



SOBRE ENDEUDAMIENTO DEL CONSUMIDOR: SIN SEGUNDA OPORTUNIDAD



El cambista y su mujer de Van Reymerswaele Roemerswaele (1539)

EL CONSUMIDOR ANTE LA CRISIS ECONÓMICA: ANÁLISIS Y SOLUCIONES

Madrid, 3 de mayo de 2011

Eugenio Ribón Seisdedos
Abogado



SOBREENDEUDAMIENTO DEL CONSUMIDOR: SIN SEGUNDA OPORTUNIDAD

1. INTRODUCCIÓN. OBJETIVOS.
2. DEL IMPRECISO CONCEPTO DE SOBREENDEUDAMIENTO.
3. SUJETOS DEL SOBREENDEUDAMIENTO.
 - 3.1. El consumidor sobreendeudado: asimetría conceptual.
 - 3.2. El acreedor del usuario.
 - 3.3. Hacia una corresponsabilidad de la deuda. Equilibrio entre las partes.
4. REGULACIÓN DEL SOBREENDEUDAMIENTO EN DERECHO COMPARADO.
 - 4.1. El sobreendeudamiento de los consumidores europeos, una cuestión jurídica pendiente de necesaria homogenización.
 - 4.2. Francia: La Comisión de sobreendeudamiento de particulares - *Commission de surendettement des particuliers*- y la intervención judicial.
 - 4.3. Bélgica: *Los servicios de mediación de deudas y el sistema de moderación judicial.*
 - 4.4. Alemania: Procedimiento de insolvencia del deudor - *Verbraucherinsolvenzverfahren*- y la liberación de la deuda resultante - *Restschuldbefreiung*-
 - 4.5. Austria: El concurso privado -*Privatkonkurs*- y la intervención judicial.
 - 4.6. Dinamarca: El saneamiento del deudor -*Gældssanering*-.
 - 4.7. Estados Unidos: el *Bankruptcy Code*.
5. MEDIDAS PREVENTIVAS DEL SOBREENDEUDAMIENTO DEL CONSUMIDOR
 - 5.1. Información precontractual al consumidor o usuario.
 - 5.2. El derecho de desistimiento o revocación.
 - 5.3. La extinta imposición de desembolso inicial de cantidades.
 - 5.4. Prohibición de percepción de anticipos.
 - 5.5. Reembolso anticipado de cantidades.
 - 5.6. Ficheros de solvencia patrimonial.
 - 5.7. Sistemas de autolimitación al otorgamiento de crédito.
 - 5.8. La declaración prodigalidad.
 - 5.9. Del aseguramiento del crédito ¿Protección para consumidor, certeza para el empresario o enriquecimiento injusto?
 - 5.10. De la subrogación de créditos.
6. INSTRUMENTOS NORMATIVOS PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR SOBREENDEUDADO.
 - 6.1. Código Civil.
 - 6.2. Represión de la usura.
 - 6.2.1. Antecedentes.



- 6.2.2. Ley, de 23 de julio de 1908, referente a los contratos de préstamos
- 6.3. La resolución de contratos vinculados en la Ley de Crédito al Consumo.
- 6.4. Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos y su derogadora Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes mueble.
- 6.5. El mínimo vital inembargable.
- 6.6. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
- 6.7. Control de las cláusulas abusivas de contenido económico a través del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y otras normas complementarias.
 - 6.7.1. Cláusula suelo.
 - 6.7.2. Intereses moratorios.
- 6.8. La adjudicación en pago.
- 7. CAUCES PROCESALES DE RECLAMACIÓN AL CONSUMIDOR SOBREENDEUDADO Y POSIBLE OPOSICIÓN DE ÉSTE.
 - 7.1. Juicio ejecutivo.
 - 7.2. Juicio cambiario.
 - 7.3. Procedimiento monitorio.
 - 7.4. Juicio declarativo.
 - 7.5. Concurso judicial.
- 8. APROXIMACIÓN A LA PRÁCTICA FORENSE EN MATERIA DE TUTELA JUDICIAL DEL SOBREENDEUDAMIENTO DE CONSUMIDORES.
 - 8.1. Interiorización por la judicatura de la realidad del sobreendeudamiento.
 - 8.2. Respuesta judicial.
 - 8.2.1. Control judicial de la abusividad de las cláusulas contractuales.
 - 8.2.2. Vicio en el consentimiento.
 - 8.2.3. La parca experiencia de la reciente Ley Concursal como remedio del sobreendeudamiento de los consumidores.
- 9. CONCLUSIONES.



1. INTRODUCCIÓN. OBJETIVOS.

La cuestión del sobreendeudamiento, pese a la creciente penetración que padece en la sociedad, se ha abordado poco en nuestro país desde la óptica jurídica. Ya advertía PASQUAU LIAÑO¹ de este déficit doctrinal a principios de los años noventa, y hoy más de quince años después continuamos muy por debajo en este aspecto de la inquietud intelectual de nuestro entorno comunitario. Quizá, consecuencia de ello, carezcamos también de instrumentos precisos para su solución al estilo de los existentes en nuestro derecho comparado. Ha sido la sociología del consumo y la economía la que con mayor interés y sensibilidad han advertido de los notables riesgos hacia los que caminamos. La ciencia jurídica, como es lamentable costumbre, discurre parsimoniosa tras la realidad social y más allá de unas y otras, nuestros legisladores aún permanecen ajenos a la existencia de este fenómeno cotidiano.

En España, son prácticamente inexistentes las iniciativas normativas desarrolladas para combatir el sobreendeudamiento. La Proposición de Ley relativa a la prevención y el tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores presentada por el Partido Socialista el 6 de mayo de 2003², aún notablemente mejorable en su contenido de partida, fue rechazada en su toma de consideración, pereciendo así antes de cualquier análisis en profundidad. abordar la regulación del sobreendeudamiento, a la sazón enarbolado como una de las líneas generales del hoy difunto Ministerio de Sanidad y Consumo³, que nuevamente resultaron acalladas por superiores intereses. Idéntica suerte corrió la Proposición de Ley sobre prevención y tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores⁴, registrada en el Senado por Convergència i Unió el 4 de noviembre de 2004, siendo retirada el 16 de febrero del año siguiente, tras apenas de tres meses de recorrido, incluyendo las festividades navideñas.

Recientemente, acaba de tener entrada en el Congreso de los Diputados, a iniciativa del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, la Proposición de Ley sobre

¹ PASQUAU LIAÑO, M. *Propuestas para la protección jurídica de los consumidores en materia de créditos al consumo: medidas de prevención y de solución de los problemas derivados del sobreendeudamiento*, en Estudios sobre Consumo nº 18, Madrid, 1990, p. 11.

² BOCG, Congreso de los Diputados, nº 336-1, Serie B, de 9 de mayo de 2003.

³ Elena Salgado, por aquél entonces Ministra del difunto Ministerio de Sanidad y Consumo, hoy Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, en su primera comparecencia ante la Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso de los Diputados, celebrada el 31 de mayo de 2004, criticaba la actuación del anterior Gobierno al tiempo que destacaba como línea general de su legislatura “el refuerzo de los mecanismos para prevenir y tratar el sobreendeudamiento de los consumidores”. Aquella declaración esperanzadora no vio fruto alguno en la legislatura y actualmente, Elena Salgado, Vicepresidenta económica del Gobierno, no hacía sino mostrar su más firme rechazo a cualquier posibilidad de dación en pago, como respuesta a la formulación realizada por ERC para saldar el préstamo hipotecario como solución al alarmante sobreendeudamiento (vid. El Mundo, de 23 de marzo de 2011).

⁴ BOCG, Senado, II A, de 12 de noviembre de 2004.



modificación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias⁵. La proposición registrada pretende la introducción en el artículo 87 del TRLGDCU de la siguiente previsión:

“Las estipulaciones que en contratos de préstamo o crédito de garantía hipotecaria en los que el bien hipotecado sea la vivienda familiar, fijen un límite a la variación a la baja del tipo de interés contratado y reúnan al menos una de las siguientes características:

- a) Que se fije un límite a la bajada de los tipos de interés sin preveer en el contrato un límite para la subida de los mismos.*
- b) Que el límite establecido a la bajada de tipos de interés sea igual o mayor al 40 por ciento del valor del índice de referencia aplicable en el momento de la contratación que figure en el contrato.*
- c) Que la diferencia entre los límites fijados en el contrato para la bajada y subida de los tipos de interés sea igual o mayor a 4 puntos porcentuales”.*

Sin demérito de la sensibilidad que denota toda iniciativa tendente a combatir la desesperada situación económica de miles de familias sobreendeudadas, es evidente que la propuesta formulada no sólo llega tarde por el reconocimiento de la abusividad de este tipo de condiciones por parte de los tribunales, según abordaremos en un capítulo posterior, sino lo que es más descorazonador, es absolutamente insuficiente para solventar el problema del sobreendeudamiento en España.

Frente a esta nesciencia legislativa los datos ofrecidos son elocuentes. El Instituto Nacional de Estadística advierte a través de la Encuesta continua de presupuestos familiares del incremento de hogares con dificultades para llegar a fin de mes, que ya ascendía a un porcentaje cercano al 60% como ya anunciara la Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios (CEACCU) en 2004. El incremento desmesurado del precio de la vivienda -que parece haberse olvidado constituye un bien de primera necesidad y no una inversión especulativa-, unido al gambito bancario para captar a usuarios que comprometieran su financiación durante 30 o incluso 40 años, una política fiscal que incentivaba la adquisición y el terrorífico crecimiento del índice de desempleo han mixturado todos los elementos necesarios para sumir a nuestra sociedad en una situación de severo sobreendeudamiento.

⁵ BOCG, Congreso de los Diputados, nº 308-1, Serie B, de 18 de marzo de 2011.



El sobreendeudamiento de los consumidores, ha superado su carácter de problema individual del sujeto afectado, para convertirse en un auténtico problema de la sociedad⁶, que es preciso abordar de modo global y coordinado, desde distintas disciplinas.

La Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios (CEACCU), ha desarrollado desde 2000, numerosos estudios referidos al sobreendeudamiento de las familias, pretendiendo contribuir como en otras tantas materias, a la mejora de la protección del usuario mediante el análisis de nuestra realidad y la propuesta de soluciones técnicas concretas. En manos del legislador queda nuevamente la difícil tarea de ponderar la posibilidad de desarrollar con la mejor técnica legislativa instrumentos eficaces de protección del consumidor frente al sobreendeudamiento. Para ello, según apuntaba RODRIGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES⁷ y ha recordado nuestro máximo garante constitucional (STC 71/1982, de 30 de noviembre), deberá seguir la voluntad del legislador constituyente plasmada en el artículo 51 de nuestra Carta Magna, única por otra parte junto a la portuguesa (art. 81) o la polaca (art. 76) que con tanta clarividencia quisieron marcar el futuro de nuestra sociedad de consumo. Al desarrollo de este principio, no agotado, apelamos una vez más como consumidores.

⁶ Vid. REINFER, U. y FORD, J.. *Banking for People: Social Banking and New Poverty. Consumer Debts and Unemployment in Europe*, Berlin & New York, 1992.

⁷ RODRIGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. "La protección del consumidor en la Constitución española de 1978. Notas para un debate", en *Revista General de Derecho*, N° 678, Madrid, 2001, p. 1821.



2. DEL IMPRECISO CONCEPTO DE SOBREENDEUDAMIENTO.

Parece aconsejable, antes de introducirnos definitivamente en la exégesis del sobreendeudamiento, habida cuenta del pretendido enfoque jurídico del presente ensayo, tratar de acotar la noción del fenómeno objeto de estudio.

La cuestión no es sencilla. Al afrontar tal propósito, por una parte, nos enfrentamos al empobrecimiento que todo encorsetamiento definitorio implica, con el evidente riesgo de excluir situaciones que bien pudieran haberse catalogado como de excesivo endeudamiento. Por otra parte, como suele acontecer y es sabido, el derecho se desarrolla con mayor demora que la realidad social, lo que supone en nuestro caso que este fenómeno de sobreendeudamiento ha sido mayoritariamente abordado desde una perspectiva sociológica, quedando cuasi huérfano hasta el momento su análisis jurídico. Consecuencia obvia de ello, es la inexistencia de un concepto jurídico de sobreendeudamiento, razón por la cual, cualquier acotación que pretendamos del mismo nacerá viciada por la falta de tipicidad, sometiéndonos sin remedio al deambular errante de un concepto impreciso, según postulaba ya la Comisión Europea en su Informe sobre la aplicación de la Directiva 87/102/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo⁸.

Su definición jurídica es en suma por tanto una cuestión de política legislativa. Será el legislador el que finalmente acote, mediante la expresión en derecho positivo de su *voluntas legislatoris*, la dimensión del sobreendeudamiento, confirmando con ello la imprescriptible observación de Von Kirchman, que llevarán a la basura bibliotecas enteras de discusiones doctrinales.

Hasta entonces, y prescindiendo por el momento de la solución dada en derecho comparado que estudiaremos con posterioridad, resulta obligado esbozar lo que conceptualmente podamos entender por sobreendeudamiento, a pesar de que como ya han apuntado ULLOA UNANUE y MARTÍN CARBALLO⁹, la definición adoptada en las distintas fuentes no es unívoca. De este modo, el Consejo Económico y Social (CES), entiende por sobreendeudamiento del consumidor, la situación en la que éste se encuentra al haber contraído excesivas deudas y no poder hacer frente a todas ellas¹⁰. Para ADICAE, cuando hablamos de sobreendeudamiento, -desechando su analogía a la falta de liquidez-, nos referimos a un conjunto de pagos concatenados en el tiempo cuyo reembolso no puede ser atendido por las

⁸ COM (1995), 117 final, de 11 de mayo de 1995, pp.103-106.

⁹ VVAA. *El sobreendeudamiento de las familias españolas*, Colección Informes de CEACCU nº 20, Madrid, 2001, p. 11.

¹⁰ CES, *Los derechos del consumidor y la transparencia del mercado (Informe 1/1999)*, Madrid, 1999, p.89



rentas ordinarias de un consumidor¹¹. Más acertada nos parece la postura propuesta por TRUJILLO DIEZ¹², quien con buen criterio y tras constatar la realidad de que no existe duda sobre aquéllos supuestos en los que el patrimonio del deudor arroje un saldo negativo, acentúa la defensa de la independencia del concepto de sobreendeudamiento respecto del de concurso de acreedores.

Sin ánimo rigorista podemos entender por sobreendeudamiento la situación en la que se halla el deudor incapaz de cumplir las obligaciones económicas contraídas con uno o varios acreedores.

¹¹ VVAA, *El sobreendeudamiento de las familias*. Valencia, 2002, p. 22.

¹² TRUJILLO DIEZ, I.J. *El sobreendeudamiento de los consumidores*, Granada, 2003, pp.10-14.



3. SUJETOS DEL SOBREENDEUDAMIENTO.

Siguiendo el concepto apuntado, el sobreendeudamiento tiene su origen en la existencia de una deuda por parte de un usuario (deudor), frente a un tercero (acreedor). Así junto al elemento objetivo que es la constancia de un compromiso económico insuperable, podemos hallar dos sujetos: el deudor, que podrá ser individual o solidario –piénsese en un matrimonio celebrado en régimen de sociedad de gananciales- y el acreedor, que a su vez podrá ser único o estar compuesta por una masa de distintos acreedores.

3.1. El consumidor sobreendeudado: asimetría conceptual.

El concepto de consumidor se ha ido forjando progresivamente, y aún hoy no existe una noción unívoca del mismo. Una primera interpretación amplia y flexible, equipara consumidor con el término “*ciudadano*”. Para los defensores de esta interpretación extensa todos somos consumidores (discurso Kennedy). Esta concepción encuentra sus orígenes en una de las primeras resoluciones del Consejo de la antigua Comunidad Económica Europea que preconizaba “*de ahora en adelante, ya no se considerará al consumidor únicamente como un comprador y usuario de bienes y servicios para uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona interesada en los diferentes aspectos de la vida social que, como consumidor, puedan afectarle directa o indirectamente*”¹³. Esta corriente, si bien es cierto que ha calado con éxito en algunos países de nuestro entorno, dando lugar a importantes movimientos ciudadanos con mentalidad consumerista, como es el caso notable del italiano *Cittadinanza Attiva*¹⁴, ha ido alejándose progresivamente del prisma utilizado por el legislador comunitario para desarrollar la política protectora de los consumidores y usuarios.

En un sentido más restrictivo, se ha pretendido asimilar la condición de consumidor a la de “*cliente*”. Bajo esta óptica, serían consumidores todos aquellos que contrataran con un empresario la adquisición de bienes o servicios.

Más restringida es la interpretación de consumidor o usuario como *destinatario final*, entendiéndose como tal aquél que adquiere los bienes o servicios para su uso privado, sin introducirlos nuevamente en el tráfico mercantil. Resulta coherente con esta noción, admitir no sólo el consumidor jurídico o aquel que directamente ha adquirido el bien o servicio para su uso

¹³ Resolución del Consejo de la CEE, de 14 de abril de 1975, relativa al Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores. (D.O. nº C 92).

¹⁴ *Cittadinanza Attiva* nace en el año 1978, tras la Recomendación del Consejo de Europa, y al amparo del Art. 118 della Costituzione Italiana “*Stato, regioni, province, città metropolitane, comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio della sussidiarietà*”, teniendo como objetivo la participación pública de los ciudadanos-consumidores. Más información en <http://www.cittadinanzattiva.it/>



privado, sino también el consumidor material, esto es quien sin contratar lo usa o lo consume (por ejemplo por recibirlo como regalo).

En la mayoría de los Estados de nuestro entorno, esta tercera postura que asimila consumidor con *destinatario final*, ha sido la que finalmente se ha impuesto en las normas de consumo generalistas, aunque para determinados aspectos (Ej. responsabilidad civil por productos defectuosos, viajes combinados o crédito al consumo), es frecuente encontrar la asimilación de consumidor con *cliente*, en un intento legislativo de ampliar la órbita protectora de la norma para situaciones especialmente calamitosas.

De este modo, podemos concluir que resulta imposible por el momento, sin contar siquiera con una definición jurídica de sobreendeudamiento, concretar qué debemos entender exactamente por consumidor sobreendeudado.

En algunos casos, se ha propuesto distinguir entre sobreendeudamiento activo, ligado a la asunción de deudas de modo irreflexivo y sobreendeudamiento pasivo, determinado por la aparición de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que impidan hacer frente a los compromisos económicos adquiridos (desempleo, crisis matrimonial, enfermedad, muerte, pago de avales por parte de familiares...). En contra de lo que probablemente pudiera pensarse, tal y como ya ha advertido el Consejo de Consumidores y Usuarios¹⁵ las estadísticas realizadas en otros países, muestran que el sobreendeudamiento pasivo o fortuito se da con más frecuencia que el activo o por abuso de crédito. Nuevamente se trata de una opción de política legislativa.

3.2. El acreedor del usuario.

Toda relación obligatoria supone junto a la existencia de un deudor, en nuestro caso el consumidor o usuario sobreendeudado, la presencia de un acreedor. El acreedor por tanto es el titular del derecho de crédito facultado para exigir al deudor lo que por éste es debido, ya consista en una obligación de dar, hacer o no hacer alguna cosa, conforme dispone el artículo 1088 del Código Civil.

De toda relación obligatoria, sea en el sentido de dar, hacer o no hacer, podemos deducir por tanto una responsabilidad del deudor (*obligatio*), frente a la que el acreedor se alza en una posición privilegiada. De este modo, goza el acreedor como apuntaban DIEZ PICAZO y GULLÓN¹⁶ de un poder de agresión contra el patrimonio del deudor cuando incumple el deber que pesa sobre él, que le posibilitará exigir coactivamente su deuda en virtud de lo dispuesto en el art. 1911 CC.

¹⁵ CCU, *El sobreendeudamiento de los consumidores de servicios financieros*. Madrid, 2001, p. 13.

¹⁶ DIEZ PICAZO, L y GULLÓN A. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II, Madrid, 1989 p. 128.



Por otra parte, en el caso del consumidor sobreendeudado suele ser habitual que frente al mismo se alce no un único acreedor sino una pluralidad de ellos. En esta situación, frente al principio general de la igualdad de créditos (*par conditio creditorum*), suele ser también frecuente la existencia de unos créditos privilegiados que situarán a los acreedores más reticentes y garantistas en una posición prominente para la ejecución de su crédito (*créditos hipotecarios y refaccionarios, créditos garantizados con prenda, pensiones de alimentos declaradas en sentencia judicial firme...*).

3.3. Hacia una corresponsabilidad de la deuda. Equilibrio entre las partes.

La incapacidad del deudor de hacer frente a los compromisos económicos adquiridos constituye el riesgo principal que asume el acreedor, que como actividad empresarial se embarca en el negocio crediticio. A pesar de que resulta extraño a partir de un determinado nivel de crédito (entorno a 3.000 euros), el otorgamiento al consumidor de financiación sin asegurar el empresario la posibilidad de recuperar su importe con los correspondientes intereses (Ej. en el préstamo hipotecario el inmueble queda afecto a la satisfacción de la deuda), lo cierto es que toda actividad mercantil comporta un riesgo que el empresario que se aventure a su desarrollo debe asumir. En nuestro caso, la insolvencia y la morosidad son estos riesgos, aunque ya hemos apuntado que con frecuencia aminorados por las cautelas y garantías exigidas por el otorgante de la financiación.

Expuesta ya la existencia de un riesgo inherente a toda actividad mercantil, es de justicia también que el empresario asuma, al menos en parte, una cuota de esos riesgos. En toda actividad comercial le es exigida al comerciante una debida diligencia en la llevanza de su negocio. Así también en la intermediación financiera debe exigírsele un mínimo deber de cuidado en el otorgamiento de financiación, lo que impone el estudio o examen de la solvencia del prestatario. Esta diligencia es obviada con carácter general en la financiación de pequeñas compras o la concesión de los denominados microcréditos, tan frecuentes en espacios televisivos matutinos (direct cash, credial, crediagil, cofidis, mediatis...). La concesión de un crédito "al instante" según ofertan distintas entidades, sin el menor examen de la capacidad de endeudamiento del peticionario (basta la presentación del DNI o tarjeta de residencia), debe cuando menos, hacernos reflexionar sobre la existencia de una corresponsabilidad del prestamista en caso de sobreendeudamiento del consumidor.

Capítulo aparte merecen la concesión de grandes créditos, en los que si bien en estas circunstancias su concesión suele estar sometida a un examen más riguroso, no es menos cierto que estos supuestos la entidad financiera respalda su operación con diversas garantías (aval, hipoteca, fiador...) que en la práctica diluyen cualquier riesgo de la operación. Desde este punto de vista, podemos plantearnos si no solo nos enfrentamos a una relación de prestamista-prestador, sino que nos hallamos ante un negocio realizado por



dos socios (prestamista y prestador) en el que uno de ellos actúa como socio capitalista para la satisfacción de la necesidad del otro. Entendiendo así las cosas, retomamos la idea de corresponsabilidad del acreedor para con el sobreendeudamiento del consumidor recordando el viejo aforismo del ilustre jurisconsulto Gayo “*socius socio etiam nemine culpa tenetur*” (*el socio se obliga con su socio también en razón de su culpa*), del que nuestro artículo 1147 CC en cierta medida es tributario. Como acertadamente razona TRUJILLO DIEZ¹⁷, cargar exclusivamente al deudor con las consecuencias perjudiciales de su sobreendeudamiento supone atribuirle en exclusiva un riesgo estadístico previamente conocido y valorado, atentando además contra la confianza que el deudor depositó en la entidad crediticia que sin prevenirle del riesgo, aceptó su solicitud de crédito.

En el ámbito bancario, la diligencia exigida a las entidades de crédito es la de un *bonus argentarius*, como experto en la actividad. En este sentido, la STS de 15 de julio de 1988 declara que la diligencia exigible, no es la del *bonus parter familiae*, sino la que le corresponde, como banco, comerciante y experto, es decir, aquella que es propia de un *bonus argentarius*, dotada de una específica competencia técnica. En consecuencia resulta palmario que debiera exigírsele, cuando menos, una corresponsabilidad en la concesión temeraria de financiación en aquellos tantos casos en que la operación hipotecaria evidenciaba una incapacidad manifiesta para el cumplimiento de las obligaciones a corto o medio plazo. Y es que a mayor abundamiento, junto con la deslealtad que supone hacia el consumidor el ocultamiento del análisis real del riesgo que asume, y que la entidad financiera debe conocer, no deja de resultar también un acto desleal para con el resto de los posibles acreedores del consumidor, pues al blindar su crédito la entidad bancaria mediante el establecimiento de garantías, el resto de acreedores ordinarios quedaría postergado a un segundo lugar en caso de ejecución de éstas.

¹⁷ TRUJILLO DIEZ, I.J. *Ob.cit.*, p. 23.



4. REGULACIÓN DEL SOBREENDEUDAMIENTO EN DERECHO COMPARADO.

4.1. El sobreendeudamiento de los consumidores europeos, una cuestión jurídica pendiente de necesaria homogenización. *Iniciativas comunitarias.*

Uno de los logros más destacados del proceso de construcción de la Unión Europea ha sido el establecimiento de una moneda única. No en vano, hemos de reconocer que la idea de una Europa única nace desde la antigua CEECA con una proyección más económica que social. Sin embargo esta unidad monetaria no ha ido pareja a una armonización legislativa de la protección que merece el consumidor sobreendeudado¹⁸. Si bien es cierto que en todos los países, por imperativo de la transposición de la *Directiva 87/102/CEE, del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo*¹⁹, existen regulaciones más o menos parciales tuitivas del consumidor de crédito al consumo, no se ha abordado desde un punto de vista comunitario la protección integral del consumidor sobreendeudado.

En el ámbito de las instituciones comunitarias, es el Consejo, a través de su célebre *Resolución de 13 de julio de 1992, sobre futuras prioridades del desarrollo de la política de protección de los consumidores*²⁰, el primero en plantear la trascendencia de la excesiva asunción de deuda del consumidor europeo, invitando a la Comisión a que examine «*la cuestión del sobreendeudamiento de los consumidores*». Ese mismo año, el Comité Económico y Social denuncia en su dictamen de 26 de noviembre de 1992, *El consumidor y el mercado interior*²¹, que «*las cuestiones vinculadas al sobreendeudamiento del consumidor, aunque han sido identificadas y abordadas por algunas legislaciones nacionales, no han dado lugar aún a iniciativas legislativas comunitarias, si bien existe una dimensión comunitaria de la problemática* ». Pasados ya tres años desde la advertencia del CES, en el *Informe sobre la aplicación de la Directiva 87/102/CEE, relativo a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo*²², desarrollado conforme al mandato impuesto por el artículo 17 de la citada Directiva, se aborda nuevamente, aunque sin excesivo detalle la cuestión del sobreendeudamiento. Finalmente existen otras tres tímidas referencias al sobreendeudamiento, medianamente destacables, carentes de traslación concreta en derecho positivo, la Comunicación de la Comisión *Plan de acción*

¹⁸ Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A. en VVAA. *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, 2004, p. 624.

¹⁹ DOL núm. 42, de 12 de febrero de 1987.

²⁰ DOCE núm. C 186, de 23 de julio de 1992.

²¹ DOCE núm. C 19, de 25 de enero de 1993.

²² COM (95) 117 final, de 11 de mayo de 1995.



sobre política de los consumidores 1999-2001²³; un nuevo informe del Comité Económico y Social Europeo titulado *Informe sobre el sobreendeudamiento de los hogares*²⁴ y la *Resolución del Consejo de 26 de noviembre de 2001, relativa al crédito y al sobreendeudamiento de los consumidores*²⁵, en la que nuevamente invita a la Comisión y a los Estados miembros a actuar sobre el problema del sobreendeudamiento.

La Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo²⁶, si bien cita entre sus *Considerando 26* una mención al endeudamiento excesivo y procura orientar las bases del otorgamiento de préstamos al consumo responsables, no puede considerarse en absoluto una norma tendente a la solución unificada de los problemas derivados del sobreendeudamiento.

Todas estas declaraciones programáticas no se han visto plasmadas hasta el momento en ninguna regulación global concreta.

Recientemente, el 31 de marzo, el Comisario de Mercado Interior de la UE, Michel Barnier, presentaba una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, con ánimo de controlar el desarrollo de prácticas confusas o poco claras que promuevan la concertación de préstamos, así como en última instancia evitar la indeseable ejecución del hipotecado. La Unión Europea calcula que los beneficios de esta normativa en términos de reducción de los impagos podrían ascender hasta los 1.931 millones de euros anuales en el conjunto de la Unión.

La propuesta de Directiva, que comienza ahora su discusión por el Consejo y Parlamento, si bien merece su apoyo en la motivación y objetivos que manifiesta, resulta un tanto desoladora en el descenso a la lectura de su texto articulado, pues al margen del reforzamiento de los cánones impuestos a la publicidad financiera y fomentar la competencia, siempre deseable, realmente no hace sino desarrollar el principio de prácticas desleales, ya prevista en el artículo 5.2 de la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo, que debiera aplicar todo *bonus argentarius*.

La propuesta de Directiva, ni establece una corresponsabilidad concreta de las entidades financieras que resulte tangible para el usuario, al margen del abierto régimen de sanciones dispuesto por el artículo 24, ni lo que es más importante, tampoco aborda el problema del sobreendeudamiento pasivo, determinado por la aparición de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que impidan hacer frente a los compromisos económicos adquiridos (desempleo, crisis matrimonial, enfermedad, muerte...).

²³ COM (1998) 696 final, de 1 de diciembre de 1998

²⁴ DOCE núm. C 149 de 21 de febrero de 2002.

²⁵ DOCE núm. C 364, de 20 de diciembre de 2001.

²⁶ DOCE núm. L 133, de 22 de mayo de 2008.



En el contexto actual, con la iniciativa comunitaria de la Propuesta de Directiva reseñada, y con vistas a una armonización comunitaria, resulta interesante, aproximarnos, si quiera fugazmente, a la experiencia desarrollada en nuestro entorno próximo en cuanto a los diferentes sistemas adoptados para luchar contra el excesivo endeudamiento de los usuarios. Frente a la tradicionalmente escasa o nula atención prestada al fenómeno del sobreendeudamiento en España y en el propio seno de la Unión Europea, el estudio del sobreendeudamiento ya llamó la atención de Alemania, siendo conocido como *Überschuldung*, de los países anglosajones –*overindebtedness*–, Francia –*surendettement*–, o Portugal –*sobreendividamento*–.

4.2. Francia: La Comisión de sobreendeudamiento de particulares - *Commission de surendettement des particuliers*- y la intervención judicial.

Francia es probablemente el estado europeo que con mayor ahínco ha desarrollado una política legislativa a favor de la protección del consumidor sobreendeudado, integrando en su Código de Consumo medidas concretas a solventar la situación del deudor.

Según se deduce de la lectura del artículo L.330-1 del *Code de la Consommation*²⁷, se entiende por sobreendeudamiento la situación de las personas físicas caracterizada por la imposibilidad manifiesta del deudor de buena fe de hacer frente al conjunto de sus deudas no profesionales exigibles y vencidas así como a los compromisos de garantizar o satisfacer solidariamente la deuda de un empresario individual o de una sociedad desde que no ha sido, en derecho o de hecho, dirigente de esta.

Desde un punto de vista subjetivo, la norma se orienta a la protección del deudor particular (*particulier*) o familiar, excluyéndose en consecuencia los comerciantes individuales y personas jurídicas, cuya protección se halla disciplinada a través de los procedimientos concursales.

Una característica reseñable del régimen galo es la exigencia de buena fe al deudor. Como es de imaginar la interpretación de este concepto y su apreciación ha sido fuente de vivas discusiones. Según recopila ALPA²⁸, para algunos tomando como base lo dispuesto en el artículo 2268 del *Code Civil*, ha de interpretarse de un modo subjetivo, elevada a la categoría de presunción y entendiéndola como el estado de ignorancia en el cual se encuentra el consumidor respecto del acreedor profesional. Otros consideran que la buena fe ha de ser entendida como lealtad de comportamiento, como requisito de admisión al procedimiento o como correcta actuación del usuario en el

²⁷ Según redacción dada por el art. 35 de la Loi n° 2003-710 du 1 août.

²⁸ ALPA G. *Derecho del consumidor*, Lima, 2004, p. 182.



momento de la celebración de los contratos de préstamo, esto es con anterioridad a la demanda de admisión del procedimiento.

A grandes rasgos, sin ánimo de una exposición pormenorizada²⁹ que excedería del objeto del presente estudio, podemos señalar que en el procedimiento pueden distinguirse dos fases, la primera de carácter conciliador (*règlement amiable*) y la segunda instruida judicialmente (*redressement judiciaire civil*).

En la fase conciliadora, es el propio deudor quien solicita la intervención de una Comisión creada *ad hoc* para el examen del sobreendeudamiento (*La Commission de surendettement des particuliers*). En esta Comisión intervienen tanto representantes de la Administración como de asociaciones bancarias o financieras y de consumidores y usuarios. Tras el estudio de la petición del deudor y la elaboración de un balance por la Comisión se propone un plan de viabilidad, que caso de ser aceptado por los acreedores podrá poner fin al procedimiento.

De no prosperar el trámite conciliador será la instancia judicial (*tribunal d'instance*), la que previa instrucción del correspondiente procedimiento y dotada de amplias facultades, articule las medidas pertinentes de saneamiento de la situación del deudor.

4.3. Bélgica: Los servicios de mediación de deudas y el sistema de moderación judicial.

El esquema belga sigue la línea marcada por el sistema francés. Por una parte existe un sistema de solución conciliador o amigable al que puede acudir el deudor bien por iniciativa propia o cuya intervención puede ser ordenada por el órgano judicial para la búsqueda inicial de una solución al excesivo endeudamiento del usuario. De resultar infructuosos los esfuerzos desarrollados en esta fase componedora se otorga al juez la facultad de establecer un proyecto de viabilidad económica limitado a un plazo máximo de cinco años y cuyo acatamiento resulta imperativo tanto para el deudor como para sus acreedores.

4.4. Alemania: Procedimiento de insolvencia del deudor - *Verbraucherinsolvenzverfahren*- y la liberación de la deuda resultante - *Restschuldbefreiung*-

Junto al sistema francés, podemos decir que el alemán es el otro gran ejemplo normativo que nos ofrece el derecho comparado. En gran medida el

²⁹ Para ello, vid. VALLENS, J.V. "La loi sur le surendettement des particulier", en Act Leg. Dalloz, 1990, pp. 87 y ss.; PAISANT, G. "La loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement des ménages" en JCP, 1990; BARAT, F. *Les télescopes entre les procédures de redressement et de liquidation judiciaires et de surendettement des particulières: l'exemple d'époux communs en bien*, Université Lille II, 2002.



resto de los países han optado por uno u otro como base para desarrollar los propios.

La norma alemana (*Insolvenzordnung*) procura la tutela de las economías domésticas, obviando la causa generadora de la situación de sobreendeudamiento, esto es, expande la condición de consumidor sobreendeudado a toda aquella persona física que o bien no ejercite actividad económica liberal, o que incluso desarrollándola no pueda considerarse significativa por no estar dotada de organización empresarial significativa (ej. autónomos o profesionales liberales independientes).

Por una parte existe el denominado procedimiento de insolvencia del deudor (*Verbraucherinsolvenzverfahren*), cuyo impulso inicial puede corresponder tanto al acreedor como al propio deudor, siempre que éste haya procurado un arreglo extrajudicial en los seis meses precedentes a su solicitud. Presentado por el deudor un plan de liquidación de deudas, oídos los acreedores e instruido el tribunal, puede alcanzarse un acuerdo entre las partes que ponga fin al litigio. De lo contrario se procederá a la incoación definitiva del procedimiento de insolvencia.

Abierto el procedimiento de insolvencia, podrá solicitarse por el deudor la liberación del resto de la deuda (*Restschuldbefreiung*). Tras la observancia de un período buena conducta bajo la tutela de un fiduciario, que alcanza los siete años, cabe la posibilidad de la liberación de la deuda resultante mediante auto judicial motivado.

4.5. Austria: El concurso privado –*Privatkonkurs*- y la intervención judicial.

Siguiendo la estela alemana, el legislador austriaco ha optado por un sistema de concurso privado –*privatkonkurs*- para permitir al consumidor físico ajeno al desarrollo de actividades mercantiles hacer frente a situaciones de sobreendeudamiento.

El sistema austriaco, de carácter judicial, se configura como un procedimiento subsidiario del arreglo conciliador entre las partes. Esto es, exige la voluntad acreditada del deudor de haber procurado un acuerdo con sus acreedores. Una vez constatada la imposibilidad de solución extrajudicial, el concurso privado despliega tres posibles actuaciones configuradas como remedios progresivos para la satisfacción de la deuda:

a) Suspensión forzosa de pagos (*Zwangsausgleich*). Incoado a instancia del deudor, requiere el beneplácito de la mayoría de los acreedores que representen al menos la mitad del pasivo y la conformidad del tribunal. La suspensión de pagos lleva implícita el compromiso del consumidor de abonar en un período no superior a cinco años el 30% de sus deudas.



b) Plan de pago con ejecución patrimonial (*Vermögensverwertung und Zahlungsplan*). Evaluada la situación patrimonial del deudor y constatado en su balance el pasivo inasumible de modo inmediato, se procede a la ejecución patrimonial del deudor, con la salvaguarda de unos límites, aceptándose por los acreedores mayoritarios un plan de pago proyectado sobre los futuros ingresos del consumidor. Este plan requiere la conformidad judicial.

c) Procedimiento de liquidación (*Abschöpfungsverfahren*). Frustrados los anteriores procedimientos, al deudor le cabe la postrera posibilidad de solicitar judicialmente la incoación del procedimiento de liquidación, una vez conste ya ejecutado su patrimonio. Iniciado el procedimiento, el consumidor queda obligado durante un período de siete años a procurarse una actividad económica que le permita, obviando un mínimo de subsistencia, entregar a un fiduciario judicial sus ingresos. Si el deudor es capaz de sanear la mitad de su pasivo en el plazo de tres años o el 10% en el plazo de siete podrá obtener la liberación del resto de la deuda.

4.6. Dinamarca: El saneamiento del deudor –*Gældssanering*–.

Finalmente, el Derecho concursal danés, tras la reforma de 1984 permite también a los consumidores sobreendeudados (personas físicas sin actividad empresarial) acudir a un procedimiento de saneamiento de deudas – *Gældssanering*–.

Presentada la petición al órgano judicial junto con un listado de sus acreedores, documentación fiscal acreditativa de su estado patrimonial y un plan de viabilidad, el juzgador habrá de pronunciarse sobre el proyecto económico formulado. De admitirse a trámite la solicitud de saneamiento, esta habrá de ser comunicada a los acreedores quienes podrán alegar cuantas cuestiones estimaren pertinentes.

De la norma danesa destaca su especial sensibilidad hacia posibles situaciones calamitosas del deudor, dispensando una particular tutela hacia parados, jubilados con escasos recursos u otras situaciones de infortunio.

4.7. Estados Unidos: el *Bankruptcy Code*.

Probablemente Estados Unidos albergue uno de los ordenamientos jurídicos, con sus virtudes y defectos³⁰, que mayor arraigo y accesibilidad

³⁰ Resulta de gran interés la lectura de la ponencia impartida por KAREN GROSS en I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, celebrado en Santander en abril de 2007, en la que realiza una crítica a los déficits introducidos tras la reforma de 2005 en las leyes de insolvencia americanas, publicado en TOMILLO URBINA, J. (Dir.). *El futuro de*



permite al particular sobreendeudado para alcanzar una solución a su crisis económica.

Dentro de la regulación general concursal estadounidense construida tradicionalmente a través del Título 11 de la United States Code, conocido como *United States Bankruptcy Code*, su capítulo 13 se halla destinado de modo específico al ajuste del deudor individual con ingresos regulares. De este modo, se reserva un procedimiento singular para personas físicas cuyas deudas no superen los 250.000 \$ en el caso de deudas ligadas a créditos no garantizados o hasta 750.000 \$ si estos hubieran sido otorgados al amparo de alguna garantía singular, correspondiendo su impulso únicamente a instancias del consumidor sobreendeudado.

El deudor ha de someter una propuesta al comisario (*trustee*), estableciendo un plan de pago íntegro para sus créditos garantizado y un tratamiento no discriminatorio para los restantes créditos ordinarios, si bien el plan no requiere la conformidad de los acreedores, bastando el beneplácito del tribunal tras la apreciación de la buena fe del deudor. Tras el cumplimiento del plan de pagos previsto, el deudor quedará liberado de las deudas restantes.

La filosofía subyacente en la normativa norteamericana ha sido la concesión de una segunda oportunidad o un nuevo comienzo (*fresh start*) al deudor honesto que hubiere tenido la mala fortuna de verse sumido en una situación de endeudamiento excesivo. Ello se logra a través del denominado *discharge*, que permite a los deudores honestos, liberarse, tras un periodo de seis años, de parte de su obligación de pago de determinadas deudas, impidiendo su reclamación por los acreedores. Para el otorgamiento o reconocimiento del *discharge*, se exige que el deudor lo sea de buena fe, lo que destierra a aquéllos que, entre otras conductas fraudulentas, hubieren falseado su solicitud de quiebra o hubieran intentado previamente alzar sus bienes en perjuicio de acreedores. En contra, como examinaremos posteriormente de nuestra Ley Concursal³¹, la norma estadounidense fija una serie de límites para la liberación del deudor, por considerarlos de interés superior (ej. alimentos y manutención de menores, deudas contraídas de modo fraudulento o indemnizaciones derivadas de lesiones provocadas por el deudor).

la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección de los Consumidores, Cizur Menor, 2008, p. 229-236.

³¹ La Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, si que llegó a orientarse de modo proclive a la liberación del deudor honesto, al presentarse dos enmiendas del Grupo Catalán (números 560 y 561) tendentes a “introducir un régimen e exoneración para aquéllos concursados personas naturales honestos, en relación con las deudas que no hubieran sido satisfechas con el producto de la liquidación concursal, para procurar a estos deudores honestos una segunda oportunidad, un *fresh start*, como ocurre en otros ordenamientos”



Las modificaciones operadas sin embargo por la Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act (BAPCPA)³², han sido tildadas como un retroceso en los derechos de los consumidores, en Buena medida condicionada por el contexto político, social y cultural en que fue dictada³³.

³² Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005, Pub. L. No. 109-8, 119. Stat. 23.

³³ Vid. Karen Gross, Kathryn R. Heidt and Lois R. Lupica, "Legislative Messaging and Bankruptcy Law" en *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 67, 2006, pp. 467-523.



5. MEDIDAS PREVENTIVAS DEL SOBREENDEUDAMIENTO DEL CONSUMIDOR

Según hemos expuesto al comienzo de este opúsculo, resultando impreciso el concepto de sobreendeudamiento por la prolongada desidia del legislador en afrontar su solución normativa, las pocas medidas que pueden extraerse de nuestro repertorio jurídico en relación al mismo, han estado encaminadas a la prevención de la excesiva asunción de deudas antes que a su saneamiento. No siendo por tanto instrumentos capaces de solventar una situación de crisis económica del usuario una vez sobrevenida esta, no es menos cierto que su aplicación, aún lejos de ofrecer un remedio al usuario incapaz de hacer frente a sus deudas, probablemente hayan nacido de la voluntad de aminorar el número de consumidores sobreendeudados.

5.1. Información precontractual al consumidor o usuario.

El derecho a la información del consumidor y la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales es considerado por el art. 8 TRLGDCU como dos de los derechos básicos de los usuarios. Para que el usuario esté en disposición de tomar una elección adecuada debe ser correctamente informado, no solo en los procesos de adquisición de bienes sino también en los de prestación de servicios.

Es el artículo 60 TRLGDCU el que concreta con mayor detalle el derecho de información del usuario, desarrollando una relación de caracteres ligados al derecho de información del usuario en la fase precontractual. En concreto establece este precepto la obligación de informar al usuario *de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias de la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato y, y en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas*. Y a tales efectos, continúa indicando el precepto, la información habrá de incluir el *precio completo, incluidos los impuestos o presupuesto en su caso*, debiendo manifestarse el *precio final completo, desglosando en su caso el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares*. Sin embargo, pese a la aparente claridad de la norma, se ha venido considerando de modo unánime por la doctrina³⁴ que este listado no tiene carácter exhaustivo, limitándose el espíritu de la ley a asegurar que la información facilitada se refiera a las características esenciales del producto o servicio. Corresponderá por tanto al anunciante valorar cuales son estas características esenciales.

³⁴ Vid. PEREZ GARCÍA, P.A. *La información en la contratación privada*, Madrid, 1990, p. 258; ORTI VALLEJO, A. en BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO y SALAS HERANDEZ, J. (Coords.) *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, p. 413; BOTANA GARCÍA, G. en LLAMAS POMBO, E. (Coord.) *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*, Madrid, 2005, p. 123.



A su vez, la información facilitada por el vendedor no solo debe ser veraz, eficaz y suficiente, sino que se exige por el propio TRLGDCU que sea redactada con claridad y sencillez, por lo que habrá que procurar la máxima facilidad de comprensión por el usuario.

La publicidad ejerce una función informadora, que aún tendente a desaparecer por el crecimiento de la persuasión sobre la información, permite al consumidor conocer la existencia de nuevos productos, actividades o servicios. En este sentido ha de valorarse positivamente la publicidad de productos o servicios que ofrece al consumidor información y formación mejorando su capacidad de elección.

No obstante el efecto positivo que puede tener la publicidad, el legislador ha intervenido regulándola con objeto de asegurar una mejor tutela del usuario. Esta intervención reguladora, articulada con carácter general a través de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad³⁵ y el articulado específico de la LGDCU, en el caso de los productos financieros se intensifica, imponiéndose un plus de transparencia a las comunicaciones comerciales que tengan por objeto la oferta de financiación.

Por razón del objeto del producto publicitado, en lo que aquí interesa ligado al sobreendeudamiento, podemos destacar una intervención activa del legislador en la actividad publicitaria a través de las siguientes normas:

- a) Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo³⁶ (LCC). En la publicidad y en los anuncios y ofertas exhibidos en locales comerciales, en los que se ofrezca un crédito o la intermediación para la celebración de un contrato de crédito, siempre que indiquen el tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con el coste del crédito, deberán mencionar también la tasa anual equivalente, mediante un ejemplo representativo.

³⁵ BOE nº 274, de 15 de noviembre de 1988. Modificada por la Ley 1/2000 de 7 de Enero de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 8 de enero de 2000) y por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios (BOE nº 259, de 29 de octubre de 2002).

³⁶ BOE nº 72, de 25 de marzo de 1995. Modificada por la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (BOE nº 167, de 14 de julio de 1998); Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios (BOE nº 259, de 29 de octubre de 2002) y Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE nº 313, de 31 de diciembre de 2003).



b) Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles³⁷. Dispone el artículo 13 de la Ley que la publicidad relativa al precio de los bienes ofrecidos en venta a plazos deberá expresar el precio de adquisición al contado y el precio total a plazos. En caso de que se hubiera estipulado un tipo de interés variable, se fijará el precio estimado total según el tipo vigente en el momento de la celebración del contrato, haciendo constar expresamente que se ha calculado así. Igualmente, y en el mismo sentido que la LCC en la publicidad y en los anuncios y ofertas exhibidos en locales comerciales, en los que se ofrezca un crédito o la intermediación para la celebración de un contrato sujeto a esta Ley deberá, en todo caso, indicarse el tipo de interés, así como la tasa anual equivalente, mediante un ejemplo representativo.

c) Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito³⁸. Desarrolla en su Capítulo III la intervención administrativa en materia publicitaria, llegando a sujetarse en determinados supuestos a un régimen de autorización administrativa previa.

d) Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios³⁹. Regula en su artículo 3 el contenido mínimo de los folletos informativos.

e) Circulares del Banco de España. También el Banco de España a través de reiteradas circulares ha impuesto unos singulares requisitos de transparencia en las operaciones que sean susceptibles de generar una situación de endeudamiento del consumidor (vid. Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección a la clientela⁴⁰).

³⁷ BOE nº 167, de 14 de julio de 1998. Modificada por la Ley 1/2000 de 7 de Enero de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 8 de enero de 2000)

³⁸ BOE nº 303, de 12 de diciembre de 1989. Modificada por Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros (BOE nº 54, de 3 de marzo de 2004).

³⁹ BOE nº 112, de 11 de mayo de 1994. Modificada por Orden de 27 de octubre de 1995 por la que se modifica la de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las operaciones financieras de los préstamos hipotecarios (BOE nº 261, de 1 de noviembre de 1995).

⁴⁰ BOE nº 226, de 20 de septiembre de 1990. Sujeta a continuas modificaciones, entre las que destacamos las operadas por la Circular 6/1991, de 13 de noviembre (BOE nº 281, de 23 de noviembre de 1991); Circular 13/1993, de 21 de diciembre (BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1993).



5.2. El derecho de desistimiento o revocación.

El insigne jurisconsulto Gayo, afirmaba que el contrato se celebraba por el simple intercambio de una pregunta y una respuesta (*interrogatio et responsio*). En este contexto, ajeno a la voracidad del consumismo, nuestro Código Civil desarrolló toda su teoría de contratos con el establecimiento del principio general del deber de respeto a lo acordado (*pacta sunt servanda*). .

Hoy sin embargo, nos hallamos según reflexiona FAURA⁴¹ en una sociedad compleja y desigual, donde la abundancia va acompañada de bolsas de pobreza, donde las nuevas tecnologías desplazan a las antiguas. Caminamos, parece que irremisiblemente, hacia una globalización donde la economía predomina y genera nuevas formas y nuevos hábitos de consumo. Hemos pasado de un consumo de subsistencia o necesidad a un consumo desmedido en la abundancia e inflexible en la inmediatez. Estas dos últimas circunstancias la abundancia y la inmediatez en el consumo, que suele venir aparejada a adquisiciones poco meditadas y necesarias son las que han movido al legislador a establecer, de modo excepcional a la regla general del mantenimiento de los contratos desde su perfección, el denominado derecho de desistimiento o de revocación.

Por desistimiento o revocación podemos entender siguiendo a ARROYO APARICIO⁴², la facultad para el consumidor de desligarse del contrato o compromiso contraído en un plazo determinado y sin justificación de causa (*ad nutum*).

En nuestro ordenamiento jurídico se reconoce el derecho de desistimiento o revocación en los siguientes sectores:

- *Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico*. En el caso particular del aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, por razón de la elevada litigiosidad y cuantía de las reclamaciones el legislador comunitario ha establecido un plazo de diez días desde la firma del contrato para desistir del mismo. Así lo recoge también el artículo 10 de nuestra Ley 42/1988, de 15 de diciembre, sobre derechos de

1993); Circular 5/1994, de 22 de julio (BOE nº 184, de 3 de agosto de 1994); Circular 3/1996 (BOE nº 63, de 13 de marzo de 1996), de 27 de febrero; Circular 4/1998, de 27 de enero (BOE nº 38, de 3 de febrero de 1998); Circular 3/1999, de 24 de marzo (BOE nº 83, de 7 de abril de 1999); Circular 7/1999, de 29 de junio (BOE nº 163, de 9 de julio de 1999); Circular 1/2000, de 28 de enero (BOE nº 35, de 10 de febrero de 2000); Circular 3/2001, de 24 de septiembre (BOE nº 242, de 9 de octubre de 2001); Circular 4/2002, de 25 de junio (BOE nº 157, de 2 de julio de 2002); Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero (BOE nº 54, de 3 de marzo).

⁴¹ FAURA, I. *Consumidores activos*, Barcelona, 2002, p. 51.

⁴² ARROYO APARICIO, A. *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Navarra, 2003, p. 327.



aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias⁴³.

- *Contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil.* La Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles⁴⁴, contempla en su artículo 5 el derecho de revocación del consumidor por un período de hasta siete días desde la recepción.
- *Viajes combinados.* La redacción primigenia del artículo 9.4 de la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados⁴⁵, actual artículo 160 TRLGDCU, permite al usuario desistir de los servicios solicitados o contratados teniendo derecho a la devolución de las cantidades que hubiese abonado, si bien a diferencia de lo contemplado en otros sectores se le impone la obligación de indemnizar al organizador o detallista en una cuantía variable en función de la proximidad a la fecha prevista para el comienzo del viaje, estableciéndose un mayor gravamen cuanto más cercana se halle la cancelación de la data contratada.
- *Ventas a distancia.* El artículo 44 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista⁴⁶, trasladado al actual artículo 101 TRLGDCU ya preveía la posibilidad de desistimiento por parte del usuario durante un plazo de siete días desde la celebración del contrato o en su defecto la entrega del bien, imponiendo al comerciante el deber de comunicar al consumidor la existencia de este derecho. Se exceptúan únicamente los bienes sujetos a fluctuación de mercado, los que puedan ser reproducidos, los referidos a

⁴³ BOE nº 300, de 16 de diciembre de 1998.

⁴⁴ BOE nº 283, de 26 de noviembre de 1991. Modificada por Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios (BOE nº 259, de 29 de octubre de 2002)

⁴⁵ BOE nº 161, de 7 de julio de 1995. Modificada por Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios (BOE nº 259, de 29 de octubre de 2002)

⁴⁶ BOE nº 15, de 17 de enero de 1996. Modificada por Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE nº 312, de 30 de diciembre de 1999); Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la ley de diversas Directivas comunitarias (BOE nº 304, de 20 de diciembre de 2002); Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (BOE nº 314, de 30 de diciembre de 2004). Afectada por la STC 124/2003, de 19 de junio de 2003 (BOE nº 170, Suplemento, de 17 de julio de 2003).



publicaciones periódicas o los personalizados para el consumidor adquirente o aquéllos de especial naturaleza.

- *Ventas a plazos de bienes muebles.* El artículo 9 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, permite al usuario, cumpliendo determinadas elementales condiciones, desistir del contrato dentro de los siete días hábiles siguientes a la entrega del bien.
- *Seguros de vida.* Si bien en la redacción originaria de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro⁴⁷ no se preveía ningún tipo de derecho de desistimiento para el usuario, merced a la modificación introducida en el artículo 83.a) por la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados⁴⁸, se otorgó la más amplia facultad resolutoria concedida al usuario, en términos de dimensión temporal, permitiéndole resolver el contrato sin indicación de los motivos y sin penalización alguna dentro del plazo de los treinta días siguientes a la fecha en la que el asegurador le entregue la póliza o documento de cobertura provisional.

5.3. La extinta imposición de desembolso inicial de cantidades.

Frente a la incitación a lo que se entendía compra irreflexiva en un momento marcado por la bonanza económica de los años 60, el legislador preconstitucional, bebiendo en las aguas del entonces derecho comparado, estableció en la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre Venta a Plazos de Bienes Muebles⁴⁹, como medio de control del endeudamiento, la obligatoriedad de que el consumidor realizara un desembolso inicial mínimo en la compra a plazos.

Establecía el hoy derogado artículo 16 de la Ley 50/1965, de 17 de julio, la prohibición dirigida a los comerciantes vendedores o entidades de financiación de facilitar al comprador todo o parte del desembolso inicial que la norma imponía como ineludible para realizar operaciones de adquisición de bienes muebles a plazos.

Por su parte, el también ya extinto Decreto 1193/1966, de 12 de mayo, por el que se dictaban disposiciones complementarias de la Ley 50/1965, sobre venta a plazos de bienes muebles⁵⁰, fijaba como límite mínimo del desembolso

⁴⁷ BOE núm. 250, de 17 de octubre de 1980.

⁴⁸ BOE núm. 265, de 5 de noviembre de 2003.

⁴⁹ BOE núm. 173, de 21 de julio de 1965.

⁵⁰ BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1966. Modificado posteriormente por el Decreto 2163/1974, de 20 de julio (BOE núm. 186, de 5 de agosto de 1974); Decreto 3128/1978, de 1 de diciembre (BOE núm. 10, de 11 de enero de 1979); Real Decreto 604/1984, de 8 de febrero



inicial el 10 por 100 del importe del precio al contado de cada bien objeto de contrato.

Con esta medida orientada como reconoce la propia Exposición de Motivos de la Ley a *evitar el abuso del crédito* se procuraba beneficiar a los consumidores de los sistemas de crédito, a los que reconocía *constituyen una de las bases en las que se asienta el desarrollo de la vida social, no solo en los aspectos industrial y comercial, sino en el de la vida familiar y doméstica*. En palabras de BALDO DEL CASTAÑO⁵¹ el legislador pretendía que el consumidor reflexione sobre su compromiso y evitar que ceda ante las frecuentes presiones de vendedores y de sus agentes.

La infracción de la prohibición de financiación íntegra por parte del vendedor o las entidades financieras se sancionaba con multa de hasta cien mil pesetas, suspensión temporal en la práctica de aquéllas operaciones hasta por un año o prohibición definitiva de realizarlas.

Lo cierto es que esta previsión fue suprimida por la actual Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles en atención a la solicitud del sector comercial. Un paso atrás sin duda para la prevención del sobreendeudamiento, pues si bien es cierto que como apunta PASQUAU LIAÑO⁵² esta exigencia, aunque bien pensada, se encontraba formulada de manera excesivamente rígida sin permitir excepciones, no lo es menos que su total supresión, en nada coadyuva a su control y a la formación del usuario en un consumo responsable.

5.4. Prohibición de percepción de anticipos.

En el caso concreto del aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, prohíbe en su artículo 11 el pago por parte del adquirente al transmitente de cualquier anticipo antes de que expire el plazo de ejercicio de la facultad de desistimiento.

A modo de arras penitenciales y siguiendo la estela marcada por el artículo 1454 CC establece la Ley, únicamente a favor del adquirente, la posibilidad de recobrar el duplo de las cantidades entregadas.

Nuevamente, según advierte MUNAR BERNAT⁵³, el objetivo de la norma, importado de la Directiva Comunitaria es evitar que el adquirente se encuentre en modo alguno presionado por el vendedor, siendo consciente el

(BOE núm. 76, de 29 de marzo de 1984) y el Real Decreto 2641/1985, de 18 de diciembre (BOE núm. 21, de 24 de enero de 1986).

⁵¹ BALDO DEL CASTAÑO, V. *Régimen jurídico de las ventas a plazos: particular estudio de sus garantías*, Madrid, 1974, p. 89.

⁵² PASQUAU LIAÑO, M. *Ob. cit.* p. 17.

⁵³ MUNAR BERNAT, P.A. *La regulación española de la «Multipropiedad»*, Navarra, 2003, p. 230.



legislador comunitario de las graves consecuencias económicas que importaba la participación en el uso de inmuebles de uso turístico.

5.5. Reembolso anticipado de cantidades.

Tanto en la venta a plazos como en el crédito al consumo, se reconoce al deudor la posibilidad de reembolso anticipado de las cantidades debidas.

Así el artículo 11 LCC dispone: *El consumidor podrá reembolsar anticipadamente, de forma total o parcial y en cualquier momento de vigencia del contrato, el préstamo concedido. En tal caso, el consumidor sólo podrá quedar obligado a pagar por razón del reembolso la compensación que para tal supuesto se hubiera pactado, que en ningún caso podrá exceder, cuando se trate de contratos con modificación del coste del crédito, del 1,5 por 100 del capital reembolsado anticipadamente, y del 3 por 100 del capital reembolsado anticipadamente, en el caso en que no se contemple en el contrato.*

En términos similares, el artículo 9.3 LVPBM establece que *en cualquier momento de vigencia del contrato, el comprador podrá pagar anticipadamente, de forma total o parcial, el precio pendiente de pago o reembolsar anticipadamente el préstamo obtenido, sin que en ningún caso puedan exigírsele intereses no devengados. En tal supuesto, el comprador sólo podrá quedar obligado a abonar, por razón del pago anticipado o reembolso, la compensación que para tal supuesto se hubiera pactado y que no podrá exceder del 1,5 % del precio aplazado o del capital reembolsado anticipadamente en los contratos con tipo de interés variable y del 3 % en los contratos con tipo de interés fijo. Salvo pacto, los pagos parciales anticipados no podrán ser inferiores al 20 % del precio.*

Esta posibilidad ha de interpretarse como una medida tuitiva del adquirente al posibilitar la evitación de un endeudamiento más acuciado. Por otra parte se mantiene el equilibrio entre las legítimas expectativas de ganancia del prestamista al establecer la norma la posible existencia de comisiones por el reembolso anticipado. La existencia de dos topes distinto está justificada conforme defiende ALMOGUERA GÓMEZ⁵⁴ en el mayor perjuicio que entraña para los financiadores enfrentarse a un prepago del consumidor con un rédito constante, ante coyunturas bajistas que inciten a la revisión antes del vencimiento.

En el marco de los préstamos hipotecarios, dada su mayor envergadura y longevidad, con el correlativo incremento de intereses y consecuente riesgo de endeudamiento excesivo, la amortización anticipada cobra aún mayor significado. A raíz de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el

⁵⁴ ALMOGUERA GÓMEZ, A. en NIETO CAROL, U. (Coord). *La Venta a Plazos de Bienes Muebles*, Madrid, 2000, p. 130.



seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria⁵⁵, ha existido un tímido avance al limitarse la compensación por desistimiento (anteriormente denominada “comisión”) al 0,5% del capital amortizado anticipadamente en los primeros cinco años de concesión del préstamo y al 0,25% cuando la amortización se realice habiendo transcurrido más de cinco años desde el otorgamiento del préstamo.

La medida, correcta en su orientación, sin perjuicio del debate que podría suscitarse en cuanto a la compensación porcentual establecida, lo cierto es que será en términos generales poco útil para los usuarios, dado que quien verdaderamente tenga capacidad económica y liquidez suficiente para desembarazarse del préstamo hipotecario, no tendrá problemas por lo común de sobreendeudamiento.

5.6. Ficheros de solvencia patrimonial.

La existencia de ficheros de solvencia patrimonial constituye sin duda otro de los elementos útiles para controlar la capacidad de endeudamiento de los consumidores y usuarios. A través de ellos, el prestamista puede tener conocimiento del riesgo de impago o morosidad que asume ante la concesión de un nuevo crédito.

Su empleo no obstante exige extraordinarias cautelas, pues junto al interés del prestamista de conocer la situación de endeudamiento del solicitante de financiación con objeto de poder valorar así el grado de riesgo inherente a la operación, coexiste otro segundo valor merecedor de superior tutela si cabe, que es el del respeto a los derechos del consumidor o usuario con relación al tratamiento de sus datos personales.

La solución a la colisión de estos dos intereses confrontados pasa por el escrupuloso respeto del prestamista a la normativa de protección de datos personales.

Podemos distinguir así dos tipos de ficheros: los positivos y los negativos.

Por parte del Banco de España se elabora la denominada Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE), que tiene el carácter de fichero positivo de solvencia patrimonial. La CIRBE en consecuencia no puede considerarse como un *registro de morosos*, sino como un servicio público que registra los riesgos contraídos por las entidades de crédito con sus clientes (por créditos o préstamos concedidos, por avales otorgados, por la posesión de valores de renta fija, etc.). Se incluyen en ella aquellos riesgos que superan los 6.000 euros, independientemente de si sus titulares están al corriente de pago

⁵⁵ BOE nº 294, de 8 de diciembre de 2007.



o no (aunque en caso de morosidad, la entidad también tiene que declarar esta circunstancia con independencia de su importe).

Las entidades financieras están obligadas a remitir a la CIRBE información sobre los riesgos vivos que cada una mantiene y sobre sus titulares. El objetivo de la CIRBE es doble: poner a disposición de las entidades los datos necesarios para el ejercicio de su actividad y ayudar a las autoridades competentes en el ejercicio de la supervisión bancaria. Así, cuando un banco va a entablar una relación con un cliente que solicita un crédito, puede consultar en la CIRBE los riesgos totales que en ese momento tiene contraídos el cliente con el conjunto del sistema y el estado en que se encuentran para valorar el riesgo de la operación.

Por otra parte existen los ficheros negativos que son gestionados no ya por el Banco de España sino por entidades privadas. Al margen de los ficheros particulares de cada entidad, con carácter general, los más usuales son EQUIFAX, cuyo responsable es la Asociación Nacional de Entidades Financieras (ASNEF) y el Registro de Aceptaciones Impagadas (RAI), cuyo responsable es el Centro de Cooperación Interbancaria (CCI).

Para garantizar la proporcionalidad y la exactitud en el tratamiento de los datos personales de los usuarios, la Agencia de Protección de Datos, en uso de las facultades que legalmente tiene atribuidas y refrendadas por el Tribunal Constitucional (STC 290/2000, de 30 de noviembre⁵⁶), aprobó la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, relativa a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito⁵⁷ por la que vino a exigir en su norma primera dos requisitos que refuerzan la efectiva exactitud y existencia de la deuda a fin de proceder a su inclusión en el registro de morosidad, asegurando así que ninguna persona cuya deuda no cumpla dichos requisitos sea incluida en el fichero y que, aún en menor medida, puedan existir datos erróneos como consecuencia de una falta de control de los datos introducidos en el fichero. De este modo la inclusión de datos de carácter personal de cualquier usuario en los ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias solo podrá realizarse cuando concurren los dos siguientes requisitos:

- a) Existencia previa de una deuda cierta, vencida y exigible que haya resultado impagada.
- b) Existencia de un requerimiento previo de pago al obligado al pago.

Cumplidos estos dos requisitos ineludibles la existencia de ficheros de solvencia patrimonial puede ser sin lugar a dudas un medio eficaz para evitar el sobreendeudamiento. Ahora bien, ello exige el máximo respeto a la veracidad

⁵⁶ BOE núm. 4, de 4 de enero de 2000.

⁵⁷ BOE núm. 54, de 4 de marzo de 1995.



de los datos que configuren dicho fichero, lo que resulta incompatible con la práctica que se está generalizando en un número creciente y preocupante de empresas que emplean los citados ficheros como medio cuasi coactivo para obtener por parte del consumidor el pago de una cantidad litigiosa so pena de ceder sus datos a estos ficheros. Las operadoras de telecomunicaciones son un buen ejemplo. La permisividad a estas conductas empresariales, no sólo resulta contraria al propio rigor impuesto por la Agencia de Protección de Datos, pues no suele tratarse de una deuda cierta, vencida y exigible sino de una deuda litigiosa (con frecuencia sometida ya a Arbitraje de Consumo), sino que distorsiona la propia utilidad del fichero al incluirse reclamaciones de supuestas deudas por ínfimos importes tras los que más que una situación de insolvencia se halla una disconformidad con la actuación empresarial.

Tema aparte, sobre el que ya hemos apuntado alguna idea al abordar los sujetos del sobreendeudamiento sería el de la posible corresponsabilidad de las entidades financieras, quienes tras tener conocimiento de una situación de endeudamiento del consumidor a través de estos ficheros, otorgan nuevos créditos por encima de la capacidad real de pago del usuario.

5.7. Sistemas de autolimitación al otorgamiento de crédito.

En casos extremos podemos encontrarnos también ante un problema de adicción al consumo, o lo que comúnmente suele denominarse siguiendo los indicadores de Valence, D'Astous y Fortier⁵⁸ *compra compulsiva*. Según señala ESCÁRAGA⁵⁹ un 3% de la población llega a niveles patológicos. Advierte Consumer⁶⁰ que la impulsividad y la ansiedad caracterizan la compulsión, que responde a una insatisfacción vital intensa, a la carencia de alicientes o estímulos en nuestra rutina diaria, a la ausencia de actitud crítica y a un alto grado de credulidad y vulnerabilidad ante una publicidad comercial que identifica felicidad, seguridad en uno mismo y bienestar emocional con consumo. Intervienen también otros factores, como el deseo de estimulación social o interés por los lugares donde se congregan muchas personas (el centro comercial o las tiendas), y la inseguridad respecto al propio atractivo físico. La desvalorización y déficit de la autoestima también pueden estar detrás de este consumo irracional.

La correlación entre compra compulsiva y sobreendeudamiento no resulta difícil de deducir cuando nos hallamos ante supuestos patológicos. Con objeto de combatir este problema desde un punto de vista jurídico y sin perjuicio de otros frentes de actuación como el farmacológico orientado al restablecimiento de los niveles normales de serotonina, los grupos de

⁵⁸ Valence, D'Astous y Portier desarrollaron en Canadá en 1988 la primera escala de adicción a la compra (*Compulsive Buying Measurement Scale –CBMS-*) hoy consagrada un referente.

⁵⁹ ESCÁRAGA, T. *Adicción a las compras*, en Consumer.es, abril de 2004. (<http://www.consumer.es/web/es/salud/psicologia/2004/04/06/98277.php>)

⁶⁰ Sobre la compra compulsiva Vid. *Compra compulsiva. El autocontrol nos hace más libres* en Consumer nº 61, diciembre 2002, p. 22-24.



autoayuda u otros tratamientos psicológicos analizados por RODRIGUEZ VILLARINO, OTERO-LOPEZ y RODRIGUEZ CASTRO⁶¹, una buena opción pudiera ser la implantación de sistemas voluntarios de exclusión de créditos de modo similar a las denominadas listas Robinson para evitar recibir comunicaciones comerciales o las limitaciones a la entrada en casinos o salas de juego solicitadas directamente por ludópatas en vía de rehabilitación y que la mayoría de las Comunidades Autónomas han regulado. Así otra opción pudiera ser la creación de un fichero común de autoexcluidos de sistemas de financiación.

5.8. La declaración de prodigalidad.

Conforme dispone el artículo 322 CC *“El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”*

Sin embargo, hay alteraciones de conductas como hemos descrito en el apartado precedente al referirnos a la compra compulsiva que pueden impedir a la persona gobernarse por si misma. En estos supuestos podemos hallarnos ante una situación de *prodigalidad*.

Por prodigalidad podemos entender siguiendo la doctrina marcada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1990 como *“un comportamiento significativo de gastos inútiles que pone de manifiesto un espíritu desordenado de disipación y derroche”*. El mismo Tribunal, en Sentencia de 8 de marzo de 1991 se refiere a ella como *“una desproporción entre ingresos y gastos”* que permite calificarla como *“despilfarro o derroche”*. Evidentemente no todo gasto extraordinario aunque sea en cierta medida por encima de las posibilidades del adquirente cabe calificarlo como prodigalidad. Esta institución de carácter absolutamente restrictivo está reservada para las conductas más graves que puede poner en serio peligro el derecho a la obtención de alimentos.

Derogados los artículos 294, 295, 296 y 298 CC que constituían tradicionalmente la base normativa de esta institución hoy su regulación hay que encontrarla en el artículo 297, único subsistente del nuestro Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por razón de los sujetos afectados por el posible dispendio del pródigo, se deduce que los únicos legitimados para interponer la acción son el cónyuge o pareja de hecho, ascendientes, descendientes, hermanos, tutores o Ministerio Fiscal.

Tras el correspondiente proceso contradictorio sustanciado por los trámites del juicio verbal con las especialidades inherentes a la prodigalidad,

⁶¹ Vid. VVAA, Adicción a la compra. Análisis, evaluación y tratamiento, Madrid, 2002.



habrá de finalizarse mediante el pronunciamiento de una sentencia, que de acordar la declaración de pródigo deberá que actos están vedados al pródigo sin el consentimiento de la persona que deba asistirle.

5.9. Del aseguramiento del crédito ¿Protección para el consumidor, certeza para el empresario o enriquecimiento injusto?

Si existe un mercado que tienda a asegurar sus inversiones, sin duda éste puede ser el de las entidades financieras en lo que se refiere a la concesión de créditos a consumidores finales. Sobre este particular, ningún reproche cabe formular como es lógico a que las entidades prestamistas aseguren sus riesgos económicos mediante la exigencia de las pertinentes garantías.

La duda se suscita cuando las garantías exigidas para el aseguramiento de la operación de financiación no son las razonablemente imprescindibles y se está produciendo un encarecimiento artificial del producto ofrecido al consumidor por la exigencia de contratación de servicios accesorios no necesarios. Un buen ejemplo de ello lo hallamos en la contratación de préstamos hipotecarios ligados a seguros de vida. En este caso concreto el Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario⁶² ya exige en su artículo 30 la suscripción de un seguro de daños coincidente con el valor de tasación del bien asegurado, por lo que como sugiere FERRANDO VILLALBA⁶³ podemos cuestionarnos la licitud de su imposición por el banco. En este sentido recordemos que la Disposición Adicional Primera de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación⁶⁴ contempla como cláusula abusiva *la imposición al consumidor de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados*.

Con frecuencia nos hallamos ante la paradoja que la imposición de este tipo de productos o servicios accesorios no solicitados es presentada al consumidor como una opción construida en su propio interés cuando realmente ya tiene prevista su garantía. Nos hallamos entonces no ante un beneficio para el consumidor sino como denuncia ANDREU MARTI⁶⁵ ante una doble garantía

⁶² BOE nº 83, de 7 de abril de 1982.

⁶³ FERRANDO VILLALBA, M^a.L. *Las comisiones bancarias. Naturaleza, requisitos y condiciones de aplicación*. Granada, 2002, p. 76.

⁶⁴ BOE nº 89, de 14 de abril de 1998. Modificada por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 8 de enero de 2000); Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE nº 313, de 31 de diciembre de 2001); Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios (BOE nº 259, de 29 de octubre de 2002)

⁶⁵ ANDREU MARTI, M^a M. *La protección del cliente bancario*. Madrid, 1998, p. 94.



para el empresario, que nos aventuramos a calificar como enriquecimiento injusto⁶⁶.

5.10. De la subrogación de créditos.

La posibilidad de subrogación ha sido una opción tradicionalmente admitida en nuestro derecho, según puede inferirse de la llana lectura del artículo 1211 CC: *“El deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada”*.

No obstante la previsión del centenario precepto, en la práctica existían algunas dificultades en el mercado hipotecario, fundamentalmente debidas a la ausencia de colaboración del primer acreedor. Por esta razón el legislador aprobó la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios⁶⁷.

A grandes rasgos, en virtud de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, se permitía que la entidad que estuviese dispuesta a subrogarse presentara al deudor una oferta vinculante en la que constaran las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario. La aceptación de la oferta por el deudor implicaría entonces su autorización para que la oferente se la notificara a la entidad acreedora y la requiriese para que le entregase, en el plazo máximo de siete días naturales, certificación del importe del débito del deudor por el préstamo hipotecario en que se hubiera de subrogar.

A través de esta norma se pretendía posibilitar a los usuarios acogerse a tipos de interés más beneficiosos de los que en su día concertaron, suavizando también los gastos de las entonces fortísimas comisiones de amortización anticipada que quedaban limitadas a un máximo de un 1% y otorgando otros beneficios fiscales que incentivarían la movilidad del usuario hacia otras condiciones más ventajosas.

No obstante esta posibilidad de subrogación que contempla la Ley 2/1994, de 30 de marzo, ha de destacarse que de conformidad con la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2003, esta es una facultad que se otorga al usuario para aquéllos casos en que la entidad financiera *no preste la colaboración debida*. Con ello el TS viene a establecer la posibilidad de enervar la subrogación cuando el acreedor inicial comunica vinculante y fehacientemente dentro del plazo de quince días naturales, su

⁶⁶ Sobre el enriquecimiento injusto Vid. MENDEZ TOMAS, R.M. y VILALTA NICUESA, A.E. *El enriquecimiento injusto*. Barcelona, 2000; PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil, Tomo II, Vol. III*. Barcelona, 1983; CAPEROCHIPI ALVAREZ, J.A. *El enriquecimiento sin causa*, Granada, 1993.

⁶⁷ BOE nº 80, de 4 de abril de 1994. Modificada por la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica (BOE nº 271, de 12 de noviembre de 2003).



disposición para novar la operación en las mismas condiciones ofrecidas por la entidad que pretende subrogarse en la posición acreedora.



6. INSTRUMENTOS NORMATIVOS PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR SOBREENDEUDADO.

No resulta extraño, tras haber comprobado la inexistencia de un repertorio de medidas preventivas contra el sobreendeudamiento del consumidor en nuestro ordenamiento jurídico, que alcanzada la situación de imposibilidad efectiva de hacer frente a las deudas, el usuario carezca de igual modo de instrumentos eficaces para resolver su situación de insolvencia.

Coexisten en nuestro ordenamiento normas centenarias como el Código Civil o la denominada Ley Azcárate de 1908 con recientes repertorios normativos de carácter sustantivo y procesal. Unos y otros se manifiestan ineficaces para auxiliar al consumidor sobreendeudado. Antes bien, llama la atención de que los instrumentos más tuitivos del deudor respondan precisamente a vetustas concepciones jurídicas a las que el legislador actual no ha sido capaz de insuflar un aire nuevo para adaptarlas a la realidad social de nuestra *sociedad de consumo*. El Código Civil de 1888, la Ley de Represión de la Usura de 1908, la preconstitucional previsión del infortunio del consumidor endeudado de la primigenia Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 1965 o la imposición de un mínimo legal inembargable derivada de la previsión del legislador decimonónico de la antigua ley ritaria de 1881, son nuestros actuales instrumentos heredados del pasado siglo o incluso del anterior para enfrentarnos como usuarios a una sociedad que dista mucho de aquélla en la que tuvieron su génesis estas normas. Como aportación *reciente* tenemos una ley concursal de 2003 que continúa proyectada hacia situaciones de insolvencia empresarial y una Ley de Crédito al Consumo de 1995, que deriva de la forzosa transposición de una Directiva Comunitaria del año 1986, la cual a la sazón debiera haberse transpuesto a nuestro ordenamiento interno conforme al mandato impuesto en su artículo 16, al menos cinco años de lo que nuestro haragán legislador consumerista realizó.

6.1. Código Civil.

A pesar de ser la tónica general de los códigos decimonónicos la inalterabilidad de los contratos como *lex privata inter partes*, el Código Civil, como marco general regulador de las obligaciones y contratos puede ofrecernos algunos instrumentos útiles para atemperar la difícil situación del consumidor sobreendeudado.

Evidentemente en orden a no generar falsas expectativas hemos de partir del principio general del cumplimiento de las obligaciones nacidas de los contratos consagrado en el artículo 1091 CC: *“Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”*.

En nuestro caso, refiriéndonos al cumplimiento de una compromiso de carácter pecuniario, resulta de aplicación para la extinción de la obligaciones lo



previsto en el artículo 1156 CC, en cuya virtud, las obligaciones se extinguen por el pago o cumplimiento, pérdida de la cosa, condonación de la deuda, confusión de los derechos del acreedor y deudor, compensación o novación.

A su vez, principio elemental de los contratos, es que por imperativo del artículo 1256 CC la validez y el cumplimiento de los mismos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. Resultando en suma su cumplimiento obligatorio conforme prevé el artículo 1278 CC cualquiera en que sea la forma en que se haya celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez (consentimiento, objeto y causa, ex art. 1261CC).

Pues bien, ante esta realidad jurídica y teniendo en cuenta que el deudor en principio va a responder con todos sus bienes presentes y futuros tal y como reza el artículo 1911 CC, las posibilidades del deudor son escasas. Sin embargo han de destacarse algunos supuestos:

- a) En primer lugar debe recordarse que según lo dispuesto en el artículo 1124 CC la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. Ello significa en nuestro caso que el acreedor deberá haber cumplido fielmente sus compromisos para poder reclamar al consumidor el pago de la deuda. No podrá prosperar la reclamación pecuniaria en aquellos casos en que por el acreedor no se hubiera producido un cumplimiento de sus obligaciones (*actio non potest esse sine obligatione*).
- b) En segundo término adquiere capital importancia en el supuesto de reclamaciones de cantidad en las que junto al importe debido se adiciona una cláusula penal, la posibilidad otorgada al juez por el artículo 1154 CC para moderar equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.
- c) Conforme a lo dispuesto en el artículo 1103 del Código Civil, la responsabilidad que proceda de negligencia podrá moderarse por los Tribunales según los casos.
- d) En sentido similar al precedente, en aquellos supuestos en que la deuda venga por contraída por razón de la existencia de dolo o culpa en la ejecución de un mandato, se ofrece a los tribunales, en virtud del artículo 1726 CC la posibilidad de considerar con menor rigor la responsabilidad por negligencia del mandatario.



- e) Finalmente, resulta especialmente atractiva, quizá por poco empleada o conocida, la facultad otorgada en el artículo 1801 CC al a la autoridad judicial para moderar las deudas de juego, cuando la cantidad que se cruzó en la apuesta fuera excesiva conforme a los usos de un buen padre de familia.

6.2. Represión de la usura.

6.2.1. Antecedentes.

La represión de la usura se remonta al origen de las primeras normas jurídicas que abordaron el préstamo, manteniéndose durante toda la evolución de la banca.

El Código de Hammurabi establecía un límite del 20% para de interés para los créditos comerciales, si bien el Estado concedía préstamos al 12,5%. En la India, el Código de Manú y sus *Dharma Sastra* (o *Manusmriti*) fijaba distintos tipos diferenciales para las operaciones de préstamo según la casta a la que perteneciera el prestatario, de modo que a los brahmanes no podía exigírseles un tipo superior al 2% mensual, mientras que para otras castas resultaban permisibles tipos superiores hasta alcanzar el 5%. Aparte de ello, el *Manusmriti* castigaba la imposición de intereses en situaciones de indignancia del prestatario, así como limitaba la acumulación de cargas financieras al doble del principal.

Un 5% también fue lo que exigió Temístocles a Filostéfano, particular de Corinto, como interés por el préstamo que le concedió a su regreso de las guerras persas, según relata MONTANELLI⁶⁸. PLATÓN⁶⁹ reprobaba la usura por considerarla enemiga del *bienestar social*, para ARISTOTELES⁷⁰ era simplemente antinatural y ARISTOFANES⁷¹ o PLUTARCO⁷² la asimilaban simple y llanamente a un *robo*.

Las leyes hebraicas contenidas en la Biblia prohibían totalmente el préstamo a interés⁷³. En la Iglesia Católica se ha mantenido tradicionalmente una postura opuesta a la usura. Desde la prohibición que Clemente V realizara en 1311 a las reflexiones expresadas en 1891 a través de la encíclica *Rerum Novarum* de León XIII, considerada la primera de carácter social: “*usura devoradora... un demonio condenado por la Iglesia pero de todos modos practicado de modo engañoso por hombres avarientos*”. Y la posición del Corán

⁶⁸ Vid. MONTANELLI I. *Historia de los griegos*. Barcelona, 2003.

⁶⁹ PLATÓN, Leyes 742.

⁷⁰ ARISTÓTELES, Política, 1258 b 1, -2-8.

⁷¹ ARISTÓFANES, Las Nubes, 1283 sqq.

⁷² PLUTARCO, Moralia, sobre el préstamo 829.

⁷³ Vid. Éxodo XXII-25 ; Levítico XXV-35; Deuteronomio XXIII-19 y 20.



es tajante si cabe con mayor claridad: “Allah ha permitido el comercio, pero ha prohibido la usura”⁷⁴.

En Roma, según nos relata TITO LIBIO⁷⁵, la denominada *usura unciaria*, se expresaba a través de la prohibición contenida en las Doce Tablas de cobrar más de un onza por as al mes. En el año 398 de Roma, los tribunos Duelio y Menenio, minoraron el interés a media onza por mes, denominándose así usura semiunciaria. SENECA⁷⁶ o CICIERÓN⁷⁷ compararon la usura con el asesinato. Y Justiniano, emperador de Bizancio, merece la honra de haber sido el primero en instaurar una reglamentación precisa en materia bancaria, fijando con carácter general⁷⁸ la tasa de interés en un 6% anual.

A partir de la Edad Media, los cambistas se establecen en las diferentes ferias, ofreciendo sus servicios con un simple banco y un tablón de madera como instrumento para el desarrollo de las operaciones, que era conocido como *banca*. El cambista está entonces sujeto a un férreo control administrativo garante de honradez y buenos usos, sancionándose al infractor que desviaba su actuación de modo abusivo o deshonesto con la expulsión del sistema, para lo cual a modo de escarnio público se partía su mesa de operaciones inhabilitándole para este comercio, acotándose para ello la denominación de *banca rota* que ha perdurado hasta nuestros días aunque sea en un sentido diverso.

La poderosa familia florentina de banqueros Medici, al igual que sus coetáneos Peruzzi, Acciaiuoii, Aibizzi, Buondelmonti, Cerchi, Capponi y Frescobaldi negociaban con unos tipos de interés que oscilaban entre el 15% y el 30%. Con el establecimiento de las letras de cambio en el siglo XVI, ligadas al desarrollo de las ferias, se impone la aplicación de un tipo de interés del 3% por feria, lo que equivaldría al 12% anual.

La creación de una red de erarios y montes de piedad impulsada por el Conde-Duque de Olivares a comienzos del siglo XVII, estableció a favor de estos la exclusiva de otorgar préstamos consignativos y tomar ahorros a interés. Nadie podría ofrecer dinero en lo sucesivo a un tipo superior al 5%, así como tampoco se podría ofrecer dinero a un interés fijo.

A partir de mediados del siglo XVII, florecen los primeros bancos en sentido moderno. Surgen entonces el Riksbank en Suecia en 1656 o el Banco de Inglaterra en 1694. En España, el primer banco moderno español es el Banco Nacional de San Carlos, que aún de capital privado, fue fundado por Real Cédula del Rey Carlos III, el 2 de junio de 1782, quedando afecto a la

⁷⁴ Corán, 2, 275.

⁷⁵ Vid. TITO LIBIO, Libro VI.

⁷⁶ SENECA, De Beneficiis, VII, x.

⁷⁷ CICERON, De Officiis, II, XXV, acerca de Cato.

⁷⁸ Los préstamos marítimos se permitía pudieran alcanzar hasta un 12% anual por razón de su mayor riesgo. Por el contrario, los otorgados a Iglesias no podían superar el 3% anual.



protección real. En 1844 se crearon otros dos bancos con facultad de imprimir y poner en circulación papel moneda: el Banco de Isabel II y el Banco de Barcelona. En 1846 se creaba el Banco de Cádiz, con el objetivo de difundir en la ciudad los billetes del Banco de Isabel II. Tras la crisis financiera de 1847 y rayano el riesgo de suspensión de pagos por el Banco de Isabel II, más comprometido con el crédito al sector privado de la economía, se produce la fusión de los Bancos de Isabel II y de San Fernando, dando así lugar al Banco Español de San Fernando, que tomaría en 1850 tras su extensión a provincias el definitivo nombre de Banco de España.

Con el desarrollo de la banca moderna, pronto se evidenciaría la necesidad de rescatar antiguas limitaciones normativas a la imposición de intereses desmesurados.

6.2.2. Ley de 23 de julio de 1908, referente a los contratos de préstamos.

Frente a la conocida autonomía de la voluntad de los contratantes consagrada en el artículo 1255 CC, ya a comienzos del pasado siglo, el leonés Gumersindo Azcárate logró limitar la práctica de imposición de préstamos con intereses desorbitados amparados en la supuesta libertad de pactos, a través de la célebre Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908.

Principia la norma estableciendo la nulidad de los préstamos usureros en los términos siguientes: *“Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias”*.

A partir de este pronunciamiento se ha venido distinguiendo tres tipos de préstamos usurarios:

- a) Aquéllos que albergan la imposición de un interés superior al normal y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso.
- b) Aquéllos en que se consignan concisiones tales que resulten leoninos, de cuyas circunstancias se pueda inferir que el prestatario se ha visto forzado a su aceptación a causa de su situación angustiosa, inexperiencia o limitación de sus facultades mentales.



- c) Aquéllos en que se consigne como entregada una cantidad mayor a la efectivamente recibida.

La lectura del precepto citado nos evoca por un lado la actual consideración de cláusula abusiva, entendiendo por esta en consonancia con lo dispuesto en el artículo 82.1 TRLGDCU (antiguo art. 10 bis LGDCU) aquella *estipulación no negociada individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente, que en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*. Por otra parte el aprovechamiento de una situación angustiosa, de inexperiencia o del capitidismo nos permite enlazar su espíritu con la descripción de prácticas desleales (engañosas o agresivas) contenido en el artículo 5.4 de la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, de *Prácticas Comerciales Desleales* (DPCD)⁷⁹.

Puestas en relación ambos preceptos nos hallamos ante un supuesto de posible concurrencia normativa. URUEÑA MARTINEZ⁸⁰ realiza un excelente análisis sobre esta cuestión en la línea de la excelente calidad de los estudios sobre consumo que se vienen desarrollando desde la Universidad de Castilla-La Mancha. Coincidimos no obstante con la tesis sostenida por GARCIA CRUCES GONZÁLEZ⁸¹ y GARCÍA CANTERO⁸² al entender que la usura no es más que un supuesto de condición abusiva de crédito. En consecuencia entendemos que ante la posible concurrencia normativa, al poder resultar de aplicación tanto la Ley de Represión de la Usura como la LGDCU, nada impide que sea el usuario quien invoque una u otra en función de su aspiración procesal y la que considere más favorable.

6.3. La resolución de contratos vinculados en la Ley de Crédito al Consumo.

Una de las formas más comunes de endeudamiento es la celebración de un contrato de consumo vinculado a la concesión de financiación. Ello exige por tanto la existencia de un nexo de unión entre dos relaciones.

Ante la posibilidad de que el contrato de consumo, al que podemos denominar *principal*, pudiera frustrarse por causas imputables al empresario en aquéllos casos en que éste ha sido el concedente o promotor de la concesión de la suscripción del contrato de financiación, llamémosle *subordinado*, la Ley

⁷⁹ DOL nº 149, de 11 junio 2005.

⁸⁰ URUEÑA MARTINEZ, M. *Los intereses excesivos en los contratos de financiación con consumidores: un problema de concurrencia normativa*, Septiembre de 2003. <http://www.uclm.es/cesco/investigacion/9.pdf>

⁸¹ GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J.A. *Préstamo, usura y protección de los consumidores*, en la Revista de Derecho Bancario y Bursátil nº 30, Madrid, 1998, p. 317.

⁸² GARCÍA CANTERO, G. *Préstamo, usura y protección de los consumidores*, en Actualidad Civil nº 3. Madrid, 1989. p. 209.



7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, prevé la posibilidad de declarar ineficaz el contrato subordinado ante la constatación de la ineficacia del contrato principal.

La previsión legal, ajena por otra parte a la preocupación particular de nuestro legislador nacional, toda vez que deriva de la estricta y tardía transposición de la Directiva 87/102/CEE, del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo⁸³, no ha sido ociosa para la defensa de miles de consumidores y usuarios. El famoso asunto *Opening*⁸⁴ es un claro ejemplo de su invocación por las asociaciones de consumidores y usuarios, únicas instituciones por otra parte que se personaron en defensa de los intereses de los afectados, ante el silencio o pasividad de los restantes organismos públicos legitimados.

Sin ánimo de descender al estudio concreto de los contratos vinculados⁸⁵, cuyo objeto excedería sin duda del propósito de este opúsculo, si conviene recordar que el artículo 14.2 LCC declara que ante la ineficacia del contrato destinado a la satisfacción de la necesidad del consumo, se producirá también la ineficacia del contrato expresamente destinado a su financiación. Para ello es necesario que concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que el consumidor, para la adquisición de los bienes o servicios haya concertado un contrato de concesión de crédito con un empresario distinto al proveedor de aquéllos.
- b) Que entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes exista un acuerdo previo, concertado en exclusiva, en virtud del cual ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de éste.
- c) Que el consumidor haya obtenido el crédito en aplicación de la colaboración planificada entre el prestamista y el vendedor.

Si se cumplieren los requisitos previos expresados, la norma establece como consecuencia inexorable ante la resolución del contrato principal, la

⁸³ DOL núm. 42, de 12 de febrero de 1987.

⁸⁴ Vid. SANZ LOPEZ, F.J. *El "caso Opening". Una visión práctica sobre la Ley de Crédito al Consumo*, en La protección al consumidor en la normativa bancaria –Cuadernos de Consumo nº 9, Zaragoza, 2003, pp.81-92.

⁸⁵ Por su sencillez y claridad merece no obstante citarse la síntesis de MALUQUER DE MOTES, C.J. *Protección de los consumidores: el crédito al consumo y los contratos vinculados*, en Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, V.II, Madrid, 2003, pp.2355-2367. También resulta interesante el artículo de GONZALEZ CASTILLA, F. *La protección del consumidor de crédito en los contratos vinculados*, en Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias –Estudios de Derecho Judicial nº 55-, Madrid, 2005, pp.11-57.



correlativa extinción del contrato de préstamo, debiendo reputarse nula cualquier cláusula que mediante condición general de la contratación pretendiera lo contrario.

6.4. Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos y su derogadora Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes mueble.

Es sin duda en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, donde se contiene a nuestro entender la solución más idónea prevista en nuestro ordenamiento a situaciones de sobreendeudamiento.

El vigente artículo 11 reproduce su predecesor en los siguientes términos:

“Los Jueces y Tribunales, con carácter excepcional y por justas causas apreciadas discrecionalmente, tales como desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otros infortunios, podrán señalar nuevos plazos o alterar los convenidos, determinando, en su caso, el recargo en el precio por los nuevos aplazamientos de pago.

Igualmente, tendrán facultades moderadoras de las cláusulas penales pactadas para el caso de pago anticipado o incumplimiento por parte del comprador”.

Se trata en definitiva del establecimiento de una facultad moderadora extraordinaria otorgada a la autoridad judicial y reservada para los supuestos de sobreendeudamiento pasivo.

El listado presentado por la Ley parece obedecer a una clasificación de *numerus apertus*, al señalar expresamente la posibilidad de contemplar *otros infortunios*. Determinadas situaciones de crisis familiares bien pueden considerarse uno de estos supuestos.

La formulación sustantiva resulta impecable y bien pudiera satisfacernos como solución válida para los supuestos de sobreendeudamiento si se extendiera en su aplicación a cualquier deuda del consumidor que implique una obligación continuada y no solo a los supuestos de ventas a plazos de bienes muebles. Contamos pues con un instrumento satisfactorio que simplemente requeriría la ampliación de su ámbito de aplicación.

El problema radica como advierten DIEZ PICAZO y GULLÓN⁸⁶ o MARCO SAAVEDRA⁸⁷ en la ausencia de un desarrollo procesal de la norma. Ello explica frente a su aparente carácter beneficioso para el consumidor la

⁸⁶ DIEZ PICAZO, L y GULLÓN A. *Ob. cit.* p. 326.

⁸⁷ MARCO SAAVEDRA, A. en NIETO CAROL, U. (Coord). *Ob. cit.* p. 281.



ausencia de un mínimo repertorio jurisprudencial que la glose, lo que deviene en la práctica como apunta OCAÑA RODRÍGUEZ⁸⁸ a que no merezca otra consideración que la de un *brindis al sol*. A pesar de ello, las escasísimas resoluciones judiciales existentes al respecto, parecen orientar toda su aplicación hacia el consumidor final como destinatario de la norma. Así lo valoraba la STS de 17 de septiembre de 1991: *“Si bien es cierta la falta de distinción legal entre personas físicas y jurídicas, así como que los casos prevenidos en el artículo 13 de la Ley 50/1965 son enunciativos puesto que hace alusión a «otros infortunios», no es menos cierto que tales casos, atendiendo a los propios términos de su redacción parecen estar refiriéndose a circunstancias de carácter personal”*.

Apenas podemos citar, sin que haya sido merecedora por su soledad de un apartado específico en capítulo final dedicado a tutela judicial, la SAP de Asturias (Sección 4ª) de 28 de septiembre de 2000 en la que efectivamente se procedía a la moderación judicial con el siguiente razonamiento:

“El artículo 11 de la vigente Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles (...) reconoce expresamente la facultad moderadora de jueces y tribunales respecto a las cláusulas penales pactadas para el caso de pago anticipado y de incumplimiento; disposición que se corresponde con una reiterada jurisprudencia que ha venido admitiendo esa facultad de moderación conforme a lo previsto en el artículo 1154 del Código Civil, destacando que puede acordarse de oficio (sentencias, entre muchas otras, de 6 de noviembre de 1987, 19 de febrero de 1990 y 12 de febrero de 1996). Como quiera que la cláusula pactada para el caso de mora (2 por 100 mensual) resulta totalmente desproporcionada a la actual situación de mercado e incluso notoriamente excesiva en el tiempo en que se pactó, procede reducirla al interés legal vigente en cada momento, incrementado en un cincuenta por ciento, que se devengará desde la fecha de los respectivos vencimientos”.

La aplicación forense del precepto requeriría un procedimiento simple y rápido, razón por la cual nos decantamos por su invocación como excepción, aunque es cierto que la posible prueba de la situación de infortunio pudiera aconsejar un estudio más sosegado de la misma que ineludiblemente pasaría por el cauce de contestación a la demanda o incluso de reconvencción. Además no ha de obviarse que en la práctica el actor es más probable que articule su demanda a través de un proceso ejecutivo en vez de uno declarativo lo que exige mayor previsión del legislador para que el demandado pudiera invocar el beneficio otorgado por el artículo 11 de la Ley.

Sea como fuere, lo que se evidencia de esta regulación son tres consecuencias claras:

⁸⁸ OCAÑA RODRIGUEZ, A. *Garantía de la venta a plazos y contrato de leasing*. Madrid, 2001, p. 167.



- a) Recoge en su espíritu de modo aceptable una solución a situaciones de sobreendeudamiento pasivo del consumidor.
- b) Resulta ineficaz en su aplicación práctica por falta de mecanismos procesales.
- c) Precisaría la ampliación de su ámbito objetivo de aplicación con objeto de dar respuesta a cualquier situación de sobreendeudamiento y no únicamente a las originadas por las ventas a plazos de bienes muebles.

6.5. Mínimo vital inembargable.

Ante una situación de incumplimiento de las obligaciones pecuniarias, sabido es que el acreedor goza del derecho de agresión contra el patrimonio del deudor. Este derecho, siendo un principio general de nuestro ordenamiento no es sin embargo absoluto, sino que está condicionado por la necesidad de asegurar un mínimo del deudor para su sustento vital, íntimamente ligado al constitucional principio protector de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). Ya el Rey Sabio advertía en sus partidas de la necesidad de salvaguardar determinados bienes del deudor⁸⁹.

Siguiendo el esquema general ya instituido por los artículos 1449 y 1451 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la Ley rituarial de 2000 reproduce con diversas modificaciones esta salvaguardia a favor del deudor. Así se establece en el artículo 606 LEC un listado de bienes inembargables y se impone en el precepto siguiente determinados límites al embargo de sueldos y pensiones. Ambos preceptos constituyen una manifestación del antiguo *beneficium competentiae*, en virtud del cual el deudor solo podía ser condenado dentro de los límites de sus posibilidades (*condemnatio in id quod debitor facere potest*).

Por lo que respecta a los bienes inembargables, y prescindiendo de los inalienables, de los que carezcan de contenido patrimonial o los excluidos de ejecución por alguna disposición legal, por lo que aquí interesa debemos destacar los siguientes:

⁸⁹ Vid. Partida 5ª, Título XIII, Ley V. *Qué cosas son aquellas que no son obligadas aunque el señor de ellas obligue todos sus bienes a peños. A peños obligando alguno todos sus bienes, hay cosas señaladas que no serían por esto obligadas. E son estas: barragana que tenga manifiestamente en su casa; e los hijos que hubiere de ella; e los criados; e siervo o sierva que tuviere señaladamente para servirle; e guardarle e criarle sus hijos; e las otras cosas de su casa que ha menester cada día para servicio de su cuerpo; o de su compañía, así como su lecho de él e de su mujer; e la ropa; e las otras cosas todas de su cocina que ha menester para servicio de su comer. E las armas; e el caballo de su cuerpo. E todas las otras cosas que hubiere entonces e aún las que atiende haber después, fincan obligadas por razón de tal empeñamiento. Salvo estas sobredichas u otras algunas si las hubiere, que sean semejantes de estas.*



- a) El mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo. En general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia.
- b) Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada.

Descartados estos bienes esenciales y marcados por un fuerte carácter personal el legislador se preocupó también de asegurar de una mínima cuantía económica con la que el deudor pudiera afrontar sus necesidades de sustento más imperiosas. Por ello, el artículo 607 de la Ley Procesal Civil establece los siguientes límites al embargo de sueldos y salarios:

- a) Es inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional.
- b) Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional se embargarán conforme a esta escala:
 - Para la primera cuantía adicional hasta la que suponga el importe del doble del salario mínimo interprofesional, el 30 %.
 - Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un tercer salario mínimo interprofesional, el 50 %.
 - Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un cuarto salario mínimo interprofesional, el 60 %.
 - Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un quinto salario mínimo interprofesional, el 75 %.
 - Para cualquier cantidad que exceda de la anterior cuantía, el 90 %.



- c) Si el ejecutado es beneficiario de más de una percepción, se acumularán todas ellas para deducir una sola vez la parte inembargable. Igualmente serán acumulables los salarios, sueldos y pensiones, retribuciones o equivalentes de los cónyuges cuando el régimen económico que les rija no sea el de separación de bienes y rentas de toda clase, circunstancia que habrán de acreditar al tribunal.
- d) En atención a las cargas familiares del ejecutado, el tribunal podrá aplicar una rebaja de entre un 10 a un 15 % en los porcentajes establecidos en los números 1, 2, 3 y 4 del apartado 2 del presente artículo.

No obstante esta previsión legal, el Tribunal Constitucional ya mostró su complacencia a través de su Sentencia 158/1993, de 6 de mayo⁹⁰, a la posibilidad de que el legislador pudiera establecer un régimen especial de inembargabilidad para determinados grupos de personas. Una aplicación práctica ligada a nuestro estudio pudiera ser la del consumidor sobreendeudado sumido en un proceso de saneamiento económico.

6.6. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Nuestro derecho concursal histórico adolecía de una serie de deficiencias que aconsejaban una profunda revisión del mismo. Así GINER PARREÑO⁹¹ enumeraba como serias desventajas su arcaísmo, la multiplicidad de regulaciones y códigos para una misma materia, la diversidad de sistemas y procedimientos, su dispersión normativa y la inadecuación de la regulación con la situación social y económica española.

No es objeto de este ensayo realizar un estudio de la norma concursal, pero si que resulta imprescindible realizar algunas observaciones.

En primer lugar ha de reconocerse, al menos sobre el papel, que la ley propugna el principio de indiferencia de la naturaleza y condición del deudor, es decir, el presupuesto subjetivo del concurso es único y no existe ya distinción entre deudores a efectos del procedimiento concursal. A tal efecto el artículo 1º de la Ley reza: *“La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica”*. Esta consideración general permite por tanto acceder al procedimiento de concurso no solo a las sociedades o comerciantes sino también a cualquier deudor, y por lo tanto consumidor. Destaca NOGUERA⁹² como una de las novedades significativas de la ley es su

⁹⁰ BOE núm. 127, de 28 de mayo de 1993.

⁹¹ GINER PARREÑO, C. *Las repercusiones de la Ley Concursal para la defensa de los consumidores*. Madrid, 2003, p. 11.

⁹² NOGUERA, C. en USON DUCH, L (Coord.). *La nueva Ley Concursal*. Barcelona, 2003, p. 131.



voluntad de unificar en un solo procedimiento, los existentes hasta la fecha para los comerciantes y no comerciantes.

No obstante lo dicho, ello no es óbice para reconocer que de modo esencial, la nueva Ley Concursal permanece centrada, pese a su pretendido carácter universal, en la regulación de situaciones de insolvencia empresarial. Resultan clarificadoras las palabras BLANQUER UBEROS⁹³, vocal permanente de la Comisión de Codificación y miembro de la sección especial para la Reforma Concursal: *“Los efectos del concurso sobre los derechos de familia y sucesiones provocan un notable interés teórico, aunque esté muy justificado el escepticismo acerca de su trascendencia práctica pues no parece que vaya a ser frecuente el concurso de una persona natural casada ni la interrelación entre un concurso y sucesión hereditaria”*. CARRASCO PERERA⁹⁴ o PULGAR EZQUERRA⁹⁵, parecen concluir la misma esterilidad de la norma para los consumidores y usuarios. GUTIÉRREZ DE CABIEDES⁹⁶, advertía al analizar el procedimiento abreviado del artículo 190 de la Ley Concursal, incluso no sólo de los efectos no convenientes del tratamiento unificador de la Ley Concursal, sino de su carácter pernicioso para no pocos destinatarios de la norma. Y ello, amén de su elevado coste que tanto CEACCU⁹⁷, como la doctrina⁹⁸ ya puso de manifiesto, denunciando su falta de accesibilidad para el usuario endeudado y la conveniencia de haber aprovechado el recurso disponible de las juntas arbitrales de consumo que desempeñasen estas funciones sin coste añadido.

La Ley Concursal desahucia al cónyuge del concursado, particularmente cuando están casados en régimen de gananciales. Maltrata a los familiares del deudor que han pretendido socorrer económicamente al usuario sobreendeudado, considerando sus créditos como subordinados. Y ni siquiera es capaz de detener la guillotina que pende sobre la vivienda familiar con la ejecución de la garantía hipotecaria, a diferencia del privilegio otorgado a comerciantes o empresarios por el artículo 56 que sustrae del procedimiento ejecutivo a los inmuebles que se entendieran afectos a una actividad profesional o empresarial. Y ello, sin olvidar, que una vez finalizado el

⁹³ BLANQUER UBEROS, R. *Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones*, en *La nueva ley concursal –Estudios de Derecho Judicial nº 59–*, Madrid, 2005, p. 153.

⁹⁴ CARRASCO PERERA, A. “¿Por qué quiebran los consumidores?” en *Actualidad Jurídica Aranzadi nº 669*, 2005.

⁹⁵ PULGAR EZQUERRA, J. en CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (Coords.) *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 67.

⁹⁶ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. en CORDÓN MORENO, F. (Dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Cizur Menor, 2004, pp. 1244-1253.

⁹⁷ Vid. Nota de prensa de CEACCU 4 de febrero de 2009, disponible en http://www.ceaccu.org/index.php?option=com_content&view=article&id=484%3Aceaccu-calcula-que-el-procedimiento-concursal-encarece-la-deuda-de-una-familia-en-quiebra-en-veinte-mil-euros-&catid=20&Itemid=200013.

⁹⁸ Cfr. BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M. en TOMILLO URBINA, J. (Dir.). *El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección de los Consumidores*, Cizur Menor, 2008, p. 204;



procedimiento concursal, la Ley desprecia la indigencia del deudor en un atentado a los principios más elementales de la protección de la dignidad.

La Ley Concursal, basta leer su artículo 48 al desarrollar los efectos del concurso, se proyecta exclusivamente sobre la persona jurídica. De modo particular puede entenderse referida a los efectos del deudor que desarrolla una actividad empresarial o profesional (vid. arts. 43.3; 44; 45.1; 55.1; 56; 71.5.1º; 84.2.5º; 100) y olvida por completo a la persona física particular o consumidor, sino es para excluirle o discriminarles de los posibles beneficios que supondría la detención de la ejecución de garantías reales anteriormente reseñada con relación a su artículo 56 o trasladarle los efectos adversos que supone la clasificación como crédito subordinado de las personas especialmente relacionadas con el deudor cuando éste fuere persona natural, que no son sino sus familiares y convivientes (art. 92.1.5º LC).

La exclusión del artículo 56 LC de paralización de ejecuciones de garantías reales en el caso de personas físicas que no desarrollen una actividad profesional o empresarial, supone, como también han advertido TAMAYO HAYA⁹⁹ o BLANQUER UBEROS¹⁰⁰, una discriminación severísima para los consumidores, que ven atacada su vivienda familiar sin posibilidad de oposición. Por esta razón sin duda, hallamos en el mercado hipotecario, cláusulas contractuales impuestas en los contratos de adhesión que prohíben a la parte prestataria el desarrollo de cualquier actividad profesional sin contar con la autorización expresa y comunicada por escrito del Banco.

A nuestro juicio este tipo de condiciones generales de la contratación debe reputarse abusiva por cuanto, de una parte encierra una limitación de los derechos del consumidor protegida por el artículo 86.7 TRLGDCU, y de otra la imposición por la entidad bancaria de una garantía desproporcionada con relación al riesgo asumido, sancionada por el artículo 88.1 TRLGDCU.

Habida cuenta de la naturaleza del servicio –préstamo hipotecario-, puesto éste en relación con el fin que pretende el consumidor –acceso a una vivienda- y vista la prolongada proyección temporal que pesa sobre el contrato (con frecuencia a 30 años, incluso en la actualidad a 40 y 50 años, casi para las generaciones venideras), constituye una garantía manifiestamente desproporcionada la obligación impuesta al consumidor para que no pueda desarrollar actividad profesional alguna en un futuro en la vivienda, sino es con el beneplácito del Banco. En un contexto para mayor inri, en el que la tasa de desempleo, ha desbordado cualquier previsión, impedir a la familia que ha depositado todos sus ahorros y esfuerzos en la vivienda, que pueda al menos compatibilizar su uso habitacional con el ejercicio de alguna actividad

⁹⁹ TAMAYO HAYA, S. en TOMILLO URBINA, J. (Dir.). *El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección de los Consumidores*, Cizur Menor, 2008, p. 368.

¹⁰⁰ BLANQUER UBEROS, R. en CUENCA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Cizur Menor, 2009, p. 312 y ss.



profesional lícitamente y con todas las bendiciones legales, constituye un atentado al derecho al desarrollo económico –y en ocasiones supervivencia- de la unidad familiar y una indebida limitación de los derechos de los consumidores y usuarios. Piénsese que bajo este presupuesto, un ama de casa que pretenda ejercer de modista legalmente ajena a la clandestinidad, una abogada que se ve forzada a instalar su modesto despacho profesional en su hogar ante la imposibilidad de abonar un alquiler de modo simultáneo a su hipoteca debiendo de comunicar su alta y domicilio en el correspondiente colegio profesional, un arquitecto que ideara proyectar en su domicilio o un informático que preste servicio desde su hogar, tienen vedado el ejercicio de la actividad si el banco libérrimamente no accede a otorgarles una *autorización expresa y por escrito* para que puedan en definitiva vivir y desarrollarse en su hogar que pagan mensualmente a la entidad financiera como les plazca.

Este tipo de condiciones suponen una limitación injustificada de los principios de libertad de contratar (artículo 1.258 CC), y de libre disposición del dominio (artículo 348 CC) y obstaculiza que la propiedad de las fincas hipotecadas cumpla el destino y fin social que les corresponde (artículos 33.2, 35 y 38 y 128.1 de la Constitución Española).

La prohibición indiscriminada del ejercicio de cualquier actividad profesional no está justificada en modo alguno, ni siquiera por la posible afectación del inmueble, pues no estamos refiriéndonos a actividades potencialmente peligrosas como pudiera ser montar un laboratorio químico en la vivienda de productos inflamables, sino es que se prohíbe todo tipo de actividad (costura, abogacía, arquitectura, informática...) cuando no hay motivo alguno que avale ni justifique tamaño desequilibrio y recorte de derechos). Encierra esta cláusula una coacción injustificada al hipotecarte. Ha de reputarse pues, radicalmente nula la condición impuesta.

En otro sentido, resulta también censurable como el cónyuge del deudor concursado como persona natural, se ve arrastrado por la situación de sobreendeudamiento, pues cuando se halle sujeto al régimen de gananciales – que es lo usual en territorio común- vendrá sujeto al artículo 77.2 LC, respondiendo igualmente de las obligaciones del concursado. Y ni siquiera aquéllos que hubieran establecido el régimen de gananciales o que por derecho foral (Cataluña, Aragón, Islas Baleares, Navarra y algunas zonas del País Vasco), quedaran sometidos con carácter prioritario al régimen de separación de gananciales, gozarán de un parapeto mucho más recio para soportar la embestida del acreedor, toda vez que el artículo 78 LC, establece una presunción *iuris tantum*, que determina, en beneficio de la masa, que el concursado casado bajo el régimen de separación de bienes, donó a su cónyuge que la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el



concurado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso.

Más si el tratamiento dispensado al usuario en el procedimiento concursal resulta lacerante, la finalización del concurso supone no ya la defunción económica del deudor, sino que le sitúa sumido en la indigencia. Así las cosas, el vigente artículo 47.1 LC, constriñe el derecho de alimentos tanto del deudor, como de las personas respecto de las cuales tenga el deber de prestarlos (ex. Art. 47.2 y 3 LC), con la consideración de crédito contra la masa conforme a lo previsto en el art. 84.2.4º LC, única y exclusivamente durante la tramitación del concurso, extinguiéndose con la apertura de la liquidación tal y como señala el artículo 145.2 LC (*Si el concursado fuese persona natural, la apertura de la liquidación producirá la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa*), o cesando igualmente en el caso de alcanzarse un convenio según impone el artículo 133.2 LC. Es más, ni siquiera, el denominado *superior interés del menor* es tenido en cuenta, cuando de haberse establecido una pensión de alimentos para un hijo ante un procedimiento de familia, las deudas alimenticias existentes al declararse el concurso, no sólo no reciben una protección específica, sino que quedan relegadas a la consideración de crédito subordinado por aplicación del art. 92.1.5º LC. Tan sólo le queda al deudor apelar al mínimo vital inembargable, a toda luz insuficiente para el sostenimiento de una familia, instaurado por Las Partidas y recogido en la vigente LEC. Ni Roma, ni el Rey Sabio, hubieran permitido probablemente tal indignidad. Ni nosotros, deberíamos admitirlo al amparo del artículo 10 CE.

No es mejor la suerte reservada a los usuarios que aspiren a recuperarse de su descalabro económico, si comparamos la *maldición* que les atribuye la norma con los beneficios reservados al deudor que desarrolle una actividad profesional o empresarial. Así mientras el artículo 100.1 LC, prevé para el caso de convenios el límite máximo cuantitativo del establecimiento de una quita de hasta el 50% y de una espera de hasta cinco años respecto de los créditos ordinarios, contempla a renglón seguido la posibilidad de superación de dichos límites cuando la deudora sea una empresa con especial trascendencia para la economía. De modo similar, el artículo 100.5 LC permite la superación de los referidos límites de quita y espera, bajo determinadas condiciones, para la continuación de la actividad empresarial o profesional. No es necesario ser muy sesudo para comprender como se ha venido produciendo así tanto abuso por grandes empresas y tanta injusticia para las familias que no gozan de beneficio alguno de los otorgados a las empresas y profesionales endeudados.

Tan sólo la obligación para la entidad financiera de provisionar para la cobertura del riesgo del riesgo del crédito conforme a lo dispuesto en el Anexo IX de la Circular del Banco de España 4/2004, de 22 de diciembre, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros, con evidente incidencia en la cuenta de resultados de las entidades



para con sus accionistas. Por otra parte, vendrán obligadas asimismo a un incremento de recursos propios sobre la base de la Circular del Banco de España 3/2008, de 22 de mayo, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos.

En definitiva, como señalara GUTIÉRREZ DE CABIEDES¹⁰¹, resulta sorprendente que la elaboración de una legislación concursal de nueva planta para un nuevo milenio haya desatendido totalmente el fenómeno del sobreendeudamiento doméstico, cuando nos encontramos ante un hecho que ya era conocido como un problema de gran magnitud y había sido tratado en otros ordenamientos.

6.7. Control de las cláusulas abusivas de contenido económico a través del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y otras normas complementarias.

El celeberrimo jurista FEDERICO DE CASTRO desgranó en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en 1960, en tiempos aún en que no existía sensibilidad sobre este particular, la esencia de las condiciones generales de la contratación, por lo que cualquier ensayo posterior quedará avocado a seguir la sombra del maestro, motivo por la cual optamos directamente por transcribir su pensamiento al razonar que *se designan como tales condiciones a los conjuntos de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales y comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar (...) mediante tales condiciones se eliminan a priori los tratos previos entre las partes; una de estas (el empresario) se ha atribuido el papel de predisponer o dictar conforme a su interés y a su gusto, la regulación de los contratos.* Tal y como apuntaba RAISER¹⁰², en definitiva, en el ámbito del contrato en masa, el factor psicológico de la declaración de voluntad pierde valor. Por esta razón, el empresario al fijar unilateralmente las reglas de contratación no sólo ha de atender a su legítimo provecho, sino a procurar un trato leal y equitativo con el consumidor, que en muy pocos casos reparará incluso en la lectura detallada del documento ante las nulas posibilidades de modificación como ha puesto de manifiesto la doctrina al referirse al consumidor «oit» (*one in a thousand*).

Se considerarán cláusulas abusivas, según lo dispuesto en el artículo 82.1 TRLGDCU, *todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un*

¹⁰¹ GUTIÉRREZ CABIEDES, P. *El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución*, Cizur Menor, 2009, p. 30.

¹⁰² RAISER, L. *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1961, pp. 147 y ss.



desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

A través del desarrollo de acciones de cesación se pretende la condena a las entidades demandadas para que eliminen de sus condiciones generales en sus relaciones con consumidores y usuarios las estipulaciones que se reputen nulas, absteniéndose de utilizarlas en lo sucesivo.

Para la ponderación de la abusividad de la estipulación, a su vez habrá de tenerse en cuenta según reza el art. 82.3 TRLGDCU la naturaleza del bien o servicio objeto de contrato. Y en este sentido, ha de tenerse presente, que los servicios bancarios y financieros, son calificados como *servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado*, conforme a lo dispuesto por el Anexo I, letra C, ap. 13 del Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, lo que se traduce en el imperativo de una aplicación reforzada de los principios consumeristas que afectan a este servicio.

6.7.1. Cláusula suelo.

Según informe de la Asociación Hipotecaria Española¹⁰³, el 99,1% de los préstamos concedidos con la vivienda con garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable. Las variaciones provocan lógicamente una incertidumbre al consumidor, que es quien menos conocimientos técnicos posee de la relación contractual y en consecuencia asume un mayor riesgo. A pesar de ello, es asumida esta incertidumbre en tanto se posee la expectativa del beneficio de las bajadas en los tipos aún a pesar del también factible riesgo de subida. Con objeto de delimitar ese riesgo se suele establecer por las entidades financieras, en ocasiones límites máximos y con frecuencia mínimos a la variación de los tipos de interés. Si la acotación es a la baja se fija un tipo de interés “suelo” con los que el banco se asegura un beneficio mínimo con independencia de las fluctuaciones de los tipos en los mercados. Por el contrario, en la acotación al alza se establece, en ocasiones, un “techo” a la subida del tipo pactado que establecerá las cantidades a pagar por el cliente en caso de que el mercado haya sobrepasado esa barrera de interés fijada. La filosofía de este sistema, contemplada en abstracto, puede ofrecer atractivos para ambas partes.

El problema surge ora cuando no existe tope máximo (techo), ora cuando existe un desequilibrio entre el “techo” y el “suelo” fijado por la entidad financiera, que recordemos es quien se halla en mejor predisposición para su ponderación por su privilegiada posición de actora principal en los mercados. La bajada de los tipos de interés en los últimos años ha puesto de manifiesto la desigualdad de las partes contratantes en evidente perjuicio para el consumidor. Si los suelos son altos y los techos también altos, la entidad

¹⁰³ vid. *Resumen Anual del Mercado Hipotecario 2009*, en <http://www.ahe.es/bocms/images/bfilecontent/2008/09/02/3680.pdf?version=2>



financiera, se alza en una posición aventajada pues asume un mínimo o insignificante riesgo profesional, mientras que el usuario se ve perjudicado porque la bajada de los tipos está limitada para él por la cláusula suelo. Y en cambio, la subida se encuentra poco limitada con el consiguiente desequilibrio de los contratantes. La horquilla entre la cláusula suelo y la cláusula techo ofrecerá la clave para la valoración de la condición general en el caso de que ambas existan.

Nuestra mejor doctrina ya se ha anticipado a la valoración de este tipo de cláusula al eco de la repercusión mediática que ha tenido lugar en los últimos meses. Así MORENO LISO (vid. MORENO LISO, L. “Nuevas soluciones para la protección del consumidor frente a los contratos bancarios” en Diario La Ley nº 7514, de 22 de noviembre de 2010, Madrid) ya apuntaba la razonabilidad de la defensa de *“que en los contratos que existan cláusulas suelo sin contraprestación de cláusula techo, o cláusulas suelo con límites muy altos (perjudica al usuario) y cláusulas techo con límites muy altos (perjudica al usuario), en relación al tipo oficial fijado en cada periodo, podrán declararse abusivas porque vulnera el justo equilibrio de las partes en perjuicio del consumidor”*.

El propio Banco de España (vid. *Informe del Banco de España*, BOCG, Senado nº 457, p. 19, punto 3.3) ya reconocía el desequilibrio existente entre las partes derivado de este tipo de cláusulas cuando manifestaba: *“En todo caso, y sean cuales sean las causas y explicaciones que subyacen en la determinación de los umbrales o de las acotaciones, lo cierto es que, en la mayoría de los casos, no ofrecen una protección efectiva para los clientes particulares del riesgo de subida de los tipos, debido a los altos niveles que alcanzan los techos”*.

Así tal y como razonara la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla de 30 de septiembre de 2010, *“(…) considerando el tipo de partida de un préstamos superior al suelo señalado y hasta el mismo suelo, coherente a su firma y concierto, cabe reputarse asumible por el consumidor. Sin embargo el techo señalado en las cláusulas y por contrapartida, es difícilmente asumible por el mismo usuario por no decir sencillamente imposible. Es realista pensar, y razonable, que una variación sensible (varios puntos, dos o tres por ejemplo) al alza por encima de tal suelo, y aún lejos del 12 o 15% de techo señalado, no pudiese ser afrontada por nadie o muy pocos”*. *Es decir se reputa notorio y a simple vista, que las limitaciones al alza y a la baja no son semejantes...*”.

La condición por tanto ha de reputarse abusiva por falta de reciprocidad a tenor de lo dispuesto en el artículo 87 TRLGDCU.

La condición general examinada es perfectamente valorable por el órgano judicial, pues tras la respuesta ofrecida por la STJUE de 3 de junio de 2010, a la cuestión planteada por el ATS de 20 de octubre de 2008, sobre la compatibilidad de los artículos 8 y 4.2 de la Directiva 93/12 y artículos 2.3 y 4.1



del Tratado, se disipa cualquier duda sobre la posibilidad de control judicial del carácter abusivo de las cláusulas que, aunque estuvieran redactadas de forma clara, definan el objeto principal del contrato o la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida.

6.7.2. Intereses moratorios.

No siendo objeto de discusión el indudable matiz sancionatorio consustancial al interés moratorio, que justifica sea superior éste al interés remuneratorio, ello no implica una total arbitrariedad para el empresario en su fijación, ni la exclusión del control judicial.

No es extraño para la denominada jurisprudencia menor el examen de este tipo de condiciones en contratos bancarios que imponen elevados intereses de demora al usuario adherente. La SAP de Asturias de 17 de octubre de 2008, analiza este particular en el caso de un préstamo hipotecario, concluyendo su abusividad a la luz del principio establecido en el art. 85.6 TRLGDCU. En sentido similar la SAP de Barcelona, Sección 16ª, de 10 de marzo de 2004

Si bien en el ámbito hipotecario no existe una previsión similar a la prevista en el art. 19.4 de la Ley 7/1995, de Crédito al Consumo, que determina directamente como inaceptable la imposición de un interés de demora que sea superior a 2,5 veces el correspondiente al interés legal del dinero, si que resulta indudablemente éste un criterio orientador para fijar la hermenéutica que debe presidir la ponderación del equilibrio de los intereses moratorios impuestos por el Banco en un contrato de préstamo hipotecario como el presente. Es más, el control judicial de los intereses moratorios en el caso del préstamo hipotecario, está aún más justificado si cabe que en el supuesto del crédito al consumo por cuanto que habida cuenta del mayor importe del préstamo hipotecario y su consecuente mayor cuota, es lógico también que en caso de impago los intereses de demora resulten desorbitados.

Resulta también orientador sobre el carácter abusivo del interés impuesto su comparación con el interés de demora establecido en el artículo 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. A tal efecto, el citado artículo 7 dispone *El tipo legal de interés de demora que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más siete puntos porcentuales.* No puede sino resultar sorprendente que el artículo 9 de la Ley 3/2004, declare abusivas las cláusulas en las que se establece un interés de demora al referido para las operaciones realizadas entre empresas y se pretenda una mayor onerosidad y por ende desequilibrio en las relaciones entre entidades financieras y consumidores. Tomando como referencia este índice observamos como la diferencia entre los intereses de demora aplicados

por la banca comúnmente a los consumidores y los que pueden ser aplicables en operaciones entre empresas distan en más de un 100%.

1 TIPOS DE INTERES (datos diarios)

Los datos mensuales corresponden al último día del mes

	Zona del euro				
	EONIA (1 día)	Euribor (1)			
		A 1 mes	A 3 meses	A 6 meses	A 12 meses
1	2	3	4	5	
10 Feb	0,319	0,416	0,656	0,958	1,215
Mar	0,401	0,397	0,634	0,944	1,212
Abr	0,337	0,413	0,663	0,968	1,236
May	0,330	0,429	0,701	0,989	1,260
Jun	0,542	0,485	0,767	1,041	1,306
Jul	0,423	0,645	0,896	1,145	1,417
Ago	0,392	0,622	0,886	1,137	1,414
Sep	0,878	0,625	0,892	1,146	1,433
Oct	0,724	0,847	1,045	1,269	1,540
Nov	0,539	0,810	1,028	1,260	1,530
Dic	0,817	0,782	1,006	1,227	1,507

La respuesta judicial dada por nuestras Audiencias Provinciales, como es el caso de la SAP Asturias de 5 febrero 2003, es declarar la ineficacia de la cláusula ante su consideración de abusividad.

Sin ignorar la existencia de un amplio debate doctrinal sobre este particular que con frecuencia enfrenta a civilistas y mercantilistas en cuanto a su admisión o rechazo conforme a las distintas tesis sostenidas sobre los artículos 1109 del Código Civil y 317 del Código de Comercio, lo cierto es que desde nuestra perspectiva consumerista, y siguiendo la doctrina del prestigioso Catedrático GARCÍA CRUCES-GONZÁLEZ¹⁰⁴ o PETIT LAVALL¹⁰⁵, ha de ser considerado contrario al principio de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes consagrado en el art. 80.1.c) TRLGDCU por constituir una penalización que no se corresponde con una prestación adicional, sin que en modo alguno en un contrato como son los de carácter adhesivo pueda fundarse su legitimación convencional en un pacto construido por la autonomía de la voluntad de las partes.

6.8. La adjudicación en pago.

Ni siquiera la conclusión del proceso concursal, permite en la actualidad la liberación del pasivo del deudor según dispone el artículo 178.2 LC, que

¹⁰⁴ GARCÍA CRUCES-GONZALEZ, J.A. "Contratación bancaria y consumo" en RDBB nº 30, 1998, p. 302

¹⁰⁵ PETIT LAVALL, M^a V. *La protección del consumidor: las condiciones abusivas de crédito*, Valencia, 1996, p. 147.



recordemos responde con la integridad de su patrimonio presente y futuro ex. Art. 1911 CC. De este modo, como apunta FERNÁNDEZ CARRÓN¹⁰⁶, el concursado persona física no tiene derecho alguno a la exoneración de sus deudas pendientes tras la conclusión del concurso por inexistencia en su patrimonio de bienes y derechos presentes con los que satisfacer a sus acreedores. Carece en suma de la denominada “segunda oportunidad” o nuevo comienzo (*fresh start*, en la terminología sajona). El artículo 179.1 LC, nótese que permite la reapertura del concurso de la persona natural.

Si bien es cierto que desde un punto de vista teórico, cabe la posibilidad de formalizar un convenio con una propuesta de quita o espera, como estipula el artículo 100 LC, en la práctica resulta harto difícil imaginar que el acreedor del usuario (en la generalidad de los casos una entidad financiera), vaya aceptar una quita disponiendo de una garantía real sobre la vivienda. En este contexto, y avanzando en la línea de la corriente proclive a la conocida “dación en pago”, *rectius* “adjudicación en pago”, ha destacado un sector doctrinal favorable a la denegación de la continuación del procedimiento hipotecario por la cantidad no cubierta por la subasta de la finca hipotecada que le hubiera sido adjudicada a la entidad financiera ejecutada. El Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2ª, de 17 de diciembre de 2010, ha despertado sin duda, grandes expectativas en este sentido.

El famoso Auto de la Sección 2ª de la AP Navarra considera que *no es procedente la prosecución de una ejecución, cuando el valor de la finca, no obstante el resultado de la subasta, es suficiente para cubrir el principal de la deuda reclamado, encontrándose encima de dicho principal, siendo circunstancial el que la subasta, al haber resultado desierta, sea adjudicada a una cantidad muy inferior, pues lo cierto es que el banco se adjudica una finca que él mismo valoraba en una cantidad superior a la adeudada por el préstamo, salvo intereses y costas*. Acierta el tribunal al ratificar la resolución de instancia cuando rechaza el argumento esgrimido por el banco referido a la pérdida de valor de la finca que servía de garantía del préstamo. Efectivamente, tal y como se razona, *moralmente es rechazable que se alegue para intentar continuar la ejecución la pérdida de valor de la finca que servía de garantía al préstamo (...) que fue fijado por la entidad bancaria ejecutante, o cuando menos aceptado, siendo que dicha pérdida de valor es directamente achacable a la crisis económica, fruto de la mala praxis del sistema financiero, que aún cuando no quepa atribuirle directa y especialmente al banco ejecutante, si que no deja de ser una realidad que forma parte de los protagonistas del sistema, y de ahí que resulte especialmente doloroso que la alegación que justifica su pretensión esté basada en unas circunstancias que han suscitado una gran sensibilidad*.

¹⁰⁶ FERNÁNDEZ CARRÓN, C. *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*. Cizur Menor, 2008, p. 140.



PÉREZ GARCÍA¹⁰⁷, razona que en los supuestos de ejecución para la satisfacción de un crédito con garantía real, como fue el examinado por la Sección 2ª de la AP de Navarra, cuando el acreedor ejecutante, ante la ausencia de postores en la subasta judicial, se adjudica el bien hipotecado o pignorado, el legislador debería establecer la obligatoriedad de otorgar carta de pago, con independencia de cuál sea el proceso de ejecución elegido por el acreedor para ejecutar la garantía real ante el incumplimiento de la obligación garantizada por el deudor. Compartimos la tesis de PÉREZ GARCÍA, pues efectivamente, ha sido el acreedor quien ha impuesto como garantía del cumplimiento de la obligación, la constitución de una hipoteca o de un derecho de prenda sobre un determinado bien, ponderando que su valor era suficiente para el supuesto de un posible incumplimiento por parte del deudor. La propia tasación del bien sujeto a garantía, ha sido en la práctica realizada por las sociedades de tasación promovidas por los bancos. En consecuencia, la adjudicación del bien hipotecado o pignorado al acreedor ejecutante, como consecuencia de la ausencia de postores en la subasta, debe equivaler a la satisfacción de la totalidad de la deuda. Sostener lo contrario y tomar como valor el del remate final de la subasta, no sólo resulta contrario a la realidad admitida por el ejecutante, y en consecuencia opuesta a los actos propios, sino que supone primar injustamente al ejecutante, que no sólo lograría el dominio del bien del deudor –y que en la inmensa de los supuestos será *a fortiori* más que sobrado para hacer frente a la totalidad de la deuda-, sino que también le permitiría ejercitar una acción personal para reclamar al deudor el pago del resto de la deuda correspondiente a la diferencia entre la cantidad adeudada inicialmente y el precio de adjudicación. Y, efectivamente, como señala el Profesor de la Autónoma madrileña, la vía más adecuada para armonizar este interés debiera pasar por una reforma de los artículos 651 y 671 LEC, así como del artículo 236.g) del Reglamento Hipotecario. Ello deberá venir lógicamente acompañado de políticas concretas de difusión pública de los inmuebles objeto de subasta y de la facilitación de terceros al proceso de ejecución.

Ningún letrado, procurador o profesional del derecho ejerciente en tribunales ignora que el proceloso mundo de las subastas judiciales de bienes inmuebles, es un coto prácticamente vallado para el común de los mortales. La ausencia de publicidad adecuada y la dificultad técnica para su concurrencia, amén de *subasteros*, veda la intervención de particulares en este campo que pudieran contribuir a una satisfacción común del interés de todos los implicados al permitir la realización de los bienes por unos valores más ajustados a la realidad. Cuando en una ejecución hipotecaria, la entidad acreedora se adjudica el bien por una parte ínfima de su valor y posteriormente lo trasmite a una sociedad gestora de patrimonio inmobiliario de su mismo grupo para la venta a un tercero por un precio que multiplica por cuatro o cinco veces el valor del remate y aún pretende cobrar la diferencia con base al principio de

¹⁰⁷ PÉREZ GARCÍA, M.J. “La realización del valor de los bienes en los procesos de ejecución y su problemática en el derecho español (reflexiones a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010)” en Diario La Ley nº 7590, de 16 de marzo de 2011, pp. 7-14



responsabilidad universal, excede con creces lo que por sentido común se puede entender por *enriquecimiento injusto*.

No ignorando el rechazo mayoritario en sede jurisprudencial que ha suscitado la invocación del enriquecimiento injusto, no puede negarse tampoco que desde su remota invocación por las Partidas del Rey Sabio (Partida VII, Título XXXIII, Ley XIII) al sentenciar que *ninguno non debe enriquecer torticeramente con daño dotri*, hasta la moderna dogmática sintetizada por ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ¹⁰⁸ y FABREGA¹⁰⁹, la doctrina del enriquecimiento injusto ha gozado afortunadamente de una necesaria elasticidad en su espectro de apreciación.

Hoy, la jurisprudencia imperante ha venido definiendo el enriquecimiento sin causa, como el producido con adquisición de una ventaja patrimonial con empobrecimiento de otra parte, con relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento y con falta de causa en tal desplazamiento patrimonial. De esta pacífica noción de enriquecimiento injusto se infiere, que para apreciar su existencia es preciso la inexistencia de causa en el enriquecido, siendo la noción «*sin causa*» de la atribución, como observa la Sentencia de 28 enero 1956, la primordial, definitiva y básica para corregir adjudicaciones patrimoniales antijurídicas con base en el presupuesto de una situación objetivamente injusta.

En definitiva, tal y como ha resuelto la STS de 5 de abril de 1992, para apreciar la posible existencia de enriquecimiento sin causa, es precisa *la total ausencia de causa justificativa de la mejora patrimonial que se denuncia e inexistencia de la disposición normativa legal que excluya la aplicación del principio*. Por esta razón cobra mayor importancia la modificación sugerida de los artículos 651 y 671 LEC, así como del artículo 236.g) del Reglamento Hipotecario, para aquéllos supuestos tan frecuentes en los que la adjudicación se realiza sin al acreedor sin ningún postor, al tiempo que operar las medidas adecuadas para facilitar la verdadera publicidad y acceso por terceros al proceso de subasta.

Por desgracia, no todos los tribunales han gozado de la misma valentía y sensibilidad para con un problema de la envergadura de éste, que no es sino la pérdida de la vivienda para una familia. A las pocas semanas, en la misma Audiencia Provincial, la Sección 3ª, dictaba otro Auto en fecha de 28 de enero de 2011, en sentido adverso, ordenando la continuación de la ejecución por la cantidad no cubierta por la subasta. Y en el mismo sentido, MARTÍN PASTOR¹¹⁰, manifestaba su oposición a la pionera resolución de la Sección 2ª

¹⁰⁸ ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ, J.A. *El enriquecimiento sin causa*, Granada, 1993.

¹⁰⁹ FABREGA PONCE, J. *El enriquecimiento sin causa*, 2 Tomos, Santa Fe de Bogotá, 1996.

¹¹⁰ MARTÍN PASTOR, J. "Posibilidades del acreedor hipotecario cuando, subastado el bien hipotecado, su producto resulta insuficiente para cubrir el crédito (a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2ª, 111/2010, de 17 de diciembre)" en Diario La Ley nº 7590, de 16 de marzo de 2011, pp. 1-6.



de la Audiencia Navarra abogando por la debilitación que ésta suponía para el acreedor hipotecario y el posible aumento de las garantías exigidas por las entidades bancarias para la concesión de préstamos hipotecarios.

La tónica mayoritaria sin duda continúa aplicando la norma con el rigorismo derivado del contrato de adhesión impuesto por la entidad financiera y con los pactos, valoraciones y condiciones que ésta soberanamente determinó en el contrato. Sin embargo, el hecho de que comiencen a escucharse voces disconformes en la judicatura en este concierto de instrumentos desafinados orquestado por las entidades financieras, es síntoma irrefutable de la disconformidad social con esta situación.

En cualquier caso, más allá de la razonable aceptación de la adjudicación en pago, no debe olvidarse que ésta opción debe ser la última actuación posible. Tal y como apela BLANQUER UBEROS¹¹¹, el significado social y humano que tiene la pérdida de la vivienda familiar de una persona endeudada invita a reflexionar acerca de la moderación o exclusión de esta penosa pérdida. Su solución demanda una prudente valoración de la conducta del deudor, de la precedente al tiempo de contraer las obligaciones, de las circunstancias (imprevisibles o sorprendentes) que hayan concurrido en el nacimiento de su insolvencia, y de la posterior a recibir la protección que le preste el sistema y le permita conservar la vivienda mediante extensas quitas y esperas.

¹¹¹ BLANQUER UBEROS, R. en CUENCA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Cizur Menor, 2009, p. 313.



7. CAUCES PROCESALES DE RECLAMACIÓN AL CONSUMIDOR SOBREENDEUDADO Y POSIBLE OPOSICIÓN DE ÉSTE.

Lo usual en una situación de sobreendeudamiento es que el consumidor acabe finalmente ante la jurisdicción civil en un procedimiento de reclamación de cantidad. Podemos distinguir cuatro cauces básicos procesales de reclamación al consumidor sobreendeudado:

- a) Juicio ejecutivo.
- b) Juicio cambiario.
- c) Procedimiento monitorio.
- d) Juicio declarativo.

Además, aunque como hemos anticipado será un supuesto poco probable, cabrá la posibilidad de que el propio consumidor inste un procedimiento concursal. Prescindiremos pues de la solución arbitral, no solo por lo ilusorio que pudiera resultar su esbozo en la situación actual ante las Juntas Arbitrales de Consumo -pese a poder ser un cauce excepcional para ello-, sino por el ámbito de delimitación marcado por este estudio centrado en la tutela judicial.

7.1. El juicio ejecutivo.

Permite plantear una demanda de cumplimiento expeditivo y sin dilaciones de las obligaciones líquidas y exigibles a través de un procedimiento particularmente célere previsto en el Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pretende en suma, como señalan FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, RIFÁ SOLER y VALLS GOMBAU¹¹², obtener con rapidez la tutela judicial de ciertos créditos líquidos que constan de modo fehaciente.

De conformidad con el artículo 517 LEC son títulos ejecutivos los siguientes:

- a) La sentencia de condena firme.
- b) Los laudos o resoluciones arbitrales firmes.
- c) Las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en e proceso.
- d) Las escrituras públicas con tal de que sean primeras copias o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación a la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes.

¹¹² FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A., RIFÁ SOLER, J.Mª y VALLS GOMBAU, J.F. *El juicio ejecutivo*, Madrid, 1997, p. 4



e) Las pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado que las intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que dicho corredor acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de éstos.

f) Los títulos al portador o nominativos, legítimamente emitidos, que representen obligaciones vencidas y los cupones, también vencidos, de dichos títulos, siempre que los cupones confronten con los títulos y éstos, en todo caso, con los libros talonarios.

g) Los certificados no caducados expedidos por las entidades encargadas de los registros contables respecto de los valores representados mediante anotaciones en cuenta a los que se refiere la Ley del Mercado de Valores, siempre que se acompañe copia de la escritura pública de representación de los valores o, en su caso, de la emisión, cuando tal escritura sea necesaria, conforme a la legislación vigente.

h) El auto que establezca la cantidad máxima reclamable en concepto de indemnización, dictado en caso de rebeldía del acusado o de sentencia absolutoria o de sobreseimiento en procesos penales incoados por hechos cubiertos por el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor.

A grandes rasgos, el procedimiento procesal puede sintetizarse en la presentación de una demanda ejecutiva con el acompañamiento de los documentos preceptivos (arts 549 y 550 LEC), tras la cual se despachará por el tribunal ejecución si examinada la misma cumple con los debidos requisitos legales. Este auto habrá de ser notificado al ejecutado al tiempo que se le requiere para el pago de la cantidad reclamada. Si el ejecutado pago finalizará el procedimiento. De oponerse formalmente en los diez días siguientes a su notificación o no pagar se procederá al embargo de sus bienes y su subasta si es menester.

En el supuesto del juicio ejecutivo al deudor le suele resultar extraordinariamente difícil plantear oposición, estando tasados los motivos en los que pudiera fundar la misma. Distinguiremos en ellos las razones de carácter sustantivo frente a los de índole procesal.

a) Razones sustantivas:

- Pago ya efectuado, que requerirá como es obvio la correspondiente acreditación documental.



- Compensación de crédito líquido resultante de documento dotado de fuerza ejecutiva.
- Pluspetición.
- Prescripción y caducidad.
- Pacto documentado de espera o compromiso de no reclamación.
- Transacción acreditada por documento público.

b) Razones procesales:

- Ausencia de capacidad o representación del demandante.
- Carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda.
- Incumplimiento del documento presentado para ejecución de los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución.
- Por motivos de infracción, al despacharse ejecución, del art. 520 LEC, es decir, pretender la ejecución por cantidad total en dinero efectivo, moneda extranjera convertible o cosa o especie computable en dinero inferior a las 50.000 pesetas. Se admite no obstante la adición de varios títulos ejecutivos siempre que la suma supere dicho límite.

7.2. El juicio cambiario.

Procederá el juicio cambiario si el documento en que se funde la reclamación de deuda se soporta en una letra de cambio, cheque o pagaré.

Su regulación procesal se contempla en los artículos 819 a 827 LEC. Presentada la demanda con acompañamiento del título cambiario en que se base y una vez examinada en su acomodamiento al cumplimiento de los requisitos legales para su admisión podrá requerirse al deudor para que pague en el plazo de diez días u ordenar el inmediato embargo preventivo de sus bienes por la cantidad que configure el título ejecutivo. Requerido de pago el demandado tendrá cuatro posibilidades:

- a) Pagar en el plazo de diez días.
- b) Personarse en el plazo de cinco días y negar la autenticidad de su firma o alegar la falta absoluta de representación.
- c) Oponerse en el plazo de diez días.



d) No realizar ninguna actuación procesal.

Si paga es obvio que el procedimiento finaliza por satisfacción del actor. Si no realiza ninguna actuación el procedimiento continuará hasta obtener la satisfacción de la deuda si es preciso mediante subasta de los bienes del demandado. En el supuesto de que niegue la autenticidad de su firma o alegue falta absoluta de representación

Finalmente si compareciere y se opusiere el deudor, ha de someterse a causas tasadas, sustanciándose la oposición con citación a las partes para una vista, tras la cual el tribunal en el plazo de diez días deberá dictar sentencia resolviendo sobre la misma. Las causas de oposición son las siguientes:

a) De naturaleza real:

- Inexistencia o falta de validez de su propia declaración cambiaria, incluida la falsedad de la firma.
- La falta de legitimación del tenedor o de las formalidades necesarias de la letra de cambio, el cheque o el pagaré conforme a lo dispuesto en la Ley cambiaria y del cheque.
- La extinción del crédito cambiario cuyo cumplimiento se exige al demandado

b) De naturaleza personal:

- Excepciones basadas en las relaciones personales con el tenedor de la letra, el cheque o el pagaré.
- Excepciones personales frente a los tenedores anteriores si al adquirir la letra, el cheque o el pagaré, el tenedor procedió a sabiendas en perjuicio del deudor.

7.3. El procedimiento monitorio.

El procedimiento monitorio nace con el similar objetivo de ofrecer una célere solución a los créditos dinerarios. La propia Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil manifiesta *«la Ley confía en que, por los cauces de este procedimiento, eficaces en varios países, tenga protección rápida y eficaz el crédito dinerario líquido de muchos justiciables y, en especial, de profesionales y empresarios medianos y pequeños»*. Su regulación se encuentra contenida en los artículos 812 a 818 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.



Resulta aplicable a la reclamación de deudas dinerarias, vencidas y exigibles, cuya cuantía sea inferior a 30.000 euros, siempre que consten acreditadas por alguno de los siguientes medios:

- a) Cualquier clase de documento firmado por el deudor o con su sello.
- b) Facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, telefax o cualquier otro documento que aún elaborado de modo unilateral por el acreedor, sea de los que habitualmente documentan los créditos.
- c) Documentos comerciales que acrediten una relación anterior duradera o certificaciones en el caso de Comunidades de propietarios acompañando a cualquier otro en que conste la deuda.

Presentada la petición inicial del procedimiento monitorio y examinados los requisitos legales exigidos para su admisión se dará traslado al demandado quien en el plazo de veinte días vendrá obligado a pagar u oponerse. Si no compareciera se despachará en contra del deudor la correspondiente ejecución. Por el contrario si se opusiere el demandado el demandante habrá de presentar el actor nueva demanda de reclamación de cantidad por los trámites del correspondiente proceso declarativo. Nos hallamos por tanto según concluye LOPEZ SÁNCHEZ¹¹³ ante un proceso especial de naturaleza ejecutiva en cuyo seno se permite la rápida creación del *titulus executiones* del que carece el acreedor.

Como particularidad frente a los procesos anteriores el monitorio no exige la alegación de una causa concreta de oposición, basta que ésta sea manifestada por el demandado para que el proceso finalice debiendo entonces resolverse a través del proceso declarativo correspondiente.

7.4. El juicio declarativo.

Finalmente los procedimientos declarativos son aquéllos previstos para los supuestos en que la ley no tenga otra tramitación especial prevista. Podemos discernir dos tipos de procesos declarativos: el juicio ordinario y el juicio verbal. Simplificando su distinción y obviando las especialidades por razón de la materia, señalaremos que el juicio ordinario es el previsto para reclamaciones superiores a 3005,06 euros y el juicio verbal atenderá las de reclamaciones inferiores a dicho importe.

Se trata de un proceso en el que debate en profundidad la cuestión litigiosa y en el que es posible desarrollar con mayor profusión una defensa del

¹¹³ LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *El proceso monitorio*. Madrid, 2000, p. 20.



usuario sobreendeudado. Existiendo casi tantas causas de oposición como variada y libre sea la imaginación del letrado defensor, podemos destacar como motivo de oposición, prescindiendo de las razones procesales, las siguientes:

- a) Inexistencia de relación obligatoria por ausencia de contrato.
- b) Pago o cumplimiento de la obligación ya realizado.
- c) Condonación de la deuda.
- d) Compensación de la deuda.
- e) Existencia de novación de la obligación.
- f) Cumplimiento defectuoso del contrato (*exceptio non rite adimpleti contractus*).
- g) Incumplimiento del contrato (*exceptio non adimpleti contractus*).
- h) Declaración de nulidad de cláusulas abusivas en condiciones generales de la contratación.
- i) Moderación judicial de las cláusulas penales.

7.5. Concurso judicial.

La Ley Concursal de 9 de junio de 2003, cuya entrada en vigor se postergó hasta el 1 de septiembre de 2004 sin duda ha supuesto como valoraba MAIRATA LAVIÑA¹¹⁴ una trascendental reforma de la normativa concursal anterior. Ciertamente es que como se ha loado que logra la unificación competencial y de procedimiento. También es irrefutable, que al menos sobre el ordinal primero de su articulado, nacido de la imprenta pública oficial el 10 de julio de 2003, que en principio reconoce la declaración del concurso respecto de cualquier deudor, sea persona física o jurídica. Sin embargo la realidad nos ha constatado, según hemos avanzado, la exigua utilización que ha supuesto para el consumidor sobreendeudado. Empero esta ausencia de aplicación de facto para los consumidores, cuya causa quizá pueda residir también en la ausencia de conocimiento de la norma o de servicios adecuados de asesoramiento para quien no se encuentra en disposición de realizar grandes desembolsos en asesoramiento letrado, esbozaremos someramente su *iter* procesal, al menos en la fase común.

El procedimiento concursal comenzará con la simple presentación por el deudor o sus acreedores ante el Juzgado de lo Mercantil competente de la solicitud de concurso. Esta solicitud descriptiva de su estado de insolvencia

¹¹⁴ MAIRATA LAVIÑA, J. en VVAA *La nueva ley concursal*, vol. I, 2005, p. 5.



actual o inminente deberá venir acompañada del pertinente poder, memoria expresiva de la historia jurídica y económica del deudor, inventario de bienes y derechos y relación de acreedores.

Examinada la documentación presentada por el deudor, si esta reuniera los requisitos exigidos el juez dictará auto declarando el concurso o solicitando su subsanación en el plazo de cinco días si fuera incompleta. En el supuesto de que la solicitud hubiera sido presentada por un acreedor -lo cual resulta poco probable en nuestro caso como consumidores-, se procederá al emplazamiento del deudor, quien podrá allanarse u oponerse, en cuyo caso se resolverá con citación de las partes para la celebración de vista que acordará bien la declaración de concurso, bien la desestimación de la solicitud.

Si se hubiere acordado la declaración de concurso y no mediare propuesta anticipada de convenio, se procederá al nombramiento y estatuto de los administradores concursales, a la determinación de sus facultades, a la rendición de cuentas y, en su caso, a la responsabilidad de los administradores concursales.

Formada la masa activa y pasiva y transcurrido el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores sin que se hubieren presentado impugnaciones o de haberse presentado, una vez puestos de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquéllos documentos, el juez dictará resolución finalizando con ello la fase común del concurso. Así una vez realizada la propuesta de convenio y su ulterior aprobación judicial restará su cumplimiento con la apertura de la fase de liquidación.

Resulta de especial interés advertir que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley, en caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado. Así mismo, si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso.

También, respecto de los bienes del concursado y en especial de la vivienda habitual del matrimonio, la norma prevé que el cónyuge del concursado tendrá derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo a la masa la mitad de su valor. Si se tratare de la vivienda habitual del matrimonio, el valor será el del precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico, sin que pueda superar el de su valor de mercado. En los demás casos, será el que de común acuerdo determinen el cónyuge del concursado y la administración concursal o, en su defecto, el que como valor de mercado determine el juez, oídas las partes y



previo informe de experto cuando lo estime oportuno. Cuando la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial o les perteneciese en comunidad conyugal y procediere la liquidación de la sociedad de gananciales o la disolución de la comunidad, el cónyuge del concursado tendrá derecho a que aquella se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance o abonando el exceso.

No será extraño que en atención a lo expuesto, y visto el creciente nivel de sobreendeudamiento algunas parejas se planteen seriamente su régimen económico matrimonial o incluso lleguen a elegir quien asumen un mayor riesgo de asunción de deudas.

8. APROXIMACIÓN A LA PRÁCTICA FORENSE EN MATERIA DE TUTELA JUDICIAL DEL SOBREENDEUDAMIENTO DE CONSUMIDORES.



8.1. Interiorización por la judicatura de la realidad del sobreendeudamiento.

Aún siendo conscientes de que en derecho positivo, según se ha expuesto, no existe una regulación concreta en nuestro ordenamiento jurídico del sobreendeudamiento, resulta interesante realizar una aproximación a la interiorización por la judicatura de este fenómeno. No en vano, tampoco se escapa a los juristas que la mera invocación de fenómeno sociológico no está vedado a los tribunales, pues la estricta sujeción a la norma jurídica no impide la valoración de estas conforme a la realidad social del tiempo que han de ser aplicadas, según reza el artículo 3.1 del Código Civil.

Pues bien, examinada con detalle la jurisprudencia existente tan sólo hemos sido capaces de localizar unas pocas resoluciones judiciales que aborden, aunque sea de modo tangencial, la realidad del sobreendeudamiento. De estas, a su vez, dos sentencias pertenecen a órganos supranacionales, en concreto una al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y otra al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las cuatro resoluciones restantes responden a nuestro Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales de Barcelona y Cantabria respectivamente. Ninguno de los casos nacionales, a excepción del honroso Auto de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010, ya adelantamos, contempla el sobreendeudamiento como un problema del consumidor, sino que el análisis lo realiza desde la óptica de sociedades anónimas incapaces de afrontar sus deudas. Este panorama jurisprudencial ya es en su enunciación suficientemente ilustrativo de la escasa interiorización que muestra nuestra judicatura al sobreendeudamiento de los consumidores. No obstante, conozcamos los limitados casos reseñados.

En el caso del Tribunal de Luxemburgo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 2 de octubre de 2003 (Asunto C-147/2001), aún siendo objeto de litigio la posible repercusión de un impuesto aplicado sobre las bebidas servidas a consumidores y el enriquecimiento injusto que originaría la devolución impetrada por política fiscal, el Tribunal aborda la posible situación de sobreendeudamiento, pero no de los consumidores sino de las empresas austriacas del sector de la restauración. Reproducimos una de las observaciones presentadas al tribunal de las que se hace eco la sentencia:

“Desde el año 1994, casi todas las empresas austriacas de restauración sufrieron pérdidas. Su situación no ha dejado de empeorar. Desde entonces, estas empresas se encuentran en una situación de sobreendeudamiento sin salida por la presión de la competencia y la necesidad de responder a las exigencias del mercado”.

Por su parte, el Tribunal de Estrasburgo denota, aún desestimando la demanda presentada, toda una sensibilidad plausible al reconocimiento del



sobreendeudamiento del consumidor en su Sentencia de 15 de junio de 2005 (Caso Stepinska contra Francia). La resolución judicial estudia la posible infracción de las garantías procesales de la consumidora demandante del estado francés, por ausencia de notificación de las conclusiones del fiscal general al no estar representada por abogado ante el Consejo de Estado y el Tribunal de Casación. La Corte europea transcribe:

“Según la jurisprudencia constante del Tribunal de Casación, es inadmisibile, de acuerdo con los artículos 607 y 608 del nuevo Código de Enjuiciamiento Civil, el recurso interpuesto contra una sentencia de un juez instructor dictada en última instancia, quien, habiéndose presentado en el marco de un procedimiento de sobreendeudamiento una demanda de verificación de crédito, fija el importe de dicho crédito, alegando que esta sentencia, que resuelve solo un incidente procesal, no pone fin a la instancia”.

Así mismo, en los fundamentos jurídicos de fondo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos realiza la siguiente reflexión:

“El Gobierno admite que la demandante no pudo presentar sus alegaciones orales en la vista pública, en réplica a las conclusiones orales del Fiscal general, puesto que no estuvo representada por un abogado ni presente en los debates. Sin embargo, señala que, sea cual fuere el sentido de las conclusiones orales del Fiscal general, éstas no pudieron influir en la decisión relativa a la solución jurídica aportada. Dictada de de acuerdo con los artículos 607 y 608 del nuevo Código de Enjuiciamiento Civil relativos a la inadmisión de los recursos interpuestos contra las sentencias que ponen fin a la instancia, esta solución no se prestaba a discusión alguna: la sentencia recurrida por la demandante, relativa a una verificación de créditos en el marco de un procedimiento de sobreendeudamiento, no ponía fin a la instancia y no podía, en consecuencia, ser objeto de un recurso de casación.

El caso analizado por el máximo garante de Derechos Humanos parte de una fijación de crédito por sobreendeudamiento de una consumidora cifrada en 15.000 francos franceses, esto es unos 2.283 euros. El esfuerzo concreto para la defensa de la consumidora polaca radicada en Francia nos podría parecer a primera vista desproporcionado. Que una reclamación tan exigua hubiera sido capaz de poner en marcha toda una demanda contra el estado francés ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, analizado desde un prisma exclusivamente económico pudiera parecer un desatino y un despilfarro. Sin embargo, y a pesar del resultado finalmente adverso para Stepinska, podemos obtener otras dos lecturas. La primera de ella, el reconocimiento de nuestro entorno comunitario al problema del sobreendeudamiento, capaz de otorgarle la atención más esmerada de las máximas instituciones de la judicatura. La segunda, y evocando la admirable Tribuna de SEMPERE



NAVARRO¹¹⁵, desear la idea de que por el enorme dispendio que pudiera suponer la resolución de un caso como el presente, aún suponiendo que hubiera resultado exitoso para la demandante, deba tildarse de fútil por *matar moscas a cañonazos*. Tiene razón el Catedrático e la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid cuando advierte que mal puede acusarse de despilfarro a quien se ve obligado a acudir a un pleito para defender lo que considera suyo. Apunta SEMPERE NAVARRO que los grandes principios o derechos no persiguen embellecer las normas que los acogen, sino lucir en el ámbito correspondiente. Por ello, en términos metafóricos sería más acertado afirmar que quien persigue la defensa de lo que considera que son sus legítimos derechos, aún en los casos que pudiera parecer más antieconómico, no dispara cañonazos contra las moscas, sino que ofrece salvas de honor para otras mariposas que puedan un día acompañar su vuelo. En consumo, precisamente por la reducida cuantía de muchos de los litigios que pueden plantearse, necesitamos esas salvas de honor, aún a costa del esfuerzo heroico de anónimos usuarios o idealistas asociaciones.

Nuestro Tribunal Supremo, a través de la Sentencia de 3 de abril de 1996 emitida por su Sala de lo Penal acepta el sobreendeudamiento empresarial sin mayores reparos en los siguientes términos:

“Además de la no correspondencia de los recibos aportados por la Defensa con los pagarés cuya emisión la Audiencia ha comprobado, es preciso tener en cuenta que en ellos sólo se acreditaría el pago de 295.000.000, mientras las emisiones que la Audiencia ha tenido por probadas alcanzar a más de 1.100.000 pesetas. Dicho de otra manera: el sobreendeudamiento de ANISA era evidente ya en tiempos en los que la suspensión de pagos era previsible para los recurrentes”.

Idéntica sensibilidad societaria muestra la Audiencia Provincial de Barcelona, puesta de manifiesto por su Sentencia de 8 de julio de 1998. Así se expresa el parecer de la Sala:

“Resulta por ello irrelevante la inadecuada capitalización, el desacierto o no en la ubicación geográfica del comercio, el sobreendeudamiento de la quebrada, etc., siempre que en su actuar el comerciante no incida en alguna, de las conductas a las que el Código de Comercio anuda la calificación de culpable o fraudulenta – singularmente en esta materia, las descritas en el artículo 888 del Código de Comercio-“.

También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 13 de mayo de 1999, admite sin reparos en el Fundamento Jurídico segundo de su

¹¹⁵ SAMPERE NAVARRO, A. *A propósito del caso Elsner-Lakeberg ¿Cañonazos contra moscas, o salvas para mariposas?*, en Actualidad Jurídica Aranzadi nº 637, de 23 de septiembre de 2004, p. 3.



fallo la situación de sobreendeudamiento, pero nuevamente relacionada con una mercantil anónima:

“En su caso, la relación contractual pactada en dichas circunstancias pudo implicar un excesivo sobreendeudamiento de la sociedad, con el consiguiente daño social, que determinó a la postre y reflejamente el impago definitivo de la obligación asumida.”

Finalmente, aún con un resultado ignoto por el anuncio de recurso formulado por la entidad financiera afectada, hemos de destacar el famoso Auto de la Sección 2ª de la AP Navarra considera que *no es procedente la prosecución de una ejecución, cuando el valor de la finca, no obstante el resultado de la subasta, es suficiente para cubrir el principal de la deuda reclamado, encontrándose encima de dicho principal, siendo circunstancial el que la subasta, al haber resultado desierta, sea adjudicada a una cantidad muy inferior, pues lo cierto es que el banco se adjudica una finca que él mismo valoraba en una cantidad superior a la adeudada por el préstamo, salvo intereses y costas.* Acierta el tribunal al ratificar la resolución de instancia cuando rechaza el argumento esgrimido por el banco referido a la pérdida de valor de la finca que servía de garantía del préstamo. Efectivamente, tal y como se razona, *moralmente es rechazable que se alegue para intentar continuar la ejecución la pérdida de valor de la finca que servía de garantía al préstamo (...) que fue fijado por la entidad bancaria ejecutante, o cuando menos aceptado, siendo que dicha pérdida de valor es directamente achacable a la crisis económica, fruto de la mala praxis del sistema financiero, que aún cuando no quepa atribuirle directa y especialmente al banco ejecutante, si que no deja de ser una realidad que forma parte de los protagonistas del sistema, y de ahí que resulte especialmente doloroso que la alegación que justifica su pretensión esté basada en unas circunstancias que han suscitado una gran sensibilidad.*

De los pronunciamientos judiciales expuestos podemos concluir sin excesivas dificultades que no existe en nuestro ordenamiento, ni en nuestra judicatura, en términos generales, la más liviana interiorización de la gravedad de la situación de sobreendeudamiento que pesa sobre miles de familias españolas y que en todo caso, de existir este queda irremisiblemente asociado a un sujeto empresarial o se presenta como una tesis absolutamente minoritaria. Sin duda no es achacable a nuestros jueces y tribunales esta falta de sensibilidad, cuando por imperativo de la división de poderes no corresponde a éstos la elaboración de las normas, pero tampoco merecen ninguna loa cuando ante tantos miles de procesos de reclamación de deudas contra consumidores y usuarios no hemos sido capaces tras un riguroso examen de las bases de datos jurídicas de mayor prestigio de encontrar la más fugaz referencia a este fenómeno que nuestros vecinos galos son capaces de elevar al mismo Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo.

8.2. Respuesta judicial.



Constatada ya la escasa interiorización por la judicatura de la realidad del sobreendeudamiento, resta evaluar con los instrumentos procesales y sustantivos que puede tener a su alcance el consumidor sobreendeudado cual puede ser la respuesta jurídica de nuestros tribunales ante las reclamaciones económicas soportadas por los usuarios con motivo del impago de sus deudas. Examinado un amplio repertorio jurisprudencial se constata la invocación reiterada de dos vías: la declaración de abusividad de condiciones generales de la contratación y la moderación judicial ex art. 1154. Por el contrario resulta decepcionante la parca experiencia cosechada tras la Ley Concursal.

8.2.1. Control judicial de la abusividad de las cláusulas contractuales.

La contratación es una de las primeras muestras de evolución y pacífica convivencia del ser humano. Gayo afirmaba que el contrato se celebraba por el simple intercambio de una pregunta y una respuesta (*interrogatio et responsio*).

Hoy, la *stipulatio* y *obligatio verbis* que también Ulpiano articulaba a través del entendimiento y negociación de dos partes, no son más que dos históricas referencias de los anales de nuestro derecho si las referimos a la contratación con consumidores. El consagrado principio de autonomía de la voluntad de las partes que el progresista Alonso Martínez supo plasmar en el aún vigente artículo 1255 del Código Civil, auténtico faro en el océano del Derecho Privado, no es hoy más que una canción épica, incapaz de embelesar al más romántico empresario.

Con objeto de preservar ese equilibrio entre las partes y los legítimos intereses económicos de los consumidores, la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación sanciona como abusivas aquéllas condiciones generales que en contra de la buena fe generan un desequilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes.

Pese a la tenue actuación administrativa en este campo, pues no deja de sorprender que tras ocho años en vigor de la norma la Administración General del Estado tan sólo haya desarrollado una acción judicial de nulidad (SAP de Madrid de 8 de septiembre de 2005), la norma si ha sido empleada de modo profuso por particulares y asociaciones de consumidores manifestándose como un instrumento eficaz para la protección de los consumidores.

Con relación a nuestro estudio, podemos destacar algunas resoluciones relevantes que cercenan de los contratos celebrados con consumidores determinados tipos de cláusulas que suponían una reclamación excesiva de cantidad, pudiendo constituirse por ello en instrumentos útiles para aminorar deudas excesivas. Así podemos destacar las siguientes:

a) Nulidad de clausulado establecedor de indemnizaciones desproporcionadamente altas para el consumidor que no cumpla sus obligaciones. Moderación judicial de la deuda.

- La SAP de Barcelona de 10 de marzo de 2004 expresa su parecer del siguiente modo:

“Por supuesto una cláusula de carácter penal, tiene que desincentivar el incumplimiento y es lógica que sea más onerosa. Pero esa onerosidad tampoco puede ser desproporcionada cuando estamos hablando de un contrato de adhesión con consumidores, siendo de aplicación lo dispuesto en arts. 10.1.c y 10 bis. 1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RCL 1984\1906), en relación a la cláusula 3ª del listado contenido en la disposición adicional primera de dicha Ley que considera abusivas las cláusulas contenidas en contratos de adhesión y que impongan «una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor que no cumpla sus obligaciones». Por lo expuesto, y estimando abusivo dicho recargo de morosidad en perjuicio del consumidor de productos financieros, se procederá a moderar –al amparo del art. 10 bis.2 de la citada Ley– el porcentaje de dichos intereses moratorios, reduciéndolos al 23,07% anual, resultado de incrementar en un 50% el TAE remuneratorio fijado en el contrato (15,38%) que consideramos más ajustado, tanto a las condiciones del contrato como al período en que fue suscrito”.

- La SAP de Palencia de 14 de noviembre de 2002 observa similar falta de reciprocidad declarando parcialmente nula la cláusula penal impuesta al consumidor.

“En el contrato objeto de autos, y concretamente en la cláusula discutida, lo que se contenía era una cláusula penal en la que estaba ya prevista de antemano la indemnización que el alumno tenía que pagar a la academia en el caso de que desistiera unilateralmente del contrato, dado que el alumno se obligaba a satisfacer el importe total del curso aunque no asistiera o no utilizara los medios que le ponían a su alcance, no teniendo derecho el alumno a solicitar devolución alguna. Tal cláusula penal se encuentra sometida a las prescripciones de la Ley de Consumidores y Usuarios de 1984, con las modificaciones introducidas por la Ley sobre Condiciones Generales de la



Contratación de 13 de abril de 1998, que obliga a los Jueces y Tribunales a estimar nulas de pleno derecho las cláusulas abusivas, hallándose entre éstas la previsión de una indemnización desproporcionalmente alta al consumidor que no cumple sus obligaciones, observándose además que tal cláusula no se corresponde con el principio de reciprocidad de las prestaciones, dado que no se contenía en el contrato una cláusula similar para el supuesto de que fuera la academia de inglés quien dejara de cumplir sus prestaciones (por ejemplo, devolviendo todo el dinero que hubiese recibido del alumno), y además es desproporcionada en cuanto a sus efectos: a pesar de que el contrato sea dejado sin efecto por el desistimiento unilateral de una de las partes, el efecto es que la indemnización de daños y perjuicios por tal desistimiento unilateral es el mismo que si el alumno hubiese aprovechado y disfrutado del curso, dado que tiene que pagar el importe íntegro del curso; por ello es por lo que estimamos que tal cláusula penal es abusiva y, en consecuencia, parcialmente nula.”

- La SAP de Asturias de 20 de diciembre de 2002, no duda en reputar abusiva por desproporcionada la cláusula de establecimiento de un interés de demora del 29%:

“En efecto, esta Sala ya en su reciente sentencia de fecha 7 de octubre de dos mil dos, en relación a un crédito al consumo de la propia entidad financiera actora tuvo ocasión de señalar, contemplando un interés de demora del 29% (similar al actual pues al 2.10 mensual ha de sumarse la comisión de otro 3% lo que supone un interés que excede del 28%) que el mismo había de reputarse abusivo desde el momento en que la Disposición Adicional Primera 1.3ª «in fine» de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , –a la que se remite el art. 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación aquí invocada– reputa cláusula abusiva a los efectos previstos en el art. 10 bis de la misma la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones» y a este respecto es evidente que, tomando como referencia para valorar la desproporción, los criterios instaurados por el Legislador para situaciones análogas en el art. 19.4 de la Ley del Crédito al Consumo, reflejado igualmente en el apartado V 29 de la citada disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, estableciendo como interés



máximo aplicable a los descubiertos en cuentas corrientes 2,5% veces el legal, ha de ser calificado de desproporcionado el citado tipo de interés de demora pactado al ser el mismo notablemente superior al que resultaría de aplicar el citado límite legal si se tiene en cuenta que en el año 1999, fecha en que se concertó el contrato el legal lo era el 4,25%. Siendo ello así, en uso de las facultades moderadoras que reconoce el apartado segundo del art. 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios se fijan los intereses de demora en el que resulta de aplicar 2,5 veces el legal de dinero vigente en cada momento.”

- La SAP de Asturias de 16 de octubre de 2002 declara también la abusividad de un interés remuneratorios y de demora del 34%.

“En el contrato de préstamo se estableció un interés nominal anual del 34% (TAE 39,23%) y un interés de mora también del 34% (TAE 39,83%), que resulta a todas luces desproporcionado y abusivo, muy por encima del normal del dinero y del habitual en las operaciones de crédito, siendo significativo que la propia Ley de Crédito al Consumo prevea como tipo máximo para los créditos que se concedan en forma de descubiertos en cuenta corriente, el que da lugar a una tasa anual equivalente a 2,5 veces el interés legal del dinero, tipo muy inferior al aquí pactado.”

- Idéntico razones esgrimen la SAP de La Coruña de 22 de octubre de 2002, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 8 de julio de 2002, SAP de Córdoba de 24 de mayo de 2002, SAP de Lleida de 14 de enero de 2002 o SAP de Navarra de 7 de febrero de 2000.

b) Nulidad de estipulación que determina el tipo de interés variable tomando como referencia los fijados por el grupo bancario al que pertenece la propia entidad, estableciendo por ello criterios de referencia no objetivos.

- SAP de Las Palmas de 20 de diciembre de 2003:

“De ahí que como viene sustentándose en numerosas resoluciones de otras Audiencias Provinciales, como las SSAP de Baleares, Seccs. 4ª y 5ª de 6.11.00 y 6.7.01, respectivamente, las de AP de Asturias de 14 de enero de 1998 y 20 de marzo de 1999, en casos análogos al que nos ocupa de determinación unilateral del interés,



cuya doctrina compartimos, las estipulaciones de las entidades bancarias por las que los tipos de interés se fijan sin referencia alguna a datos o parámetros de carácter objetivo contravienen lo dispuesto en el art. 10 c) 3º de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios). Son abusivas por ser contrarias al justo equilibrio de las contraprestaciones y de ahí que la nulidad de la cláusula litigiosa postulada por los apelantes haya de tener acogida por determinar una posición no equitativa en las posiciones de las dos partes contratantes (art. 10.4 LDCU)”

c) Nulidad de cláusula de redondeo al alza. Si bien es cierto que con razón este tipo de clausulado no será motivo determinante del sobreendeudamiento del consumidor, no lo es menos que su inclusión contribuyen a acrecentar el pasivo o deuda del consumidor por lo que merecen al menos su cita. Entre estas podemos recordar la SAP de Baleares de 17 de marzo de 2003, la SAP de Madrid de 10 de octubre de 2002 o a nivel de primera instancia, entre otras la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid nº 2 de 25 de octubre de 2002 o la del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona nº 21 de 17 de octubre de 2003.

8.2.2. Vicio en el consentimiento.

En ocasiones, resulta significativa la suscripción por parte de los consumidores de determinados productos financieros con ausencia de conocimiento real de las condiciones que llevan implícitas mercede a un silenciamiento u omisión de información relevante por parte del oferente.

Con base a este déficit de información merecen destacarse algunas sentencias que sobre el artículo 1265 CC determinan la existencia de vicio en el consentimiento en casos en los que el consumidor se ha visto inducido a fuertes pérdidas. Citaremos a título ilustrativo las siguientes:

- SAP de Soria de 12 de febrero de 2004:

“El sector bancario es un sector caracterizado por la utilización generalizada de contratos de adhesión, con unas condiciones generales unilateralmente redactadas por las entidades financieras, que han de ser aceptadas en bloque por el cliente si éste quiere obtener el servicio solicitado, sin posibilidad de discusión, salvo, naturalmente, en los contratos celebrados por dichas entidades entre sí, o los contratos concertados con grandes empresas o corporaciones, dado el equilibrio en la posición de las partes.



En concreta relación con el sector de la contratación bancaria, ya decía el profesor Garrigues en su clásica obra «Contratos Bancarios» que las condiciones generales crean un marco dibujado a gusto del banco y precisamente para conseguir descargar sobre el cliente todos los hechos que puedan originar daño o responsabilidad –condiciones generales oscuras y sorpresivas, decisiones unilaterales, instrumentos jurídicos privilegiados, desplazamientos de riesgos propios de la actividad empresarial, etc.–, no siempre acordes con el art. 14 de la Constitución, y que traen como consecuencia una cierta cultura del «dónde hay que firmar» del ciudadano que carece de conocimientos de derecho mercantil o matemática financiera, conocimientos que no cabe presumir en la actora que desempeña su profesión de Procuradora de los Tribunales en esta ciudad (...).

Pese a ello, nada se dice en el, a nuestro juicio alambicado, contrato firmado por la actora, sobre el riesgo elevado, la pérdida del depósito, o sobre el precio de las acciones que se obligaba a comprar, lo que no encaja con el alto conocimiento de la actividad financiera que la parte recurrente atribuye a la parte actora, y que la Juez de la Instancia con gran capacidad de síntesis traduce en que: «si había pérdidas las sufre el cliente, y si hay ganancias éste no obtendrá más que el interés garantizado por el depósito».

De todo lo anterior deducimos que existió un error esencial e inexcusable al presentarle a la actora la firma de un contrato de depósito, cuando lo que realmente firmaba, y así lo dice el propio folleto informativo de la entidad bancaria, era un contrato financiero atípico de alto riesgo, lo que no se desprende del contrato suscrito. Dicho error fue derivado de la existencia de datos desconocidos por la actora, pues nada se decía claramente de poder perder el dinero depositado, y ésta tampoco lo pudo averiguar con más diligencia ya que a la complejidad del contrato no podía sumarse el que tuviese que conocer forzosamente lo referido por el folleto informativo, quedando suficientemente acreditado que no se le entregó el folleto informativo pese a ser obligatorio –declaración de la empleada del banco–.

En definitiva no podemos sino concluir con la nulidad del contrato a que hacen referencia las actuaciones y ello porque no se han respetado las exigencias de claridad, sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en el contrato suscrito con la parte actora, tal y como establece el art. 10 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios”.

- La SAP de Santa Cruz de Tenerife de 3 de octubre de 2003, siguiendo la línea marcada por su predecesora de 16 de

noviembre de 2001, acoge similar argumento en beneficio de otra usuaria, pronunciándose del modo siguiente:

“Por lo expuesto, el análisis del contrato determina su consideración de nulo de pleno derecho, por vicio del consentimiento (artículos 1261, 1265 y 1266, todos del Código Civil), al haberse formado en la parte actora, como se desprende de los hechos de la demanda, un equivocado conocimiento de lo que realmente adquiriría –tanto de algunas de sus condiciones esenciales como accesorias–, consecuencia de la falta de información o de los defectos apreciados en ella (en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1989”.

8.2.3. La parca experiencia de la reciente Ley Concursal como remedio del sobreendeudamiento de los consumidores.

La experiencia cosechada tras la entrada en vigor de la Ley Concursal que ofrecía abrir las puertas a una posible solución de consumidores sobreendeudados no puede ser más desoladora. El fracaso como mecanismo accesible a los consumidores para solventar sus situaciones de sobreendeudamiento no puede resultar mayor. Basta acudir a las estadísticas judiciales ofrecidas por el INE, correspondientes al año 2010, para corroborar la ínfima aplicación de la norma por los consumidores. Así, podemos observar que tan solo se declararon en España 905 concursos de persona física sin actividad empresarial. Frente a ello, informa el Consejo General del Poder Judicial que en 2010, las ejecuciones hipotecarias con resultado de embargo se incrementaron un 234% en 2009, recayendo principalmente en las clases medias. Y en 2010, ascendieron a 93.622 procedimientos judiciales





Estas cifras contrastan con el número de procedimientos concursales desarrollados por personas físicas en los Estados de nuestro entorno. Así, tal y como reseñan CUENA CASAS y COLINO MEDIAVILLA¹¹⁶ en Alemania en el año 2007, se formularon 164.597 concursos, de los cuales 105.000 lo fueron de consumidores. En Francia, desde la entrada en vigor de la norma y hasta finales de diciembre de 2006 ya se habían registrado 2.031.868 demandas de consumidores ante las diferentes comisiones y en Estados Unidos superó el millón y medio en el año 2005.

Desde la pionera sentencia judicial de un Juzgado de lo mercantil nº 3 de Barcelona en fecha de 29 de diciembre de 2004, apenas ha habido un empleo generalizado por parte de los usuarios sobreendeudados en contraste con el crecimiento de ejecuciones dinerarias por parte de las entidades financieras.

Transcribimos parte de la fundamentación jurídica de la sentencia reconocedora de la declaración de concurso presentada por el matrimonio catalán.

“En el supuesto de autos ambos solicitantes ponen de manifiesto su situación de insolvencia actual, han hecho la designa apud acta y aportan certificados de nacimiento y de matrimonio, memoria de las circunstancias que han determinado la situación de insolvencia, inventario de bienes y derechos y la lista de acreedores.

Tal y como exige el artículo 14 de la LCon, cuando la solicitud la hubiera presentado el deudor el Juez ha de dictar el auto en el que se declare el concurso cuando de la documentación aportada resulta – de su apreciación en conjunto – la existencia de alguno de los hechos que acreditan la insolvencia alegada por el deudor. En este caso el deudor reconoce que su situación de insolvencia, aporta una relación de acreedores en la que consta un pasivo total de 163.750’14 €, de los que en su parte fundamental se corresponde con créditos laborales y de la Hacienda Pública y la Tesorería de la Seguridad Social, con un activo declarado ligeramente superior a los 7.000 €. Estas circunstancias unidas a los hechos referidos en la memoria permiten considerar acreditado el presupuesto objetivo del concurso, es decir, la situación de insolvencia del deudor”.

¹¹⁶ CUENA CASAS, C. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (Coords). *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*. Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 21.

9. CONCLUSIONES.

Resulta obligado, ofrecer algunas conclusiones del análisis realizado. A tal efecto merecen destacarse las siguientes:

- El sobreendeudamiento del consumidor en España se ha abordado tradicionalmente desde ópticas ajenas al derecho, fundamentalmente desde el prisma sociológico, siendo preciso profundizar en su análisis jurídico.
- Careciendo en nuestro derecho positivo de cualquier regulación del sobreendeudamiento resulta imposible delimitar qué debe entenderse en consecuencia por consumidor sobreendeudado, configurándose como una cuestión abierta y sujeta exclusivamente a la voluntad política que el legislador quisiera desarrollar.
- Siendo conocedor el empresario de los riesgos que asume en el otorgamiento de financiación, resulta inadecuado traspasar al consumidor en exclusiva las consecuencias perjudiciales de su sobreendeudamiento, toda vez que ese riesgo es previamente conocido y valorado por el prestamista, quien además podrá quebrar la confianza que el deudor depositó en la entidad crediticia que sin advertirle del riesgo aceptó su solicitud.
- A nivel comunitario no se ha logrado una regulación unitaria del fenómeno del sobreendeudamiento. No obstante es práctica común en nuestro entorno comparado la existencia de procedimientos particulares para afrontar estas situaciones. En España carecemos de recursos jurídicos similares.
- La reciente propuesta de Directiva sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, que comienza ahora su discusión por el Consejo y Parlamento, si bien merece su apoyo en la motivación y objetivos que manifiesta, resulta un tanto desoladora en el descenso a la lectura de su texto articulado, pues al margen del reforzamiento de los cánones impuestos a la publicidad financiera y fomentar la competencia -siempre deseable-, realmente no hace sino desarrollar el principio de prácticas desleales, ya prevista en el artículo 5.2 de la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo, que debiera aplicar todo *bonus argentarius*. La propuesta de Directiva, ni establece una corresponsabilidad concreta de las entidades financieras que resulte tangible para el usuario, al margen del abierto régimen de sanciones dispuesto por el artículo 24, ni lo que es más



importante, tampoco aborda el problema del sobreendeudamiento pasivo, determinado por la aparición de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que impidan hacer frente a los compromisos económicos adquiridos (desempleo, crisis matrimonial, enfermedad, muerte...).

- Hasta el momento los limitados esfuerzos normativos desarrollados en relación con el sobreendeudamiento se han enfocado más hacia la prevención del mismo antes que a su saneamiento.
- La exigencia de una mayor claridad y transparencia en la publicidad, el derecho de desistimiento o revocación en determinadas adquisiciones (aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, viajes combinados, ventas a distancia, ventas a plazos de bienes muebles o seguros de vida), la prohibición de percepción de anticipos en sectores que se han manifestado problemáticos en este aspecto (aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico), la facultad de reembolso anticipado, la existencia de ficheros de solvencia patrimonial, la subrogación de créditos con objeto de obtener condiciones más favorables por el consumidor que en las en su día concertadas o en último extremo la incapacitación en procedimientos de prodigalidad son las medidas preventivas vigentes más destacadas en nuestro derecho.
- Hay que lamentar la desaparición de la medida precautoria existente durante tantos años en nuestra Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles de imposición de un desembolso inicial de cantidades como instrumento útil para la asunción irresponsable de deudas.
- La posibilidad de establecer sistemas de autolimitación a la financiación, si bien es obvio que tampoco solucionará el problema del sobreendeudamiento y su utilidad quedará restringida a las patologías de compra compulsiva, podría contribuir positivamente al control desordenado de gastos por este tipo de usuarios. Sistemas de exclusión voluntaria ya son habituales en otros órdenes desde las conocidas listas *robinson* a las limitaciones de acceso solicitadas por los propios ludópata a casino o salas de juego.
- Nuestro ordenamiento jurídico carece actualmente de instrumentos eficaces para auxiliar al consumidor sobreendeudado. Antes bien, llama la atención que los



escasos recursos que dispone el usuario obedezcan a la preocupación del legislador preconstitucional, del siglo pasado o aún del anterior (Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 1965, Ley de Represión de la Usura de 1908, Código Civil de 1888 o mínimo inembargable derivado de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881).

- En contra de lo anterior contrasta el esfuerzo normativo desarrollado para agilizar el cumplimiento expeditivo y sin dilaciones de las obligaciones pecuniarias (juicio ejecutivo, juicio cambiario, procedimiento monitorio).
- Excepto en el procedimiento monitorio, en los restantes cauces legales de ejecución de deudas el consumidor tiene tasadas las causas de oposición, resultando intrascendente averiguar la razón de ese sobreendeudamiento o la situación en la que finalmente pueda encontrarse el consumidor.
- Sería más que deseable la ampliación a cualquier operación de financiación de la facultad extraordinaria moderadora prevista por el artículo 11 LVPBM que permite al órgano judicial de modo excepcional y por justas causas apreciadas (desgracias familiares, accidentes de trabajo, paro, larga enfermedad u otros infortunios) el señalamiento de nuevos plazos o alterar los convenidos, así como la moderación de las cláusulas penales.
- El establecimiento de este tipo de previsiones legales debe venir evidentemente acompañado de instrumentos procesales hábiles para su efectiva aplicación.
- Existe actualmente una tímida percepción en nuestra judicatura del fenómeno del sobreendeudamiento, que se hace eco de la demanda de medidas legislativas concretas que ofrezcan soluciones a los usuarios sobreendeudados. El legislador y de modo correlativo la judicatura viven en la inmensa generalidad ajenos a la clamorosa demanda judicial que exige una regulación del sobreendeudamiento.
- La respuesta judicial a situaciones de sobreendeudamiento está inevitablemente condicionada por la ausencia de un marco jurídico que regule este fenómeno, por lo que su intervención se ha desarrollado hasta la fecha fundamentalmente con base al control de cláusulas abusivas o vicio en el consentimiento, con alguna notable excepción de ignoto final, de la mano de la adjudicación en pago en el caso



de ejecuciones sobre bienes inmuebles con garantía hipotecaria.

- El legislador debería establecer la obligatoriedad de otorgar carta de pago, con independencia de cuál sea el proceso de ejecución elegido por el acreedor para ejecutar la garantía real ante el incumplimiento de la obligación garantizada por el deudor, cuando el acreedor ejecutante, ante la ausencia de postores en la subasta judicial, se adjudica el bien hipotecado o pignorado. Ello implicaría la conveniencia de modificación de los artículos 651 y 671 LEC y art. 236 del Reglamento Hipotecario. Así mismo, es preciso un mayor esfuerzo en la difusión pública de los procedimientos ejecutivos para permitir el acceso por terceros interesados a la puja de la subasta.
- La ley concursal ha supuesto sin duda una modificación necesaria de nuestro añejo repertorio jurídico. Si bien es cierto que se presenta según su articulado inicial como un instrumento para el posible saneamiento económico de cualquier deudor (empresario o consumidor), no lo es menos que de su desarrollo se infiere su vocación claramente mercantilista, resultando no ya inocua, sino perjudicial para los consumidores (v.gr., arts. 47, 56, 77, 78, 100, 190). La vigente Ley Concursal se manifiesta como un instrumento normativo inhábil para la protección del consumidor, que nada aporta al usuario sobreendeudado. Es precisa una severa reforma de la norma, o la promulgación de una norma específica que tutele al consumidor sobreendeudado.
- Debe otorgarse una segunda oportunidad (*fresh start*), a los deudores honestos sobreendeudados (sobreendeudamiento pasivo), como principio básico para el saneamiento de las familias en quiebra, al tiempo que reforzarse la protección de éstos frente a la pérdida de su vivienda, ponderándose todas las circunstancias concurrentes al despojar al consumidor endeudado de la pérdida del hogar familiar con las dramáticas consecuencias que ello implica.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A. *El enriquecimiento sin causa*, Granada, 1993.
- ALPA G. *Derecho del consumidor*, Lima, 2004.
- ANDREU MARTI, M^a M. *La protección del cliente bancario*. Madrid, 1998
- ARROYO APARICIO, A. *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Navarra, 2003
- BALDO DEL CASTAÑO, V. *Régimen jurídico de las ventas a plazos: particular estudio de sus garantías*, Madrid, 1974.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO y SALAS HERANDEZ, J. (Coords.) *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992
- BLANQUER UBEROS, R. *Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones*, en *La nueva ley concursal –Estudios de Derecho Judicial nº 59-*, Madrid, 2005
- CAPEROCHIPI ALVAREZ, J.A. *El enriquecimiento sin causa*, Granada, 1993.
- CCU, *El sobreendeudamiento de los consumidores de servicios financieros*. Madrid, 2001.
- CES, *Los derechos del consumidor y la transparencia del mercado (Informe 1/1999)*, Madrid, 1999.
- CONSUMER, *Compra compulsiva. El autocontrol nos hace más libres* en *Consumer nº 61*, diciembre 2002.
- CORDÓN MORENO, F. (Dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Cizur Menor, 2004.
- CUENA CASAS, C. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (Coords). *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*. Cizur Menor (Navarra), 2009.
- DIEZ PICAZO, L y GULLÓN A. *Sistema de Derecho Civil. Vol. II*, Madrid, 1989.
- FABREGA PONCE, J. *El enriquecimiento sin causa, 2 Tomos*, Santa Fe de Bogotá, 1996.
- FAURA, I. *Consumidores activos*, Barcelona, 2002



FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A., RIFÁ SOLER, J.M^a y VALLS GOMBAU, J.F. *El juicio ejecutivo*, Madrid, 1997.

FERNÁNDEZ CARRON, C. *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, Cizur Menor, 2008.

FERRANDO VILLALBA, M^a.L. *Las comisiones bancarias. Naturaleza, requisitos y condiciones de aplicación*. Granada, 2002

GARCÍA CANTERO, G. *Préstamo, usura y protección de los consumidores*, en Actualidad Civil nº 3. Madrid, 1989

GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J.A. *Préstamo, usura y protección de los consumidores*, en la Revista de Derecho Bancario y Bursátil nº 30, Madrid, 1998

GINER PARREÑO, C. *Las repercusiones de la Ley Concursal para la defensa de los consumidores*. Madrid, 2003

GONZALEZ CASTILLA, F. *La protección del consumidor de crédito en los contratos vinculados*, en Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias –Estudios de Derecho Judicial nº 55–, Madrid, 2005.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. *El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución*. Cizur Menor, 2009.

LLAMAS POMBO, E. (Coord.) *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*, Madrid, 2005

LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *El proceso monitorio*. Madrid, 2000

MALUQUER DE MOTES, C.J. *Protección de los consumidores: el crédito al consumo y los contratos vinculados*, en Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, V.II, Madrid, 2003

MENDEZ TOMAS, R.M. y VILALTA NICUESA, A.E. *El enriquecimiento injusto*. Barcelona, 2000

MUNAR BERNAT, P.A. *La regulación española de la «Multipropiedad»*, Navarra, 2003

NIETO CAROL, U. (Coord.). *La Venta a Plazos de Bienes Muebles*, Madrid, 2000

OCAÑA RODRIGUEZ, A. *Garantía de la venta a plazos y contrato de leasing*. Madrid, 2001,



PASQUAU LIAÑO, M. *Propuestas para la protección jurídica de los consumidores en materia de créditos al consumo: medidas de prevención y de solución de los problemas derivados del sobreendeudamiento*, en Estudios sobre Consumo nº 18, Madrid, 1990

PEREZ GARCÍA, P.A. *La información en la contratación privada*, Madrid, 1990.

PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil, Tomo II, Vol. III*. Barcelona, 1983

RODRIGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. “La protección del consumidor en la Constitución española de 1978. Notas para un debate”, en Revista General de Derecho, Nº 678, Madrid, 2001.

SAMPERE NAVARRO, A. *A propósito del caso Elsner-Lakeberg ¿Cañonazos contra moscas, o salvas para mariposas?*, en Actualidad Jurídica Aranzadi nº 637, de 23 de septiembre de 2004

SANZ LOPEZ, F.J. *El “caso Opening”. Una visión práctica sobre la Ley de Crédito al Consumo*, en La protección al consumidor en la normativa bancaria – Cuadernos de Consumo nº 9, Zaragoza, 2003.

TOMILLO URBINA, J. (Dir.). *El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección de los Consumidores*, Cizur Menor, 2008.

TRUJILLO DIEZ, I.J. *El sobreendeudamiento de los consumidores*, Granada, 2003.

URUEÑA MARTINEZ, M. *Los intereses excesivos en los contratos de financiación con consumidores: un problema de concurrencia normativa*, Septiembre de 2003. <http://www.uclm.es/cesco/investigacion/9.pdf>

USON DUCH, L (Coord.). *La nueva Ley Concursal*. Barcelona, 2003

VVAA. *El sobreendeudamiento de las familias españolas, Colección Informes de CEACCU nº 20*, Madrid, 2001.

VVAA, *Adicción a la compra. Análisis, evaluación y tratamiento*, Madrid, 2002.

VVAA, *El sobreendeudamiento de las familias*. Valencia, 2002.

VVAA. *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, 2004

VVAA, *La nueva ley concursal*, Vol. I, 2005.



VVAA. *El consumidor ante la crisis económica: vivienda, mercado hipotecario y concurso (Actas de la reunión científica celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, 12-13 de noviembre de 2009)*, A Coruña, 2010.