

Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO - Araya Alicia ESTANCONA PÉREZ

Mecanismos de defensa del deudor hipotecario de vivienda¹

Víctor Bastante Granell

Profesor Ayudante Doctor
Universidad de Almería

Atendiendo a mi principal línea de investigación, centrada en el sobreendeudamiento de los particulares, cuando dispuse del libro titulado *Mecanismos de defensa del deudor hipotecario de vivienda*, publicado por la editorial Aranzadi, un repentino deseo me invadió para proceder a su lectura y abordar, con posterioridad, la presente reseña bibliográfica, con el propósito de divulgar su inestimable contenido y, desde luego, de seguir recordando la necesaria protección del *solvens* en nuestro Derecho. Más aún, si nos referimos al deudor hipotecario de vivienda habitual.

En efecto, como manifestó Charles-Édouard Jeanneret-Gris —un arquitecto francés de la década de 1920, conocido como Le Corbusier—, «una casa es una máquina para vivir. La casa debe ser el estuche de la vida, la máquina de felicidad». Si bien, los precios del alquiler y la dificultad de ahorro —entre otros factores sociales y económicos— provocan que las personas tengan que solicitar un crédito para la adquisición de la vivienda habitual, y crear, así, dicho espacio de vida. No obstante, hemos podido apreciar, como testigos, que ciertos embistes —infortunios de la vida, crisis económicas, etc.— son capaces de arrojar a los particulares a un mar de deudas y, todavía más lamentable, provocar que esa «máquina de vivir» desaparezca en su interior. Asistimos, entonces, a la pérdida de la vivienda como consecuencia del impago del crédito hipotecario. Ciertamente, las cifras de ejecuciones hipotecarias han disminuido en los últimos años, en comparación con aquellos que caracterizaron la crisis económica del año 2008. En concreto, según datos del Consejo General del Poder Judicial, en 2019 y 2020 se iniciaron 27.488 y 18.903 ejecuciones de vivienda,

¹ VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo y ESTANCONA PÉREZ, Araya Alicia, *Mecanismos de defensa del deudor hipotecario de vivienda*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

respectivamente. En parte, diversas reformas legales han permitido aminorar las cifras. No obstante, largo es todavía el camino a recorrer para mejorar la posición del deudor y, sobre todo, los mecanismos jurídicos existentes para resolver el endeudamiento de los particulares, preservando, en mayor medida, la vivienda habitual.

De ahí la finalidad de la presente monografía, que pretende exponer —de forma ordenada y descriptiva— las medidas actuales —el estado de nuestro Derecho sobre tal materia— y atisbar aquellos cambios que servirían para otorgar una mayor seguridad al deudor hipotecario —propósito que se deduce del título de la obra—. De esta manera, tras efectuar ciertas consideraciones iniciales, de diferentes aspectos sociales y jurídicos, la obra se centra en examinar la protección del deudor hipotecario en sede contractual y, ante el posible impago del crédito hipotecario, los mecanismos de defensa existentes en el ámbito extrajudicial y judicial. Se trata de un análisis íntegro de la «maquinaria legislativa» creada para abordar tal problemática.

La estructura de la obra recensionada es la siguiente: primeramente, se encuentra precedida del Capítulo I, que realiza diferentes planteamientos iniciales desde un enfoque socio-jurídico. Posteriormente, continúa con un capítulo destinado al «procedimiento de ejecución hipotecaria» y otro tendente a examinar el «Código de Buenas Prácticas» y la protección del deudor hipotecario. El cuarto capítulo aborda las «fórmulas de control de las cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario», analizando distintos problemas en sede contractual. Para finalizar, el último capítulo constituye una apuesta por la «negociación y mediación» de conflictos de consumo e hipotecarios. Si bien, la monografía concluye con una sublime exposición bibliográfica, de gran repercusión en la materia estudiada. Además, señalar que al comienzo del libro podemos encontrar un listado de abreviaturas que facilitan la lectura del texto.

Como punto de partida, el primer capítulo se aborda con una finalidad introductoria, con diferentes consideraciones y reflexiones sobre varios asuntos que permiten crear una visión general de la problemática existente. Así, se expone el objeto de la controversia y las circunstancias socioeconómicas que han impregnado la realidad del deudor hipotecario en los últimos años. Para empezar, se aborda la tenencia de la vivienda en España y su financiación mediante crédito hipotecario. La crisis económica de 2008, distintos factores sociales, la situación del mercado de la vivienda y el eterno conflicto entre la cultura de propiedad y la cultura del alquiler, han sido circunstancias que han marcado firmemente una revisión normativa constante —y de diferente forma—, caracterizada por vaivenes legales que tomaban en consideración la posición del deudor hipotecario, del acreedor, del arrendador o del arrendatario (planes estatales y autonómicos, la SAREB, etc.). Si bien, y centrándonos en el deudor, se analiza cómo la cultura de la tenencia de vivienda precisa del crédito hipotecario, instrumento de financiación para adquirir dicho bien esencial de vida. Sobre dicho

asunto, se nos muestra como tal producto, que otorga una aceptación y seguridad de primer orden, se ha visto afectado por reformas puntuales y urgentes, por mucho que no sean estructurales. Además, no se olvida la importancia de la configuración de los créditos hipotecarios como productos de inversión (bonos hipotecarios).

No obstante, la protección del deudor hipotecario —ante la coyuntura socioeconómica relacionada con el mercado inmobiliario (subida de intereses, tasación de la vivienda, capacidad de pago de los adquirentes, aumento del índice de morosidad, ejecuciones judiciales y lanzamientos, la llegada del Covid-19 a España, etc.)— marcó la puesta en escena de diferentes medidas y reformas legales (segunda oportunidad, resolución extrajudicial de conflictos hipotecarios, etc.). Como acertadamente señalan los autores, su insuficiencia anima a una reforma del sistema, afrontando la realidad socioeconómica, pero preservando sus ventajas y manteniendo la seguridad y confianza en el mercado hipotecario. De esta forma, se pone de relieve cómo los principios generales del derecho y los mandatos constitucionales comienzan a penetrar, no solo en el Derecho contractual, sino también en el Derecho hipotecario. De hecho, lo califican como un reto, que deberá ser capaz de conciliar la estabilidad jurídica y económica con el Estado social y democrático de derecho.

Asimismo, y como reflexión previa —ante el deficiente fomento de la solución convencional institucionalizada—, resulta atractiva la apuesta en dicho capítulo por el relato de la experiencia de distintos ordenamientos jurídicos hacia la solución convencional de conflictos de consumo e hipotecarios, analizando el impulso defectuoso de la mediación en España (tras diversas normas europeas) y abordando la regulación en otros países de nuestro entorno, como Italia, Portugal o Estados Unidos. En particular, se debate sobre la obligatoriedad de la mediación, la mejora de nuestro sistema en España, su fortalecimiento dentro del sistema bancario, etc. Tales reflexiones servirán de antesala para el tratamiento del último bloque, destinado a la negociación y mediación en materia de consumo y, más concretamente, en el ámbito hipotecario.

El segundo capítulo se destina a tratar, de forma minuciosa, un proceso que despertó diversas críticas tras la crisis económica de 2008 y que ha sido objeto de distintas reformas legales para aminorar —con menor o mayor acierto— los problemas derivados de la ejecución de la vivienda habitual: el procedimiento de ejecución hipotecaria. En particular, se examinan, con exhaustividad, aquellas partes y medidas del proceso que han afectado mayormente a la protección del deudor tras la ejecución de la hipoteca. Para comenzar, se efectúa un análisis del régimen jurídico y las causas de oposición. En este apartado se aborda su eficiencia, la combinación del proceso ejecutivo y declarativo (argumentando la posibilidad de crear un proceso especial), la defensa del deudor ante la existencia de cláusulas abusivas y, finalmente, se observa el

procedimiento ordinario (avalúo de los bienes embargados, valoración pericial, la anotación preventiva de embargo, aplicabilidad del art. 693.3 LEC, etc.) en comparación con el procedimiento especial de ejecución hipotecaria (limitación de las causas de oposición, suspensión del lanzamiento de la vivienda habitual, etc.), atendiendo a la posición del deudor. En dicho epígrafe se analiza una cuestión de especial interés, la evolución normativa y jurisprudencial en torno a la insuficiencia del resultado de la subasta judicial para satisfacer el crédito hipotecario y la posición del deudor, así como la tímida respuesta ofrecida por el art. 579 LEC (que permite una liberación parcial de la deuda restante, si la hubiera, tras el proceso de subasta). Además, se comenta la discusión relativa al enriquecimiento injusto en caso de venta del bien adjudicado por la entidad bancaria y la obtención de una plusvalía.

Ante las reformas introducidas, y los vaivenes económicos, los autores deducen que la subasta ha dejado de ser un instrumento válido y eficaz, apostando con firmeza por una reforma de *lege ferenda* que atribuya al deudor la posibilidad de que la adjudicación del bien hipotecado al acreedor satisfaga el crédito hipotecario (bajo la reunión de ciertos requisitos: buena fe, vivienda habitual, tasación superior al importe prestado, etc.). Como bien indican, el ideal de justicia, la realidad social y la aplicación de las normas debe conjugarse de forma correcta por el bienestar de la ciudadanía.

Continuando con el comentario del proceso de ejecución hipotecaria, se hace un análisis exhaustivo del contenido de la medida destinada a la rehabilitación del préstamo hipotecario en caso de vivienda familiar (sujeto que ostenta tal facultad, ámbito de aplicación, momento hasta el que es posible la liberación de la vivienda, la reproducción del derecho de rehabilitación, etc.). Asimismo, se examina la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo y la enervación de la acción. En particular, se exponen los antecedentes normativos y jurisprudenciales, los cambios producidos hasta llegar a la objetivación de la abusividad a través de la LCCI (pautas de interpretación, posibilidad de pactos novatorios, etc.).

Seguidamente, se tratan las mejoras introducidas en la subasta judicial, de obligada exploración, por su repercusión en la protección del deudor. Como se manifiesta, las reformas han perseguido dotar al proceso de una mayor efectividad, intentado conciliar los intereses en juego entre el acreedor y el deudor. Así, se da la bienvenida a la reducción de la cuantía del depósito para pujar, a la ampliación del plazo para consignar el precio del remate en la subasta judicial, a la posibilidad de inspeccionar el inmueble subastado (premiando al deudor que colabore con la visita), a los cambios en torno al importe de adjudicación (con y sin postores), a la reducción de la deuda pendiente (que omite la consideración de factores esenciales como la situación patrimonial del deudor o la relación entre el valor de adjudicación y el valor de mercado), a la nueva regla de imputación de pagos del art. 654 LEC o a la limitación de

las costas procesales, que los autores pretenden extender a favor de los deudores, aunque no hayan perdido finalmente la vivienda habitual (por ejemplo, por pago voluntario del deudor). Por último, dicho capítulo cierra con el comentario de la venta extrajudicial de la finca hipotecada y de otras fórmulas, como la cesión del remate antes de que la adjudicación sea firme.

Tratar la posición del deudor hipotecario implica recordar diferentes cambios legales que han ido alterando el contenido de numerosos preceptos, con la finalidad de brindarle una mayor protección —aunque todavía queda un camino largo por recorrer hasta alcanzar su efectividad máxima—. Por tal razón, el tercer capítulo constituye una pieza esencial de la monografía, centrada en estudiar el Código de Buenas Prácticas del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (ámbito de aplicación, medidas, etc.); el Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, que introduce la suspensión de los desahucios; la dación en pago, como medida que se diluyó a pesar del clamor social (haciendo un recorrido de su régimen jurídico y por diversas propuestas legislativas) y su impulso dentro de la Ley Concursal (art. 211 TRLC); el mecanismo de segunda oportunidad, que ha permitido la obtención de una liberación de deudas parcial a favor del particular insolvente; el reducido uso de la cláusula *rebus sic stantibus* (abordando los criterios jurisprudenciales, su oportunidad de regulación y su relevancia ante la pandemia del Covid-19); y, finalmente, distintas soluciones como el arrendamiento forzoso, el alquiler social o la obligación de realojo, entre otras —medidas bastante polémicas en sede judicial—, sin olvidar algunas provenientes de Inglaterra o Francia (como el mecanismo inglés *mortgage to rent* y la llamada «tregua invernal» para la suspensión de lanzamientos) o, bien, de Cataluña (como la propiedad compartida). En dicho capítulo los autores exhiben críticas, reflexiones y propuestas sobre distintos aspectos de las medidas acordadas (la decepción por el Código de Buenas Prácticas, el ámbito de aplicación de la suspensión de lanzamientos, la efectividad de la dación en pago en sede concursal en comparación con la subasta —puesto que se efectuaría por un valor no inferior al de mercado según tasación oficial—, la ineficiencia del modelo de segunda oportunidad (los criterios en torno a la buena fe exigida al deudor, créditos exonerables, el carácter ilusorio como alternativa real ante las dificultades económicas, etc.), la poca confianza en la propiedad compartida como remedio al lanzamiento del deudor hipotecario; etc. Con ello, el capítulo nos recuerda, de forma analítica y precisa, hasta donde avanzó la respuesta legal ante el clamor social —y la voz de ciertos jueces—, pero igualmente las deficiencias y la falta de valentía en ciertas reformas por parte del legislador español.

La protección del deudor no solamente debe aparecer en sede ejecutiva, tras el impago de la hipoteca por una situación de insolvencia o sobreendeudamiento, también debe dispensarse en sede contractual. Tan es así que, en ocasiones, las dificultades económicas pueden obedecer a distintas cláusulas abusivas —además de otros posibles problemas tras la firma del préstamo hipotecario—. Por tal razón, y con acierto, el capítulo IV presenta las cláusulas abusivas habituales en este tipo de contratos (cláusulas suelo, cláusulas sobre el IRPH, cláusulas de interés moratorio excesivo, etc.), tras efectuar una panorámica general de las condiciones generales de la contratación, resaltando al mismo tiempo los problemas jurídicos y la controversia judicial existentes.

Asimismo, se realizan diferentes reflexiones —con solidez y adecuados argumentos— sobre las peculiaridades de la ineficacia contractual en materia de consumidores y la valoración interpretativa de los arts. 5.5 LCGC y 83 TRLGDCU. No obstante, abordar tal problemática no puede efectuarse sin realizar un recorrido por las acciones que tiene el consumidor —individuales y colectivas— frente a la existencia de cláusulas abusivas (asunto que analizan los autores de forma pormenorizada), el papel de los tribunales (con especial referencia al control de oficio y su evolución legal) y los efectos de la nulidad, como la controvertida integración del contrato (diferentes aspectos que han despertado gran interés en sede judicial, llegando el TJUE a resolver distintas cuestiones de especial trascendencia sobre la materia y que, como recuerdan los autores, no han pasado desapercibidas a nivel nacional). Especialmente interesante es el epígrafe sobre la legalidad e ilegalidad sobrevenida de las cláusulas y sus consecuencias jurídicas. De esta forma, se le brinda al lector, in extenso y de forma sustanciosa, una visión panorámica de dicha problemática y las acciones pertinentes en defensa de los intereses del deudor hipotecario.

Tras comentar las medidas insertadas —y su eficacia— en protección del deudor hipotecario, la evolución legal y jurisprudencial de las normas *pro debitoris*, así como los problemas existentes en el ámbito judicial, la obra finalmente introduce al lector hacia la viabilidad de arreglar ciertos asuntos a través de la vía convencional, con la configuración de acuerdos entre acreedor y deudor, especialmente a través de la mediación hipotecaria (pues, como se manifiesta, la ejecución de la garantía no satisface de forma plena los intereses de las partes). De esta forma, el último capítulo se nos presenta como un llamamiento a la defensa y fomento de los mecanismos extrajudiciales de conflictos hipotecarios dentro del sistema español (como ya ocurre en Estados Unidos con los programas de mediación obligatoria ante ejecuciones hipotecarias), haciendo mención de aquellas redes de oficinas de mediación hipotecaria que, desde la crisis de 2008, han dado respuesta a numerosos problemas relacionados con el impago de los préstamos hipotecarios, preservando el mantenimiento de la vivienda habitual a favor del particular endeudado. Los autores no

pretenden dar importancia a la naturaleza jurídica de tal clase de negociación o mediación, sino más bien reivindicar, con rigurosidad, la oportunidad de contar con mecanismos extrajudiciales de arreglo de controversias hipotecarias, que no excluyen la posibilidad de acudir al ámbito judicial. Y, además, proceden a defender una correcta regulación, capaz de desarrollar la Disposición Adicional Primera de la Ley 7/2017, de resolución alternativa de litigios en materia de consumo (que pretende reforzar su obligatoriedad y el carácter vinculante de las decisiones); o, bien, dar luz verde al malogrado Anteproyecto de Ley de Impulso a la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que recogía la mediación hipotecaria como requisito de procedibilidad antes del proceso ejecutivo. De forma similar a como lo hace el actual Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia. Mientras tanto, el libro relata los posibles acuerdos entre acreedor y deudor dentro del marco normativo actual —bajo la labor del mediador tendente a reequilibrar la situación, descrita por los autores—, como los relacionados con el Código de Buenas Prácticas (reestructuración del préstamo hipotecario, dación en pago, moratorias, ampliación del plazo, constitución de segunda hipoteca, sustitución del inmueble hipotecado y ampliación de la hipoteca, etc.). Negociar, mediar y buscar soluciones a través del consenso se nos presentan como soluciones eficaces, dignas de fomento por nuestro legislador y las administraciones públicas.

Tras la exposición de su contenido, hay que señalar que la obra persigue y obtiene una lectura ágil, clara, limpia y comprensible, gracias a la rigurosidad del trabajo, animando al lector a continuar indagando en numerosas cuestiones de interés científico. Además, diversos puntos fuertes invitan a su lectura. En primer lugar, el tratamiento profundo, exhaustivo y pormenorizado de la reciente legislación, doctrina y jurisprudencia relacionado con la materia (y su evolución), que motiva el interés de la obra para académicos y profesionales del derecho. En concreto, la perspectiva jurisprudencial permite conocer y valorar los criterios seguidos por los tribunales sobre la materia, analizando los problemas y cuestiones más relevantes que han tenido un indudable interés para la protección del deudor hipotecario. Un punto que revaloriza la obra en cuestión. En segundo lugar, resulta plausible el estudio del Derecho comparado, al examinar medidas y normas de ordenamientos jurídicos europeos —Francia, Italia o Portugal—, de Inglaterra y Estados Unidos, que invitan a la reflexión y mejora de nuestro sistema jurídico. En tercer lugar, la obra pone en orden, con una panorámica genérica, las reformas «apresuradas y atropelladas» del legislador español y las soluciones de justicia que se han impregnado dentro de los tribunales, ante la presión pública y la dramática realidad social.

No obstante, no se centra únicamente en realizar un análisis crítico de las deficiencias existentes, sino que va más allá, ofreciendo numerosas propuestas de *lege ferenda*, y,

en consecuencia, soluciones —contundentes y bien fundamentadas— para el futuro tratamiento de los conflictos hipotecarios ante la posible vulnerabilidad del deudor. Si bien, lo anterior no significa, como se expone, que no haya habido una cierta «permeabilización» de ciertas normas y procesos en defensa del deudor hipotecario o, en su caso, que finalmente no se haya dotado de estabilidad ciertas cuestiones —por ejemplo, a través de la LCCI—. Ahora bien, ello no ha sido suficiente, demandado los autores una mayor «eficacia regulatoria» para paliar los problemas de pobreza y exclusión social. En cuarto lugar, se palma el «espíritu mediador» de los autores, que les incita, de forma acertada, a la búsqueda del necesario y justo equilibrio en la relación acreedor-deudor, con el objetivo de satisfacer los intereses de ambos dentro del marco normativo. Finalmente, es alabable su valentía, al clamar por la necesidad de vencer la inquietud sobre la quiebra de los cimientos de nuestro Derecho patrimonial, para arreglar las disfunciones existentes, no pudiendo obviar nuestro Estado social y democrático de derecho. El fundamento y finalidad de las soluciones jurídicas deben guiarse por la protección de la parte más débil. Y aquí aprovecho para mostrar mi posicionamiento favorable, como ya he apuntado en algún momento, hacia una mayor humanización del Derecho².

Señalaba Montesquieu: «una cosa no es justa por el hecho de ser ley. Debe ser ley porque es justa». Veremos, como se indica en la obra, si las medidas presentes y futuras ayudarán a alcanzar esa mayor justicia y equilibrio dentro del ámbito hipotecario. Mientras tanto, hay que vaticinar que la seriedad científica y el valor práctico de la monografía recensionada harán que se convierta en un estudio ineludible para examinar cuestiones relacionadas con la protección del deudor hipotecario. Por tal razón, auguro un buen éxito y expreso mi más sincera enhorabuena a los profesores Vázquez de Castro y Estancona Pérez por el trabajo realizado —con amplia y específica dedicación— y su entusiasmo científico para mejorar nuestro sistema jurídico. Y, en consecuencia, recomiendo encarecidamente la lectura de la presente obra que, desde luego, me ha enriquecido como investigador.

Fecha de recepción: 04.06.21

Fecha de aceptación: 17.06.21

² “[...] nuestro Derecho puede —y debe— dirigirse hacia una conversión en un Derecho más social y flexible, capaz de reequilibrar los intereses socio-económicos del deudor y el acreedor hipotecarios. [...] Humanizar el Derecho no lo despoja de fundamento. Al contrario, lo fortalece ante la consecución de fines sociales y de justicia”. BASTANTE GRANELL, Víctor, «La (quasi) transmutación socio-jurídica de la hipoteca sobre vivienda habitual», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 73, nº 1, 2020, pp. 143-239.