

La protección de la vivienda habitual en los supuestos de sobreendeudamiento y dependencia

Por Montserrat Pereña Vicente

Profesora de Derecho Civil. Universidad Rey Juan Carlos

Actualidad Civil, N.º 16, Quincena del 16 al 30 Sep. 2008, Tomo 2, Editorial LA LEY

LA LEY

39103/2008

El principio de autonomía de la voluntad, que constituye uno de los pilares del Código civil, está sometido a importantes limitaciones en presencia de un interés digno de protección. El Derecho de familia y todo lo relativo a la capacidad han sido, tradicionalmente, ámbitos en los que el margen de maniobra de este principio ha sido muy reducido.

Disposiciones comentadas

«La vivienda es el santuario

de la vida privada»

M. Grimaldi⁽¹⁾

El principio de autonomía de la voluntad, que constituye uno de los pilares del Código civil, está sometido a importantes limitaciones en presencia de un interés digno de protección ⁽²⁾. El Derecho de familia y todo lo relativo a la capacidad han sido, tradicionalmente, ámbitos en los que el margen de maniobra de este principio ha sido muy reducido.

Sin embargo, recientes reformas legislativas, con la finalidad de conseguir un mayor respeto por la libertad individual, tratan de ampliar su incidencia, mediante instituciones como la autotutela o los poderes preventivos.

Menos recientemente, en un ámbito en el que la autonomía de la voluntad despliega toda su fuerza, el de la contratación, se ha operado precisamente el efecto contrario: han proliferado las normas imperativas que, ante el desequilibrio entre las partes, protegen a aquella que, en principio, está más necesitada de protección, el consumidor, para impedir que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, se le puedan imponer cláusulas o condiciones que perjudiquen sus intereses.

Es en esta búsqueda del equilibrio perfecto entre libertad y protección en la que se plantea el objeto de nuestro estudio: ¿cuál es el nivel de protección que el ordenamiento jurídico debe dispensar a la vivienda habitual? Este planteamiento genérico no es una cuestión extraña a nuestro Derecho positivo que, en sede de régimen económico del matrimonio consagra normas imperativas cuya finalidad primordial es impedir que uno de los cónyuges, incluso cuando sea el propietario exclusivo del inmueble que constituye la vivienda habitual, pueda llevar a cabo un acto de disposición sin el consentimiento del otro.

A pesar de lo drástico que resulta en teoría este régimen, contenido en el art. 1320, que se extiende más allá de la duración del matrimonio a las situaciones de nulidad, separación o divorcio cuando el uso de la vivienda se atribuya al cónyuge no titular, y también a las familias no matrimoniales, el sistema presenta, a nuestro juicio, una

debilidad: una gran parte del mecanismo de protección descansa en la manifestación que hace el titular de la vivienda que pretende disponer de la misma, sobre si el inmueble constituye o no la vivienda habitual de la familia, sin que exista sanción ante una manifestación falsa o errónea.

La doctrina ⁽³⁾ ya ha puesto de manifiesto la importancia, trascendencia, efectos y problemas de las normas de protección de la vivienda habitual en sede de régimen económico matrimonial, por lo que va a ser otra la perspectiva de nuestro análisis.

La vivienda habitual es, con mucha frecuencia, el bien de mayor importancia económica que una persona o una familia adquiere a lo largo de su vida. Es, aunque técnicamente no sea precisa la apreciación, la «forma de ahorro» generalizada en nuestra sociedad y permite servirse de la misma no solo como lugar de residencia, sino también como garantía de operaciones financieras o de crédito y, en los últimos tiempos, como fuente de ingresos ante las necesidades generadas por la dependencia, especialmente en la generada por la edad avanzada, en la que las pensiones, bastante justas, no alcanzan para cubrir todos los gastos de atención.

El derecho a una vivienda digna y adecuada reconocido en el art. 47 de la Constitución no ha sido desarrollado en una ley de modo análogo a lo que el legislador francés recientemente ha consagrado como «el derecho oponible a una vivienda» que la Ley ⁽⁴⁾ de 5 de marzo de 2007 ha positivizado y dotado de un procedimiento de mediación o amigable en primera instancia que se convierte en contencioso si aquel no consigue un resultado satisfactorio.

Lo novedoso de esta Ley no nos permite aventurar conclusiones sobre su eficacia, sobre si terminará siendo un brindis al sol o, por el contrario, un modelo a seguir. Por otra parte, su orientación y finalidad coinciden solo en grandes líneas con el planteamiento que pretendemos seguir en este estudio, ya que, en gran medida, está dirigida a terminar con el problema de los SDF —Fsin domicilio fijo—F en Francia, muy numerosos por cierto, y a paliar aquellas situaciones en las que, ante la eminencia de una expulsión, una persona o una familia ⁽⁵⁾ pasaría a vivir en la calle. Para ello se proponen soluciones, casi todas de tipo arrendaticio.

Nuestra perspectiva es diferente. Digamos que el planteamiento del legislador francés es de tipo paliativo y nosotros proponemos una intervención preventiva de la situación. ¿Cuáles son los mecanismos que el legislador pone al servicio de los ciudadanos para proteger la vivienda habitual y evitar su pérdida? ¿Cuáles son los principales problemas y lagunas del sistema? ¿En qué podría mejorarse? ¿Cuándo puede estar justificada la existencia de una norma imperativa que impida que el principio de autonomía de la voluntad actúe plenamente?

El planteamiento de este estudio no es general, sino que vamos a centrarnos en dos situaciones especialmente delicadas: cómo proteger la vivienda habitual en los casos de dependencia y en los de sobreendeudamiento de las familias.

A nadie escapa que la pérdida de la vivienda habitual es una de las principales causas de exclusión social ⁽⁶⁾ y, para evitar tener que aplicar un mecanismo como el de la Ley francesa, es preciso establecer instrumentos preventivos.

Dejando a un lado el análisis de la protección que dispensa al inquilino la Ley de arrendamientos urbanos, vamos a analizar aquellas situaciones en las que existe un riesgo de pérdida de la propiedad de la vivienda por una circunstancia como es la falta de liquidez, que es la nota común en las situaciones de sobreendeudamiento y dependencia. En este último supuesto porque los ingresos de una persona no alcanzan para cubrir todos los gastos generados por la asistencia y en el primero

porque el endeudamiento de una persona le conduzca a una situación en la que su pasivo sea mayor que su activo patrimonial o, sin llegar a ese grado, tenga dificultades para hacer frente al pago de sus obligaciones.

Veamos cuáles son los escasos mecanismos previstos en la ley y cómo, a nuestro juicio, pueden ser mejorados y, si en algún supuesto existe un interés digno de protección que justifique incluir otros nuevos.

I.

VIVIENDA HABITUAL Y DEPENDENCIA

El art. 3 de la Ley de Dependencia de 14 de diciembre de 2006 consagra como uno de sus principios inspiradores que la persona dependiente se mantenga durante todo el tiempo que sea posible y mientras esa sea su voluntad, en su entorno, es decir, en su vivienda habitual, corroborando este planteamiento el art. 13 que consagra como uno de los objetivos de la atención a las personas en situación de dependencia «facilitar una existencia autónoma en su medio habitual, todo el tiempo que desee y sea posible».

Sin embargo, en el diseño del Sistema Nacional de Dependencia no se consagra ninguna medida especialmente destinada a su protección, ni directa ni indirectamente. Es más, de acuerdo con el sistema adoptado, ser titular de la vivienda habitual puede suponer un serio inconveniente para acceder a las prestaciones de la Ley. Veamos.

1.

Incidencia del sistema de copago: la capacidad económica

El Sistema Nacional de Dependencia, a pesar de su vocación universal, consagra un sistema de copago, en el cual el destinatario del servicio debe contribuir a su financiación en función de su capacidad económica.

Aunque lo ideal hubiese sido la cobertura universal, es evidente que el aumento del número de personas dependientes por factores como el envejecimiento de la población o el elevado número de accidentes con secuelas trágicas, no lo permiten. Por eso, creemos muy realista y responsable por parte del legislador establecer el sistema de copago. Sin embargo, los problemas empiezan cuando la Ley determina que la capacidad económica se valorará no sólo en función de la renta sino también del patrimonio de la persona dependiente.

El incremento del valor de los inmuebles generado en los últimos años puede provocar una falsa apariencia de riqueza de aquel que es propietario de la vivienda en la que reside, lo que puede impedir que tenga acceso a las ayudas de la Ley de Dependencia si, como establece la misma y confirma ⁽⁷⁾ el Decreto de 8 de junio de 2007, se tienen en cuenta no solo sus rentas sino también sus bienes. El problema puede surgir cuando el único bien de la persona dependiente es la vivienda habitual y la valoración de esta ha experimentado un auge que no se traduce en mayores ingresos o en una renta adicional. Por ello, entendemos ⁽⁸⁾ que de esta valoración debería excluirse, en todo caso, la vivienda habitual, para evitar distorsiones del sistema, igual que se ha hecho para evitar otra distorsión, pero en sentido contrario, al establecer en la Disposición adicional 5.ª de la Ley de reforma del Mercado Hipotecario, que para determinar la capacidad económica se deben computar las disposiciones patrimoniales, onerosas o gratuitas, que haya realizado el solicitante

en los cuatro años anteriores a la presentación de la solicitud, a favor del cónyuge, persona con análoga relación de afectividad o parientes hasta cuarto grado.

Sin embargo, ante este criterio del legislador y la insuficiencia de las pensiones, a menudo se hace necesario buscar otra fuente de ingresos con la que hacer frente a los gastos generados por la dependencia. Es entonces cuando la vivienda habitual, con frecuencia el único bien del que se dispone, se convierte en objeto de un negocio jurídico que puede, en mayor o menor medida, comprometer seriamente el futuro patrimonial de la persona dependiente.

En un país de mentalidad de propietarios como España ⁽⁹⁾ no hay que desaprovechar las oportunidades de obtención de renta que nos ofrece la titularidad de la vivienda. Pero esas oportunidades deben estar perfectamente encauzadas. El legislador debe ser consciente de que existe una parte débil que debe ser protegida y que, en la medida de lo posible, se debe garantizar que la persona dependiente no pierda el uso de la vivienda.

Junto a figuras tradicionales como la renta vitalicia, surgen con fuerza en nuestra sociedad primero y en nuestro ordenamiento jurídico después, dos fuentes de ingresos cuyo origen común puede ser la vivienda habitual: el contrato de alimentos y la hipoteca inversa. Mediante el contrato de alimentos se puede obtener, por así decirlo, renta en especie, es decir, atención a cambio de la transmisión de un capital. En la hipoteca inversa se obtiene una renta con la que pagar la atención.

2.

La transmisión de inmuebles en el contrato de alimentos

La Ley de 18 de noviembre de 2003 introdujo en el Código civil la regulación del contrato de alimentos entre los aleatorios. La finalidad, según la Exposición de Motivos, es que mediante este contrato se atiendan las necesidades económicas de las personas con discapacidad y, en general, de las personas con dependencia como los ancianos.

El art. 1791 del Código civil lo configura como un contrato por el que «una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos».

Es decir, que en el esquema ordinario y típico de este contrato, la persona dependiente transmite la propiedad de un bien, que frecuentemente será la vivienda habitual, y a cambio se convierte en acreedora de una prestación de servicios.

Todo esto sin que el legislador haya exigido una mínima garantía como es la formalización ante notario, lo que supondría, al menos, que el transmitente es consciente del negocio que lleva a cabo.

Y es que, aunque la dependencia no implica incapacidad, con mucha frecuencia va ligada a la aparición de los primeros síntomas de enfermedades como el alzheimer y la edad avanzada a la que va unida esta situación de dependencia que está en el origen de la celebración del contrato, convierte al que lo celebra en persona vulnerable, especialmente necesitada de protección. Esto puede conducirle a celebrar un contrato de manera precipitada o en condiciones que sean gravemente perjudiciales para sus intereses.

Esta necesidad de protección especial no ha sido tenida en cuenta por el legislador al incorporar este contrato a nuestro ordenamiento jurídico, por lo que, como vemos, éste puede pasar fácilmente de ser un valioso instrumento a una amenaza para el futuro del acreedor de la prestación.

El legislador aragonés, aunque en un ámbito diferente, la Ley de protección y defensa de los consumidores y usuarios de 28 de diciembre de 2006, es sensible a esta percepción de la realidad por lo que, en su art. 5 incluye entre los colectivos de consumidores especialmente protegibles a los enfermos, las personas con discapacidad y las personas mayores, para los que establece que «serán objeto de atención prioritaria y especial protección por parte de los poderes públicos». Es decir, los potenciales usuarios del contrato de alimentos. En ninguno de estos supuestos, enfermedad, discapacidad o edad avanzada, tiene por qué existir una falta de capacidad, pero las circunstancias aludidas fragilizan su situación y es por eso que se reclama una especial atención, porque esas circunstancias pueden conducirles a celebrar un contrato bajo presión sin analizar todos los elementos y sin medir los riesgos que asumen mediante el mismo. Y es que como acertadamente pone de manifiesto Strickler ⁽¹⁰⁾, quién sea la parte débil del contrato depende, en muchas ocasiones, de las circunstancias.

¿Cuáles son los riesgos del contrato de alimentos? El riesgo fundamental deriva de la propia configuración que la Ley hace del mismo: la propiedad de la vivienda habitual, cuando este es el bien que se transmite, sale de patrimonio del perceptor de alimentos y a cambio éste se convierte en titular de un derecho de crédito. La Ley prevé dos mecanismos de protección: la condición resolutoria explícita y la hipoteca en garantía de prestaciones periódicas. Sin embargo su eficacia es limitada, porque hay que pactarlos expresamente y porque, uno de ellos —la hipoteca—, no garantiza que el perceptor de alimentos mantenga al menos el uso de la vivienda habitual. Bien es cierto que el alimentante asume la obligación de alojar al alimentista, pero la especial naturaleza de esta obligación, que va unida a la de prestarle los cuidados y atenciones necesarios, complican mucho la ejecución forzosa en especie cuando exista un incumplimiento de la misma. Por ello, ante un posible incumplimiento procederá la ejecución de la hipoteca, lo que no permite al acreedor/transmisor de la vivienda recuperarla sino precisamente lo contrario: le impide su recuperación porque la prohibición del pacto comisorio no permite que el acreedor haga suyos los bienes objeto de la garantía.

Todo esto se agrava si tenemos en cuenta que se trata de un contrato que las partes pueden celebrar en forma privada porque la Ley no ha exigido el requisito de la forma notarial. A nuestro modo de ver, un error, porque el notario cumple una función importantísima. En primer lugar lleva a cabo un juicio de capacidad de los otorgantes. Y, segundo, informa y explica a los mismos la trascendencia y efectos del acto que llevan a cabo ⁽¹¹⁾ y, en su labor de velar por la parte débil del contrato pueden aconsejar a éste que se reserve el usufructo del bien que transmite cuando sea la vivienda habitual, o, al menos, el uso de la misma, para evitar que los avatares que puedan surgir en la ejecución del contrato le priven de su propia vivienda. Privación que puede ser definitiva si ésta ha sido transmitida a un tercero de buena fe, lo que, desde luego, no es muy difícil en la configuración del contrato que hace el legislador.

3.

Hipoteca inversa o cómo convertir la vivienda en renta

La segunda posibilidad que tienen las personas dependientes para hacer frente a los gastos generados por la dependencia es intentar obtener algún fruto de su vivienda

habitual. Ante el creciente aumento de esta necesidad en nuestro país y en los de nuestro entorno y la inquietud social que despierta, la revista francesa «Le Revenue» enumera, en su número especial de octubre de 2007, diferentes posibilidades para aumentar sus ingresos, informando de los inconvenientes y ventajas de cada una de ellas como transmitir la vivienda a cambio de una renta vitalicia o alquilar algunas habitaciones a estudiantes.

Las dos opciones clásicas para obtener una renta pasan por la venta del inmueble o por pedir un préstamo con la garantía hipotecaria, precisamente, del propio bien.

La venta de una parte del patrimonio de la persona dependiente puede contribuir a sufragar los gastos a los que hacemos referencia. El problema surge cuando, como decimos, el único bien de importancia económica del que es titular es la vivienda habitual. Su venta no resuelve el problema sino que lo puede agravar porque, además de los gastos de dependencia, tendrá que hacer frente a los de alojamiento, por lo que a medio plazo se asume el riesgo de que el capital obtenido con la venta no sea suficiente para hacer frente a los mismos. Pero, además, es posible que el titular no quiera perder su vivienda habitual. En estos casos, puede pedir un crédito con la garantía hipotecaria de la propia vivienda. Sin embargo, esto complica enormemente el problema porque los préstamos hay que devolverlos y, en caso de incumplimiento, se procede a la ejecución hipotecaria. Por eso, en los últimos años ha surgido en la práctica una figura procedente de los países anglosajones: la hipoteca inversa o vitalicia.

Mediante esta figura, el propietario, o los propietarios de la vivienda, piden un préstamo a una entidad bancaria y garantizan su devolución con la hipoteca del inmueble. Hasta aquí el esquema normal de un préstamo hipotecario. Lo especial del mismo consiste en que el préstamo solo vence al fallecimiento del o de los prestatarios, por lo que, hasta ese momento, no se podrá reclamar el reintegro del capital prestado ni de sus intereses, ni se podrá, por tanto, instar la ejecución hipotecaria. Con ello se impide que la ejecución pueda privar al prestatario de la vivienda, ya que conservará no solo el usufructo o el uso sino la propiedad de la misma.

Algunas entidades de crédito ya comercializan este tipo de hipotecas que, por el momento, carece de regulación legal. Sí las contempla el Proyecto de Ley de Reforma del Mercado Hipotecario, de 9 de marzo de 2007, en su Disposición Adicional 1.^a. A pesar de incluirse en este Proyecto, el legislador no incorpora la hipoteca inversa a la Ley Hipotecaria, ni al Código civil, ni a ninguna otra norma en la que pudiera ubicarse, lo que nos parece un primer síntoma de la debilidad de esta regulación que va a quedar entre las disposiciones adicionales de una ley sin sustantividad propia porque es de reforma de otra, es decir, sin una ubicación sistemática adecuada.

Diversas son las cuestiones que surgen ante esta nueva figura a las cuales el legislador, en una decisión de política legislativa y de técnica jurídica, debe dar respuesta: ¿Quién puede constituir una hipoteca inversa? ¿A favor de quién? ¿Sobre qué bien? ¿En qué circunstancias? ¿Qué tipo de interés se aplicará? ¿Qué ocurre cuando se termina el capital que el banco entrega al beneficiario? Esta operación ¿cierra el Registro de la Propiedad o, por el contrario, el propietario de la vivienda hipotecada puede disponer de la misma? ¿Con qué bienes responden los herederos del pago del crédito vencido al fallecimiento del prestatario? Vayamos por partes.

a)

¿Quién puede constituir una hipoteca inversa?

La denominación que la Ley ha elegido no debe ocultarnos que la hipoteca es, como siempre, lo accesorio y lo principal es el contrato de préstamo. Así lo corrobora la definición ⁽¹²⁾ que se hace de la hipoteca inversa como «el préstamo o crédito». El legislador francés, que ha regulado la materia mediante Decreto de 23 de marzo de 2006, ha ajustado más su denominación a la realidad que representa: *prêt viager hypothécaire*, es decir, préstamo vitalicio hipotecario.

¿Quién puede ser parte en este contrato? Como en cualquier otro contrato de préstamo, son parte del mismo el prestamista y el prestatario. La Ley establece que solo podrán ser prestamistas las entidades de crédito y las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España.

Respecto al prestatario, la Ley se refiere al solicitante y a los beneficiarios. Es decir, que pueden intervenir diferentes elementos personales. Veamos con más detalle.

Por una parte, el solicitante, que es el prestatario, el único que es parte, junto al prestamista, en el contrato de préstamo. Puede ser una sola persona o más, por ejemplo un matrimonio.

En segundo lugar, el o los beneficiarios, que son aquellos que, sin ser parte en el contrato, van a ser perceptores del capital o la renta pagada por la entidad de crédito. Tanto los beneficiarios como el solicitante deben cumplir un requisito: tener más de 65 años o estar afectados de gran dependencia o de dependencia severa.

En tercer lugar, el hipotecante del bien. Es en este punto en el que la redacción de la Ley no es todo lo precisa que sería aconsejable. El único requisito que se exige respecto al inmueble hipotecado es que éste constituya la vivienda habitual del prestatario.

En principio, en el esquema más común de este contrato, el propietario de un inmueble que es su vivienda habitual solicita el crédito al banco y constituye la hipoteca inversa sobre dicho inmueble. El tenor literal del número 1 de la Disposición adicional no parece dar lugar a cuestionarse si es posible constituir la hipoteca inversa sobre un bien que no sea la vivienda habitual del solicitante. Sin embargo, en la redacción definitiva de la Ley se ha añadido un párrafo que no existía en el proyecto. El número 10 de la Disposición prevé que puedan «instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante». Desde luego la técnica legislativa no puede ser más imprecisa. Después de definir la hipoteca inversa en el número 1 como «el crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante» admite que también existirá hipoteca inversa cuando el inmueble no tenga esa condición. Si se termina de leer el número 10 la imprecisión aumenta, ya que en el mismo se dispone que «a estas hipotecas inversas no les serán de aplicación los apartados anteriores de esta disposición». ¿A qué apartados se refiere? ¿A todos los de la Disposición adicional o solamente a los que se refieren a los aspectos fiscales y arancelarios que son los inmediatamente anteriores al número 10. El legislador lleva a cabo una imprecisión que afecta a la esencia misma de la figura, ya que después de definirla de un modo, entiende que también es hipoteca inversa la que no encaje en la definición que él mismo consagra.

La imprecisión en la técnica legislativa hace que surjan más cuestiones en relación con el bien hipotecado. La pregunta que nos hacemos es si será posible que el inmueble hipotecado no sea propiedad del prestatario, es decir, si cabe, por aplicación del art. 1857 del Código civil, la hipoteca en garantía de deudas ajenas en la hipoteca inversa.

En el caso concreto, se trataría de la siguiente posibilidad: una persona mayor de 65 años que vive, por ejemplo, con uno de sus hijos en casa de éste. ¿Puede el padre pedir un préstamo garantizado con una hipoteca inversa siendo el inmueble hipotecado su vivienda habitual que es propiedad del hijo? La literalidad del precepto no lo impide porque el solicitante lo es del préstamo y se cumplen los dos requisitos exigidos: tiene la edad exigida y el inmueble hipotecado es su vivienda habitual. En este caso, al fallecimiento del padre vencería la deuda y el hijo tendría que hacer frente a la misma, pudiendo hacerlo con lo percibido, por ejemplo, con un seguro de vida que el padre había contratado.

En el ámbito del Derecho francés esta posibilidad no es admisible, porque la redacción dada al art. 314.1 del Código de consumo en el que se introduce la hipoteca inversa establece que ésta se constituye sobre un bien inmueble del prestatario cuyo uso exclusivo sea de habitación. Es posible que la misma solución sea aplicable al Derecho español ya que, a pesar de los imprecisos términos en que está definida la hipoteca inversa, puede resultar otra conclusión de una interpretación sistemática del conjunto de su régimen jurídico y de lo expresado en la Exposición de Motivos en la que se hace referencia expresa al «propietario de la vivienda». Sin embargo, la redacción del concepto de la hipoteca inversa no permite llegar a esta conclusión. Analicemos otro supuesto para intentar profundizar. En el caso de un matrimonio en el que solo uno de los cónyuges es persona dependiente o tiene más de 65 años, si la vivienda es propiedad de los dos ¿solo se podrá hipotecar la parte del que reúna estos requisitos? En el supuesto de que la vivienda sea propiedad del otro cónyuge ¿no podrá el que reúne los requisitos señalados solicitar un crédito al banco y que el inmueble hipotecado sea su vivienda habitual, propiedad del otro cónyuge?

En este tema se entremezclan diferentes cuestiones. En primer lugar, hay que analizar la incidencia del régimen económico del matrimonio, especialmente cuando éste es el de gananciales. La primera pregunta que nos hacemos es si será necesario, para llevar a cabo un negocio de este tipo, el consentimiento de ambos cónyuges. Con independencia de cuál sea el régimen económico, el art. 1321 exige el consentimiento de ambos para llevar a cabo actos de disposición de la vivienda habitual, entre los cuales se incluye la hipoteca, por la posibilidad de ejecución forzosa que conllevaría su enajenación. Sin embargo, una de las peculiaridades de esta hipoteca es que no es ejecutable hasta la muerte del prestatario o del último de los beneficiarios designados, por lo que parece que podría admitirse que si uno de los cónyuges es el titular exclusivo de la vivienda, bien por estar casado en régimen de separación o porque se trate de un bien privativo en el de gananciales, podrá constituir una hipoteca inversa sin el consentimiento del otro cónyuge.

Sin embargo, esta solución plantea un problema: si el otro cónyuge no es previsto como beneficiario, la muerte del prestatario provocaría la ejecución forzosa. Por ello, entendemos que es necesario el consentimiento de ambos en todo caso, con independencia de que solo uno sea el propietario.

Ahora bien, los problemas pueden resultar de la exigencia de que tanto el solicitante como los posibles beneficiarios tengan 65 o más años o un determinado grado de dependencia. ¿Qué ocurre si uno de los cónyuges tiene ese grado de dependencia y el otro no o no es mayor de la edad establecida? ¿No podrá tener la condición de beneficiario? ¿Significa esto que, aunque sea cotitular de la vivienda habitual y tenga que consentir la constitución de la hipoteca no podrá ser beneficiario y por tanto percibir las prestaciones estipuladas? Y, lo que es más grave, si fallece el cónyuge que reunía esas condiciones ¿vencerá la deuda y, por tanto, si no la satisface se ejecutará la hipoteca? Si esto es así, habría que desaconsejar que, en esta hipótesis se recurra a la hipoteca inversa, por los riesgos que tiene para el

cónyuge cotitular del inmueble.

Retomando la pregunta que nos hacíamos ¿es admisible en la hipoteca inversa la hipoteca en garantía de deudas ajenas? Al margen del posible riesgo de ejecución de la hipoteca al fallecimiento del prestatario al que hemos hecho referencia, con todas las consecuencias que ello entraña para el hipotecante no beneficiario, entendemos que de la literalidad del concepto de hipoteca inversa que elabora el legislador no se desprende la exigencia de que el hipotecante sea el prestatario. Por ello, ¿debemos concluir que se aplica el art. 1857 del Código civil? En realidad la pregunta que nos hacemos es si a la hipoteca se le aplicará supletoriamente el régimen general de la hipoteca inmobiliaria. La esperanza de que la lectura de la Ley aclara un poco la situación se desvanece cuando leemos el apartado 11 de la Disposición adicional 1.ª: «En lo no previsto en esta disposición y su normativa de desarrollo, la hipoteca inversa se regirá por lo dispuesto en la legislación que en cada caso resulte aplicable». ¿Y cuál es la legislación que en este caso resulta aplicable? ¿Cómo colmar las lagunas de esta escueta regulación? Solo se nos ocurre que aplicando el régimen general de la hipoteca inmobiliaria que, sin ninguna duda, es el que se aplicará, por ejemplo, para todo lo que se refiere a los requisitos de constitución, por lo que será también de aplicación el art. 1857 y, por tanto, será posible la hipoteca en garantía de deudas ajenas.

Sin embargo, la no inclusión del régimen de la hipoteca inversa en la Ley Hipotecaria ni en sede de hipoteca en el Código civil puede ser un indicio de que se trata de una institución con una impronta diferente de la hipoteca ordinaria que lo aleja de su régimen jurídico. En esta línea, el legislador francés no la incorpora al régimen de las hipotecas sino que la ubica en el Código de consumo ⁽¹³⁾, y no consagra como finalidad ⁽¹⁴⁾ exclusiva de la misma atender a los gastos generados por la edad avanzada o la dependencia, sino que ese es simplemente uno ⁽¹⁵⁾ de los posibles empleos que se puede dar al crédito.

En la tramitación parlamentaria del Proyecto se ha introducido un nuevo párrafo al número 5 de la Disposición adicional 1.ª que puede considerarse un argumento más para entender que no es posible la hipoteca de tercero no deudor. Esa enmienda, que hace referencia al vencimiento anticipado del crédito, deriva esta consecuencia de la transmisión voluntaria del bien llevada a cabo por el deudor hipotecario. Sin embargo, al admitirse en el número 10 que pueda constituirse la hipoteca inversa sobre otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante, se abre paso a esta posibilidad.

Cómo se configure la hipoteca inversa es una decisión de política legislativa que puede orientarla esencialmente de dos modos: como un instrumento de protección jurídico-patrimonial de las personas de edad avanzada o dependientes, garantizándoles unos ingresos extraordinarios con los que mejor atender sus necesidades sin comprometer su permanencia en la que constituye su vivienda habitual, o bien, como hace el legislador francés, como un instrumento de movilización del consumo, en el que se protege al prestatario como consumidor y se garantiza la no ejecución de la garantía para evitar que un consumo excesivo provoque la pérdida de la vivienda habitual.

b)

Vencimiento de la deuda: responsabilidad real y personal

Se exige para que exista hipoteca inversa que el capital o la renta que la entidad de crédito ha satisfecho no se reintegren por el prestatario/hipotecante ni por los beneficiarios, porque la deuda no es exigible hasta su fallecimiento. Esto implica que

la hipoteca no es ejecutable hasta el fallecimiento de éstos si, transcurrido el plazo pactado, los herederos no abonan al acreedor la totalidad de la deuda vencida con sus intereses. ¿Significa que existe una disociación entre responsabilidad real y personal y que, en este supuesto, la responsabilidad por el préstamo no alcanza a la persona del prestatario y solo puede hacerse efectiva sobre el bien hipotecado y siempre después de su muerte?

Esto es lo que ocurre en el sistema consagrado por el legislador francés en el que el art. 314.9 del Código de consumo establece que el tope máximo de la deuda que ha de satisfacer el heredero es hasta donde alcance el valor del bien hipotecado.

Sin embargo, no es el sistema que se consagra en nuestra Ley porque el número 6 de la Disposición adicional 1.^a establece que «el acreedor solo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia». Es decir, que no desaparece la responsabilidad personal porque si el bien hipotecado no cubre la deuda acumulada el acreedor podrá perseguir los otros bienes de la herencia. No se establece la limitación de responsabilidad del Derecho francés ni tampoco existe la posibilidad de que se adjudique el bien al acreedor en virtud de un pacto comisorio, permitido ahora en el *Code*, pero que sigue estando prohibido en nuestro ordenamiento jurídico.

A lo que sí se limita es a los bienes de la herencia, lo que puede interpretarse de dos maneras: o bien el legislador entiende que, en los casos en los que exista una hipoteca inversa existe tácitamente aceptación a beneficio de inventario, o bien, es obligatorio aceptar a beneficio de inventario en los casos en los que exista hipoteca inversa.

En aquellos supuestos en los que se han designado beneficiarios, el vencimiento de la obligación y, por tanto, la ejecución de la garantía, pueden haberse pactado de dos modos diferentes: la deuda puede ser exigible cuando fallezca el prestatario o bien cuando fallezca el último de los beneficiarios. Solo ocurrirá esto último cuando así se haya estipulado en el contrato, por lo que, si nada se ha previsto, a pesar de existir beneficiarios, la Ley establece que la deuda es exigible y, por tanto, la garantía ejecutable. Esta posibilidad plantea algunos interrogantes.

Cuando el inmueble hipotecado constituya la vivienda habitual de los beneficiarios, pero estos no tengan la condición de prestatario, pueden verse privados de su vivienda habitual por la muerte de aquel. En el ejemplo más común esto puede ocurrir, si el prestatario ha designado como beneficiario a uno de sus hijos, con el que convive, afectado de una dependencia severa. No es posible que la Ley deje un resquicio para que esto tenga lugar. Pero, además, esto se puede agravar si la entidad de crédito aún no ha satisfecho todos los pagos a cuenta. Si el contrato de préstamo se ha concertado mediante el pago de, por ejemplo, pagos mensuales de una determinada cuantía con una duración de diez años, parte al prestatario y parte a los beneficiarios, la muerte del primero no puede implicar la exigibilidad de la deuda, porque el prestamista aún no ha cumplido su parte del contrato.

De nuevo existe imprecisión técnica en la redacción del supuesto que puede dar lugar a la ejecución de la garantía y a la expulsión de los beneficiarios que no tendrán asegurado ni siquiera un derecho de uso de la vivienda. Si tenemos en cuenta que para ser beneficiario es necesario tener más de 65 años o un alto grado de dependencia, este es un claro ejemplo en el que puede ocurrir que, queriendo proteger se desprotege.

Las imprecisiones en la técnica legislativa se ponen de manifiesto también en este tema por la novedad introducida en la tramitación parlamentaria en el número 5 que

permite al acreedor declarar el vencimiento anticipado en caso de que el bien sea transmitido voluntariamente. Esta posibilidad contradice totalmente el propio concepto de hipoteca inversa que elabora el legislador en el número 1 de la Disposición adicional, ya que en el mismo se exige para que la misma exista «que la deuda solo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario» ¿En qué quedamos?

II.

SOBREENDEUDAMIENTO: LA GRAN AMENAZA PARA LA CONSERVACIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL

El Congreso de Notarios de Francia, del año 2006, dedicado a las personas vulnerables, se centró, especialmente en la protección jurídica de las personas con discapacidad, incapacidad o dependencia, que constituyen los colectivos más numerosos dentro de la categoría. Sin embargo, al consagrar un concepto amplio de vulnerabilidad que tiene en cuenta también aspectos socioeconómicos, la doctrina francesa ⁽¹⁶⁾, sensible con su problemática, incluye desde hace tiempo, en la categoría de personas vulnerables a las sobreendeudadas, para las que el riesgo de perder la vivienda habitual se multiplica, pues como señala *Vigneau*⁽¹⁷⁾ en su artículo «Vivienda y sobreendeudamiento», la cuestión de la vivienda está en el centro del sobreendeudamiento.

En la doctrina española no existe la misma repercusión ni sensibilidad hacia el tema del sobreendeudamiento, pero, en los últimos meses, los medios de comunicación alertan sobre la situación en la que se encuentran muchas familias a las que un cúmulo de circunstancias, como la subida del tipo de interés al que pagan sus préstamos hipotecarios por haber pactado un tipo de interés variable, unido a la acumulación de créditos al consumo y el aumento del IPC, las expone al riesgo de lo que ha empezado a denominarse la quiebra de la familia.

¿Qué es el sobreendeudamiento?

Es aquella situación en la que se encuentra una persona que ha alcanzado un grado de endeudamiento superior al recomendable o aconsejable y tiene problemas para hacer frente a sus obligaciones. En nuestro ordenamiento jurídico no encontramos una referencia a la materia, pero el legislador francés lo define en el art. 330.1 del Código de consumo como aquella situación en que se encuentra el deudor persona física que de buena fe no puede hacer frente al conjunto de sus obligaciones exigibles no profesionales.

¿Cuál es la previsión de nuestro ordenamiento jurídico frente a estas situaciones? Ante la ausencia de una regulación específica de las situaciones de sobreendeudamiento, la primera norma que debemos tener en cuenta es el art. 1258 del Código civil que consagra la obligatoriedad de lo convenido, al que el 1911 dota de toda su eficacia al establecer que del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros. Es decir, que si el deudor no cumple voluntariamente la deuda, se procederá a la ejecución forzosa para lo que, si es necesario, se procederá a la enajenación de sus bienes.

Pero no todo es tan sencillo como resultaría de aplicar estos preceptos, porque, como pone de manifiesto *Julien*⁽¹⁸⁾, el Derecho de obligaciones quizás no sea el más indicado para tomar en consideración este problema porque el deudor sobreendeudado merece una protección particular, por razón de su situación, que el Derecho común no le puede ofrecer.

Este planteamiento no significa que el punto de partida no siga siendo la obligatoriedad de lo convenido, lo que para el acreedor se convierte en el derecho de exigir el pago de sus créditos. Lo que ocurre es que, como indica *Racine*⁽¹⁹⁾ éste no es un derecho absoluto.

Esta visión del sobreendeudamiento puede parecer chocante en un primer momento, pero no es extraña a nuestro ordenamiento jurídico. Si el derecho más absoluto que consagra el Código civil, la propiedad, está sometido a importantes límites y limitaciones que derivan, entre otras cosas, de la función social que ha de cumplir, ¿qué impide imponer igualmente límites al derecho de crédito del acreedor en presencia o frente a un interés digno de protección?

Admitido este razonamiento, la cuestión que debemos resolver es cuándo existe un interés digno de protección. Es decir, en qué circunstancias puede estar justificado que se rebaje la fuerza obligatoria de los contratos, lo que implica la limitación e incluso la desaparición del derecho de crédito del acreedor.

Este planteamiento nos conduce, necesariamente, a analizar las causas del sobreendeudamiento, porque seguramente existe un cierto acuerdo en no conceder a todas las situaciones el mismo tratamiento. No se percibe del mismo modo la situación de quien vive de manera ordenada y contrae créditos para, por ejemplo, adquirir su vivienda habitual, y por una circunstancia como una enfermedad ve disminuir bruscamente su nivel de ingresos, lo que le hace caer en una situación de sobreendeudamiento, que aquel que vive —Futilizando una expresión de uso corriente—F por encima de sus posibilidades y el exceso de consumo le conduce a acumular préstamos a los que, llegado un determinado momento, no puede hacer frente. No se trata de estigmatizar el consumo, pero esta visión nos conduce a analizar si existe relación causa-efecto entre consumo y sobreendeudamiento.

1.

Relación entre sobreendeudamiento y consumo

Culpar de todos los males al consumo no conduce a nada. Sin embargo, la presión que ejerce la publicidad que bombardea constantemente al consumidor empujándole a consumir sin preocuparse de cómo pagar las deudas, con falsas ideas de créditos, fáciles, baratos o gratis, son el caldo de cultivo ideal para que proliferen las situaciones de sobreendeudamiento.

Las asociaciones de consumidores, e incluso el Banco de España, alertan, desde hace algún tiempo, de que las familias españolas superan los niveles recomendables de endeudamiento en relación a su renta disponible. Sin embargo, no es fácil poner límites al consumo porque es uno de los motores del crecimiento económico, así es que a nadie le interesa frenar el motor. Y es que, como subraya *Causse*⁽²⁰⁾, existe un consumo, que incluso cuando es excesivo, es neutro o positivo porque contribuye a la redistribución de la riqueza, y un exceso de consumo que conduce al sobreendeudamiento, es decir, a la posibilidad de no pagar la deuda. Es contra este último contra el que hay que luchar.

Pero no es tarea sencilla. Incluso admitiendo esta premisa, hay que tener en cuenta otros factores. No se puede excluir del crédito a las familias con menor nivel de renta disponible porque quedarían totalmente excluidos del acceso a bienes, en algunos casos, esenciales como la vivienda. Se trata, por tanto, de encontrar un equilibrio entre todos los intereses en juego: si se imponen exigencias excesivamente rígidas para acceder al crédito se produce la exclusión social de los

sectores de la sociedad con menor nivel de renta disponible, lo que puede impedir que accedan a la titularidad de una vivienda. Si no se ponen límites, esos mismos sectores de la sociedad, al llevar sus fuerzas al límite, ponen en riesgo precisamente la vivienda, porque la falta de pago puede conllevar su enajenación forzosa. La precariedad económica aumenta el riesgo de sobreendeudamiento ⁽²¹⁾. Pero un exceso de protección se puede volver contra aquel a quien se pretende proteger.

Es decir, que el que aumenta el riesgo no es el consumo en sí, sino el recurso al crédito para consumir ⁽²²⁾. El desencadenante del sobreendeudamiento es, con mucha frecuencia, una circunstancia externa y extraordinaria: paro, divorcio, enfermedad. Sin embargo, como indica *Rochfeld*⁽²³⁾, no se puede ignorar la importancia del crédito al consumo en el fenómeno.

¿Es necesario que los poderes públicos intervengan y que exista un marco normativo para hacer frente a este fenómeno? El riesgo de exclusión social que existe por la posible pérdida de la vivienda habitual, consecuencia de un procedimiento de ejecución por impago de deudas es motivo suficiente para dar una respuesta afirmativa a la cuestión que no es ajena a nuestro ordenamiento en el que, aunque con alcance limitado, se contienen ciertas previsiones.

Una de ellas es la prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su art. 693.3 faculta al deudor, sin consentimiento del acreedor, para liberar el bien antes de la subasta, cuando éste sea la vivienda familiar, consignando la cantidad vencida en concepto de capital e intereses, remuneratorios y de demora, a la fecha de la presentación de la demanda.

Esta es una medida cuya finalidad es evitar la ejecución de la vivienda habitual por el impago de una cuota. Pero debemos plantarnos si no sería mejor intentar poner frenos para no llegar a esa situación, es decir, adoptar medidas de carácter preventivo.

La primera puede consistir en establecer mecanismos que impidan que se conceda crédito a aquellos que han alcanzado un determinado nivel de endeudamiento, superior a un determinado porcentaje de su renta disponible. Sin embargo, una medida de este tipo no es fácil de aplicar porque, además de las objeciones a las que antes hacíamos referencia, se hace complicado establecer cuál es el nivel de renta disponible porque es difícil, entre otras cosas, que una entidad de crédito conozca el nivel de endeudamiento que ya soporta quien solicita un crédito. En Francia ha estado a punto de aprobarse un registro de créditos que finalmente no ha visto la luz, entre otras cosas, por la oposición de la Comisión de libertades públicas.

No son muchos los mecanismos que existen para luchar contra el endeudamiento excesivo, aunque si tenemos en cuenta que el deudor es ante todo consumidor, el Derecho de consumo sí nos ofrece algunos.

a)

Publicidad de los contratos de crédito

El primero de ellos referido a la publicidad. La prohibición de una publicidad engañosa, consagrada en la Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988, ha de aplicarse con el máximo rigor a la publicidad de los créditos al consumo y también a las nuevas formas de hipoteca inmobiliaria como la hipoteca de cuota creciente o la llamada hipoteca recargable.

Tratándose de créditos al consumo, debemos tener en cuenta, además, de lo dispuesto en la Ley de Crédito al Consumo, lo que dispone el art. 13 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles que exige que en la publicidad de los créditos que se exhiben en los locales comerciales consten ciertas menciones, como el tipo de interés y la tasa anual equivalente. Existe, además, una proposición de Directiva de crédito al consumo que el Consejo de la UE ha adoptado en primera lectura el 21 de mayo de 2007 en la que se refuerza la protección del consumidor en cuestiones como la publicidad y la información precontractual. No existe, sin embargo, una especial exigencia en la publicidad de los llamados créditos renovables o «revolving». Mediante éstos, la entidad financiera pone a disposición del cliente una cantidad que se renueva automáticamente a su vencimiento y en los que, por lo general, como denuncia Raymond ⁽²⁴⁾, el tipo de interés roza la usura.

En cuanto a la hipoteca de cuota creciente y la hipoteca recargable, conocida comercialmente como hipoteca abierta, son algunas de las nuevas modalidades de hipoteca inmobiliaria que multiplican los riesgos de pasar del endeudamiento al sobreendeudamiento. La primera por la falsa apariencia de solvencia que genera en los primeros meses en los que la cuota a devolver es muy pequeña, por lo que el consumidor contrae otros créditos de consumo sin tener en cuenta las subidas que la cuota experimentará a medio plazo, lo que puede unirse a subidas adicionales por haberse pactado un tipo de interés variable y al propio sistema de cálculo incorporado a este tipo de hipotecas que, en muchas ocasiones dispara los intereses.

Respecto a la hipoteca recargable, que es aquella que puede servir de garantía a créditos diferentes de aquél para el que se constituyó, además de los problemas de orden teórico que plantea, en los que en este momento no vamos a entrar, es un instrumento que utilizado a la ligera multiplica por mil las posibilidades de pérdida de la vivienda habitual por sobreendeudamiento, porque permite que la vivienda responda directamente del pago de los créditos concedidos para consumo y no solo del que se pidió para el pago de la propia vivienda. Con esta hipoteca, se difumina la línea de separación entre los créditos de consumo y los inmobiliarios. Con referencia a estos últimos se plantea García-Escárcaga ⁽²⁵⁾ que prácticamente se han convertido en contratos de adhesión, aunque con matices, y la doctrina ⁽²⁶⁾ se empieza a ocupar de la cuestión de las cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria.

Todos estos instrumentos «funcionan» bien en el tráfico y por ello el legislador debe incorporarlos al ordenamiento jurídico, pero velando por que en su regulación se proteja especialmente al consumidor, con más rigor que en otros ámbitos, ya que son de mayor gravedad las consecuencias que para la economía familiar puede tener su desprotección. Fomentar el crédito sí, pero como alerta Raymond⁽²⁷⁾, no a cualquier precio.

b)

El desistimiento unilateral

Con mucha frecuencia, los consumidores actuamos presionados por las circunstancias o empujados por la publicidad agresiva que nos conduce a celebrar contratos de adquisición de bienes y servicios y sus correspondientes contratos de financiación de manera irreflexiva. Sin embargo, si en la toma de decisión podemos reflexionar con cierta calma y sin presiones, calculando el coste real de la operación que nos disponemos a afrontar, muchas de las situaciones de sobreendeudamiento se evitarían.

Para ello, el legislador puede conceder un término de reflexión durante el cual el oferente está obligado a mantener su oferta, con lo que evita la presión de tener que comprar al instante. Pero la ley no impide que se compre al instante, por lo que este mecanismo no es completo. Más eficaz para luchar contra la presión es el reconocimiento al consumidor de el derecho de desistimiento o retractación para que, una vez formalizado el contrato, y durante un cierto período de tiempo, pueda, si lo desea, de manera unilateral, deshacer el contrato celebrado. Para que este derecho sea efectivo, es necesario que no se pueda imponer al consumidor pago de ninguna clase para ejercitarlo.

Se puede objetar, frente a este derecho de desistimiento unilateral, que puede afectar a la seguridad jurídica, pero no es así porque si está consagrado por la ley las partes saben a qué atenerse. En lo que sí puede tener una cierta repercusión es en la agilidad del tráfico económico, pero, a pesar de eso, es un instrumento importantísimo para luchar preventivamente contra el sobreendeudamiento.

Nuestro legislador, sin embargo, no es muy generoso en su incorporación. Lo consagra la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, que en su art. 9 concede al consumidor la facultad de desistir del contrato, dentro del plazo de los 7 días hábiles siguientes a la entrega del bien.

Más recientemente se ha consagrado en otro ámbito: la Ley de 11 de julio de 2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores, cuyo art. 10 concede un plazo de 14 días para desistir del contrato, ampliado a 30 cuando se trate de contratos relacionados con seguros de vida.

Sin embargo, nuestra legislación no consagra este derecho en las adquisiciones de bienes muebles que no sean a plazos ni tampoco en las adquisiciones de inmuebles como sí se reconoce en el Derecho francés, que en el art. 271.1 del Código de la construcción reconoce la facultad de retractación a favor del adquirente no profesional, de un inmueble que tenga la condición de vivienda (aunque no sea la vivienda habitual), con independencia de que el vendedor sea profesional o no. El plazo es de 7 días.

Volviendo a nuestro ordenamiento jurídico, el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor no es completo si no va acompañado de la resolución del contrato de crédito mediante el que se financia la adquisición del bien, por lo que la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, reconoce que si el ejercicio de la facultad de desistimiento da lugar a la resolución del contrato de venta, se dará por resuelto igualmente el contrato de financiación. Este efecto es consecuencia del carácter accesorio del contrato de crédito. Ahora bien, el problema surge en los llamados créditos renovables o «revolving» a que ya hemos hecho referencia, en los que la nota de accesoria desaparece, por lo que el crédito se desvincula de la adquisición de un bien concreto. Para este supuesto no existe posibilidad de desistimiento unilateral. Sin embargo, el proyecto de Directiva aprobado el 21 de mayo de 2007 por el Consejo de la UE, sí prevé un plazo de 14 días de retractación en el contrato de crédito.

c)

Facultad moderadora de los Tribunales

Una vez que el contrato se está ejecutando, el incumplimiento por parte del consumidor faculta al vendedor para exigir el cumplimiento o pedir la resolución del contrato en los términos que corresponda en función de lo que se haya pactado y

de si se trata de un bien mueble o inmueble.

Pues bien, el legislador no es totalmente aséptico a la causa del incumplimiento del deudor, ya que la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles concede al juez una facultad moderadora que le permite señalar nuevos plazos al deudor siempre con carácter excepcional y cuando concurren circunstancias excepcionales como paro, accidente, larga enfermedad o desgracias familiares.

Esta facultad concedida a los jueces, que es ya de tipo paliativo, puede ser preventiva de situaciones de sobreendeudamiento, porque autorizar al deudor retrasar el pago le puede permitir recuperarse y volver a hacer frente a sus obligaciones que, de no ser así le conducirían a una situación irremediable. El único problema puede estar en el recargo que el juez establezca para los nuevos aplazamientos, porque éste puede suponer que, en un momento posterior, se agrave la situación patrimonial del deudor.

Esta medida se inscribe en la ejecución de un determinado contrato, se refiere a una ejecución singular, pero su eficacia es limitada o nula cuando la situación del deudor está comprometida de un modo más general y profundo, cuando no puede hacer frente en general al pago de sus obligaciones. En estos casos ¿qué prevé nuestro ordenamiento jurídico?

Las situaciones de sobreendeudamiento de los particulares no se contemplan de manera específica en nuestro ordenamiento. Sin embargo, la Ley Concursal de 9 de julio de 2003 prevé su aplicación a los casos de insolvencia tanto de personas físicas como jurídicas y tanto para comerciantes como para no comerciantes.

2.

La declaración de concurso

La aplicación a las situaciones de insolvencia de las personas físicas de la Ley Concursal ha despertado, por su novedad, el interés de los medios de comunicación que se hacen eco de estos procesos.

La solicitud de concurso puede hacerla el propio deudor, en caso de insolvencia actual o inminente, es decir, cuando el deudor no pueda hacer frente al pago de sus obligaciones o prevea que, de forma inmediata, no podrá. Uno de los efectos que produce la declaración de concurso es que paraliza las ejecuciones, e impide que se inicien otras nuevas.

Sin embargo, hay que cuestionarse la oportunidad de aplicar un procedimiento adaptado a los comerciantes, sean personas físicas o jurídicas, que no tiene en cuenta los matices de las situaciones de sobreendeudamiento de las personas no comerciantes y, en una visión más completa, de los hogares. La persona sobreendeudada es, sobre todo, un consumidor y, como hemos visto, es el consumo y el recurso al crédito para consumir el que le puede conducir a una situación de insolvencia. Por ello es necesario que exista un procedimiento específico de tratamiento de estas situaciones en las que la buena fe del consumidor sobreendeudado pueda generar unas consecuencias encaminadas, entre otras cosas, a que pueda mantener su vivienda habitual.

En la legislación francesa existe un procedimiento específico para estas situaciones, claramente diferenciado del que se aplica a la insolvencia de los comerciantes y que, con acierto, se incorpora al Código de consumo. En dicho procedimiento se puede

llegar, incluso, desde el año 2003, y como última medida, a la extinción de las deudas pendientes del deudor, cuando su situación esté irremediamente comprometida y no exista capacidad de reembolso. En tal caso, se liquida el patrimonio del deudor y éste «comienza de cero».

Este procedimiento se adapta mejor que el concursal a las peculiaridades del sobreendeudamiento de las familias y algunas de las medidas que incorpora serían transportables al ordenamiento jurídico español. El notable aumento de la morosidad y de las situaciones de concurso de las familias debería hacer que los poderes públicos tomaran conciencia del problema y se analizase la conveniencia de introducir un procedimiento adaptado a las peculiaridades de la quiebra de la economía de una familia.

(1) *Grimaldi, M., Le logement et la famille*, Repertoire Defrenois 1983, págs. 1025-1046. Ver texto

(2) *De Castro y Bravo, F., El negocio jurídico*, Civitas 1985, pág. 17: «La defensa por el Estado de la autonomía privada, supone ya la intervención de aquel; el que la califique, defina y limite». Ver texto

(3) *González Bou, E., La protección de la vivienda familiar en los ordenamientos jurídicos españoles*. Ver texto

(4) Loi 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale. Ver texto

(5) Exposición de Motivos del proyecto de ley: «Pour satisfaire les besoins de logements de tous ceux qui résident régulièrement et de façon stable sur le territoire français et en particulier des personnes ou des familles qui, de bonne foi, éprouvent des difficultés particulières à se loger en raison notamment d l insuffisance de leurs ressources, il convient tout à la fois de développer une offre de logements accessibles aux ménages aux revenus modestes et d assurer concrètement l accès de ces ménages à des logements qui correspondent à leurs besoins». Ver texto

(6) Así lo ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones la doctrina francesa, a la que preocupa mucho la cuestión: *Garonnaire, J.E.*, y *Picot, F., De quelques aides à la conservation du logement*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n.º 9, 3 mars 2003: «La perte d un logement est susceptible d entraîner le basculement dans l exclusion». Ver texto

(7) Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personas y Atención a las personas en situación de dependencia. Ver texto

(8) Hay que tener en cuenta que, no obstante, ni la Ley ni el Decreto establecen si debe tenerse en cuenta el valor de la vivienda habitual, ya que, al ser esta una materia en la que las Comunidades Autónomas tienen competencia y cuya financiación, en gran medida, les corresponde, se deja a estas la labor de establecer cómo se aplicará este criterio del copago en función de la capacidad económica. Ver texto

(9) Aunque España no es el único país con esta mentalidad ya que, como pone de manifiesto Claude *Taffin*, Presidente del Grupo Estadístico de la Federación Hipotecaria Europea en el informe *La hipoteca inversa o vitalicia*, del año 2004, traducido por la Asociación Hipotecaria Española: «En la mayoría de los países en los que existe una opción real de acceso a la vivienda, la población prefiere la propiedad y las autoridades públicas normalmente ofrecen incentivos a esta opción. Las razones económicas juegan, junto a otras de carácter social y psicológico, un papel fundamental. La vivienda en propiedad es más rentable que el alquiler, si los propietarios no cambian de vivienda con demasiada frecuencia, lo que es debido, principalmente, al hecho de que la propiedad disfruta de importantes ventajas fiscales, puesto que la renta imputada no está sujeta a impuestos, y solo un

elevado nivel de impuestos a la transferencia de la propiedad reduciría esta ventaja a cero en el caso de una gran movilidad». Ver texto

(10) *Strickler, Y., La Protection de la partie faible en droit civil, Petites affiches, 25 octobre 2004 n.º 213* pág. 6: «D ailleurs, nous avons déjà eu l occasion de signaler que le faible, ce n est pas toujours celui que l on croit. Prudence ! Car tout dépend souvent des circonstances». Ver texto

(11) *Peinado Ruano, J., La función asesora y equilibradota del Notario, El Notario del siglo XXI, julio-agosto 2007*: «Coincido plenamente con José Luis Mezquita cuando afirma y asumo: "A lo largo de mi carrera notarial mi obsesión es y ha sido proporcionar a los ciudadanos que requiriesen mi ministerio, al margen de la fe publica formal, una información a fondo sobre los efectos y riesgos de sus actos o contratos"». Ver texto

(12) Número 1 de la Disposición adicional primera del Proyecto de Ley de reforma del Mercado Hipotecario: «A los efectos de esta Ley, se entenderá por hipoteca inversa el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante y siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el solicitante y los beneficiarios que este pueda designar sean personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia.

b) Que el acreedor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas.

c) Que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios.

d) Que la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los arts. 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario».

Ver texto

(13) Sin ánimo de llevar a cabo en este momento un análisis pormenorizado del préstamo vitalicio hipotecario, en la denominación que tiene la figura en Francia, debemos subrayar que el legislador francés ha concebido éste, y así lo demuestra su ubicación sistemática, como un crédito al consumo que como un instrumento para paliar las necesidades y gastos generados por la dependencia o por la edad avanzada. Esto lo corrobora el hecho de que no se exige una edad mínima ni un grado de dependencia para poder ser titular del mismo, aunque no se olvidan sus orígenes por lo que está orientado a «personas de cierta edad» pero no sólo para cubrir gastos originados por la dependencia, sino como pone de manifiesto Grimaldi, para que consuman; *Grimaldi, M., L hypotheque rechargeable et le prêt viager hypothécaire, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n.º 19, mai 2006, 1195*: «De cette opération, ses promoteurs attendent que des personnes d un certain âge tirent crédit de l immeuble qui leur tient lieu d habitation, qu ils le mobilisent pour consommer, pour vivre encore. Le remboursement de leur emprunt incombera á leur sucesión mais ne pourra en aucun cas représenter une charge supérieure à la valeur de l immeuble à la date de leur mort : telle est l originalité de ce credit». Ver texto

(14) *Bouteiller, P., Les premières incidences perceptibles du prêt viager hypothécaire sur le droit de la personne ou de la famille, Actualité Juridique Famille, 2006, pág. 281*: «En pratique, le prêt viager hypothécaire, qui ne peut, à peine de nullité, être souscrit pour financer les besoins d une activité professionnelle, ne devrait en principe constituer qu un produit dit de niche, permettant à certains emprunteurs d obtenir une somme d argent mise à disposition sous forme de capital

ou de versements périodiques, afin, tout en continuant de jouir de leur bien de financer un projet non professionnel ou d'améliorer leurs conditions de vie ou, l'allongement de l'espérance de vie accroissant considérablement le risque de dépendance des personnes âgées, de financer le coût d'une maison de retraite par exemple, voire, enfin, de mobiliser immédiatement leur capital immobilier pour procéder à des donations».Ver texto

(15) *Legeais, D.*, Le prêt viager hypothécaire, RTDCom, 2006, pág. 642 : «L'intérêt de ce nouveau crédit est de permettre à des personnes âgées propriétaires d'un immeuble d'en mobiliser la valeur pour pouvoir consommer ou payer les loyers d'une maison de retraite».Ver texto

(16) *Julien, J.*, Le débiteur surendetté, personne vulnérable, Droit de la famille, n.º 5 mai 2006, 23. Ver texto

(17) *Vigneau, V.*, Logement et surendettement, Revue Contrats, Concurrence, Consommation, n.º 10 oct. 2005, 16: «La question du logement est au cœur du surendettement».Ver texto

(18) *Julien, J.*, Le débiteur suendetté... op. cit.Ver texto

(19) *Racine, J-B.*, Faut-il encore payer ses dettes? Le cas du surendettement des particuliers, Petites Affiches 29 mars 2006, n.º 63, pág. 37: «Il y a certes, au nom de la force obligatoire, un droit d'exiger le paiement d'une créance. Mais ce droit ne doit en aucun cas être considéré comme absolu». Ver texto

(20) *Causse, H.*, La lutte contre l'incitation à la «surconsommation» Petites Afiches, 10 avril 2003, n.º 72 pág. 43.Ver texto

(21) Así lo pone de manifiesto, *Lagarde, X.*, Prévenir le surendettement des particuliers, La Semaine Juridique Édition Générale, n.º 38, 18 septembre 2002, pág.1607-1611, pág. 1608: «Les personnes les plus exposées au risque du surendettement sont en effet celles dont la situation économique et sociale est affectée d'une certaine précarité».Ver texto

(22) Apunta *Lagarde, X.*, que el 85% de los casos de sobreendeudamiento no contienen créditos inmobiliarios sino únicamente créditos al consumo; en Prevention du surendettement et dispositif de protection du consommateur, Petites Afiches, 10 avril 2003, n.º 72, pág. 14.Ver texto

(23) *Rochfeld, J.*, RTD Civil, 2005, pág. 478: «Nul n'ignorant plus l'importance du crédit à la consommation dans le surendettement des ménages».Ver texto

(24) *Raymond, G.*, Endettez-vous... les commissions de surendettement veillent! Revue Contrats, Concurrence Consommation, n.º 6, juin 2006, 29. Ver texto

(25) *García-Escárzaga González, F.*, Las condiciones generales en el préstamo hipotecario: su control por notarios y registradores de la propiedad, CEPYME, 2007.Ver texto

(26) *Cañizares Laso, A.*, (coordinadora), Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria, Tecnos, 2006.Ver texto

(27) *Raymond, G.*, Endettez-vous... op. cit.: «On peut cependant entendre certains arguments de macro-économie, mais le développement du crédit ne doit pas se faire à n'importe quel prix».Ver texto