocasiones, los miembros de la unidad familiar se encuentran desempleados.

Quizás la clave para la solución de esta problemática esté en el elevado ratio de viviendas vacías existentes en nuestro país y, en concreto, en nuestra comunidad autónoma. Esta ha sido la línea seguida por algunas normativas autonómicas, que ante la ineficacia de las medidas citadas, han establecido normativas que ponen de manifiesto que, si los poderes públicos están dispuestos, se pueden aportar soluciones en pro de las familias endeudadas.

Entre las citadas Comunidades Autónomas pueden destacarse las propuestas de La Rioja que, a través del Instituto de la Vivienda de La Rioja (IRVI), ha puesto a

CASAS, M.: «¿Una segunda oportunidad para la persona física insolvente?» En el blog *¿Hay Derecho?*, 2015. Disponible en: <http://hayderecho.com/2015/03/03/una-segunda-oportunidad-para-la-persona-fisica-insolvente/>.

disposición de las familias afectadas por los desahucios más de trescientas cincuenta viviendas en alquiler a precios asequibles y una línea de ayuda para que destinen al pago de la renta el veinticinco por cien de sus ingresos como máximo o un veinte por cien en el caso de familias numerosas o aquellas que tengan personas dependientes o discapacitadas a su cargo.³⁴

Otro ejemplo relevante en relación a las medidas regionales que se han ido aprobando es el de la comunidad autónoma de Cataluña, que en el año 2010 puso en marcha un servicio de intermediación para el apoyo de las familias que no podían hacer frente a su deuda garantizada con hipoteca: OFIDEUTE. Esta línea de actuación está orientada a la conciliación entre las familias sobreendeudadas y las entidades bancarias a través de la mediación voluntaria.³⁵

Pero sin duda alguna, podemos afirmar sin ambages que, entre las medidas regionales destacan las llevadas a cabo en la comunidad autónoma de Andalucía, sobre todo a raíz de la *Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda* (en adelante, *Ley 4/2013*)³⁶, cuya base jurídica se encuentra en los preceptos establecidos en el *Decreto-Ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda* (en adelante *DL 6/2013*), aprobado por la Junta de Andalucía, siendo nuestra comunidad autónoma pionera en el desarrollo de un marco legislativo en relación a los lanzamientos hipotecarios. Esta norma establece una serie de ayudas a propietarios particulares y determinadas sanciones a entidades de crédito, inmobiliarias o entidades

³⁴ Orden 2/2013 de 11 de abril, de la Consejería de Obras Públicas, Política Local y Territorial por la que se regula la Ayuda del Programa de arrendamientos especiales. [BOR de 22 de abril de 2013].

³⁵ Tal y como establece la propia Generalitat de Cataluña, OFIDEUTE es un servicio de información y asesoramiento dirigido a las familias con dificultades para atender el pago de los préstamos hipotecarios y que se encuentran, por esta causa, en riesgo de perder su vivienda principal. Informa a las familias sobre las consecuencias de los impagos de las cuotas hipotecarias y las responsabilidades ante un posible inicio de procedimiento judicial de ejecución hipotecaria. Intercede por la familia con dificultades de pago delante de la entidad financiera acreedora con el fin de renegociar un nuevo acuerdo para el retorno del préstamo hipotecario que haga viable el pago y le permita seguir residiendo en la vivienda, o la resolución no onerosa del contrato. Disponible en: http://www20.gencat.cat/portal/site/OVT/menuitem.8d9f3f7e23c1cd519e629e30b0c0e1a0/?vgnextoid=79140103841bb110VgnVCM1000008d0c1e0aRCRD&vgnnextchannel=79140103841bb110VgnVCM1000008d0c1e0aRCRD&vgnnextfmt=detall&contentid=8068978e7779a310978e7779a3108d0c1e0aRCRD&newLang=es_ES.

³⁶ *Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda* [BOJA N° 198 de 8 de octubre de 2013].

de gestión patrimonial que mantengan ocioso y no destinen al arrendamiento su 'stock' residencial.

Sin embargo, pese a la coherencia de las últimas normativas andaluzas, que van más allá del establecimiento de la dación en pago y protegen al deudor otorgándole la oportunidad de un nuevo hogar, lo que, en nuestra opinión es, sin duda, el aspecto más importante, su aplicación práctica, como se verá, no ha estado exenta de dificultades.

En base a los argumentos esgrimidos, podemos afirmar, como primera conclusión, que la dación en pago nos parece una buena solución como instrumento de liberación de la deuda, siendo además el mismo posible, ya que, como ha quedado demostrado se puede modular el rigor de la aplicación del artículo 1911 del Código civil. Ahora bien, para que esta medida realmente tenga eficacia social, ha de configurarse de forma menos restrictiva, y venir acompañada de ulteriores propuestas dirigidas hacia la posibilidad de que la familia que ha perdido su hogar, pueda comenzar en un nuevo lugar, y esto no se podrá conseguir si los poderes públicos no provisionan viviendas para este fin.

Por todas las razones esgrimidas, creemos que las normativas actuales han de modificarse en pro de los deudores hipotecarios sin recursos y las familias sobreendeudadas, en base a las siguientes consideraciones:

1. - Establecer un procedimiento extrajudicial que permita llegar a un acuerdo satisfactorio para el deudor, siendo necesario para ello que se fomente, a través de incentivos para los acreedores, el interés de los mismos para llegar a un acuerdo, ya que tal y como se presenta el mismo en la actualidad, las entidades de crédito no se ven en ningún caso avocadas a facilitar el mismo.

En relación a este proceso, nos parece imprescindible que el coste que conlleva el mismo no sea en ningún caso asumido por el deudor, siendo a nuestro juicio, la entidad de crédito la que habría de cargar con él, presentándose además esta obligación como un incentivo más al establecimiento de un acuerdo previo.

2. – Reducir la duración del plan de pago (que se establece en cinco años para las deudas no exonerables) a tres años como máximo, tal y como ha recomendado el propio Fondo Monetario Internacional, ya que, de otra forma, los plazos para llegar a la condonación de la deuda se eternizan, puesto que, a todo el tiempo que las familias llevan sufriendo esta situación, habría que añadir el periodo de procedimiento extrajudicial y esos otros cinco años para llegar a la verdadera exoneración.³⁷

3. – Incluir, dentro del ámbito subjetivo de la posible exoneración, a los avalistas del crédito garantizado con hipoteca, ya que, en caso contrario, se estaría provocando la imposibilidad de las familias de poder acceder al nuevo comienzo, puesto que se verían avocadas, consecuentemente, a seguir haciendo frente a la deuda del avalista que, como ya indicamos, en la mayoría de las ocasiones es un familiar directo del deudor.

4. – Modificar los requisitos y condiciones establecidos para poder solicitar la dación en pago, así como la suspensión de los lanzamientos. Para ello será necesario que se tengan en cuenta las condiciones personales y también la edad de los deudores (a semejanza de otros ordenamientos jurídicos analizados), debiendo, a nuestro juicio, entrar dentro de estos parámetros los jubilados y los mayores de 65 años, así como los desempleados en términos menos restrictivos que los actuales.

5. – Establecer una protección mayor para las familias que logren acogerse a la dación en pago, con un plan de seguimiento a posteriori que favorezca que la misma logre reinsertarse en la vida económica y social, para lo cual será fundamental que puedan acceder a una nueva vivienda, y en este importante propósito y a la forma de conseguirlo, se centra nuestra siguiente propuesta.

3. TERCERA PROPUESTA: LA VIVIENDA VACÍA COMO ALTERNATIVA VIABLE PARA LOS DEUDORES HIPOTECARIOS.

³⁷ Vid. INTERNATIONAL MONETARY FUND: *IMF Country Report No. 14/193. Spain selected issues*, 2014. Disponible en: <http://ep00.epimg.net/descargables/2014/07/10/2509f16067f17898af32a70b8958b979.pdf>.

Tal y como se ha indicado anteriormente, uno de los problemas fundamentales a los que deben enfrentarse las familias con posterioridad a los lanzamientos o, en su caso y si han podido conseguirlo, a la dación en pago, es la falta de una vivienda adecuada.

El artículo 47 de la Constitución Española determina el derecho a una vivienda digna y adecuada, y nuestro Estatuto de Autonomía también consagra el derecho a la vivienda como base necesaria para el pleno desarrollo de los demás derechos constitucionales y estatutarios. Así, y tal y como se establece en la Exposición de Motivos de la *Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda*, la “finalidad propia de la vivienda la de propiciar la posibilidad de dar cumplimiento al derecho a disponer de un techo bajo el que las personas puedan desarrollarse con normalidad dentro de la sociedad, su desocupación representa el mayor exponente del incumplimiento de la finalidad del bien y, por tanto, de su función social”.³⁸

Así pues, aquellos inmuebles cuyo destino no sea el de la ocupación o uso residencial, no estarán cumpliendo con la función social de la vivienda, sino que se estará produciendo una mercantilización de la misma. En Andalucía, es preocupante el número de viviendas desocupadas, es decir, existe una elevada cantidad de viviendas que no están cumpliendo con la función encomendada. Los últimos datos publicados por el Ministerio de Fomento estiman un parque de viviendas en Andalucía de 4,5 millones, lo que supone un incremento respecto al existente en 2001 de un millón de viviendas. Es decir, en diez años ha aumentado el parque existente en casi un veinticinco por ciento.

Según los últimos estudios realizados, entre ellos los del Ministerio de Fomento,³⁹ existe un stock de vivienda nueva no vendida de aproximadamente ciento cincuenta mil unidades, y según los datos del Censo de Viviendas de 2011, el número de casas vacías asciende a 3.443.365 unidades, las cuales representan el 13,7 por cien del total de viviendas familiares censadas en ese año en España.⁴⁰ Desde un punto de

³⁸ JUNTA DE ANDALUCÍA: *Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda*. [BOJA N° 198, 2013].

³⁹ MINISTERIO DE FOMENTO: *Observatorio de Vivienda y Suelo. Censo de viviendas 2011*. 2013. Disponible en: <http://www.fomento.gob.es/MFOM.CP.Web/handlers/pdfhandler.ashx?idpub=BAW017>.

⁴⁰ INE: Censos de Población y Viviendas de 2011.

vista retrospectivo de los datos generados por el Censo anterior, puede observarse que las viviendas deshabitadas en 2011 se incrementaron un 10,8 por cien sobre el stock registrado en 2001 (3.106.422 viviendas), constituyéndose así un parque de vivienda vacía en España que podemos afirmar que es, cuanto menos, preocupante.

Concretamente en nuestra Comunidad Autónoma existen 637.221 viviendas vacías, que suponen casi 100.000 viviendas vacías más que en año 2001, pudiendo destacarse además entre las provincias españolas que cuentan con más viviendas vacías las provincias de Almería, Granada y Jaén.

Si como se ha indicado anteriormente, uno de los mayores problemas a los que se enfrentan los deudores es la falta de vivienda y, como queda demostrado por estos datos, existen más de 3 millones de viviendas vacías en nuestro país, ¿por qué no se establece la posibilidad de que estas familias puedan beneficiarse de las mismas a un precio que pudieran asumir? ¿Por qué no se cumple con lo establecido no ya por nuestro Estatuto de Autonomía sino por nuestra Norma Fundamental?

A nivel estatal se selló en 2013 un acuerdo entre el Gobierno y entidades bancarias detentoras de viviendas deshabitadas para la creación de un Fondo Social de Viviendas en Alquiler cumpliendo así con el requerimiento de la *Ley 1/2013*. Esta ley cuenta con una disposición adicional primera en la que:

“Se encomienda al Gobierno que promueva con el sector financiero la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario. Este fondo social de viviendas tendrá por objetivo facilitar el acceso a estas personas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que perciban. En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta ley se podrá valorar la ampliación del ámbito de cobertura del fondo social de viviendas a personas que se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad social distintas a las previstas en el artículo uno de esta ley. Antes de dicho periodo únicamente podrán efectuarse adjudicaciones a dichas personas cuando las circunstancias excepcionales del caso la justificasen y así se pusiese de manifiesto.”

Esta medida adolece sin embargo de insuficiencias que determinan su falta de operatividad. Entre los que nos interesan aquí están: (i) las medidas se dirijan únicamente a aquellas personas que sufrieron un desahucio, que además, entre éstas, las condiciones para acceder a una vivienda eran muy estrictas; (ii) las propias entidades financieras son las que hacen pública la información sobre viviendas y (iii) son las entidades financieras las que ponderan que los solicitantes reúnan las condiciones para tener acceso a una vivienda, es decir que se encuentren en situación de exclusión social.

Para realizar la valoración las entidades deberán solicitar informe a los servicios sociales del Ayuntamiento o Diputación Provincial que corresponda del municipio de residencia de los solicitantes siempre que dicho Ayuntamiento o Diputación Provincial se haya adherido a este Convenio con una anterioridad de, al menos quince días a la finalización del plazo de admisión de solicitudes (...) Las entidades locales adheridas deberán emitir su informe en el plazo de quince días desde que reciban su solicitud. El convenio tenía vigencia de dos años desde la fecha de suscripción (17 de Enero de 2013), y se declararon 5.891 viviendas en su inicio. El 9 de mayo de 2014 se acordó ampliar las condiciones recogidas en el convenio como definitivas del riesgo de exclusión social.

Las viviendas se ofrecen en alquiler y tienen que situarse en una renta de entre 150 y 400 euros, constituyendo un máximo del 30% de los ingresos netos totales de la unidad familiar. Estos contratos tienen una duración de dos años, prolongables un tercero a no ser que la entidad propietaria considere que el inquilino ha dejado de cumplir con los requisitos.

Este programa, por su carácter opcional, su corta duración y su dependencia completa de la voluntad de las entidades bancarias, no presenta soluciones reales al problema de las viviendas desocupadas. En efecto, se presenta como una solución cortoplacista a un problema – mal definido – de exclusión social pero no cuestiona la legitimidad del uso de la vivienda como activo financiero, y no desincentiva el mismo a futuro.

Algunas Comunidades Autónomas, entre las que se encuentran Andalucía, Cataluña o Navarra, a la vista de esta situación, han elaborado normativas al respecto, estableciendo la posibilidad de sancionar a los propietarios personas jurídicas de viviendas vacías en caso de que las mismas se mantengan desocupadas e incluso la opción de la expropiación de las citadas viviendas. Sin embargo, estas medidas han sido recurridas por el Gobierno central ante el Tribunal Constitucional, que tanto en el caso de la ley navarra como en el de la andaluza, ha suspendido la aplicación de las mismas.

Ahora bien, si la problemática es tan patente como se ha indicado, ¿por qué no se establecen normativas en este sentido? ¿Por qué no se elabora una ley estatal que no sólo determine el establecimiento de un Fondo Social de Viviendas sino que disponga medidas concretas y efectivas para la ocupación de tales viviendas por precio asumible para los deudores en función de su renta?⁴¹

La respuesta podría encontrarse en las reticencias por parte de la Comisión Europea, que señaló en el informe relativo a la tercera revisión del *Programa de Asistencia Financiera para la recapitalización de las instituciones financieras en España* que “ciertas iniciativas autonómicas de protección de los deudores hipotecarios están generando incertidumbres legales y económicas sobre los bancos españoles, con un posible impacto negativo sobre la estabilidad financiera. En particular, el Decreto-Ley adoptado por Andalucía puede tener implicaciones negativas sobre la estabilidad del sistema financiero español en su conjunto, ya de forma directa (por las posibles sanciones a entidades de crédito y la medida de expropiación temporal del uso de las viviendas dadas en garantía), ya de forma indirecta (por la reducción del apetito inversor

⁴¹ La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, establece en su Disposición adicional primera que “Se encomienda al Gobierno que promueva con el sector financiero la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario. Este fondo social de viviendas tendrá por objetivo facilitar el acceso a estas personas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que perciban.

En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley se podrá valorar la ampliación del ámbito de cobertura del fondo social de viviendas a personas que se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad social distintas a las previstas en el artículo 1 de esta Ley. Antes de dicho periodo, únicamente podrán efectuarse adjudicaciones a dichas personas cuando las circunstancias excepcionales del caso lo justificasen y así se pusiese de manifiesto”.

en el sector inmobiliario español y el deterioro del valor de las carteras de las entidades de crédito y de la capacidad de estas de financiarse mediante cédulas hipotecarias)”.⁴²

En esta misma línea de argumentación, el Abogado del Estado, en referencia a la suspensión por el Tribunal Constitucional de la aplicación de los artículos 1, 2, 5, 6 y 7 de la *Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del derecho a la Vivienda en Navarra*, establece que “sin perjuicio de la eventual imposición de sanciones por no dar habitación efectiva a las viviendas de su titularidad, el mayor deterioro de los balances de las entidades del sector financiero deriva de la pérdida de valor de los inmuebles adjudicados. La mera posibilidad de que se impongan tales sanciones —deteriorará con toda probabilidad el valor de los activos adjudicados en tanto que, compradores y posibles inquilinos, sabedores de que la entidad habrá de abonar una multa si no los alquila o los vende, exigirán precios más competitivos. Ello actuará en perjuicio de la situación financiera de la entidad dado el menor valor de mercado relativo de dichas viviendas. El impacto de esta disminución del valor iría más allá de las viviendas terminadas, afectando también a otras en proceso de desarrollo”.⁴³

Ahora bien, hay que preguntarse si estas argumentaciones se corresponden con la realidad y si, durante el periodo en el que las medidas establecidas en las normativas autonómicas se aplicaron, se puso en peligro la estabilidad del sistema financiero. En nuestra opinión, la respuesta ha de ser negativa, ya que entendemos que la aplicación de las mismas puede tener efectos positivos, ya que se da la oportunidad a los propietarios de poner en alquiler viviendas que, de otra forma, difícilmente podrían haber enajenado.

Se produce así una promoción del alquiler por parte de los poderes públicos, incentivando a los arrendatarios a través de precios más competitivos, y ofreciendo una mayor protección a aquellas personas en riesgo de exclusión social.

⁴² COMISIÓN EUROPEA: *Programa de Asistencia Financiera para la recapitalización de las instituciones financieras en España*. 2013.

⁴³ Así se pronunció el Abogado del Estado en el asunto “Recurso de inconstitucionalidad planteado por el Presidente del Gobierno contra el art. 1, por cuanto añade los arts. 42 bis –apartados 2, 4, 5 y 6-, 42 ter, 42 quáter, 42 quinquies y 42 sexies a la *Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del derecho a la Vivienda en Navarra*; el art. 2, por cuanto modifica el art. 52.2.a) de la citada *Ley Foral 10/2010*; el art. 5, por cuanto modifica el art. 66.1 de la *Ley Foral 10/2010*; el art. 6, por cuanto modifica el art. 72.2 de la *Ley Foral 10/2010*; y el art 7, por cuanto añade la Disposición adicional décima, apartados 1 y 2, a la *Ley Foral 10/2010*, todos ellos de la *Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra*”

Es más, la demostración de los beneficios que este tipo de medidas pueden traer, se puede establecer desde una perspectiva más empírica si tenemos en cuenta los últimos datos aportados por el INE. En el último año, el precio de la vivienda en Andalucía se ha visto reducido a un ritmo menor que en otras comunidades autónomas, con una variación anual de -6,3%, mientras que en otras comunidades ha llegado incluso al - 15%.⁴⁴ Esto pone de manifiesto la inexistencia de causalidad entre el planteamiento de sanciones a personas jurídicas por el mantenimiento de viviendas vacías y la reestructuración del sistema financiero y la economía española.

Pero es que además, si tenemos en cuenta las normativas al respecto establecidas en el resto de países europeos, puede comprobarse como en la mayoría de los estados se han dispuesto medidas de fomento del alquiler social y contra la vivienda vacía, llegando a considerarse la misma como una patología urbana.

Por ejemplo, Francia ofrece créditos a los propietarios que deseen renovar sus viviendas para ponerlas en alquiler. El Reino Unido también proporciona créditos y da asistencia personalizada a los propietarios de viviendas deshabitadas para ayudarles a la puesta en uso. Según el documento Estrategia sobre las Viviendas Vacías (Empty Home Strategy) del Gobierno de Irlanda del Norte, los planes de publicidad, consejos y guías son mucho más eficaces que la “sanción o amenaza de sanción” (2013: 8). La iniciativa “No Use Empty” (Sin uso vacío) desarrollada en Kent (Inglaterra) se presenta como un ejemplo de éxito, donde – según estiman las autoridades – a nueve de cada diez viviendas se les dio uso tras recibir la asistencia del programa. Estas intervenciones se basan en un trato directo y personalizado a los propietarios que por tanto son necesariamente personas físicas. El programa se dirige específicamente a personas que mantienen viviendas de su propiedad vacías son una combinación de dificultades para la puesta en uso, la búsqueda de inquilinos y el mantenimiento. Sin embargo, prefieren mantenerlas vacías en lugar de venderlas como sistema de ahorro y con la idea de darles uso o venderlas en un tiempo futuro.

⁴⁴ INE: *Índice de precios de vivienda. Cuarto trimestre de 2013*. Marzo de 2014. [Visitada el 4 de abril de 2014]. Disponible en: <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?L=0&type=pcaxis&path=/t07/p457&file=inebase>

Por todo ello, entendemos que la ocupación de viviendas deshabitadas por parte de los deudores afectados por las ejecuciones hipotecarias debería hacerse efectiva, en primer lugar, cuando las mismas se encuentren en manos de personas jurídicas, teniendo en cuenta la necesidad del cumplimiento de la función social de la vivienda, y estableciéndose esta como una herramienta eficaz para la culminación con éxito del procedimiento de dación en pago que, de otra forma, extinguiría las deudas de los afectados, pero mantendría el obstáculo que, como ya se ha indicado, llevaría a la familia a la exclusión económica y social: la falta de una vivienda digna.

4. CUARTA PROPUESTA: LA NECESIDAD DE MODIFICACIÓN DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA EN RELACIÓN A LOS CONTRATOS DE CRÉDITO GARANTIZADOS CON HIPOTECA: ESPECIAL REFERENCIA A LA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE HIPOTECAS.

Dentro del catálogo de propuestas que, a nuestro juicio puede resultar más interesante en relación a la problemática de lanzamientos hipotecarios, hemos de diferenciar entre aquellas propuestas cuyo objetivo es la protección de los deudores a posteriori, y que son las que se han analizado hasta el momento, y aquellas que suponen una tutela a priori, es decir, antes de que se den situaciones tan dramáticas como la que se está viviendo en nuestro país en los últimos años.

Dentro de las actuaciones en pro de los deudores hipotecarios adquiere especial relevancia la necesidad de un aumento de la protección de los mismos en la fase de constitución de la hipoteca. Tal es la importancia de otorgar una sólida defensa a las personas físicas que la Unión Europea, a consecuencia de la crisis económica y la pérdida de confianza en el sector, ha elaborado recientemente una Directiva en torno a las mismas, con especial atención al ámbito de los contratos de crédito para bienes inmuebles.

Antes de pasar al análisis de esta normativa y a las consideraciones que, en virtud de la misma creemos oportuno realizar, debe dejarse claro un extremo: pese a que la normativa europea denomina a las personas a las que se les concede el crédito garantizado con hipoteca “consumidores”, creemos que esa denominación es errónea, ya que la misma supone la mercantilización de la vivienda, ya que un consumidor “consume bienes”, y la vivienda, como se ha indicado a lo largo de todo este trabajo no ha de ser un bien de consumo, de compra y venta, sino que es un derecho de todas las personas, ya que constituye en lugar en el que se desarrolla la vida. Por ello, y pese a que la normativa europea añade un plus de protección a las personas que suscriben un contrato de crédito, creemos que las mismas son personas físicas o naturales, y no consumidores.

Una vez realizada esta puntualización, debe destacarse que el 28 de febrero de 2014 se publicó la *Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010* (en adelante Directiva 2014/17/UE).⁴⁵

La Comisión ha determinado una serie de problemas que sufren los mercados hipotecarios de la Unión en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado, incluidos los intermediarios de crédito y las entidades no crediticias. Esos problemas se deben a deficiencias del mercado y de la normativa, pero también a otros factores, como la coyuntura económica general y los escasos conocimientos financieros.

Así la Directiva afirma que esta normativa se elabora para facilitar la emergencia de un mercado interior con un funcionamiento satisfactorio y un elevado grado de protección de los consumidores en lo que respecta a los contratos de crédito para bienes inmuebles, y para garantizar que los consumidores que busquen celebrar tales contratos

⁴⁵ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO: *Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010*. [DOUE 60/2014].

puedan hacerlo con la confianza de que las entidades con las que entablen relación se comportan de manera profesional y responsable.

Hace referencia de esta forma la Directiva ya en su Exposición de Motivos a dos problemas que, a nuestro juicio, han sido fundamentales para llegar a la situación actual de ejecuciones hipotecarias y lanzamientos: la irresponsabilidad de los implicados y la falta de información completa por parte de las entidades financieras.

4.1. La educación financiera de los ciudadanos como necesidad acuciante en nuestro sistema financiero.

Como se ha indicado anteriormente, el germen de la problemática actual se encuentra en el comportamiento irresponsable que han tenido los participantes en el sistema financiero. Es evidente que tal irresponsabilidad adquiere mayor relevancia cuando se trata de personas jurídicas, es decir, en el caso de las entidades de crédito, pues la misma, tal y como expresa la propia Directiva anteriormente citada “puede socavar los cimientos del sistema financiero, lo que debilita la confianza de todos los interesados, en particular los consumidores, y puede tener graves consecuencias sociales y económicas”.

Sin embargo, en este punto, y si bien a lo largo de todo el análisis realizado se ha mantenido la necesidad de otorgar una mayor protección a los deudores hipotecarios, que son los verdaderos damnificados, es necesario afirmar que las personas físicas también se han visto impregnadas, en cierto sentido, por tal irresponsabilidad. Lo que ocurre es que la misma no se ha producido (al menos en la mayoría de las ocasiones) de forma dolosa, sino que proviene de un evidente desconocimiento del mercado financiero e hipotecario, no solo por parte de los ciudadanos, sino también, y esta es la cuestión más preocupante, por parte de las propias entidades financieras, que son las que tenían el deber de otorgar una información completa y entendible a sus clientes.

Resulta por lo tanto fundamental, a nuestro entender, que los ciudadanos, antes de la formalización de ningún tipo de contrato, cuenten con la información necesaria para poder tomar una decisión, información que ha de prestarse por la entidad crediticia y que además debe otorgarse con la antelación suficiente para que pueda estudiarla. Ahora bien, nuestra propuesta va todavía más allá, y es que el consumidor no podrá entender de forma satisfactoria la citada información si con anterioridad no ha adquirido ningún tipo de conocimiento financiero, por lo que nuestra propuesta se basa en que, la primera premisa para que la dramática situación que vivimos actualmente no se repita es la educación financiera de los ciudadanos.

La *Directiva 2014/17/UE* así lo afirma, disponiendo en su artículo 6 que los Estados miembros deben fomentar medidas para la educación financiera de los consumidores sobre la responsabilidad en la contratación de préstamos y la gestión de deudas, en particular en relación con los contratos de crédito hipotecario. Además, la norma establece que la Comisión hará pública una evaluación de la educación financiera disponible para los consumidores en los Estados miembros y señalará ejemplos de las prácticas más idóneas que podrían ser objeto de un mayor desarrollo para aumentar la concienciación financiera de los consumidores.

Si todas aquellas personas que han sufrido un lanzamiento hubieran sabido, en el momento de la firma del crédito garantizado con hipoteca, que no podían dedicar más de un tercio de su renta al pago del mismo, seguramente no lo hubieran aceptado. El gran problema de los deudores ha sido el desconocimiento que los mismos tenían de sus posibilidades económicas, por lo que resulta imprescindible la adquisición de conocimientos, aunque sea básicos, en este sentido. El conocimiento es poder, y aunque, como veremos a continuación, nuestra propuesta va en la línea de lo establecido por la Directiva europea, desde un punto de vista cronológico, el primer paso que ha de darse en pro de las personas sobreendeudadas, es su propia educación financiera.

Con esta finalidad se han materializado ya algunas iniciativas, si bien a nuestro juicio son todavía insuficientes, como el *Plan de Educación Financiera 2013-2017* del Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores.⁴⁶

Se establece en el mismo que “la evolución más reciente de nuestra sociedad, caracterizada por la progresiva complejidad de los mercados, de las relaciones financieras entre los individuos y las empresas, y de los propios productos y servicios financieros, está poniendo de manifiesto una creciente necesidad de prestar atención a la educación financiera de los ciudadanos, consumidores y demandantes, actuales o potenciales, de tales productos y servicios”.⁴⁷

Los principios básicos del citado Plan son la generalidad, la cooperación y la continuidad, complementándose además con la diversidad, el conocimiento y accesibilidad, la medición y evaluación, la coordinación y la responsabilidad. En efecto, resulta interesante poner énfasis en la necesidad de atender a la diversidad, pues es evidente que la información no llega a todos los consumidores de la misma forma, por lo que hay que tener en cuenta su nivel educativo, social, su capacidad de entendimiento, edad, deficiencias que pueda tener...etc. Es decir, no serviría de nada la presentación a los consumidores de un documento que no pudieran entender, por lo que habrá de tenerse en cuenta en este plan de educación, la capacidad de adquisición de conocimientos financieros.

Este Plan, que se puso en marcha en el año 2008 ha realizado actividades interesantes aunque, como ya se ha indicado, creemos que insuficientes: se ha creado un portal web en materia de educación financiera, se han elaborado fichas impresas sobre “consejos básicos de economía familiar”, se han diseñado programas para la realización de charlas sobre este particular, se han realizado actividades específicas para colectivos más indefensos ante estas situaciones, como las personas con discapacidad o los jubilados, y por último, y es la que en nuestra opinión resulta más eficaz, se ha desarrollado un programa piloto de Educación Financiera para alumnos de 3º de la ESO.

⁴⁶ BANCO DE ESPAÑA-EUROSISTEMA y COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES: Plan de Educación Financiera 2013-2017. Junio de 2013. [Visitada el 5 de abril de 2014]. Disponible en: http://www.bde.es/clientebanca/noticias/Plan_de_Educacion_Financiera_2013_2017.pdf.

⁴⁷ BANCO DE ESPAÑA-EUROSISTEMA y COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES: Plan de Educación...ob.cit. pág. 5.

Es fundamental que las nuevas generaciones estén preparadas para que la problemática de las ejecuciones hipotecarias no vuelva a suceder. Es imprescindible poner especial énfasis en los conceptos de ahorro, inversión y endeudamiento, así como en el desarrollo de competencias básicas relacionadas con los procesos de contratación de productos financieros.

Por ello creemos que este tipo de actuaciones educativas debe fomentarse, y recomendamos comenzar a edades tempranas y mantenerlo a lo largo de la educación del alumnado, para que en el momento de enfrentarse a la práctica financiera puedan hacerlo de forma consciente. Además, y tal y como se ha establecido en el citado Plan, resulta necesaria la educación o, en algunos casos, reeducación financiera de los particulares, prestando especial atención a los colectivos más desfavorecidos, que son los más proclives a verse implicados en problemas financieros.

4.2. La obligación de prestar información por parte de las entidades financieras.

Desde una perspectiva cronológica, la primera premisa para que una situación financiera como la vivida los últimos años no vuelva a repetirse es, como se ha indicado, que los ciudadanos conozcan sus derechos y obligaciones y que actúen de forma responsable. Sin embargo, una vez que los mismos cuenten con una buena educación financiera, deben, como segundo requisito, estar bien informados, obligación que corresponde en este caso a la entidad financiera con la que se realice el contrato de crédito.

Hasta el momento, nuestra normativa al respecto ha sido difusa y, evidentemente insuficiente en cuanto a las obligaciones de las entidades respecto de los consumidores, produciéndose situaciones de verdadero desconocimiento de las cláusulas del contrato firmado, que, en muchos casos, podrían considerarse abusivas.

La Directiva europea sobre hipotecas anteriormente citada, trata de poner solución a este particular, estableciendo una serie de pautas que han de seguir los prestamistas o intermediarios de crédito:

- a) Publicidad e información: En el Capítulo 4, dedicado a la “Información y prácticas previas a la celebración del contrato”, se dispone que las entidades deberán facilitar al consumidor información precontractual pormenorizada, de forma clara y comprensible, mediante folleto estandarizado sobre los contratos de crédito. La Directiva es bastante detallada en este aspecto, disponiendo los mínimos que dicha información ha de cubrir, pudiendo destacarse el deber de informar al consumidor sobre el derecho de desistimiento que, sobre el contrato en cuestión, puede tener.

- b) Evaluación de la solvencia del consumidor: El artículo 18 regula la necesidad de evaluación de solvencia del consumidor por parte del prestamista, teniendo que informarse al consumidor de esta solvencia y de los procedimientos utilizados para su tasación.

- c) Asesoramiento al consumidor: Resulta imprescindible, a nuestro entender, que los prestamistas asesoren adecuadamente al consumidor en relación a una determinada operación. Es decir, no basta con que el cliente pueda tener a su alcance información sobre un tipo de operación, sino que la entidad deberá asesorarlo para su caso concreto. La Directiva establece que los Estados miembros velarán para que se presten este tipo de servicios.

- d) Derecho de desistimiento: Una vez otorgada toda la información preceptiva, dispone la Directiva que se garantiza a los consumidores un periodo de tiempo suficiente (al menos siete días) para considerar las correspondientes implicaciones del contrato. Los Estados miembros deben disponer de flexibilidad para establecer este periodo suficiente de reflexión antes de que se celebre el contrato de crédito, o un plazo de desistimiento tras la celebración del contrato de crédito, o bien una combinación de ambas cosas.

Una vez analizada la Directiva, se observa como la misma hace especial hincapié en establecer, de forma exhaustiva, toda la información obligatoria que deben prestar las entidades de crédito. La norma se centra de esta forma en el momento anterior a la celebración del contrato, intentando prevenir antes que poner soluciones a

una problemática ya creada. Así, por ejemplo, de la dación en pago sólo se dice que los Estados miembros no deben impedir que las partes de un contrato de crédito acuerden expresamente que la entrega de la garantía al prestamista baste para reembolsar el crédito. Es decir, la Directiva no pretende únicamente solucionar los problemas existentes, sino que su finalidad es impedir que la problemática de los mercados hipotecarios en relación a la irresponsabilidad en la concesión de préstamos, vuelvan a repetirse.

En España, la *Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, ya establece algunas obligaciones por parte de las entidades para garantizar un nivel adecuado de protección de los usuarios de los servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito.⁴⁸ Concentra en su texto la normativa básica de transparencia, de cara a mejorar la accesibilidad a la misma, a la par que actualiza los preceptos relativos a la protección del cliente bancario.

En concreto, en relación con el préstamo hipotecario, obliga a la entidad a la entrega gratuita tanto de la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) como de la Ficha de Información Personalizada (FIPER), en las que se especifiquen, con carácter orientativo, las condiciones financieras de los préstamos y los gastos preparatorios de la operación que corren a cargo del cliente (tasación, comprobación de la situación registral del inmueble...) aun cuando el préstamo no llegue a firmarse.

Además, el consumidor tiene derecho a consultar la Central de Información de Riesgos del Banco de España (C.I.R.), para comprobar las deudas con entidades de crédito que figuran a su nombre. La entidad también tiene derecho a consultar estos ficheros evaluando la capacidad de solvencia del solicitante para atender sus compromisos, no solo de garantía del bien hipotecado. Le deben informar del resultado de la consulta a dichos ficheros si por ello se le deniega el préstamo.

Por otra parte, el cliente tiene derecho a proponer y elegir de mutuo acuerdo con el banco o la caja la persona o entidad que vaya a llevar a cabo la tasación del inmueble objeto de la hipoteca y la que se vaya a encargar de la gestión administrativa

⁴⁸ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA: *Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*. [BOE N° 261 de 29 de octubre de 2011].

de la operación. También podrá acordar con la entidad la compañía aseguradora que cubrirá los riesgos que la entidad prestamista exija para la formalización del préstamo.

Como se observa, una información de calidad es esencial para el establecimiento del contrato de préstamo, teniendo esta que estar adaptada a las posibilidades de entendimiento del suscriptor que, si cuenta además con ciertos conocimientos financieros, podrá formalizar un contrato que, en la mayoría de las ocasiones podrá cumplir sin ningún problema. Sin embargo, si las Administraciones Públicas no fomentan la educación financiera y no se cumple lo preceptuado en la Directiva europea, difícilmente podremos evitar que, las dramáticas situaciones de los deudores hipotecarios vividas en los últimos años, puedan repetirse.

Así, en la fase de formalización del contrato, entendemos que han de intensificarse las obligaciones de transparencia de las entidades bancarias, a través de una normativa que clarifique no solo las características del contrato principal, sino también de los productos vinculados (seguros, tarjetas...etc.).

De la misma forma, debe establecerse un mayor control a las entidades de crédito, mediante la obligación de que sean terceras personas, como por ejemplo, notarios, los que, desde un primer momento, es decir, desde que se presenta el contrato, realicen una vigilancia de las condiciones que en el mismo se estipulan, y no se circunscriba su actuación solo a la fase de otorgamiento, en la que resulta más difícil cualquier modificación.

Por lo tanto, resultan necesarias medidas, de carácter estatal y aplicables a todo el territorio, que aseguren una mayor información y publicidad por parte de las entidades financieras y un mayor control del cumplimiento de las mismas, ya que, con la legislación actual, las personas físicas se siguen encontrando, como ha podido constatarse a lo largo de este trabajo, en una clara posición de desventaja con respecto a las entidades de crédito. Y ese desequilibrio comienza con la formalización del contrato y continúa durante la vigencia de toda la relación, intensificándose aún más en caso de incumplimiento de los pagos, incumplimiento que, en todo caso se atribuye al deudor sin constatar las circunstancias que le llevaron a tal situación, y que da lugar a la dramática situación de la pérdida de la vivienda familiar.

5. CONCLUSIONES.

A lo largo del presente trabajo se han establecido las propuestas que, a nuestro juicio, pueden resultar más beneficiosas para la mejora de la situación de los deudores hipotecarios sin recursos, teniendo en cuenta que, si bien es importante la dación en pago como alternativa al pago económico de la deuda, existen otros instrumentos que no suponen la pérdida de la vivienda por parte del deudor, concretamente los que ofrecen la oportunidad de un nuevo comienzo para el deudor y su familia.

Así, aunque la figura de la dación en pago ha adquirido gran relevancia en los últimos años, pues los estragos que la crisis ha provocado en el sector hipotecario han hecho que tenga que acudir a fórmulas que hasta ahora habían sido poco utilizadas para saldar las deudas garantizadas con hipoteca, han de tenerse en cuenta también otras opciones, ya que, con la regulación actual prevista en el *RDL 6/2012* (y sus posteriores reformas), son muy pocas las familias que pueden acogerse a la dación en pago si la entidad de crédito no la acepta voluntariamente.

Debido al reducido éxito de esta medida, parece indudable la necesidad de aportar una solución que permita a los ciudadanos el ejercicio efectivo de sus derechos más básicos, así como el uso de los bienes más elementales, como es el derecho a una vivienda digna.

Basándonos en estas premisas, se han propuesto una serie de medidas para la mejora de la situación actual de los deudores sin recursos, que pueden concluirse en las siguientes:

1. Modificación de la regulación de la segunda oportunidad establecida en el *Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social*. Esta norma establece la posibilidad de un saneamiento de la situación financiera del deudor y, en su caso, la exoneración de las deudas. Sin embargo, resultan imprescindibles, a nuestro juicio, una serie de reformas en pro de los deudores:

- Mejoras en la fase de acuerdo extrajudicial que fomenten el ánimo de los acreedores para llegar a un acuerdo. Esto podría realizarse a través de incentivos económicos para el acreedor en caso de llegar a un acuerdo satisfactorio.

- Modificación de la obligación de costas del procedimiento extrajudicial para el deudor, ya que resulta ilógico que sea el deudor sin recursos y con posibilidad de pérdida de su vivienda habitual quien tenga que correr con los gastos de este proceso necesario para llegar, en su caso, a la exoneración de las deudas.

- Reducción de los plazos establecidos para llegar a la posible exoneración de las deudas, estableciéndose, como máximo, un plazo que no supere los tres años, tal y como han planteado ya diversos organismos internacionales, pues, en caso contrario, lo único que se consigue es perpetuar la situación del deudor y su familia.

- En este ámbito, nos parece del todo imprescindible que la exoneración de las deudas se extienda a los avalistas del deudor principal, ya que el fresh start no cumple, en caso contrario, con su verdadero espíritu, pues el nuevo comienzo se vería imposibilitado, al seguir obligados, en la mayoría de las ocasiones, los familiares más cercanos del deudor.

2. En caso de mantenerse la posibilidad de la dación en pago, cuyos inconvenientes ya se han planteado anteriormente, decantándonos por ello por la segunda oportunidad como mecanismo más idóneo, sería necesario una reforma de los requisitos exigidos para acogerse a ella. Pese a que las normativas han ido suavizando las condiciones de los deudores para poder solicitar la dación en pago, estas modificaciones han sido mínimas, por lo que proponemos que se amplíe la posibilidad a todas las familias que se encuentren en riesgo de exclusión social, y que la edad sea un parámetro fundamental para que se pueda acudir a la dación en pago, proporcionándose un mayor apoyo a los deudores de avanzada edad y teniendo en cuenta la acuciante necesidad de que los mismos no se queden sin hogar, lo que nos lleva a la siguiente propuesta.

3. En este sentido, y siempre con el objetivo fundamental de que el deudor y su familia puedan hacer efectivo este derecho a una vivienda, proponemos que las miles de viviendas vacías que obran en manos de las entidades se pongan a disposición de los deudores a cambio de un precio, un alquiler, al que puedan hacer frente, tal y como ya se ha planteado por los legisladores autonómicos. Este tipo de medidas no suponen un quebranto de nuestro sistema financiero, sino que aseguran el cumplimiento de la función que tiene la vivienda, es decir, una función social y no mercantil como simple objeto de compra y venta.

Es más, en nuestro objetivo de evitar los lanzamientos, determinamos que medidas anteriores a los mismos se hacen imprescindibles, y si bien la suspensión de tales lanzamientos por periodo determinado no nos parece la mejor solución por simplemente posponer la pérdida de la vivienda, sí que nos parece que hay que fomentar todo lo posible la intermediación hipotecaria, que tal y como se ha reflejado anteriormente, está frenando un gran número de lanzamientos.

4. En relación a la mediación, debería proporcionarse una mayor información sobre esta posibilidad a los deudores, en especial a aquellos que se encuentran en circunstancias de exclusión social y que no tienen la posibilidad de acudir a profesionales que los asesoren para poder llegar a un acuerdo antes de que se produzca el lanzamiento. Debería fomentarse y apoyarse la función de los mediadores a través de una mayor publicidad, proporcionándose a las Oficinas de Intermediación mayores medios para poder llegar a un mayor número de familias.

Del mismo modo, y como ya se indicó anteriormente, debería incentivarse a las entidades de crédito a que llegaran a más acuerdos extrajudiciales, ya que el Código de Buenas Prácticas que sigue vigente, no ha logrado convertirse en una herramienta eficaz para este fin.

5. Por último, y aunque las mismas no den solución efectiva a la precariedad actual, nos parece que toman especial relevancia aquellas figuras que tienen como finalidad evitar que vuelva a repetirse la problemática de los desahucios. Es necesaria la prevención no sólo por parte de los poderes públicos, sino también de los particulares. Los ciudadanos han de tomar conciencia de que su actuación financiera ha de ser

responsable, y ello sólo podrá cumplirse si tienen los conocimientos necesarios en este sentido. Por eso, una vez más, la educación ha de ser la base del comportamiento, desde edades tempranas los particulares han de recibir educación en este ámbito.

Ahora bien, igualmente importante es la otra cara de la moneda: las instituciones financieras han de ser lo más transparentes posibles, informando al ciudadano en todo momento del proceso, teniendo que ser tal información entendible y, dándole la oportunidad de rectificar en caso necesario. Los poderes públicos deben velar por el cumplimiento de tales premisas, evitando el uso de cláusulas abusivas y estableciendo, tal y como se ha previsto en la *Directiva 2014/17/UE*, las normas necesarias para su ejecución.

De esta forma, la responsabilidad sería compartida por los distintos agentes implicados, y no sólo por los deudores hipotecarios que, en la mayoría de las ocasiones, el único bien que todavía poseen es su vivienda. Se hace necesaria, a nuestro juicio, una reformulación de las políticas en este sentido, adaptando la normativa española a lo establecido por la Unión Europea, y teniendo en cuenta que, tal y como preceptúa nuestra Norma Fundamental “todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLAMO GONZÁLEZ, D.: *La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias. El control judicial del equilibrio contractual*, Tirant lo Blanch, 2012.

ALASTRUEY, R.: «La mediación ante la ejecución hipotecaria: una oportunidad para la dignidad, un ejercicio de responsabilidad social», *El Notario del siglo XXI*, N° 46, 2012, pág. 12.

- ALONSO PÉREZ, T.: *Vivienda y crisis económica: estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica*, Aranzadi, 2014.

- ANTA GONZÁLEZ, J.: «La respuesta judicial a las Ejecuciones hipotecarias a la luz de la jurisprudencia del TJUE», *Revista Aranzadi Doctrinal*, N°4, 2013.

- BELINCHÓN ROMO, R.: *La dación en pago en Derecho español y Derecho comparado*, Dykinson, 2012.

- CALLEJO CARRIÓN, S.: *La pretensión de la ejecución hipotecaria*, UNED, 2013.

- CHATTERJEE, S.: «The Economic Logic of a Fresh Start», *Business Review*, Q1, 2008.

- COLAU, A. y ALEMANY, A.: *Vidas Hipotecadas*, Angle, 2012.

- CORDERO LOBATO, E.: «Enriquecimientos injustos y adjudicaciones inmobiliarias en procedimientos de ejecución», *Diario La Ley*, N° 7972, 2012.

- CUENA CASAS, M: « Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start», *Anuario de Derecho concursal*, Nº 31, 2014.
- DEFENSOR DEL PUEBLO: *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*, 2012.
- DEFENSOR DEL PUEBLO: *Estudio sobre crisis económica e insolvencia personal: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*, 2013.
- DÍAZ RUÍZ, E.: *Códigos de conducta y préstamos hipotecarios*, Dykinson, 2013.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, R.: « Exoneración de deudas y "fresh star": Ley concursal y Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014», *Revista de derecho concursal y paraconcursal. Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº 22, 2015.
- FERRUZ AGUDO, L; FRÍAS MENDI, J. y LÓPEZ ARCEIZ, F.J.: «El doble filo de la dación en pago», *Estrategia Financiera*, Nº 299, 2012.
- FOSSEN, F.: « Personal Bankruptcy Law, Wealth, and Entrepreneurship: Evidence from the Introduction of a "Fresh Start" Policy», *American law and economics review*, Nº 1, 2014.
- GIMENO LÁZARO, T.: «Propuesta de reforma del sector hipotecario español: análisis de la oportunidad de la dación en pago», *Fundación Alternativas*, Nº 68, 2011.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, J.: *La ejecución civil: (aspectos teóricos y prácticos del Libro Tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil)*. Dykinson, 2002.
- HERNÁNDEZ PEDREÑO, M.: *Vivienda y exclusión residencial*, Edit.um, 2013.
- HUMAN RIGHTS WATCH: *Sueños rotos. El impacto de la crisis española de la vivienda en grupos vulnerables*. HRW, 2014.
- INTERNATIONAL MONETARY FUND: *IMF Country Report No. 14/193. Spain selected issues*, 2014.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F.: «Tomarse en serio el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Especial referencia a los derechos sociales, el derecho a la vivienda y la

prohibición de los desalojos forzosos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2014.

- JIMÉNEZ PARÍS, T.A.: «Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 87, 2011.

- LEIÑENA MENDIZÁBAL, E.: «Dación en pago: opción razonable», *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 290, 2013.

- LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, A.: «La normativización de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista General de Derecho Público Comparado*, 2008.

- LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M.: « Revisión del marco jurídico hipotecario: condicionantes, limitaciones y consecuencias no deseadas», *Diario La Ley*, Nº 8063, 2013.

- MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P.: «La limitación imperativa de responsabilidad por las deudas hipotecarias a la finca hipotecada: una idea tan seductora como desaconsejable», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 29, 2011.

- MOLERA URGELLÉS, J.: *Morosidad hipotecaria: alternativas y procesos*. Universitat de Barcelona, 2012.

- NUÑEZ IGLESIAS A.: «La suspensión de los lanzamientos en la ejecución hipotecaria», *Revista de Derecho Civil*, Nº1, 2014.

- OLEA FERRERAS, S.: «Vivienda: ¿derecho o regalo? Notas sobre la realidad en el acceso al derecho a una vivienda digna y adecuada en nuestro Estado», *Exclusión y Desarrollo Social*, 2012.

- PÉREZ GURREA, R.: «Ejecución hipotecaria y protección del deudor hipotecario en el contexto de la crisis económica», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº735, 2013.

- PINILLA BURGOS, R.: «Vivienda, casa, hogar. Las contribuciones de la filosofía al problema del habitar», *Documentación social*, Nº 138, 2005.

- SIMANCAS SIMANCAS, R.: «La vivienda, ¿derecho o mercancía?», *Temas para el debate*, Nº 159, 2008.

- WHITE, M.: «A General Model of Personal Bankruptcy: Insurance, Work Effort, and Opportunism» *American Law and Economics Association Annual Meetings*, Nº 46, 2005.