



FACULTAD DE DERECHO

Los derechos del deudor honesto pero desafortunado en el Estado social español

Autor: Mónica Huaying Su Hou

5º E3 Grupo D

Derecho Constitucional

Tutor: María Macías Jara

Madrid

Junio 2020

Resumen

El objetivo de este Trabajo Fin de Grado es llevar a cabo un estudio de la figura del deudor honesto pero desafortunado, tratándose de un sujeto que es incapaz de hacer frente a sus deudas debido a la pérdida de ingresos económicos provocado por un arduo escenario económico. Estos deudores fueron sacudidos por la anterior crisis financiera, que dejó a las familias y empresarios españoles en una situación insostenible de quiebra e insolvencia. Se examinan sus derechos recogidos en la Constitución, además de aquellas medidas que el legislador desarrolla en el ordenamiento jurídico para su protección, desde el respeto a su dignidad, el derecho al ingreso mínimo vital, o su derecho a una “segunda oportunidad”. Se pone de manifiesto la desprotección del deudor en el pasado, las salidas de la insolvencia de las que dispone dentro del actual ordenamiento jurídico, y se concluye con una propuesta de soluciones a los problemas que persisten a día de hoy, especialmente en el derecho de insolvencias nacional.

Palabras clave

Deudor honesto pero desafortunado, sobreendeudamiento, insolvencia, ingreso mínimo vital, ejecución hipotecaria, tutela judicial efectiva, mecanismos preconcursales, segunda oportunidad.

Abstract

The purpose of this final degree project is to study the honest but unfortunate debtor, being this a person that is incapable of paying their debts as a result of losing their income source due to difficult economic situations. These debtors were highly shaken by the last financial crisis, which left Spanish families and entrepreneurs in an unsustainable situation of bankruptcy and insolvency. This paper examines their rights under the Spanish Constitution, in addition to the new measures that the legislator developed in the legal system for the sake of their protection, varying from the respect of their dignity, the right to a minimum living income, or the right to have a “fresh start”. The lack of protection to the debtor in the past is highlighted, as well as the remedies provided by the current legal system. The paper concludes with a proposal of solutions that persist problems in the national insolvency law.

Key words

Honest but unfortunate debtor, over-indebtedness, insolvency, minimum core income, foreclosure, effective judicial protection, pre-bankruptcy mechanisms, fresh start.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN.....	3
PALABRAS CLAVE.....	3
ABSTRACT	4
KEY WORDS.....	4
ACRÓNIMOS	6
1. INTRODUCCIÓN	7
2. ESTUDIO DE LA FIGURA DEL DEUDOR.....	11
2.1. EL DEUDOR HONESTO PERO DESAFORTUNADO.	11
2.2. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DEL DEUDOR HONESTO PERO DESAFORTUNADO Y EL MÍNIMO VITAL.....	15
3. LA DEUDA HIPOTECARIA COMO PRINCIPAL OBLIGACIÓN DE PAGO DEL DEUDOR Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.	23
3.1. LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y LA DESPROTECCIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO.....	24
3.2. ESTUDIO DE LA RELACIÓN ENTRE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (ARTÍCULO 24 CE) Y EL DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA (ARTÍCULO 47 CE).....	27
- <i>La doctrina del Tribunal Constitucional español.</i>	27
- <i>El Derecho Europeo y la protección del deudor hipotecario como consumidor.</i>	30
4. SUPERACIÓN DE LA INSOLVENCIA DEL DEUDOR COMO PERSONA FÍSICA: LOS PLANES DE REFINANCIACIÓN DE DEUDA Y EL MECANISMO DE LA SEGUNDA OPORTUNIDAD.....	36
4.1. INSTRUMENTOS PRECONCURSALES Y SOLUCIONES ALTERNATIVAS AL CONCURSO: LA REFINANCIACIÓN DE DEUDAS Y LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGO.	37
4.2. EL MECANISMO DE LA SEGUNDA OPORTUNIDAD: EL BENEFICIO DE LA EXONERACIÓN DEL PATRIMONIO SATISFECHO (BÉPI) DEL DEUDOR PERSONA FÍSICA... ..	41
4.3. APUNTE SOBRE LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/1023.	45
5. CONCLUSIONES.	47
BIBLIOGRAFÍA:.....	51

ACRÓNIMOS

AEP: Acuerdo extrajudicial de pagos

Art: Artículo

ASUFIN: Asociación de Usuarios Financieros

CC : Código Civil

CCom: Código de Comercio

CDFUE: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

CE: Constitución Española

CES: Consejo Económico y Social

D.A: Disposición Adicional.

ERTE: Expediente de regulación temporal de empleo

FD: Fundamento de derecho

FJ: Fundamento jurídico

INE: Instituto Nacional de Estadística

IMV: Ingreso Mínimo Vital

LC: Ley Concursal

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LSO: Ley 25/2015, de segunda oportunidad.

RDL: Real Decreto Ley

RDLeg: Real Decreto Legislativo

RGI: Renta de garantía de ingresos

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

1. Introducción

A mediados de enero, se dieron los primeros casos de COVID-19 en la ciudad de Wuhan, China. Ello ha causado una pandemia mundial, siendo España uno de los países más afectados. La crisis sanitaria ha provocado el colapso del sistema sanitario, causando el fallecimiento de veintiocho mil españoles. Como resultado el Gobierno decretó el estado de alarma durante noventa y ocho días, paralizado la economía del país. La verdad es que las familias y empresarios españoles no se han recuperado en su totalidad de la dura crisis que sacudió al mundo hace escasos doce años, quedando aún signos de los estragos ocurridos, y ya necesitan hacerle frente a una nueva recesión.

En la crisis económica del 2008, las familias y las compañías españolas se encontraban en una desmesurada situación de sobreendeudamiento, que desembocó en la insolvencia e iliquidez de los ciudadanos. Una cultura de consumo irresponsable, la concesión sin control de préstamos hipotecarios y créditos personales por parte de las entidades financieras, y el ciego positivismo causado por la prosperidad económica son las causas de este fenómeno de deuda, que ha provocado una recuperación económica lenta y en muchos casos, hasta dolorosa. Estos preocupantes niveles de pasivo habían sido señalizados por profesionales en reiteradas ocasiones anteriores a la crisis, como en el trabajo “El endeudamiento de los hogares españoles” del Banco de España de 2003, en el que ya se observaba que “la deuda de las familias ha aumentado significativamente por encima de lo que ha hecho su renta” (Del Río, 2003). Sin embargo, se optó por ignorarlo y seguir permitiendo el estímulo positivo al préstamo irresponsable (Cuenca Casas, 2014), primándose de alguna manera el rendimiento de las entidades financieras por encima del bienestar de los ciudadanos. Como resultado, la recesión económica provocó la pérdida de una fuente estable de ingresos de un amplio número de personas, surgiendo así un alto número de deudores incapaces de hacer frente a su alto nivel de deudas.

Ciertamente, el artículo 1254 CC dicta que un contrato existe desde que las partes contratantes consienten obligarse por el mismo, de manera que se trata de un documento vinculante para las partes que han hecho una promesa de dar una cosa u ofrecer un servicio, a cambio de una prestación en muchos casos dineraria. Surgen obligaciones para ambas partes contratantes, y el contrato se convierte en la ley que rige esa relación contractual (art. 1091 CC). La parte que incumpla esta promesa, es responsable con sus

bienes presentes y futuros frente a sus acreedores por el principio de responsabilidad patrimonial universal, siendo este el principal pilar del derecho patrimonial (Hernández Rodríguez, 2015, p.55).

Sin embargo, aunque la ley debe de ser un conjunto normativo rígido y neutral, resulta irrazonable que el legislador no tenga en cuenta las dificultades por las que pasa una personas y su efecto en el conjunto de la sociedad, ya que en ocasiones hay ciertos sectores de la población que necesitan una mayor protección. El presente trabajo pretende hacer un estudio de estas personas que dejan de poder pagar las cuotas que estipulan sus contratos de préstamo en una situación de dificultad económica sobrevenida fuera de su control, y se convierten en sujetos deudores. En este caso ¿sería justo que el impago de las deudas provoque la persecución de sus bienes hasta conseguir una sentencia de pago sin límite temporal, o lo que es lo mismo, su exclusión social? Esta persona denominada en ciertos ordenamientos jurídicos “deudor honesto pero desafortunado”, es ante todo un ser humano y sujeto de una serie de derechos fundamentales recogidos en la Carta Magna, derechos inalienables e inherentes a su dignidad.

La crisis económica provocó la ruina e insolvencia de un gran número de personas, provocándoles incapacidad de hacer frente a sus deudas. Sin duda, la principal deuda del ciudadano medio es el préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda habitual, considerada su decisión de inversión más importante¹. La burbuja inmobiliaria y el gran volumen de ventas de viviendas en el periodo pre-crisis, llevó consigo el incremento de las hipotecas contratadas a precios cada vez más altos. Además, estos contratos de préstamo hipotecario incluían cláusulas abusivas, que los ciudadanos desconocían al carecer de conocimientos financieros básicos. Muchos de estos particulares y pequeños empresarios se encontraron ante la tesitura de no poder hacer frente al pago de sus cuotas hipotecarias, llegando en ciertos casos a perder el techo bajo el que viven. Esta pérdida fue provocada por un procedimiento abusivo de ejecución hipotecaria en el que, durante años, el deudor hipotecario se encontraba desprotegido sin una plena tutela judicial efectiva, dando una clara ventaja a las entidades financieras. Fueron necesarias sendas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la consecución de la efectiva tutela

¹ *Vid.* Libro Blanco de la Comisión sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión Europea (Bruselas, 18 de diciembre 2007 807 final, pág. 2).

judicial del deudor, uno de los derechos fundamentales de nuestra actual Constitución Española.

El artículo 13 de la Constitución Española de Cádiz ya dictaba en 1812 que “el objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen”. Los poderes públicos tienen el deber de “ofrecer las mejores soluciones posibles a todos los ciudadanos, a través de oportunas reformas encaminadas al bien común, a la seguridad jurídica y, en definitiva a la justicia” (Preámbulo de la Ley 25/2015, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social). Es por esto mismo por lo que desde el año 2008, se han implementado un gran número de reformas en el ordenamiento jurídico, de manera que han sido introducidos diferentes mecanismos que pretenden una mayor ayuda a los sujetos deudores y su salida de la insolvencia. Algunos ejemplos de ello son el Código de Buenas Prácticas de las entidades bancarias, el régimen de segunda oportunidad, o el recientemente aprobado ingreso mínimo vital.

El objetivo de este Trabajo de Fin de Grado es por tanto el estudio en detalle de la figura del “deudor honesto pero desafortunado”, como una persona física superada por dificultades económicas sobrevenidas, y como ser humano sujeto de derechos recogidos en la Constitución, el cual debe de ser protegido por los poderes públicos con adecuadas medidas. Asimismo, la finalidad es ilustrar de manera clara la desprotección del deudor en el pasado, las soluciones de las que dispone dentro del actual ordenamiento jurídico, y concluir con una propuesta de soluciones a los problemas que persisten a día de hoy. La temática del trabajo reviste de importancia en el actual escenario económico y social, ya que una rápida recuperación del país tras la crisis sanitaria dependerá en gran proporción de la protección y ayuda que se brinda a estos sujetos deudores.

La metodología utilizada para ello es la investigación jurídica, a través del análisis de legislación, doctrina y jurisprudencia, así como la revisión de artículos de revistas jurídicas, de prensa, y manuales académicos. Se presta especial atención a la legislación y jurisprudencia tanto en el ámbito nacional, como en el Derecho de la Unión Europea. Cabe destacar a su vez, que durante el periodo de elaboración del trabajo ocurren varios cambios en la legislación dada la inminente actualidad de la temática, incluidos en el análisis.

Para abordar el objetivo del trabajo se divide el mismo en tres grandes epígrafes. En primer lugar, se estudia la figura del deudor honesto pero desafortunado y sus derechos constitucionales, analizando con especial atención el derecho al ingreso mínimo vital. En segundo lugar, se pasa a estudiar detalladamente la problemática de la ejecución hipotecaria y la tutela judicial efectiva, al ser la hipoteca la principal deuda que suelen contratar los ciudadanos. Para finalizar, el último epígrafe detalla las soluciones que ofrece el ordenamiento jurídico español a estos deudores honestos pero desafortunados, para que puedan salir de su situación de insolvencia y desarrollarse libremente, en el ejercicio de sus derechos en el Estado social español.

2. Estudio de la figura del deudor.

Según la Real Academia Española “deudor”, del latín *debitor*, significa “que debe, o está obligado a satisfacer una deuda”. Asimismo, el concepto de deuda es definido como una “obligación que alguien tiene de pagar, satisfacer o reintegrar a otra persona algo, por lo común dinero.”

Cuando una persona contrae una deuda y no es capaz de proceder al cumplimiento de su obligación, se convierte en un sujeto deudor. En muchos casos, este no puede hacer frente a sus deudas porque es insolvente y no tiene fondos con los que pagar. El artículo 1911 de nuestro Código Civil de 1981 ilustra el principio de la responsabilidad de la responsabilidad patrimonial universal por el que “del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”. Así, el sujeto deudor puede acarrear con el impago de sus obligaciones toda su vida, e incluso dejar a sus descendientes en herencia sus deudas.

En este apartado se hace un estudio de una figura particular de deudor, siendo este una persona física sobreendeudada, que se enfrenta a dificultades económicas sobrevenidas: deudores que se ven abocados a la quiebra por no poder controlar sus cantidades adeudadas, por distintas razones, como la pérdida de empleo, reducción de jornada laboral, disolución-desaparición de su empleador, responsabilidades civiles sobrevenidas, y cualquier otra que reduzca, haga disminuir e incluso hagan desaparecer los ingresos económicos del deudor.

2.1. El deudor honesto pero desafortunado.

Este Trabajo pretende analizar de la figura del deudor como una persona física, superado por ciertas situaciones de extrema dificultad económica que causan su insolvencia. Se habla aquí de un deudor que actúa de buena fe o “deudor honesto pero desafortunado”. Dicho término proviene de la jurisprudencia americana, que en el asunto *Local Loan Co. Vs. Hunt* de 1934 reconocía un régimen para “liberar al deudor honesto del peso del endeudamiento opresivo, y permitirle comenzar de nuevo libre de sus obligaciones y responsabilidades resultantes de desgracias empresariales”. Esta sentencia americana de

hace ochenta y seis años reconoce que un sujeto que es honesto pero desafortunado, puede tener una nueva oportunidad en la vida y un campo claro para esforzarse en el futuro, sin la presión y el desaliento de la deuda preexistente (292 US 234,44).

En España, es difícil encontrar referencias a la figura del deudor honesto pero desafortunado, ya que se suele referir al mismo como deudor de buena fe. Dicho término es ambiguo, puesto que el artículo 1107 CC hace referencia a un “deudor de buena fe” en relación a su responsabilidad frente a daños y perjuicios, que suele entenderse que es aquel deudor que no actúa de forma dolosa (STS 362/2015, de 29 de junio del 2015). En ese caso, se está interpretando la buena fe conforme al concepto general que aparece recogido en el artículo 7 CC. Esta definición no encaja con el concepto de deudor superado por situaciones económicas de extrema dificultad del que trata este apartado. El sujeto aquí estudiado es aquel que aparece recogido en el artículo 178 bis apartado 3º de la Ley Concursal, que dicta que sólo se permite la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores a aquellos deudores de buena fe. Para este caso, aclara el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de julio del 2019, que en el caso de un empresario individual que entra en concurso de acreedores el deudor de buena fe se interpreta conforme al artículo 178 bis apartado 3º de la LC y no se vincula al concepto general del art 7.1 CC (Fundamento de derecho segundo STS 2253/2019, de 2 de julio).

La inexistencia de esta terminología en el ordenamiento jurídico español tiene su origen en el tratamiento negativo que ha tenido la insolvencia de un sujeto deudor desde siempre. Históricamente, dice Ignacio Sancho Gargallo, magistrado del Tribunal Supremo y especialista CGPJ Mercantil, “sobre el deudor insolvente recaía una sospecha de fraude (...); junto a su arresto se ordenaba que quedara roto el banco del insolvente en el mercado -de ahí el origen etimológico de la bancarrota- y se pronunciaba un bando por el que quedaba fuera de la Ley. Al deudor quebrado, comerciante, no se lo consideraba digno de crédito y no se contemplaba su rehabilitación, sino mediante el pago de sus deudas.” (Hernández Rodríguez, 2015).

Según Sanguino Sánchez (2003) ya desde el Derecho Romano (que tiene sin duda alguna gran influencia en el sistema español), “todas las leyes se han concebido y se han elaborado en beneficio del acreedor. Durante más de siete siglos, el acreedor adquirió el derecho de persecución sobre la persona del deudor para disponer de su vida o de su

libertad, como forma de satisfacer las obligaciones adquiridas”. El deudor era juzgado por un juez que le concedía treinta días para cumplir con su sentencia de pago. Si no hacía frente a su obligación, “el acreedor se apropiaba de la persona física de su deudor y lo volvía prisionero de sí, para que el pretor se lo adjudicara como un bien propio”. De esta cruel manera, el deudor perdía su estatus social, y pasaba a ser un esclavo de su acreedor como forma de pago.

Varios de los códigos de nuestro ordenamiento jurídico moderno han continuado, de manera más suave, con esta concepción negativa del deudor insolvente. El artículo 878 del Código del Comercio (CCom), vigente hasta el año 2003 tras la publicación de la Ley Concursal (Ley 22/2003, LC), dictaba que “declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes”. Además, según el artículo 921 del CCom (también derogado) sólo se permitía la rehabilitación de aquellos quebrados que han cumplido íntegramente con el pago de todas las deudas reconocidas en el momento de la quiebra. El régimen de inhabilitación mejora con la Ley Concursal, de manera que queda condicionado por la calificación de concurso de acreedores como fortuito o culpable, dictado en el artículo 172.2.2º LC. El régimen concursal español, debe aclararse, que ha sido criticada fuertemente por ciertos autores como Cuenca Casas por anteponer la máxima satisfacción de los acreedores, por encima de otros intereses involucrados en el concurso.

Esta posición no sólo de nuestra legislación histórica, sino también de la Doctrina mayoritaria, aplicable al deudor tradicional, y ahora al concursado insolvente sobrevenido, está muy alejada al criterio que sobre el deudor honesto, tiene el Derecho Europeo, y especialmente el Anglosajón.

Cabe recalcar que la característica fundamental de la figura del deudor que se analiza en este Trabajo es la buena fe u honestidad del mismo. No se defiende la protección de cualquier deudor, sino solo de aquel sujeto que se encuentra ante una insolvencia fortuita que culmina en una situación inevitable de sobreendeudamiento y quiebra. Se trata de la búsqueda de una efectiva salida para aquellas personas que se ven inmersas en una situación económica no prevista ni deseada, que por ello mismo tiene derecho a una ayuda para volver a desarrollar su personalidad jurídica de manera plena. Así, no se pretende eliminar el principio de la responsabilidad patrimonial universal (1911 CC) que garantiza

el cumplimiento de las obligaciones contractuales, sino brindar una protección especial a un grupo social de deudores en una posición más débil, y ofrecerles una posibilidad real de recuperación económica y social.

Las causas que llevan a las personas a una situación de sobreendeudamiento son principalmente la disminución de ingresos económicos, por motivos anteriormente ya expuestos, o el fracaso empresarial de los empresarios individuales, problema que ha afectado a millones de familias españolas durante la crisis económica del 2008. La Memoria anual sobre la situación socioeconómica y laboral de España del Consejo Económico y Social (CES) reitera año tras año su preocupación por la situación financiera de las familias, puesto que muchas de ellas se encuentran ante la incapacidad de hacer frente al pago de sus compromisos (CES, 2013). A esto ha contribuido muy especialmente, la mala praxis de las entidades financieras que concedieron en el pasado créditos de condiciones abusivas, o desproporcionados al alza, en relación a la capacidad económica del solicitante prestatario y finalmente deudor, aprovechándose de un ciudadano medio con pocos o nulos conocimientos financieros. En la última Memoria Anual sobre la Situación Socioeconómica y Laboral de España del año 2018 se hace alusión a la desigualdad entre las familias españolas, de manera que el 10% de las familias con menos recursos dedican más de la mitad de sus ingresos a pagar deudas hipotecarias e incurrir en el sobreendeudamiento para poder acceder a otros bienes, porque aún no se encuentran en el mismo nivel de ingreso previo a la última crisis (CES, 2018).

Lo más preocupante de la mencionada memoria anual del CES del 2018 es que confirma que “una parte de la sociedad se encuentra en una situación de vulnerabilidad ante otro posible cambio de situación económica” (CES, 2018). La llegada de una nueva crisis económica provocada por la pandemia mundial del COVID-19, hace que el número de potenciales deudores sobrevenidos se vea multiplicada de forma exponencial. El Fondo Monetario Internacional (FMI) predice una caída del 8% del PIB español en el 2020, así como una fuerte subida del paro hasta el 20,8%. A modo de comparación, la economía española sufrió un desplome del 3,6% en 2009 debido a la crisis económica y tan solo llegó a niveles similares a la predicción actual en 1945, cuando finalizó la Segunda Guerra Mundial (Fariza, 2020).

Según los datos publicados por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, tras el mes de abril del 2020 el número total de parados en España asciende a 3.831.203 desempleados, suponiendo un incremento del paro registrado del 21,1% en comparación a los datos del mismo periodo del año anterior. Además, esta pandemia mundial y su consecuente parálisis de la economía del país han provocado que 3,3 millones de personas hayan sido afectados por un ERTes (expedientes de regulación temporal de empleo). Todas estas personas en principio reciben algún tipo de prestación, pero ya están situados en un punto peligroso, cercano a la iliquidez y por tanto, a la imposibilidad de hacer frente a sus deudas.

La crisis sanitaria ha obligado a la paralización de la actividad económica de todo el país, por lo que es ahora más importante que nunca acotar, y precisar de la mejor manera posible, la definición de un deudor honesto pero desafortunado, así como exponer de manera clara qué opciones tiene este sujeto, y qué herramientas legales están a su alcance, para no ser excluido social y económicamente.

De no ser así, aquel ciudadano o incluso familia, que se ve expulsada de la “sociedad”, al no poder ser ni titular de una cuenta corriente donde poder cobrar ayudas o subsidios, ya que serán embargados inmediatamente, ni tampoco poder acudir al arrendamiento en caso de lanzamiento de su vivienda por impago de hipotecas, al aparecer en todos los Registros de Morosos existentes en la actualidad, tendrán inevitablemente que actuar en la denominada economía sumergida. Es por esta razón por la que la existencia de normas e instrumentos legales para que estas personas no sean víctimas de situaciones de marginalidad social y económica, es tan esencial. Dichas medidas, que se expondrán más adelante en este trabajo, no deben sólo existir, sino multiplicarse, así que mejorar, para garantizar su efectividad.

2.2. Los derechos constitucionales del deudor honesto pero desafortunado y el mínimo vital.

El deudor honesto pero desafortunado, es una persona física sujeto de derechos y obligaciones, cuya personalidad conlleva a que puede ser sujeto activo y pasivo de relaciones jurídicas. Su participación en el ordenamiento como sujeto de obligaciones le

sitúa en una posición deudora. Igual que tiene obligaciones, esta persona que es insolvente por atravesar ciertos imprevistos y dificultades, es siempre sujeto de derechos. El preámbulo de la Constitución Española de 1978 (CE) proclama, en nombre de la Nación española, su voluntad de “proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos” y “promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar una digna calidad de vida”.

La Constitución Española proclama en su artículo 1 que España “se constituye como un estado social y democrático, y proclama la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político como los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico. Así, todos estos preceptos guían la actuación de los poderes y administraciones públicas. Se debe de velar por la consecución de un estado social, en el que haya igualdad entre todas las personas. Conlleva esto, a que las administraciones públicas tienen el deber de proteger a estos deudores honestos pero desafortunados de la exclusión social y garantizar que sean sujetos de derechos fundamentales.

Según el artículo 10 CE las personas tienen dignidad y derechos inviolables que le son inherentes. La persona puede desarrollar libremente su personalidad, respetando la ley y los derechos fundamentales de los demás. Así, el artículo 14 CE reconoce la igualdad de todos los españoles ante la Ley y el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos la igualdad entre todos los seres humanos que “nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Por lo tanto, el deudor es sujeto de derechos inviolables, y tiene una dignidad que debe de ser respetada por los demás al ser todas las personas libre e iguales.

Justamente por este concepto de igualdad, el deudor tiene el derecho a una protección social y económica, por la igualdad real y efectiva reconocida en el artículo 9.2 CE que dicta que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.” La norma superior de nuestro ordenamiento no busca solo la consecución de una igualdad formal, sino que pretende conseguir una igualdad social real y efectiva. La jurisprudencia

del Tribunal Constitucional afirma en reiteradas ocasiones que para acceder a esta igualdad efectiva, cabe la existencia de un tratamiento desigual y que “tenga por función precisamente contribuir al restablecimiento o promoción de la igualdad real, ya que en tal caso, la diferencia de régimen jurídico no sólo no se opone al principio de igualdad sino que aparece exigida por dicho principio y constituye instrumento ineludible para su debida efectividad.” (STC 3/1983, de 25 de enero, FJ 3). La insistencia de igualdad entre grupos de personas que se encuentran en una situación semejante real, supondría la vulneración del art. 9.2 de la Constitución. Por lo tanto, dicho artículo de la Constitución es un mandato a los poderes públicos, que deben de facilitar una igualdad efectiva entre todos los ciudadanos, incluidos los deudores objeto de este trabajo.

La figura de deudor objeto de estudio es un sujeto de derechos, y origen de ello es su dignidad, ya que “los derechos inviolables de la persona, en cuanto inherentes a su dignidad, se funda en ella” (Fernández Segado, 1996). La dignidad es considerada como el principio axiológico central de todos los derechos inviolables e inherentes a la persona. La dignidad del deudor tiene que ser respetada tal y como la dignidad de cualquier otra persona, precisamente por ese principio de igualdad del que se habla en el párrafo anterior. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha defendido reiteradamente el respeto de la dignidad humana, como el primero de los fundamentos del orden público y de la paz social, y rechaza "que la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor, privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales así como en la protección de la familia, el mantenimiento de la salud y el uso de una vivienda digna y adecuada, valores éstos que, unidos a las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad que debe garantizar el régimen público de Seguridad Social, están constitucionalmente consagrados en los arts. 39, 41, 43 y 47 de la Constitución EDL 1978/3879, y obligan a los poderes públicos, no sólo al despliegue de la correspondiente acción administrativa prestacional, sino además a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales, a cuyo fin resulta razonable y congruente crear una esfera patrimonial intangible a la acción ejecutiva de los acreedores que coadyuve a que el deudor pueda mantener la posibilidad de una existencia digna" (STC 113/1989, de 22 de junio, FJ 3).

Así, se introduce el concepto de mínimo económico vital o mínimo existencial, definido por Carmona Cuenca (2012) como el derecho de todos los individuos que forman parte de una comunidad a contar con una cantidad mínima para poder cubrir sus necesidades básicas. Se refiere este concepto a la libre disposición de una cantidad mínima de recursos económicos facilitado por el Estado que permitan subsistir a una persona. Cuando un sujeto no remunerado económicamente por encontrarse en situación de desempleo, enfermedad o discapacidad, es la administración pública quien tiene el deber de permitir la subsistencia digna de estos.

Este mínimo económico vital está basado en los valores superiores de ordenamiento jurídico de libertad (un individuo no puede ser libre si no dispone de un mínimo de seguridad económica y ciertos recursos mínimos) e igualdad (la garantía de unos recursos suficientes para cubrir las necesidades básicas ayuda a conseguir la igualdad efectiva y real en una comunidad) del artículo 1 de la Constitución (Carmona Cuenca, 2012).

De esta manera, el Estado tiene la obligación básica de garantizar y satisfacer, como mínimo, los niveles esenciales básicos de cada uno de los derechos, posición que defiende el Comité de Derechos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas desde 1990, momento en el que acuña internacionalmente el concepto de mínimo vital. Dicho Comité afirma que si un Estado parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “en el que un número significativo de personas se ve privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud básica, de vivienda y alojamiento básicos, o de las formas más básicas de educación está, *prima facie*, incumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto” (Comité de Derechos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, 1990). Este Pacto internacional fue adoptado el 16 de diciembre de 1966 y España ratificó el mismo el 27 de abril de 1977. Se entiende que del artículo 2.1 del mencionado Pacto se desprende los llamados *minimum core obligations* que todo país debe configurar dentro de su sistema normativo, que según Tasioulas (2017) , debe de ser interpretado conforme a cuatro especificaciones:

- Inmediatez: Todos los Estados tienen el deber de satisfacer plenamente este nivel esencial de derechos de forma inmediata, en contraposición al contenido de los derechos socioeconómicos que pueden verse cumplidos en el largo plazo de manera progresiva.

- Valor especial: La justificación o contenido del mínimo vital guarda una relación especialmente íntima con la dignidad humana, así como con las necesidades básicas intrínsecas a la supervivencia de la persona.
- Inderogabilidad: El mínimo vital debe de estar regulado en una norma inderogable, ya que ninguna consideración concurrente puede justificar el incumplimiento de una obligación de los derechos humanos que lo conforman, incluso en situaciones de emergencia.
- Justiciable: Debe de ser reclamable en vía judicial, tanto en los tribunales nacionales como supranacionales.

Tasioulas (2017) entiende que se desprende de los textos publicado por el Comité que forman parte del contenido del mínimo vital el derecho a la educación, alimentación, vivienda básica o salud, es decir, aquellos derechos fundamentales que se desprenden del núcleo básico de la dignidad de la persona.

En el marco de derecho comunitario, la Unión Europea recomienda desde 1992 (Recomendación 92/441/CEE) el desarrollo de un sistema de último recurso que reconozca el derecho básico de todos los individuos a mantener un nivel de vida digna (De la Rica y Gorjón, 2018). De este modo, el Pilar Europeo de Derechos Sociales recoge en su principio número 14 de manera expresa que “[t]oda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a unas prestaciones de renta mínima adecuadas que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación. Para las personas que pueden trabajar, las prestaciones de renta mínima deben combinarse con incentivos a la (re)integración en el mercado laboral”. Dicha norma fue proclamado conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea en 2017, con la intención de introducir nuevos derechos en la dimensión social y económica que persiguen la igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo, condiciones de trabajo justas, así como la protección e inclusión de los ciudadanos y residentes de la Unión.

Este derecho al mínimo vital no se encuentra recogido expresamente en la Constitución Española de 1978, aunque Carmona Cuenca afirma que se puede deducir del texto legal por la inclusión de otros derechos. El primero de estos derechos es el derecho a la vida (art. 15 CE) del que se entiende que los ciudadanos esperan la protección de la misma por parte del Estado. Asimismo, los ciudadanos tiene un derecho social de prestación que

les permite obtener una asistencia público para cubrir sus necesidades básicas. En segundo lugar, se deduce que la Constitución contempla “entre líneas” el derecho al mínimo vital por la interpretación conjunta del artículo 35 y el artículo 41. El artículo 35 CE narra el derecho “a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia”, y el 41 CE configura la obligación de los poderes públicos de garantizar “prestaciones sociales suficientes antes casos de necesidad, especialmente en caso de desempleo”.

Al mismo tiempo, encontramos diversas sentencias del Tribunal Constitucional, como la STC 113/1989, de 24 de julio, que hacen una interpretación a favor de la efectiva existencia de este “derecho”. Se funda el derecho al mínimo vital en diversos principios rectores como son la protección a la familia o la salud. Dicho Tribunal recalca la necesidad de que el legislador “despliegue de una acción prestacional de signo administrativo”, recalcando de nuevo la dignidad humana “como algo inherente a su significado, no sólo algunos derechos inmateriales, sino también derechos patrimoniales que permiten asegurar una misma existencia digna.” (STC 113/1989, de 24 de julio).

El deudor como sujeto sobrepasado por sus obligaciones dinerarias tiene, por lo tanto, un derecho a percibir un mínimo económico vital en el caso de que se encuentre en una situación extrema. Cabe hacer alusión a ciertos artículos de la Constitución como el 39 (derecho a la protección a la familia y la protección integral de los hijos), 43 (derecho a la protección de la salud) o el 47 (derecho a una vivienda digna), como derechos del deudor, a los que el legislador debe de poner especial atención para poder determinar qué son las necesidades básicas de una persona en nuestra sociedad a día de hoy. Teniendo en cuenta estos preceptos constitucionales, el legislador puede determinar los requisitos para poder acceder a esta prestación y la cantidad dineraria que se concede.

Este tema es, además, de inminente actualidad ya que durante la elaboración de este trabajo, el día 29 de mayo del 2020, se aprueba el Real Decreto-Ley 20/2020, por el que se establece el ingreso mínimo vital (IMV) en España. Anterior a dicha norma de carácter estatal, han sido las diferentes Comunidades Autónomas las que han ido diseñando variados modelos de rentas mínimas, de tal manera que los modelos eran “muy diferentes entre sí, con variaciones sustanciales en su diseño, y especialmente en sus grados de cobertura y nivel de protección” (disposiciones generales del RDL 20/2020). Ejemplo de

estos modelos autonómicos es la renta de garantía de ingresos (RGI) del País Vasco, una prestación que desde 1989 financia la comunidad autónoma vasca que es una renta mínima que ayuda para aquellos con menos recursos (Jorrín, 2020).

La Unión Europea ha llamado la atención sobre esta significativa heterogeneidad en varias ocasiones, como en las recomendaciones del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de España de los últimos años, en las que se afirma que “la proporción de personas en riesgo de pobreza y exclusión social, así como la desigualdad de ingresos sigue estando por encima de la media de la Unión. (...) El gasto social en hogares con niños como proporción del PIB es uno de los más bajos de la UE y está mal focalizado. (...) Mientras tanto, los sistemas de ingresos mínimos regionales presentan grandes disparidades en las condiciones de acceso, cobertura y suficiencia (...). Como resultado, muchos de los están en situación de necesidad no reciben apoyo” (punto 14 de la recomendación de Consejo del 2019, de 5 de junio del 2019).

La crisis sanitaria del COVID-19 y la consecuente paralización de la economía española sin duda ha tenido efectos negativos devastadores en hogares, autónomos y empresas. Las Disposiciones generales del mencionado RDL 20/2020 reconoce que el país se encuentra antes una profunda crisis social, afectando especialmente a personas en situación de vulnerabilidad que no disponen de una fuente de ingresos permanente y segura. La norma reconoce que el IMV es “una herramienta para facilitar la transición de los individuos desde la exclusión social que les impone la ausencia de recursos hacia una situación en la que se puedan desarrollar con plenitud en la sociedad.” Es esta grave situación la que ha propiciado que finalmente, la administración pública haya acelerado la publicación de un modelo centralizado de renta mínima.

Muchos tienen dudas sobre la implementación de dicha renta mínima, pueda atrasar la salida hacia el empleo de los perceptores del IMV, cayendo en la llamada “trampa de la pobreza”. Diversos estudios, como los varios conducidos en relación a la renta de garantía de ingresos del País Vasco por De la Rica y Gorjón, demuestran que este modelo no solo ha tenido un impacto positivo en la reducción de la pobreza aunque no la erradica y que esta ayuda no retrasa la salida a un empleo, sino que su menor salida al empleo se debe a características intrínsecas de los beneficiarios del RGI (De la Rica y Gorjón, 2018). Además, Jorrín (2020) señala efectos positivos de la utilización de políticas de este tipo

de rentas como la mayor satisfacción con sus vidas, mejora de la salud mental y el bienestar en dos mil sujetos de un experimento en Finlandia que recibieron una renta básica.

Precisamente, los deudores honestos pero desafortunados pueden llegar a perder todo su activo en un intento de hacer frente a su pasivo, y encontrarse en una situación de precariedad y exclusión social, confinados en ese estado de pobreza y sobreendeudamiento que no le permiten su desarrollo pleno en la sociedad. Una herramienta como es el IMV, si bien diseñada e implementada, puede ayudar estos sujetos debilitados económicamente salir de la pobreza y conseguir salidas laborales, para poder, progresivamente, hacer frente a sus deudas.

3. La deuda hipotecaria como principal obligación de pago del deudor y la tutela judicial efectiva.

La deuda hipotecaria supone la principal obligación de pago que contrae una persona en su vida, por lo que es de interés su estudio en el presente trabajo. Antes de analizar ciertos derechos del deudor hipotecario, se procede a exponer algunos datos que confirman esta deuda como la principal carga financiera de los ciudadanos.

El número de viviendas principales en propiedad hipotecadas se ha visto duplicado desde el comienzo del siglo XXI, reflejándose esto en el boom de la vivienda y la expansión de la concesión de créditos antes de la crisis económica y financiera (CES, 2018). Según los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE) en enero de 2008 había inscritas en el Registro de la Propiedad un total de 93.828 viviendas hipotecadas, mientras que según los datos de enero del 2020 el número desciende a 39.314. Este descenso se debe a la tendencia de alquilar frente a adquirir la propiedad de la vivienda y a la pérdida de la misma en desahucios, debido a la persistencia de las dificultades de pago de las familias.

Según el informe del Defensor del Pueblo de 2012 “[e]l descenso de los tipos de interés y su evidente repercusión en el mercado hipotecario, así como el proceso de desregulación financiera, han provocado el auge de la compra de viviendas y por tanto de su financiación, aumentando la competencia en los mercados hipotecarios, la accesibilidad a la adquisición de inmuebles y, consecuentemente, el incremento de préstamos hipotecarios”. Continúa afirmando que las entidades de crédito han otorgado los créditos hipotecarios de una “forma imprudente” durante décadas, agilizando el proceso que ha llevado a las familias españolas al sobreendeudamiento. (Defensor del Pueblo, 2012).

Además, un cuestionario realizado por el Defensor del Pueblo en su página web entre diciembre de 2016 y febrero de 2017 a clientes bancarios sobre la cesión de créditos, pretendía mostrar la situación de desprotección de ciertos deudores cuando la entidad financiera acreedora vende a otra entidad un paquete de créditos. Los resultados de dicho cuestionario muestran que la mayoría de las personas eran suscriptores de un contrato de préstamo hipotecario (76,08%).

La expansión del mercado hipotecario y de los créditos hipotecarios es ya contemplado antes de que estallara la crisis económica, en el preámbulo de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de regularización del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario, que identificaba una expansión de crédito hipotecario con finalidad residencial en España. Sin embargo, esta norma no introducía una solución para la incapacidad de pagar de los deudores hipotecarios, mientras que el Real Decreto 1975/2008, de 28 de noviembre, sobre medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y acceso a la vivienda, sí ofrece una medida real. Mollar Piquer y Vilar González (2013) afirman que esta norma “supuso la puesta en práctica de medidas de choque ante la situación de insolvencia de algunos deudores hipotecarios, puesto que hace efectiva la moratoria de 2 años a contar desde el 1 de enero de 2009, para aplazar a la mitad el pago de la hipoteca de vivienda habitual a las familias con dificultades”. Más adelante se enumeran las normas aprobadas para la protección de los deudores hipotecarios.

3.1. La ejecución hipotecaria y la desprotección del deudor hipotecario.

La ejecución hipotecaria es el procedimiento judicial del ordenamiento jurídico español a través del cuál el acreedor hipotecario puede hacer efectivo su crédito ante el impago de deudor hipotecario.

Este, es un proceso de apremio especial y que sólo se puede utilizar para la realización inmediata de bienes hipotecados. Este proceso se encuentra regulado en el Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Si el deudor hipotecario incumple su obligación de pago, el juez podrá decretar despacho de la ejecución, aunque este sea un impago de carácter parcial. Este es el caso del famoso vencimiento anticipado, concepto financiero de resolución de préstamos, que está presente en la totalidad de préstamos hipotecarios, así como en toda clase de préstamos personales, y tarjetas de crédito, destinados a personas físicas, y que desde al menos 2013, ha venido siendo un elemento de discusión no sólo nacional, sino también objeto de cuestión de prejudicialidad solicitada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en febrero de 2017². Mollar Piquer y Vilar González (2013)

² La Sala 1ª del Tribunal Supremo presentó el 8 de febrero del 2017 un auto de petición de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre el alcance de la declaración de la abusividad

señalan que se puede alegar en el procedimiento las causas del impago de deudor hipotecario, pero por la naturaleza de este procedimiento, resulta irrelevante de cara a continuar con la ejecución de la vivienda.

Dicho procedimiento, según el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, comienza por la demanda de la entidad acreedora, tras la cual, si procede, el juez publica un auto autorizando y despachando la ejecución y el requerimiento de pago del crédito hipotecario. El final de la ejecución hipotecaria contemplado por la LEC es la subasta del bien inmueble hipotecado. Sin embargo, en el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, dentro del Código de Buenas Prácticas, contempla que el procedimiento puede acabar en la dación en pago del bien hipotecado al deudor. De esta manera, si el acreedor hipotecario acepta voluntariamente, se procede a la entrega de la titularidad del bien ofrecido en pago, a efectos de extinguir la obligación preexistente (Mollar Piquer y Vilar González, 2013). Además, el deudor puede solicitar permanecer en la vivienda como arrendatario durante un plazo de dos años.

Según los datos estadísticos de las ejecuciones hipotecarias del INE obtenidos del Colegio de Registradores de la Propiedad, hay un total de 27.055 viviendas con ejecución hipotecaria iniciada en 2019. El número de lanzamientos, término utilizado para el desalojo físico de la persona que habita en una vivienda, varía entre los 54.000 y los 57.000 casos anuales entre el 2013 hasta el 2019, año en el que el número de los inmuebles lanzados es de 54.671 (Epdata, 2020).

La concesión de créditos hipotecarios de manera masiva e irresponsable (superando los porcentajes previstos en la Ley Hipotecaria) mediante técnicas comerciales agresivas con cláusulas financieras complejas y abusivas, provocó en parte que un gran número de familias españolas que perdieron su vivienda habitual en los últimos diez años. La presencia de cláusulas abusivas colocó al deudor hipotecario en una situación de desprotección, que más tarde observa el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por las sendas cuestiones prejudiciales presentadas por los tribunales españoles. Así, debido a la actuación imprudente y la posición privilegiada de las instituciones financieras, las

de una cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo hipotecario con consumidores, con el Recurso número 1752/2014.

familias españolas se sobreendeudaron, al solicitar más préstamos personales y créditos a través de tarjetas bancarias que se utilizaban y destinaban a para pagar las cuotas de los préstamos solicitados previamente, hasta conseguir un efecto “bola de nieve”. Estas cuotas eran imposible de poderse afrontar a las cuotas con los ingresos mensuales-ordinarios, llegando a perder su vivienda y la habilidad de proteger a su familia, mientras cargan con una mochila llena de otras deudas.

Esta situación fue dura para la sociedad española y el legislador intentó hacer frente a esta a través de la aprobación de ciertas medidas protectoras de los deudores hipotecarios sin recursos. Así, se aprueba el anteriormente mencionado Real decreto Ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. Dicha norma nace como consecuencia de las quejas de muchas asociaciones de protección a consumidores ante la injusticia de las ejecuciones hipotecarias iniciadas por los bancos ante el aumento de las familias sin recursos económicos suficientes para hacer frente a las cuotas hipotecarias (Mollar Piquer y Vilar González, 2013). Un ejemplo de estas asociaciones es la Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN), que desde comienzos del 2009 pretende la prevención, información, formación y defensa de los usuarios financieros. Además, el legislador introduce el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios; el Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios; Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; el Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social; y la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Esta última Ley 5/2019 transpone oficialmente la Directiva 2014/17 UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. El artículo 1 de la misma dicta que el objetivo de la norma es “establecer determinadas normas de protección de las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes” de los contratos de crédito inmobiliario. Introduce medidas para mejorar la transparencia (tanto formal como material) y la conducta de las entidades de crédito, así como el régimen jurídico de los

sujetos que intervienen en el crédito inmobiliario. Además, la ley es complementada y desarrollada por el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril (Longo Martínez, 2019).

3.2. Estudio de la relación entre la ejecución hipotecaria: el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) y el derecho a una vivienda digna (artículo 47 CE).

El legislador ha realizado sendos cambios del procedimiento de ejecución hipotecaria en aras de la tutela judicial efectiva y el derecho a la vivienda digna, recogidos respectivamente en el artículo 24 y 47 de la Norma fundamental, con la finalidad de cumplir su función de protección social al deudor hipotecario. Medina Guerrero (2015) hace un extenso estudio sobre las modificaciones normativas en el ordenamiento jurídico español a raíz de las cuestiones prejudiciales instadas por tribunales nacionales ante la clara desprotección del deudor hipotecario en el sistema español anterior. Primero se analiza la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria, para después estudiar la postura europea y las consecuentes modificaciones legales.

- La doctrina del Tribunal Constitucional español.

Primero, es importante señalar que la doctrina del Tribunal Constitucional ha indicado en numerosas ocasiones la constitucionalidad de la ejecución hipotecaria frente a los recursos de amparo y cuestiones de inconstitucionalidad presentados (algunos ejemplos serían STS 64/1985, FJ 2º; STC 8/1991, FJ 2º; STC 217/1993 FJ 2º y STC 223/1997, FFJJ 3º a 5º). Se procede a analizar algunas sentencias por orden cronológico a continuación.

La STC 41/1981 acumula tres recursos de amparo interpuestos por sociedades mercantiles ante la violación del derecho a la tutela judicial efectiva y la inconstitucionalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria. Según el fundamento jurídico 4º, el acreedor hipotecario tiene una posición procesal mejor que aquellos escogen un procedimiento de ejecución diferente, y señala que la principal característica del procedimiento de ejecución hipotecaria es “la extraordinaria fuerza ejecutiva del título

y la paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones”, debido a la naturaleza jurídica del mismo. Así, continúa la sentencia afirmando:

“En procedimiento de ejecución hipotecaria, se limita extraordinariamente la contradicción procesal, pero ello no significa que se produzca indefensión. Hay que reconocer, con la doctrina, que en el procedimiento debatido falta la controversia entre las partes. En puridad, es un proceso de ejecución. Más en concreto, es un procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cognición. Tal estructura resulta lógica a partir de la naturaleza del título. La garantía del crédito hipotecario consiste en la sujeción del valor de la finca hipotecada, que es simplemente potencial, porque la realización del valor sólo puede producirse si se da la *conditio iuris* de que se incumpla la obligación asegurada. Producida tal *conditio iuris*, la sujeción potencial se actualiza y el valor se realiza. El procedimiento es una vía de apremio, en que el juez realice un derecho del acreedor, que éste no puede realizar por sí sólo porque se lo impide el principio de la paz jurídica.” (FJ.5º)

Manifiesta el Tribunal que el procedimiento de ejecución hipotecaria, aún careciendo de contradicción procesal (“controversia entre las partes”) por la naturaleza de dicho proceso de ejecución, no significa el carácter nocivo de la tutela judicial efectiva. La doctrina afirma que la vía del juicio ordinario sigue abierta, y en este sí permite la posibilidad de contradecir al acreedor hipotecario (FJ 6º). La vía del juicio ordinario sigue abierta ya que no hay fase de cognición y por tanto, no se produce el efecto de cosa juzgada, permitiendo el posterior juicio declarativo. El Tribunal Constitucional es firme y concluye que “es claro que no puede haber violación del art. 24 de la Constitución, porque el deudor y el titular del dominio de la finca no quedan indefensos, ni privados de tutela” (FJ. 6º).

Reconoce el Tribunal que “el deudor tiene unas posibilidades de contención muy limitadas. Puede detener la ejecución mediante el pago y por ello la Ley prevé que de hacersele el oportuno requerimiento, si el acreedor no lo ha hecho antes, mas fuera de esa posibilidad el demandado tiene muy contadas posibilidades” (FJ 4º). Sin embargo, el FJ. 7º señala que “el constituyente de la hipoteca ha consentido la posición en que el título ejecutivo le sitúa, ya que tal posición deriva de un negocio jurídico. (...) Se puede afirmar que quien constituye una hipoteca se somete voluntariamente a un procedimiento de cognición limitados. Con ello, no se quiere decir que la inconstitucionalidad quede

eliminada por una renuncia al derecho, ya que tal renuncia no sería por sí sola suficiente para sanar el vicio. Aquí no hay renuncia a la defensa frente a las pretensiones del acreedor, ni una renuncia a la tutela jurisdiccional. Mas no debe olvidarse que, al constituir la hipoteca, se consiente en que la defensa tenga una eficacia momentáneamente disminuida, por no ser apropiada para suspender la ejecución.”

Respecto a la vulneración del derecho a la vivienda digna del art. 47 CE, se pronuncia en el auto del Tribunal Constitucional (ATC) 113/2011, de 19 de julio, por el que se inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Sabadell, ante los artículos 579, 695 y 698³ de la LEC. En lo que atañe en este Trabajo, cabe destacar que el Juez plantea la cuestión de inconstitucionalidad por “la limitada capacidad de defensa de que dispone el ejecutado, no compensada por la posibilidad de acudir al juicio ordinario, lo que sería contrario a los arts. 24.1, 9.3 y 47 CE.” (FJ. 4º). El Tribunal señala la reiterada doctrina mencionada anteriormente y declara el carácter notoriamente infundado de la cuestión presentada por el Juez. El Auto señala que cómo la lesión del derecho a la vivienda digna depende de la vulneración del artículo 24 CE, queda justificado la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad en relación a este precepto.

Señala Medina Guerrero (2015) que el Tribunal no entró a valorar cómo afectaba el contexto social y económico de crisis financiera y sobreendeudamiento de las familias en ese momento. Esta conducta del Tribunal es reprochada en el voto particular de Gay Montalvo al entender que “la función que la Constitución ha encomendado a este Tribunal, tanto en los procesos de amparo como en los de control de la constitucionalidad de la ley, no puede ser insensible a la realidad social sobre la que se proyectan los preceptos, principios y valores de nuestra Norma Fundamental” (punto 4º). Cabe destacar, además, su opinión sobre el escenario del mercado hipotecario tras los cambios socioeconómicos acaecidos tras los estragos de la crisis financiera:

“Este panorama de fondo atestigua (se refiere el Magistrado a la STC 41/1881), sin que sobre ello quepa la más mínima duda, que los ciudadanos que, como los recurrentes en el proceso a quo, contrataron en estos últimos años productos hipotecarios como medio de

³ El artículo 579 LEC trata la ejecución dinerario en casos de bienes especialmente hipotecados o pignorados, el artículo 695 LEC es sobre la oposición a la ejecución y el artículo 698 LEC regula las reclamaciones del deudor, tercer poseedor o cualquier interesado no mencionados en esos artículos.

obtener el dinero necesario para adquirir su vivienda habitual sin poderse percatar al tiempo de otorgar su consentimiento de unos riesgos muy distintos de los que ciertamente implicaba la operación; riesgos que, debido a la complejidad y opacidad que ha presidido el sistema financiero según ya expusimos, muy posiblemente también desconocían las entidades de crédito prestadoras del dinero y beneficiarias de la garantía hipotecaria. En consecuencia, las partes contratantes, adoleciendo de errores sustanciales acerca de las condiciones que afectaban la operación que concluían, prestaban un consentimiento imperfecto, cuando no completamente viciado.”

Además, la posición jurisprudencial declara en reiteradas instancias la constitucionalidad de la ejecución hipotecaria, aclarando que la mejora y el desarrollo de un modelo alternativo de los procedimientos de ejecución es competencia exclusiva del legislador (FJ. 4º ATC 113/2011).

- **El Derecho Europeo y la protección del deudor hipotecario como consumidor.**

Al no disponer de más recursos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se abre la vía del Derecho de la Unión Europea. Los deudores hipotecarios son consumidores de acuerdo al artículo 3 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, por el que “son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”. Así, dentro del ordenamiento de la Unión reciben los deudores hipotecarios una protección especial por su condición de consumidor de acuerdo de la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados como consumidores, por la que se define al consumidor como “toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional” (art. 2).

Continuando con el análisis realizado por Medina Guerrero, se procede a analizar la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11. Dicha sentencia es de vital importancia en este epígrafe, puesto que es la resolución que inicia todas las reformas del procedimiento de ejecución hipotecaria. Se trata de una decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, en referencia al carácter abusivo de unas cláusulas del contrato de préstamo

hipotecario concertado entre Mohamed Aziz y la entidad financiera CatalunyaCaixa. Hace notar Medina Guerrero (2015) que el asunto se presenta como un caso de Derecho de Consumo, cuya petición tiene por objeto la Directiva 93/13 CEE del Consejo Europeo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En relación entre la ejecución hipotecaria y el derecho de la tutela judicial efectiva del deudor hipotecario que se proceden a analizar en este epígrafe, el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona se cuestiona si el procedimiento de ejecución hipotecaria ofrece una protección suficiente al consumidor. Según la sentencia, el Juzgado español observa que “las posibilidades de alegar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas del contrato de préstamo son muy limitadas, ya que quedan postergadas a un procedimiento declarativo posterior, que no tiene efecto suspensivo. El órgano jurisdiccional remitente consideró que, por este motivo, resulta muy complicado para un juez español garantizar una protección eficaz al consumidor en dicho procedimiento de ejecución hipotecaria y en el correspondiente proceso declarativo” (apartado 29, asunto C-415/11).

Así, no se incluye la presencia de cláusulas abusivas como causa tasada de oposición al procedimiento de ejecución hipotecaria en el artículo 695 LEC. De esta manera, cuando la entidad financiera acreedora opta por ejecutar forzosamente a través del procedimiento de la ejecución hipotecaria, el deudor sólo puede acudir a un proceso declarativo posterior. Además, este nuevo procedimiento no tiene efecto suspensivo en la ejecución hipotecaria según la normativa de la LEC. Si se produce la adjudicación de la vivienda del deudor antes de la declaración del carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario, esto sería irreversible “pues el ordenamiento procesal únicamente contempla como excepción al respecto el supuesto de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas” (art 131 Ley Hipotecaria). (Medina Guerrero, 2015).

El Tribunal señala que no existe una armonización en los mecanismos de ejecución forzosa en la Unión, por lo que respetando el principio de la autonomía procesal de los Estados miembros, cada nación decide cuáles son los motivos de oposición a la ejecución. Esto es así, siempre que dichos motivos “no sean menos favorables que las que rigen situaciones

similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)” (apartado 50, asunto C-415/11).

El apartado 59 señala que las limitaciones procesales del proceso de ejecución hipotecaria (mencionados anteriormente) merma la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva a los consumidores. Si se diera la adjudicación de la vivienda con carácter previo a la resolución del litigio de las cláusulas abusivas y por tanto, la nulidad de la ejecución, solo se podría garantizar al consumidor “una protección a posteriori meramente indemnizatoria, que resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula” (apartado 60). De esta manera, el Tribunal entiende que este régimen procesal es incompatible con el derecho de la Unión plasmado en la Directiva 93/13 CEE (apartado 64).

De cara al derecho a la vivienda digna, el hecho de que el objeto de garantía hipotecaria sea la vivienda habitual familiar del consumidor, refuerza la opinión del TJUE sobre la clara insuficiencia de la protección del deudor hipotecario (apartado 61) de cara a la normativa de la Directiva 93/13/CEE.

Esta resolución provocó que algunos jueces de oficio suspendieran el procedimiento de ejecución hipotecaria, dando audiencia al deudor hipotecario para que este pudiera formular una oposición basada en el carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamos hipotecario (Medina Guerrero, 2015).

De este modo, tras dicha sentencia Aziz era necesaria una reforma que adaptara el régimen procesal de la ejecución hipotecaria. Dicho cambio legislativo llega con la reforma de la LEC con la Ley 1/2013, de 14 de marzo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Se añade la existencia de cláusulas abusivas como una de las causas tasadas de oposición a la ejecución hipotecaria en el art. 695.1 LEC (Medina Guerrero, 2015).

Sin embargo, la controversia del régimen procesal de la ejecución hipotecaria no acaba aquí. La STJUE de 17 de julio del 2014 de la Sala Primera, asunto C-169/14, resuelve la

decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Castellón sobre el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, y el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). El artículo 7 de la Directiva dicta que los Estados miembros deben de velar por los intereses de los consumidores de cara a las cláusulas abusivas, mientras que el artículo 47 de la Carta define el derecho a la tutela judicial efectiva.

Esta vez, el problema surge por la reserva de la legitimación activa de la vía de recurso al deudor hipotecario que ha podido oponerse ante la ejecución hipotecaria o la entidad acreedora ejecutante. En resumidas cuentas, no se estaba permitiendo al deudor hipotecario interponer recurso ante la denegación de la oposición a la ejecución hipotecaria, dejándolo en el mismo escenario indefensión anterior a la sentencia Aziz.

El deudor hipotecario español, al que se está ejecutando su vivienda habitual, se encuentra en una posición debilitada por el privilegio que el procedimiento de ejecución hipotecaria concede a la entidad financiera acreedora (apartado 38). Por ello, se declara que el artículo 695.4 LEC es contrario a la protección que la Directiva 93/13/CEE pretende brindar al consumidor (apartado 46), existiendo un desequilibrio entre los medios procesales disponibles para el deudor hipotecario y la entidad financiera acreedora.

El Tribunal determina un quebrantamiento del principio de la igualdad de armas o igualdad procesal por el artículo 695.4 LEC. Dicho principio dicta la existencia de “la obligación de ofrecer a cada una de las partes una oportunidad razonable de formular sus pretensiones en condiciones que no le coloquen en una situación de manifiesta desventaja en relación con la parte contraria” (apartado 49, asunto C-169/14). Este principio forma parte del derecho fundamental del artículo 47 de la Carta, por lo que el Tribunal dicta que el artículo 695.4 LEC disminuye la protección efectiva del consumidor. Por lo tanto, dicho artículo de la LEC vulnera la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

De nuevo, se modifica el artículo 695 LEC con la Disposición Adicional tercera del Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, fijando un plazo preclusivo de un mes para apelar aquellos procedimientos de ejecución iniciados a la entrada de vigor que aún no hubieran concluido. El Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Martorell interpone una nueva cuestión prejudicial resuelta por la

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 29 de octubre de 2015, asunto C-8/14. La controversia es la fijación de un plazo preclusivo demasiado corto teniendo en cuenta el volumen de procedimientos afectados, plazo que además empieza a correr a partir de la publicación de del Real Decreto Ley 11/2014 en el BOE. El Tribunal concluye que dicho plazo no resulta razonable para la protección de los consumidores (apartado 67) y se publica una nueva Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, ampliando a dos meses del plazo preclusivo para la interposición del recurso de apelación.

Respecto al derecho a la vivienda digna, solo es mencionado por la sentencia Aziz como hecho que refuerza la opinión de TJUE sobre la insuficiencia de la protección del consumidor, pero no sobre la violación de este derecho. Medina Guerrero (2015) enlaza esto a la reducida tutela que ofrece el art 34.3 de la CDFUE, “pues sólo reconoce el «derecho a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales»”.

Hay que destacar en este contexto la modificación del artículo 86 ter 2. d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (ley 7/2015, de 21 de julio), por el cual al Juez de Primera Instancia competente para el conocimiento del juicio declarativo del carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario, se le permite adoptar a medida cautelar de suspensión de la ejecución hipotecaria si no se hubiese formulado oposición (Fortea Gorbe, 2016).

A modo de conclusión de este epígrafe, cabe mencionar el Auto del TJUE (Sala Primera) de 16 de julio de 2015, del asunto C-539/14, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por la misma Audiencia Provincial de Castellón mencionado anteriormente, acerca del artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo y su relación con los artículos 47 (tutela judicial efectiva), 34.3 (derecho a la vivienda) y 7 (derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio) de la CDFUE. Mediante esta sentencia se declara que la normativa nacional española entorno a la ejecución hipotecaria del artículo 695 de la LEC tras las sendas modificaciones realizadas ofrece al consumidor una protección efectiva que no le coloca “en una situación de manifiesta desventaja en relación con el profesional acreedor ejecutante” (apartado 48).

Así, el derecho a la tutela judicial efectiva del deudor hipotecario ha tenido un largo recorrido hasta alcanzar su contenido actual. Se ha analizado tanto la jurisprudencia insuficiente del Tribunal Constitucional acerca del proceso de la ejecución hipotecaria, como la crítica del TJUE sobre la desprotección del consumidor o deudor hipotecario.

Antes de las numerosas modificaciones del art. 695 LEC acaecidas por la sentencia Aziz del TJUE del año 2013, el deudor hipotecario honrado pero desafortunado se encontraba en una situación económica precaria y de desprotección ante un procedimiento abusivo de ejecución hipotecaria. Dicha violación del artículo 24 de la Norma Fundamental fue ignorada por el Tribunal Constitucional en su ATC 113/2011, a pesar de observar un cambio en la realidad socioeconómica del país. La situación de indefensión del deudor en sede de ejecución es clara, puesto que no disponía de la oportunidad procesal para formular una oposición ante las cláusulas abusivas de su contrato de préstamo hipotecario. Los jueces y magistrados españoles, al darse cuenta de los estragos de los ciudadanos ante el carácter abusivo del sistema de ejecución hipotecaria, interpusieron de oficio cuestiones prejudiciales ante el TJUE para forzar un cambio en la legislación española entorno a la ejecución hipotecaria. Bajo mi punto de vista, el Estado Social y el Tribunal Constitucional dejaron de lado a los deudores hipotecarios cuando más lo necesitaban y no cumplieron con su función de protección a los españoles en el ejercicio de sus derechos y en la garantía de su dignidad, libertad e igualdad, conceptos todos ellos recogidos y especialmente protegidos en nuestra Constitución.

4. Superación de la insolvencia del deudor como persona física: los planes de refinanciación de deuda y el mecanismo de la segunda oportunidad.

Tras estudiar en los epígrafes anteriores la figura del deudor honesto pero desafortunado y los derechos del mismo, en especial atención al derecho del mínimo vital y la tutela judicial efectiva en el ámbito de la ejecución hipotecaria, es necesario analizar las salidas al sobreendeudamiento que ofrece el Estado social español.

Como se ha reiterado varias veces en el presente trabajo, la crisis financiera del 2008 ha provocado la pérdida de una fuente estable de ingresos de particulares y el fracaso empresarial de pequeños empresarios y autónomos en España. Esto es de vital importancia porque la red de empresas españolas está formado principalmente por pequeñas y medianas empresas (PYMES) . Prueba de ello es que según los últimos datos de la Dirección General de Industria y de la pequeña y mediana empresa de enero del 2020, en la distribución de las empresas españolas por tamaño más de un 50% son PYMES sin asalariados, es decir, autónomos afiliados a la Seguridad Social como trabajadores por cuenta propia. Las microempresas (una a nueve personas) conforman casi un 40% del total restante de empresas, seguido por las pequeñas (5%) y las medianas (menos de 1%). Así, entre 2007 y 2013, el número de empresas más pequeñas que desaparecieron fue cuatro veces mayor comparado con el de otros tamaños (Del Mar Martínez, Fernández, Francés y Marcos, 2020) y generan aproximadamente el 65% del empleo del país. El fracaso de estas PYMES supone un efecto tremendamente negativo para la economía nacional y el aumento de potenciales deudores honestos pero desafortunados. Se desconoce a día de hoy las futuras consecuencias negativas del COVID19 en estas, “pudiendo desembocar lo que inicialmente parece una mera crisis de liquidez en una crisis de insolvencia para muchas empresas si la situación se prolonga mucho en el tiempo” (Pulgar Ezquerro, 2020).

Es importante el análisis de las soluciones que están disponibles para este grupo de deudores insolventes porque en estos momentos de incertidumbre es imprescindible disponer de un sistema robusto que permita la recuperación económica de los ciudadanos y evitar que queden estancados en impagos. Como se ha comentado anteriormente, las

predicciones de las principales organizaciones e instituciones financieras como el Banco Mundial son negativas, de manera que predican un desplome de la economía mundial. Como afirma Hernández Rodríguez (2015), la regeneración de la economía de un país depende en gran medida de la capacidad de superación de la situación de insolvencia de los deudores honestos pero desafortunados, por su participación en la estructura empresarial y en el consumo, reiniciando la actividad económica.

4.1. Instrumentos preconcursales y soluciones alternativas al concurso: la refinanciación de deudas y los acuerdos extrajudiciales de pago.

El deudor que, como persona física, debido a las condiciones socioeconómicas pasadas y presentes, se encuentra en una situación de sobreendeudamiento e iliquidez, tiene la opción de entrar en el procedimiento judicial del concurso de acreedores. Mediante el mismo, se pretende el reequilibrio económico de quien se encuentra en una escenario de insolvencia, y tiene la finalidad de hacer que las empresas sobrevivan a este procedimiento para que sigan operativas (De la Morena Sanz, 2015).

La redacción original de la Ley Concursal no ofrecía soluciones alternativas al concurso ante la certeza de que el proceso concursal era suficiente para afrontar y superar la insolvencia de deudor (Hernández Rodríguez, 2015). Dicho régimen jurídico ha sido criticado por varios autores como insuficiente, calificando al derecho concursal español anterior al 2003 como obsoleto, arcaico y disperso (Pulgar Ezquerro, 2009), y señalando que prueba de su fracaso es la cantidad de reformas que el texto ha sufrido desde su aprobación (Cuenca Casas, 2015a).

Desde entonces el legislador ha introducido en el conjunto normativo diversas leyes que contemplan instrumentos preconcursales y alternativos al mismo, en lo que se ha bautizado como “la huida del procedimiento concursal” (Hernández Rodríguez, 2015). Así, el ordenamiento jurídico español contempla distintos institutos negociadores entre deudor y acreedores dentro de la regulación preconcursal, que implican una mínima intervención judicial. Se tratan de “escudos protectores” legales de los deudores de cara a la necesidad de entrar en un concurso de acreedores (Pulgar Ezquerro, 2020). Este tipo de instrumentos, si son diseñados correctamente y utilizados a tiempo hacen

innecesarias la liquidación del patrimonio de deudor para el pago de sus deudas, un remedio extremo al que no se debe recurrir salvo en última instancia.

De esta manera, el concurso de acreedores no es la única opción del deudor. La primera solución llega de la mano del RDL 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, en el que se introduce la D.A 4ª en la Ley Concursal y los acuerdos de refinanciación. La Ley 38/2011, de 10 de octubre, que reforma la Ley Concursal, amplía la regulación en relación a los acuerdos de refinanciación acunando la categoría de acuerdos homologados judicialmente.

Pulgar Ezquerro (2020) explica que a los acuerdos de refinanciación puede adherirse teóricamente cualquier deudor al carecer la ley de un presupuesto subjetivo en la Ley, aunque cabe señalar que el art. 71 bis habla de medidas que permitan “la continuidad de la actividad profesional o empresarial”, por lo que según la literalidad del artículo no sería posible llegar a acuerdos de refinanciación típicos para los deudores personas físicas. Estos acuerdos suelen consistir en aplazamiento de la deuda (espera), reducción del importe de la deuda (quita), una renuncia al devengo de intereses o la concesión del llamado *fresh money*, es decir, el privilegio de nueva financiación (introducido con la reforma de la Ley Concursal del 2013, considerado como un acuerdo de refinanciación típico). Además, la norma concursal protege a aquellos deudores insolvente que tenga la buena intención de llegar a un acuerdo con sus acreedores para superar su insolvencia (art. 5 bis LC). El deudor debe de realizar una comunicación al juzgado competente de declarar el concurso de acreedores, sobre el inicio de las negociaciones, con lo que los acreedores no podrán iniciar ejecuciones aisladas contra el patrimonio del deudor o instar la declaración de concurso necesario. (Almoguera García, 2018).

La mencionada D.A 4ª LC será derogada el próximo 20 de septiembre del 2020 por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Según el preámbulo la razón de esto es que “el texto originario de la Ley Concursal y, sobre todo, en el ya reformado existían artículos que, por razón de la materia, era aconsejable dividir en varios independientes. En el texto refundido se dedica un artículo a cada materia (...) La consecuencia de la utilización de estos criterios ha sido el sustancial aumento del número de artículos”. Así, el Libro II de la nueva LC está

dedicado a lo que tradicionalmente se ha llamado derecho de insolvencias, incluyendo en el mismo estos mismos acuerdos de refinanciación o la comunicación de la apertura de negociaciones y la consecuente prohibición de iniciación de ejecuciones particulares. La reformada Ley Concursal regula de forma más detallada esta materia, siendo a mi humilde juicio, más clara en el ámbito de acuerdos de refinanciación. No en vano dedica más de una treintena de artículos tan solo a los mismos, definiendo qué son, que tipos existen, su homologación y supuestos de incumplimiento.

Cabe destacar que para los deudores personas físicas no empresarios, existen también medidas que pretenden su protección en el ámbito hipotecario, al ser la deuda hipotecaria la mayor deuda que suele contraer una persona en su vida como ya ha sido analizado anteriormente. El RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, obliga a las entidades financieras que conceden préstamos o créditos hipotecarios a la adhesión voluntaria de un Código de Buenas Prácticas. A través del mismo, las entidades financieras deben de procurar la reestructuración de la deuda hipotecaria, ampliando el plazo total de amortización del mismo y reduciendo el tipo de interés durante cuatro años, ofrecer una quita por el totalidad de la deuda y en el caso extremo de que las dos medidas anteriores no sean suficientes, aceptar la dación en pago como medio liberatorio definitivo de la deuda. En el momento de su publicación en 2012 era esencial la adopción del Código de Buenas Prácticas para la protección de un colectivo social “en situación de extraordinaria vulnerabilidad en el contexto económico generado por la crisis”, escenario ante el que puede encontrarse España pronto debido a la crisis sanitaria y el consecuente parón económico. El ámbito subjetivo del mismo fue ampliado a través de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (LSO). Se incrementó el límite anual de renta de las familias beneficiarias y se incluye como supuesto de especial vulnerabilidad a los deudores mayores de sesenta años.

Por último, como instrumento preventivo del concurso, el deudor persona natural puede alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (AEP), regulado en el título X de la Ley Concursal, introducido en la normativa concursal con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, y más tarde modificado por la LSO. Se trata de una herramienta que, si es diseñada de una manera

eficaz, puede evitar el colapso de los juzgados y la acumulación de concursos de acreedores, y que a su vez reduce los costes temporales del farragoso proceso concursal. A efectos de la situación actual, Pulgar Ezquerro (2020) señala que “debe evitarse (...) que el actual «colapso sanitario» se traslade también a un «colapso judicial» conectado a un aluvión de solicitudes de declaración de concurso de acreedores cuando superemos el estado de alarma.”

El AEP es un mecanismo de negociación de deudas al que pueden acogerse los empresarios, tanto personas físicas como jurídicas, así como la persona natural no empresaria, siempre y cuando su deuda no supere los cinco millones de euros (art. 231 LC). Se trata este de un instrumento no judicial, que es además, un procedimiento de mediación: es un acuerdo con los acreedores articulado con la intervención de un mediador, un tercero neutral. Su función es llegar a un acuerdo de pagos que pretende facilitar y suplir la ausencia del poder negociador de las PYMES frente a sus acreedores (Pulgar Ezquerro, 2020). Si se acaba acudiendo al concurso ante el intento frustrado de los mecanismos preconcursales, este mediador es nombrado automáticamente administrador concursal en el llamado concurso consecutivo, a menos que conste justa causa (art. 242.2.2 LC). Además, el haber intentado un AEP es uno de los requisitos que se exigen para poder acceder a la exoneración del pasivo insatisfecho, que es analizado a continuación.

Asimismo, una vez se solicitada la apertura de expediente para alcanzar el AEP se dan una serie de mecanismos de protección al deudor. Se suspende cualquier tipo de ejecución de terceros sobre los bienes del deudor, con excepción de las garantías reales que recaigan sobre bienes no necesarios para la continuidad de la actividad profesional y la vivienda habitual. Por ejemplo, si estuviera en marcha un ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual del deudor o la fábrica necesaria para continuar con su actividad empresarial, esta sería suspendido hasta un plazo máximo de 3 meses según el art. 235.2.a LC.

Hay distintas posturas de cara a la efectividad o utilidad de los AEP. Pulgar Ezquerro (2020) contempla una carencia esencial en su regulación en el derecho español, ya que considera que es utilizado como una mera plataforma para acceder a la exoneración del pasivo del deudor, niega su eficacia y motiva la utilización de los acuerdos de refinanciación. Sin embargo, Cuenca Casas (2015a) se muestra en desacuerdo con esta

vertiente al considerar que para poder concederse la exoneración del pasivo se debe de haber intentado y agotado previamente toda posibilidad de una salida de la crisis de insolvencia, tal y como se requiere en la mayoría de los ordenamientos.

4.2. El mecanismo de la segunda oportunidad: el beneficio de la exoneración del patrimonio satisfecho (BEPI) del deudor persona física.

Es posible que el deudor honesto pero desafortunado se encuentre ante una situación de sobreendeudamiento muy agravada, de manera que no tiene capacidad de hacer frente a sus deudas ni con los instrumentos concursales ya explicados. Dicho sujeto sería víctima de la exclusión social y es el deber de los poderes públicos garantizar una igualdad efectiva a este grupo de personas tan debilitado.

Se tendría que acudir a la solución última del régimen de insolvencias: el beneficio de la exoneración del patrimonio insatisfecho (BEPI). También conocido como mecanismo de segunda oportunidad o *fresh start*, esta exoneración supone la única excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 CC, por el que la persona natural de buena fe es condonada y liberada de sus deudas. Esto es posible tanto en casos de conclusión del concurso de acreedores y consecuente liquidación de patrimonio, como en casos de insuficiencia de masa activa para hacer frente al pasivo.

Ordenamientos jurídicos como el derecho americano, alemán o italiano llevan mucho tiempo contemplando un mecanismo que permitía empezar de nuevo a sus ciudadanos. No obstante, este régimen fue introducido en el año 2013 en España, de forma muy tardía y con requisitos excesivamente exigentes, por lo que fue necesaria una reforma con la Ley 25/2015, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. La razón de la tardía incorporación es según Cuenca Casas (2015b) “el temor al impacto que pudiera tener en las cuentas de resultados de las entidades financieras, a que se alterara la cultura de pago y a que se produjera un colapso judicial”.

Antes de la introducción de estas leyes, numerosas instituciones internacionales y nacionales llevaban años instando a España a adoptar un adecuado régimen de segunda

oportunidad. Ejemplo de ello son la “Consulta del Artículo IV con España” del Fondo Monetario Internacional del año 2013 y 2014, la Recomendación de 12 de marzo de 2014 de la Unión Europea o la Recomendación del Defensor del Pueblo actualizada a octubre de 2013. En estos, se anima al Estado español a establecer un marco de medidas de derecho de insolvencias, introduciendo un régimen de segunda oportunidad que permita a los deudores insolventes un *fresh start* después de liquidar sus activos. Estas recomendaciones a España de dar un paso más en el derecho de insolvencias fueron impulsadas por los positivos resultados alcanzados en otros países europeos que habían diseñado un buen modelo de segunda oportunidad.

Resulta interesante el punto de vista de los jueces y magistrados sobre el ámbito del derecho de insolvencias antes de la introducción del dicho mecanismo en el derecho español, y se destaca en particular el auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010, que resolvía un proceso concursal de dos personas físicas pensionistas declarados en concurso de acreedores voluntario, con insuficiencia de bienes para satisfacer el pasivo pendiente. El juez compara muy acertadamente al deudor con Sísifo, rey de Éfira “obligado a empujar una piedra enorme cuesta arriba por una ladera empinada, sometido a la frustrante expectativa de que al alcanzarse la cima de la colina la piedra siempre rodaba hacia abajo, y Sísifo tenía que empezar de nuevo desde el principio (Odisea, xi. 593). El motivo de este castigo no es mencionado por Homero, y resulta oscuro (algunos sugieren que es un castigo irónico de parte de Minos: Sísifo no quería morir y nunca morirá pero a cambio de un alto precio y no descansará en paz hasta pagarlo)” (FD 17, AC/2010/1828). En este caso, se entiende que la responsabilidad del deudor frente a sus deudas con los sus bienes presentes y futuros es aquello que no permite descansar en paz al deudor, que incluso tras haber hecho el esfuerzo de empujar la piedra hasta la cima de la colina, sabe que ese no es el fin. En este caso, a los dos pensionistas, se les estaría sometiendo a una “perversa” situación de concurso permanente, “hasta la extenuación, o una liquidación prolongada que iría en contra de los criterios de la propia Ley Concursal” (FD 23).

En la actual Ley Concursal el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho y sus requisitos se encuentran recogidos en el artículo 178 bis, y pasan a estar regulados en los artículos 486 y siguientes en el nuevo texto refundido que entra en vigor el próximo septiembre 2020.

El primer requisito que exige la Ley Concursal, es la buena fe del deudor, que se entiende en los casos en los que: (i) el concurso no haya sido declarado culpable; (ii) el deudor no haya sido condenado por sentencia firme por delitos de índole patrimonial; (iii) la celebración o intento de un AEP y (iv) la satisfacción íntegra de los créditos contra la masa y los créditos privilegiados, y en el caso de no haber intentado un AEP, debe de haber pagado al menos el 25% de los créditos ordinarios. A este último requisito, el art 178 bis LC propone la alternativas, como someterse a un plan de pagos durante cinco años u el registro del BEPI en el Registro Público Concursal durante el mismo plazo. Cumplido estos requisitos, el juez de concurso concede con carácter provisional la exoneración, y declarando la conclusión del concurso por liquidación del patrimonio del deudor. La liquidación es un requisito necesario y razonable, puesto la exoneración del pasivo insatisfecho debe de ser una medida solo utilizada en casos extremos.

Dicho carácter provisional del beneficio deviene de la revocabilidad de este en un plazo de cinco años, tiempo durante el cual el deudor debe de mantener una conducta de buena fe en los términos de la LC (Hernández Rodríguez, 2015). Asimismo, los acreedores podrán exigir la revocación del BEPI en el caso de incumplimiento del plan de pagos, si la situación económica del deudor mejora sustancialmente por causas de herencia o por ejemplo, en juegos de suerte o azar, y si hubiese ocultado bienes o ingresos. Pasado el plazo de cinco años, se decretaría la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho. Por tanto, la exoneración definitiva queda condicionada, de manera que hay ciertos deudores que siguen corriendo el riesgo de no tener una segunda oportunidad y exclusión social por ejemplo si no abona unas cuotas mes a mes durante el largo periodo de cinco años.

El texto refundido de la LC cambia un detalle en estos requisitos, de forma que el intento del AEP se convierte en un requisito potestativo solo aplicable en el caso de que el deudor pueda permitirse el pago del 25% de los créditos ordinarios, por un plan de pagos durante cinco años o abonándolo directamente. Además, en el art. 178 bis LC se constataba el crédito público y el crédito por alimentos como inexorable, pero la redacción daba lugar a confusiones, puesto que de la literalidad del artículo se entendía que sí que se podía condonar en el caso de que el deudor que abonaba el 25% de los créditos ordinarios desde un principio. Esto se aclara en la redacción del nuevo texto refundido, ya que el artículo 491 dicta expresamente que ningún deudor podrá ser exonerado del crédito público y por alimentos (Cuenca Casas, 2020).

La imposible condonación del totalidad de las deudas carece de sentido, puesto que una persona cuyo patrimonio ha sido liquidado, precisamente por no dispone de medios para hacer frente a su pasivo, ¿con que dinero puede atender a su pasivo pendiente con las administraciones públicas? Muchos opinan que esto supone un paso atrás en el régimen de segunda oportunidad tras la doctrina del Tribunal Supremo a favor de la exoneración de las deudas públicas en su sentencia de 2 de julio de 2019. Además, esta aclaración de la norma concursal ha dejado sorprendidos a profesionales legales y jueces⁴, y llega justo en el momento en que más personas van a necesitar de “una segunda oportunidad real” (Agustina, 2020).

La lectura de la norma concursal muestra que la posible exoneración se centra en la buena fe del deudor. Así, confirma Cuenca Casas (2015a), el legislador español comete el error de permitir la entrada de deudores oportunista en este régimen de segunda oportunidad, al no ser suficientemente exigente. Explica que el derecho español escoge mantener el concepto rígido y normativo de la buena fe, sin entrar a valorar que el deudor sea esa persona honesta pero desafortunada que merece la protección y ayuda del Estado. Tan solo se debería de considerar hacer excepciones a la responsabilidad patrimonial universal en casos de insolvencia sobrevenida por causas imprevisibles o incontrolables por la persona, como por ejemplo es una crisis económica y el consecuente fracaso empresarial o pérdida de empleo. Sin embargo, la normativa concursal está considerando deudor de buena fe a cualquier persona que no haya cometido un delito de carácter económico o patrimonial y cuyo concurso no ha sido calificado como culpable. No se entra a juzgar si el deudor merece esa condonación de sus deudas y si su conducta ha sido responsable a la hora de sobreendeudarse. Se crea así un camino fácil para personas imprudente, que por ello tienen una pasivo insostenible, permitiéndoles “quitarse de encima” sus deudas. Esto es un despropósito del BEPI como excepción al artículo 1911 CC y justo es este tipo de legislación laxa la que puede provocar los temidos efectos de los regímenes de solución de insolvencias: una cultura de pago menos exigente, encarecimiento del crédito y colapso de los juzgados por la solicitud masiva del concurso de acreedores.

⁴ Ejemplo de ello es que en el artículo *No habrá perdón judicial para las deudas de Hacienda y la Seguridad Social* de Lalo Agustina de La Vanguardia publicado el día 8 de mayo de 2020, Elisa Escolá, miembro del grupo de trabajo sobre la segunda oportunidad del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, deja clara su incompreensión ante esta postura adoptada frente a las deudas con las entidades públicas.

Los regímenes de insolvencia de personas físicas entrañan cuestiones de protección de datos y privacidad personales, y permite una actuación más completa de los poderes públicos en una serie de cuestiones de normativa sociales y económicas como es la educación, la prestación de asistencia social, políticas de familia y vivienda... Un sistema efectivo que soluciones la insolvencia de las personas naturales, ayuda a erradicar la economía sumergida y permite la confianza de las pequeños empresarios a emprender. No obstante, aunque se deba brindar mayor protección y facilidades a los deudores honestos pero desafortunados, no pueden quedar en el olvido los acreedores y la fuerza vinculante de un contrato porque “[e]l respeto a la palabra es uno de los pilares de cualquier ordenamiento jurídico” (Temboury Redondo, 2015).

4.3. Apunte sobre la trasposición de la Directiva 2019/1023.

A modo de conclusión de este epígrafe, se hace un breve pero necesario apunte sobre las novedades legislativas en este ámbito en el derecho de la Unión Europea y nacional. En junio de 2019 se publica la Directiva 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas. Esta Directiva tiene el objetivo de ayudar a unificar y armonizar los regímenes de insolvencias y la regulación de las medidas preconcursales en los Estados miembros de la Unión Europea.

La Directiva busca eliminar obstáculos a la reestructuración efectiva de deudores con dificultades financieras, potenciar instrumentos de alerta temprana, reducir los costes dinerarios y temporales del concurso, facilitar la exoneración de deudas a empresarios y deudores particulares, flexibilizar los principios comunes de derecho de insolvencias y sobre todo, construir un planteamiento más coherente en la escala de la Unión para las PYMES. España tiene hasta mediados del 2021 para trasponer esta Directiva, de manera se esperan mejoras y la corrección de fallos regulatorios en la norma vigente que han salido a la luz con la aplicación de las mismas (Cuenca Casas, 2020).

Junto a esta novedad legislativa europea, y como ha sido ya mencionado, es de reciente publicación en el ámbito nacional RDLeg 1/2020, de 5 de mayo, por el que aprueba el

texto refundido de la Ley Concursal. El preámbulo del mismo comenta que “[l]a imprescindible reordenación, clarificación y armonización del derecho vigente que representa este texto refundido no excluye que el proceso de reforma del derecho de la insolvencia haya finalizado. (...) España tiene pendiente de transponer la Directiva (UE) 2019/1023. (...) Pero el texto refundido que ahora se aprueba constituye la base idónea para acometer de forma más ordenada, clara y sistemática esa inexcusable transposición, tarea que, ya por sí misma reviste extraordinaria dificultad.” Así, se justifica la aprobación de este texto refundido de la LC porque supone la base perfecta para trasponer la Directiva. Pulgar Ezquerro (2020) ve imprescindible la rápida transposición de la Directiva en nuestro derecho para superar las carencias de la regulación actual y permitir mayor eficiencia en afrontar el escenario post COVID-19, para lo cual era imprescindible un texto refundido en el que introducir todos los cambios normativos realizados entre 2011 y 2015.

La falta de los institutos jurídicos disponibles a día de hoy en el derecho de insolvencias han provocado la destrucción del tejido empresarial español en la crisis económica del 2008 y la exclusión social de un amplio número de ciudadanos, que han perdido su fuente de ingresos o el techo bajo el que vivían. Se espera que en este nuevo desplome económico que afecta a todo el mundo, que la presencia de estos mecanismos permitan que la caída no sea tan atroz como en el pasado y que la recuperación llegue pronto. Así, estas medidas tienen como finalidad última el estado de bienestar de los ciudadanos mediante el libre desarrollo de sus derechos sociales.

Esta Directiva, como toda norma, recoge medidas muy acertadas, por ejemplo la reducción de plazo de exoneración definitiva a tres años, y auténticas barbaridades, tal como la no exigencia de la buena fe para el BEPI. A pesar de ello, la transposición supone una oportunidad única para perfeccionar y adecuar el derecho de insolvencias español, puesto que los países miembros tienen cierto margen de maniobra a la hora de elaborar su propia ley. Se debe de buscar mejorar los mecanismos concursales, animando su utilización temprana, y crear un verdadero sistema que permite al deudor honesto pero desafortunado a empezar de nuevo, siempre y cuando haya demostrado que se lo merece.

5. Conclusiones.

A lo largo de su vida, una persona experimenta situaciones cuya causa está totalmente fuera de su control, como son la pérdida de empleo, la forzada reducción de jornada temporal, quiebra de la empresa para la que trabaja, o incluso una grave enfermedad. Todas tienen en común el resultado de la reducción o desaparición de los ingresos económicos del sujeto, que si se encuentra en una situación de sobreendeudamiento, se convierte en un sujeto deudor.

El presente trabajo hace un estudio de la figura específica del deudor honesto pero desafortunado en España, una persona física que se ha visto superada por situaciones de extrema dificultad económica que suelen acabar en su insolvencia o quiebra. Se trata de una persona que se queda estancada en sus obligaciones y responsabilidades de pago a las que no puede hacer frente. Se analizan sus derechos reconocidos en la Constitución, ya que se debe tener presente que el deudor honesto pero desafortunado siempre es sujeto de derechos, y así lo dicta la Carta Magna. Esta persona, superada por su insolvencia, sigue siendo sujeto de derechos inviolables y tiene una dignidad que debe de ser respetada porque todos las personas son iguales y libres.

Asimismo, se constata que el papel del legislador y de las administraciones públicas es garantizar estos derechos y esta igualdad a través de la protección social y económica, garantizando una igualdad real y efectiva en el estado social español. En este sentido a lo largo del trabajo se ha analizado varias instancias en las que los poderes públicos impulsan nuevas normas, de cara a adoptar y mejorar la protección de los ciudadanos a través de la implementación del ingreso mínimo vital, de la protección de la tutela judicial efectiva del deudor hipotecario en la ejecución hipotecaria y las medidas del derecho de insolvencias que permiten la superación de la insolvencia del deudor.

Si bien desde la crisis económica del 2008 el legislador ha introducido distintas medidas y soluciones para los ciudadanos encaminadas a su recuperación económica y la consecución de una mayor justicia, se proponen a continuación una serie de iniciativas que surgen a raíz del análisis de la regulación existente y la postura doctrinal sobre las mismas.

En primer lugar, se destaca la necesidad de una revisión periódica del ingreso mínimo vital, así como la recopilación de datos de los perceptores de dicha prestación para poder garantizar su efectividad en la reducción de la exclusión social y comprobar que no desincentiva la búsqueda de empleo. Durante la elaboración de este trabajo, se aprueba y se implementa el IMV a nivel estatal, medida que sin duda llega en un momento en el que la población más lo necesita, pero ciertamente se trata de una prestación mensual con carácter indefinido, que tendrá que mantenerse siempre y cuando sea necesario. La urgencia de la necesidad de este IMV en el actual escenario de crisis sanitaria aceleró la implementación de esta prestación, por lo que es esencial revisar el mismo de forma periódica y ajustar los requisitos para acceder a él o las cantidades repartidas, si no se muestra suficientemente eficaz en las mencionadas revisiones. Precisamente al existir en España distintos modelos autonómicos de ingreso mínimo vital, estos han sido ya analizados en detalle por profesionales y expertos, los mismos que pueden ayudar a perfeccionar el modelo estatal de renta mínima, implementando aquellas medidas que han demostrado funcionar en el pasado.

En segundo lugar, se propone no sólo una rápida trasposición de la Directiva 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, sino también aprovechar esta ocasión para crear un derecho de insolvencias más eficaz y coherente, que ofrezca a los deudores una solución a su sobreendeudamiento. Es de urgente necesidad establecer un sistema robusto y eficaz, para garantizar que no se repetirá el escenario de desprotección al que se enfrentaron los deudores tras la última recesión económica. La Directiva establece una serie de normas, pero también ofrece cierto margen de maniobra a los estados miembros en la trasposición de la misma. Esta supone la conclusión y propuesta más importante, porque refleja las debilidades en esta materia que se observan a lo largo de este trabajo.

Asimismo, se propone una regulación exhaustiva de los mecanismos concursales, como son los acuerdos de refinanciación o los extrajudiciales de pagos, motivando la temprana utilización de estos institutos en cuanto se tenga conocimiento de graves dificultades económicas. Se presenta la opción de reducir el plazo para conseguir el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho definitivo a los tres años, en vez del plazo original de cinco, si el deudor es verdaderamente honesto y busca soluciones desde un principio. De esta manera, se evita colapsar los tribunales con concursos de acreedores

de personas físicas innecesarios, se reduce los costes dinerarios y temporales del deudor, y permite una actuación preventiva,

La ley debe de ser más exigente a la hora de establecer los requisitos para acceder a los mecanismos facilitados por el derecho de insolvencias, por lo que se sugiere la utilización del termino “deudor honesto pero desafortunado” dentro de la norma. Además de los requisitos presentes en el actual art. 178 bis LC, habría que introducir algún mecanismo de control de la buena fe y honestidad del deudor más allá de la no comisión de delitos patrimoniales o económicos. Además, para poder conceder el BEPI se propone la obligatoriedad de intentar alguno de los mecanismos preconcursales, así como una reunión del mediador concursal con los acreedores del deudor, para cerciorarse de que la condonación de deudas es la única solución. El BEPI requiere la liquidación de todos los bienes del deudor, extremo al que no se quiere llegar, a menos que sea estrictamente necesario. El implementar un derecho de insolvencias no quiere decir facilitar a deudores oportunistas e irresponsables mejores condiciones de pago, y ciertamente no puede crearse un camino fácil para burlar el principio de responsabilidad patrimonial universal.

Por último, se plantea la exoneración de las deudas con las administraciones públicas a todos los deudores a los que se les conceda la condonación de sus deudas y hayan utilizado los instrumentos preconcursales a tiempo. Carece de sentido no condonar el totalidad del pasivo insatisfecho tras el cumplimiento de un plan de pagos durante tres años (si se implementa el cambio sugerido), opinión en línea con la reciente doctrina del Tribunal Supremo a favor de la exoneración de las mismas. Además, el legislador no debe de ponerse del lado de la administración pública, de acuerdo al artículo 9.2 y 9.3 de la Constitución, en los cuales se garantiza el respeto de la igualdad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. No exonerar estas deudas supone no solo una discriminación positiva hacia los acreedores públicos, sino el poner por delante el interés de dicha administración.

Como última sugerencia, se considera necesario potenciar la educación a los ciudadanos sobre los instrumentos que existen para la protección de sus derechos, en el caso de que sean deudores honestos pero desafortunados. Aunque exista un sistema de medidas de ayuda efectivos, como son los Códigos de Buenas Prácticas de las entidades financieras o instrumentos preconcursales, de nada servirán estos si los ciudadanos no conocen las

herramientas que el legislador introduce en el ordenamiento para su protección. Tal como se ha hecho con el ingreso mínimo vital, se podría hacer uso de reportajes en los telediarios, artículos en los principales periódicos del país e incluso con una campaña publicitaria de carácter público que permitan a más personas conocer este tipo de instrumentos. Precisamente fue la falta de conocimientos básicos financieros del ciudadano medio y el hecho de que las entidades financieras abusaran de ello, lo que potenció el gran número de hipotecas concedidas y la consecuente pérdida de la vivienda habitual de un gran número de españoles. Dar a conocer el contenido que defiende este trabajo podría significar que muchos deudores puedan un día quitarse de sus espaldas esa mochila llena de obligaciones de pago.

El problema de la desinformación en esta materia va más allá del ciudadano medio. Me atrevería a dudar que a día de hoy, los estudiantes de Derecho o incluso profesionales conozcan o siquiera hayan escuchado hablar de alguno de los instrumentos mencionados a lo largo de este trabajo, al ser yo misma la primera que ignoraba su existencia hasta hace relativamente poco tiempo. La insolvencia de la persona física necesita ser estudiada y mencionada en las aulas universitarias.

El camino hacia la llamada nueva normalidad significa no sólo aprender a convivir con el corona virus, sino también que la sociedad tendrá que luchar durante años contra esta recesión económica. En el pasado, el ordenamiento jurídico no disponía de muchas de las herramientas analizadas a lo largo del presente trabajo, y desde mi humilde punto de vista, parece que el legislador sigue trabajando por mejorar las leyes y normas en esta materia. La recuperación a día de hoy puede ser más corta gracias a el impulso legislativo de adecuadas medidas de protección. Aunque una pandemia como el COVID-19 no ha podido ser evitado hasta ahora, sí es posible amoldar el sistema jurídico a las necesidades del presente y la protección del ser humano en la sociedad, sin el cuál no tendría sentido el estado social de derecho.

Bibliografía:

LEGISLACIÓN

Legislación española:

- Constitución Española de 1812.
- Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE núm. 58, de 27/02/1946).
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (BOE núm. 289, de 16/10/1885).
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Constitución Española de 1978 (BOE núm. 311, de 29/12/1978).
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (BOE núm 164, de 10/07/2003).
- Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. (BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2007, páginas 50593 a 50614)
- Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. (BOE núm. 78, de 31 de marzo de 2009, páginas 30367 a 30385).
- Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.
- Ley de 1/2013, de 14 de marzo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. (BOE núm. 116, de 15/05/2013).
- Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. (BOE núm. 217, de 6 de septiembre de 2014, páginas 69767 a 69785)
- Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal
- Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (BOE núm. 174, de 22 de julio de 2015, páginas 61593 a 61660)

- Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015)
- Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. («BOE» núm. 65, de 16 de marzo de 2019, páginas 26329 a 26399)
- Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital (BOE núm. 154, de 01/06/2020).

Legislación de la Unión Europea:

- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. (DOCE núm. 95, de 21 de abril de 1993, páginas 29 a 34).
- Recomendación del Consejo de 5 de junio del 2019, relativa al Programa Nacional de Reformas de 2019 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2019 de España.
- Directiva 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas (DOUE núm. 172, de 26 de junio de 2019, páginas 18 a 55)

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional:

- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 3/1983, de 25 de enero. (BOE núm. 41, de 17 de febrero de 1983).
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 113/1989, de 22 de junio. (BOE núm. 175, de 24 de julio de 1989).
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 41/1981, de 18 de diciembre. (BOE núm. 12, de 14 de enero de 1982).
- Auto del Tribunal Constitucional nº 113/2011, de 19 de julio. (BOE núm. 197, de 17 de agosto de 2017).

Tribunal Supremo:

- Sentencia del Tribunal Supremo nº 362/2015, de 29 de junio de 2015
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 2253/2019, de 2 de julio del 2019.

Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona:

- Auto nº 671/2007 del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, de 26 de octubre del 2010 (AC/2010/1828)

Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

- Sentencia de 14 de marzo de 2013, AZIZ, C- 415/11, EU: C:2013:164
- Sentencia de 17 de julio de 2014, SACHEZ MONCILLO Y ABRIL GARCÍA, C- 539/14, EU: C:2014:2099
- Sentencia de 29 de octubre de 2015, BBVA, C- 8/14, EU: C:2015:731
- Sentencia de 29 de octubre de 2015, BBVA, C- 8/14, EU: C:2015:731

Jurisprudencia americana:

- Local Loan Co. Vs Hunt de 1934 (299 US 344,44).

OBRAS DOCTRINALES

- Almoguera García, J. (2018). Las crisis empresariales. La solicitud y la declaración del concurso. *Fundamentos de Derecho Empresarial Tomo IV*, 4ª edición. Madrid: Aranzadi.
- Carmona Cuenca, E. (2012). El derecho a un mínimo vital con especial referencia a la Constitución española 1978. *Estudios internacionales: Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, n. 172, 2012, p. 61-85. Chile.
- CES. (2013). *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2013*. Recuperado de http://www.ces.es/documents/10180/1692373/Memoria_2013.pdf/2fddb4d-be6f-4507-8ec0-9c573972d1aa

- CES. (2018) *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2018*. Recuperado de http://www.ces.es/documents/10180/5212606/Memoria_Socioeconomica_CES2018.pdf/46269eb7-ee08-de93-cfa8-080e43e8afe1

- Comité de Derechos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas. (1990). *Comentario general 3- La naturaleza de las obligaciones de los Estados parte (art. 2, párrafo 1º)*. Recuperado de <https://www.escr-net.org/resources/general-comment-3>

- Cuenca Casas, M. (2014). El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar. *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, (pp. 27-92). Madrid: Aranzadi Thomson Reuters.

- Cuenca Casas, M. (2015a). La insolvencia de la persona física: prevención y solución. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 55, pp. 461-518. Madrid: Colegio Notarial de Madrid.

- Cuenca Casas, M. (2015b). El nuevo régimen de segunda oportunidad para la persona física insolvente. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, nº 6, pp. 16-39.

- Cuenca Casas, M. (2020). El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal: Algunas “novedades” importantes. Blog: *Hay Derecho*.

- De la Rica, S., Gorjón, L. (2018). El impacto de la Renta de Garantía de Ingresos en Euskadi. *Papeles de la economía española: los problemas del mercado de trabajo y las reformas pendientes*, nº 156, p 110-126. País Vasco: Funcas.

- Del Río, A. (2003). El endeudamiento de los hogares españoles. *Banco de España – Servicios de Estudios Documento de Trabajo n.º 0228*.

- El Defensor del Pueblo (2012). *Crisis económica y deudores hipotecarios: Soluciones y propuestas del defensor del Pueblo*.
- Fortea Gorbe, J. L. (2016) *La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas* (Tesis de doctorado). Universidad de Alicante, pp. 66-94 y p. 92-105. Recuperado de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/59228/1/tesis_fortea_gorbe.pdf
- Hernández Rodríguez, M. Del M.(2015). *La segunda oportunidad: La superación de la crisis de insolvencias*. Madrid: Lefebvre, El Derecho.
- Longo Martínez, A.A. (2019). Estudio práctico de la ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Recuperado de <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/estudio-practico-de-la-ley-5-2019-de-15-de-marzo-reguladora-de-los-contratos-de-credito-inmobiliario/>
- Medina Guerrero, M. (2015). Derecho a la vivienda y desahucios: La protección del deudor hipotecario en la jurisprudencia del TJUE. *Teoría y realidad Constitucional (UNED)*, nº 36, pp. 261-282.
- Mollar y Piquer, M. P., Vilar González, S. (2013). El consumidor frente a la ejecución hipotecaria. *Revista jurídica de la Región de Murcia*, nº 46, pp. 1-40.
- Pulgar Ezquerro, J. (2009). Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art 5.3 LC en el marco del RDL 3/2009. *Revista de derecho concursal y para concursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación* nº 11, pp. 45-58.
- Pulgar Ezquerro, J. (2020). Reestructuración empresarial y alarma Covid 2019: legislación preconcursal y concursal de emergencia. *Diario La Ley*, Nº 9608, Sección Tribuna. Madrid: Wolters Kluwer.

- Sánchez Agesta, L. (1996) El sistema político de la Constitución Española de 1978, p. 83. [*non vidi*, citado por FERNÁNDEZ SEGADO, La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico, Derecho PUCP, n. 50, p.18]. Madrid: Editorial Nacional.
- Sanguino Sánchez, J.M. (2003). Por la dignidad del deudor. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, nº 56, pp 701-732. Perú.
- Tasioulas, J (2017). Minimum Core Obligations: Human Rights in the Here and Now. Documento de investigación encargado por el Fondo Fiduciario Nórdico al Banco Mundial.

RECURSOS DE INTERNET

- Agustina, L. (2020, 8 de mayo). No habrá perdón judicial para las deudas de Hacienda y la Seguridad Social. *La Vanguardia*. Obtenido el 28 de mayo en <https://www.lavanguardia.com/economia/20200508/481013798015/ley-concursal-segunda-oportunidad-hacienda-seguridad-social.html>
- De la Morena Sanz, G. (2015, 11 de noviembre). La huida de los mejores profesionales de la administración concursal. *El Mundo*. Obtenido el 2 de junio en <https://www.elmundo.es/economia/2015/11/11/56421a8922601d1c748b45da.html>
- Del Mar Martínez, M., Fernández, S., Francés, D. y Marcos, I. (2020, 4 de junio) Spain after COVID-19: From resilience to reimagination. *McKinsey & Company*. Obtenido de <https://www.mckinsey.com/business-functions/risk/our-insights/spain-after-covid-19-from-resilience-to-reimagination?cid=other-eml-alt-mip-mck&hlkid=f7e49ed3a3ee4f0db786ae85127197b6&hctky=11553711&hdpid=fe0c14a1-3ad0-4aed-b3a9-6e713372b25f>

- Epdata (2020). Desahucios, estadísticas, datos y gráficos. Recuperado de <https://www.epdata.es/datos/desahucios-estadisticas-datos-hoy-graficos-cgpi/230/espana/106>
- Fariza, I (2020, 14 de abril). El FMI prevé que a economía española se desplome un 8% este año y que el paro se dispare hasta el 20,8%. *El País*. Obtenido el 16/04/2020 de <https://elpais.com/economia/2020-04-14/el-fmi-preve-que-la-economia-espanola-se-desplome-un-8-este-ano-y-que-el-paro-se-dispare-hasta-el-208.html>
- Jorrín, J.G. (2020, 17 de mayo). ¿Es una buena idea el ingreso mínimo vital? Esto dicen los estudios hechos hasta ahora. *El Confidencial*. Obtenido el 18 de mayo de https://www.elconfidencial.com/economia/2020-05-17/ingreso-minimo-vital-renta-minima-estudios-economicos_2597456/
- Temboury Redondo, M. (2015, 5 de marzo). Una segunda oportunidad: No hay que olvidarse del acreedor, pero el que lo ha perdido todo no puede pagar lo que no tiene. *El País*. Obtenido el 3 de junio en https://elpais.com/elpais/2015/03/03/opinion/1425405351_650828.html