

CRISIS ECONÓMICA, BURBUJA INMOBILIARIA Y DERECHO A LA VIVIENDA EN ESPAÑA: JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS Y CRÉDITO HIPOTECARIO

M. Elvira Méndez-Pinedo

Catedrática de Derecho Europeo. Universidad de Islandia

RESUMEN

El TJUE ha dictado recientemente una serie de sentencias dedicadas a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que han tenido un impacto profundo en España al incidir sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria y la protección de los deudores en el ámbito de servicios financieros.

PALABRAS CLAVE: Cláusulas abusivas – crédito hipotecario – UE– jurisprudencia Tribunal de Justicia – España.

ABSTRACT

The European Court of Justice has recently issued a number of decisions about the interpretation of 93/13/CEE Directive, 5-04-1993, on unfair terms in contracts negotiated with consumers, that have a deep impact on Spain's foreclosure proceedings and the protection of debtors in the financial services field.

KEYWORDS : Unfair terms – mortgage credit – EU – case – law Court of Justice – Spain.

1. CRISIS ECONÓMICA Y SOBRE-ENDEUDAMIENTO POR CRÉDITO HIPOTECARIO EN ESPAÑA¹

A la crisis financiera que llega a Europa a finales del 2008 le siguen otras crisis económica, política y social profundas que impregnarán la memoria de los ciudadanos al inicio del siglo 21. En este contexto, surge en España una nueva forma de precariedad: la de consumidores y deudores hipotecarios. Por una parte, la crisis



priva a estos individuos de la capacidad de generar ingresos y afrontar el pago de sus obligaciones financieras contractuales. Por otra parte, tras los años de la bonanza económica fundados sobre el crédito accesible que otorga la pertenencia a la zona euro, estalla la burbuja inmobiliaria y se devalúa el valor de sus inmuebles. Miles de familias quedan atrapadas así en una situación de sobre-endeudamiento por un crédito hipotecario contratado de buena fe y sobre su vivienda habitual. Los procedimientos de ejecución forzosa y desahucio de vivienda habitual pasan a ocupar los titulares de la información y a constituir un grave problema que amenaza la paz social. Las cifras son impactantes. Unas 49.700 familias perdieron su casa en 2013, un 11% más que en 2012, según cifras estadísticas oficiales, especificando que casi el 80% de ese total era la vivienda habitual de los afectados (Banco de España, 2014).

¹ Bibliografía general: ALCALÁ DÍAZ, María Angeles. La Protección del Deudor Hipotecario: Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Madrid: Aranzadi, 2013. ALTER-EU (Alliance for Lobbying Transparency and Ethics Regulation). A captive Commission: the role of the financial industry in shaping EU Regulation. Bruselas: ALTER-EU, 2009. BARBA, A., y PIVETTI, M. «Rising household debt: Its causes and macroeconomic implications-a long-period analysis», Cambridge Journal of Economics 33(1) (2009): 113-137. BEN-SHAHAR, O. y SCHNEIDER, C.E. More Than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure. Princeton: Princeton University Press. BELINCHÓN, Gregorio. «Confesiones de un banquero arrepentido». El País, 18 de mayo de 2014: Economía 24-25. CARTWRIGHT, Peter. The Vulnerable Consumer of Financial Services: Law, Policy and Regulation. Nottingham University: Financial Services Research Forum Publication, 2011. CARTWRIGHT, Peter. «Conceptualising and understanding fairness: lessons from and for financial services». Unconscionability in European private financial transactions: protecting the vulnerable. KENNY, M, DEVENNEY, J., y FOX O-MAHONY, L. editores. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. 205-226 Castles, F. G. «The Really Big Trade-off: Home Ownership and the Welfare State in the New World and the Old», Acta Politica 33 (1) (1998): 5-19. DEVENNEY, James y KENNY, Mel. Consumer Credit, Debt and Investment in Europe. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. DOMURATH, Irina. «The Case for Vulnerability as the Normative Standard in European Consumer Credit and Mortgage Law», Journal of European Consumer and Market Law 3 (2013):124-137. GLOUKOVIEZOFF, Georges. L'Exclusion Bancaire: Le Lien Social à l'épreuve de la rentabilité. Paris: Presses Universitaires De France, 2010. HYNTER, Richard y POSNER, Eric. «The law and economics of consumer finance», Chicago Law & Economics Working Paper 117 (2001). ITURMENDI MORALES, J., y PATTARO, Enrico. Filosofía del Derecho: Derecho y ciencia jurídica. Madrid : Reus, 1980. Kempson, Elaine y otros. «Towards a common operational European definition of over-indebtedness». Bruselas-Luxemburgo: European Commission. Directorate General for Employment, Social Affairs, and Equal Opportunities, 2008. LUSARDI, A. y MITCHELL, O. «Financial literacy around the world: An Overview». Netspar Discussion paper 02 (2011) 23. Mbl (Morgunblaðið). «8.694 fasteignir boðnar upp frá 2008», 16 de mayo de 2014. Respuesta del Ministro de Interior a la pregunta del diputado Árni Páll Árnasson en el período de sesiones parlamentarias (143) 2013-2014. Þingskjal 1229-305. mál um nauðungarsölur á fasteignum. McLeay, Michael, Radia, Amar y Thomas, RYLAND. «Money creation in the modern economy». Bank of England. Monetary Analysis Directorate. Quarterly Bulletin Q1 (2014). MICKLITZ, Hans y otros. The Many Concepts of Social Justice in European Private Law. Glod: Edward ELGAR Publishing Limited, 2011. MÉNDEZ-PINEDO, M. E. The cost of credit in Iceland under European judicial review: may legality and transparency justify unfairness? Europarättslig Tidskrift nr 2/2014. MÉNDEZ-PINEDO, M. E. The effectiveness of European law. A comparative study between EC and EEA law. Groningen: Europa Law publishing, 2009. MÉNDEZ-PINEDO y DOMURATH. «Iceland: case-study». Social inclusion of Over-Indebted Consumers in the



En este contexto de crisis económica, y ante la pasividad inicial del legislador nacional, muchos particulares acuden a los tribunales e invocan sus derechos como consumidores apoyados o no por asociaciones como la Plataforma de afectados por la hipoteca (PAH) así como su derecho constitucional a la

Aftermath of the Economic Crisis in Europe. MICKLITZ, Hans y DOMURATH, Irina (editores). Próxima publicación. Oxford: Ashgate, 2015. Méndez-Pinedo, «Tras la crisis financiera y económica: la precariedad de deudores hipotecarios desde una perspectiva de Derecho europeo», en ÁLVAREZ-BLANCO, P., y GÓMEZ L-QUIÑONES, A. (editors.) Precariedad: La crisis del capitalismo neoliberal y la cultura española contemporánea, Carleton College-Dartmouth College: 2015. NAÍM, Moises, «Hablemos de dinero», El País, 4 de mayo de 2014. El Observador global: 12 Niemi, J. y A. Henrikson. Report on Legal Solutions to Debt Problems in Credit Societies, Estrasburgo: Consejo de Europa, 2005. NÚÑEZ IGLESIAS, Alvaro. La protección del deudor hipotecario. ESCARTÍN IPIÉNS, José Antonio y Martos Calabrús, María Angustias coordinadores. Granada: Editorial Comares, 2014. Pistor, Katharina. «Towards a Legal Theory of Finance». Centre for Economic Policy Research Discussion Paper no. 9235, London, 2012. Ramsay, Iain. «Between Neo-Liberalism and the Social Market: Approaches to Debt Adjustment and Consumer Insolvency in the EU». Consumer bankruptcy in Europe. Different paths for debtors and creditors. Anderson, Robert, Dubois, Hans, Koark, Anne, Lechner, Götz, Ramsay, Iain, Roethe, Thomas y Micklitz, HANS-W. editores. European University Institute. Department of Law. Working Paper 9 (2011) . REICH, Norbert. General principles of EU Civil law. Intersentia: Cambridge, 2013. Rodhe, K. Adjustment of contracts on account of changed conditions. Stockholm: Stockholm Institute for Scandinavian Law, 1959. Rott, Peter. Consumers and services of general interest: Is EC consumer law the future? Journal of Consumer Policy 30 (1) 2007: 49-60. RUIZ FABRI, Hélène. «Droit international économique». Traité de droit du commerce international. BEGUIN, J., y MENJUCQ, M. directores. Paris: Litec, 2005. Stiglitz, Joseph y otros. The Stiglitz Report: Reforming the International Monetary and Financial Systems in the Wake of the Global Crisis. Report for the United Nations. New York: New Press, 2010. Willet, Chris y Morgan-Taylor, MARTIN. «Recognising the limits of transparency in EU consumer law». European Consumer Protection. DEVENNEY, James y KENNY, Mel. editores. Cambridge: Cambridge University Press, 2012: 143-163. ZUNZUNEGUI, Fernando. «Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos». Revista de Derecho del Mercado Financiero (2013) y La protección de los derechos de las personas en sus relaciones con las entidades. AA. VV. Bilbao: Artarteko, 2013. Otros: Autoridad Bancaria Europea. Opinión sobre buenas prácticas de crédito hipotecario responsable y sobre buenas prácticas para el tratamiento de deudores hipotecarios en dificultades, 13 de junio de 2013 disponible en inglés en internet <http://www.eba.europa.eu/-/eba-publishes-good-practices-for-responsible-mortgage-lending-and-treatment-of-borrowers-in-payment-difficulties>; Banco de España. Nota informativa sobre los procesos de ejecución hipotecaria sobre viviendas de 19 de mayo de 2014. Documento accesible en internet http://www.bde.es/ff/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/Briefing_notes/es/notabe190514.pdf; Banco Central Europeo. Dictamen de 22 de mayo de 2013 sobre protección de deudores hipotecarios. Doc. CON/2013/33 disponible en inglés en internet http://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/en_con_2013_33_f_sign.pdf; Banco Mundial. Buenas prácticas para la protección de consumidores en sector financiero. 2011 y 2012. Documentos disponible en inglés en internet www.siteresources.worldbank.org/EXTFINANCIALSECTOR/Resources/Good_Practices_Financial_CP.pdf; Comisión Europea. Towards A Common Operational European Definition of Over-Indebtedness, Directorate General for Employment, Social Affairs, and Equal Opportunities. 2008.; G20 y OCDE. Principios fundamentales de protección de consumidores en ámbito financiero. 2011 (borrador) y 2012. Documento disponible en inglés en internet <http://www.oecd.org/daf/financialmarketsinsuranceandpensions/financialmarkets/48892010.pdf>; Fondo Monetario Internacional. Leigh, Daniel y otros. Chapter 3. Dealing with household debt. IMF Abril 2012 disponible en inglés en internet <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2012/01/pdf/c3.pdf>.



vivienda. Así las cosas, pocos imaginaban el impacto que tendría el Derecho europeo de consumo, y más concretamente la Directiva 93/13/CEE en el ordenamiento jurídico español a través del procedimiento prejudicial de interpretación establecido por los Tratados de la Unión Europea. En este estudio se analizan dos cuestiones fundamentales: el impacto de la jurisprudencia del TJUE en el ámbito del crédito y ejecución hipotecaria en España que activa un cambio jurídico y los límites del propio Derecho europeo aplicable para solucionar todos los problemas de estos consumidores/deudores hipotecarios.

En realidad, las razones de la precariedad de los deudores hipotecarios en España anteceden a la crisis financiera y económica. La crisis no hace sino materializar los riesgos (previsibles) que en su día las instituciones financieras desplazaron a los consumidores (Zunzunegui, 2013). El régimen jurídico europeo –y en muchos casos nacional– ha resultado insuficiente para prevenir el sobre-endeudamiento y las prácticas comerciales abusivas, lo que es obvio a la luz de los datos empíricos (Micklitz y Domurath, 2015) así como las cuestiones jurídicas de interpretación que han solicitado los jueces nacionales ante el Tribunal de Justicia de la UE. Por otra parte, el procedimiento de ejecución hipotecaria tiene en el Derecho español un carácter neutral y expeditivo como garantía de la deuda sin consideraciones sobre otras consideraciones relativas a la validez intrínseca (no sólo formal) del título ejecutivo. No es de extrañar, por tanto, que la precariedad de los consumidores hipotecados haya derivado en una reforma –vía europea– de la legislación procesal española.

Algunas cuestiones que se discuten en España son la necesidad de reconocer y abordar los problemas sobreendeudamiento de buena fe de personas físicas y la revisión del derecho de garantías tras la crisis económica, cuestiones que la Ley 1/2013 no ha acabado de solucionar (Núñez Iglesias y otros, 2014)². Este derecho debería ser adaptado al presente buscando un nuevo equilibrio entre las partes contratantes de préstamo hipotecario que, preservando el carácter esencial de la garantía, mejore su ejecución para evitar que deudores particulares sean abocados a una situación de insolvencia permanente de por vida. En este sentido, hay que señalar que esta nueva ley 1/2013 ha sido ya cuestionada ante el TJUE, lo que veremos más adelante. En todo caso, las novedosas resoluciones judiciales nacionales y europeas no pueden reemplazar la labor de los legisladores, aunque sí indicar una reforma de lege ferenda y corregir ciertos errores vía interpretativa.

² Ver proyecto de investigación «Crisis económica y derecho de garantía» financiado por Ministerio de Ciencia e Innovación dentro del Plan Nacional de I+D+i y jornadas «La protección del deudor hipotecario. Primera aproximación a la Ley 1/2013» Almería, 23-24 de mayo de 2013.



EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: EL JUEZ NACIONAL COMO MÁXIMO GARANTE

El TJUE ha dictado recientemente una serie de sentencias dedicadas a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores³ (en adelante, Directiva 93/13) que han tenido un impacto profundo en España al incidir sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria y la protección de los deudores en el ámbito de servicios financieros. Para entender debidamente esta jurisprudencia, es necesario resumir en primer lugar los rasgos esenciales de la propia Directiva 93/13.

En primer lugar, es preciso apuntar que se basa en una armonización de mínimos, tal y como se desprende de su preámbulo (1), lo que permite que los Estados miembros puedan establecer una legislación más protectora, pero no más restrictiva (2). Al tratarse de una armonización parcial, surgen dudas sobre la interpretación que debe darse respecto de algunos de sus preceptos, en relación con los diversos órdenes nacionales en los que se integra. La segunda cuestión sustancial es su ámbito de aplicación: esta normativa se aplica respecto de las cláusulas no negociadas individualmente entre el profesional y el consumidor, considerando como consumidor únicamente «toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional». Por otra parte, no se aplica a cláusulas que reflejan disposiciones legales o reglamentarias imperativas al suponer que no contienen cláusulas abusivas (apartado 2 del artículo 1). Esto incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo. En tercer lugar, hay que recordar que la Directiva establece que –en la medida que hay una parte más vulnerable en el contrato entre consumidor y profesional– en caso de duda, debe prevalecer «la interpretación más favorable al consumidor».

De igual modo, es preciso tener en cuenta la importancia de la normativa procesal nacional para el ejercicio de los derechos sustantivos que la Unión Europea reconoce a los consumidores. En principio, los Estados miembros gozan de autonomía procesal, por lo que el juez nacional está sujeto a las normas procesales nacionales. Sin embargo, para evitar que las normas procesales de los Estados miembros puedan poner en peligro los derechos europeos de los ciudadanos, el TJUE exige que se cumpla con dos principios fundamentales: los principios de equivalencia y efectividad. El primero supone tratar del mismo modo las controversias de derecho nacional, y aquéllas cuyo origen es el derecho de la Unión. El segundo principio exige que no se obstruya o se dificulte la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los particulares.

Es el juez nacional, el que interpreta de forma ordinaria la normativa europea como parte de su Derecho, pudiendo en casos en los que así se exija dar primacía o prevalencia al Derecho de la Unión, si ello resulta imprescindible para la tutela del

³ Diario Oficial UE n.º L 095 de 21.04.1993 p. 29-34.



consumidor. El Tribunal de Justicia ha sido particularmente severo a la hora de analizar los distintos procedimientos procesales nacionales desde el punto de vista del principio de eficacia y efectividad, al estimar que el juez nacional, último garante de los derechos europeos al día a día, ha de tener la oportunidad de tomar en cuenta y enjuiciar en toda su amplitud la normativa nacional y europea, y pueda conocer y valorar los diferentes hechos, circunstancias del asunto en litigio y legítimos intereses en juego.

Estas cuestiones previas son esenciales para entender y situar en su justo contexto la jurisprudencia más reciente del TJUE a la hora de interpretar la Directiva 93/13 en relación con los asuntos de crédito hipotecario enviados por tribunales nacionales españoles, objeto de este trabajo.

LA FILOSOFÍA Y PARADIGMAS QUE INSPIRAN AL DERECHO EUROPEO DE CONSUMO APLICABLE AL CRÉDITO

El Derecho europeo de protección de los consumidores –que se integra después directa o indirectamente en el ordenamiento jurídico nacional⁴– presenta ciertos rasgos específicos. No sólo está fragmentado en diversas directivas sino que además se construye sobre una tendencia bipolar entre la autonomía y la regulación. Por una parte es un derecho privado que reconoce la autonomía contractual con valor de ley entre las partes; pero, por otra, exige igualmente a estos acuerdos situarse dentro de los límites del respeto a la legalidad. La regulación construye un sistema de supervisión y sanción pública de operadores económicos que abusen de su posición.

En primer lugar y con carácter general, el Derecho de consumo europeo se ha construido sobre un paradigma que equipara la protección con la obligación de información previa y la transparencia. La Directiva 48/2008 sobre contratos de crédito al consumo⁵ es el ejemplo más reciente de este paradigma. La normativa se construye sobre la presunción de un consumidor plenamente informado que otorga su consentimiento válido comprometiéndose a obligaciones financieras futuras mediante contrato. La obligación principal del acreedor es la de informar sobre el coste total del crédito en la forma prevista por la normativa europea (definición común, modelo y metodología armonizados a través del TAE o tipo anual equivalente). La armonización de la metodología y los requisitos de información previa permite a los consumidores comparar ofertas entre competidores, a nivel nacional y europeo. Esta directiva no menciona explícitamente el requisito de trato justo o equitativo por el profesional hacia el consumidor al ser implícito y estar regulado por otras dos directivas aplicables.

⁴ Directamente en el caso de Reglamentos, decisiones y recomendaciones que tienen aplicabilidad directa e indirectamente en el caso de las Directivas que necesitan ser transpuestas por una normativa nacional.

⁵ Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo. Diario Oficial UE no L 133, 22.5.2008, p. 66-92.

Por otro lado, existe asimismo un paradigma de control de equidad sobre el contenido de contratos entre profesionales y particulares. Éste derecho contractual europeo es aplicable al sector de servicios financieros e impone la nulidad de cláusulas contractuales abusivas y prácticas comerciales desleales (Directiva 93/13 y Directiva 2005/29⁶ respectivamente). En estas directivas el requisito esencial de equidad es explícito. El abuso se define como la falta de equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en detrimento de los consumidores cuando los contratos no hayan sido negociados individualmente. La información parcial o engañosa es una práctica desleal. La sanción del Derecho europeo es explícita: las cláusulas abusivas no son vinculantes para los consumidores.

La nueva Directiva europea sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (en adelante Directiva sobre crédito hipotecario 2014/17)⁷ intenta conciliar dichas perspectivas entre información como protección y trato equitativo y justo hacia los deudores. Se basa en el mismo paradigma de la obligación de información previa que posibilita a un consumidor debidamente informado otorgar un consentimiento válido contractual regulado por el derecho privado. El profesional tiene la obligación de informar del coste total del crédito ex-ante con una definición, modelo y metodología armonizada. Ahora bien, también se añade un objetivo de crédito responsable. Este se articula mediante la comprobación obligatoria de la capacidad de pago del deudor y su historial de crédito y la obligación de la entidad financiera de tener en cuenta los intereses económicos de los consumidores. Han de evitarse las falsas expectativas por parte de los deudores y se incrementa la información que han de proporcionar los acreedores. Se menciona explícitamente la necesidad de una equidad en el contrato (quizás como respuesta a la crítica de que, junto a la información, es necesario asimismo una regulación del contenido del mismo apuntada por la doctrina).

Las directivas comunitarias se trasponen después a los distintos ordenamientos jurídicos de los 28 Estados miembros de la UE y otros 3 del Espacio Económico Europeo (EEE). A efectos de aplicación práctica, la autonomía procesal nacional supone que los consumidores podrán invocar y ejercer sus derecho a través de distintas acciones en cada país (diversidad de normativas procesales). En todo caso, la jurisprudencia del TJUE ha establecido que se ha de otorgar efectividad al Derecho europeo de tal manera que los ciudadanos puedan gozar de sus derechos de forma similar en todos los países (Méndez Pinedo, 2009).

Domurath (2013) ha estudiado los paradigmas en vigor del Derecho europeo aplicable en materia de consumo y crédito. Para esta investigadora, es obvio que la normativa se articula alrededor de un principio fundamental como es la provisión de

⁶ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Diario Oficial UE no L 149, 11.6.2005, p. 22-39.

⁷ 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) no 1093/2010. Diario Oficial UE no L 60, 28.2.2014, p. 34-85.



información completa y transparente por parte del proveedor de servicios financieros (acreedor) al que, en algunos países, se suman las agencias independientes de crédito (*credit bureaux*). Por el contrario, al consumidor (deudor) se le supone una cultura suficiente para leer, entender y rubricar contratos y se le motiva a obtener -de hecho- una educación financiera. La libertad contractual queda salvaguardada sobre la base de este paradigma de información general y un estándar normativo que asume a un consumidor prudente como un «buen padre de familia», bien informado, autónomo e independiente. Sobre todo, un consumidor que actúa de forma racional en la gestión de sus decisiones financieras de largo plazo. Siguiendo la estela de otros autores, Domurath (2013) apunta a la falacia de dicho paradigma. Hace tiempo ya que los estudios empíricos de conducta demuestran que los consumidores no siempre actúan de forma racional y son a menudo víctimas de sus propias decisiones inconscientes/irracionales.

Domurath (2013) sostiene como el Derecho europeo de consumo falla a la hora de proteger a los consumidores y promover el establecimiento y funcionamiento del mercado interior. A su juicio, ello sucede porque pone el énfasis en el derecho privado sobre la regulación pública. El paradigma de la información determina el nivel protector de casi todo el Derecho europeo de consumo mientras que el principio de equidad podría dar lugar a un mayor control sobre el contenido real de los contratos. En el ámbito del crédito al consumo y crédito hipotecario se olvidan así otros paradigmas como la precariedad o la vulnerabilidad, que darían lugar a una protección mayor de los consumidores.

La precariedad en el ámbito del Derecho europeo de consumo se ha venido estudiando bajo el concepto de «vulnerabilidad», pero únicamente referido al ámbito de los servicios de interés general o universales hoy privatizados (agua, energía, telefonía, etc.)⁸. Domurath (2013) propone adoptar un enfoque similar en el sector del crédito al consumo e hipotecario: hacer bascular el énfasis del derecho privado al derecho público, incluyendo un cambio de estándar normativo: desde el consumidor informado y prudente al consumidor vulnerable. Al igual que otros autores, propone que la legislación debería contemplar -al menos- esa vulnerabilidad como exposición al riesgo en caso de contratos que impliquen un riesgo de endeudamiento o compromiso financiero considerable y tengan una larga duración como es el crédito hipotecario.

El problema del paradigma protección: información no es exclusivo del ordenamiento europeo sino común a otras jurisdicciones como pueden ser los Estados Unidos donde la doctrina ha criticado su ineficacia (Ben-Shahar y Schneider, 2014)⁹. Así las cosas, la doctrina ha demostrado ya la precariedad de la educación financiera mínima en el mundo desarrollado como un factor preocupante (Lus-

⁸ Artículo 20 (2) Directiva sobre relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas 2002/22; Artículo 3 (3) Directiva sobre sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural 2009/73 y Artículo 3 (3) Directiva normas comunes para el mercado interior de la electricidad 2009/72. Estas directivas reconocen el derecho de acceso a los servicios para consumidores vulnerables o con necesidades sociales específicas.

⁹ Ver simposio virtual sobre el libro en internet: <http://recent-ecl.blogspot.nl/2014/09/more-than-you-wanted-to-know-virtual.html>.

sardi y Mitchell, 2011) apuntando una necesidad urgente de luchar contra este «analfabetismo financiero» a nivel mundial (Naím, 2014).

LA INSUFICIENCIA DEL DERECHO EUROPEO/NACIONAL DE CONSUMO APLICABLE AL CRÉDITO PARA PREVENIR/SOLUCIONAR CASOS DE SOBRE-ENDEUDAMIENTO Y PRECARIEDAD

Es un hecho como el ordenamiento jurídico comunitario, en su formulación actual, se ha mostrado claramente insuficiente para prevenir un problema del sobre-endeudamiento en diversos países que afecta a amplios sectores de la población empujando a los más vulnerables a la exclusión social. Con exclusión de la jurisprudencia del TJUE que ha ido construyendo progresivamente un marco europeo que delimita una protección mínima, la normativa europea ha evitado entrar en el derecho contractual civil y tampoco ha aportado soluciones efectivas ni principios comunes de forma inmediata en materia de derecho hipotecario y de garantías. Las soluciones a estos problemas, si las hay, siguen siendo nacionales. La ausencia del concepto de vulnerabilidad en el ámbito de la protección de consumidores de servicios financieros no es el único problema. El Derecho europeo/nacional de consumo aplicable al crédito tampoco se ha preocupado de forma vinculante sobre el problema del sobre-endeudamiento hasta la Directiva 2014/17 sobre crédito hipotecario¹⁰. La nueva normativa anuncia como objetivo promover un crédito responsable y permite a las partes negociar la dación en pago. Es quizás tarde para las miles de familias atrapadas por la deuda hipotecaria.

De cara a la prevención futura, la Directiva 17/2014 se limita a promover las siguientes medidas y recomendaciones en materia de demoras y ejecuciones hipotecarias. En su artículo 28.1 obliga a los Estados miembros a adoptar medidas para incentivar a los acreedores a hacer un esfuerzo razonable de composición antes del inicio del procedimiento de ejecución (observé sin embargo el grado de obligatoriedad y la redacción). Este artículo también posibilita a los Estados miembros a limitar los intereses de demora así como otros costes ligados al incumplimiento a la ejecución. Los artículos 28.4 y 28.5. contienen disposiciones sobre el proceso de subasta para ejecutar la garantía declarando que el consumidor podrá abonar el crédito mediante la devolución o transferencia de la garantía (dación en pago si es acordada por las partes) o la cantidad obtenida tras la subasta, que se perseguirá obtener el mejor precio para el inmueble embargado y se facilitará el pago de la deuda restante tras el procedimiento de ejecución¹¹.

¹⁰ 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) no 1093/2010. Publicada en Diario Oficial UE L no. 60 de 28 de Febrero de 2014.

¹¹ Artículo 28 de la Directiva 2014/17: 1. Los Estados miembros adoptarán medidas para alentar a los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de



El marco jurídico comunitario existente olvida cuestiones esenciales de la vulnerabilidad o precariedad de los consumidores como son: los riesgos objetivos de créditos hipotecarios otorgados a 20-30 años, la especial fragilidad de ciertos grupos sociales por sus circunstancias (ie: bajos ingresos, falta de educación financiera), la necesidad de acceso al crédito como condición previa y necesaria de acceso a la vivienda y como elemento de inclusión social promovido por el Estado. Y, lo más importante: se ha excluido el control del coste del crédito (abusivo, desproporcionado o incluso usurario) de la normativa europea por lo que queda a merced de los legisladores nacionales.

La crisis económica ha forzado a la sociedad europea a reconsiderar sus regímenes nacionales aplicables a esta nueva forma de precariedad. En este momento la situación es de diversidad (Ramsay 2011, p. 36). Mientras algunos países como Islandia permiten la re-estructuración de la deuda y la quiebra/insolvencia de particulares bajo un proceso tutelado (bien por la Administración bien por el juez) en otros como España se permite a los acreedores mantener a los deudores obligados con una deuda de por vida –tras un incumplimiento de pago por crédito hipotecario. La situación en nuestro país es grave. En un contexto de crisis es corriente que una subasta concluya con la venta del inmueble– con un precio de venta muy inferior al valor de tasación usado inicialmente por lo que el consumidor no sólo perderá la vivienda sino que será responsable de la deuda por principal, intereses devengados, intereses de mora y gastos de ejecución. La entidad financiera, por otra parte, una vez concluido el proceso de ejecución, puede vender ese bien a un precio superior y realizar ganancias sobre dos operaciones sucesivas pero un mismo inmueble. No existe una regulación europea ni principios comunes sobre concurso y quiebra de particulares, la «dación en pago» ni la llamada «segunda oportunidad».

Los debates de filosofía política y ético sobre el tema en Europa oscilan entre dos extremos: la culpabilización del deudor o la expropiación del acreedor (Ramsay 2011, p. 36). Sin embargo, la regulación del sobre-endeudamiento es esencial en el marco de las políticas económicas y sociales (Ramsay 2010a) formando parte integrante de lo podría llamarse una «constitución del mercado» (Ramsay 2003; Ramsay 2010a). La paradoja es evidente. La Unión Europea promueve el crédito de consumo como un «lubricante de la vida económica» en un contexto de una «economía social de mercado competitiva» (Ramsay 2011, p. 6). Pero, hasta el momento, la UE se ha concentrado más en la creación de un mercado de crédito

ejecución. 2. Los Estados miembros podrán exigir que, si se permite al prestamista definir e imponer recargos al consumidor en caso de un impago, esos recargos no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que le acarree el impago. 3. Los Estados miembros podrán autorizar a los prestamistas a imponer recargos adicionales al consumidor en caso de impago. Los Estados miembros que se acojan a esta posibilidad determinarán el valor máximo de tales recargos. 4. Los Estados miembros no impedirán que las partes en un contrato de crédito puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito. 5. Los Estados miembros se dotarán de procedimientos o medidas que permitan lograr que, en caso de que el precio obtenido por el bien afecte al importe adeudado por el consumidor, se obtenga el mejor precio por la propiedad objeto de ejecución hipotecaria. Los Estados miembros velarán por que se adopten medidas que faciliten el reembolso en aquellos casos en que la deuda no quede saldada al término del procedimiento de ejecución, con el fin de proteger al consumidor.



competitivo que en la regulación de sus aspectos y costes sociales, lo que refleja quizás la influencia de ideas neo-liberales más protectoras de intereses financieros que de los ciudadanos (ALTER-EU 2009, Ramsay 2011).

La regulación del crédito de consumo por la UE refleja así una tensión entre el liberalismo y el mercado social en la que prevalece la liberalización y la competencia (Ramsay 2011, p. 36) mientras que la protección a los consumidores se refleja en el paradigma de una provisión de información ex-ante. Ramsay apunta que la faceta social del mercado no ha sido desarrollada lo suficiente ya que, en materia de sobre-endeudamiento, la UE ha adoptado un enfoque «suave» basado en estudio y análisis de las mejores prácticas existentes en Europa por el método de la coordinación (Comisión Europea, 2008). Así concluye que, si bien el Consejo de Europa y otros estudios académicos han propuesto principios generales para el tratamiento de las deudas de particulares (Ramsay, 2011; Reifner, Niemi y otros, 2003; Niemi y Henrikson, 2005), se necesita más investigación en Europa para proponer a un marco jurídico común o al menos principios fundamentales.

Como la realidad ha venido a demostrar, y su fase actual de desarrollo, la normativa europea no proporciona soluciones para los deudores de buena fe que se encuentran en situación de sobreendeudamiento tras la crisis financiera en diversos países: Islandia, España, Hungría, etc. (Micklitz y Domurath, 2015). Junto a las causas tradicionales que empujan a los deudores a incumplir sus obligaciones contractuales (fallecimiento de cónyuge o pareja, divorcio, separación, enfermedad, accidente, incapacidad o dependencia de un menor o mayor a su cargo...); tras la crisis nos encontramos con nuevas causas: prácticas comerciales y cláusulas contractuales abusivas (cláusulas suelo, intereses moratorios excesivos), a-legales (avales cruzados); legislaciones nacionales obsoletas para la realidad del crédito en el siglo 21 o simplemente una macroeconomía de crisis que priva a los deudores de su capacidad de generar ingresos por medio de su trabajo. Todas estas nuevas situaciones nos llevan a la precariedad. (Méndez Pinedo, 2015; Cartwright, 2011; y Zunzunegui, 2013).

En definitiva, el Derecho europeo de consumo en el ámbito del crédito (tanto al consumo como hipotecario) es ciego, sordo y mudo hacia esta nueva forma de exclusión social. Si bien esta normativa alcanza a dar solución a los abusos flagrantes del sector bancario... no proporciona necesariamente equidad para los consumidores ni entra en el derecho civil hipotecario y de garantías ni en el derecho procesal aplicables a las ejecuciones forzosas. Faltan derechos sustantivos e instrumentos procesales para que los deudores puedan articular una defensa basada en la precariedad sobrevenida resultante de un cambio de circunstancias externo y extremo para deudores de buena fe con hipoteca constituida sobre su residencia habitual. A pesar de una jurisprudencia importante desarrollada por el TJUE los últimos años para otorgar la máxima equidad a los consumidores-deudores, el tribunal alcanza los límites de la interpretación del Derecho europeo por lo que la labor compete a los legisladores. La reciente jurisprudencia ejemplifica a la perfección los límites del ordenamiento comunitario para solucionar la precariedad de deudores hipotecarios condenados por una legislación nacional que ha quedado obsoleta en las circunstancias de crisis económica actual y estallido de burbuja inmobiliaria.



EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE CONSUMO Y LOS LÍMITES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

Algunos pronunciamientos del Tribunal de Justicia han dado respuesta a los problemas planteados por los órganos judiciales españoles en relación con los problemas de crédito a consumidores a la luz de la Directiva 93/13/EEC cuyo artículo 6.1 dispone que los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas. Cláusulas abusivas son aquellas que imponen un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones del contrato (en perjuicio de los consumidores). El control de los abusos ha sido sea particularmente casuístico pero se puedan establecer criterios normativos claros que otorgan seguridad jurídica a todos los afectados (consumidores, profesionales y jueces).

El Tribunal de Justicia justifica el carácter imperativo y de orden público de la Directiva en la situación de inferioridad en que se encuentra el consumidor frente al profesional en su capacidad de negociación e información entendiendo que ello le lleva a adherirse sin ninguna posibilidad de modificación o influencia en la redacción del contrato. Por ello, las cláusulas abusivas han de declararse nulas de pleno derecho y, en caso de controversia, un tercero –el juez– podrá restablecer el equilibrio en el contrato¹².

El examen concreto del carácter abusivo de una cláusula corresponde al juez nacional en función de las circunstancias propias del caso. Debe garantizarse el control de oficio por el Juez sujeto a ciertos límites, en particular el derecho de defensa de la otra parte sentencia (*BANIF PLUS BANK*¹³), la necesidad de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de todas las partes y la seguridad jurídica. El control del juez también es posible, dentro de límites procesales, en el caso de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme con efecto de cosa juzgada (*ASTURCOM*¹⁴).

El Tribunal de Justicia se ha pronunciado ya sobre la competencia del órgano judicial del domicilio del profesional (préstamo de consumo) frente al domicilio del consumidor (Sentencia *OCÉANO Grupo editorial*¹⁵), la cláusula de redondeo al alza en el cálculo de los intereses variables de los préstamos hipotecarios (asunto *CAJA de MADRID*¹⁶), el mecanismo de modificación de los gastos de los servicios que debe prestarse

¹² Jurisprudencia del TJUE sobre la Directiva 93/13. Ver, entre otras, Sentencia *Asturcom Telecomunicaciones* (C-40/08), Sentencia *Banco Español de Crédito* (C-618/10), Sentencia *VB Pénzugyi Lízing* (C-137/08), sentencia *Banif Plus Bank* (C-472/11), o la Sentencia *Pannon GSM* (C- 243/08).

¹³ TJUE, sentencia de 21 de febrero de 2013, *Banif Plus Bank* (C-472/11).

¹⁴ TJUE, sentencia de 6 de octubre de 2009, *ASTURCOM Telecomunicaciones* (C-40/08).

¹⁵ TJUE, sentencia de 27 de junio de 2000, *OCÉANO Grupo Editorial* (C-240/98 y acumulados).

¹⁶ TJUE, sentencia de 3 junio 2010 *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)* (C-484/08) [2010] ECR I-4785.



al consumidor (*INVITEL*¹⁷), la imposición de una indemnización a favor del acreedor excesivamente amplia en caso de incumplimiento del deudor (*POHOTOVOST*¹⁸), cláusulas que se remiten a normas previstas para otro tipo de contratos e incrementan el precio unilateralmente en materia de suministro de gas (*RWE Vertrieb*¹⁹). Estas últimas cuestiones han sido enviadas por jueces de otros países aunque las sentencias tienen carácter vinculante para los 28 Estados de la Unión Europea.

Más particularmente en materia de crédito hipotecario, podemos destacar la sentencia *BANESTO*²⁰ en la que se aborda la compatibilidad del procedimiento monitorio de nuestra LEC con el Derecho Europeo y el control ex-officio que el juez debe realizar²¹. El alto tribunal entiende que la regulación española no era conforme al principio de efectividad, pues no permitía que el juez nacional pudiera declarar el carácter abusivo de una cláusula salvo que el deudor hubiera planteado la oposición, considerando que esta circunstancia hacía particularmente difícil defender sus derechos, pues el control que realizaba el juez era un control puramente formal. Resuelve además que el juez no podrá modificar la cláusula abusiva sino únicamente deberá dejarla sin efecto. Prima la nulidad de pleno derecho de la cláusula abusiva declarada por la Directiva frente a la doctrina nacional de la facultad integradora del contrato.

4.1. LA SENTENCIA *AZIZ* Y LA POSTERIOR REFORMA LEGISLATIVA (LEY 1/2013) POR INCOMPATIBILIDAD DEL DERECHO PROCESAL CON LA NORMATIVA EUROPEA DE PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES

La sentencia *Aziz*²² es quizás la más importante en materia de tutela de consumidores, ejecución de crédito hipotecario y facultades del juez del procedimiento declarativo. Fue enviada por un juez de Barcelona²³. El juez comunitario declara que la

¹⁷ TJUE, sentencia de 26 de abril de 2012, *INVITEL* (C-472/10) sobre contratos de fidelidad o adhesión y acciones de cesación para otorgar a los consumidores inicialmente no afectados por la sentencia igual protección frente a la misma cláusula abusiva.

¹⁸ TJUE, auto de 16 de noviembre de 2010, *Pohotovost's* (C-76/10).

¹⁹ TJUE, sentencia de 21 marzo 2013, asunto, *RWE Vertrieb AG v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV* (C-92/11).

²⁰ TJUE, sentencia de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito* (C-618/10). Ver igualmente Sentencia de 21 de febrero de 2013, *Banif Plus Bank* (C-472/11) y Sentencia de 21 de noviembre de 2002, *Cofidis* (C-473/00).

²¹ Recurso de apelación interpuesto por *BANESTO* contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Sabadell que declaraba abusiva la cláusula de intereses de demora que fijaba en el 29% en un préstamo para la adquisición de un vehículo.

²² TJUE, sentencia de 14 de marzo de 2013, *Aziz* (C-415/11).

²³ El Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona planteó varias cuestiones prejudiciales en el marco de una demanda de nulidad contra algunas cláusulas de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria. El Juez nacional pregunta si la limitación de los motivos de oposición en el procedimiento de ejecución suponía una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos, en los términos previstos en la Directiva 93/13. Lo particular de este asunto es que se refería a un procedimiento que no era el que debía aplicar el Juez remitente.



normativa española (anterior a la Ley 1/2013) es contraria a la Directiva 93/13/ECC, a la vista de la limitación de los motivos de oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria y al mismo tiempo, la imposibilidad del juez del procedimiento declarativo de adoptar medidas cautelares como puede ser –a título de simple ejemplo– la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria para garantizar la plena eficacia de su decisión final. Paralelamente, también se pronuncia sobre la desproporción de las cláusulas sobre los intereses de demora, vencimiento anticipado y liquidación unilateral del saldo ofreciendo unos criterios de interpretación al juez nacional.

Tras dicha sentencia, resulta imprescindible modificar la Ley de Enjuiciamiento Civil a efectos de proceder a su adaptación aunque la sentencia no obliga a ninguna modificación concreta, en la medida que los Estados miembros gozan de autonomía procesal. En caso de que se declare la nulidad de una cláusula que constituya el fundamento del título, debe establecerse los mecanismos necesarios para que el deudor hipotecario-consumidor pueda recuperar su vivienda. Dicha reforma se ha realizado en la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social²⁴.

4.2. TRAS LA SENTENCIA *AZIZ*: JURISPRUDENCIA DEL TJEU SOBRE EL NIVEL DE PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES Y DEUDORES HIPOTECARIOS EN ESPAÑA A LA LUZ DEL DERECHO EUROPEO

Tras la sentencia *Aziz*, hay otras tres sentencias que profundizan en esta línea jurisprudencial proporcionando criterios de apreciación a los jueces nacionales en materia de contratos celebrados con los consumidores, compraventa de inmuebles, préstamos hipotecarios, y cláusulas abusivas bajo la Directiva 93/13/EEC. Son los asuntos *BANCO POPULAR ESPAÑOL*²⁵, *BANCO DE VALENCIA*²⁶ y *CONSTRUCTORA PRINCIPADO SA*²⁷.

Recientemente, nos encontramos también con los límites del Derecho europeo para solucionar problemas sociales que no encuentran una respuesta equitativa en el ordenamiento nacional y que no han sido armonizados (asunto *BARCLAYS*) o que han sido regulados de forma incompatible con el orden jurídico europeo (continuación de la doctrina *Aziz* en el asunto *Sánchez Morcillo y Abril García v BANCO BILBAO* sobre procedimiento de ejecución hipotecaria y asunto *UNICAJA-CAIXABANK* sobre limitación por ley de intereses de demora con efectos retroactivos). Veamos estas tres sentencias.

²⁴ B.O.E. 15 de mayo de 2013.

²⁵ TJUE, auto de 14 de noviembre de 2013, *Banco Popular Español SA contra Maria Teodolinda Rivas Quichimbo y Wilmar Edgar Cun Pérez* (C-537/12).

²⁶ TJUE, *Banco de Valencia SA contra Joaquín Valldeperas Tortosa y María Ángeles Miret Jaume*, asuntos acumulados C-537/12 y C-116/13.

²⁷ TJUE, sentencia de 16 de enero de 2014, *Constructora Principado SA contra José Ignacio Menéndez Álvarez* (C-226/12).

La sentencia *BARCLAYS*²⁸ se refiere al préstamo hipotecario de la familia Sánchez con la garantía de su vivienda y la deuda por impago e intereses que resulta de su impago. Al incumplir sus obligaciones de pago durante +90 días, la situación derivó no sólo en la pérdida de la vivienda a favor del banco sino en una deuda superior a 100 000 euros (calculada sobre los 153 000 que habían tomado prestado). Esto es posible por la combinación de una cláusula contractual de penalización por intereses de demora y de la legislación española que permitía al acreedor adjudicarse la vivienda por el 50% de su valor tras una subasta sin éxito. El juez nacional pregunta si es posible considerar la conducta del acreedor como abusiva, teniendo en cuenta la Directiva y los principios generales de protección al consumidor del Derecho europeo.

Desgraciadamente, el Tribunal europeo recuerda que la normativa nacional está explícitamente excluida de la Directiva 93/13/EC (art. 1(2) al suponer que el legislador nacional ya alcanzó un equilibrio al regular los derechos y obligaciones de las partes en ciertos contratos (para. 41). Al excluir el derecho nacional contractual de su ámbito de aplicación, lo coloca asimismo más allá del alcance de los principios generales (del Derecho europeo de consumidores) (para. 44) según la aplicación de la doctrina de *lex specialis derogat lex generalis*. A diferencia del asunto que dio lugar a la sentencia *RWE Vertrieb*²⁹, en el cual las partes se pusieron de acuerdo sobre la extensión del ámbito de aplicación de un régimen previsto por el legislador nacional, en este asunto las disposiciones legales y reglamentarias nacionales resultan aplicables por su carácter general sin que su ámbito de aplicación o su alcance hayan sido modificados en virtud de una cláusula contractual. En este sentido, el Tribunal presume que no se ha alterado el equilibrio contractual establecido por el legislador nacional. Y el legislador de la Unión optó expresamente por preservar dicho equilibrio, tal como se deduce de los términos del considerando decimotercero y del artículo 1 (2) de la Directiva 93/13. Están excluidas de su ámbito de aplicación las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones.

En otras palabras, la propia Directiva no resulta aplicable y ni siquiera el TJEU puede ser de ayuda a la familia Sánchez y a otros consumidores-deudores que se encuentran en una posición similar a la suya. La intervención ha de ser a nivel nacional por el legislador competente. Este razonamiento, sin embargo, se basa en la hipótesis de que el poder legislativo protege suficientemente los derechos (sustantivos) de los consumidores en las áreas no armonizadas por el Derecho europeo, lo cual no es siempre cierto. En este sentido, el TJUE aplica otro criterio del aplicado a los derechos (procesales) de los consumidores donde no duda de declarar la incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho comunitario en aras de su efectividad y por encima del principio de autonomía procesal de los Estados miembros.

²⁸ TJEU, sentencia *Barclays Bank SA v Sara Sánchez García* (C-280/13).

²⁹ TJUE, sentencia de 21 marzo 2013, asunto *RWE Vertrieb AG v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV* (C-92/11).



Es pues en el ámbito procesal donde la jurisprudencia europea es rompedora a favor de los deudores hipotecarios. A lo largo de 2014, el TJUE sigue interpretando la normativa europea –en relación con el ordenamiento jurídico español– dada la gravedad de las consecuencias de la crisis económica sobre el mercado inmobiliario y sobre la situación financiera de los hogares. Se desarrolla aún más la jurisprudencia *Aziz*³⁰ por la que Tribunal declaró que el ordenamiento procesal violaba la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores al no permitir al juez ordinario adoptar medidas provisionales –tales como la suspensión del proceso de ejecución hipotecaria– para examinar el carácter abusivo de provisiones del contrato. El deudor podía ser expulsado y privado de su vivienda sin poder oponerse en el mismo proceso. Una vez adoptada la Ley 1/2013 que reforma el procedimiento de ejecución hipotecaria, el Tribunal vuelve a examinar la compatibilidad de algunos de sus preceptos con el Derecho comunitario.

En el asunto *Sánchez Morcillo y Abril García v BANCO BILBAO*³¹, el Tribunal vuelve a declarar la insuficiencia del derecho procesal civil con la protección al consumidor fijada por la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos. Establece que se opone al derecho de la Unión Europea un procedimiento de ejecución que establece que la ejecución hipotecaria no podrá suspenderse por el juez que conozca del proceso ordinario declarativo paralelo, quien en su resolución final solo puede acordar una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, en la medida en que, dicho consumidor, en su condición de ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución que desestima su oposición a la ejecución. Por invitación del juez remitente, el Tribunal explícitamente fundamenta su razonamiento jurídico sobre el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE que asegura el derecho a una tutela judicial efectiva, es decir, un procedimiento justo, independiente, neutral y garantista del Derecho europeo basado sobre el principio de igualdad procesal.

La sentencia confirma una vez más la posición débil de los consumidores/deudores en relación al procedimiento de ejecución hipotecaria que otorga una protección mayor al acreedor (normalmente institución financiera). En el contrato se permitía al banco reclamar el importe total del crédito, más los intereses y de demora, tras una serie de sucesivos impagos así como la venta en pública subasta de la finca hipotecada. Dada la crisis económica, una proporción más alta de deudores afrontan dificultades financieras para atender los pagos y, dado el desplome del mercado inmobiliario, son evidentemente incapaces de devolver el importe total más los intereses vencidos y la penalización por demora en un plazo que suele ser breve. La ejecución forzosa sobre una vivienda embargada supone el desahucio y, dependiendo de las circunstancias del caso, la consecuente exclusión social. El Tribunal toma en cuenta este contexto y acelera en la medida posible la resolución de la cuestión prejudicial para evitar la pérdida de la vivienda habitual durante el proceso.

³⁰ TJUE, sentencia de 14 de marzo de 2013, *Aziz* (C-415/11).

³¹ TJUE, sentencia de 17 de julio de 2014, asunto *Sánchez Morcillo y Abril García v Banco Bilbao* (C-169/14).

Concretamente, el Tribunal resuelve que, tras la reforma del Artículo 695 (1) de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) adoptada tras la sentencia *Aziz* en relación con el procedimiento expeditivo de ejecución hipotecaria y el ordinario donde el consumidor puede impugnar la eventual nulidad de una cláusula, el artículo 695(4) LEC no asegura los derechos de los consumidores/deudores en igual medida que los acreedores. Si bien el banco puede apelar contra la decisión del juez ordinario que suspende el proceso de ejecución debido a defectos de forma/sustancia, el deudor hipotecario no puede apelar si la decisión del juez le es contraria (para. 30). Esta desigualdad procesal es contraria al Derecho europeo al privar de una protección adecuada y efectiva a los deudores hipotecarios (Artículo 7 Directiva 93/13 y 47 de la Carta de Derechos Fundamentales UE). Tal y como resume el TJUE en el apartado 42 de la sentencia, «el sistema procesal español en materia de ejecución hipotecaria se caracteriza por el hecho de que, tan pronto como se incoa el procedimiento de ejecución, cualesquiera otras acciones judiciales que el consumidor pudiera ejercitar, incluso las que tengan por objeto cuestionar tanto la validez del título como la exigibilidad, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en otro juicio y serán objeto de una resolución independiente, sin que ni aquel ni ésta puedan tener como efecto suspender ni entorpecer el procedimiento de ejecución en curso de tramitación...». El procedimiento de ejecución hipotecaria no evita desahucios injustificados en base a cláusulas abusivas que el Derecho europeo declara nulas de pleno derecho. Por otra parte, si un juez ordinario viniera a establecer al final el carácter abusivo de una cláusula sobre el que se fundamenta el procedimiento de ejecución hipotecaria, el consumidor sólo tiene derecho a una compensación monetaria como ocurrió en el caso *Aziz* (para. 43).

Una vez más, el juez europeo resuelve la incompatibilidad de las nuevas disposiciones procesales adoptadas en la Ley 1/2013 con la normativa comunitaria. Se observa además como el diálogo judicial entre el juez nacional y el TJUE, junto al principio de eficacia/efectividad del Derecho europeo, sirve para incrementar el nivel de protección a los consumidores –al menos desde el punto de vista formal que no sustantivo– a pesar del principio general de autonomía procesal que rige en el ordenamiento europeo. Esto ha sido definido como un proceso de «constitucionalización» indirecto por cierta doctrina (Reich, 2013). La influencia de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE es positiva en este sentido.

El Tribunal declara y concluye en este caso:

51 A la luz de las consideraciones expuestas, procede responder a las cuestiones planteadas que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema de procedimientos de ejecución, como el controvertido en el litigio principal, que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no podrá ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo, juez que, en su resolución final, podrá acordar a lo sumo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, en la medida en que éste, en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutado, sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva.



En este sentido, la Ley 1/2013 no parece mejorar los derechos de los consumidores/deudores hipotecarios. No siempre el legislador nacional da primacía a los intereses de los consumidores/deudores sobre los intereses de operadores económicos/acreedores proveedores de servicios financieros. Sin embargo, hace tiempo ya que el Tribunal de Justicia ha clarificado expresamente que el Estado podía otorgar una protección mayor que la prevista en la Directiva 93/13 en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español³².

La sentencia UNICAJA-CAIXABANK³³ se refiere al cobro de las deudas no pagadas derivadas de los contratos de préstamo hipotecario celebrados entre las partes y a la limitación por ley de los intereses abusivos que introdujo la Ley 1/2013.

Esta es la segunda vez que el Tribunal de Justicia examina la nueva ley. En esta ocasión se trata de dilucidar si las normas procesales españolas en materia de ejecución hipotecaria respetan la obligación impuesta por la Directiva 93/13 con arreglo a la cual los Estados miembros deben garantizar que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor y otorgar al juez nacional el papel de garante en última instancia.

Más concretamente, las cuestiones remitidas al Tribunal de Justicia se refieren a una de las disposiciones transitorias de la Ley 1/2013. Dicha disposición impone un límite a los intereses que pueden exigirse durante la ejecución de una hipoteca, de forma que el tipo de intereses de demora no puede ser superior a tres veces el interés legal del dinero. La ley dispone que, en caso de que se haya superado ese límite, los jueces deberán dar al acreedor la posibilidad de ajustar el tipo de intereses de demora para que no supere el límite legal.

En uno de los casos, a la hipoteca se le aplicó un tipo de intereses de demora del 18 %, que podría aumentarse en determinadas circunstancias, al límite máximo del 25% nominal anual. En el resto de hipotecas, el tipo de interés de demora aplicable era del 22.5 %. Todos los contratos contenían una cláusula de vencimiento anticipado (en caso de incumplimiento de las obligaciones de pago por los prestatarios se permite a los bancos anticipar la fecha de vencimiento inicialmente pactado y exigir el pago de la totalidad del capital adeudado, más los intereses, intereses de demora, comisiones, gastos y costas pactados).

El juez remitente estima que las cláusulas relativas al tipo de intereses de demora y al vencimiento anticipado podrían ser abusivas y desea clarificar sus obligaciones conforme a la Ley 1/2013 y a la Directiva 93/13. ¿Es posible a la luz del Derecho europeo obligar al juez por medio de una norma nacional a sustituir intereses abusivos (que podrían ser nulos) por el interés legal máximo (cláusula moderadora)?

En su sentencia, el Tribunal recuerda en primer lugar su jurisprudencia clásica. En principio, la normativa europea obliga a los jueces nacionales a dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva, de modo que ésta no produzca efectos

³² TJUE, sentencia de 3 de junio de 2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* (C-484/08).

³³ TJUE, sentencia de 21 de enero de 2015, UNICAJA y otros, CAIXABANK y otros, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13.

vinculantes para el consumidor sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. La Directiva 93/13 es aplicable a un procedimiento de ejecución forzosa de un contrato hipotecario (comúnmente denominado desahucio). Los jueces no tienen capacidad de modificar el contenido de estas cláusulas, por lo que en principio el contrato debe mantenerse sin más cambios que la supresión de las cláusulas abusivas, siempre que sea viable. En resumen, la normativa europea no permite a los jueces sustituir una cláusula contractual «abusiva» por otra que no lo sea.

En segundo lugar, tras un razonamiento largo y complejo, se enfrenta a una reciente normativa nacional que regula y modera los intereses de forma legal y que ha de ser igualmente considerada por los jueces. Por ello concluye en el apartado 39 que, en la medida en que la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 no impide que el juez nacional pueda, en presencia de una cláusula abusiva, ejercer sus competencias y excluir la aplicación de cláusulas abusivas, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de tal disposición nacional.

El Abogado General había señalado ya que la Directiva 93/13 no se refiere a disposiciones de Derecho nacional con arreglo a las cuales los tipos de intereses moratorios deben recalcularse a efectos de los procedimientos de ejecución hipotecaria cuando tales disposiciones sean aplicables con independencia del carácter no abusivo del tipo de los intereses en cuestión³⁴. En sus propias palabras «si una disposición de Derecho nacional (como la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013) limita, en el contexto de los procedimientos de ejecución, el importe de los intereses de demora exigibles a través de la ejecución de una hipoteca, ello redundará en beneficio de todos los deudores hipotecarios (sean o no consumidores)». De este modo, esta disposición vendría a complementar los derechos que la Directiva 93/13 les reconoce garantizando un mayor nivel de protección, tal como preconiza el artículo 8 de la Directiva.

De este modo, el Tribunal concilia la legislación nacional con el Derecho europeo. Si bien se respeta en principio la decisión del legislador español, se deja a discreción al juez nacional remitente la determinación en última instancia del carácter abusivo de los tipos de intereses moratorios para los contratos en cuestión. El Tribunal aclara que no cabe considerar que un tipo de interés de demora inferior a tres veces el interés legal del dinero sea necesariamente equitativo en el sentido de la mencionada Directiva. En el supuesto contrario de intereses superiores, el juez tendría una doble opción: aplicar esa medida moderadora si estima que se trata de cláusulas no-abusivas o anular las cláusulas abusivas de interés. En efecto, si, tras una apreciación global, el juez estimara que los intereses son abusivos a la vista de todas las circunstancias del caso, se aplicaría la nulidad que impone de forma general la Directiva 93/13 que obliga al órgano jurisdiccional remitente a garantizar que los consumidores no se encuentren vinculados por esas cláusulas sin que sea posible moderar el propio tipo o sustituirlo por un tipo establecido por la legislación española.

³⁴ TJUE, ver asimismo Opinión AG Wahl de 16 de octubre de 2014 en asuntos UNICAJA y otros, CAIXABANK y otros, apartado 45.



LA NECESARIA CREACIÓN DE UN DERECHO EUROPEO COMÚN DE CRÉDITO Y GARANTÍA HIPOTECARIOS SEGÚN DOCTRINA « PACTA SUNT SERVANDA... REBUS SIC STANTIBUS»

Los jueces europeos y nacionales están limitados por un ordenamiento jurídico evidentemente desfasado al respecto de necesidades actuales en sociedades donde el acceso al crédito es necesario para el acceso a una vivienda en propiedad y donde la normativa es severa en los supuestos de incumplimiento (aunque las causas del incumplimiento sean ajenas a la voluntad del consumidor/deudor como lo son una situación macroeconómica de crisis y estallido de burbuja inmobiliaria). Necesitamos por lo tanto construir un marco teórico y normativo a nivel europeo para entender y prevenir la precariedad/vulnerabilidad así como ofrecer soluciones a los deudores que se encuentren ya en dicha situación de dificultades financieras y/o directamente de exclusión social. Hay un margen para ampliar el concepto de crédito responsable a nivel nacional europeo (Domurath, 2013) y el Derecho comparado ofrece numerosos ejemplos de buenas prácticas en este sentido (Devenney y Kenny, 2012).

Por ello, este ensayo propone la creación de un Derecho europeo común articulado sobre dos ejes diversos:

- Prevención y sanción de prácticas de crédito irresponsable que conducen al sobre-endeudamiento (construcción de la dimensión social de la economía de mercado).
- Solución a la situación de sobre-endeudamiento individual en determinadas circunstancias (liberación de la situación de dependencia de los deudores condicionados por sus circunstancias y las de su ordenamiento jurídico).

En definitiva, la protección del deudor hipotecario ha de articularse a través de un sistema de normas protectoras *ex-ante* y *ex-post*. Existe la necesidad de proteger al deudor antes de serlo, al exigir que conozca el contenido y el alcance de su compromiso, los riesgos que asume e intentar prevenir el sobre-endeudamiento. Los paradigmas de información previa, crédito responsable y prohibición de abusos unilaterales por medio de cláusulas y/o prácticas comerciales abusivas van en esta dirección.

En este sentido podemos referirnos a un nuevo estándar normativo en emergencia en el Derecho internacional. Las recomendaciones de la OCDE, los principios adoptados por el Banco Mundial o el G-20 van en esta dirección. Hay que tratar a los consumidores de forma justa, honesta y equitativa. El crédito responsable es esencial para la estabilidad y sostenibilidad del sistema monetario y financiero.

El Derecho comparado ofrece un laboratorio de buenas prácticas en materia de protección a los consumidores en el ámbito de crédito al consumo y crédito hipotecario (Devenney y Kenny, 2012). Ello es así porque se adoptan otras perspectivas de política filosófica o política (basados en estudios sobre comportamientos empíricos que justifican un paternalismo suave). En todo caso, la investigación ya ha demostrado como el paradigma de la protección a través de la información es suficiente y se necesita una mayor protección desde un enfoque de un mercado «social». Puesto que la UE no



ha legislado de forma exhaustiva en el ámbito del crédito, los legisladores nacionales siguen en posesión de las competencias necesarias para incrementar el nivel de protección para los consumidores en sus territorios. En este sentido, es posible adoptar cualquiera de estas medidas a discreción a través de un derecho público que limita la autonomía de la voluntad de las partes:

- Mejora de la definición del concepto de consumidor, extendiendo la protección a los pequeños y medianos empresarios sin responsabilidad limitada.
- Extensión del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias 2008/48 y 2014/17 de forma retroactiva en beneficio de los consumidores (sentencia *Volksbank România*³⁵).
- Mejora de la protección a consumidores en situación de vulnerabilidad/precariedad o riesgo de exclusión.
- Regulación del contenido del contrato para prevenir abusos en el sector financiero y, en particular, con respecto al coste del crédito.
- Prohibición de la usura (aplicación de un test de equidad en lugar de un test de comparabilidad en el mercado).
- Adopción de límites legales al interés.
- Regulación de ciertas prácticas de crédito (tarjetas de crédito con amortización negativa).
- Prohibición de cambios unilaterales por parte de los acreedores sobre el coste de crédito.
- Prohibición de sobre-costes no armonizados por las Directivas y/o límites sobre otro tipo de cargas ligadas al crédito.
- Regulación de las consecuencias de la violación de la obligación de información previa y de la falta de equidad en los contratos.
- Introducción de un test de equidad en materia de crédito e inversión de la carga de la prueba.
- Regulación de la responsabilidad por crédito irresponsable. Adopción de sanciones efectivas para los acreedores (pérdida del derecho de exigir interés u otros costes) o para los deudores (incumplimiento planeado de forma estratégica).
- Regulación por medio del derecho penal de los fraudes en materia de crédito.
- Regulación de la terminación de contratos en caso de crédito irresponsable e intereses de demora.
- Regulación del mercado de servicios financieros incrementando la supervisión e introduciendo un marco administrativo que posibilite a los consumidores una acción por omisión de las autoridades.
- Promoción de códigos de conducta ética y responsable.
- Regulación del micro-crédito y de préstamos entre particulares y prestamistas.
- Mejora del acceso a la justicia mediante un enfoque integral: procedimientos judiciales, administrativos, existencia y ejercicio de acciones individuales, defensa de intereses individuales y/o colectivos por asociaciones, mejora de la información, educación, asistencia jurídica gratuita, exención de tasas judiciales, etc.

³⁵ TJUE, asunto *Volksbank România SA* C-602/10, sentencia de 12 de junio 2012.



- Creación de instituciones públicas de protección a los consumidores con jurisdicción competente para ejercer funciones de mediación, conciliación y arbitraje entre las partes.
- Creación de un Ombudsman para los servicios financieros y los deudores.
- Promoción de la educación financiera y el apoderamiento de los consumidores.
- Apoyo público a las asociaciones de consumidores y mayor participación en la redacción de normas legislativas o reglamentarias.

Aun así estos principios y ejemplos, por sí solos, son insuficientes en los casos que circunstancias externas llevan a un sobre-endeudamiento sobrevenido de buena fe y ajeno a la voluntad del deudor. Por ello son necesarias asimismo medidas que ayuden al deudor de buena fe a reorganizar sus obligaciones financieras ex-post, una vez que la deuda resulta difícil de asumir pero antes de la ejecución hipotecaria.

- Atribución de competencias a los tribunales nacionales para otorgar una solución equitativa y/o modificar cláusulas no esenciales del contrato de crédito que no se refieran al principal de la deuda (Francia e Inglaterra).
- Reforma del derecho civil y procesal para facilitar la nulidad parcial/total del consentimiento contractual mediante acciones.

En último extremo, si la ejecución resulta inevitable y no hay otra manera de prevenir este desenlace, es preciso ofrecer igualmente protección mediante la dación de pago, la restructuración de la deuda en incluso la quita mediante un proceso de quiebra individual en ciertas circunstancias (buena fe, sobre-endeudamiento pasivo por circunstancias inevitables y ajenas a su voluntad, residencia habitual, menores o mayores a cargo, etc.). En este sentido, podrían considerarse:

- Regulación del sobre-endeudamiento y restricciones a los procedimientos de ejecución forzosa sobre particulares.
- Promoviendo la equidad en una reforma del derecho hipotecario y de garantías.
- Posibilitar la quiebra/concurso de los consumidores de buena fe en caso de circunstancias externas imprevisibles.

La justificación de dicha intervención es la siguiente. En general, el contexto histórico de crisis financiera económica que incrementa exponencialmente el problema de la deuda privada es similar a otros períodos históricos que Europa ha vivido en este siglo. Rodhe (1959) ya concluyó en su día como se han alternado dos vías alternativas para la solución del problema de los deudores/acreedores tras crisis similares: la vía judicial o la vía legislativa. A más eficacia por parte del legislador, menos jurisprudencia «creativa» o intervencionista en relaciones de derecho privado.

Más en particular, y a efectos de justificar una creación de una normativa europea común de crédito y garantía hipotecarios y de insolvencia individual sobre la doctrina «pacta sunt servanda... rebus sic stantibus» que se avanza con este ensayo para ciertos casos, es necesario justificar su fundamento ético. En Francia se hace una



distinción entre sobre-endeudamiento activo y/o pasivo (Ramsay, 2011, p. 22). Cuando el deudor es víctima pasiva de circunstancias externas, está más justificado el uso de una reestructuración y quita de deuda privada como instrumento de política social en contraposición a la rigidez del principio de derecho civil de obligaciones y contratos. La «rehabilitación» del deudor ha sido reconocida como un objetivo de los sistemas de re-organización de deuda por el informe para el Consejo de Europa (Ramsay, 2011; Niemi y Henrikson, 2005). Tras las crisis económicas y bancarias en Escandinavia a principios de los 90, ciertos sistemas nórdicos atenúan la responsabilidad individual de acreedores/deudores sobre la base de la doctrina de fuerza mayor (de tipo social) al mismo tiempo que evitan los incentivos al endeudamiento irresponsable (Ramsay 2011, p. 22). Aún así, esta distinción no resuelve todos los problemas puesto que, en numerosos casos, el sobre-endeudamiento se debe a una combinación de factores, circunstancias y eventos compleja (Ramsay, 2011 y Gloukoviezoff, 2010).

La Unión Europea se encuentra en una posición inmejorable para diseñar un marco jurídico que prevenga y dé respuesta a esta nueva precariedad. Se puede disciplinar el poder económico privado y reclamar el potencial del derecho para superar la división conceptual entre política y mercado que ha llevado a la supremacía de los mercados económicos en confrontación con la autoridad pública soberana (Muir-Watt, 2011). Puesto que además la UE ha recibido competencias en materia de crédito y protección de consumidores, es natural que otorgue a los deudores la protección que merecen al firmar contratos de crédito (especialmente hipotecario). Ante la situación de sobre-endeudamiento existente en numerosos países europeos, es cuestionable la presunción del legislador europeo que una economía basada en el crédito es beneficiosa para la sociedad y los individuos. La justificación de la regulación de la insolvencia de consumidores a nivel europeo es la contrapartida del sistema de crédito que la Unión Europea y muchos de sus países promueven para incentivar el crecimiento económico sobre la base del sector privado (Ramsay, 2011). Mientras el modelo económico no cambie, el sobre-endeudamiento no va a desaparecer por lo que la normativa europea con controles ex-ante de información previa tendrá un efecto muy limitado para prevenir estos problemas (Ramsay 2011, p. 35). Quizás en un futuro no muy lejano la UE decida trabajar en esta dirección si la presión de las clases medias atrapadas por la deuda en los países de la periferia de Europa así lo reclama (ie. iniciativa ciudadana creada tras el Tratado de Lisboa) o si el modesto fenómeno de un «turismo» del régimen jurídico de quiebra más favorable a los particulares se empieza a generalizar (Ramsay, 2011, p. 36).

La solución radica en la determinación de la responsabilidad origen del endeudamiento (una especie de auditoría de la deuda, examen de prácticas abusivas, riesgos, circunstancias... caso por caso) y de una reforma jurídica horizontal que posibilite la re-organización de la deuda y la insolvencia en caso extremo de los particulares debido a un cambio de circunstancias (Pistor, 2012). El Banco Central Europeo ya ha solicitado reformas de la legislación española que permitan una segunda oportunidad a las familias sobre-endeudadas (Zunzunegui, 2013; y Banco Central Europeo, 2013). La Autoridad Bancaria Europea ha propuesto ya un código de buenas prácticas ante las dificultades del deudor hipotecario (Zunzunegui, 2013 y Autoridad Bancaria Europea, 2013) El Fondo Monetario Internacional también ha recomendado la reestructuración



de la deuda privada de las familias como medida encaminada a despertar a Europa de su letargo económico (2012). El ejemplo de Islandia puede ser una vía a seguir en Europa (European University Institute EUI, 2014). La reforma europea ha de prevenir asimismo que esta situación vuelva a surgir en el futuro y aquí es preciso tener en cuenta la necesaria estabilidad monetaria y financiera de la zona euro y las asimetrías potenciales entre distintos mercados nacionales (coste del crédito para particulares).

En definitiva, es necesario reformar el *modus operandi* de un capitalismo financiero que abusa de un ordenamiento jurídico que se pretende neutralista pero que –tras la crisis económica– es fundamentalmente injusto hacia los deudores de buena fe por castigar el impago con severidad y ejemplaridad sin considerar circunstancias externas (Pistor, 2012). La recuperación de doctrinas como la muerte del crédito, conceptos como «pacta sunt servanda... rebus sic stantibus», o «cambio de circunstancias» avanza en esta dirección. Junto a una reforma contractual a nivel europeo, hay que reconsiderar los derechos procesales civiles en el ámbito de ejecuciones forzosas de créditos hipotecarios. Lo primero, hay que determinar el bien jurídico a proteger. En este caso, procede proteger a los deudores en situación de precariedad, el orden social y otros derechos fundamentales (derecho a la vivienda, dignidad). Para no perjudicar la estabilidad del sistema financiero y bancario basados en una economía de crédito, hay que otorgar a los jueces competencias para adaptar los contratos ya firmados a las nuevas circunstancias de precariedad sobrevenida siempre que se den determinadas circunstancias. En todo caso, la futura legislación europea y nacional contra la precariedad ha de superar un test triple (Iturmendi Morales, 1980): la legalidad, la justicia y la legitimidad.

A MODO DE CONCLUSIÓN

El contexto de crisis económica y el estallido de la burbuja inmobiliaria en España han cuestionado el derecho a la vivienda para una generación de ciudadanos atrapados por un derecho de crédito y garantía hipotecario desfasado y pretendidamente neutral que no contempla la incapacidad de pago por causas macroeconómicas y condena a los deudores a la precariedad y la exclusión social. La situación de emergencia social es innegable por lo que urge una respuesta tanto nacional como europea contra esta nueva forma de precariedad y exclusión. La jurisprudencia del TJUE, si bien innovadora y rompedora del status quo, ofrece soluciones limitadas para erradicar las causas del sobre-endeudamiento y solucionar los problemas de derecho constitucional a la vivienda. La jurisprudencia de los jueces nacionales, por muy progresista y garantista que sea, tiene sus límites en la formulación actual del derecho positivo. Así las cosas, se necesita un nuevo contrato social que sólo la reforma del derecho puede garantizar. Nuestro futuro como sociedad está en juego. El legislador nacional no debe ignorar este clamor que pide un ordenamiento justo y una segunda oportunidad para los deudores de buena fe. Como reza la máxima islandesa que hoy decora la sala de audiencias del Tribunal Supremo: con el derecho se construye el país, con la injusticia se destruye («*með lög skal land byggja, með ölog eyðileggja*»).

