

## 1. Introducción: la labor judicial en los procesos de ejecución hipotecaria

---

Amaya Olivas Díaz

Jueza de primera instancia de Barcelona, colaboradora del Observatori DESC

*La recesión de los años 80 transformó a la clase obrera en pobres con trabajo, conforme los empleos manufacturados huían al tercer mundo, obligando a los trabajadores a recurrir al sector servicios y de comercio minorista de bajos salarios. La actual recesión empuja a los pobres con empleo a un escalón más abajo, de trabajos mal pagados y viviendas inadecuadas, a empleos erráticos, dejándoles con sueldos bajos y sin vivienda alguna. La gente acomodada se ha imaginado durante mucho tiempo que la pobreza norteamericana es bastante más lujosa que la que se registra en el Tercer Mundo, pero las diferencias se están reduciendo rápidamente...<sup>1</sup>*

Las Jornadas que hoy se celebran en el Colegio de Abogados de Barcelona son el resultado de un trabajo conjunto entre asociaciones y colectivos de personas que, desde la sociedad civil, han venido denunciando la grave situación en la que se encuentran miles de familias como consecuencia del drama de las ejecuciones hipotecarias y la situación de sobreendeudamiento.

En consecuencia, la razón de ser de este encuentro es la reflexión crítica que aspira a profundizar en los motivos que han llevado a esta situación: determinados derechos sociales tan importantes como el derecho a la vivienda y, por extensión, el derecho a la ciudad, han sido gravemente afectados. Tras la reflexión que esta grave situación origina con una frecuencia creciente, procede la obligada búsqueda de posibles alternativas que puedan restaurar estos derechos o, al menos, mitigar las graves consecuencias derivadas para sus titulares en su situación de marginación y vulnerabilidad.

El trabajo que se propone no puede ser unilateral, es decir, no puede proceder solamente de un colectivo social o profesional ni debe tener una finalidad afectada a los requerimientos de un sector determinado. Por el contrario, habida cuenta de que la fragmentación es una de las notas características de un mundo escindido, que no dispone de una política capaz de atravesar sus dimensiones comunes y, en consecuencia, de establecer sus referencias y sus prioridades, nuestro intento aspira a sumar esfuerzos que alcancen expresiones colectivas. Ésta es, por cierto, una de las paradojas políticas esenciales más apremiantes de nuestra

---

<sup>1</sup> EHRENREICH, B. *Demasiado pobres para salir en las noticias*. 21 de junio del 2009. Disponible en <http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=2655>

época, ya que en nuestra celebrada “era de la comunicación”, *las luchas han llegado a ser casi incomunicables*<sup>2</sup>. En consecuencia, se trata de producir alianzas entre redes y personas de distinta procedencia, que sean capaces de poner sus *saberes* y técnicas al servicio de *lo común*, y, de esta forma, contribuir a impulsar transformaciones sustanciales en el actual estado de cosas, así como frenar, en la medida de lo posible, situaciones de injusticia manifiesta.

Por todo lo apuntado y, si se atiende a los participantes de la mesa redonda, el programa refleja esa riqueza. Es cierto, sin embargo, que los juristas tienen en esta sesión un papel significativo, que se deriva de nuestra responsabilidad en este ámbito. Efectivamente, resulta importante reiterar, en concreto, la importancia de la labor judicial en la medida en que su principal obligación reside en garantizar los derechos fundamentales y sociales de las personas, y con especial incidencia, atender a la población más vulnerable y propicia a una titularidad más ficticia que efectiva, y a un débil ejercicio de estos derechos.

Se trata de insistir en remover los obstáculos que reiteradamente impiden el cumplimiento de una premisa básica para todo jurista: hacer de los derechos *la ley del más débil*<sup>3</sup>, y recordar que, junto al parámetro de la legalidad, como vinculación técnica ineludible, debe insistirse en el de legitimidad, de forma que, junto a la norma positiva, deben ser de igual aplicación los principios y valores esenciales del ordenamiento jurídico plasmados en la Constitución española: igualdad, libertad, justicia y pluralismo político.

La remoción pasa también por dejar de asfixiar las *prácticas jurídicas alternativas*; aquellas prácticas que nos recuerdan que los derechos sociales son el fruto de conquistas sociales a las que precedieron luchas durísimas; también, que el verdadero contenido de las categorías jurídicas concretas viene marcado por diversos requerimientos económicos productivos, y que, en demasiadas ocasiones, la ideología hegemónica en el mundo de los juristas contribuye con frecuencia a confundir la dimensión normativa con la empírica: “para el dogmático del derecho la validez (“ideal”) de la norma jurídica es el *prius* conceptual”, sin embargo, el orden jurídico ideal de la teoría jurídica nada tiene que ver *directamente* con el cosmos del actuar económico real; éste se manifiesta como validez empírica: un complejo de motivaciones efectivas del actuar humano real. Aquí aparece el orden económico como “la distribución del poder de disposición efectivo sobre bienes y servicios...”<sup>4</sup>.

Efectivamente, y al hilo de los evidentes factores apuntados, ¿se puede hablar de verdadera igualdad entre las partes que negocian un contrato obviando la tremenda asimetría que puede darse entre ambas? En los préstamos con garantía hipotecaria se han incluido frecuentemente cláusulas impuestas unilateralmente por la entidad bancaria e intereses moratorios abusivos. Contratos rutinizados, determinados por la urgencia de los prestatarios para contar con recursos económicos mínimos para poder disponer de una vivienda; en consecuencia, contratos caracterizados por la ausencia de información básica y la falta de transparencia. Los

---

<sup>2</sup> Hardt/Negri, *Imperio*, cit., 65.

<sup>3</sup> Ferrajoli, L. L. (1999), *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. (Trotta). Madrid

<sup>4</sup> Weber. “Orden jurídico y Orden económico”, en “*Economía y Sociedad*”, cit., vol.I, págs. 255 y ss.

juristas no pueden obviar la desigualdad y la intensa violencia, no siempre explícita, que se encierra en estas situaciones. Pretender esgrimir la libertad contractual obviando la situación de predominio de una de las partes sobre la otra equivale a hacer de la legalidad formal un instrumento para encubrir situaciones de arbitrariedad y abuso de derecho. Y no se puede omitir que los “*derechos iguales*” al recorrer el orden real de la desigualdad, se manifiestan como derechos con efectos y garantías completamente desiguales. El derecho y los derechos adquieren, más allá de su lingüística, la materia desigual que les presta la geografía social que recorren. Sin embargo, es extremadamente importante tener en cuenta la lingüística en la que se expresan los derechos y la comunicación de la misma estructurada como producción social de subjetividad.<sup>5</sup>

Ante situaciones de crisis económica como la actual, los derechos sociales, siempre en riesgo de ser atacados, ven peligrar aun más su frágil existencia. Precisamente por ello, deben ser reivindicadas con fuerza las teorías garantistas, que inciden en superar las estrechas visiones del principio dispositivo en el ámbito de la justicia civil, y, frente a ellas, promueven y justifican la aplicación de las garantías constitucionales que también deben regir este campo, como las de totalidad y efectividad. Así, y citando a Taruffo, hay que *empeñarse en que la decisión sea lo más justa posible, sustancialmente*.

¿Cómo hacer efectiva esta búsqueda de la justicia? ¿Es posible garantizar de forma auténtica derechos fundamentales y sociales con las limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico positivo existente? Se puede percibir, en efecto, la existencia de un sentimiento de impotencia y frustración, común a muchos juristas sensibles, ante la obligación de atenerse a una normativa que, como la que regula la ejecución hipotecaria, es a todas luces insuficiente para estudiar una realidad en la que se esconden multitud de factores de difícil visibilidad. Resolver esta situación conforme a los principios de igualdad y justicia, exige la instrumentación de formas complejas alejadas de los procedimientos lineales, simples y violentos, que acarrearán resultados injustos.

En función de lo apuntado se intenta esbozar a continuación una propuesta de pauta en la actuación jurisdiccional, máxime en coyunturas críticas como la actual. Esta propuesta estaría sustentada en las siguientes premisas:

1. Conocimiento de la realidad social de cara a la interpretación normativa
2. Conocimiento de la legislación aplicable efectuando un examen crítico al respecto
3. Conocimiento de posibles alternativas, tanto legales, como sociales

---

<sup>5</sup> Los derechos se activan en los procedimientos como derechos subjetivos del individuo y funcionan en relación con el mercado y con los recorridos que el mismo facilita o posibilita a la forma política; el referente ideológico es *el individuo*, y así su distribución se hace en función de los poderes que funcionan fragmentados pero en interacción constante y continua a los mecanismos de producción y distribución. Así, la ideología de los derechos funciona de forma explícita con la determinación fundamental de su individualidad, - esta es la expresión económica tardía de la desvaída alegoría de la “libertad negativa” que garantiza el sagrado recinto del individuo propietario y su omnipotente “*autonomía de la voluntad*”.

## 1. Conocimiento de la realidad social para una interpretación normativa fundamentada y rigurosa

Las miles de familias expuestas en la actualidad al riesgo de perder su vivienda, así como las que ya la han perdido, la gigantesca tasa de sobreendeudamiento familiar, la grave afectación, originada por la pérdida del empleo y de poder adquisitivo, en los segmentos más débiles de la población (migrante, trabajadora, precaria), así como los factores que han influido en esta situación, implican que se deba hablar de una auténtica *crisis urbana*<sup>6</sup>. Efectivamente, llama la atención el paralelismo, a grandes rasgos, entre la situación actual y la vivida por EEUU en el contexto de la crisis de las hipotecas *subprime*, atendiendo a los datos expuestos en los estudios de D. Harvey<sup>7</sup>.

De estos datos destacan dos que aparecen como especialmente significativos: En el año 2007, dos millones de ciudadanos perdieron su hogar, mientras que Wall Street declaró haber ganado 32.000 millones de dólares. Por otro lado, tal como sugiere Harvey “el mapa de las ejecuciones hipotecarias”, es decir, la ubicación de las zonas más afectadas, coincide con los lugares habitados por población de bajos ingresos, mayormente afroamericanos. De ahí que Harvey se refiera al respecto como uno de los mayores expolios cometidos sobre la población afroamericana.

Los jueces, como espectadores privilegiados de la realidad, podrían llegar a reproducir mapas de ejecuciones hipotecarias, y constatar cómo también se reproducen en estos procedimientos los parámetros apuntados: personas que han perdido sus empleos, inmigrantes que son expulsados del mercado de trabajo, familias sin recursos económicos para afrontar deudas pendientes, etc. Ante esta situación, las medidas gubernamentales adoptadas hasta el momento reproducen sustancialmente las estrategias emprendidas en EEUU y la mayoría de los países del entorno europeo: apoyo sin fisuras a las entidades financieras y subordinación de los intereses públicos a los intereses privados<sup>8</sup>.

También son semejantes los antecedentes: crecimiento capitalista desenfrenado que utiliza la urbanización de forma acentuada para primar los aspectos más destructivos de la valorización: *altísimas tasas de beneficios obtenidos en plazos cortísimos con gravísimos costes*

---

<sup>6</sup> Harvey, D. *El derecho a la vivienda y a la ciudad en el marco de la crisis: un debate pendiente*. Conferencia presentada en Barcelona. Jornadas organizadas por el DESC. 10 de octubre del 2008

<sup>7</sup> Ídem.

<sup>8</sup> Según escribe Elmar Altvater: “la estabilidad de precios es importante, pero la estabilidad del sistema bancario es más importante. El BCE se reserva más bien el alza de los precios para el caso en que los incrementos de los precios energéticos y alimentarios pudieran inducir a acuerdos salariales al alza: eso es lo que quiere impedir como sea el BCE y su jefe en Alemania: La estabilidad del sistema financiero,- es decir las rentabilidades de los actores financieros-, tiene primacía sobre la estabilidad de los ingresos de las masas. En otras palabras: la crisis *subprime* ha irrumpido ya en nuestras negociaciones salariales. Y todavía hay quien dice que la globalización es sobre todo ideología y nada tiene que ver con la realidad. (Revista electrónica “*Sin Permiso*”, 18.01.2008)

*de destrucción del entorno natural* acompañado del estímulo y fomento de una cultura sustentada en el imaginario del consumo asociado a una escasísima conciencia ciudadana<sup>9</sup>. Los relatores especiales de la ONU para el derecho a la vivienda, desde Miloon Kothari a Raquel Rolnik, ponen de manifiesto, en sus Informes al respecto, la ausencia flagrante en el Estado español de políticas públicas eficaces de vivienda, que, sin duda, hubieran frenado la suscripción de hipotecas abusivas y el endeudamiento masivo de grandes segmentos sociales.

La explosión de la denominada burbuja inmobiliaria,-la ciega fuga hacia el endeudamiento, siempre y cuando creciesen las comisiones para los intermediarios financieros-, ha puesto de manifiesto la muy distinta actuación de las entidades financieras antes y después del año 2008. Si en los momentos de supuesta bonanza, la tasación de los pisos era desmesurada, los plazos de amortización del préstamo, muy largos, y las posibilidades de firmar el contrato, múltiples, la respuesta en el momento actual pasa por la exigencia de múltiples avales, la no aceptación de tasaciones alternativas y la negativa mayoritaria a negociar o a aceptar daciones en pago<sup>10</sup>.

Es claro que hay que situar los datos apuntados en el marco de un contexto globalizado, caracterizado por el desigual reparto de la riqueza y garantías de muy distinto alcance<sup>11</sup>, con ciudades *terciarizadas* donde predomina el uso especulativo del suelo, y la existencia de cada vez mayores bolsas de pobreza, debido, precisamente, tanto al aumento constante de las dificultades de obtención de crédito monopolizado por las entidades financieras como al descenso de los salarios en términos reales.

En relación con los problemas reseñados, hay que constatar que la actuación de los poderes públicos ha sido insuficiente. El apoyo a la banca no se ha visto acompañado de una imposición a la misma de las correspondientes y mínimas cuotas de corresponsabilidad legal en todo lo ocurrido; los requisitos exigidos por los Reales Decretos promulgados hasta la fecha<sup>12</sup>, dejan fuera a miles de personas afectadas por la crisis; sigue sin promulgarse una Ley de Vivienda que haga del derecho a la misma, un auténtico derecho subjetivo, ni tampoco se han adoptado los planes adecuados que vigilen la actuación del “mercado libre”. No ha habido lugar para acometer un debate serio sobre la posibilidad de reformar la regulación procesal actual, para cubrir sus manifiestas deficiencias en este aspecto, o, la Ley Concursal, para equiparar, en su caso, de forma no ficticia la situación del deudor individual a la del deudor empresario.

---

<sup>9</sup> *El consumo* es uno de los grandes identificadores culturales de la condición postmoderna y de la postmodernidad; aquí coinciden F. Jameson, D. Harvey y, por supuesto, Bauman, que considera al consumismo como la principal y casi única ideología cultural de la postmodernidad. Aquí la mercancía es algo simbólico antes que funcional.

<sup>10</sup> Dictamen del Consejo de Consumidores y Usuarios relativo al endeudamiento financiero de las familias en crisis en la actual situación de crisis. Madrid, 10 de febrero del 2009.

<sup>11</sup> “*la garantía jurídica está, en el más alto grado, al servicio directo de los intereses económicos*”. Weber, “Orden jurídico y orden económico”, en “*Economía y Sociedad*”, cit., I, 270.

<sup>12</sup> Real Decreto 1975/08, de 28 de noviembre, sobre medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a la vivienda, y RD 97/2009 de 6 de febrero, sobre moratoria en el pago de préstamos hipotecarios

Una vez más, hay que recordar ante todo lo expuesto, que si bien los jueces no son los encargados de hacer políticas sociales, sí resultan sujetos especialmente adecuados para recordar a los poderes públicos sus obligaciones en la materia<sup>13</sup>. En esta dinámica y con el objetivo de interpretar las normas en la forma más efectiva para los derechos sociales, deben conocerse los datos expuestos, aún de forma sintética, incidiendo en una hermenéutica que se atenga a la realidad social “*del tiempo en el que han de ser aplicadas*”... (Art. 3º del Código Civil, entre otros).

## **2. Conocimiento de la legislación aplicable efectuando un examen crítico al respecto.**

El Art. 47 de la CE garantiza el derecho a la vivienda, siendo éste un derecho central en la vida de las personas que, además, posibilita un cumplimiento eficaz de otros derechos relacionados con el mismo, como el derecho a la salud, el derecho al trabajo al trabajo, o a los servicios públicos. Así, no cabe hablar de derecho a la vivienda sin hablar del derecho a la ciudad. Cabe decir, como punto de partida, que el mencionado Art. 47 puede ser expuesto como un ejemplo de *constitucionalismo débil*, frente a la *forma agente* que han adquirido determinados movimientos ciudadanos en la lucha por hacer efectivo el mismo, poniendo de manifiesto la ausencia de políticas públicas eficaces para proteger aquel derecho<sup>14</sup>.

Como explica Pisarello, se trata, de un lado, de desenmascarar aquellos discursos que pretenden ahondar en la diferenciación teórica de los derechos sociales respecto a los derechos civiles. Así, para justificar la falta de eficacia de aquéllos, se esgrimen argumentos tales como que no pueden cumplirse si no es a través de una ley que los desarrolle, o que siempre generan costes inasumibles para una hacienda “eficiente”, entre otros muchos. Y por otra parte, de mostrar que la diferencia debe ser efectuada respecto de aquellos derechos patrimoniales que necesitan de la exclusión para seguir perpetuándose. Si la ausencia de un “diseño legal” para muchos de los derechos sociales contemplados en la Constitución es un impedimento para su justiciabilidad efectiva, entonces se podría entender, contra lo que se contempla taxativamente en el Art. 9.1. CE, que la Constitución no forma parte del ordenamiento jurídico del Estado. En el mismo sentido, cabría señalar, con este autor, que se trata más bien de señalar cuáles, de entre las políticas ejecutivas y legislativas existentes, son más o menos respetuosas del derecho a la vivienda y los derechos relacionados con el mismo.

De este último punto es del que debe partirse para efectuar esa mirada crítica sobre la legislación actual, en la medida en que puede afirmarse que la normativa vigente no resulta respetuosa, sino mas bien todo lo contrario, ni con el derecho a la vivienda, ni con los sectores de la población más afectados por las agresiones del libre mercado, protegiendo de forma injustificada al acreedor hipotecario. Efectivamente, como se verá, existen ejemplos en el

---

<sup>13</sup> Pisarello, G. Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. Ed. Icaria, 2003.

<sup>14</sup> Olivás, A. *Castigar la disidencia. El movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico*. Revista de Jueces para la Democracia, nº 57. Noviembre 2004.

derecho comparado de legislaciones que, dentro del espacio socialdemócrata, tratan a la parte más débil con mayor equidad y respeto, protegiendo así de forma más efectiva los derechos en este ámbito.

Por el contrario, debe hacerse un severo examen de nuestro ordenamiento jurídico, desde los parámetros de *progresividad* y *no regresividad*, marcados por el Comité de la ONU que garantiza el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 1966, ratificado por España.

Así, puede observarse, en primer término, una legislación procesal reguladora de la ejecución hipotecaria, contenida en la LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil) en la que no existe margen posible para examinar la situación del deudor, o para verificar que se cumple, efectivamente, el presupuesto que posibilita la ejecución, es decir, el incumplimiento del préstamo garantizado con la hipoteca. El deudor tiene motivos tasados para oponerse, que no pasan por explicar sus circunstancias personales, la variación de condiciones respecto al momento de pactar dicho préstamo, y tampoco cabe entrar a juzgar con rigor la existencia de posibles cláusulas abusivas en el contrato, la inclusión de intereses abusivos, o la imposición de pactos de vencimiento anticipado que llevan a consecuencias tan dramáticas como las que originan que, ante el impago de solamente una o dos cuotas del préstamo, pueda darse por finalizado el contrato e iniciarse la ejecución.

De esta forma, se impide que el juez entre a conocer, a fondo, la situación existente, con la complejidad necesaria habida cuenta de la importancia de los derechos que se ven afectados en el procedimiento. Junto a ello, resulta posible que, tras el final de la ejecución, si el producto obtenido no es suficiente para cubrir la deuda, el acreedor pueda perseguir el resto de bienes e ingresos del deudor, de forma indefinida y hasta el completo abono de las cantidades pactadas (capital, intereses y en muchas ocasiones, otros conceptos económicos).

Las características expuestas, aún resumidamente, implican que preceptos constitucionales esenciales, como el art. 24, sobre tutela judicial efectiva, el art. 14 sobre igualdad, el art. 9.3 sobre interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y por supuesto, el art. 47 sobre la vivienda digna y adecuada, puedan verse seriamente afectados, hasta el punto que algunos autores ya se plantean la posible inconstitucionalidad de esta parte de la LEC<sup>15</sup>.

En segundo lugar, cabe referirse, también de forma sintética, a la Ley Concursal, dado que, si bien viene a unificar el tratamiento de las situaciones de insolvencia de la persona física y la jurídica, en realidad sigue tratando a esta última de forma privilegiada. Así, por ejemplo, la declaración de concurso del ciudadano “en quiebra” no paraliza en ningún caso la ejecución de su vivienda habitual, al contrario de lo que sucede en el caso de una entidad mercantil.

---

<sup>15</sup> Soler, G. *Posible inconstitucionalidad de la regulación sobre ejecución hipotecaria cuando el bien gravado constituye vivienda habitual del ejecutado*. Marzo 2009. Inédito. (Cortesía del autor.)

Además de ello, la insolvencia de un miembro de una unidad familiar acaba arrastrando a la familia por completo, dado que el cónyuge no puede evitar el embargo y, además, los créditos otorgados entre miembros de la familia se consideran créditos subordinados<sup>16</sup>. En la línea apuntada, tampoco cabe la auténtica liberación de deudas, permitiendo abrir ejecuciones singulares.

Esta disparidad de tratamiento con respecto a los privilegios que se ofrecen a las personas empresariales hace que autoras como Ana Cañizares<sup>17</sup> cuestionen la “desidia legislativa” de tal regulación y su posible inconstitucionalidad desde la consideración de los contenidos contemplados en los arts. 51 y 53 de la CE.

Por último, cabe también, en la línea mantenida por esta autora, criticar la insuficiencia de remedios legislativos ante las situaciones de sobreendeudamiento<sup>18</sup>, y ante la falta de una normativa específica sobre la materia, como la que existe en países cercanos. Así, sólo existen determinadas posibilidades concretas y aisladas, como las derivadas del incumplimiento tras pactar un contrato de compraventa, en el que el precepto contenido en el Art. 1.504 del CC, permite intentar una negociación, pero sólo hasta que el deudor no sea objeto de un requerimiento notarial o judicial, o bien, acudiendo a la fórmula clásica *rebus sic stantibus*, o de alteración sobrevenida de circunstancias, que pudiera permitir el cese de la obligación si se demuestra que ha desaparecido la base del negocio por destrucción de la base de equivalencia entre las prestaciones.

Ello no obstante, en un panorama como el actual, en el que los préstamos hipotecarios suelen consumir el 50% de los ingresos de las familias, y en donde existe una gigantesca *ratio* de sobreendeudamiento, con una tendencia constante al alza de la morosidad, se hace perentorio acudir a las alternativas legales existentes en otros países, y también a las propuestas de los colectivos afectados.

### **3. Conocimiento de posibles alternativas, tanto legales, como sociales.**

Resulta interesante en extremo conocer la forma en que otras legislaciones regulan el trato de las situaciones de insolvencia, individual o familiar. En el ámbito anglosajón es conocida la fórmula de la *dación en pago*, siendo ésta una figura que han venido reclamando los colectivos de afectados por procesos hipotecarios. Con posterioridad, esta figura ha sido recogida en la proposición de Ley sobre el Derecho a la Vivienda, presentada por el Grupo Parlamentario de

---

<sup>16</sup> CUENA, M. *La insolvencia familiar: ejecución universal sobre el patrimonio familiar*. Curso sobre el Derecho Privado en contextos de crisis, organizado por el CGPJ. Madrid, Abril 2009. (En prensa)

<sup>17</sup> Cañizares, Ana. *Efectos del incumplimiento de las obligaciones contractuales por el comprador en el contrato de compraventa. Mecanismos de protección...*CGPJ. Madrid, Abril 2009. (En prensa)

<sup>18</sup> Llamamos endeudamiento ACTIVO a aquel en el que existe un excesivo nivel de deudas, y endeudamiento PASIVO a aquel que se produce como consecuencia de circunstancias sobrevenidas, como el paro o el descenso del poder adquisitivo.

Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, en fecha de 13 de febrero del 2009.

La *dación en pago* permite diversas opciones en cuanto a la forma de ser articulada en la práctica, pero todas ellas tienen, como nota común, el permitir una negociación entre acreedor y deudor, de forma que este último pueda optar por entregar la vivienda liquidando con ello la deuda pendiente, y el acreedor no pueda seguir persiguiendo el resto de sus bienes de forma indefinida. Lógicamente, esta figura sería aún más adecuada si se permitiera conjugarla con medidas complementarias, como la continuación en el uso de la vivienda bajo un régimen de alquiler o de usufructo, cuando aquella vivienda constituya el domicilio habitual de la familia afectada, entre otras posibles.

Junto a ello, cabe hacer una referencia a otros países del entorno europeo. En Alemania existe una ley específica del año 1994, que entra en vigor en el 1999, y permite al deudor de “buena fe” exponer las razones de su situación, de forma que se pueda modular la deuda o incluso liquidarla si no caben otras alternativas. En Francia, el sistema del Código de Consumo, permite que el juez conozca el tipo de contrato firmado y los caracteres de la deuda contraída, interviniendo en el tracto de aquel para aplazar el plazo de las sumas debidas, cuando exista justificación para ello, o ajustar los intereses a una tasa reducida. En Italia, se ha establecido un sistema para ajustar los tipos de interés pactados al tipo marcado por el Banco Central Europeo, a lo largo del tiempo y de forma gradual.

El ordenamiento español prevé en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles la posibilidad, precisamente, de que el Juez pueda conceder un fraccionamiento en el pago de la deuda aplazada cuando la situación del deudor así lo requiera. Esto se asemeja al procedimiento del sistema francés aunque, de forma racional, en este último sistema, tal proceder tiene carácter generalizado.

En realidad, todas aquellas alternativas que implican la posibilidad de que el juez estudie a fondo la situación existente y pueda resolverla tendiendo en equidad a los derechos de ambas partes, serían mucho más adecuadas desde una óptica y una práctica garantista frente a la evidente insuficiencia de la situación actual.

En el mismo sentido se pronuncian todas las propuestas de los colectivos y asociaciones que se han implicado en este problema, desde las asambleas de afectados por la hipoteca que han surgido en diversas zonas del territorio, los grupos de defensa del derecho a la vivienda, las cooperativas legales de ayuda, o las asociaciones de consumidores o usuarios de la banca, entre otras.

Estas medidas pasan por reclamar, con carácter urgente, una ley adecuada que regule las situaciones de sobreendeudamiento, para reunificar deudas y permitir la salida a esta situación, imponer la negociación obligatoria - no optativa - entre el acreedor y el deudor, vigilándose los derechos de la parte más débil por un tercero imparcial, como sería un servicio

público de mediación o un juez. Asimismo, se debe reformar la legislación procesal actual, para que los jueces, de oficio, puedan vigilar los intereses abusivos o las cláusulas impuestas que impiden flexibilizar los tiempos de amortización. Habida cuenta de que la opacidad de las entidades financieras ha originado gravísimos perjuicios a depositantes, pequeños accionistas y deudores se debería fomentar una transparencia bancaria rigurosa y la necesaria corresponsabilidad legal. Curiosamente, los grandes accionistas de las firmas financieras, así como la alta gestión, han reclamado y utilizado cuantiosos fondos públicos para la supervivencia del negocio bancario sin compromiso alguno de cambio en las prácticas abusivas y especulativas.

Todas estas propuestas pueden ser perfectamente aplicadas, y de hecho, en la medida de lo posible, ya existen juzgados que tratan de estudiar el ordenamiento interno que protege al consumidor, las Directivas de la Unión Europea sobre consumo, o diversas sentencias del Tribunal de Justicia, en cuanto a la posibilidad de limitar de oficio los intereses abusivos o declarar la nulidad de aquellas partes de un contrato que no respeten lo marcado por las normas referidas.

Para concluir, es importante insistir en dos dimensiones ya reseñadas, que se deben implicar con reciprocidad, para alcanzar expresión y efectos jurídico-políticos en este ámbito. Por lo que toca a la primera, reivindicar en sentido fuerte la plena vigencia del ordenamiento constitucional y tomar en serio los deberes que el mismo impone a los jueces en su función protectora de los derechos y garantías allí recogidos. Las consecuencias relevantes que se derivan de la *positivación* de los derechos en las constituciones contemporáneas, unida a la consolidación en el territorio europeo del *control de constitucionalidad* de las leyes, determinan una transformación sustancial en esta función que comporta la superación, de una vez por todas, del modelo simplista de “falsa” aplicación ciega de la ley, así como de su pretendida neutralidad objetiva<sup>19</sup>.

Una segunda dimensión importante hace referencia a los movimientos sociales cuya constancia e intensidad han determinado el incremento de la conciencia ciudadana sobre estos derechos importantísimos y, cuya forma jurídica y jurisdiccional sigue siendo la de “derechos débiles”. Las consecuencias positivas de esta atmósfera política innovadora pueden llegar a determinar cambios relevantes en las pobres o inexistentes políticas legislativas, para que se instrumenten como normas verdaderamente tuitivas y efectivas para con el deudor hipotecario acosado por una situación de extrema vulnerabilidad.

---

<sup>19</sup> Respecto a la estéril vigencia de positivismos acrílicos y reductivos, resulta muy expresivo el comentario que esta situación le merece a un estudioso que, como Gustavo Zagrebelsky, tiene una rica experiencia jurisdiccional: “la interpretación se cerraría en un discurso sobre el derecho carente de sentido, desconectado de su esencial función reguladora y privado, por ello, de su razón de ser. Un estudio del derecho y, peor aún, una jurisprudencia completamente encerrados en las formulaciones jurídicas, sin conciencia alguna de los fenómenos a los que ésta dirige su fuerza normativa, serían obras extravagantes de “juristas puros”(como existen no pocos, orgullosos e inútiles) que no deberían interesar a nadie.( “*El derecho dúctil*”, cit., 133.) Quien así procede adoptaría lo que se ha definido como el “*método del no-saber sobre el propio hacer*” (Smend).

A fin de cuentas, la *cultura de los "derechos" humanos*, la lucha por los mismos, así como la construcción de los elementos institucionales necesarios para garantizar su *efectividad transversal*, ha de partir de una *cultura política* que envuelva y subordine la técnica jurídica de los derechos. *Jamás una cultura de los derechos puede ser una cultura exclusivamente técnica, sustentada únicamente en las garantías individuales de los derechos, una cultura frágil organizada y dispensada por especialistas*. Al técnico más capaz, se le escapa la trama real que se esconde debajo de la bella superficie de las retóricas normativas. Sólo la política fuerte, - en agencias que trabajen con manos comunes-, puede defender derechos contra los intereses revestidos de falsa cultura y politicidad edulcorada, *"en contra de la visión despolitizada del derecho que tiene el enfoque de la gobernanza, la legalidad cosmopolita subalterna contempla el derecho y los derechos como elementos de luchas que deben politizarse antes de juridificarse"*<sup>20</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V./COURTIS, C., (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid- (Trotta)
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. (2005), *Para una ética positiva del juez*. Claves de Razón Práctica nº 152
- BAUMAN, Z., (2005). *Modernidad y ambivalencia*. Barcelona. (Anthropos).
- SANTOS, Boaventura de Sousa/RODRÍGUEZ GARABITO, C. (Eds.). (2007). *El derecho y la globalización desde abajo*. Hacia una legalidad cosmopolita. Barcelona. (Anthropos).
- CAÑIZARES, Ana. *Efectos del incumplimiento de las obligaciones contractuales por el comprador en el contrato de compraventa. Mecanismos de protección del comprador*. Especial referencia al Art. 1.504 CC y la moratoria en el pago de los RD 1975/08 y 97/2009. Curso sobre el Derecho Privado en contextos de crisis, organizado por el CGPJ. Madrid, Abril 2009. (En prensa)
- CUENA, M. *La insolvencia familiar: ejecución universal sobre el patrimonio familiar*. Curso sobre el Derecho Privado en contextos de crisis, organizado por el CGPJ. Madrid, Abril 2009. (En prensa)
- DICTAMEN DEL CONSEJO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS relativo al endeudamiento financiero de las familias en crisis en la actual situación de crisis. Madrid, 10 de febrero del 2009
- EHRENREICH, B. *Demasiado pobres para salir en las noticias*. 21 de junio del 2009. Disponible en <http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=2655>
- FERRAJOLI, L. (1999), *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. (Trotta). Madrid.
- HARDT, M./NEGRI, A. (2002). *Imperio*. Barcelona. (Paidós).
- HARVEY, D., (2003). *Espacios de esperanza*. Madrid. (Akal)
- HARVEY, D. *El derecho a la vivienda y a la ciudad en el marco de la crisis: un debate pendiente*. Conferencia presentada en Barcelona. Jornadas organizadas por el DESC. 10 de octubre del 2008
- NIETO, A. (2000). *El arbitrio judicial*. Barcelona. (Ariel)
- OLIVAS, A. Castigar la disidencia. El movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico. Revista de Jueces para la Democracia, nº 57. Noviembre 2004.

---

<sup>20</sup> Boaventura de Sousa Santos/Rodríguez Garavito, *El derecho y la globalización...*, cit., 20.

- PISARELLO, G., (2003). *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción*. Barcelona. (Icaria).
- PISARELLO, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías*. Elementos para una reconstrucción. Madrid. (Trotta).
- PROPOSICIÓN DE LEY SOBRE EL DERECHO A LA VIVIENDA, presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds Boletín Oficial de las Cortes Generales, 13 de febrero del 2009
- SMEND, R. (1985). *Constitución y Derecho constitucional*. Madrid. (CEC).
- SOLER. G. *Posible inconstitucionalidad de la regulación sobre ejecución hipotecaria cuando el bien gravado constituye vivienda habitual del ejecutado*. Marzo 2009. Inédito. (Cortesía del autor).
- WEBER,M. (1949). *Economía y Sociedad*. México. (Fondo de Cultura Económica)
- ZAGREBELSKY, G. (1995). *El derecho dúctil*. (Ley, derechos, justicia). (Trotta)