



JORNADA DE TRABAJO SOBRE “LAS MEDIDAS PARA LA PROTECCIÓN EFICAZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA VIVIENDA EN UN ENTORNO DE CRISIS ECONÓMICA”

Oviedo, 14 de Diciembre de 2012. Sede de la Procuradora General

LOS DESAHUCIOS: UN ACUCIANTE PROBLEMA SOCIAL QUE PRECISA DE UN ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS

Iñigo Lamarca, ARARTEKO

1. Las personas y las familias como sujetos pasivos de la crisis

Las consecuencias de la crisis están siendo devastadoras para amplios sectores de la sociedad. El paro, la precariedad laboral y los recortes sociales se están extendiendo a gran velocidad. A su lado viene el miedo al futuro. Ese temor al porvenir atenaza a la ciudadanía, que vive una situación de incertidumbre y desánimo en la que, a corto plazo, no parece que se vayan a producir cambios positivos significativos.

El crecimiento económico español en las últimas décadas estuvo basado en el endeudamiento privado. En palabras de Santiago Niño-Becerra, *“la deuda privada española fue escalando posiciones hasta cuadruplicarse en doce años. Ese y no otro fue el milagro español: el endeudamiento”*.

Las consecuencias derivadas de ese sobreendeudamiento las están padeciendo en primera persona las personas y las familias. Sin embargo, no podemos olvidar que el origen de esta crisis sistémica no tiene una causa directa e inmediata en el comportamiento de la ciudadanía. Somos unos espectadores privilegiados, compartiendo los efectos, pero no hemos sido los desencadenantes de esta crisis.

2. La vivienda es un derecho humano

El derecho a la vivienda digna y adecuada está reconocido en el artículo 47 de la Constitución. Según dicho artículo *“los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”*, y *“la comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”*. Al igual que otros derechos sociales (como la salud, artículo 43), el artículo 47 forma parte del Capítulo III del Título I de la Constitución, donde se incluyen los *“principios rectores de la política*



social y económica". En España, la justiciabilidad de los derechos sociales está bloqueada, porque el reconocimiento, respeto y protección de los derechos que la Constitución incluye en el Capítulo III del Título I *"informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen"* (artículo 53.3). Como señalaba Amnistía Internacional en su informe sobre la justiciabilidad de los derechos socioeconómicos en España, *Derechos a la intemperie* (2011), en la práctica, *"la legislación y las políticas, tanto a nivel estatal como autonómico, no precisan el contenido del derecho, por lo general, ni quien responde al respecto. Y ya es sabido que un derecho cuyo contenido no está claro, es un derecho fácilmente vulnerable, difícilmente exigible y con menores posibilidades de ser reclamado ante la justicia"*. Año tras año, el Ararteko viene reiterando en sus informes anuales ante el Parlamento Vasco la ***necesidad perentoria de aprobar una Ley de Vivienda que garantice la exigibilidad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada ante los tribunales de justicia.***

Ahora bien, además de ser un derecho constitucionalmente reconocido, la vivienda también es un derecho humano internacionalmente consagrado. Este derecho viene expresamente reconocido en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 11.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Conforme al artículo 10.2 de la Constitución, *"las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España"*. Como tratado internacional, el PIDESC forma parte del ordenamiento jurídico interno, y por lo tanto sus disposiciones sólo pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en el propio tratado o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional (artículo 96.1 de la Constitución).

Según el artículo 9.2 de la Constitución, los poderes públicos han de *"promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, (removiendo) los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y (facilitando) la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social"*. Las políticas públicas deben estar encaminadas a garantizar la igualdad, entendida como capacidad y autonomía personales y como valor vertebrador de una sociedad democrática. Juiciosos análisis socioeconómicos han acreditado que la igualdad es además de un valor en sí mismo, un medio para asegurar el buen funcionamiento del sistema económico en su conjunto.



3. Una reflexión crítica sobre el fenómeno del desahucio desde el derecho internacional de los derechos humanos

En 1997, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (Comité DESC), encargado de velar por el cumplimiento del PIDESC, dio a conocer su Observación General nº 7, a través de la cual compartió su interpretación del significado del derecho a la vivienda en relación con el fenómeno de los desalojos forzados.

Al entender del Comité DESC, un “desalojo forzoso” es “el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos”. El Comité DESC considera que los desalojos forzados son en principio contrarios al PIDESC. Reconoce que “algunos desalojos pueden ser justificables, por ejemplo en caso de impago persistente del alquiler o de daños a la propiedad alquilada sin causa justificada”, pero deben darse una serie de garantías procesales para que un desalojo cumpla con las normas internacionales de derechos humanos, entre otras: consulta a las personas afectadas; plazo suficiente y razonable de notificación del desalojo; facilitación de información sobre los desalojos previstos; que el desalojo tenga lugar en presencia de un funcionario público; identificación de las personas que llevan a cabo el desalojo; atención al momento de realización del desalojo, evitando hacerlo de noche o con muy mal tiempo; ofrecimiento de recursos jurídicos efectivos; ofrecimiento de asistencia jurídica para que las personas afectadas puedan solicitar reparación ante los tribunales. Asimismo, el Comité incide en que “los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda”.

A principios de noviembre, la abogada general del Tribunal Europeo de Justicia, Juliane Kokott, emitió una opinión muy crítica denunciando la incompatibilidad de la legislación española con el derecho de la Unión Europea. Kokott recuerda que la normativa procesal de desahucios en los Estados de la UE debe ser compatible con la directiva europea de protección de los consumidores:

“No constituye una protección efectiva contra las cláusulas abusivas del contrato el hecho de que el consumidor, a raíz de dichas cláusulas, deba soportar indefenso la ejecución de la hipoteca con la consiguiente subasta forzosa de su vivienda y la pérdida de la propiedad y el desalojo subsiguientes, y que sólo con posterioridad esté legitimado para ejercitar la acción de daños y perjuicios. (La normativa europea) exige, antes bien, que el consumidor disponga de un recurso legal eficaz para que se compruebe el carácter abusivo de las cláusulas de su contrato de préstamo, y que



mediante dicho recurso pueda, en su caso, detenerse la ejecución forzosa.”
(Conclusiones de la Abogada General, Juliane Kokott, 8 de noviembre de 2012, Asunto C-415-11, párrafos 52-53).

Desde la perspectiva del derecho de consumo, la abogada general insiste en que el juez debe tener la posibilidad de suspender la ejecución forzosa hasta que haya podido analizar el fondo del asunto, comprobando si el contrato de préstamo contiene alguna cláusula abusiva para el consumidor. Desde la óptica de los derechos humanos, dicha conclusión nos permite poner en duda que el marco regulatorio procesal de los desahucios en España realmente respete el derecho a un recurso jurídico efectivo, puesto que, como critica la abogada general de la UE, actualmente al juez se le niega la posibilidad de entrar a valorar el contenido del contrato cuyo presunto incumplimiento ha dado lugar a la solicitud de desahucio por parte de la entidad bancaria.

4. Responsabilidad, impago y desahucio: Algunas recomendaciones

A mediados de octubre, pudimos leer en prensa este escalofriante dato: Cada día 15 familias son desahuciadas en Euskadi debido al impago de sus hipotecas. Es creciente el número de personas que acuden al Ararteko, angustiadas por el hecho de haber perdido la vivienda y de seguir debiendo a la entidad financiera sumas importantes de dinero que no pueden pagar como consecuencia de un accidente, por haberse quedado en paro, haberse roto su relación de pareja, etc. En numerosos créditos hipotecarios el banco ha exigido una doble garantía hipotecaria: la de la vivienda o local de comercio o negocio para cuya adquisición se ha pedido el crédito y la de la vivienda de los progenitores o de los abuelos del prestatario. El impago de las cuotas del préstamo ha traído consigo en ocasiones la pérdida de ambos inmuebles.

Aunque no estamos facultados para abrir un expediente de queja (herramienta de intervención que se circunscribe a actuaciones presuntamente incorrectas de las administraciones públicas), en el Ararteko no podemos permanecer con los brazos cruzados ante situaciones dramáticas que afectan al núcleo básico del derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada.

En nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de responsabilidad universal, por el que el deudor de un préstamo responde con todos sus bienes, presentes y futuros, del cumplimiento de sus deudas. El artículo 105 de la Ley Hipotecaria dispone que *“la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1.911 del Código Civil”*. En virtud de la libertad contractual, las entidades bancarias suelen ofrecer un modelo de préstamo hipotecario cuyas cláusulas incorporan la garantía prevista en dicho precepto de la Ley Hipotecaria, lo cual supone que el deudor seguirá respondiendo del pago del préstamo con todos sus bienes presentes y futuros, y no sólo con el bien hipotecado.



Sin embargo, la propia Ley Hipotecaria también prevé la posibilidad de garantizar un bien hipotecado mediante la dación en pago. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, están limitadas al importe de los bienes hipotecados, y por tanto, no van a alcanzar a los demás bienes del patrimonio del deudor. Pese a que teóricamente ambas opciones son válidas en derecho (responsabilidad universal y dación en pago), en la práctica los contratos de préstamo son auténticos contratos de adhesión y al prestatario no se le da ni la opción, ni la información necesaria, de manera que la inmensa mayoría de los créditos han sido firmados conforme al criterio de la responsabilidad universal, sin que la persona firmante del crédito hipotecario fuese consciente de las consecuencias que podría acarrearle el impago del crédito.

Por consiguiente, si el acreedor (normalmente una entidad bancaria) ejecuta la garantía, en caso de impago, el inmueble suele acabar subastándose. El precio que se alcance en esa subasta marca el valor de la vivienda y éste siempre resulta más bajo que el precio de mercado. Además, en los casos en los que no acuda ningún postor, algo muy habitual, el acreedor hipotecario puede pedir la adjudicación del bien por una cantidad igual o superior al 60% de su valor de tasación. En la actual coyuntura económica las cantidades que se alcanzan con la subasta son muy inferiores al precio que se abonó por la compra de la vivienda.

El Ararteko recomienda **generalizar la dación en pago como cláusula de asunción de responsabilidad en los contratos de préstamo hipotecario** y **establecer una moratoria en el pago del préstamo cuando el prestatario se haya quedado sin trabajo o concurren en él circunstancias de vulnerabilidad**. Frente al sobreendeudamiento familiar, la prioridad debe ir orientada a habilitar medidas que permitan que el deudor devuelva el préstamo, permitiendo siempre que sea posible que conserve la vivienda. La pérdida de ésta debería ser siempre el último recurso, ya que el espacio habitacional es una condición necesaria para el libre desarrollo de la personalidad y es una medida de salvaguarda frente a la exclusión social.

En estos momentos en España se produce una paradoja perniciosa en relación con la vivienda. España cuenta con miles de viviendas vacías, la mayoría de las cuales fueron construidas durante el boom del ladrillo de la última década, pero al mismo tiempo desde el inicio de la actual crisis, alrededor de 350.000 familias han sido desahuciadas. El pasado 15 de noviembre el Gobierno aprobaba el Real Decreto-ley 27/2012, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (BOE nº 276, de 16 de noviembre de 2012). Según su Exposición de Motivos, el objetivo de este Real Decreto Ley es *“la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión”*. No hay datos actualizados sobre el parque de viviendas en España, ni información oficial sobre el impacto de los desahucios sobre los colectivos más vulnerables (de ahí la indefinición del Gobierno sobre el número de personas que se verán beneficiadas por el Real Decreto Ley 27/2012, que el ministro de Economía rebajó de 600.000 a menos de 120.000 en apenas dos semanas). En todo caso, **los poderes públicos deben**



demostrar que están haciendo uso del “máximo de los recursos disponibles” (artículo 2.1 del PIDESC) para garantizar la realización efectiva del derecho a la vivienda para todas las personas.

Aunque la carga de la prueba es de los poderes públicos, entre las medidas urgentes exigibles se incluye la ***necesidad de destinar a alquiler social una parte significativa de los inmuebles del “banco malo” (Sareb)***. Asimismo, dado que la crisis bancaria e inmobiliaria está provocando una falta de financiación para edificar más vivienda protegida y para que los ciudadanos puedan obtener hipotecas con las que comprar las viviendas, es más necesario que nunca ***apostar por la promoción de la vivienda protegida en alquiler, lo cual necesariamente supone un incremento de los recursos públicos destinados a este fin.***

El Ararteko valora positivamente la iniciativa de algunos jueces en Euskadi, que en el mes de noviembre hizo propia el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de aplicar un protocolo de actuación en caso de desahucio. Este protocolo permitirá abrir una diligencia judicial nueva donde antes no existía posibilidad de realizar alegación alguna, para oír a los afectados a través de su letrado. Esta nueva diligencia permitirá la suspensión de los desahucios que sean inminentes en los casos previstos en el Real Decreto Ley 27/2012. Ahora bien, tal como recomienda la abogada general Kokott, es necesario reconocer el derecho al recurso efectivo a todas las personas que se vean involucradas en un procedimiento de desahucio por un impago de crédito, por lo que sería preciso ***permitir que el juez pueda suspender la ejecución forzosa hasta que haya podido analizar el fondo del asunto, comprobando si el contrato de préstamo contiene alguna cláusula abusiva para el consumidor.***

En mayo de 2012, se puso en marcha el Servicio de Mediación Hipotecaria del Gobierno Vasco, que nace como un servicio de carácter gratuito y opcional, constituido por profesionales fundamentalmente del ámbito de la economía, dispuestos a mediar ante las entidades financieras, en los casos de impago de la vivienda habitual. Su objetivo es encontrar las mejores condiciones posibles, para liquidar la deuda contraída, una vez estudiada la capacidad económica de la unidad familiar. La vivienda debe estar ubicada en la Comunidad Autónoma Vasca, ser la vivienda habitual y la única de la familia. A su vez, su valor de adquisición ha de ser inferior a 350.000€.

Durante los primeros seis meses de funcionamiento (entre mayo y octubre), el Servicio de Mediación Hipotecaria ha abierto un total de 126 expedientes, 21 de los cuales (cerca del 60% de los resueltos) se cerraron con acuerdo entre las personas afectadas y las entidades financieras. En la mayoría de los casos se renegociaron las condiciones del crédito hipotecario y en media docena de casos se acordó la dación en pago entre ambas partes. En total, de los 36 informes elaborados por los mediadores, en 15 casos no se llegó a un acuerdo con las entidades financieras, principalmente por la negativa de los bancos a renegociar los créditos o a la dación en pago o por la adjudicación de la vivienda a otra persona.



Casi una veintena de entidades financieras y bancos se han adherido voluntariamente a este Servicio.

El Ararteko acoge satisfactoriamente esta iniciativa del Gobierno Vasco, si bien **sería deseable un mayor acompañamiento de la familia durante el procedimiento de ejecución hipotecaria**, y sería preferible **contar con un procedimiento obligatorio de mediación que tenga por objeto garantizar la satisfacción de los derechos habitacionales**. Puesto que el Servicio de Mediación Hipotecaria tiene unos pocos meses de vida, es demasiado pronto para realizar una valoración exhaustiva de su funcionamiento. Por el momento, el Ararteko no ha recibido ninguna queja al respecto. En cualquier caso, el Ararteko tiene la firme voluntad de analizar la marcha de este Servicio a lo largo de 2013.

Comprensiblemente, la ciudadanía demanda una respuesta adecuada y expedita. Esto exige unos niveles muy elevados de colaboración y coordinación entre todos los agentes implicados: el Servicio de Mediación, el Departamento de Vivienda del Gobierno Vasco y los Servicios Sociales. Hasta el momento, la necesidad habitacional de las familias que han visto ejecutada su vivienda no se ha reconducido a un alquiler social, salvo en unos pocos supuestos en los que se ha adjudicado de manera directa una vivienda a familias que se encontraban en grave riesgo de exclusión social.

En enero de 2013 entrará en vigor una Orden del Consejero de Vivienda, Obras Públicas y Transportes (de 15 de octubre de 2012, BOPV nº 2011, de 31 de octubre de 2012). Esta nueva normativa aspira a ofrecer una mayor cobertura pública de vivienda a las familias desahuciadas. Se equiparará la pérdida de la propiedad de la vivienda habitual por incapacidad de pago sobrevenida con la carencia de vivienda, para que estas personas puedan participar en los procedimientos de adjudicación. Estas personas tendrán la consideración de colectivo con especial necesidad de vivienda, y a dicha condición se le podrán añadir otros criterios de cálculo (antigüedad, nivel de ingresos, número de miembros en la unidad familiar, etc.). Asimismo, siempre que se cumplan una serie de condiciones (que sea vivienda única, que su valor no exceda de los 350.000€, que el abono de la hipoteca suponga más del 50% de la renta neta disponible, etc.), se adjudicará de forma directa la vivienda en alquiler a aquellas familias en que existan menores y que se encuentren en grave riesgo de exclusión social.

Estas novedades van encaminadas en la buena dirección y el Ararteko las acoge con satisfacción. Ahora bien, es preciso examinar críticamente el perfil de las personas que están siendo objeto de desahucio, con la mirada puesta en **extender la protección a otras familias, además de aquellas donde haya menores, que también se pueden encontrar en riesgo de exclusión**.



5. Conclusión: La necesidad de un enfoque de derechos humanos ante la crisis

Un compromiso sincero con los derechos humanos requiere replantearse seriamente las políticas públicas en el ámbito de la vivienda. Como señalaba recientemente Raquel Rolnik, Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Vivienda:

“Los datos indican que las políticas de vivienda basadas exclusivamente en facilitar el acceso al crédito para comprar una vivienda son incompatibles con la plena realización del derecho a una vivienda adecuada de las personas que viven en la pobreza, pues no brindan soluciones que incluyan viviendas habitables, asequibles y bien ubicadas a las que los pobres tengan acceso. (...) Esta orientación hacia los aspectos financieros ha hecho que se conciba la vivienda como un activo y un producto básico, distribuido solo por las fuerzas del mercado. Sin embargo, incluso cuando logran acceder al crédito, los grupos de bajos ingresos no tienen capacidad para negociar las condiciones del préstamo ni la tipología de la vivienda, y se ven obligados a aceptar las soluciones en materia de vivienda que vienen determinadas por las consideraciones económicas y de rentabilidad del mercado inmobiliario” (Informe 2012 a la Asamblea General de Naciones Unidas, 10 de agosto de 2012, párrafos 64 y 67).

Durante el último medio siglo, los derechos humanos han ido adquiriendo cada vez un mayor reconocimiento y aceptación. Sin embargo, es especialmente ahora cuando la retórica debe dar sus frutos. Cuando la situación se hace ya insostenible es cuando el auténtico valor de los derechos humanos se manifiesta como algo francamente irrenunciable. Frente al pensamiento único, frente a los dogmas de la tecnocracia y de los mercados desregulados, debemos reclamar el valor de la democracia y de lo público, tanto desde la *Eccllesia* (instituciones públicas) como desde el *Agora* (espacios públicos y abiertos a la participación ciudadana).

Los poderes públicos tienen la gran responsabilidad de impedir que la crisis económica se convierta en una crisis de derechos humanos. El saneamiento del sistema financiero, la reducción de la prima de riesgo y el cumplimiento de los objetivos del déficit no pueden realizarse a expensas de los derechos humanos. Es en periodos de tormenta cuando los poderes públicos deben hacer valer su liderazgo para responder a las necesidades de la ciudadanía. Es el momento de decidir si la salud, la vivienda, la educación o la expresión de ideas en público son derechos humanos o meros privilegios reservados para tiempos de bonanza económica.

Es bien sabido que el ideograma chino para la palabra “crisis” combina dos significados: peligro y oportunidad. Está en manos de los responsables públicos aprovechar esta oportunidad para reivindicar la libertad y la dignidad con más vigor que nunca.



6. Recopilación de recomendaciones

- a. Hacer uso del máximo de los recursos disponibles para garantizar la realización efectiva del derecho a la vivienda para todas las personas.
- b. Aprobar una Ley de Vivienda que garantice la exigibilidad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada ante los tribunales de justicia.
- c. Apostar por la promoción de la vivienda protegida en alquiler.
- d. Destinar a alquiler social una parte significativa de los inmuebles del “banco malo” (Sareb).
- e. Generalizar la dación en pago como cláusula de asunción de responsabilidad en los contratos de préstamo hipotecario.
- f. Establecer una moratoria en el pago del préstamo cuando el prestatario se haya quedado sin trabajo o concurran en él circunstancias de vulnerabilidad.
- g. Permitir que el juez pueda suspender la ejecución forzosa hasta que haya podido analizar el fondo del asunto, comprobando si el contrato de préstamo contiene alguna cláusula abusiva para el consumidor.
- h. Establecer un procedimiento obligatorio de mediación que tenga por objeto garantizar la satisfacción de los derechos habitacionales. El sistema de mediación debería incluir un mayor acompañamiento de la familia durante el procedimiento de ejecución hipotecaria.
- i. Prestar atención especial a las familias en situación de mayor vulnerabilidad, particularmente a aquellas familias con menores en riesgo de exclusión social.

*Este texto está basado en el estudio del Ararteko *Los derechos humanos como base de las políticas públicas en tiempos de crisis económica* (junio de 2012), y en los artículos de opinión “Las hipotecas, los embargos y el derecho a la vivienda” (*Deia y Diario de Noticias de Álava*, 30 de noviembre de 2011) y “La vida no puede desahuciarse” (*El Correo y El Diario Vasco*, 10 de noviembre de 2012).