

BOLETÍN DIGITAL CIVIL

Publicaciones AJFV. Serie: Boletines Jurídicos



Número 34
Mayo 2020

A VUELTAS CON EL “REVOLVING”; BREVE ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE MARZO DE 2020

José Antonio Baena Sierra

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Palma de Mallorca.

Doctor en Derecho

809 LEC: LA ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE BIENES COMUNES

Verónica Ponte García

Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Laredo

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES QUE IMPLICAN LA EXPULSIÓN DE UNA PERSONA DE SU DOMICILIO

Rocío Ortega Atienza

Magistrada del Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Barcelona

ISSN: 2605-3055



www.ajfv.es

Dirección:

Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:

Verónica Ponte García



A VUELTAS CON EL “REVOLVING”; BREVE ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE MARZO DE 2020

José Antonio Baena Sierra

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Palma de Mallorca

Doctor en Derecho

RESUMEN: *En los últimos años estamos asistiendo a un cuestionamiento general de los contratos de préstamo en sus diferentes modalidades. En sede de préstamos al consumo, y sobre todo en los casos en que éstos van asociados a una tarjeta de crédito o utilizan el sistema llamado “revolving”, muchas de las demandas de los consumidores se fundamentan en el carácter usurario de los intereses remuneratorios, que siempre son notoriamente muy superiores al interés legal del dinero. En este artículo se analiza la sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Supremo el 4 de marzo de 2.020, que trata de clarificar la cuestión en un particular que estaba siendo controvertido en las distintas Audiencias Provinciales: cuándo se conside-*

ra que el interés remuneratorio es manifiestamente desproporcionado cuando el “normal del dinero” ya es muy alto en comparación con el interés legal.

VOCES: *Tarjeta de crédito, revolving, usura, interés desproporcionado, interés normal del dinero.*

Es un hecho notorio que los contratos de préstamo, en sus diferentes modalidades, se encuentran bajo el foco social. Muchas personas se han visto agobiadas por deudas que no han podido pagar, siendo el origen de muchas de ellas los préstamos llamados rotatorios o “revolving”, asociados generalmente a una tarjeta de crédito. En estos créditos el prestamista concede un crédito de manera rápida, sin exigir apenas prueba de solvencia, con la particularidad de que el prestatario podía disponer de las cantidades que hubiera ido pagando. El límite del crédito se rebajará o disminuirá en la medida en la que el cliente lo utilice, y se restablecerá o aumentará de nuevo en la medida que haga pagos el cliente para restituirlo. La cuota mensual suele ser pequeña, a veces ni tan siquiera llega a cubrir los intereses devengados mensualmente; como contrapartida, los intereses remuneratorios son mucho más altos y se acumulan a la deuda pendiente. En la práctica, el crédito se eterniza y no termina de pagarse, a veces durante muchos años.

La reacción de los consumidores ante los Tribunales ante esta forma de contratación ha venido por dos vías: una de ella ha sido el cuestionamiento de las cláusulas abusivas, que no afectan a la supervivencia del contrato. La segunda se dirige a combatir el tipo de interés, que es, como queda dicho, mucho más alto que el legal del dinero, por lo que la vía de impugnación ha venido siendo la consideración como usurario en los términos recoge el artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, de Usura.

Sobre esta cuestión ya se pronunció el Tribunal Supremo en su Sentencia número 628/2015 de 25 de noviembre, la cual declaró que para determinar si el interés remuneratorio caía en la usura la comparación tenía que realizarse respecto a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas; o, dicho en otras palabras, había que compararlo con los créditos de su misma clase. Sin embargo, esta sentencia no había terminado de zanjar la cuestión, por cuanto que, siendo la media de los créditos de su clase muy alta (generalmente, alrededor del 20%), no quedaba claro qué criterios tenían que aplicarse para determinar en qué casos podían considerarse usurarios los intereses que superaban dicha media.

Para poner orden el Tribunal Supremo ha dictado la Sentencia de Pleno número 149/2020 de 4 de marzo (ponente: Rafael Sarazá). En dicha resolución el Tribunal Supremo analiza las alegaciones de la entidad de crédito, y tomando como punto de partida su Sentencia de 25 de noviembre de 2011, recuerda que la normativa sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores no permite el control del carácter «abusivo» del tipo de interés remuneratorio en tanto que la cláusula en que se establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio, siempre que cumpla el requisito de transparencia. No obstante, la operación

crediticia puede ser considerada usuraria, si bien es necesario que se den los requisitos previstos en el primer inciso del artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura. Añade que el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal, sino la tasa anual equivalente (TAE), que se calcula tomando en consideración cualesquiera pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo, conforme a unos estándares legalmente predeterminados.

Hasta aquí, ninguna novedad respecto de su doctrina anterior. Sin embargo, esta sentencia sí introduce una importante aportación: profundiza en el concepto de “interés normal del dinero”, y, sobre todo, determina cuándo debe considerarse desproporcionado.

Así, la Sentencia de 4 de marzo de 2020 reitera la doctrina establecida en la resolución de 25 de noviembre de 2015, indicando que para realizar la comparación debe acudir a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones, concretando un poco más el criterio a seguir. De este modo, para cada categoría de crédito el interés normal será diferente: en cada caso debe valorarse el tipo medio de interés en el momento de celebración del contrato correspondiente a la categoría a la que pertenezca la opera-

ción crediticia cuestionada. Y si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede actualmente con la de tarjetas de crédito y revolving, incluidas dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo), deberá utilizarse esa categoría más específica, con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias (duración del crédito, importe, finalidad, medios a través de los cuáles el deudor puede disponer del crédito, garantías, facilidad de reclamación en caso de impago, etc.), pues esos rasgos comunes son determinantes del precio del crédito, esto es, de la TAE del interés remuneratorio.

Esta matización es importante, porque supone un avance respecto a la doctrina asentada en la sentencia de 2015, y parece un criterio razonable teniendo en cuenta que para cada tipo de operación el porcentaje medio varía: no puede compararse un crédito ordinario para la adquisición de un bien mueble con un préstamo asociado a una tarjeta de crédito, porque, para ser eficaz, habrá que buscar la comparación con categorías lo más homogéneas posible atendiendo a sus características propias.

Pero la sentencia no se queda ahí, sino que va más allá, porque se preocupa de determinar qué criterios permiten calificar como usurario el tipo de interés aplicado a una concreta operación de crédito respecto de la media de su categoría. Entiende el Tribunal que el caso concreto de las tarjetas de crédito, el tipo medio del que, en

calidad de «interés normal del dinero», se parte para realizar la comparación -en el caso examinado, algo superior al 20% anual-, es ya muy elevado. Razona que, cuanto más elevado sea el índice a tomar como referencia en calidad de «interés normal del dinero», menos margen hay para incrementar el precio de la operación de crédito sin incurrir en usura, porque, de lo contrario, habría que exigir que para que una operación de crédito “revolving” pudiera ser considerada usuraria, por ser el interés notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado con las circunstancias del caso, el interés tendría que acercarse a porcentajes cercanos al 50%.

El Tribunal añade un matiz de notable interés: teniendo en cuenta que la normalidad no necesita probarse, sino la excepcionalidad, entiende la sentencia que la prueba de que el interés no es desproporcionadamente alto en el caso concreto corresponde a la entidad prestamista. Y concluye con un aviso a navegantes: no puede excusarse dicha excepcionalidad en el alto nivel de impagos que suele venir asociado a este tipo de préstamos -concedidos a menudo de manera precipitada y sin un estudio adecuado de la solvencia del deudor-; es más: estima la sentencia que esta dinámica propicia el sobreendeudamiento irresponsable, por lo que el ordenamiento jurídico no puede ni debe proteger estas prácticas.

En conclusión, la sentencia contribuye a aclarar -está por ver si de manera definitiva- el

panorama sobre cuándo deben considerarse usurarios los intereses en los créditos llamados “revolving”, estableciendo los siguientes parámetros interpretativos:

a) La comparación a los efectos de determinar si el interés es notoriamente superior al normal del dinero debe efectuarse respecto del que sea usual en la categoría específica con la que la operación crediticia cuestionada presente más coincidencias (duración del crédito, importe, finalidad, medios a través de los cuáles el deudor puede disponer del crédito, garantías, facilidad de reclamación en caso de impago, etc.).

b) Al tratarse de créditos donde el tipo de interés ya es de por sí muy alto, la consideración de usurario se predica en cuanto el porcentaje supera esa media. Así, cuanto más elevado sea el índice a tomar como referencia en calidad de «interés normal del dinero», menos margen hay para incrementar el precio de la operación de crédito sin incurrir en usura.

c) La prueba de que en el caso concreto no sea un interés desproporcionado corresponde a la entidad prestamista.

d) No puede ser excusa para aplicar un interés tan elevado por el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a este tipo de créditos, concedidos de un modo rápido y sin un análisis exhaustivo de la solvencia del prestatario (añade la sentencia que, a menudo, se utilizan técnicas

de comercialización agresivas) y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario. Todo lo contrario: el Alto Tribunal entiende que la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico.

RESUMEN VOCES

809 LEC: LA ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE BIENES COMUNES

Verónica Ponte García

Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Laredo

RESUMEN: *Dentro del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹, dedicado a los procesos especiales, el capítulo II del título II regula el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 806 a 811), pero comprendiendo en realidad dos procedimientos diferentes, el de formación de inventario (arts. 808 y 809) y el de liquidación en sentido estricto (art. 810), con una variante más para el régimen de participación (art. 811).*

Durante la fase del art. 809 LEC, es posible la adopción de medidas de administración y

disposición de bienes comunes. Sin embargo, tanto su naturaleza, como su ejecución plantean dudas ante lo sucinto del precepto mentado. Mediante este artículo, se pretende dar una solución a dicha laguna.

VOCES: *Régimen económico matrimonial, formación de inventario, medidas de administración y disposición de bienes.*

1. Introducción

A pesar de lo habitual (y espinoso) del procedimiento de liquidación de régimen económico matrimonial y de la aplicación de estos preceptos, ni la ley es clara ni la jurisprudencia, precisamente, muy extensa en lo relativo a la administración y disposición de los bienes comunes.

Tal tema no es baladí por la comprensible importancia que le otorgan los ex cónyuges, pero, también, por las posibles medidas que se pueden adoptar en las dos fases que prevé el artículo 809 LEC.

En este sentido, la LEC prevé varios momentos para adoptar judicialmente medidas sobre la administración y disposición de los bienes. Conviene reseñar que esta decisión no obedece al principio de verdad material propio de los litigios de familia y, por tanto, “procesos especiales”, previstos en los arts. 748 y ss LEC. Por ello, el juez solo puede pronunciarse si se solicita por una de las partes y previa audiencia a la otra parte.

Así, como expone la STS de 28 de Mayo de 2019², el artículo 103 del Código civil habilita al juez para que, en caso de que las partes no llegaran

a un acuerdo en los términos previstos en el artículo 90 del mismo cuerpo legal, previa audiencia de las partes, pueda “determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno”, “señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo” y “determinar, en su caso, el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio” (apartados 2, 4 y 5 respectivamente).

Estas medidas del art. 103 CC, en relación con el art. 773 LEC, son provisionales y, por tanto, son de carácter temporal, de conformidad con el art. 106 del mismo cuerpo legal (hasta que “sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo”). Su finalidad es, por un lado, proteger la efectividad de las medidas que se adopten durante el procedi-

1 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil [en línea]. [Consultado el 29 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>

2 STS Sala Primera, de 28 de mayo de 2019 (STS 1723/2019 - ECLI: ES:TS:2019:1723)

miento y, por otro lado, salvaguardar “la protección de los cónyuges y de los hijos comunes en la interinidad de la tramitación procedimental” (SAP de Castellón de 7 de febrero de 2007³). Asimismo, adoptadas tales medidas, no cabe iniciar procedimiento de modificación de medidas, establecidas por sentencia de divorcio, nulidad o separación, en lo relativo a la administración y disposición de los bienes, como recuerda la SAP de Granada de 9 de junio de 2017⁴, en atención a los límites del artículo 91 del CC, debiendo optar por el procedimiento recogido en los arts. 806 y ss LEC.

Por su parte, la medida cautelar consistente en la administración y gestión de bienes se encuentra expresamente prevista en el art. 727.2 LEC, refiriéndose, a falta de precepto concreto que lo regule, a todas aquellas que concuerden con la instrumentalidad de la medida y que sean tendentes a la plena conservación de la funcionalidad y el valor de los bienes administrados, hasta que recaiga sentencia que se pronuncie sobre el destino de los mismos, en la forma establecida para la administración judicial de bienes embargados (artículos 630 y siguientes), por remisión que a la misma efectúa el artículo 738. 2 de la LEC. Así, es de destacar que el contenido de los derechos y obligaciones del Administrador judicial será el mismo que el de quienes habitualmente ejercían aquellos poderes, si bien con la

prohibición expresa de gravar o enajenar los bienes, así como del resto de límites que el propio Juez acuerde en el auto que acceda a la medida, y con la imposición al Administrador del deber de rendición de cuentas.

Adicionalmente, el propio Código Civil contempla la posibilidad de acudir a la autorización judicial para completar el consentimiento de uno de los cónyuges en actos de administración de la sociedad de gananciales cuando éste no pudiere o no se hallare dispuesto a prestarlo (ex art. 1376) o en los supuestos en los que se hubiese solicitado la disolución de la sociedad de gananciales (art. 1394), momento en el que pueden ser adoptadas cautelarmente medidas sobre la administración del patrimonio.

Sin embargo, sí que existe una previsión específica sobre la posibilidad de adopción de medidas de medidas cautelares asegurativas en relación con los bienes que hubieran de corresponder a uno u otro de los cónyuges, en un futuro, antes del procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales.

Esta materia se regula en los artículos 806 y siguientes de la LEC. Así, dispone el precepto mencionado que “la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que, por capitu-

³ SAP de Castellón, Civil, sección 2ª, de 7 de febrero de 2007 (ROJ: SAP CS 197/2007 - ECLI:ES:APCS:2007:197)

⁴ SAP de Granada, Civil, sección 5ª, de 9 de junio de 2017 (ROJ: SAP GR 845/2017 - ECLI:ES:APGR:2017:845)

laciones matrimoniales o por disposición legal, determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones se llevará a cabo, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, con arreglo a lo dispuesto en el presente Capítulo y a las normas civiles que resulten aplicables”.

De este modo, admitida a trámite la demanda de divorcio se puede solicitar la formación de inventario (art. 808 LEC), lo que supone la apertura de un trámite procedimental, de carácter cautelar, por cuanto su objetivo es determinar y asegurar el caudal partible. Ello se pone de manifiesto en que al final del inventario, el tribunal resuelve lo procedente sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario (art. 809 LEC).

En el caso de que la disolución se produjera con posterioridad al inventario, podrán incorporarse nuevos bienes gananciales (STS 297/2019, 28 de mayo de 2019).

2. El Art. 809 LEC

Dispone el artículo 809 de la LEC que “1. A la vista de la solicitud a que se refiere el artículo anterior, el Secretario judicial señalará día y hora para que, en el plazo máximo de diez días, se proceda a la formación de inventario, mandando citar a los cónyuges.

En el día y hora señalados, procederá el Secretario Judicial, con los cónyuges, a formar el inventario de la comunidad matrimonial, sujetándose a lo dispuesto en la legislación civil para el régimen económico matrimonial de que se trate.

Cuando, sin mediar causa justificada, alguno de los cónyuges no comparezca en el día señalado, se le tendrá por conforme con la propuesta de inventario que efectúe el cónyuge que haya comparecido. En este caso, así como cuando, habiendo comparecido ambos cónyuges, lleguen a un acuerdo, se consignará éste en el acta y se dará por concluido el acto.

En el mismo día o en el siguiente, se resolverá por el Tribunal lo que proceda sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario.

2. Si se suscitare controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas, el secretario judicial hará constar en el acta las pretensiones de cada una de las partes sobre los referidos bienes y su fundamentación jurídica, y citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.

La sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, aprobando el inventario de la comunidad matrimonial, y dispondrá lo

que sea procedente sobre la administración y disposición de los bienes comunes”.

En consecuencia, se prevé la posibilidad de adopción de medidas sobre administración y disposición en dos momentos distintos: tras la comparecencia ante el Letrado de la Administración de justicia y posteriormente, tras la celebración de la vista, en la resolución final.

Al tratarse de una tarea jurisdiccional, la referencia de “tribunal” debe entenderse como que corresponde al juez el dictado de la resolución sobre estos extremos.

Asimismo, y a pesar de que la ley mantenga que el juez debe pronunciarse en todo caso sobre la administración y disposición, ello debe interpretarse, como consecuencia del principio de justicia rogada, en el sentido de que es necesaria la petición por parte del interesado, sin que el tribunal pueda adoptarlas de oficio (SSAP Granada de 29 de marzo de 2004⁵, SAP de Álava de 21 de febrero de 2012⁶ y SAP Madrid 279/2018, 6 de Abril de 2018⁷).

2.1 Momento de presentación:

La ley guarda silencio sobre este extremo. Sin embargo, ha de entenderse que dicha solicitud, a la vista de las dos fases diferenciadas en el

procedimiento de formación de inventario, podrá realizarse junto a la solicitud de inventario (si bien no se recoge expresamente en el artículo 808 LEC), lo que permite el pronunciamiento en el día o al día siguiente de la comparecencia ante el LAJ.

Al hilo de lo anterior, la SAP Madrid de 6 de abril de 2018 entendió que era posible que la juez de primera instancia resolviera lo procedente sobre la administración y disposición por medio de sentencia, de conformidad con el artículo 809.2 in fine LEC, aun cuando se pidiera que el pronunciamiento se realizara tras la comparecencia del LAJ, en virtud del art. 809.1.4º, y sin perjuicio de que la solicitud se hiciera en el escrito rector de la formación de inventario y no se reiterara en el acto de la vista. No obstante, no admitió que, durante el recurso de apelación, se pudieran solicitar medidas de administración por quien no las había planteado durante la instancia.

2.2 Legitimación:

Las medidas pueden ser solicitadas por el litigante que inicie la formación de inventario, pero también cabe su planteamiento en la oposición efectuada por el demandado, por cuanto éste también podría haber iniciado el mentado procedimiento, ex 808LEC (SAP Madrid 279/2018, 6 de abril de 2018).

5 SAP de Granada, Civil sección 4 del 29 de marzo de 2004 (ROJ: SAP GR 788/2004 - ECLI:ES:APGR:2004:788)

6 SAP de Álava, Civil sección 1 del 21 de febrero de 2012 (ROJ: SAP VI 47/2012 - ECLI:ES:APVI:2012:47)

7 SAP de Madrid, Civil sección 22 del 06 de abril de 2018 (ROJ: SAP M 5293/2018 - ECLI:ES:APM:2018:5293)

En ambos casos, considero que se puede pedir en la comparecencia ante el LAJ, así como por escrito. Sin embargo, mayores dudas se plantean con el momento de presentación de ese escrito o la petición en la vista, por cuanto puede acabar generando indefensión, si bien, se ha admitido en alguna sentencia (SAP de Murcia, Secc. 1ª, de 7 de junio de 2002⁸).

Tal escrito, en todo caso, debe ir firmado por abogado y procurador, toda vez que no es un supuesto excluido por los arts. 23.2 y 31.2 LEC.

Se puede plantear en este punto si la solicitud de medidas debe expresar en qué momento pretende su resolución: si en el mismo día de la comparecencia ante el LAJ o bien, si debe expresar que sea tras la vista. Lógicamente, la parte pretenderá que se resuelva lo antes posible. También es posible preguntarse si con una sola petición de administración, se debe resolver en las dos fases. Entiendo, en este último extremo, que, por principio de economía procesal y de congruencia, se debería resolver en los dos puntos, aunque no se hubiera especificado, si bien con las aclaraciones que se recogen posteriormente.

2.3 Procedimiento:

Presentado el escrito, tratándose de un procedimiento civil, es necesario que se confie-

ra trámite de alegaciones a la otra parte sobre la administración y disposición de los bienes, en defensa del principio de contradicción, igualdad de armas procesales y de justicia rogada.

Asimismo, si se realiza la petición, considero que se puede celebrar la vista ante el juez solo para resolver lo procedente sobre la administración y disposición de los bienes comunes, con base en el principio dispositivo y de congruencia (ex arts. 216 y 218 LEC).

2.4 Momento de resolución:

En la primera fase de la formación de inventario, celebrada la comparecencia ante el LAJ, entiendo que el juez no puede, en principio, tener el conocimiento suficiente del caso como para adoptar ninguna decisión respecto a la administración y disposición de los bienes, salvo casos extremos (imagínese la venta descontrolada de bienes gananciales, a precios irrisorios, lo cual es documentalmente apreciable). Asimismo, es de destacar que, dada la saturación de trabajo en los juzgados, este plazo es de imposible cumplimiento. En muchos casos, hasta la vista no se tiene conocimiento por parte del juez del procedimiento de formación de inventario.

Nada obsta el dictado de una resolución, en este caso por el momento procesal, un auto, ponien-

⁸ SAP de Murcia, Civil sección 1 del 07 de junio de 2002 (ROJ: SAP MU 1517/2002 - ECLI:ES:APMU:2002:1517)

do de manifiesto la imposibilidad, en su caso, de resolver, por falta de información, sin perjuicio de que pueda ser objeto de análisis y expreso pronunciamiento en el momento del dictado de la sentencia, de conformidad con el artículo 809. 2 LEC. Sin embargo, también se puede entender que, a falta de pronunciamiento específico (SAP Barcelona, Sec. 12.^a, 235/2007, de 21 de marzo⁹), existe un régimen de administración y disposición de bienes, por cuanto ha de entenderse adoptado el régimen de administración y disposición que el código civil establece a partir de la disolución, en su art. 1.394, de modo que se entiende que continua el régimen de administración que se había seguido con anterioridad, sin perjuicio de que para todo acto que exceda de una administración ordinaria se requiera licencia judicial.

Es en este segundo momento, tras la celebración de la vista, cuando el juez puede, si se ha aportado lo necesario por las partes o al menos la que hubiera pedido la adopción de decisiones relativas a la administración y disposición, tener verdadero conocimiento de la situación y necesidad de este tipo de medidas y, por ende, el momento en que se puede resolver sobre este extremo.

2.5 Naturaleza de la administración y disposición:

El problema surge en cuanto al contenido y naturaleza de “lo que sea procedente sobre

la administración y disposición de los bienes comunes”. Son varias las posibilidades para interpretar la naturaleza de lo dispuesto en el artículo 809.1.4º y 2º, in fine. Se podría entender que se trata de una medida cautelar. Así, lo reconocen varias sentencias (SAP de Granada, Sec. 5.^a, de 9 de junio de 2017 y de Castellón, Sec. 2.^a, de 7 de febrero de 2007).

Las medidas cautelares se regulan en los arts. 721 y ss LEC. Ello explicaría la necesaria petición a instancia de parte (ex 721 LEC), siendo el competente el que estuviera conociendo del principal (723, en relación con los arts. 807 y 809 LEC). Asimismo, no se establece un *numerus clausus* en la adopción de las medidas cautelares, por lo que permitiría las mismas en la administración y disposición, de conformidad con el art. 727 LEC. A mayor abundamiento, este precepto prevé más concretamente, en su apartado 2º, “la intervención o la administración judiciales de bienes productivos [...]” y 4º “la formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga”.

Sin embargo, se podría cuestionar que una vez dictada la resolución por la que se aprueba el inventario, ya no serían necesarias las medidas “exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada”.

⁹ SAP de Barcelona, Civil sección 12 del 21 de marzo de 2007 (ROJ: SAP B 184/2007 - ECLI:ES:APB:2007:184)

tada por situaciones producidas durante la pendency del proceso correspondiente”, por lo que el pronunciamiento sobre la administración y disposición decaería en tanto ya no se trata de garantizar el cumplimiento de una eventual sentencia.

En este sentido, se ha de partir de la finalidad del procedimiento de formación de inventario, esto es, determinar los bienes y valores que se hayan adquirido durante el matrimonio sometido al régimen de ganancialidad y las deudas o reintegros que tengan igualmente un origen consorcial, tanto a favor de la sociedad como de cualquiera de los cónyuges, de tal forma que se fijen los bienes para determinar su valor en la fase de liquidación propiamente dicha, prevista en el art. 810 LEC.

Por ende, esta resolución no termina con la liquidación de la sociedad de gananciales, sino que exclusivamente pone fin a la fase de formación de inventario. Por tanto, el inventario tiene una naturaleza cautelar, con el fin último, al determinar los bienes y valores que conformaban la sociedad de gananciales, de que estos no puedan ser fácilmente desviados por uno de los cónyuges y, en su caso, asignar la administración y gestión de determinados bienes a uno de ellos, mientras dure el largo proceso de liquidación.

Por ello, se debe concluir que las medidas de administración y disposición, previstas en el artículo 809 LEC, son de carácter cautelar, debien-

do someterse a los requisitos previstos en los arts. 726, 727 y 728 LEC, en la misma forma que las medidas fijadas desde la demanda de separación, divorcio o nulidad de los arts. 770 LEC y 103 CC (SAP Castellón de 7 de febrero de 2007) y en la forma determinada para la administración judicial anteriormente expuesta (738.2 LEC por remisión a lo dispuesto en el art. 630 del mismo cuerpo legal, con las limitaciones para el administrador judicial y con la obligación de rendición de cuentas).

No se puede olvidar que se trata de organizar transitoriamente, hasta que sean adjudicados los bienes, antes comunes, un sistema de administración diferente a la cogestión que sanciona el art. 1375 del CC, en función de que se ha producido la quiebra de la confianza conyugal en la que descansaba aquél régimen.

2.6 Contenido normativo:

No se especifica en el art. 809 LEC las normas sustantivas aplicables para decidir la administración o disposición de bienes. Propone la SAP Castellón, Sec. 2.ª, de 7 de febrero de 2007, entre otras, que “resolver o acordar “lo que proceda” significa ordenar la constitución del depósito y administración que requiera la conservación del patrimonio conyugal, siendo de aplicación las normas de la administración del caudal hereditario por analogía” (arts. 797 y ss LEC).

Se ha de tener en cuenta que es criterio doctrinal y jurisprudencialmente admitido (SSTS de 21 de noviembre de 1987¹⁰ y 8 de octubre de

1990¹¹), que durante el período intermedio entre la disolución de la sociedad de gananciales, por cualquiera de sus causas legales, y la definitiva liquidación de la misma, surge una comunidad post ganancial sobre la antigua masa de bienes, cuyo régimen ya no es el propio de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes con cotitularidad ordinaria, y en el que cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el “totum ganancial”. Dicha comunidad post- ganancial, como la hereditaria, no tiene la naturaleza de comunidad romana por cuotas, sino que los cónyuges tienen únicamente una parte ideal en la totalidad del haber, de tal manera que sólo cuando se proceda a la adjudicación se conocerá la que corresponda a cada uno (SSTS 16-10-86, 23-12-92 y 31-12-98 entre otras, referida por la SAP Badajoz 157/2015, 29 de junio de 2015¹²).

Por ello, ha de ser objeto de aplicación el artículo 398 del Código Civil, de tal forma que para la administración y disfrute de los bienes comunes será obligatorio los acuerdos de la mayoría de los partícipes, pudiéndose incluso nombrarse un administrador, a instancia de parte, si no resultase mayoría o el acuerdo fuese gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común...” (SAP Barcelona, Sec. 12.ª, de 21 de marzo de 2007).

Así, las normas de administración durante la sociedad de gananciales se recogen en los artículos 1375 y ss del CC. Sin embargo, como recuerda la jurisprudencia, tras la disolución de la sociedad de gananciales (por los motivos expuestos en los arts. 1392 y 1393 CC y, en su caso, art. 541 LEC y 77.2 Ley Concursal de 9 de julio de 2003), los bienes integrantes del caudal conyugal quedan sometidos, hasta el momento en que se practique la liquidación y adjudicación de bienes a los cónyuges, al régimen de la comunidad de bienes, y no al de sociedad de gananciales, y consecuentemente a su liquidación (STS, Sala Primera, de fecha 19 de junio de 1998¹³). Ello supone que, si el acto individual de administración o disposición de fondos o caudales comunes es llevado a cabo por un cónyuge tras producirse la crisis matrimonial, incluso manteniéndose aún la convivencia, dada la proximidad del acto dispositivo con el momento de ruptura de la comunidad de vida conyugal, al existir la fundada sospecha de que el cónyuge pueda anteponer en su actuación el interés propio al de la familia, deberá probar que el acto de disposición realizado redundó en interés o provecho de la familia para que no se presuma que se realizó en beneficio o lucro exclusivo del cónyuge disponente. Se produce así una inversión de la presunción de ganancialidad, como consecuencia natural del

10 STS Sala Primera, del 21 de noviembre de 1987 (ROJ: STS 7414/1987 - ECLI:ES:TS:1987:7414)

11 STS Sala Primera del 8 de octubre de 1990 (ROJ: STS 10980/1990 - ECLI:ES:TS:1990:10980)

12 SAP de Badajoz, Civil sección 3 del 29 de junio de 2015 (ROJ: SAP BA 601/2015 ECLI:ES:APBA:2015:601)

13 STS Sala Primera del 19 de junio de 1998 (ROJ: STS 4084/1998 - ECLI:ES:TS:1998:4084)

deber de información recíproca entre cónyuges (SAP Soria, Sección 1ª, de 14 de enero de 2019¹⁴).

En cualquier caso, resulta de aplicación a las normas de liquidación de la sociedad de gananciales en lo relativo, entre otros, a “formación de inventario”, la remisión genérica a las normas de partición de la herencia, prevista en el art. 1410 CC, a la hora de adoptar las medidas de administración y disposición, de carácter provisional o cautelar, sin perjuicio de la posibilidad de subsistir las que se hubieran adoptado en el procedimiento matrimonial (ex los artículos 103 C.c. y 771, 772 y 773 LEC).

3. Conclusiones

En conclusión, en virtud del art. 809.2 in fine, respecto a la administración y disposición de bienes comunes, se establece una administración conjunta de los bienes que integran el inventario de la Sociedad de Gananciales disuelta. Será necesario el acuerdo de ambos cónyuges para proceder a realizar cualquier acto dispositivo o de administración sobre los bienes comunes, pudiendo servirse, con arreglo a lo dispuesto en el Art. 394 CC, de aquéllos siempre que no perjudique el interés del otro cónyuge ni impida utilizarlas según su derecho.

Por ello, no se atribuye en exclusiva la administración de estos bienes a ninguno de los cónyuges, sin perjuicio de lo expresado por las sentencias que en su caso se hubieran dictado, con respecto al uso y disfrute de la vivienda conyugal y su repercusión en las facultades de administración en lo que refiere a ese inmueble del progenitor no custodio y, por ende, quien no tiene atribuido el uso de la que era la vivienda familiar.

Habilita el art. 809 LEC para que, cumplidos los requisitos previstos en los arts. 721 y ss LEC, se adopten las medidas de administración y disposición necesarias a fin de que los bienes y valores comunes subsistan al final de todo el procedimiento de liquidación, siempre y cuando lo haya solicitado alguna de las partes, para el caso de la imposibilidad de acuerdo de los ex cónyuges.

4. Bibliografía

ABELLA RUBIO, José María y OSTOS MOTA, María Jesús. Extinción de la comunidad de gananciales. *Comunidad de gananciales. Cuestiones prácticas y actuales*. [en línea]. Pp. 331-438 [Consultado: 29/3/2020] Disponible para usuarios interesados en <http://vlex.com/vid/extincion-comunidad-gananciales-678890981>

¹⁴ SAP de Soria, Civil sección 1 del 14 de enero de 2019 (ROJ: SAP SO 3/2019 - ECLI:ES:APSO:2019:3)

REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis. Las controversias sobre adjudicaciones y pago de deudas en la liquidación de la sociedad legal de gananciales: aspectos sustantivos del artículo 810 LEC. *El derecho de familia ante la crisis económi-*

ca. La liquidación de la sociedad legal de gananciales [en línea]. Pp. 11-106 [Consultado: 29/3/2020] Disponible para usuarios interesados en <http://vlex.com/vid/controversias-adjudicaciones-sustantivos-273818907>

RESUMEN VOCES

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES QUE IMPLICAN LA EXPULSIÓN DE UNA PERSONA DE SU DOMICILIO

Rocío Ortega Atienza

Magistrada del Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Barcelona

RESUMEN: *El lanzamiento de una persona de su domicilio puede comportar la vulneración del derecho a la vida privada y familiar y al domicilio. En este artículo trataré de dar unos criterios para no vulnerarlos en los procedimientos civiles que llevan aparejado un lanzamiento, respetando también el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la propiedad que tiene la parte que insta el procedimiento. Concluiré que se tiene que garantizar los derechos procesales de los afectados, y hacer un análisis proporcional de todas las circunstancias existentes en el caso*

concreto, como únicos elementos para garantizar los derechos de todas las partes, y sin que se pueda exigir, en un procedimiento civil, la concesión de una vivienda alternativa como requisito previo al lanzamiento.

VOCES: *Vivienda, lanzamiento, derechos fundamentales, CEDH, PIDESC, TEDH.*

1. Principios generales

Disfrutar de una vivienda adecuada es un presupuesto básico para ejercer los derechos que le corresponden a una persona como ser humano y para un normal desarrollo de su personalidad.

Esta importancia de la vivienda ha sido destacada por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC) y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)¹. Pese a ello, estos organismos también han indicado que, ni el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) ni el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) garantizan el derecho a una vivienda ni la obligación de un juez de suspender un lanzamiento hasta que el afectado tenga una vivienda alternativa². La vulneración de estos derechos se produce, no por el lanzamien-

to, sino si el Estado no utiliza todas las medidas necesarias para garantizar la vivienda a una persona, atendiendo a las circunstancias concretas, y “hasta el máximo de los recursos disponibles”³.

Este mandato que estos organismos internacionales dirigen a los Estados es coherente con que en la Constitución Española (CE) el derecho a una vivienda no se incluya entre los derechos y libertades fundamentales de la persona, sino en el artículo 47 CE dentro de los principios rectores de la política social y económica. Lo mismo sucede con el artículo 39 CE al prever que a los poderes públicos les corresponde asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. La consecuencia de esta regulación es que no se puede exigir directamente en un procedimiento, salvo que la ley lo prevea en algún supuesto concreto, que se garantice el derecho a una vivienda o que se entregue una vivienda a una determinada persona. En consonancia con ello, el artículo 53.3 CE recoge que el reconocimien-

¹ Ver, entre otros, el apartado 11.1 del Dictamen del CDESC a tenor del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reunido en el 55^a período de sesiones, el 17 de junio de 2015, respecto a la Comunicación núm. 2/2014, y § el 82 de la Sentencia del TEDH Connor c. Reino Unido (demanda 66746/01), de 27 de mayo de 2004 y todas las que allí se citan.

² Ver el § 99 de la Sentencia del TEDH (STEDH) Chapman c. el Reino Unido (demanda 27238/95), 18 de enero de 2001 y el apartado 16.5 del Dictamen del CDESC de 20 de junio de 2017 al analizar la Comunicación 5/2015 relativa a la alegada vulneración del PIDESC por el lanzamiento de una persona tras un procedimiento de resolución del contrato de arrendamiento por expiración del plazo.

³ Apartado 17.8 del Dictamen del CDESC de 20 de junio de 2017 anteriormente citado. Para tener una idea de las obligaciones que tienen que adoptar los Estados para garantizar los compromisos asumidos por el Convenio y poder valorar si se han adoptado las medidas necesarias y los recursos pertinentes se puede consultar la Observación general 3^a de las Observaciones generales aprobadas por el CDESC disponible en https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN3 (último acceso 19 de mayo de 2019)

to, el respeto y la protección de estos principios “informarán 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 lo desarrollan”.

2. ALCANCE DE LA DEFENSA DEL DERECHO A LA VIVIENDA A TRAVÉS DE LA NORMATIVA REGULADORA DE LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Si, en términos generales, no se puede exigir a un Tribunal que no expulse a una persona de su domicilio ¿qué es realmente lo que protege el artículo 8 CEDH y 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)? ¿Qué es lo que se puede alegar ante los Tribunales en estos casos?

El objeto de protección de esta normativa es el respeto de toda persona a su vida privada y familiar y a su domicilio. A los efectos que

aquí interesan, este derecho implica la necesidad de proteger aquel lugar en el que una persona ha constituido su hogar por la importancia que tiene para poder desarrollar su personalidad y el resto de los derechos que le competen. No obstante, esta protección no es absoluta e ilimitada puesto que el artículo 8.2 CEDH, y el resto de los artículos citados, ya prevén que se pueda interferir en este derecho. Para que la interferencia sea legítima tienen que concurrir estos tres requisitos:

a) que esté **prevista en la ley**⁴.

b) que sea **necesaria y proporcional para perseguir una finalidad legítima**⁵. En términos generales, se puede decir que para que la intromisión se pueda considerar “necesaria” se tiene que hacer una ponderación racional de todos los elementos que se ven afectados en una decisión que lleva aparejada un lanzamiento⁶. Esta ponderación la tiene que realizar el legislador al elaborar la ley y la autoridad administrativa, judicial o letrado de la administración de justicia al adoptar

⁴ Ver artículo 8.2 CEDH y el 17.1 PIDCP que impide las “injerencias arbitrarias o ilegales”

⁵ El artículo 8.2 CEDH permite la injerencia cuando sea “necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás” y el artículo 18.2 CE cuando haya resolución judicial o consentimiento del titular.

⁶ Por razones sistemáticas, los criterios a ponderar en los supuestos de expulsión de una persona los indicaré en el apartado siguiente al analizar la aplicación de estos principios en los procedimientos civiles españoles.

⁷ La realización de esta ponderación es importante como recoge el § 50 de la STEDH McCann c. Reino Unido de 13 de mayo de 2008 (demanda 19009/04), el § 118 de la STEDH Yordanova y Otros c. Bulgaria de 24 de abril de 2012 (demanda 25446/06) y el § 66 de la STEDH Bjedov c. Croacia, de 29 de mayo de 2012 (demanda 421050/09).

una decisión discrecional como es la fijación de la fecha de lanzamiento o una eventual suspensión⁷.

c) que **se respeten escrupulosamente los derechos sustantivos y procesales de la persona afectada**. En concreto, hay que garantizar que esta persona tenga, de manera efectiva, la posibilidad de defenderse y de acreditar todos los elementos que considere que hay que ponderar para dictar la resolución adecuada⁸.

3. CRITERIOS PARA NO VULNERAR LOS DERECHOS RELACIONADOS CON EL ACCESO A UNA VIVIENDA EN LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES ESPAÑOLES

Considero que es pacífico que no se puede desestimar una demanda civil de la naturaleza que sea cuando concurren todos los requisitos sustan-

tivos y procesales exigidos por la legislación para estimarla porque el demandado vaya a perder una vivienda y no tenga un alojamiento alternativo⁹. Tampoco se puede impedir, por estas mismas circunstancias, la ejecución de una resolución que lleve aparejada un lanzamiento o suspenderla de manera indefinida o por un largo período de tiempo. Si esto se hiciese implicaría una vulneración del derecho a un proceso equitativo que regula el artículo 6.1 CEDH y del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 CE sin olvidar la vulneración del derecho a la propiedad del artículo 1 del Protocolo 1 CEDH y del artículo 33 CE¹⁰.

Lo que sí que hay que garantizar para que la expulsión de una persona de su domicilio no vulnere el artículo 8 CEDH, es que se trate de una medida proporcionada a la finalidad legítima que se persiga y que se respeten el resto de los

⁸ Es importante destacar que el Dictamen del CDESC de las Naciones Unidas de 17 de junio de 2015 en su comunicación 2/2014 indicó que España había violado los derechos del artículo 11.1 PIDESC por una cuestión de notificación en un procedimiento hipotecario que finalizó con la subasta y pérdida de la vivienda de la reclamante. En concreto el punto 12.1 y 12.2 de dicho dictamen exigen que se notifique a la persona que va a ser desalojada la fecha del lanzamiento con un plazo suficiente y razonable para que pueda defenderse, que se le brinde la posibilidad de defenderse y que las diligencias de notificación de los actos más relevantes se realicen de manera adecuada y efectiva para que los afectados puedan participar en el procedimiento en defensa de sus derechos.

⁹ Ver § 99 de la STEDH Chapman c. el Reino Unido citado en la nota 3 y el Dictamen del CDESC de 20 de junio de 2017 citado en la nota 4.

¹⁰ El TEDH ha indicado en varias sentencias que se vulnera el artículo 6.1 CEDH y, en algunos supuestos también el artículo 1 del Protocolo 1 CEDH e incluso el artículo 8 CEDH del que tiene derecho a volver a su vivienda, cuando hay un retraso injustificado para ejecutar una resolución que implica un lanzamiento. Entre dichas sentencias destacan las SSTEDH Cvijetic c. Croacia (demanda 71549/01), de 26 de febrero de 2004, Pibernik c. Croacia (demanda 715399/01) de 4 de marzo de 2004 y Casa di Cura Valle Fiorita SL c. Italia (demanda 67944/13), de 13 de diciembre de 2018.

derechos que asisten al afectado. Esto que parece claro ¿cómo se puede articular en los múltiples procedimientos judiciales que implican el lanzamiento de una persona de su domicilio? Para ello, considero que se tienen que tener en cuenta los siguientes puntos:

a) **Aplicación y control de la normativa existente en materia de protección de la vivienda.** El Estado, las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos, en sus respectivas competencias, son quienes tienen que dictar la normativa adecuada para garantizar el derecho a la vivienda. Si la normativa no se corresponde con los principios indicados y no se ponderan adecuadamente todos los elementos en juego se puede atacar mediante el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad¹¹.

Además, hay que aplicar la normativa específica elaborada por los poderes públicos en esta materia:

- A nivel estatal destaca la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social que prevé la suspensión de los lanzamientos en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria para todas aquellas personas que estén en situación de vulnerabilidad hasta el 15 de mayo de 2020¹².

- A nivel de las Comunidades Autónomas hay normativa autonómica que, sobre esta cuestión, ha establecido unos procedimientos de mediación o ha impuesto, a determinadas perso-

¹¹ Esto último es lo que hicieron un grupo de parlamentarios con la reforma en materia de ocupación de viviendas aprobada por la Ley 5/2018 y que dio lugar al recurso de inconstitucionalidad 4703/2019 resuelto por la Sentencia del Pleno del TC de 28 de febrero de 2019 (ROJ: STC 32/2019 - ECLI:ES:TC:2019:32).

¹² También existe al el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que establece ayudas a los inquilinos que se hayan visto privados de su vivienda habitual por procedimientos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria, aunque dicha normativa tendrá menos aplicabilidad práctica en un procedimiento judicial.

¹³ Las medidas y la legislación son muy extensas y exceden del análisis de este artículo. Sin ánimo exhaustivo y teniendo en cuenta el resultado de las cuestiones de inconstitucionalidad que se han planteado citaré el Decreto-ley del Gobierno de Aragón 3/2015, de 15 de diciembre, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda (ver STC 5/2019, de 17 de enero de 2019 -Roj: STC 5/2019 - ECLI:ES:TC:2019:5-); la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial (ver STC 8/2019, de 17 de enero de 2019 -Roj: STC 8/2019 - ECLI:ES:TC:2019:8-); la Ley del Parlamento de Andalucía 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda (ver STC 32/2018, de 12 de abril de 2018 -Roj: STC 32/2018 - ECLI:ES:TC:2018:32-); la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco (ver STC 97/2018, de 19 de septiembre de 2018 -Roj: STC 97/2018 - ECLI:ES:TC:2018:97-) o la Ley 2/2017, de 17 de febrero, de emergencia social de la vivienda de Extremadura (ver STC 106/2018, de 4 de octubre de 2018 -Roj: STC 106/2018 - ECLI:ES:TC:2018:106-)

nas, la obligación de ofrecer un alquiler social durante un tiempo junto con otras medidas de diferente naturaleza¹³.

- A nivel local cada Ayuntamiento tiene unos servicios sociales a los que las personas pueden acudir con su propia normativa y requisitos para poder acceder a las ayudas en materia de vivienda y de alquiler habiéndose realizado, en muchas ocasiones, protocolos de actuación con los juzgados en los supuestos de procedimientos que implican un lanzamiento.

b) **Garantizar que la persona que va a ser desahuciada pueda tener acceso real a una defensa efectiva de su derecho.** Con este objetivo hay que agotar todos los medios posibles para notificarle la existencia del procedimiento y todas las resoluciones que sean de su interés¹⁴. Igualmente hay que garantizar el acceso a un abogado y darle opción de que pueda recurrir las resoluciones que le perjudiquen y permitirle que alegue y acredite los elementos relevantes para que el Juez o el Letrado de la Administración de Justi-

cia pueda tomar una decisión proporcional analizando todas las circunstancias del caso, especialmente en aquellas decisiones en que hay algún margen de discrecionalidad¹⁵.

c) **Cumplir con los protocolos existentes de colaboración entre los Juzgados y los Servicios Sociales y tratar de coordinarse con ellos.** Hay que tener en cuenta que, exista o no Protocolo, la legislación civil impone la necesidad de comunicar la existencia de un procedimiento donde se pueda producir un lanzamiento a los servicios sociales, y si la persona presta su consentimiento se le puede pedir que analicen la situación de vulnerabilidad del demandado¹⁶.

d) **Realizar una ponderación adecuada de todos los elementos existentes al tomar una decisión no reglada.** Entre dichos elementos destaco:

- ***La ilegalidad de la ocupación.*** Aunque el que ocupa ilegalmente una vivienda no está privado de protección, el TEDH ha considerado que la ilegal-

¹⁴ En este sentido, se vulneraría su derecho al domicilio si se cita directamente por edictos la existencia de una demanda que se dirige contra los ignorados ocupantes y no se acude a dicho domicilio para notificar la demanda a las personas que allí se encuentren.

¹⁵ En consonancia con estas garantías, el apartado 11.2 del el Dictamen del CDESC de 17 de junio de 2015 (Comunicación 2/2014) indica que “los Estados partes deben velar para que los procesos, en el contexto de desalojos forzados o aquellos en que se pueda afectar la seguridad de la tenencia y concluir en un eventual desalojo, observen las garantías procesales que aseguren, entre otras cosas una auténtica oportunidad de consulta a las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo”

¹⁶ Ver, entre otros, el artículo 441.5 LEC

¹⁷ Ver § 147 de la STEDH Winterstein y Otros c. Francia, de 17 de octubre de 2013 (demanda 2713/07) y el § 53 de la STEDH Ivanova y Cherkezov c. Bulgaria (demanda 46577/15), de 21 de abril de 2016.

lidad de la ocupación es importante para valorar la proporcionalidad de la medida. Si la ocupación es ilegal, y más cuando el afectado conoce dicha ilegalidad, la protección es más débil al ponderarlo con otros derechos que sí que son legítimos como puede ser el derecho que ostenta el propietario¹⁷.

- *Existencia de un alojamiento alternativo y las actuaciones realizadas por el afectado para procurarse un alojamiento alternativo.* El TEDH ha considerado que la interferencia en el artículo 8 CEDH es más grave si no se dispone de un alojamiento que si se dispone de él¹⁸. Para valorar la disponibilidad de un alojamiento adecuado hay que tener en cuenta las particulares necesidades de esa persona, en especial la familia que tiene a su cargo y sus posibilidades económicas¹⁹ y, como no, su actitud para buscar una vivienda alternativa y su colaboración con los servicios sociales. No obstante, recordar que el hecho de no tener un alojamiento alternativo no es circunstancia por sí

sola para entender vulnerado el artículo 8 CEDH a la vista de las circunstancias del caso²⁰ y tampoco para suspender sine día un lanzamiento²¹.

- *La especial situación de vulnerabilidad de la persona que va a ser lanzada de su domicilio.* Hay determinadas personas, especialmente menores, ancianos e incapaces que están en una situación especial de vulnerabilidad y que se les tiene que dar una protección adecuada garantizada en otros tratados y en la normativa nacional que van más allá del derecho general a una vivienda que cualquier persona tiene²². Por ello, en estos casos, para que la medida sea proporcionada se tiene que haber comunicado a las personas que se encargan de protegerlos, ya sean los Servicios Sociales, el tutor o el curador. En los casos extremos, se puede exigir una respuesta a la persona o entidad que está obligada a dar una solución en estas situaciones, aunque sea concederle un alojamiento provisional en el momento del desalojo, pudiendo acudir a la

18 §147 de la Sentencia Winterstein y Otros c. Francia, de 17 de octubre de 2013 (demanda 2713/07)

19 § 104 de la STEDH Chapman c. el Reino Unido de 18 de enero de 2001 (demanda 27238/95)

20 Esto se desprende de la decisión adoptada por el TEDH en la medida cautelar del procedimiento A.M.B. y Otros c. España -demanda 77842/12- (ver decisión de inadmisibilidad de 28 de enero de 2014) En este procedimiento el Tribunal adoptó como medida cautelar la suspensión de un lanzamiento acordado por un juzgado de lo contencioso de Madrid respecto a una persona que vivía con sus dos hijos en un inmueble propiedad del Ayuntamiento de Madrid. No obstante, y a pesar de que la demandante no tenía una vivienda donde pudiese ser realojada, decidió levantar la medida cautelar cuando el Estado comunicó que su padre residía en otra vivienda del Ayuntamiento y que, en todo caso, si se desalojaba a la demandante los servicios sociales le darían un alojamiento provisional.

21 Ver el apartado 16.5 del Dictamen del CDESC de 20 de junio de 2017 al analizar la Comunicación 5/2015 citado en la nota 2.

22 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, o la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, entre otras.

normativa específica como es el artículo 158.6º del Código civil en caso de menores²³.

- ***La situación, características y actitud del titular de la vivienda que no puede disponer de ella.*** Para hacer una ponderación adecuada hay que valorar, no solo la situación y necesidad del ocupante, sino también la de la persona que tiene derecho a disponer de su vivienda y que tiene una resolución judicial que le autoriza a recuperarla, así como su actitud antes y durante el proceso²⁴.

e) **Posibilidad de suspender un lanzamiento, o el procedimiento, durante un plazo concreto.** Esta posibilidad se recoge de manera expresa en los artículos 441.5 LEC y 704 LEC. En todo caso, salvo en los supuestos en que la suspensión es imperativa²⁵, la suspensión se tiene que

acordar ponderando las circunstancias concretas que se dan en ese caso y a las que antes he hecho referencia, tanto para concederla como para fijar el plazo de suspensión. Todo ello sin olvidar que ni el Juez ni el Letrado de la Administración de Justicia están obligados a suspender un lanzamiento hasta que se encuentre una vivienda²⁶.

f) **Respeto a la dignidad de la persona y al resto de derechos fundamentales**²⁷. Dentro de estos derechos es esencial comunicar la fecha del lanzamiento con una antelación suficiente para que el afectado pueda buscar un alojamiento alternativo, recoger sus enseres y marcharse voluntariamente sin que se vea sujeto a los perjuicios de un desalojo forzoso. El lanzamiento con fecha abierta solo se podría acordar con carácter subsidiario y de manera excepcional ponderando todos los elementos en juego.

23 O el paralelo en la legislación autonómica como sería el caso del artículo 236.3 del Código Civil de Cataluña

24 Entre ellas, la necesidad de obtener un rendimiento de la vivienda con un contrato de alquiler para hacer frente a sus propias necesidades; el hecho de tener otras viviendas a su disposición desocupadas como sería el supuesto de los grandes tenedores de vivienda, o la necesidad de contar con esa vivienda para ponerla en la bolsa de vivienda social a disposición de las personas que cumplen con los requisitos establecidos por el titular para poder acceder a una vivienda pública, en el caso que el titular de la misma sea un ente público, el tiempo que lleva esperando para obtener acceso a su vivienda, si el propietario ha colaborado o no con el demandado para ofrecerle alternativas o para darle más plazo en aras a obtener una vivienda alternativa..

25 Sería el supuesto del art. 441.5 LEC que prevé una suspensión del procedimiento por uno o dos meses, según el caso, a instancias de los Servicios Sociales

26 Esto lo indica de manera expresa el apartado 16.5 del Dictamen del CDESC de 20 de junio de 2017 al analizar la Comunicación 5/2015

27 Se puede coger como baremo orientador, y en cuanto sea compatible con el lanzamiento en un procedimiento judicial, el informe A/HRC/4/18 de 5 de febrero de 2007, elaborado por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre una vivienda adecuada como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, Miloon Kothari, en especial el Anexo I que hace referencia a los “principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generado por el desarrollo”, destacando los puntos 45 a 51 que se refieren a los principios a tener en cuenta durante el desalojo. Dicho informe está disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/4/18> (último acceso 19 de mayo de 2019)

Si todo esto se respeta, se garantiza que en los procesos que llevan aparejado un lanzamiento no se vulneran derechos fundamentales de ninguna de las partes implicadas.

4. Conclusión

El derecho a la vivienda es un derecho esencial para poder ejercer los derechos básicos de cualquier persona. Pese a ello, no es un derecho que se pueda exigir directamente a un Juzgado al haberse configurado como una finalidad a perseguir por la política social y económica de los Estados.

Lo que sí que es exigible en un procedimiento judicial es el respeto a la vida privada, familiar y al domicilio²⁸. No obstante, este derecho no es absoluto y se puede interferir en su disfrute por un motivo previsto legalmente, que persiga una finalidad legítima y que sea necesario y proporcional para conseguir dicha finalidad. Entre las interferencias legítimas está la recuperación de la propiedad por su titular o el derecho de un acreedor a cobrar una deuda garantizada con esa vivienda.

Para que dicha injerencia sea proporcionada, no vulnere el artículo 8 CEDH, y garantice los derechos de la persona afectada hay que asegurar que se respetan los derechos y garantías procesales que le asisten y poner en marcha todos los mecanismos instaurados por las Administraciones Públicas para posibilitar el acceso a una vivienda a quien va a ser desahuciado y no disponga de otro domicilio alternativo.

En circunstancias concretas, ponderando todas las circunstancias del caso y los derechos y actuaciones de todas las partes implicadas, se puede suspender durante un corto período de tiempo el lanzamiento en aras a garantizar una vivienda por la Administración o por el propio particular. Si esto no se consigue y se han agotado todas las posibilidades, la única solución respetuosa con los derechos fundamentales de todas las partes es la realización efectiva del lanzamiento en ejecución de la resolución que así lo acuerda, sin que esto implique una vulneración del artículo 8 CEDH. Obrar de otro modo implicaría vulnerar el artículo 6.1 CEDH y el artículo 24 CE, así como el artículo 1 del Protocolo 1 CEDH y artículo 33 CE.

²⁸ Art. 8 CEDH y concordantes de otros textos internacionales y artículo 18 CE.