

Crisis económica y deudores hipotecarios:
actuaciones y propuestas del
Defensor del Pueblo



ÍNDICE

PRESENTACIÓN.....	3
1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. REGULACIÓN BÁSICA DEL SISTEMA Y DE LA RELACIÓN ENTIDAD/CLIENTE	13
2.1. Sistema hipotecario y mercado hipotecario	15
2.1.1. La titulización hipotecaria	20
2.1.2. Productos de cobertura de las hipotecas	22
2.1.3. Las actividades de tasación.....	23
2.2. Relación banca-cliente	24
2.2.1. Aspectos generales.....	24
2.2.2. Privilegios bancarios y protección del cliente	31
2.2.3. Banco de España	32
2.3. Procedimientos ante la situación de insolvencia	35
2.3.1. Ejecución hipotecaria	36
2.3.2. Insolvencia personal y concurso de acreedores.....	37
2.3.3. Subrogación y novación.....	38
2.3.4. Moratoria hipotecaria y medidas de apoyo a los deudores hipotecarios.....	39
2.3.5. Dación en pago	40
2.3.6. Solución extrajudicial	41
3. ACTUACIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO	43
3.1. Productos de permuta financiera (<i>swaps, clip,</i> <i>stockpyme...</i>).....	47
3.2. Seguros asociados a los préstamos hipotecarios.....	57
3.3. Hipotecas con cláusulas de suelo	65
3.4. Créditos de las líneas del Instituto de Crédito Oficial.....	69
3.5. Derecho a la información	71
3.5.1. Actuación de los Notarios y Registradores.....	71
3.5.2. Orden EHA/2899/2011, de transparencia de servicios bancarios.....	76
3.6. Dación en pago	79
3.7. Procedimiento de insolvencia personal	86

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	93
5. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.....	111
6. ANEXOS.....	115
6.1. Relación de quejas tramitadas por el Defensor del Pueblo clasificadas por materias que han sido fuente de este estudio	117
6.2. Resoluciones judiciales.....	129

PRESENTACIÓN

Suele decirse que el Defensor del Pueblo es una atalaya privilegiada desde donde se contemplan todos los problemas que aquejan a la sociedad española. Pero esta Institución no puede limitarse a contemplar los problemas sino que, en el marco de su responsabilidad institucional, está para comprometerse en la búsqueda de soluciones. Esta tarea forma parte de la obligación que atañe a todos los poderes públicos de disminuir la brecha que separa en ocasiones a la ciudadanía de las instituciones que la representan.



Según las últimas encuestas, la crisis económica y los problemas a ella aparejados constituyen el principal motivo de preocupación de los españoles. Recientes estudios apuntan a que la factura social que se cobrará esta crisis puede afectar a más de medio millón de familias en el periodo 2008-2015. La mera dificultad para mantener la vivienda familiar y, no digamos ya, la pérdida efectiva de la misma aboca a muchas familias a una peligrosa espiral de precariedad y exclusión social, ante la que la Defensoría del Pueblo no puede permanecer impasible.

No es propósito de este informe ofrecer soluciones mágicas, pero esta Institución considera que existen márgenes de actuación para disminuir el impacto que toda esta situación ha tenido y va seguir teniendo para muchos ciudadanos y para paliar los efectos adversos que, para muchas personas y para el conjunto de la sociedad, tendría un agravamiento. Con ese espíritu se formulan una serie de conclusiones y de recomendaciones que pretenden también la adopción de medidas que eviten que estas situaciones se reproduzcan en el futuro. Es también preciso llamar la atención de la sociedad española sobre la compleja situación de nuestro sistema hipotecario y sobre los productos financieros que muchas veces llevan aparejadas las hipotecas. Más allá de esto se proponen también vías de solución, que parten de la premisa de lograr un compromiso de los responsables políticos para buscar salidas justas y equilibradas a una situación que amenaza con poner en riesgo la vertebración social de nuestro país.

No debo concluir esta presentación sin reconocer el trabajo y la implicación del Dr. D. Fernando Zunzunegui Pastor, profesor de Derecho bancario y bursátil en la Universidad Carlos III de Madrid, abogado mercantilista y consultor internacional, sin cuyas aportaciones no hubiese sido posible realizar el presente informe. Mi agradecimiento también al Área de Administración Económica de esta Institución por todo el esfuerzo realizado en la redacción del presente trabajo.

M.^a Luisa Cava de Llano y Carrió
Defensora del Pueblo (e.f.)

1. INTRODUCCIÓN





El análisis que se pretende realizar carece de carácter exhaustivo. No lo tiene ni desde el punto de vista fáctico ni del jurídico, sino que aborda los conflictos que se han reflejado en las quejas presentadas ante la Institución, se exponen las actuaciones realizadas en estas materias y se efectúan recomendaciones, que podrán ser tomadas en consideración a la hora de buscar soluciones que contribuyan a paliar las dificultades que se les ocasionan a los ciudadanos que no pueden afrontar el pago de sus cuotas hipotecarias en su vencimiento por escasez de ingresos o liquidez, a causa de la crisis económica, el desplome de los precios inmobiliarios y el desempleo.

Aunque es de todos conocido, conviene recordar que el artículo 54 de la Constitución de 1978 encomienda una doble misión al Defensor del Pueblo: de un lado, la defensa de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el título I del texto constitucional y, de otro, el control ordinario de las administraciones públicas a la luz de los principios recogidos en el artículo 103 de la norma suprema.

Es precisamente, con esta doble función con la que desarrolla su actividad respecto a los derechos de los consumidores y usuarios frente a las entidades de crédito, en concreto, respecto a los problemas derivados de la actual coyuntura económica. No hay que olvidar que la protección que otorga la Institución es siempre vertical, es decir, que requiere la previa intervención de la Administración pública o la omisión de una obligación legal o constitucional por parte de ésta. No tenemos otorgada competencia para resolver conflictos entre particulares, no podemos intervenir en relaciones horizontales entre ellos. Es decir, el Defensor del Pueblo no está facultado para dirigirse a las entidades bancarias, pero sí para poner de manifiesto al Banco de España o al Ministerio de Economía y Competitividad las deficiencias detectadas.

En este marco determinado, la Institución se ha venido ocupando de los problemas derivados de la situación económica financiera y con las limitaciones que ello conlleva, se ha intentado auxiliar a los ciudadanos en la defensa de sus intereses y derechos, exigiendo a los diferentes organismos públicos el respeto a los mismos. El carácter jurídico privado de las entidades financieras es la razón de que en numerosas ocasiones haya de decirse a ciudadanos y asociaciones, que han presentado quejas relativas a abusos cometidos por ellas, que no es posible intervenir. Pero estas quejas han servido para tener una idea de lo que sucede en el mercado y, consecuentemente, proponer a los poderes públicos competentes las reformas necesarias en cada momento, si no con el dinamismo que la economía



requiere, sí con más rapidez de la que necesitan los poderes públicos para percibir qué situaciones precisan ser corregidas.

Desde el comienzo de la actual crisis económica esta Institución ha venido planteando la necesidad de abordar los problemas que está generando a los particulares y pequeños empresarios la imposibilidad de hacer frente al pago de las cuotas hipotecarias, que tienen como garantía la vivienda habitual o el local de negocio donde ejercen la actividad que constituye su medio de vida.

Hasta ahora las diferentes cuestiones se han presentado de forma puntual según han ido surgiendo a través de las quejas de los ciudadanos, sin la búsqueda de una solución global. Sin embargo, las turbulencias económicas no cesan y las medidas adoptadas han demostrado resultar ineficaces para frenar un problema cada vez más profundo. Los poderes públicos se han preocupado principalmente de la estabilidad de los mercados a través del aumento de provisión de liquidez de las entidades financieras así como de las medidas de apoyo destinadas a contrarrestar la pérdida de confianza. Entre estas medidas ha habido varias destinadas al logro de la transparencia del mercado financiero y a la protección del consumidor que, si bien no dejan de ser loables, no son suficientes para afrontar el problema generado.

La compra de la vivienda constituye la principal decisión de inversión de los particulares¹, siendo habitual la adquisición a crédito con la garantía de la propia vivienda. El 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. En aplicación de las normas prudenciales y las buenas prácticas financieras, la capacidad de reembolso del crédito debería limitar el grado de endeudamiento. Sin embargo, desde hace más de una década las entidades de crédito han otorgado de forma imprudente el crédito hipotecario, concediendo hipotecas para empaquetarlas y venderlas en el mercado. Han convertido la titulización hipotecaria

¹ Según el Libro Blanco de la Comisión sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión Europea: "El crédito hipotecario es, para la mayoría de los ciudadanos de la UE, la inversión financiera más importante de su vida. Los mercados de crédito hipotecario constituyen una parte significativa de la economía de Europa, como demuestra el hecho de que el saldo vivo de crédito hipotecario para la adquisición de vivienda represente el 47% del PIB de la UE" (Bruselas, 18 diciembre 2007 COM (2007) 807 final, pág. 2).



en una de sus principales formas de financiación, pero lamentablemente, estas prácticas han facilitado el sobreendeudamiento de las familias.

La reciente crisis económica ha agravado el problema del sobreendeudamiento de los particulares, sobre todo por la rapidez con que se ha producido y por la ineficacia de la legislación para resolver estas situaciones. La disminución de ingresos por el desempleo y otras circunstancias derivadas de la coyuntura económica reducen la capacidad para hacer frente al pago de las cuotas de los préstamos hipotecarios. Quienes se encuentran en estas circunstancias, aunque quieran, no pueden saldar sus deudas al vencimiento de las mismas. Cada vez son más frecuentes los casos de viviendas que por la bajada de precios valen menos que la deuda hipotecaria. Aumentan los desahucios y el riesgo de marginación social. Como es bien sabido, según el sistema legal vigente en España, el deudor no se libera con la entrega de la vivienda. Rige el principio de la responsabilidad patrimonial universal y tras la ejecución hipotecaria y la pérdida de la vivienda, el deudor consumidor mantiene la parte de deuda no satisfecha.

A su vez, la inclusión de las personas desahuciadas en los registros de morosos produce su exclusión financiera. Surge así el desarraigo y el riesgo de la falta de integración social. Ante esta situación, esta Institución no puede desoír las quejas de los ciudadanos y permanecer impasible. Estos hechos hacen que nos preguntemos sobre la conveniencia de proteger a los deudores de buena fe, que han perdido su vivienda o están en riesgo de perderla, afectados por el paro u otras circunstancias imprevisibles fuera de su control. La respuesta debe ser prudente pues la protección del hipotecado puede afectar al mercado del crédito y limitar el ejercicio de derechos constitucionales como la libertad de empresa o las bases de nuestro Derecho contractual, en particular si supone una limitación al principio de responsabilidad patrimonial universal (artículo 1911 del Código Civil).

Sin embargo, hay que partir del hecho de que nos encontramos ante situaciones excepcionales que merecen respuestas excepcionales, aunque sea con carácter temporal hasta que remonte la coyuntura económica.

Desde el lado de los acreedores, las entidades de crédito se están viendo afectadas por un fallo de mercado con bloqueo del crédito. El mercado financiero como mecanismo eficiente de canalización del ahorro a la inversión ha dejado de funcionar. El denominado "riesgo sistémico", es decir, de contagio de los problemas



de solvencia en un efecto dominó, ha llegado a frenar los mercados interbancarios. Los bancos han dejado de cumplir su función de recibir depósitos para conceder créditos. De hecho, en España todo el sector de las cajas de ahorros ha tenido que ser reestructurado con ayudas públicas.

En este contexto de crisis del sistema, las entidades de crédito se benefician de privilegios no reconocidos legalmente. Como empresas, ante su insolvencia están obligadas a solicitar el concurso de acreedores y en su lugar acuden a las ayudas públicas para superar su situación. Estas ayudas desbordan las previsiones legales. No respetan los límites a las ayudas financieras previstos en la regulación de los fondos de garantía de depósitos o del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria. En este marco, el saneamiento se reserva para las empresas viables, las inviables deben ser liquidadas de forma ordenada. Tampoco se han respetado los límites a las ayudas públicas que marca la legislación sobre la libre competencia, puesto que las entidades bancarias reciben ayudas a las que las demás empresas no tienen acceso, a pesar de lo cual siguen pagando elevadas primas a sus directivos. Estas ayudas son contrarias al principio de igualdad constitucional, puesto que evitan el concurso, ya que, para responder de sus deudas, los bancos no sólo cuentan con su patrimonio, sino que también cuentan con las ayudas públicas.

Son privilegios que se admiten como un mal necesario, constituyen medidas excepcionales que se justifican por el carácter especial de la actividad bancaria. Pero sólo implican ayudas para una de las partes de la relación sin que los beneficios se extiendan a la otra.

Las ayudas a la banca son medidas políticas de apropiación de ganancias y socialización de las pérdidas. El crédito nace y se sustenta en la confianza, por tanto, lo que hay que restaurar es la credibilidad de las entidades financieras. Y para que vuelva la confianza al sistema financiero es necesario equilibrar el sistema, hacerlo más justo, reparando los excesos y restaurando la equidad. No podemos olvidar que es la base de nuestra economía y todos estamos interesados en que el sistema bancario esté saneado y funcione bien.

La situación actual requiere extender los beneficios que ya recibe la banca al otro lado de la relación, al cliente sobreendeudado, que va a perder su vivienda o el local donde ejerce su profesión que constituye su medio de vida, con los riesgos señalados, y al que le acecha el peligro de exclusión social. Las medidas de política



económica, con el rescate a la banca en dificultades, deberían en justicia extenderse de algún modo a los deudores de buena fe, y no solo por obvias razones de equidad, sino porque al igual que la inyección de liquidez a las entidades de crédito está justificada en nombre del interés general afectado, también en la crisis de los particulares hipotecados está en juego la confianza en nuestro sistema financiero. Así como los importes destinados al sistema financiero han podido afectar al ejercicio de derechos constitucionales y a las bases de nuestro sistema jurídico, las medidas tendentes a solventar la situación de los hipotecados y endeudados con estas entidades pueden, igualmente, arriesgar dichos derechos y bases. No obstante, y debido a la necesidad de afrontar una situación excepcional con medidas proporcionadamente excepcionales, la prudencia en la adopción de futuras ayudas, por el carácter limitador de los derechos constitucionales, es imprescindible. Ello deriva de que el derecho a la igualdad y el principio de responsabilidad patrimonial universal recogidos en nuestra Constitución y Código Civil respectivamente, pueden verse parcialmente vulnerados.

Del mismo modo que las empresas no financieras pueden sentirse discriminadas en relación con las ayudas públicas de la banca, las personas físicas sin problemas de sobreendeudamiento pueden considerar un agravio estas ayudas. Unas y otras pueden decir con razón que de haber sido más prudentes no se encontrarían en esa situación. Pero estamos ante circunstancias excepcionales y para superar la situación que resulta necesario que los esfuerzos se dirijan tanto a la banca como a los ciudadanos. Son razones de fuerza mayor.

El principal obstáculo está, por tanto, en encontrar una solución equilibrada que evite la exclusión social. Esta Institución quiere llamar la atención sobre la necesidad de reforzar la protección al hipotecado para que en el futuro no se repitan hechos similares y, en el presente inmediato se colabore a paliar los efectos más nocivos.

2. REGULACIÓN BÁSICA DEL SISTEMA Y DE LA RELACIÓN ENTIDAD/CLIENTE





Con el fin de evidenciar la dificultad del sistema, así como el galimatías de la normativa vigente en materia de transparencia para los clientes, a continuación se relaciona de forma resumida la regulación del mercado hipotecario, las relaciones banca y cliente, así como los demás sujetos que intervienen en el sector.

El marco legal básico que se relata de las relaciones banca/cliente, basado fundamentalmente en la información y la educación financiera, constituye la excusa que justifica la legalidad en todo tipo de operaciones de préstamos hipotecarios. Esta explicación tiene la finalidad de poner de manifiesto la complejidad que encuentran las personas al momento de formar su voluntad en la suscripción de un préstamo hipotecario, los derechos y obligaciones implicados, así como las posibilidades de defensa y reclamación que les asisten. El Defensor del Pueblo es consciente del problema, pues una gran parte de su labor se dedica a informar a los ciudadanos sobre estos aspectos.

En general, la relación banca/cliente está regida por la confianza y credibilidad que le ofrecen a los consumidores las personas que trabajan para la banca y les prestan servicio a ellos. De ahí la importancia nuclear de la transparencia a la que nos referimos.

2.1. Sistema hipotecario y mercado hipotecario

Se hace a continuación una breve referencia a la hipoteca y al mercado hipotecario, teniendo en cuenta siempre la perspectiva de las actuaciones seguidas por el Defensor del Pueblo, que se explicarán más adelante.

El régimen jurídico de la hipoteca parte de la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944, que recogía en su disposición adicional 2ª con carácter imperativo, la necesidad de que el Gobierno publicara una ley que armonizara debidamente la legislación hipotecaria existente en el momento, así nació la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 y su Reglamento Hipotecario, que se publicó el día 14 de febrero de 1947, encargado de articular el funcionamiento de la ley Hipotecaria. Esta Ley ha sufrido numerosas modificaciones.

En el plano legal, ni en el Código Civil, ni en la Ley Hipotecaria, se formula un concepto propiamente dicho de hipoteca, sino que más bien aparecen las



características de la misma. La hipoteca es un producto histórico que supo coordinar las necesidades de garantía que el tráfico inmobiliario reclamaba, con el respeto a los diversos intereses que intervienen en dicho tráfico. Los acreedores buscaban garantías seguras del pago de sus créditos, afectando bienes específicos al cumplimiento de determinadas obligaciones de pago, dando así lugar a las garantías reales o preferencias de cobro, que desarrollan una función de financiación de actividades. Las garantías reales constituyen un mecanismo complejo; el derecho de crédito protegido por la garantía goza de un derecho de preferencia y de un derecho real que aparecen estructuralmente unidos. El derecho de preferencia atribuido al crédito reduce las posibilidades de impago y por tanto el riesgo asumido por el acreedor. La garantía real con bienes afectos al cumplimiento de la obligación principal falla hoy en día porque la caída del mercado inmobiliario ha tenido como resultado que el valor del bien sea insuficiente para satisfacer el crédito garantizado con el mismo.

Pero la hipoteca es algo más que una mera relación jurídica entre acreedor hipotecario y la persona constituyente de la garantía. Existe una multitud de relaciones y sujetos que pueden intervenir en la misma, esa es su virtud y también su defecto. El mayor logro histórico de la hipoteca es el dinamismo de sus elementos: el hipotecante conserva la posesión de la finca y el gravamen no impide que pueda disponer libremente de ella; el acreedor hipotecario puede ceder su crédito a terceros o puede situarlo en el mercado secundario mediante la emisión de títulos a los que el propio crédito originario, en fase de amortización, sirve de cobertura; el deudor personal de la obligación asegurada y el hipotecante o dueño de la finca pueden ser personas distintas, como ocurre con la hipoteca por deuda ajena; el tercer poseedor o adquirente de la finca hipotecada asume la responsabilidad real a que está afecta la finca, pero no la responsabilidad personal del pago de la deuda, en la que no se subroga si no se ha pactado. Y todo ello sin merma de las garantías procesales de ejecución en caso de incumplimiento de la obligación asegurada.

Por consiguiente, la hipoteca además de ser el medio principal para la adquisición de la vivienda es un activo objeto de un mercado. El mercado hipotecario comprende tanto las operaciones activas de concesión de préstamos hipotecarios como las pasivas de refinanciación de éstos a través de la emisión de valores hipotecarios. El sistema hipotecario funciona como un mercado en el que se facilita la concesión de hipotecas movilizandolos créditos hipotecarios a través de vehículos



que empaquetan y venden los valores hipotecarios. El deudor hipotecario es una pieza más de este complejo sistema.

La concesión irresponsable de créditos hipotecarios se ha visto incentivada por la facilidad con que pueden ser empaquetados o utilizados como referencia de emisiones en el mercado hipotecario. La titulización de préstamos hipotecarios ha sido una de las principales fuentes de financiación de la banca española. Se daban hipotecas para crear títulos que podían ser vendidos en el mercado o ser utilizados como garantía para obtener anticipos en el mercado interbancario.

La pieza clave de la regulación del mercado hipotecario es la Ley 2/1981, de 25 de marzo, que ha sido objeto de varias reformas, siendo la más importante la operada a través de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que respeta su estructura básica. La Ley 2/1981 es fruto de los “Pactos de la Moncloa” de 1977 y surgió para remover los obstáculos jurídicos y administrativos que se oponían a un mercado amplio de hipotecas y para proponer la regulación de fondos de inversión inmobiliaria que tomasen como activo las hipotecas sobre inmuebles. Se pretendía por tanto modernizar el sistema financiero de la época. En ella se regulan pormenorizadamente los títulos hipotecarios como vía eficiente para movilizar los préstamos hipotecarios. La principal característica de esta Ley de 1981 es la concepción del mercado hipotecario como un auténtico sistema integrado, tratando las siguientes materias: entidades financieras que pueden operar en el mercado; operaciones activas: características de los créditos hipotecarios; operaciones pasivas: cédulas, bonos y participaciones hipotecarias; régimen fiscal, financiero y de control administrativo, y mercado secundario de títulos.

La ley fue objeto de desarrollo reglamentario muy completo, también centrado en los títulos del mercado hipotecario, mediante el Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, que cambió profundamente mediante el Real Decreto 1289/1991, de 2 de agosto, que adaptó sus previsiones a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y configuró la participación hipotecaria como una auténtica cesión de créditos, abriendo la puerta a la regulación posterior, a través de la Ley 19/1982, de 7 de julio, de los fondos de titulización hipotecaria.

La expansión del crédito hipotecario provocó la necesidad de adoptar medidas para el correcto funcionamiento del mercado hipotecario, produciéndose constantes cambios en este sentido. Así, se aprobó la Ley 41/2007, de 7 de diciembre,



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 .

Los objetivos de la Ley 41/2007 referidos al mercado hipotecario resultan los siguientes: eliminación de los obstáculos a la oferta de nuevos productos, modernización del régimen de protección mediante la búsqueda de una transparencia más efectiva, permitiendo a los prestatarios tomar sus decisiones en función del riesgo real de los productos, y la mejora de los instrumentos de financiación.

Respecto de la contratación de créditos y préstamos hipotecarios se hace particular hincapié en la transparencia que debe regir sus condiciones financieras. Asimismo, se establece una referencia explícita a la información precontractual que las entidades de crédito deben poner a disposición de sus clientes, a fin de asegurar que éstos, a la hora de contratar los diferentes productos bancarios, dispongan de los datos más relevantes sobre sus características para la obtención de una opinión fundada. Esta previsión legal viene recogida en una nueva letra h), en el apartado 2 del artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

La ley también cambia la regulación de la denominada comisión de amortización anticipada en caso de subrogación del préstamo hipotecario y la denomina compensación por amortización anticipada.

Esta ley reforma el mercado hipotecario a satisfacción de la industria bancaria, abriéndolo a nuevos productos de endeudamiento como la hipoteca inversa o la hipoteca de máximos, cuando el Libro Blanco de la Comisión Europea había puesto en cuestión dichas prácticas por “los riesgos potenciales que conllevan”. Al mismo tiempo esta reforma facilita la titulización de hipotecas de baja calidad (subprime), emitidas por debajo de los estándares mínimos recogidos hasta entonces en el artículo 5 de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario, cuando el Libro Blanco ya advertía de que era necesario estudiar los “incentivos que llevan a los prestamistas hipotecarios a sacar el riesgo del balance”, como posible desencadenante de la crisis.



El nuevo artículo 5 de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario, que como se ha dicho facilita la titulización de hipotecas *subprime* deroga un párrafo esencial del sistema hipotecario, precisamente el que cerraba la posibilidad del capital negativo (*negative equity*), es decir, la posibilidad de mantener en el mercado hipotecas por un importe superior al valor del inmueble hipotecado. Este párrafo, incluido en la redacción original de la ley, y suprimido en la nueva, decía textualmente:

Si por razones de mercado o por cualquier otra circunstancia que haga desmerecer el precio del bien hipotecado el valor del mismo desciende por debajo de la tasación inicial en más de un veinte por ciento, la institución financiera podrá exigir la ampliación de la hipoteca a otros bienes, a menos que el deudor opte por la devolución de la totalidad del préstamo o de la parte de éste que exceda del importe resultante de aplicar a la tasación actual el porcentaje utilizado para determinar inicialmente la cuantía del mismo.

A pesar de ello, el artículo 9 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, da nueva redacción al desarrollo reglamentario, hasta entonces recogido en el artículo 29 del Real Decreto 685/1982, con el siguiente contenido:

Si por razones de mercado o por cualquier otra circunstancia el valor del bien hipotecado desmereciese de la tasación inicial en más de un 20%, y con ello se superasen, en función del principal pendiente de amortizar, los límites a que se refiere el artículo 5.1, la entidad acreedora, previa tasación realizada por una sociedad homologada independiente, podrá exigir del deudor la ampliación de la hipoteca a otros bienes suficientes para cubrir la relación exigible entre el valor del bien y el préstamo o crédito que garantiza.

En el caso de que el deudor sea una persona física, el desmerecimiento al que se refiere el párrafo anterior deberá haberse mantenido durante el plazo de un año, a contar desde el momento en que la entidad acreedora haya hecho constar en el registro contable al que se refiere el artículo 21 el citado desmerecimiento.

El deudor, después de requerido para efectuar la ampliación, podrá optar por la devolución de la totalidad del préstamo o crédito o de la parte de éste que exceda del importe resultante de aplicar a la tasación actual el porcentaje utilizado para determinar inicialmente la cuantía del mismo.



Si dentro del plazo de dos meses desde que fuera requerido para la ampliación, el deudor no la realiza ni devuelve la parte de préstamo o crédito a que se refiere el párrafo anterior, se entenderá que ha optado por la devolución de la totalidad del préstamo o crédito, la que le será inmediatamente exigible por la entidad acreedora.

De hecho tanto las bases de legislación del Banco de España como la de la CECA, siguen recogiendo en el artículo 5 de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario, el párrafo suprimido. Surge así como consecuencia de la modificación señalada una inseguridad jurídica y financiera. Está en juego el cierre del sistema hipotecario, la válvula de seguridad, que exige no dar hipotecas por encima del 80% del valor de la vivienda, y en caso de que por cualquier circunstancia el valor de la vivienda descienda un 20% del valor de tasación inicial, se pueda y se deba advertir a los clientes para que completen la garantía o reembolsen el crédito, lo que verdaderamente hubiera permitido una reacción a tiempo.

El sistema legal español no permite que se mantengan vivas hipotecas que no estén respaldadas por una garantía suficiente. Es un principio general de protección del acreedor, recogido en el artículo 1129 del Código Civil, según el cual, perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: "Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras". Pero que recogido en la legislación hipotecaria reviste connotaciones especiales.

2.1.1. La titulización hipotecaria

Con la introducción del euro como moneda única, los bajos tipos de interés favorecieron la financiación empresarial y de particulares, incluido el crédito al consumo y el destinado a la adquisición de viviendas. La creciente competencia en el negocio crediticio contribuyó a descuidar las garantías, lo cual no resulta extraño pues es habitual que en épocas de expansión prime el sentimiento optimista y se relajen las cautelas. Así, de hipotecas a interés fijo a quince años cubiertas por los ingresos del deudor, se ha pasado a hipotecas a interés variable cuyo reembolso se prolonga más allá de la vida laboral del titular de la hipoteca.



Debido a la normativa que obliga a las entidades de crédito a disponer de unos fondos para garantizar los créditos concedidos, la banca busca mecanismos que le permitan ampliar el número de créditos concedidos sin incrementar esos fondos. El más utilizado ha sido el denominado "titulización hipotecaria" que ha permitido empaquetar los créditos ya concedidos para revenderlos en los mercados, sustrayéndolos así del balance de la entidad.

La restricción del crédito que se produce como consecuencia de la crisis hace pensar que este sistema ignoró la finalidad garantista de las obligaciones impuestas a las entidades, y que llegó a la opinión pública cuando los incumplimientos de reembolso de créditos en Estados Unidos de las denominadas "hipotecas basura" sirvieron como detonante del desplome de los precios inmobiliarios y de los títulos crediticios que sobre éstos se habían comercializado.

La consecuencia de todo este mecanismo ha sido la pérdida de confianza de los mercados, que ha repercutido en una mayor restricción del crédito y en una búsqueda de otros productos de inversión, además de una contracción en la demanda de bienes inmuebles. A esa pérdida de confianza no le es ajena la opacidad de los productos ofertados que, sin intervención reguladora, carecían de sistemas objetivos para conocer el valor real de éstos.

En opinión de Sergio Nasarre², el sistema español de titulización hipotecaria tiene un fallo de estructura al "transmitir sin ceder" créditos hipotecarios, lo cual es difícil de entender, sobre todo para el juez encargado de hacer efectiva la garantía. Estas debilidades del sistema español de titulización hipotecaria no son ajenas a la situación actual de crisis inmobiliaria. La banca no da créditos hipotecarios porque no puede empaquetarlos y venderlos. La falta de concesión de crédito agrava la crisis inmobiliaria y presiona a la baja el precio de la vivienda, lo cual repercute en las ejecuciones hipotecarias, cuyas subastas quedan desiertas o las viviendas se adjudican a muy bajo precio, quedando el ejecutado endeudado con el banco después de la pérdida del bien. De tal modo que resulta imprescindible una mejora técnica del sistema de titulización hipotecaria como mecanismo de financiación, para proteger a todos los participantes en el mercado hipotecario, incluidos los demandantes de hipotecas.

² Sergio Nasarre Aznar, "Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria", *Cuadernos Digitales de Formación*, CGPJ, 2011, vol. 9, págs. 50-55.



2.1.2. Productos de cobertura de las hipotecas

Al menos durante los últimos años las entidades bancarias han exigido a los clientes, como requisito imprescindible a la concesión del préstamo con garantía hipotecaria para la financiación de la adquisición de viviendas, la suscripción de productos de cobertura para reforzar el cumplimiento de la obligación principal.

Se ha generalizado la práctica por las entidades financieras, que no consideran suficiente la garantía real de la hipoteca, el requerimiento a los clientes de la contratación de un seguro de vida-invalidez, conocido como seguros de amortización de préstamos. En estos seguros el asegurador asume el pago de la cantidad pendiente de amortizar por parte del asegurado prestatario, si ocurre alguna de las contingencias previstas en la póliza, que son fallecimiento o invalidez.

También se han impuesto a los clientes seguros, cuyo objetivo es cumplir las obligaciones del deudor con respecto al préstamo hipotecario con carácter temporal. Estos seguros se conocen con el nombre comercial de “seguros de protección de pagos/préstamos” y se comercializan de forma independiente o unidos a los anteriores de vida-invalidez. Las coberturas ofrecidas por estos seguros son la garantía a la entidad de crédito del pago de un número determinado de cuotas, en caso de desempleo o incapacidad temporal o muerte del asegurado. Estas pólizas son alternativas.

La Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de reforma económica, y, en concreto, su artículo 19 establece la previsión de que las entidades de crédito informen a los deudores hipotecarios, con préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura de riesgo de incremento de los tipos que tengan disponibles, sin que la contratación de la cobertura varíe el contrato de préstamo. Las entidades están obligadas a ofrecer estos productos de cobertura a los nuevos clientes que contratasen un préstamo hipotecario a tipo de interés variable. Las características de dicho instrumento, producto o sistema de cobertura se tienen que hacer constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos, previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de préstamos hipotecarios.

Al amparo precisamente del mencionado precepto, las entidades de créditos han ofrecido a sus clientes unos productos financieros vinculados a los préstamos



hipotecarios, que posibilitan la permuta de los tipos de interés aplicados a los préstamos. Estos productos, técnicamente complejos, con múltiples denominaciones (*clip*, permuta financiera, *stockpyme*, *swaps*...) se ofertan como un producto que asegura el tipo de interés, siendo la más conocida la de *swaps*. La entidad financiera como consecuencia del *swaps*, en caso de subida de los tipos de interés, asume el exceso de la cuantía fijada y, en el supuesto de bajada de los tipos de interés, es el cliente quien asume el riesgo de esta situación y está obligado al pago del producto que se suma a la cuota hipotecaria.

2.1.3. Las actividades de tasación

La tasación independiente es un elemento clave para el correcto funcionamiento del mercado hipotecario. No hay hipoteca sin una previa tasación. Y lo que es más importante desde la perspectiva del cliente, la tasación es esencial para prevenir la concesión irresponsable de crédito. En este sentido, la Comisión Europea se comprometió el Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario, de 18 de diciembre de 2007, a “impulsar la elaboración y utilización de criterios fiables de tasación”.

En España el marco legal no previene de forma adecuada los conflictos de interés que surgen ante la dependencia de las principales entidades de tasación de los grupos bancarios que conceden los préstamos hipotecarios. La regulación original de la tasación inmobiliaria en el artículo 7 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, sobre Regulación del Mercado Hipotecario, y en su desarrollo a través del Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo, sobre régimen jurídico de homologación de los servicios y sociedades de tasación, no garantizaban la independencia de las tasaciones de las entidades bancarias acreedoras. A su vez, la modificación de este régimen realizada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, no está dando los resultados esperados. Esta ley trata de reforzar la independencia de las entidades de tasación a través de la exigencia de un reglamento interno de conducta destinado a prevenir los conflictos de interés y de una Comisión Técnica encargada de verificar el cumplimiento de los requisitos de independencia establecidos por el citado reglamento. Es un sector que debe abrirse a la libre competencia y sobre todo independizarse de las entidades financieras.



2.2. Relación banca-cliente

2.2.1. Aspectos generales

Las relaciones banca-cliente no han disfrutado de la simetría que debería presidir las mismas, la falta de negociación de las cláusulas de los contratos y las dificultades para comprender su contenido, así como la ausencia de claridad de la información facilitada, que han regido estas relaciones, junto con la desaparición de la intervención pública en la materia, han generado la necesidad de la protección de los consumidores frente a las entidades financieras.

La promulgación del artículo 51 de la Constitución española marcó un hito fundamental para la protección de los consumidores, obligando a los poderes públicos a garantizar su defensa, protegiendo mediante procedimientos eficaces sus derechos económicos, así como promoviendo la información y educación de los consumidores y usuarios.

En desarrollo del artículo 51, en el campo concreto del sector financiero, se han dictado multitud de normas encaminadas al logro del contenido de dicho precepto, pero la realidad dista actualmente de su consecución, circunstancia que precisamente ha aflorado con más fuerza desde la crisis económica. Desde el momento en que una entidad bancaria obtiene autorización para el ejercicio de su actividad, con los privilegios que ello conlleva, tiene que cumplir con las obligaciones que se imponen respecto a los consumidores.

Han sido numerosas y dispersas las normas dictadas para la protección de los consumidores de los servicios financieros, tanto en cuanto a su contenido, como respecto a su forma y al órgano del que provienen, lo que ha dificultado su utilidad, así como la seguridad jurídica del sector y, en concreto, el conocimiento de los destinatarios de las mismas. Estas normas se han materializado en las siguientes disposiciones, a las que se hace mención a continuación por considerar que son de interés fundamental para el objeto de este trabajo, que es precisamente la protección de los consumidores:

- Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Contiene la protección mínima para los consumidores de servicios financieros



pudiendo establecerse mayores estándares de protección, modificada por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Posteriormente estas disposiciones fueron unificadas en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Reformada más tarde por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, que modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

- Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, cuyo artículo 48.2 faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, con la finalidad de proteger los legítimos intereses de los clientes de aquellas, establezca un conjunto de obligaciones específicas aplicables a las relaciones contractuales entre unas y otros, exija la comunicación a las autoridades administrativas de las condiciones básicas de las operaciones y regule determinados aspectos de su publicidad.

- En desarrollo de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios el Ministro de Economía y Hacienda aprobó la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito. Complementada por la Orden de 5 de mayo de 1994, de Transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, con la finalidad primordial de garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios. Para ello, presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad las condiciones financieras de los préstamos. La orden, además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretende facilitar la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. Se circunscribe deliberadamente a los préstamos hipotecarios sobre viviendas, suscritos por personas físicas, con cuantía inferior a 25 millones de pesetas (150.253,03 euros).

- Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, que regula los tipos de interés, comisiones, publicidad y normas de actuación con la clientela, así como la organización y funcionamiento del Servicio de Reclamaciones. Posteriormente modificada por las Circulares 3/1999, de



24 de marzo; 7/1999, de 29 de junio; 1/2000, de 28 de enero, tras la introducción del euro.

- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, que tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación. La ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual; distinguiendo lo que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación.

- Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, dedica su artículo 40 a la información previa a la formalización de préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda. Recogiendo la libre designación del notario ante quien se vaya a otorgar la correspondiente escritura pública.

- Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, cuyo artículo 30 regula la presentación de reclamaciones ante el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

- Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, con el objetivo de la adopción de medidas extraordinarias y urgentes que permitan que la economía española continúe con el proceso de convergencia con las economías más avanzadas, evitando que pueda verse expuesta al riesgo de abandonar su senda de crecimiento diferencial.

Se trata de medidas dirigidas a impulsar la actividad y creación de pequeñas y medianas empresas; de política de vivienda para potenciar el mercado de arrendamiento en España; de mejora de la acción protectora de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos y de fomento de su actividad; y medidas de carácter tributario y de reforma estructural orientadas al fomento de la inversión en determinadas áreas y a la mejora de la eficiencia productiva.



En concreto, su artículo 17 modifica la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios; y el 19 regula los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios, al amparo del cual, según se ha explicado, surgió la política comercial de los productos financieros de permuta de interés.

- Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras.

- Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, que tiene como objeto completar la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002. Los fines principales de la directiva y, por tanto, de la ley, se centran en una mayor protección de los consumidores, atendiendo siempre a las especiales características de los servicios financieros, estableciendo un régimen riguroso en cuanto a la información que deben recibir los consumidores antes de la celebración del contrato.

La figura singular que se regula es el derecho de desistimiento, en cuya virtud el cliente puede rescindir el contrato firmado en un plazo determinado sin argumentar más que su voluntad de hacerlo, con las excepciones establecidas en la propia norma.

La Ley ofrece garantías complementarias a los consumidores para protegerse contra el uso fraudulento de las tarjetas de pago cuando fueran utilizadas para el pago de servicios financieros e igualmente en cuanto concierne a servicios y comunicaciones no solicitadas. Además, la ley asegura la necesaria defensa judicial para el consumidor y promueve, de manera decidida, el uso de la reclamación extrajudicial, cuando la requiera el consumidor.

- El Defensor del Pueblo efectuó una recomendación para que se regulase la actividad de los intermediarios de créditos no bancarios, que dio como resultado la aprobación de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, con el objetivo de la regulación de los créditos y préstamos hipotecarios concedidos por empresas que no son entidades de crédito. Esta ley ha sido desarrollada por el Real



Decreto 712/2010, de 28 de mayo, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago.

Esta ley que consolida la actividad profesional de los prestamistas privados y ofrece un marco de transparencia a los intermediarios del crédito, con una regulación muy parecida a la existente para las entidades de crédito, acerca el régimen jurídico de ambos pero no los iguala, pues, en contra del criterio sostenido por el Defensor del Pueblo en su recomendación. Los intermediarios de crédito han quedado bajo el registro y vigilancia de las autoridades de consumo, que cuentan con menos medios y conocimiento del sector financiero que el Banco de España.

Habría sido deseable la elaboración de una ley reguladora de los préstamos o créditos hipotecarios con consumidores, con independencia de que la entidad otorgante fuera o no entidad de crédito. Además, se podría establecer un organismo de control para las empresas que no sean entidades de crédito que desempeñe las funciones que realiza el Banco de España para las entidades crediticias.

- Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago. Incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior. El objetivo general de la directiva es garantizar que los pagos realizados en el ámbito de la Unión Europea puedan realizarse con la misma facilidad, eficiencia y seguridad que los pagos nacionales internos de los Estados miembros. Junto a ello contribuye al reforzamiento y protección de los derechos de los usuarios de los servicios de pago y facilita la aplicación operativa de los instrumentos de la zona única de pagos en euros, lo que se ha denominado SEPA (*Single Euro Payments Area*), que se ha de desarrollar por la industria privada con el impulso del Banco Central Europeo y de los bancos centrales nacionales.

Se persigue estimular la competencia entre los mercados nacionales y asegurar la igualdad de oportunidades para competir; aumentar la transparencia en el mercado, tanto para los prestadores de los servicios como de los usuarios; y se establece un sistema común de derechos y obligaciones para proveedores y para usuarios en relación con la prestación y utilización de los servicios de pago.

- Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, que desarrolla la Ley



12/2009, y completa la transposición al ordenamiento español de la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior.

- Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, dedica los artículos 29, 31 y la disposición transitoria quinta a esta materia. Así, el artículo 29 regula la responsabilidad en el crédito y la protección de los usuarios de servicios financieros, facultando al Ministro de Economía y Hacienda para que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la ley, apruebe las normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito, incluyéndose, en todo caso, las medidas relacionadas con la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos y créditos hipotecarios y del crédito al consumo.

El artículo 31 tiene por objeto la protección de clientes de servicios financieros a través de los servicios de reclamaciones de los supervisores financieros y encarga a los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones ejercer las funciones de protección a los usuarios de servicios financieros.

La disposición transitoria quinta mantiene la aplicación transitoria del procedimiento previsto en los artículos 7 a 15 del Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero.

- Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. Transpone la Directiva 2008/48/CE y deroga la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo.

- En cumplimiento de la habilitación prevista en la Ley 2/2011, la Ministra de Economía y Hacienda procedió a aprobar las normas para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito, mediante la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Esta orden trata de concentrar en un único texto la normativa básica de transparencia de modo que, de manera sistemática e ilustrativa, la propia codificación de la materia mejore por sí misma su claridad y accesibilidad para el ciudadano, superando la dispersión normativa. Actualizar el conjunto de las previsiones relativas a la protección del cliente bancario, al objeto de racionalizar, mejorar y aumentar donde resultaba imprescindible, las obligaciones de transparencia y conducta de las entidades de crédito. Y, finalmente,



la norma desarrolla los principios generales previstos en la Ley de Economía Sostenible en lo que se refiere al préstamo responsable, de modo que introducen las obligaciones correspondientes para que el sector financiero español, en beneficio de los clientes y de la estabilidad del mercado, mejore los niveles prudenciales en la concesión de este tipo de operaciones.

Como se puede observar por las disposiciones citadas, tradicionalmente la protección del cliente bancario se ha canalizado a través de la información. Se considera que existe un desequilibrio informativo entre el banco y el cliente. Según estas posturas hay un desequilibrio entre las partes que puede ser superado suministrando una información clara y completa sobre los productos y servicios que se contratan. Además, la información suministrada por el banco debe ser comprensible para el cliente minorista. Por esta razón los reguladores fomentan la educación financiera. De este modo, pretenden lograr clientes informados y responsables capaces de conocer lo que contratan y de identificar los riesgos que asumen.

El Libro Blanco de la Comisión Europea destaca la importancia de una buena información, una actitud responsable en la contratación de los préstamos hipotecarios y un asesoramiento riguroso. Según la Comisión, la “concesión irresponsable de préstamos y la venta abusiva de préstamos hipotecarios por prestamistas o intermediarios de crédito sin escrúpulos pueden tener consecuencias negativas para el conjunto de la economía, como ha demostrado la actual crisis de las hipotecas de alto riesgo”. A su juicio ningún mercado puede ser eficiente si los consumidores no confían en él, están bien informados y son capaces de buscar y elegir el producto hipotecario más adaptado a sus necesidades. A tal fin, los consumidores deben disponer de información clara, correcta, completa y comparable sobre los diferentes productos hipotecarios.

El nuevo marco legal fijado por la Orden EHA/2899/2011 incide en la educación financiera, obligando a las entidades a poner a disposición de los clientes la “Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario” que debe elaborar el Banco de España, con información adecuada para adoptar la decisión de contratar o no el préstamo hipotecario. Además existen formatos de fichas informativas que deben entregarse a los clientes con información general y personalizada. Se mantiene el derecho del cliente a obtener una oferta vinculante y se regula, como novedad, la información mínima a suministrar en caso de que la oferta del banco incluya productos de



cobertura o cláusulas suelo. En el acto de otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario, mantiene la función del notario como asesor técnico del cliente, quien debe comprobar que ha recibido la información preceptiva y advertir de los principales riesgos que se asume en la operación.

La comercialización de préstamos hipotecarios también se ve afectada por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, si bien esta ley no regula de forma específica el mercado financiero. En el ámbito bancario se aplica la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, desarrollada por la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios, donde se recogen unos principios generales aplicables a toda la publicidad financiera.

2.2.2. Privilegios bancarios y protección del cliente

La relación banca-cliente se ve afectada por una serie de privilegios que benefician a las entidades bancarias y que contribuyen a delimitar los derechos de los clientes.

Las entidades bancarias gozan de la reserva legal del ejercicio de la actividad bancaria, disfrutan en este sentido de un monopolio para el desarrollo de su negocio. Solo ellas pueden abrir cuentas corrientes, creando medios de pago (dinero bancario). Además pueden llevar cuentas de valores con capacidad de certificar la propiedad de los clientes como auténticos registradores de la propiedad mobiliaria. Y tienen capacidad para determinar unilateralmente, cumpliendo los requisitos de los artículos 572 y 573 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la suma que debe el cliente a efectos de considerarla cantidad líquida en un procedimiento de ejecución. Es el denominado "pacto de liquidez", pacto predispuesto por la banca en sus pólizas de crédito válido según la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre 2009 (STS 8466/2009), para acreditar uno de los requisitos procesales del despacho de ejecución, cual es la liquidez o determinación de la deuda, y, por consiguiente, para poder formular la reclamación judicial de la misma. Pacto que supone una desigualdad razonable y desproporcionada, que no resulta contraria al artículo 14 de la Constitución española, pues: "Se justifica por la imperiosa necesidad de que las entidades de crédito mantengan la confianza del público y una solvencia acreditada que es esencial en la intermediación financiera, en la que los



incumplimientos de los deudores típicos tienen mucha mayor importancia que para otro tipo de empresas”.

En caso de dificultad pueden acudir al Banco Central Europeo que actúa como prestamista de última instancia, y la Administración le proporciona, en casos de crisis sistémicas como la actual, facilidades y, ayudas no tipificadas legalmente.

Pero primero de todo, como base sobre la que se asienta el sistema financiero, es imprescindible proteger al cliente, asegurando la correcta prestación de los servicios financieros. En relación con el servicio de crédito y en particular, el de hipotecas, la banca debe prestar en interés del cliente un servicio de crédito responsable. El marco legal preserva una concesión responsable de crédito y unas relaciones equitativas entre los bancos y su clientela.

2.2.3. Banco de España

La aparición en España de un servicio encargado de la resolución de los conflictos entre las entidades financieras y sus clientes se encuadra dentro del proceso de liberalización de los tipos de interés y de las comisiones. Este proceso, iniciado en 1981, culminó con la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 3 de marzo de 1987, norma que, junto con las circulares del Banco de España que la desarrollaron, se configura como el antecedente más directo de la regulación actual.

Esta norma dispuso la creación en el Banco de España de un Servicio de Reclamaciones, encargado de recibir y tramitar las reclamaciones que pudieran formular los clientes de las entidades de depósito sobre las actuaciones de estas que pudieran quebrantar las normas de disciplina, o las buenas prácticas y usos bancarios en las operaciones que les afectasen, facultando al Banco de España para regular su organización y funcionamiento, y ordenando el inicio de sus actuaciones el 1 de septiembre de 1987.

En la actualidad, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, y la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, y el Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios



financieros, regulan la organización y el funcionamiento del Servicio de Reclamaciones.

Según la redacción del Real Decreto 303/2004, la finalidad principal del Servicio de Reclamaciones es recibir y tramitar las quejas y reclamaciones, relativas a operaciones concretas que sean formuladas por los usuarios de los servicios bancarios prestados por las entidades de crédito, autorizadas a operar en el territorio nacional, así como los servicios prestados por las sociedades de tasación, y realizar una labor de asesoramiento financiero mediante la resolución de consultas de carácter general.

Los criterios para interpretar las normas de conducta en protección del cliente los debe fijar el Banco de España, directamente o a través de su Servicio de Reclamaciones.

Con la aprobación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, se vuelve a encargar al Servicio de Reclamaciones del Banco de España la protección de los consumidores a través de la resolución de sus quejas, abandonando la idea del comisionado, que nunca se llegó a nombrar.

El Banco de España es una institución clave en la protección del cliente bancario, imprescindible para asegurar el buen funcionamiento del sistema bancario. Sin embargo su posición en todos estos temas dista mucho de ser neutral. Se suele inclinar hacia la entidad bancaria con la justificación de que debe primar la solvencia de las entidades sobre la protección de la clientela. Contraponen estos objetivos, cuando son complementarios. Con el desequilibrio en las relaciones banca-cliente nace la desconfianza ante el sistema bancario y con desconfianza, el negocio bancario no puede funcionar. Luego no puede haber estabilidad bancaria sin la adecuada protección al cliente.

El Defensor del Pueblo ha venido manifestando en los diversos informes anuales que presenta a las Cortes Generales su disconformidad con la actuación del Banco de España.

La experiencia de la Institución, basada en las quejas que recibe de los ciudadanos, pone en evidencia que el Servicio de Reclamaciones del Banco de España centra sus actuaciones en la supervisión de los mercados financieros, dejando en un



segundo plano la importancia de la protección al consumidor, y rara vez se pronuncia sobre el fondo de las reclamaciones que los ciudadanos plantean, ya que, con carácter general, considera ajenos a sus competencias las cuestiones que no estén relacionadas con la solvencia de las entidades de crédito, así lo ha mantenido en una reunión celebrada en esta Institución. Pero se olvida de que, de acuerdo con la Orden de 12 de diciembre de 1989, es el encargado de recibir y tramitar las quejas que presentan los clientes de las entidades de crédito relativas a las operaciones concretas que les afectan sobre el quebrantamiento de las normas de disciplina o las buenas prácticas y usos bancarios.

Además, el servicio es un órgano carente de funciones ejecutivas y ejecutorias, por lo que las actuaciones e informes que emite no tienen la consideración de actos administrativos, no siendo susceptibles de recurso alguno; lo que genera una evidente frustración en el ciudadano que, tras acudir al servicio, no consigue ver amparado su derecho de manera efectiva.

Tal y como se ha señalado en los distintos informes anuales, y especialmente desde el año 2005, esta situación podría haberse evitado con el nombramiento del Comisionado para la Defensa de los Servicios Financieros, previsto en el artículo 25 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Ordenación económica, desarrollada por el Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprobó el reglamento, pues contaba con unas competencias amplias en materia de defensa de los usuarios. Este comisionado se debería haber nombrado en el plazo de cuatro meses desde la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* del reglamento, acaecida el 3 de marzo de 2004, y como se ha dicho nunca se hizo.

Por esta razón no se comprendía la permanencia en el ordenamiento jurídico del citado Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, dado que no existía voluntad política de llevarlo a puro y debido efecto. Este Real Decreto generó expectativas de una mejor protección de los clientes del sector que se han visto frustradas, ya que la Ley de Economía Sostenible hace desaparecer la figura del comisionado volviendo al sistema anterior de resolución de quejas.

Esta Institución ha insistido en la insuficiencia de la actuación del Banco de España y, en concreto, del Servicio de Reclamaciones, para cumplir las funciones asignadas por las normas de solución de conflictos entre los particulares y las entidades financieras; siendo dicho servicio inoperante para el cumplimiento de su finalidad



tutelar, creando expectativas en los usuarios que no se cumplen y una pérdida de tiempo para aquellos que instan su intervención puesto que se ven defraudados en sus expectativas.

2.3. Procedimientos ante la situación de insolvencia

El Código Civil consagra en su artículo 1911 el principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, que conlleva la garantía para el acreedor de poder satisfacerse en forma forzosa sobre sus bienes actuales y que pueda adquirir en el futuro. Este artículo se ve completado con los artículos 1156 y 1157 de este mismo Código Civil, que declaran la extinción de las obligaciones por el pago o cumplimiento de la prestación. A su vez, el artículo 570 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) señala: "La ejecución forzosa terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante". Del juego de estos preceptos se infiere que el deudor hipotecario que incumple la satisfacción íntegra de sus obligaciones puede quedar excluido del acceso al crédito, al ser incluido en los ficheros de morosos y convertido en deudor perpetuo.

El sistema actual favorece la exclusión social del deudor persona física. La vivienda habitual no es, por ende, un bien inembargable, y está sujeta a las normas generales sobre responsabilidad patrimonial (1911 CC). Para Matilde Cuenca Casas³, excluir a la vivienda habitual de la agresión de los acreedores, bloquearía la posibilidad de los cónyuges de obtener crédito, pues aunque la vivienda sea considerada un bien de primera necesidad, también constituye normalmente el único valor patrimonial importante de la pareja. Luego, en su opinión, la protección a la vivienda habitual debe encontrar su límite en la salvaguardia de la capacidad de crédito familiar. Reconociendo que la Ley Concursal se funda en el principio fundamental de la satisfacción de los acreedores, se cuestiona si debe atenderse a otros principios dignos de tutela, vigentes en nuestro sistema jurídico general, como el derecho a una vivienda digna. Según esta autora "es preciso cohesionar los intereses del sistema financiero con los de las familias que, en ocasiones, se han visto en la tesitura de generarse un sobreendeudamiento hipotecario por consecuencia de las reglas de un mercado inmobiliario altamente especulativo y, también, por consecuencia de determinadas actuaciones irresponsables de las entidades financieras, tal y como se

³ Matilde Cuenca Casas. "Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física". eprints.ucm.es/9714/1/Cuenca_Deficiencias_LC.pdf Similares [ref. de 18 de enero de 2012]



está poniendo de relieve en la actualidad. Y es que el objetivo del proceso concursal, que es la satisfacción de los intereses de los acreedores, debiera compatibilizarse con el de evitar la exclusión social del deudor, objetivo presente en legislaciones de nuestro entorno que dotan a la insolvencia del consumidor de un estatuto especial.

A su vez, Manuel Castilla propone redefinir la responsabilidad hipotecaria, haciendo soportar a las entidades de crédito parte de los riesgos de la inflación irracional del mercado inmobiliario, asumiendo los fallos del sistema hipotecario.

2.3.1. Ejecución hipotecaria

En caso de incumplimiento de la obligación principal el crédito hipotecario se puede ejecutar por los procedimientos civiles previstos:

- a) Procedimiento declarativo correspondiente y posterior ejecución de la sentencia firme, que constituye el título ejecutivo.
- b) Ejecución de la hipoteca mediante el proceso ordinario de ejecución. Este procedimiento se utiliza generalmente cuando en la escritura de formalización de hipoteca no se consignan los requisitos necesarios para utilizar el procedimiento especial de ejecución sobre bienes hipotecados (tasación para subasta y domicilio para notificaciones) o, cuando el acreedor considera insuficiente la hipoteca para el cobro total del crédito. En este procedimiento el título ejecutivo es la escritura del crédito hipotecario (artículo 517.2.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y parece resaltar en él el ejercicio de la acción personal derivada del crédito garantizado, que como tal puede hacerse efectivo no sólo sobre el bien hipotecado sino sobre todo el patrimonio del deudor (artículos 105 de la Ley Hipotecaria y 1911 del Código Civil).
- c) El procedimiento especial de ejecución sobre los bienes hipotecados (artículos 681-698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Este proceso sólo es posible cuando se dirige exclusivamente contra los bienes hipotecados en garantía de la deuda por la que se procede, además, en la escritura de formalización de la hipoteca tiene que constar fijado el tipo de tasación para la subasta de la finca y el domicilio del deudor para requerimientos y notificaciones, extremos que han de hacerse constar en la inscripción de la



hipoteca en el Registro de la Propiedad (artículo 682 LEC). Terminado el proceso mediante la subasta de los bienes.

En todo caso, una vía de solución antes de que se produzca la subasta, puede ser la rehabilitación del préstamo hipotecario, que establece el artículo 693.3 de la citada Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ampliado por la Ley 41/2007 de Reforma del Mercado Hipotecario. Solo puede utilizarse cuando se trata de la vivienda habitual del ejecutado y únicamente puede ejercitarse una vez cada 5 años. Para rehabilitar la operación es necesario pagar las cantidades vencidas con los intereses de demora devengados y las costas del procedimiento. En este sentido, hay que tener en cuenta que es suficiente con el pago de los recibos vencidos no exigiéndose el pago de la totalidad del capital pendiente, asimismo las costas deben adecuarse a la cantidad pagada.

También se puede ejecutar la hipoteca dentro de un proceso penal, cuando se trate de hipotecas constituidas como fianza para obtener la libertad provisional o para asegurar las eventuales responsabilidades pecuniarias. En este aspecto la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que se procederá por vía de apremio y que el inmueble se venderá en pública subasta, previa tasación, con intervención del Ministerio Fiscal.

En el supuesto de deudas garantizadas por hipoteca a la Administración tributaria o de la Seguridad Social se podrá ejecutar la misma mediante el correspondiente procedimiento de apremio para la recaudación de deudas tributarias o de seguridad social.

2.3.2. Insolvencia personal y concurso de acreedores

La entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, el 1 de septiembre de 2004, supuso un cambio en el tratamiento de la insolvencia en España. Esta norma implica la aplicación del mismo procedimiento a todos, tanto al deudor persona jurídica como persona física, ejerza o no una actividad empresarial. Sin embargo, el proceso está destinado fundamentalmente a las personas jurídicas, o bien a profesionales y empresarios, ya que su objeto principal es la continuidad de las actividades económicas buscando la satisfacción de los acreedores. Este tipo de legislación no es adecuada a los problemas derivados de la insolvencia personal o



de la que afecta a las familias, sobre todo porque la naturaleza de la incapacidad económica de unos y otros difiere considerablemente. Se puede afirmar que en España no existe un procedimiento adecuado para la insolvencia de las personas particulares.

La última reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2012, mantiene las bases de la misma y continúa considerando una virtud la existencia de un procedimiento unitario para la insolvencia de las personas jurídicas y naturales, pero una vez más se olvida de estas últimas pues en su exposición de motivos como resumen de su contenido dice textualmente: “En definitiva, esta ley aporta al instituto del concurso una mayor seguridad jurídica, la apertura de nuevas vías alternativas que buscan el equilibrio entre la viabilidad de la empresa y la necesaria garantía judicial, el impulso de los medios electrónicos, así como la simplificación y la agilización procesal, sin olvidarse de efectuar una notable mejora de la posición de los trabajadores. Con ello se trata de normalizar el papel del concurso con el que cumple en los países de nuestro entorno, poniendo fin al estigma que hasta ahora lo ha lastrado, y se constituya como un instrumento al servicio de la viabilidad y dinamización de nuestro tejido empresarial”.

2.3.3. Subrogación y novación

La Ley 2/1994, de 30 de marzo, de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, modificada por la Ley 41/2007, de regulación del mercado hipotecario, establece dos posibilidades para mejorar las condiciones de los préstamos hipotecarios:

La novación consiste en renegociar el préstamo con la entidad bancaria y pactar unas mejoras en las condiciones de la hipoteca. Se puede pactar una bajada en el tipo de interés aplicable o incluso variar la forma de calcular el interés. También se puede acordar, cambiar de un préstamo con intereses fijos a un préstamo con intereses variables, modificar el plazo de amortización o cambiar el índice de referencia que se aplica.

La subrogación consiste en trasladar la hipoteca a otra entidad. En este caso también se puede cambiar el tipo de interés aplicable, el índice de referencia en los



prestamos de interés variable o, incluso, pasar de interés fijo a interés variable y viceversa. Pero, al contrario que en la novación, no se puede modificar el plazo.

2.3.4. Moratoria hipotecaria y medidas de apoyo a los deudores hipotecarios

El Real Decreto 1775/2008, de 28 de noviembre, sobre las medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a la vivienda establece las condiciones básicas para acceder a la Línea ICO-Moratoria Hipotecaria, consistente en el aplazamiento temporal y parcial en la obligación de pago del 50% del importe de las cuotas hipotecarias del periodo comprendido entre 1 de marzo de 2009 y 28 de febrero de 2011. Esta medida prevé la concesión de un máximo de 500 euros mensuales a favor de determinados colectivos y exige un acuerdo previo entre la entidad prestataria y el deudor hipotecario.

Esta línea de ayuda estaba dirigida a trabajadores por cuenta ajena en situación de desempleo y a trabajadores por cuenta propia en situación legal de desempleo u obligados a cesar en la actividad, siempre que mantuviesen esta situación durante un periodo mínimo de tres meses con anterioridad al momento de la solicitud.

También abarcaba a aquellos deudores hipotecarios que, siendo trabajadores por cuenta propia, acreditasen que sus ingresos no superaban el 300 por cien del importe mensual del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples durante al menos tres meses.

Por último, podían ser también beneficiarios los pensionistas de viudedad que acreditasen que el fallecimiento había ocurrido tras concertar el préstamo hipotecario y con posterioridad al 1 de septiembre de 2008.

Para acceder a la Línea ICO-Moratoria Hipotecaria el solicitante, además de encontrarse en alguna de las situaciones descritas, debía cumplir los siguientes requisitos: importe del préstamo inferior a 170.000 euros de capital inicial; la fecha de concertación del préstamo anterior al 1 de septiembre de 2008; estar destinado, exclusivamente, a la adquisición de vivienda habitual y; no haber incurrido en mora a la fecha de presentación de la solicitud.

El aplazamiento de las cuotas se tenía que instrumentar a través de un contrato firmado entre el cliente y la misma entidad de crédito con la cual estuviese



formalizada inicialmente la hipoteca, manteniendo la vigencia y condiciones establecidas del préstamo hipotecario inicial.

Por último, con el fin de proteger los segmentos sociales más desfavorecidos se aprobó el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.

Esta norma no solucionaba el problema pero no ha dejado de ser un paso adelante para evitar la exclusión social. En primer lugar, eleva el umbral de inembargabilidad cuando el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada en un procedimiento de ejecución hipotecaria sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado. Si bien, con carácter general, el mínimo inembargable de cualquier deudor coincide con el salario mínimo interprofesional (SMI) a partir de este real decreto-ley y, exclusivamente, para los deudores hipotecarios que han perdido su vivienda habitual, se eleva ese mínimo hasta el 150% del SMI y un 30% adicional por cada familiar de su núcleo que no perciba ingresos superiores a dicho SMI. En segundo lugar, modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil aumentando del 50% al 60% del valor de tasación el límite mínimo para la adjudicación del bien, en los casos en que el acreedor solicite adjudicarlo por importe inferior a su valor en aplicación de su facultad discrecional. En los supuestos de subasta sin postor, se impide cualquier adjudicación inferior al 60% del valor de tasación, independientemente de la cuantía de la deuda total.

Finalmente, al objeto de mejorar la eficacia de las subastas permitiendo una mayor concurrencia de pujas y, por ende, posibilitando la fijación de un precio más justo, se reduce hasta el 20% el depósito exigido a los postores para participar en una subasta.

2.3.5. Dación en pago

La dación en pago de una deuda es una figura jurídica tradicional del ordenamiento jurídico español, encontrando diversas referencias a la misma en distintas normas, pero carece de una regulación completa y unitaria. A los efectos que aquí interesan consiste en la entrega al acreedor hipotecario de uno o varios bienes inmuebles en sustitución de la prestación primitivamente establecida.



En otros ordenamientos jurídicos la entrega del bien hipotecado al acreedor extingue la obligación garantizada y libera al deudor de su responsabilidad, pero no ocurre así en el ordenamiento jurídico español. El deudor, de acuerdo con el artículo 105 de la Ley Hipotecaria que se remite al artículo 1911 del Código Civil, responde con todos sus bienes presentes y futuros del cumplimiento de sus obligaciones incluida la hipotecaria. Pero la Ley Hipotecaria en su artículo 140 prevé un supuesto que restringe al valor del inmueble hipotecado la responsabilidad patrimonial del deudor no alcanzando al resto de su patrimonio. Para ello, la ley exige que esté pactado expresamente entre las partes. En realidad no es una figura muy extendida en la práctica.

Según Antonio Gullón⁴ "no sería lógico y coherente permitir a un acreedor hipotecario o a los acreedores del concursado limitar el artículo 1911 y no a cualquier otro deudor". Es decir que según este autor, la responsabilidad universal es un principio disponible en cualquier caso por las partes. De tal modo que deudor y acreedor pueden pactar libremente el régimen de la responsabilidad contractual de conformidad con el artículo 1255 del Código Civil.

Algunas sentencias fuerzan el contenido de los preceptos legales con el fin de conseguir la liberación del deudor con la entrega de la vivienda. Así el auto núm. 111/2010 de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010, realiza un juicio de equidad, considerando a la banca, con sus malas prácticas, causante de la crisis, asignando sin motivo al inmueble el valor de la tasación inicial. Estas sentencias pro-consumidor alegando razones éticas y de equidad no contribuyen a la solución del problema. Hay que buscar soluciones con resultados prácticos equivalentes a la dación en pago.

2.3.6. Solución extrajudicial

Extrajudicialmente el crédito hipotecario se puede hacer efectivo mediante venta ante Notario (Artículos 129 de la Ley Hipotecaria y 234 a 236 del Reglamento Hipotecario), pero sólo es aplicable cuando se haya pactado en la escritura de formalización de la hipoteca, haciendo constar además el valor de tasación que los

⁴ Antonio Gullón Ballesteros. "Art. 1911", en Comentarios del Código Civil, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, tomo II, pág. 2055.



interesados determinen para la subasta y el domicilio que el hipotecante señale para requerimientos y notificaciones. Además el hipotecante tiene que indicar la persona encargada de otorgar la escritura de venta de la finca hipotecada.

Este procedimiento se declaró nulo por Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1988, pero no fue una opinión mantenida de forma unánime ni por el propio Tribunal ni por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en cualquier caso, la modificación operada en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ha zanjado la cuestión.

3. ACTUACIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO





Antes de entrar a explicar las actuaciones concretas seguidas por esta Defensoría sobre la materia, se va a hacer referencia a los derechos constitucionales que se consideran implicados.

La vivienda, además de un activo que puede ser movilizado en el mercado del crédito, es el objeto de un derecho. La Constitución española proclama, como principio rector de la política social y económica, el derecho a una vivienda digna y adecuada. Según dice el artículo 47 de la Constitución: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. 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”. Es un derecho social imprescindible para desarrollar otros derechos constitucionales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE), el derecho a la intimidad (artículo 18 CE) y, en suma, el derecho a la libertad (artículo 17 CE). Esta conexión entre el derecho a la vivienda y otros derechos sociales hace que el carácter “digno y adecuado” de la misma deba definirse a partir de su relación con el resto de derechos tutelados por el ordenamiento y con las diferentes declaraciones y convenios sobre derechos humanos. Es un derecho que se configura a través de las más diversas perspectivas jurídicas (civil, hipotecaria, urbanística, financiera, fiscal, etc.).

En el ámbito internacional, el derecho a la vivienda viene recogido en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948 y en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), como parte del derecho a un nivel de vida adecuado. Conviene aclarar que al igual que ocurre en Derecho español, el derecho a la vivienda, como está definido en las convenciones internacionales, no significa el reconocimiento de un derecho universal a ser propietario, ni siquiera un derecho subjetivo a la misma exigible a los poderes públicos directamente.

El peso decisivo otorgado por la Unión Europea a las libertades de mercado en relación con los derechos sociales se refleja en la forma en que aborda la cuestión la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) del año 2000. La citada carta no consagra el derecho a una vivienda digna y adecuada, sino “una ayuda a la vivienda para garantizar una existencia digna a toda persona que no disponga de recursos suficientes”, cuyo alcance queda sujeto a “las modalidades



establecidas por el derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales” (artículo 34.3).

En el ordenamiento español es un derecho social, que según los límites a su exigibilidad establecidos por el artículo 53.3 de la CE, sólo puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen. Pero ello no es óbice para que los poderes públicos estén obligados por el reconocimiento del artículo 47 CE en todas las políticas y decisiones que adopten en materia de vivienda.

La regulación del mercado hipotecario debe respetar el derecho a una vivienda digna y al ejercicio de los derechos constitucionales vinculados. La protección de estos derechos debe ser tenida en cuenta al interpretar las normas sobre concesión y ejecución de las hipotecas.

Pero no es únicamente el derecho a la vivienda digna y adecuada el que está en juego en la actual situación, sino que también se encuentran afectados otros pronunciamientos constitucionales como el derecho a la propiedad privada reconocido en el artículo 33 CE, de modo que las decisiones que se adopten en esta materia han de respetar al mismo.

Ya hemos dicho al hablar de las relaciones banca-cliente que la protección de los consumidores ha encontrado su reflejo en el artículo 51 de la Constitución, con referencia expresa a la información y a la educación, es por tanto una vía que no hay que olvidar, aunque tampoco se puede considerar la única base del mercado financiero en relación con las personas particulares, pues no es suficiente con facilitar información sino que hay que tener la garantía de que el receptor de la misma la comprende. O dicho de otro modo, que no existen vicios en el consentimiento de los contratos que los particulares suscriben con las entidades financieras, sobre todo cuando se trata de la adquisición de la vivienda que es, probablemente, el negocio más importante que van a realizar en su vida.

Pero hay otros derechos implicados para los que hay que buscar el oportuno equilibrio como es el derecho a la libertad de empresa del artículo 38 CE. Si bien como ha sentado la doctrina del Tribunal Constitucional no existen derechos absolutos ello no supone que se deban olvidar los mismos, sino que hay que encontrar la fórmula más equitativa posible entre los intereses en conflicto.



Un aspecto que ya se ha señalado en la introducción de este estudio, es que la mayoría de las quejas que se presentan son ajenas a las competencias del Defensor del Pueblo por versar de las actuaciones realizadas por empresas privadas, como las entidades de crédito o las compañías de seguros. En estos casos se indica a los ciudadanos la vía más adecuada para la defensa de sus intereses y se explica, entre otros aspectos, la posibilidad de presentar reclamación ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones o la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Estas quejas ponen en evidencia que la información y educación financiera está muy lejos de conseguirse, por lo que si esta es la base sobre la que se asienta el futuro habrá que hacer unas más intensas y mejores campañas divulgativas de los derechos de los usuarios de los servicios financieros.

3.1. Productos de permuta financiera (*swaps, clip, stockpyme...*)

La creciente complejidad de los mercados financieros ha llevado al desarrollo de herramientas que permitan controlar los riesgos inherentes a dichas operaciones, y que se han convertido en un sistema paralelo a las rutinas convencionales que venían utilizándose tradicionalmente. Estos sistemas de control de riesgo, que ofrecen variedad de denominaciones, modalidades y usos, se ajustan a la operación principal como un anejo, y por lo tanto, se trata de productos independientes, de elevada dificultad tanto para su comprensión como para su manejo, y que precisan de un conocimiento técnico previo.

La práctica tradicional de los instrumentos financieros más clásicos, los créditos, en todas sus versiones y aplicaciones posibles, entraña una incertidumbre para ambas partes. Para la parte que concede el crédito, se genera la incertidumbre de que la contraparte cumpla con su compromiso de devolución del principal más los intereses o partidas pactadas. Para la parte que lo recibe, se genera un horizonte temporal de endeudamiento que provoca una incertidumbre si las condiciones del entorno varían. La aparición de una coyuntura económica como la actual genera, claramente, un panorama agravado de incertidumbre, ya que las variables que se sopesan para la concesión de un crédito: la solvencia, la salud patrimonial, así como las condiciones personales y laborales del deudor pueden verse alteradas. La incertidumbre existe cuando no sabemos con seguridad qué ocurrirá en el futuro, y el riesgo es la incertidumbre que importa por cuánto incide en el bienestar de la gente.



La incertidumbre es una condición necesaria pero no suficiente para el riesgo y puede existir incertidumbre aunque no exista riesgo.

Una de las medidas que se acuerdan en los préstamos hipotecarios para evitar que se genere la situación de riesgo es vincular el cumplimiento de las obligaciones derivadas del préstamo con la sujeción del bien hipotecado a responder del mismo, por el principal, los intereses, los gastos y costas que pueda generar su liquidación. Por lo tanto, podríamos decir que en un préstamo hipotecario podrá existir siempre la incertidumbre, pero no existe riesgo, ya que la garantía del préstamo es el inmueble sobre el que se concede.

En el marco global de las actuales economías, existen mercados financieros desarrollados que operan con lo que se conoce como productos financieros derivados, y que gestionan y negocian una serie de productos complejos, cuya utilidad para el común de los ciudadanos no se vislumbra, ya que su dificultad técnica impide que éstos puedan apreciar su verdadera funcionalidad, su operatividad y, sobre todo, sus implicaciones en obligaciones y derechos.

En esta situación comienzan a ofertarse a clientes sin conocimientos de mercados financieros unos productos conocidos como *Swaps*, *IRS*, o *Clips* (entre otras denominaciones). Se trata de contratos en los que dos agentes económicos acuerdan intercambiar flujos monetarios. Pueden venir expresados en una o varias divisas, calculados sobre diferentes tipos o índices de referencia que pueden ser tanto fijos como variables y que operan durante cierto periodo de tiempo. Esta definición, accesible para cualquier profesional que opere en mercados financieros, sean o no de productos derivados, supone un auténtico galimatías para un ciudadano común que pretende adquirir una vivienda para convertirla en su residencia, o un local en el que desarrollar su actividad mercantil o profesional y cuya principal preocupación, respecto del contrato que va a firmar, es que la entidad le ofrezca unas condiciones que pueda afrontar razonablemente, como el plazo, la cuota mensual, el tipo de interés, que suele ser variable referenciado al euribor, y con un tipo diferencial que viene claramente expresado en el clausulado hipotecario.

Y no es extraño que el cliente hipotecario de cualquier entidad tenga dificultades en aprehender el significado exacto de un contrato de un derivado financiero, ya que la aplicación fundamental de estos productos es la gestión de riesgos financieros, la reducción de los costes de financiación de operaciones, el arbitraje entre mercados



o la creación de instrumentos financieros sintéticos. Se trata, pues, de realidades claramente alejadas una de otra, razón fundamental para que la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (MIFID) estableciese cautelas en orden a “ofrecer a los inversores un alto nivel de protección” (considerando 2) debido a que “los inversores dependen cada vez más de las recomendaciones personalizadas, es conveniente incluir el asesoramiento en materia de inversión entre los servicios de inversión sujetos a autorización” (considerando 3).

La protección que depara dicha directiva se concreta en el artículo 19 que regula las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes, y que exigen que se actúe en interés de éstos y se observen una serie de principios. Estos principios garantizan que se ofrezca a los clientes no cualificados una información suficiente y comprensible de los productos que se adquieren, así como la identificación de las políticas publicitarias para evitar la confusión. Exige que las comunicaciones sean “imparciales, claras y no engañosas”. Además, en el apartado tercero, exige que se ofrezca una información que debería incluir “orientaciones y advertencias apropiadas acerca de los riesgos asociados a las inversiones”.

En las denuncias recibidas de los ciudadanos se cita invariablemente una operativa que difiere de la exigida por la directiva, ya que se les ofrecía un producto asociado a la hipoteca que les “protegería del riesgo de la subida de los tipos de interés”. Los clientes comprendían que se trataba de un seguro que evitaría que su hipoteca subiera por encima de un tipo de interés determinado, por lo que conseguirían pactar una cuota máxima en caso de que el interés continuara subiendo.

En realidad, lo que adquirirían era un “*Swap* de tipos de interés o IRS”, contratos de permuta financiera que se instrumentan en un acuerdo para que, durante un período de tiempo establecido, se realizara un intercambio mutuo de pagos periódicos de intereses nominados en la misma moneda y calculados sobre un mismo principal, pero con tipos de referencia distintos. Lo usual es que una parte pague los intereses a tipo variable en función del tipo de referencia (Euribor), mientras que la otra lo hace a un tipo fijo, o bien utiliza un tipo variable referenciado a otra base diferente.

En definitiva, es un producto complejo que se ofertaba alterando las características básicas de la oferta, de modo que la parte que adquiría el compromiso de afrontar



las cuotas partiendo de un tipo fijo soportaba el coste de un riesgo inexistente, al añadir el coste del IRS a la cuota hipotecaria, mientras que la entidad, podía asegurarse el cobro de un interés superior al inicialmente pactado, ya que el escenario financiero internacional vaticinaba una caída importante del tipo de referencia por el desplome del mercado inmobiliario, a índices muy inferiores a los pactados. No hay que olvidar que estos productos se ofertan en un momento en que los tipos de interés son inferiores al cinco por ciento, y las cuotas añadidas a la hipoteca los convierten en un interés superior en uno o dos puntos, mientras que la rebaja del tipo de referencia ha llegado hasta menos del dos y estos clientes siguen pagando un seis o un siete.

Es en el momento en que desciende el tipo al que se referencia el crédito cuando los clientes detectan que la operación no respondía a la información que recibieron, ya que consideraban que su tipo de interés seguía siendo variable y, por tanto, se acomodaría a las bajadas. Lo que encontraron, sin embargo, fue una cuota adicional a su cuota hipotecaria, que cubría el IRS, y que convertía, de facto, la hipoteca en un tipo fijo que favorecía a la entidad financiera, puesto que incrementaba notablemente el importe mensual.

Los ciudadanos consideran que las prácticas de captación no respetan la normativa que exige la MIFID en su artículo 19, ni recibieron información veraz y comprensible, sino tácticas de captación comercial con la utilización de comunicaciones de carácter publicitario que no razonaban adecuadamente las características de la operación. Tanto en las captaciones telefónicas como en las presenciales a través de la red de sucursales se estableció una operativa de oferta de una protección frente a subidas del tipo de interés, pero en ningún caso se informaba sobre las consecuencias en caso de una bajada del mismo, cuestión que era sistemáticamente omitida en la operación.

Desde que comenzó la crisis financiera numerosos ciudadanos se han dirigido al Defensor del Pueblo manifestando su disconformidad con la actuación de diversas entidades bancarias, debido a que les ofrecieron productos financieros consistentes en una permuta de tipos de interés para cubrir un riesgo de oscilación de los tipos del Euribor sobre un préstamo hipotecario a tipo variable, bajo la creencia de que lo que realmente habían contratado era un seguro que cubría la contingencia de una posible subida de los tipos de interés. La intervención del Defensor del Pueblo ante el Banco de España estuvo propiciada por la deficiente información facilitada a los



clientes por sus entidades financieras en la contratación de estos productos, lo que impidió que la voluntad de los clientes pudiera formarse con entera libertad.

Otra de las tachas que los ciudadanos realizaban contra el Servicio de Reclamaciones del Banco de España era su cambio de criterio, ya que en principio estimó las pretensiones de los reclamantes contra la actuación de las entidades bancarias en la contratación de derivados financieros por considerar deficiente la información proporcionada por éstas, afirmando asimismo que ello vulneraba la normativa de transparencia bancaria, buenas prácticas y usos financieros.

Posteriormente, sin embargo, el servicio modifica su criterio a pesar de la idéntica naturaleza de los contratos y sus condiciones, con independencia del nombre que cada entidad les confiriera para su comercialización, y haciendo pública una postura que afirmaba que no se consideraba la existencia de dicha vulneración de las buenas prácticas y usos financieros, sin que esta conclusión estuviera suficientemente justificada ni se aludiera a la información que de los productos se había proporcionado a los clientes reclamantes. Como consecuencia de esta actuación administrativa el Defensor del Pueblo creyó necesario iniciar una investigación tendente a conocer las razones del cambio de criterio de ese organismo.

El Servicio de Reclamaciones del Banco de España estimó que de acuerdo con el artículo 48 de la Ley 26/1988, de Disciplina e intervención de las entidades de crédito, que exige a las entidades determinados requisitos respecto de la documentación que deben entregar al cliente, no se imponen deberes específicos de información sobre el riesgo asumido por el cliente al contratar uno de estos instrumentos de cobertura, y sobre todo por cuanto que su asociación con un préstamo con garantía hipotecaria lo equipara a un producto cuya finalidad es ofrecer estabilidad al tipo del préstamo, lo que cumple con la finalidad de las normas. El criterio del Banco de España es que se trata de garantizar una gestión razonablemente responsable que respete los derechos de la clientela, garantía que entiende cumplida pese a su actuación inicial.

Desde un inicio, el Defensor del Pueblo se centró en que los instrumentos que nos ocupan, aisladamente considerados, constituirían instrumentos financieros en el sentido del artículo 2.2 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores y, como tales, estarían potencialmente sujetos a las obligaciones de información establecidas en el



artículo 79 bis de la misma. Por esta razón, y por cuanto se trata de productos diseñados de forma que su cobertura no se concentra en la protección del incremento de los tipos de interés, sino que la fluctuación suele perjudicar al cliente, ya que se comercializan, sobre todo, cuando existe un leve repunte del Euribor, pero tras el inicio de la crisis económica la rebaja de los tipos del Banco Central Europeo propicia que el cliente tenga que pagar tanto el importe del producto de cobertura como la diferencia porcentual de la bajada y la fijada en el citado instrumento. A la postre redundaría en una obtención de un beneficio para el banco, y no para su cliente.

Sin perjuicio de ello, en atención a las características de estos productos y en coherencia con el criterio inicial que se publicó en la Memoria del Servicio de Reclamaciones correspondiente a 2007, entienden aconsejable que, en el futuro, las entidades faciliten a sus clientes información adicional de estos productos. A pesar de todo sigue reafirmando que se trata de una cuestión que habría de analizarse individualmente en cada contrato y que, en todo caso, es competencia de los Tribunales de Justicia.

En todo caso, hubiese sido menos gravoso para los reclamantes haber contratado un préstamo con un tipo de interés fijo, que en ese caso, tendrían muy claro el riesgo que asumían, desconociéndolo en el caso de estos productos que les han ofertado, sin conocer la operativa real y compleja de estos productos por falta de información en algunos casos.

Este criterio, que quedó publicado en nuestro informe anual del año 2009 presentado ante las Cortes Generales, fue tenido en cuenta por la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Telde, de 4 de junio de 2010, favorable al demandante contra una entidad bancaria. Hoy se han dictado multitud de pronunciamientos judiciales en el mismo sentido.⁵

Pero no todos los resultados judiciales han sido favorables a los clientes sino que también ha habido sentencias que estiman las pretensiones de la banca, lo cual no deja de evidenciar que, al margen de las particularidades que pueda presentar cada reclamación y cómo ello influya en la sentencia, se trata siempre de contratos tipo con consecuencias patrimonialmente negativas para los clientes hipotecarios

⁵ Según <http://asupedefin.com> existen actualmente 300 sentencias favorables a los intereses de los clientes, habiendo más procedimientos aún en trámite.



que, además, ven cómo se resiente su confianza tanto en las entidades que han utilizado estos sistemas como, y de modo muy especial, en la capacidad de supervisión y control del Banco de España sobre la transparencia de las operaciones de las entidades de crédito con sus clientes.

La Secretaría de Estado de Economía también solicitó informe, a instancias de esta Defensoría al Banco de España, que comunicó que atendiendo al principio de libertad de contratación y con respeto a la autonomía de la voluntad de las partes se debe garantizar la protección de los derechos de los clientes como consumidores de productos financieros, en los términos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobada por el Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, además de por la normativa de transparencia ya citada. En ese sentido, y finalmente, el Banco de España aconseja que las entidades de crédito faciliten a sus clientes información específica adicional en los contratos de este tipo de productos sobre los siguientes aspectos:

- Información específica acerca de las posibles consecuencias negativas de estos productos en caso de una evolución bajista de los tipos de interés, ya que repercutirá sobre las liquidaciones mensuales de la hipoteca, para lo que se debe ofrecer al cliente un cuadro representativo de las cuantías que para el nominal del intercambio supongan en términos monetarios y cuantificados mensualmente los importes de las liquidaciones.
- Identificación de la fórmula de cálculo del coste asociado a una cancelación anticipada del derivado, bien sea a instancias del cliente, bien sea derivada de la cancelación del préstamo o su subrogación por otra entidad, con un cuadro que cuantifique el citado coste en función de distintos escenarios de tipos de interés.

Tras interesarse esta Defensoría por que estos criterios pasaran de ser un consejo a convertirse en una normativa de obligado cumplimiento, se llegó a dictar en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, las obligaciones de estas entidades con sus clientes. En primer lugar, las que atañen a la evaluación de la solvencia del cliente que tiene por objeto asegurar la concesión responsable del crédito. Posteriormente se han desarrollado mediante la orden Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios financieros, que dedica el capítulo II del Título III, a las normas relativas a los créditos y préstamos



hipotecarios. Esta orden sistematiza y actualiza la normativa anterior, recogida en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, teniendo en cuenta las previsiones recogidas en la propuesta de Directiva de la Comisión Europea, sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, de 31 de marzo de 2011.

Este nuevo marco legal incide en la educación financiera precontractual, obligando a las entidades bancarias a poner a disposición de los clientes:

- La “Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario” que debe elaborar el Banco de España, con información adecuada para adoptar la decisión de contratar o no el préstamo hipotecario.
- Ficha de Información Precontractual General (figura en el anexo I)
- Ficha de Información Personalizada (figura en el anexo II)
- Oferta vinculante, se facilitará mediante una ficha de información personalizada, donde se especificará que se trata de una oferta vinculante y el plazo de vigencia de la misma. Salvo circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, la oferta vinculante tendrá un plazo de validez no inferior a 14 días naturales desde su fecha de entrega.

Como novedad, se regula, la información mínima a suministrar en caso de que el banco incluya productos de cobertura. Se informará al cliente de lo siguiente:

- a) La naturaleza del instrumento de cobertura, si se trata de un límite al alza del tipo de interés, o si se trata de otro tipo de instrumento de cobertura, ya sea porque el límite al alza vaya acompañado de un límite a la baja, o por cualquier otra característica, en cuyo caso se indicará expresamente que el producto no se limita a proteger al cliente frente al alza de tipos.
- b) Su duración y, en su caso, las condiciones para su prórroga o renovación.
- c) En función de la naturaleza del instrumento, si fuera el caso:
 1. la obligatoriedad del pago de una prima, y su importe;



2. las potenciales liquidaciones periódicas del instrumento, producto o sistema de cobertura, teniendo en cuenta diversos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia, destacando la posibilidad de que las mismas pueden ser negativas;

3. la metodología de cálculo del coste asociado a una cancelación anticipada, con referencia a distintos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia.

d) Y otras características del instrumento, producto o sistema de cobertura que pudiera establecer el Banco de España.

La información anterior se recogerá en un anexo a la Ficha de Información Personalizada. No será necesario que en la contratación del sistema de cobertura se produzca una vinculación expresa y formal con el préstamo, siendo suficiente que las partes reconozcan expresamente en dicha contratación que el sistema de cobertura se contrata con esa finalidad respecto de aquel. Dicha finalidad no podrá observarse, en ningún caso, cuando el importe nominal de la cobertura supere al del préstamo que pretende cubrir. Por el contrario, sí será posible observarla aun cuando el plazo del sistema de cobertura sea superior al del préstamo, siempre que este sea renovable y su no renovación suponga la cancelación del sistema de cobertura sin coste para el cliente.

En el acto de otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario mantiene la función del notario como asesor técnico del cliente, quien debe comprobar que el cliente ha recibido la información preceptiva y advertir al cliente de los principales riesgos que se asume en la operación.

Por su parte, la comercialización de los préstamos hipotecarios también se ha visto afectada por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, aunque la citada ley no regula de forma específica el mercado financiero. En el ámbito bancario se aplica la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, desarrollada por la Circular 6/2010, de 28 de septiembre del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios, donde se recogen unos principios generales aplicables a toda la publicidad financiera.



A pesar de la nueva regulación los efectos económicos negativos para quienes contrataron los productos estudiados, cuando se han producido bajadas de los tipos de interés de sus contratos, persistirán hasta la extinción de los mismos.

Tampoco conviene olvidar que las entidades de crédito ofrecen contratos de adhesión, que limitan extraordinariamente y en ocasiones anulan la capacidad de los clientes de negociar, de modo que si no aceptan las condiciones que les imponen las entidades, no obtienen la financiación necesaria para la adquisición de la vivienda que será objeto de la hipoteca.

También se debe señalar que la nueva Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios financieros, permite, con carácter general, que las entidades bancarias proporcionen productos derivados vinculados a la contratación de otros servicios financieros, como seguros, tarjetas, cuentas corrientes etc., sin restricciones mayores que se proporcione al suscriptor del coste separado de cada servicio en la medida en que este coste esté disponible para la entidad.

La experiencia acumulada en la tramitación de quejas a lo largo de muchos años lleva a esta Defensoría a considerar estas posibilidades como potencialmente abusivas, ya que se ha convertido en práctica común que las entidades incorporen a los contratos la obligación de incorporar productos vinculados, como seguros o constitución de depósitos, a pesar de que el cliente no los desee o éstos no hayan sido solicitados. La anulación de los contratos que se firmasen bajo esta autorización obligaría a los clientes, en caso de discrepancias, a acudir a un tribunal para poder cancelar dicho contrato sin perjuicios patrimoniales adicionales, pero asumiendo el coste de dicho proceso, lo que funcionará, en la práctica, como un medio de desincentivar las reclamaciones.

Por ello se ha considerado necesario iniciar una actuación de oficio tendente a conocer la protección real que esta normativa va a proporcionar en la praxis al ciudadano, si realmente se están ofreciendo productos que protejan a los clientes hipotecarios de una desestabilización al alza de los tipos de interés, y, en caso contrario, se considere la posibilidad de regularlos. Asimismo, se ha iniciado una investigación para conocer la necesidad de restringir la comercialización de servicios



y productos bancarios vinculados, dada la posibilidad de producirse prácticas abusivas, evitando el proceso judicial para su declaración.

3.2. Seguros asociados a los préstamos hipotecarios

Como reconoce el Banco de España en su web, aunque no es obligatorio, es habitual que la entidad concedente del préstamo hipotecario exija al prestatario el cumplimiento de requisitos adicionales, tales como domiciliar una nómina, contratar un plan de pensiones o uno o varios seguros de determinadas características. El Defensor del Pueblo a través de las quejas ha detectado que las entidades bancarias imponen, como requisito fundamental para la concesión de un préstamo hipotecario, la suscripción de un seguro de vida y de desempleo con sus propias compañías aseguradoras a los clientes.

El problema que ha aflorado en la actual situación de crisis económica radica en la inoperatividad de dicho seguro, pues los ciudadanos al quedarse sin empleo han solicitado a las compañías la aplicación de la cobertura del seguro de desempleo, siéndoles denegada, alegando que no tienen derecho a la indemnización por carecer de contrato laboral indefinido, lo que al parecer era un requisito imprescindible de la póliza. Las primas de dicha póliza son elevadas al estar calculadas en función del préstamo concedido o de las cuotas mensuales.

No parece posible que las entidades bancarias excusen falta de conocimiento de la situación laboral de sus clientes, pues entre la documentación necesaria para conceder los préstamos hipotecarios se encuentra el contrato de trabajo o similar, por tanto saben antes de obligar a suscribir las pólizas de seguro que no se cumple el requisito fundamental para desplegar la cobertura, el contrato laboral indefinido, lo que provoca la ausencia de interés asegurable.

Las entidades bancarias también han impuesto a los funcionarios y militares la suscripción de un seguro de vida y de desempleo vinculado al préstamo hipotecario, a sabiendas de que no es probable que se queden sin trabajo. En el caso de los militares al tener un empleo de riesgo se les excluye de la cobertura de fallecimiento del seguro de vida.

Los clientes al conocer que no existe la posibilidad de cubrir la contingencia de desempleo, y la de fallecimiento en el caso de los militares, consideran que no ha



existido una información clara, ajustada y transparente por parte de las entidades bancarias por la falta de interés asegurable, en consecuencia, proceden a solicitar a las compañías de seguros la anulación de la póliza y la devolución de las primas abonadas, petición que es rechazada, produciéndose un enriquecimiento injusto de las compañías aseguradoras pertenecientes a las mismas entidades bancarias, que no han corrido ningún riesgo.

Las entidades bancarias ante las reclamaciones de los clientes se desentienden del problema, pudiendo existir conflicto de intereses por pertenecer tanto las entidades bancarias como las compañías aseguradoras al mismo grupo financiero.

La cuestión suscitada dio lugar a la apertura de una investigación de oficio ante la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, y el Banco de España, al objeto de conocer el número de reclamaciones presentadas por dicho motivo y la solución dada a las mismas; las medidas previstas a fin de evitar que se sigan, produciendo, dadas las consecuencias económicas negativas para los clientes.

El Banco de España todavía no se ha pronunciado al respecto y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones explica las principales características de este tipo de producto, señalando que, los seguros de vida-invalidez vinculados a garantías hipotecarias, conocidos como seguros de amortización de préstamos, se caracterizan porque en relación a una deuda identificada en el contrato, el asegurador asume el pago de la cantidad pendiente de amortizar por parte del asegurado-prestatario, si ocurre alguna de las contingencias previstas en la póliza (fallecimiento o, en su caso, invalidez del mismo).

Asimismo, en el mercado asegurador también se comercializan seguros cuyo objetivo es permitir cumplir las obligaciones del deudor con respecto al préstamo hipotecario, con carácter temporal. Se conocen con el nombre comercial de "seguros de protección de pagos/préstamos" y se suelen comercializar de forma independiente, o como coberturas adicionales dentro de un seguro de amortización de préstamos de los mencionados en el apartado anterior.

Estas coberturas ofrecidas dentro del ramo de pérdidas pecuniarias diversas, garantizan en caso de desempleo o incapacidad temporal del asegurado y mientras dure esta situación, el pago a la entidad de crédito de un número máximo de cuotas mensuales del préstamo. Las coberturas ofrecidas por estas pólizas son alternativas y



dependen de la situación laboral del asegurado. Así, normalmente están cubiertos por la situación de desempleo los trabajadores por cuenta ajena con un contrato laboral de carácter indefinido y por incapacidad temporal los trabajadores que se encuentren en otras situaciones (trabajadores por cuenta ajena con contrato de carácter definido, trabajadores por cuenta propia, funcionarios, etc.).

Realizada la anterior aclaración la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones analiza las cuestiones planteadas y, en resumen, manifiesta lo siguiente:

Durante los años 2007, 2008 y 2009 fueron numerosas las consultas y reclamaciones relacionadas con la vinculación de seguros de vida en el momento de contratación de productos crediticios. El motivo principal de estas reclamaciones estaba relacionado con la financiación de una prima única al inicio del contrato, debido al impacto que esto generaba en el coste financiero efectivo de la operación. Asimismo, en los supuestos de amortización anticipada del préstamo, surgían discrepancias en relación con la devolución de la parte de prima no consumida.

En un contexto económico de incremento significativo de la tasa de desempleo, particularmente en el periodo 2008-2011, las reclamaciones relacionadas con los seguros de protección de pagos que ofrecen esta cobertura se han incrementado. Respecto a las cuestiones que motivan la apertura de dichos expedientes destacan las divergencias en la interpretación de las pólizas, al considerar los asegurados que están cubiertos frente a dos contingencias (desempleo e incapacidad), cuando estas coberturas son alternativas dependiendo de cuál sea la situación laboral declarada en el momento de contratación por parte del asegurado.

Para la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones no existe obligación legal para el prestatario de contratar ningún tipo de seguro cuando se suscribe un préstamo hipotecario. Sin embargo, las entidades de crédito pueden ofrecer unas mejores condiciones crediticias si se contratan simultáneamente determinados productos financieros a modo de paquete. Pero al analizar el perfil de riesgo del prestatario, pueden considerar necesario en función del mismo, reforzar las garantías sobre su capacidad financiera o sobre el bien hipotecado, mediante la suscripción de diferentes contratos de seguro, presentación de avales... Este tipo de actuaciones de reforzamiento de las garantías financieras en la operación debe completarse con una adecuada información y asesoramiento sobre los productos ofrecidos y dentro de un contexto de libertad de contratación.



Cuando habla de la posible inoperatividad del seguro insiste, la Dirección General de Seguros y Planes de Pensiones, en el carácter voluntario del contrato de seguro, que se rige por las condiciones generales y particulares que integren la póliza, por lo que para determinar el alcance de las coberturas, y las posibles limitaciones o delimitaciones incorporadas a la definición del riesgo, hay que proceder a un estudio particular y específico de las distintas situaciones.

Sin perjuicio de ello y con objeto de ofrecer información general respecto a las distintas situaciones, cabe destacar que en el supuesto de que se hubiese suscrito un seguro que cubriera "la situación de desempleo del asegurado respecto al que está vigente un contrato laboral de carácter indefinido", si en el momento de conclusión del contrato no era posible que el asegurado alcanzara dicha condición de desempleo, podría concluirse que no existía riesgo y, por lo tanto, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, el contrato sería nulo y la entidad aseguradora estaría obligada a la devolución de las primas pagadas.

No obstante lo anterior, como se ha comentado al exponer las características generales de los seguros de protección de pagos comercializados en España, normalmente no se comercializan seguros que cubran únicamente el desempleo, sino que tienen otras coberturas.

El seguro de protección de pagos más común es aquel cuya póliza, dependiendo de la situación laboral del asegurado, ofrece coberturas alternativas. Así, normalmente están cubiertos por la situación de desempleo los trabajadores por cuenta ajena con un contrato laboral de carácter indefinido y por incapacidad temporal, los trabajadores que se encuentren en el resto de situaciones (trabajadores por cuenta ajena con contrato de carácter definido, trabajadores por cuenta propia, funcionarios, etc.).

En consecuencia, en estos casos, si así lo establecen las condiciones generales y particulares de la póliza, una persona con un contrato de obra o por plazo determinado, los funcionarios y todos aquellos sin contrato laboral de carácter indefinido, no están cubiertos por desempleo, sino por incapacidad temporal. De la misma forma los trabajadores con contrato laboral de carácter indefinido no están cubiertos por incapacidad temporal, sino únicamente por desempleo, es decir, las



coberturas son alternativas. Así, en función de la declaración del riesgo realizada por el tomador se concreta la cobertura del riesgo y el contrato sería válido.

Una vez acreditado que existe riesgo y que se trata de un contrato de seguro válido, interesa verificar que el proceso de contratación se ha ajustado a las disposiciones contenidas en la ley, tendentes a garantizar una adecuada protección de los usuarios de servicios financieros. Con esta finalidad, ante una reclamación, el Servicio de Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones analiza si la información ofrecida sobre el contrato ha sido clara, ajustada y transparente.

En concreto, el Servicio de Reclamaciones verifica si con anterioridad a la contratación, el asegurador ha proporcionado la información previa a que se refiere la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, y el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, con la finalidad de que el contratante pueda conocer las características del contrato a suscribir y, por lo tanto, formar autónomamente su voluntad sobre dicha contratación. Posteriormente, en el momento de la suscripción la entidad aseguradora ha de entregar al tomador la póliza completa de forma que el asegurado tenga un conocimiento integral sobre los derechos y obligaciones que asume en el contrato. Si se cumplen estos requisitos la contratación sería adecuada. En caso contrario el Servicio de Reclamaciones pondría de manifiesto el incumplimiento de estas obligaciones por parte de la entidad aseguradora.

Asimismo, con la misma finalidad de proporcionar la máxima transparencia e información en la redacción de los contratos, la ley vela porque sus cláusulas no sean lesivas y porque éstas estén redactadas con claridad y precisión. En caso de que las cláusulas de los contratos no cumplieren estos requisitos, en el primer supuesto la cláusula sería nula y, por lo tanto, no aplicable, y en el segundo las cláusulas se interpretarían de forma más favorable al asegurado.

También el Servicio de Reclamaciones durante la tramitación de las reclamaciones comprueba si la actuación de los mediadores de seguros (agentes, corredores y operadores de bancaseguros), ofrecen a sus clientes, un nivel adecuado de información sobre las características del contrato y han prestado un asesoramiento conforme a las necesidades y perfil de sus clientes, de acuerdo con lo previsto en la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados.



Por último, en relación a la manifestación sobre la exclusión de cobertura para militares en función su perfil de riesgo, señala la Dirección General que el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados no sólo permite, sino que exige que las entidades seleccionen los riesgos que cubren y los valoren, tarifiquen y gestionen adecuadamente. Sin perjuicio de ello y en todo caso, el artículo 3 de la Ley 50/1980 de contrato de seguro establece un régimen especial de protección para los asegurados, por el cual cualquier tipo de cláusula limitativa de sus derechos debe ser destacada de modo especial en el contrato y específicamente aceptada por escrito, siendo criterio reiterado de dicha centro directivo que las limitaciones se entienden por no puestas en caso contrario.

Por lo que respecta a la problemática respecto a las entidades aseguradoras no pertenecientes a un grupo bancario, la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de seguros y reaseguros privados, regula entre otros aspectos la mediación efectuada a través de las redes de distribución de las entidades de crédito. Expresamente se prevé que las entidades de crédito que hayan concertado un contrato de agencia de seguros con una entidad aseguradora, cumpliendo los requisitos establecidos en la Ley, puedan comercializar contratos de seguro de estas entidades. También existe la posibilidad de constituir por parte de las entidades de crédito un corredor de seguros que realice su actividad compartiendo medios personales con la entidad de crédito. En todo caso la Ley no limita o condiciona estas posibilidades al supuesto de que ambas entidades pertenezcan al mismo grupo.

Dada la pluralidad de esquemas de gestión que conviven en el mercado respecto al modelo de comercialización de seguros por parte de las entidades de crédito, no cabe extraer conclusiones diferentes en función de que dicha actividad se haya realizado por y para entidades integradas o no en el mismo grupo empresarial.

En relación a las materias objeto de la queja, la Dirección General afirma haber desarrollado las siguientes actuaciones:

- Publicación de criterios sobre seguros vinculados a préstamos en la página web de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

En la página web de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones www.dgsfp.meh.es. a través del enlace "Protección al Asegurado", se encuentran



publicados los criterios del Servicio de Reclamaciones utilizados en la emisión de sus informes y que están relacionados con las materias más habituales de consulta, queja o reclamación. Estos criterios están clasificados según afecten a todos los ramos de seguro o bien a algunos en particular.

En la página web existe un apartado denominado "seguros vinculados a préstamos" que contiene cuatro criterios sobre esta materia, y en concreto el denominado "seguros de vida a prima única" se refiere a los seguros de vida vinculados a préstamos y a los relacionados con la cobertura de desempleo e incapacidad dependiendo de la situación laboral de los asegurados.

- Memorias del Servicio de Reclamaciones

El Servicio de Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones anualmente elabora una memoria que recoge una síntesis de la actividad realizada durante el año. En el capítulo dedicado a la "Información estadística" en dicha Memoria, se hace referencia a los motivos más habituales de reclamación. En dicho apartado, en los informes de los años 2007, 2008 Y 2009, se ha comentado expresamente la problemática planteada por los seguros de vida y desempleo vinculados a préstamos con el objeto de significar la importancia creciente de estas reclamaciones.

Adicionalmente, el informe anual contienen un capítulo denominado "Expedientes de especial interés" donde se recoge una selección de casos concretos tramitados por el Servicio de Reclamaciones durante el año, que por las circunstancias que plantean, su reiteración o complejidad se considera conveniente destacar. En los informes anuales de 2008, 2009 y 2010 se han publicado expedientes concretos relacionados con los seguros de vida y de desempleo vinculados a préstamos, que reflejan el criterio del Servicio de Reclamaciones ante la problemática planteada.

- Plan de Educación Financiera

Otra de las actuaciones realizadas por este Centro Directivo tendente a mejorar la defensa de los intereses de los ciudadanos en el ámbito financiero, es la colaboración con el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores en el desarrollo del Plan de Educación Financiera de 2008-2012 suscrito por estos organismos. El objetivo del Plan es mejorar la cultura financiera de los



ciudadanos, dotándoles de los conocimientos básicos y las herramientas necesarias para que éstos manejen sus finanzas de forma responsable.

Respecto a los trabajos realizados en desarrollo del Plan, en mayo de 2010, se creó la página web www.finanzasparatodos.es. Esta web nace con la vocación de convertirse en una herramienta de servicio público, accesible a toda la población y que responda a las necesidades de educación financiera de la sociedad española.

Dicho portal, dentro del apartado "la economía en las etapas de la vida" en el capítulo "comprando una vivienda", contiene información sobre los seguros de vida y desempleo vinculados a préstamos.

Como conclusión la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones señala que vela porque la actuación de los diferentes canales de distribución que intervienen en la comercialización y suscripción de los contratos ofrezcan a los asegurados, desde un momento anterior a la contratación, un nivel adecuado de información sobre las características de los mismos y por que los contratos estén redactados de manera lo suficientemente clara y precisa, de tal forma que no existan dudas sobre los derechos y obligaciones asumidos por cada una de las partes.

También indica que, adicionalmente, realiza todas aquellas actividades divulgativas que contribuyan a proporcionar la máxima transparencia e información en el ámbito asegurador, donde tienen una gran importancia también las actuaciones tendentes a la promoción de la educación financiera.

A pesar de todas las afirmaciones de la Dirección General de Seguros y Planes de Pensiones lo cierto es que la información no ha funcionado de forma correcta en la suscripción de este tipo de seguros, que no han tenido carácter voluntario para los clientes, sino que han supuesto una exigencia para la concesión del préstamo hipotecario. La prueba más evidente de que los ciudadanos han entendido que en caso de desempleo el seguro desplegaba su cobertura, es que llegado el siniestro, han intentado hacer valer su derecho, denunciando a las compañías cuando éstas no han atendido su pretensión.

Puede entenderse que las entidades bancarias han visto una gran oportunidad de beneficio en los seguros vinculados, incrementando sus ingresos a través de sus entidades aseguradoras con la imposición de la contratación de las pólizas de



seguros de amortización de préstamos, que en la gran mayoría de los casos no garantizan el pago de los préstamos por imponer en sus cláusulas limitativas numerosos inconvenientes para desplegar la cobertura, tanto por desempleo como por incapacidad. Pese a que no existe una obligación legal para el prestatario contratar ningún tipo de seguro. Esta circunstancia puede producir un enriquecimiento injusto para las compañías aseguradoras pertenecientes a las entidades financieras que no han corrido ningún riesgo, teniendo en cuenta que las primas de dichas pólizas son elevadas al estar calculadas en función del préstamo concedido o de las cuotas mensuales.

Por otra parte, es necesario abordar la nueva Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que permite, con carácter general, que, las entidades bancarias proporcionen a los clientes servicios bancarios vinculados a la contratación de otros servicios financieros o no, como los seguros, sin restricciones de ningún tipo únicamente, exige a la entidad financiera que informe al cliente del coste separado de cada servicio, pero no siempre, sino en la medida en que este coste esté disponible para la entidad. Estas prácticas deberían haberse regulado con más limitaciones, porque pueden convertirse con facilidad en abusivas, pues con la concesión de préstamos se podrá obligar al cliente a contratar productos vinculados que no han sido solicitados. Cuando un cliente solicita un servicio no debería verse obligado a contratar otros productos que no desea, sin embargo el artículo 12 de la citada Orden lo permite sin matices.

3.3. Hipotecas con cláusulas de suelo

La utilización de cláusulas de suelo por parte de las entidades de crédito en los contratos que documentan préstamos hipotecarios es una cuestión objeto de queja constante en esta Institución. Estas cláusulas se incluyeron en muchos préstamos hipotecarios cuando los tipos de interés estaban en fase alcista y establecían un tipo de interés mínimo que se pagaría en dicho crédito. Puesto que cuando se contrataba el tipo era superior al mínimo, la cláusula pasaba desapercibida o no era objeto de una información suficiente, de modo que el usuario no descubría la existencia de dicho "suelo" hasta que los tipos no se fijaban en un porcentaje inferior al mismo. Entonces los clientes trataban de negociar con sus entidades la citada cláusula, en muchos casos porque hallándose en situación de desempleo, una bajada en la cuota hipotecaria hubiera supuesto un respiro en su economía. Sin



embargo, en la mayoría de los casos estas cláusulas no han sido objeto de renegociación, llegando incluso a la ejecución hipotecaria.

Dado el carácter jurídico privado de los bancos y cajas de ahorros, la intervención de esta Institución se limitó en un primer momento a proporcionar a los ciudadanos información relacionada con el ejercicio de sus derechos, y los órganos de control y supervisión de estas entidades.

No obstante, tras la aprobación por el Pleno del Senado, el 23 de septiembre de 2009, de una moción por la que se instaba al Gobierno a actuar contra las prácticas abusivas de las entidades de crédito de revisión de las cuotas hipotecarias, incluyendo la solicitud al Banco de España de la elaboración de un informe en relación a la existencia de cláusulas en los contratos de préstamos hipotecarios que limitaran los derechos de los usuarios, determinaran la falta de reciprocidad y fueran desproporcionadas, y sobre la efectiva traslación de los descensos del Euribor a las cuotas de las hipotecas, esta Institución decidió iniciar una investigación con el Banco de España y con el Ministerio de Economía y Hacienda.

Ambas Administraciones consideran que este tipo de cláusulas no son contrarias a la legislación vigente siempre que sean claras y comprensibles, y resulten de un acuerdo entre prestamista y prestatario, y siempre que resulten expresamente reflejadas en el contrato de préstamo, puesto que la normativa española en materia de fijación de los tipos de interés de las operaciones bancarias se inspira en el principio de libertad de las partes para su pacto. Asimismo, indican la obligación del notario de advertir expresamente al prestatario cuando se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. Por tanto, el prestatario debe tener conocimiento de la inclusión de este tipo de cláusulas en dos ocasiones: antes de la firma de la escritura y cuando el notario le advierte de lo que está firmando.

Además, estiman que en cualquier momento el prestatario puede dirigirse a los Tribunales de Justicia que son los facultados para decidir las consecuencias jurídicas de posibles incumplimientos, vicios o engaños en la contratación de este producto.

En el ámbito judicial, la Sentencia 246/2010 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Sevilla, declaró la nulidad, por abusivas, de las cláusulas de suelo de los préstamos hipotecarios a interés variable con consumidores, celebrados por ciertas entidades bancarias, condenando a dichas entidades a la eliminación de dichas condiciones



generales de la contratación y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en sus contratos de préstamo hipotecario con consumidores y usuarios. En la sentencia, el tribunal dispone que un pacto que sólo cubra el interés del prestamista incluyendo una cláusula de suelo es nulo por falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor, y que un pacto que incluya tanto cláusula de suelo como de techo falta a la reciprocidad siempre que no se guarde la prudencial o razonable relación de equivalencia o semejanza, legalmente exigible, entre la limitación al alza y a la baja, de la variación de los tipos de interés.

Esta Sentencia ha sido revocada por la Audiencia Provincial en Sentencia de fecha 7 de octubre de 2011, pero actualmente se ha recurrido en casación ante el Tribunal Supremo.

Para el Defensor del Pueblo el problema radica en que en numerosas ocasiones los clientes no son informados correctamente, ni en la oferta vinculante ni a la hora de examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario, en los días anteriores a la firma de la misma, pero carecen de los medios para probar esa falta de información, tanto ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España como ante los Tribunales de Justicia, viéndose desprotegidos en el ejercicio de sus derechos. A lo que hay que añadir las dificultades de comprensión para el ciudadano medio del contenido de estas cláusulas, por lo que deberían recibir una explicación adicional.

Además, en numerosos préstamos hipotecarios resulta evidente la falta de reciprocidad existente entre las partes en la aplicación de las cláusulas de suelo, viéndose los ciudadanos desprotegidos en el ejercicio de sus derechos, puesto que se aboga con carácter general por la protección de las entidades de crédito, dejando a un lado, defensa del cliente de los servicios financieros.

Para el Banco de España la solución a esta situación reside en concienciar a la clientela de los riesgos que representa la contratación de productos a largo plazo a tipo de interés variable y en la necesidad de incorporar instrumentos que mitiguen el riesgo, junto con el reforzamiento de los mecanismos de información a los usuarios sobre la fiabilidad y alcance de estos productos, para garantizar el pleno conocimiento de los derechos y obligaciones que el prestatario asume con su contratación.



Desde esta Institución se planteó al Ministerio de Economía y Hacienda la necesidad de adoptar modificaciones normativas que garantizaran la salvaguardia de los derechos de los usuarios de los servicios financieros en materia de transparencia y protección de la clientela.

Para la Secretaría de Estado la adopción de las medidas se ciñe al cumplimiento del mandato previsto en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, con la aprobación de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios que, a juicio de la referida Secretaría, mejora sustancialmente el anterior marco de protección de los clientes de los servicios bancarios.

Por lo que se refiere a las medidas adoptadas en relación con la cláusula de suelo, la orden viene a reforzar las obligaciones de transparencia y difusión de información relevante, que el cliente debe ponderar antes de su contratación. En concreto, se exige que se entregue información adicional que recoja de forma separada los datos más relevantes para el cliente específicamente referidos a cláusulas de suelo o techo; y se reitera la obligación del notario de advertir expresamente a los clientes de los efectos que tienen los límites a la variación del tipo de interés ante la alteración efectiva del tipo de referencia, debiendo advertir expresamente las diferencias entre los límites al alza y a la baja, así como el establecimiento, en su caso, de sólo un límite máximo a la bajada del tipo de interés. Asimismo, se ha incluido tanto en la Ficha de Información Precontractual como en la de Información Personalizada menciones expresas a la información más relevante relativa a las cláusulas de techo o suelo.

Si bien esta Institución se congratula de la aprobación de cualquier medida que se dirija a proteger a los clientes de los servicios bancarios, es preciso tener en cuenta que el problema radica en su aplicación, puesto que la obligación de información al prestatario ya estaba prevista con anterioridad, pero no se velaba por su cumplimiento.

Así, la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, recogía en su artículo 7 el deber del notario, en el caso de préstamos a tipo de interés variable, de advertir expresamente al prestatario cuando se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés y, en particular, cuando las limitaciones no fueran semejantes al alza y a la baja,



debía consignar expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes.

Por consiguiente, se debe velar por la aplicación efectiva de las medidas aprobadas con el fin de garantizar que este tipo de cláusulas, que resultan muy oscuras y complejas para la mayor parte de los ciudadanos, sean explicadas de manera comprensible, de tal forma que la firma del contrato se realice libremente y con comprensión plena de su contenido. Todo ello a la espera de la resolución del Tribunal Supremo sobre su legalidad.

3.4. Créditos de las líneas del Instituto de Crédito Oficial

Estos créditos se aprobaron en varias líneas. Las que han sido objeto de mayor número de quejas se agrupan en torno a las líneas ICO-PYMES e ICO-Moratoria Hipotecaria.

Las PYME venían quejándose de que la mediación de las entidades de crédito en la concesión de las ayudas establecidas por el ICO provocaba que éstas fueran prácticamente inexistentes y no llegaban a sus destinatarios por los siguientes motivos: lentitud en la tramitación; falta de traslado de la petición al ICO; uso de la línea ICO para refinanciar deuda, y concesión a clientes preferentes.

La necesidad de que fuese el ICO directamente quien gestionase las ayudas que concedía y así lograr el cumplimiento del objetivo de las mismas, hizo que el Defensor del Pueblo plantease la cuestión directamente a dicho Instituto y a la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos. Tras algunas actuaciones por parte del Defensor del Pueblo y dadas las reiteradas solicitudes por parte de las PYME para una mejora en el acceso a estos fondos, en el contexto del Pacto de Zurbano, el Gobierno aprobó la creación de una nueva línea de financiación directa del ICO en la que, por importes de hasta 200.000 € el ICO asume el 100% del riesgo de la operación. El análisis del riesgo en esta línea se hace por el propio ICO, por lo que algunos proyectos rechazados por las entidades financieras han tenido cabida aquí. Además, la intensificación de las acciones del ICO para 2010 se completó con colaboraciones más estrechas con algunas entidades privadas y con organismos públicos de ámbito autonómico y local, como institutos financieros autonómicos y sociedades de garantía recíproca.



El ICO, por su parte insistió en el carácter voluntario de la colaboración de las entidades financieras, pero con la nueva medida creada por el Gobierno se había variado la forma de proceder. Los datos correspondientes a 2011 aún no han sido facilitados, por lo que no se puede ofrecer una opinión sobre su funcionamiento.

Caja Madrid ofrecía en su publicidad las líneas ICO de moratoria PYME, sin embargo no tenía desarrollado el producto para ello, por lo que quienes acudían a dicha entidad para su obtención se encontraban con la imposibilidad de acceder al mismo, en ocasiones tras un tiempo desde la solicitud.

En este sentido un ciudadano presentó una queja a la línea ICO, obteniendo como respuesta la falta de potestad del ICO para obligar a las diferentes entidades de crédito a firmar operaciones con los potenciales clientes, así como para obligar a las entidades adheridas a la línea a operar en la misma.

No se alcanzaba a comprender cómo la línea ICO podía formalizar contratos de adhesión con las entidades bancarias sin ningún tipo de requisito ni obligación de cumplir al menos con el desarrollo del producto contratado.

En las primeras actuaciones del Defensor del Pueblo con el Instituto de Crédito Oficial éste se limitaba a explicar los requisitos de la Línea ICO Moratoria Pyme y el carácter voluntario de la misma por parte de las entidades de crédito. Tras la insistencia del Defensor del Pueblo el Instituto de Crédito Oficial decidió, con el fin de evitar que los clientes se encuentren con problemas como el planteado, incluir en los nuevos contratos que se firmen con las entidades financieras para distribuir sus líneas de mediación, la exigencia de desarrollar comercialmente las mismas.

Las líneas aprobadas para servir de ayuda a los particulares se concentraron en la denominada Moratoria Hipotecaria, cuyo fin era facilitar un aplazamiento temporal y parcial en el pago de las cuotas de sus préstamos hipotecarios en el período comprendido entre el 1 de marzo de 2009 y el 28 de febrero de 2011, de acuerdo con determinados requisitos, como que el deudor no se encontrase en situación de mora. Los ciudadanos planteaban que debido a la lentitud con que las entidades tramitaban las ayudas, iba a ser difícil el cumplimiento de esta exigencia, ya que también se requería estar en situación de desempleo, por lo que si no recibían la aprobación de inmediato era posible que no pudieran afrontar las cuotas hipotecarias, lo que les obligaría a incurrir en mora quedando excluidos de la ayuda.



Para el ICO, al ser una medida que no se concedía de oficio, sino que se instrumentaba mediante la firma de un nuevo contrato de préstamo con la entidad, se exigía que existiera un acuerdo previo entre el cliente y la entidad de crédito acreedora, lo que en opinión de los interesados suponía que la medida no llegaría a ser eficaz, porque las entidades no mostraban interés en utilizarla, sino que preferían ejecutar las hipotecas y evitar la subsistencia de créditos que consideraban de riesgo. El problema para la Institución radicaba en la escasez del crédito dispuesto cuando se había previsto unos fondos de 6.000 millones de euros y lo máximo concedido no llega a 100 euros por año de vigencia (3 años) no alcanzando el 5% de lo presupuestado.

3.5. Derecho a la información

3.5.1. Actuación de los Notarios y Registradores

Se han recibido un gran número de quejas en las que se pone de manifiesto la disconformidad de los ciudadanos con la actuación de algunos notarios, porque consideran que no facilitan una información adecuada a la hora de proceder a la firma de préstamos hipotecarios, limitando su actuación a leer rápidamente la correspondiente escritura sin prestar ningún tipo de asistencia a los ciudadanos, ni aclarar los términos concretos de la misma, a pesar de que en la mayor parte de los casos los intervinientes no alcanzan a comprender con precisión la escritura debido a su complejidad.

Este deber de información está expresamente recogido en el Reglamento del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, que en su vigente artículo 147 dispone:

“El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquellos del valor y alcance de su redacción”.

Continúa diciendo el precepto: “Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscritas en el registro de condiciones



generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios”.

Por su parte, el artículo 193 del citado Reglamento exige que dicho deber de información se desarrolle en la siguiente forma:

Los notarios darán fe de haber leído a las partes y a los testigos instrumentales la escritura íntegra o de haberles permitido que la lean, a su elección, antes de que la firmen, y a los de conocimiento lo que a ellos se refiera, y de haber advertido a unos y a otros que tienen el derecho de leerla por sí.

... Igualmente darán fe de que después de la lectura los comparecientes han hecho constar haber quedado debidamente informados del contenido del instrumento y haber prestado a éste su libre consentimiento.

Los problemas derivados de la falta de información se incrementan de forma considerable en el caso de que se incluyan en el préstamo hipotecario cláusulas de suelo y techo, o cuando se contratan instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés, puesto que se trata de operaciones complejas cuyo funcionamiento excede, con carácter general, del conocimiento de los ciudadanos.

Los notarios deben informar al cliente del contenido y del riesgo de estas operaciones, no limitándose a una mera lectura en voz alta de la escritura, sino explicando de forma clara y comprensible las cláusulas hipotecarias predispuestas por los bancos, tal y como exige el artículo 7 de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en cumplimiento del Reglamento Notarial y, en especial, del deber de los notarios de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público.

Las obligaciones concretas de los notarios en este ámbito son las siguientes:

“1. Comprobar si existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo y las cláusulas financieras del documento contractual, advirtiendo al prestatario de las diferencias que, en su caso, hubiera constatado y de su derecho a desistir de la operación.



2. En el caso de préstamo a tipo de interés variable, advertir expresamente al prestatario cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:
 - a. Que el índice o tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere la disposición adicional segunda de esta Orden.
 - b. Que el tipo de interés aplicable durante el periodo inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores.
 - c. Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiéndolo de ello a ambas partes.
3. En el caso de préstamos a tipo de interés fijo, comprobar que el coste efectivo de la operación que, calculado conforme a las reglas establecidas por el Banco de España, se hace constar a efectos informativos en el documento se corresponde efectivamente con las condiciones financieras del préstamo.
4. En el caso de que esté prevista alguna cantidad a satisfacer por el prestatario al prestamista con ocasión del reembolso anticipado del préstamo, o que dichas facultades del prestatario se limiten de otro modo o no se mencionen expresamente, consignar expresamente en la escritura dicha circunstancia, y advertir de ello al prestatario.
5. En el caso de que el préstamo esté denominado en divisas, advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.
6. Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implican para el prestatario comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras”.

De conformidad con el artículo transcrito, los notarios deben advertir expresamente al prestatario cuando se establezcan límites a la variación del tipo de interés y, en concreto, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, lo que ocurre en el caso de las cláusulas de suelo y techo.

Sin embargo, los ciudadanos alegan una absoluta falta de información en este sentido, teniendo conocimiento de la existencia de las mencionadas cláusulas y productos con posterioridad a la firma de la escritura, cuando se produce una variación de los tipos de interés.



Por ello, consideran que los notarios no son diligentes en cuanto a la obligación de información impuesta por las normas, lo que conlleva que el consentimiento otorgado se vea afectado por un vicio, causando un desequilibrio en la relación de las partes derivado del contrato.

La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, recoge igualmente el deber de información de los notarios:

3. En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente. Asimismo, los notarios informarán al cliente del valor y alcance de las obligaciones que asume y, en cualquier caso, deberá:

a) Comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la Ficha de Información Personalizada y, en su caso, si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual finalmente suscrito, e informar al cliente tanto de la obligación de la entidad de poner a su disposición la Ficha de Información Personalizada, como de aceptar finalmente las condiciones ofrecidas al cliente en la oferta vinculante dentro del plazo de su vigencia.

b) En el caso de préstamos a tipo de interés variable, comprobar si el cliente ha recibido la información prevista en los artículos 24, 25 y 26, y advertirle expresamente cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

1.º Que el tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere el artículo 27.

2.º Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores.

3.º Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo. En particular, el notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiéndole expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre:

i) Los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia.



- ii) Las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés.
- c) Informar al cliente de cualquier aumento relevante que pudiera producirse en las cuotas como consecuencia de la aplicación de las cláusulas financieras pactadas. En particular deberá advertir de los efectos que la existencia, en su caso, de períodos de carencia tendría en el importe de las cuotas una vez finalizados tales períodos; asimismo, advertirá de la previsible evolución de las mismas cuando se hubieran pactado cuotas crecientes o cuando se hubiera previsto la posibilidad de interrumpir o posponer la amortización del préstamo.
- d) Informar al cliente de la eventual obligación de satisfacer a la entidad ciertas cantidades en concepto de compensación por desistimiento o por riesgo de tipo de interés en los términos previstos en los artículos 8 y 9 de la 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.
- e) En el caso de que el préstamo no esté denominado en euros, advertir al cliente sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.
- f) Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implican para el cliente comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras.
- g) En el caso de hipoteca inversa deberá verificar la existencia del correspondiente asesoramiento independiente. En caso de que la formalización de la hipoteca inversa se realice en contra de la recomendación realizada por el asesoramiento independiente, se deberá advertir de este extremo al cliente.
- h) Informar al cliente de los costes exactos de su intervención.

4. La decisión del funcionario por la que deniegue la autorización del préstamo o la inscripción de alguna de sus cláusulas deberá efectuarse mediante escrito motivado, ordenado en hechos y fundamentos de derecho. Dicha decisión será recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los plazos y forma previsto para el recurso de alzada”.

En otro orden de cosas, se ha tenido conocimiento a través de los medios de comunicación de la polémica surgida en relación con los aranceles aplicables por notarios y registradores a las escrituras de subrogación, novación modificativa y



cancelación de créditos o préstamos hipotecarios y su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Con el fin de clarificar la normativa vigente sobre los aranceles aplicables se ha aprobado el Real Decreto 1612/2011, de 14 de noviembre, por el que se modifican los Reales Decretos 1426/1989, de 17 de noviembre, y 1427/1989, de 17 de noviembre, por los que se aprueban los aranceles de los notarios y los registradores, así como el Decreto 757/1973, de 29 de marzo, por el que se aprueba el arancel de los registradores mercantiles.

Asimismo este real decreto tiene como objetivo aclarar las dudas suscitadas por la aplicación de la rebaja del 5 por ciento prevista por el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

Por consiguiente, si bien las operaciones realizadas a partir de la entrada en vigor de la norma quedan cubiertas por las medidas adoptadas, no ocurre lo mismo con los clientes que cancelaron sus hipotecas en 2010, a los que no se les aplicó un arancel inadecuado; situación que ha provocado que la Organización de Consumidores y Usuarios denuncie la apropiación indebida de cerca de 93 millones de euros, cobrando de más a los usuarios por las 372.042 cancelaciones de hipotecas realizadas en dicho año, por lo que se ha solicitado la devolución de los ingresos obtenidos indebidamente.

Estas cuestiones han sido planteadas recientemente a la Dirección General de los Registros y del Notariado y a la fecha de cierre de este estudio aún no han sido contestadas.

3.5.2. Orden EHA/2899/2011, de transparencia de servicios bancarios

La protección del cliente bancario se ha canalizado tradicionalmente a través de la información. En la actualidad se considera que existe un desequilibrio informativo entre el banco y el cliente. Según esta postura esta asimetría puede ser superada suministrando una información clara y completa sobre los productos y servicio que contrata.



En esta línea se ha aprobado la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia de los servicios bancarios, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* el 29 de octubre de 2011, con el fin de unificar en un solo texto la normativa de protección al cliente bancario y de incrementar la transparencia en las relaciones entre la entidad y el cliente; aunque mantiene la tendencia proteccionista con la banca en detrimento de los consumidores, llegando incluso a reducir la protección que el cliente bancario tenía reconocida anteriormente.

Antes de su entrada en vigor que, a los efectos que aquí interesa será el 29 de abril de 2012, esta Defensoría ha considerado conveniente que, tanto el Banco de España como la Secretaría de Estado de Economía, aclarasen algunos aspectos que o bien no se recogen en la citada orden, o bien no se abordan totalmente en la misma:

- 1) Se constata un desequilibrio entre las partes puesto que se prevén las consecuencias del incumplimiento para el deudor, persona física, pero no para el acreedor, entidad bancaria.
- 2) El ámbito de aplicación de la orden se extiende solamente a las personas físicas, quedando excluidas las personas jurídicas. Además, en el caso de las personas físicas que actúen en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, se prevé la posibilidad de que las partes puedan renunciar a la aplicación de toda la Orden o de parte de ella, lo que contraviene lo previsto en la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios.
- 3) Respecto a las comisiones, se produce un retroceso en los derechos de los clientes respecto a la situación anterior puesto que no se prevé la obligación de las entidades de registrar previamente sus comisiones en el Banco de España, ni se establecen límites máximos.
- 4) Se da carta de naturaleza a los servicios bancarios vinculados, sin restricción alguna, indicando únicamente que se debe informar al cliente del coste separado de cada servicio, y no siempre, sino solamente en la medida en que este coste esté disponible para la entidad. De este modo, se permite con carácter general prácticas bancarias que pueden convertirse en abusivas si no se regulan de manera más restrictiva.



5) En cuanto a las peticiones de préstamos, la orden prevé que se efectúe una evaluación exhaustiva del solicitante, debiendo aportar numerosa información sensible que está protegida por la legislación de protección de datos. Sin embargo, no se pronuncia sobre el tratamiento de dichos datos cuando se deniega el préstamo al solicitante, los cuales deberían ser eliminados de la base de datos y de los expedientes para que no sean susceptibles de ser utilizados.

6) Este nuevo marco legal incide en la educación financiera precontractual obligando a las entidades bancarias a poner a disposición de los clientes la ficha de información personalizada (FIPER) y la ficha de información precontractual (FIPER). Sin embargo, en los derechos regulados en las mismas no se incluye el derecho de libre elección de notario, aunque esté reconocido.

7) Se prevé que el Banco de España elabore una guía de acceso al préstamo hipotecario, con la finalidad de facilitar a los clientes información adecuada para adoptar sus decisiones de financiación. No obstante, no se indica el plazo del que dispone el Banco de España para su elaboración, ni la forma en que la misma se va a desarrollar y si va a existir participación de los diferentes operadores. Además, sería conveniente que la misma incluyera un código de buenas prácticas bancarias en ejecución hipotecaria, así como información sobre la misma.

8) Por lo que se refiere a la oferta vinculante, si bien en la normativa anterior era obligatoria en todo caso y el banco debía entregarla sin necesidad de que el cliente la solicitara, en la referida orden ha dejado de ser obligatoria para los bancos y sólo se entregará cuando el cliente la pida. En el caso de otras entidades que se dedican profesionalmente a otorgar hipotecas, sigue vigente esta obligación.

La posición privilegiada que ocupan las entidades de crédito se percibe claramente en la regulación de sus obligaciones, puesto que mientras que las de los bancos están recogidas en una orden ministerial, las de las demás entidades figuran en una ley, cuya modificación es más complicada.

9) En materia hipotecaria se sigue aceptando que se ofrezcan al cliente productos de gran complejidad técnica cuyo funcionamiento excede del conocimiento de la gran mayoría de los clientes. Aunque este aspecto se encuentra planteado en otra queja, no es óbice insistir que respecto a las cláusulas suelo de las hipotecas se protege a los bancos frente a los consumidores, admitiendo su validez y exigiendo



únicamente que se facilite a los clientes una información adecuada. Es decir, que en lugar de establecer una norma que sirva para evitar los problemas suscitados, que han sido abordados por la justicia, se abunda en la situación actual, admitiendo estos productos sin restricciones.

Hasta el momento de conclusión de este estudio ninguno de los dos organismos se ha pronunciado sobre las cuestiones planteadas.

3.6. Dación en pago

La compra de la vivienda ha constituido, al menos hasta el presente, la principal inversión que hacen la mayoría de los ciudadanos españoles, siendo habitual que esta adquisición se lleve a cabo a crédito con la garantía de la propia vivienda. En aplicación de las normas de prudencia y buenas prácticas financieras la capacidad de reembolso del crédito debía presidir el grado de endeudamiento. Sin embargo, las entidades han venido facilitando de forma imprudente el crédito que ha sido aceptado por los consumidores, también de forma imprudente, provocando el sobreendeudamiento de personas físicas.

La reciente crisis económica ha agravado el problema del sobreendeudamiento. Muchas personas han visto reducidos sus ingresos y aunque quieren no pueden hacer frente al pago de las cuotas hipotecarias. Con este motivo, así como con los desafortunados resultados a que conduce la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual y el riesgo de exclusión social que conlleva, numerosos ciudadanos se dirigieron a esta Institución manifestando su disconformidad con la regulación de la actual legislación hipotecaria, que permite que una entidad financiera se adjudique en subasta judicial el inmueble para el que concedió el crédito que prestó como garantía, por un importe inferior al que en su día fue tasada y que sirvió como punto de partida para la concesión del crédito. Así la ejecución hipotecaria implica que quienes pierden su vivienda, por no poder afrontar el pago de las hipotecas concedidas en su día por esa misma entidad, mantengan con ésta una deuda que puede ser cuantiosa, y que les imposibilite para atender sus necesidades a largo plazo.

Es el caso de muchas personas que se han visto privadas de su vivienda habitual a favor de quienes hace unos años les ofertaban créditos con todas las facilidades posibles, superando incluso los valores de tasación y que realizaban una agresiva



política comercial, que tendía a incrementar el importe de la deuda basándose en los largos plazos en que ésta podía amortizarse, los bajos tipos de interés que operaban en el mercado y las revalorizaciones que los inmuebles experimentaban de forma sostenida y constante, lo que hacía prever que se convirtiera en una fuente de riqueza y no en un objeto de obligaciones.

Los ciudadanos consideran que resulta dolorosamente paradójico que una entidad pueda beneficiarse del desconocimiento de los clientes que confiaban en un sistema impuesto por las entidades financieras y los operadores que actuaban en el mercado inmobiliario, sin que ninguna administración, institución u organismo oficial advirtiera de los riesgos que podían asumirse con estos comportamientos ni realizara campañas que previnieran contra las consecuencias de adquirir una obligación de esas características, del mismo modo que sí se han realizado respecto a diferentes áreas de consumo y en relación con productos y servicios en otros sectores.

Esta preocupación ha sido objeto de diferentes actuaciones por parte de esta Defensoría y en concreto se inició una investigación ante la Secretaría de Estado de Justicia y ante el Ministerio de Presidencia de Gobierno, al objeto de conocer las medidas previstas para intentar solventar el problema pues desde el inicio de la crisis, en 2007, se han alcanzado, según un estudio de Alteba⁶ con los datos del Consejo General del Poder Judicial, más de 350.000 ejecuciones hipotecarias y como consecuencia de las mismas se han producido unos 125.000 desahucios. En este estudio se explica también el elevado coste que supone para la banca las ejecuciones hipotecarias.

Ambos organismos informaron de la creación de una Subcomisión de la Comisión de Vivienda del Congreso de los Diputados para analizar los elementos de mejora en el sistema hipotecario español, en particular, respecto a aquellas condiciones que pudieran ser consideradas abusivas. En la respuesta recibida también se explican las medidas adoptadas en el seno del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, que ha ampliado el límite de inembargabilidad de rentas de deudores que han perdido su vivienda habitual en una ejecución hipotecaria, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, incrementándose hasta el 150% del salario mínimo interprofesional como límite inembargable. El aumento del porcentaje adicional inembargable hasta el 30% por persona dependiente del núcleo familiar y no

⁶ Compañía especializada en gestión inmobiliaria.



perceptora de ingresos, y también el mismo límite para aquellos cuyos ingresos anuales no alcancen el salario mínimo interprofesional, así como el importe de la adjudicación al acreedor del inmueble embargado se ha de realizar por un precio nunca inferior al 60% del valor de tasación, y la reducción de la cuantía del depósito para concurrir a subasta hasta un 20%.

Sin embargo en opinión de esta Institución todas estas medidas, sin duda loables, no solucionan el problema que se genera para quienes han perdido su vivienda habitual o están en vías de hacerlo y además continúan debiendo dinero a las entidades de crédito de por vida.

Llegados a este punto hay que tener en cuenta que el artículo 47 de la Constitución española reconoce el derecho de todos a una vivienda digna; si bien es cierto que no se establece un derecho subjetivo no deja de contener un mandato o directriz de las actuaciones que los poderes públicos desarrollen en esta materia. Así, cualquier norma que directa o indirectamente afecte a la vivienda habitual ha de tener presente este derecho procurando evitar la exclusión social que la falta de vivienda puede conllevar.

Existen momentos en los que coyunturalmente deben adoptarse medidas, bien porque lo exija la gravedad de la situación, bien porque habiendo aprendido el modo de evitar un resultado indeseado o potencialmente peligroso, se impone la necesidad de regular un sistema que prevea la aparición de problemas similares y que contribuya también a paliar sus consecuencias.

Ello debe ser así por cuanto el Estado legislador debe asumir su responsabilidad –en tanto que entre cuya misión está el velar por el bien común– tanto por sus actos como por sus omisiones. Esta responsabilidad es de carácter ético, no patrimonial, y de su asunción depende, directamente, la capacidad de concitar y convocar la voluntad común para salvar las dificultades y recuperar la bonanza.

En la actualidad existen pocos problemas más acuciantes que los que padecen las personas que se han visto atrapadas en el desempleo, con deudas elevadas y a muy largo plazo (entre quince y cincuenta años) que derivan de un préstamo hipotecario contratado para la adquisición de su vivienda habitual o el local de negocio donde se desarrolla la actividad que constituye su medio de vida. El escenario laboral dificulta la solución de estas situaciones que ya han llegado, en muchos casos, a



suponer la pérdida de la vivienda habitual en virtud de un procedimiento de ejecución hipotecaria. No obstante, debido a la regulación que de la responsabilidad del deudor acoge nuestro Código Civil, las personas que llegan a perder su vivienda se ven además impedidas para realizar actos tendentes a la mejora de su situación, puesto que pueden quedar aún endeudadas a pesar de haber perdido todo su patrimonio.

Evidentemente es necesario que todos realicemos, con carácter previo a la adquisición de un compromiso hipotecario, un análisis responsable de las probabilidades de afrontar una deuda de estas características, así como prever situaciones en las que el trabajo o los ingresos puedan verse mermados. Pero así como un endurecimiento excesivo en las condiciones de acceso a los créditos pueden dificultar la solución de la crisis y el crecimiento económico, su concesión casi indiscriminada vivida en años pasados, que se apoyaba en la dilución del riesgo por la utilización de productos financieros derivados, han provocado el desarbolamiento de la economía nacional y la ralentización de su crecimiento cuando no su recesión.

Así expuestas las cosas parece evidente que la responsabilidad por el impago de las cuotas hipotecarias no puede trasladarse con carácter exclusivo al deudor, ni condenarle al extremo de que cualquier riqueza posible que genere se deba destinar, igualmente, a la cobertura de este préstamo. Si el deudor firmó un contrato de préstamo hipotecario fue no solamente por el ejercicio de una voluntad de endeudarse, sino porque el mercado inmobiliario y las condiciones de acceso a los préstamos eran las más laxas de toda la historia. Tipos de interés reducidos, alargamiento de la vida de los préstamos, tasaciones elevadas de los bienes en garantía, revalorización inmediata de la adquisición, concesión del total del valor de tasación en préstamo y a veces cuantías superiores provocaron la ilusión de que los inmuebles eran un negocio seguro pues ¿qué hay más seguro que la apuesta de un banco por un sector?

Además, la agilidad con que estas operaciones se perfeccionaban proyectó una bonanza en los sectores implicados y, consecuentemente, en los sectores de servicios que dependían de ellos. El flujo de créditos y la alegría consumista han permitido vivir una ensoñación que generó una enorme deuda personal que no puede hacerse ahora efectiva por cuanto se basaba en una falacia, y es que el mercado no puede garantizar que siempre estará en crecimiento. Si hay que reconocer que no se utilizó



la cautela por parte de los que ahora padecen sus consecuencias, también hay que señalar que no hubo avisos previos de cuáles eran las consecuencias asociadas a una inversión de la tendencia alcista, ni por parte de las instituciones oficiales, ni por los actores sociales ni por los sectores implicados en estas operaciones, sino que esa ilusión era estimulada y patrocinada por todos de forma irresponsable y oportunista.

Esa ausencia de controles severos sobre productos sofisticados de matemática financiera, que ha denunciado en varias ocasiones el Defensor del Pueblo, permitió que se extendieran hasta llegar a los consumidores finales, cuyo conocimiento de los mercados de inversión y de productos financieros derivados era inexistente, lo que les obligaba a depositar su confianza en las entidades que ofrecían los productos, sin llegar a disfrutar de la opción real de valorar el tipo de riesgo que asumían con cada operación.

Examinando el cariz que tomaron los acontecimientos a partir del verano de 2008 se hace evidente la necesidad de regular aún más y con controles mejorados la actividad de las entidades de crédito, pero la mejora de las condiciones para el futuro solamente evitará que se repita la situación, pero no ofrece respuestas razonables y equitativas a quienes ya están privados, o lo estarán en breve, de sus bienes, de su capacidad de recuperarlos y en situación de indefensión.

Naturalmente que la responsabilidad por las circunstancias económicas ya ha sido trasladada a la sociedad, que ha visto cómo se “rescataba” a aquellas empresas que eran demasiado grandes para caer, puesto que su caída arrastraría al resto de los ciudadanos, pero paralelamente no se ha exigido la responsabilidad inherente a las actuaciones realizadas por esas grandes empresas con el mismo rigor que se le exige a las personas físicas.

Así, y mientras que muchos ciudadanos temen perder su empleo y subsecuentemente su vivienda, los medios de comunicación hacen públicos en el mismo día los ajustes económicos generales y las grandes primas de directivos de las empresas rescatadas, lo que ahonda aún más la fractura social que la crisis económica ha generado.

Al igual que una recesión evidenciaría cuáles son los defectos estructurales de nuestra economía y, por tanto, ofrecería la capacidad de atajar y corregir aquello que lo precise, también proporciona la oportunidad de vislumbrar problemas futuros



y prever tanto su aparición como su solución. Pero con carácter inmediato, ello no atiende a aquellos cuyos problemas que ya se han manifestado y padecen sus terribles consecuencias.

Permitir que las personas que están afectadas por las situaciones descritas recuperen su capacidad de producir y contribuir al mejoramiento global debería ser una prioridad y, por ello, el arbitrio de fórmulas legales que lo faciliten debe estar en los primeros lugares de la agenda de los poderes públicos.

La evitación de que los conflictos derivados de la mora de préstamos hipotecarios se judicialice supondrá a la larga un abaratamiento, en términos de gasto público.

La crisis es un acontecimiento imprevisible y fuera de control de los deudores hipotecarios. Los contratos se suscribieron en unas circunstancias que no son las actuales, por tanto hay que plantearse la responsabilidad del deudor, cuando el incumplimiento viene derivado de circunstancias ajenas a su control. El artículo 1105 del CC establece que habrá caso fortuito y el deudor no tendrá que responder, cuando la circunstancia que genere la falta de cumplimiento haya sido imprevisible e inevitable empleando la diligencia exigible.

Para aplicar este artículo y que el deudor quede exonerado de responsabilidad contractual, según Fernando Pantaleón Prieto, deben concurrir tres requisitos:

1. La falta de cumplimiento debe haber sido provocada por un impedimento ajeno al ámbito del control del deudor.
2. Ha de tratarse de un suceso (la crisis) cuyo acaecimiento durante la vida de la relación contractual no fuera razonablemente previsible al tiempo de contratar (al tiempo de contratar el principal argumento de la banca para comercializar los préstamos hipotecarios, era que los pisos nunca bajan de precio).
3. Debe tratarse de un impedimento inevitable, en sí y en sus consecuencias, empleando la diligencia que corresponde a un buen padre de familia (no puede hacerse recaer únicamente sobre los clientes que aceptaron las ofertas hipotecarias de las entidades bancarias el deber de haber prevenido las consecuencias de la crisis sobre sus hipotecas. La diligencia que no es exigible al profesional, no puede exigirse al consumidor. La banca podía haber prevenido la crisis y haber limitado el



crédito hipotecario y no lo hizo. Al contrario, forzó la máquina de concesión de créditos, alargando el plazo de las hipotecas, favoreciendo a través de su vinculación las tasaciones imprudentes, dando crédito superando el 80% de la tasación y con otras prácticas incorrectas).

De lo anterior se podría concluir que la crisis es un supuesto de caso fortuito, que podía haber sido evitado por el profesional del crédito, aunque la industria bancaria lo niega, pero que en cualquier caso puede ser una causa de exoneración de la responsabilidad al deudor consumidor de buena fe, supuesto que lo liberaría de su responsabilidad según el Código Civil. Sin embargo, para evitar el enriquecimiento injusto hay que considerar que para liberarse de la deuda debe entregar la vivienda a su acreedor.

Tanto las plataformas ciudadanas como sectores profesionales relacionados con el mercado hipotecario han ofrecido posibilidades de solución de aquellos que no pueden afrontar los pagos de su hipoteca. Ya sea por esos medios o por otros distintos, el Defensor del Pueblo se ha preocupado por recabar cuanta información ha sido posible al respecto, permitiendo que los ciudadanos manifestaran sus inquietudes y trasladaran sus propuestas para que éstas puedan llegar a las instancias ejecutivas que contribuyan a su implantación.

Ya sean personas físicas o pequeños empresarios y profesionales, en especial los autónomos, precisan mantener sus viviendas y sus medios de producción para poder ser elementos activos y no pasivos en la lucha por salir de esta situación. Por ello se debería examinar la posibilidad de dividir en subtipos los créditos hipotecarios y otorgar diferente consideración en caso de mora o impago a las viviendas habituales y locales de negocio en los que se ejerce la profesión habitual frente a cualquier otra adquisición de bienes inmuebles en los que éstos se constituyan en garantía.

Por tanto, la dación en pago que, evidentemente, restringe la responsabilidad y la reparte entre las partes intervinientes en la operación podría limitarse, exclusivamente ,a esas adquisiciones de carácter necesario, dejando un sistema agravado de responsabilidad para otro tipo de adquisiciones.

Del mismo modo, tanto la vivienda habitual como el local de negocio deberían recibir una protección extraordinaria en una ejecución hipotecaria, ya que su pérdida multiplica el riesgo de pobreza debido al desempleo y a la escasa



probabilidad de recuperar la capacidad productiva, así como la de convertirse en una rémora para el resto de la sociedad, convirtiendo individuos capaces de generar riqueza en otros necesitados de prestaciones sociales solidarias.

Es imperativo también señalar la necesidad de promover garantías en la tasación de las viviendas sujetas a estas posibles ejecuciones, tanto en la valoración real de las mismas, como en la intervención de terceros imparciales e independientes que garanticen que no se va a producir un lucro excesivo para el acreedor en detrimento no sólo del deudor, sino del conjunto de la sociedad que está soportando las consecuencias de la crisis.

Esta corrección de los procedimientos que debería ser aplicable a los que ya están en curso precisa eliminar cláusulas abusivas e incorporar procedimientos que ya existen en las leyes españolas y que podrían ejercitarse de ser accesibles para los afectados.

Los sectores profesionales implicados en estas ejecuciones hipotecarias han propuesto, como ya hizo en su día el Defensor del Pueblo, soluciones como la dación en pago, el “pacto marciano” y la aprobación de una normativa concursal específica para personas físicas y profesionales autónomos que podría ofrecer una oportunidad in extremis de salvar de la exclusión social a un amplio sector de la ciudadanía.

No tiene encaje constitucional privar a las personas de los medios mínimos necesarios para el mantenimiento de sus necesidades y las de su familia, lo que motiva que esta Institución precise solicitar que se evalúen medidas que atajen las situaciones descritas en la pérdida de la vivienda o el local de negocio como consecuencia de la mora en un préstamo hipotecario, así como de medidas paliativas para aquellos que en el momento actual se encuentran en riesgo de exclusión por haber sido ya privados de estos medios.

3.7. Procedimiento de insolvencia personal

Un considerable número de ciudadanos se dirigió al Defensor del Pueblo reclamando la necesidad de que se regulara la quiebra de las personas particulares, puesto que a todos les era común el deseo de atender sus deudas pero, ante la falta de liquidez, entendían que la regularización de su situación debía realizarse de acuerdo con un



plan pactado con sus acreedores y bajo el arbitrio y control de la Administración o del Juzgado, de modo que atendiendo sus obligaciones, también se les permitiera cubrir sus necesidades vitales mínimas y las de sus familias, y no se vieran inmersos en un procedimiento que afectara tanto a su patrimonio como a su salud y su dignidad. En especial aludían a la diferencia que debía establecerse entre quienes se encontraban en situaciones provocadas por circunstancias coyunturales y aquellos que no habían sido diligentes con su gestión económica.

La unidad legal de disciplina instaurada por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, implica la aplicación de la misma norma con idéntico procedimiento a todo deudor personas jurídica o física, con independencia de si ejerce o no una actividad empresarial. Sin embargo esta norma está destinada fundamentalmente a las personas jurídicas, o bien a profesionales y empresarios, ya que su objeto principal es la continuidad de las actividades económicas buscando la satisfacción de los acreedores. Pero este tipo de legislación no es adecuada a los problemas derivados de la insolvencia personal o de la que afecta a las familias, sobre todo porque la naturaleza de la incapacidad económica de unos y otros difiere considerablemente.

Las principales razones por las que se considera que este procedimiento no es idóneo para la insolvencia familiar o personal son las siguientes:

- a) El elevado coste del procedimiento (la publicación de los anuncios que decreta el juez, el pago de la administración concursal, etc.) provoca un mayor empobrecimiento a quien ya se encuentra en una situación precaria.
- b) La dilación excesiva en el tiempo de este tipo de procedimientos, sobre todo teniendo en cuenta que estamos en presencia de una situación que, en muchas ocasiones, deviene un problema de subsistencia.
- c) Otra razón es que generalmente la deuda más importante que tiene que hacer frente una persona es la hipotecaria para la adquisición de la vivienda habitual y precisamente los créditos con garantía real pueden iniciar sus propias acciones separadas del concurso, cuando recae sobre bienes no afectos a la actividad económica (artículo 56). Sin embargo para los demás bienes la Ley dispone: "El pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva" (artículo 155), luego nada impide iniciar o continuar con la ejecución del crédito



hipotecario. Si bien con la nueva regulación se abre una pequeña vía para la dación en pago, no exenta de numerosas dificultades.

d) La dificultad de concluir convenios entre el deudor y sus distintos acreedores, entre otras razones porque según la legislación civil las personas físicas responden de sus deudas con todos sus bienes presentes y futuros, ni siquiera la muerte termina con las obligaciones de pago pues el heredero sucede al causante en sus derechos y obligaciones, salvo que acepte la herencia a beneficio de inventario. En buena lógica no existe un interés importante para perdonar alguna deuda o aplazar el pago de ellas. Así como las empresas pueden alcanzar, no exentas de dificultad, acuerdos que garanticen su continuidad, el convenio presenta obstáculos para las personas físicas porque se prohíbe la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para el pago de sus créditos, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas (artículo 100.3 LC) vetando soluciones tradicionales del derecho español aptas para este tipo de concurso (artículos 1175 ss CC); la quita no puede superar el 50% de los créditos ordinarios y la espera 5 años (artículo 100.1 LC). Además el proceso de liquidación es inviable si el único activo es el salario.

Existe además en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno la figura, con diferentes modalidades, de la exoneración de deudas pendientes generalmente para enfrentar los casos de sobreendeudamiento de personas físicas de buena fe, que ven perdonadas sus deudas sin el consentimiento de los acreedores, siempre que se cumplan determinados requisitos, es lo que viene a representar la segunda oportunidad. Sin embargo, no hay en el ordenamiento español la oportunidad para el deudor consumidor de empezar de nuevo, ya que se rige por el principio de responsabilidad patrimonial universal de las personas físicas. No se contempla un mecanismo exoneratorio del pasivo insatisfecho que libere al deudor de buena fe, como es habitual en los ordenamientos de nuestro entorno que aplican la recomendación número 194 de la Guía Legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre el Régimen de la Insolvencia, de 25 de julio de 2004, según la cual: "Cuando una persona física pueda acogerse al régimen de la insolvencia en calidad de deudor, convendría regular la cuestión de la exoneración del deudor de su responsabilidad por las deudas contraídas antes de la apertura del procedimiento".



En España, tan solo han existido diversas propuestas y actuaciones puntuales de carácter preventivo. Ya en 1999 el Consejo Económico y Social abogaba por la implantación de un sistema para solucionar los problemas de sobreendeudamiento de los consumidores de buena fe. Problema puesto de relieve por la mejor doctrina. Desde la oposición los partidos políticos han presentado iniciativas para la regulación del sobreendeudamiento, descartadas por innecesarias o poco urgentes.

La situación española de olvido del tratamiento de las crisis de las economías familiares es algo insólito en Derecho comparado. Hay dos modelos al respecto: 1) El francés, de carácter extrajudicial y preventivo, y 2) El alemán, que opta por un tratamiento concursal. La finalidad del procedimiento francés no es la satisfacción de los acreedores sino la superación de la situación de sobreendeudamiento en la que se encuentra el consumidor de buena fe. En Alemania se ofrece a las personas físicas honradas la posibilidad de iniciar una nueva vida tras atravesar una complicada situación económica.

La reforma concursal realizada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, omite pronunciarse sobre esta grave carencia y se limita a obligar al Gobierno a remitir a las Cortes un informe sobre las medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente las garantizadas con hipoteca. Al igual que en la pasada legislatura se creó una subcomisión parlamentaria para abordar este tema sin que sus trabajos llegaran a ninguna conclusión, existen actualmente diversas iniciativas de los distintos grupos parlamentarios con la pretensión de abordar una solución al problema.

Ante la falta de remedios que brinda la legislación española para la insolvencia de las personas físicas, esta Institución consideró procedente iniciar una investigación con la Secretaría de Estado de Justicia y con ese Gabinete de Presidencia del Gobierno, con el fin de conocer si existían previsiones de reforma de la legislación procesal para encauzar de una manera eficaz las pretensiones de las familias y los ciudadanos que afrontaban la incapacidad económica para pagar sus deudas a la vista de que el procedimiento concursal, si bien estaba siendo utilizado como vía para afrontar tramitar las situaciones surgidas, no era la respuesta adecuada para las personas físicas, ya que una de las principales deudas que no pueden pagar es la hipotecaria, así como otras cuestiones que no hallan solución en el mismo.



En líneas generales se trata de arbitrar los mecanismos que propicien la resolución de problemas derivados de situaciones de insolvencia personal o familiar mediante un plan pactado con los acreedores bajo el arbitrio y control de la Administración o del Juzgado, de modo que atendiendo sus obligaciones también se les permita cubrir sus necesidades vitales mínimas y las de sus familias sin necesidad de verse inmersas en un procedimiento de subasta, que afecta tanto a su patrimonio como a su salud y dignidad.

Tanto el Ministerio de Justicia como esa Presidencia del Gobierno mostraron sensibilidad ante estos asuntos, y la Secretaría de Estado de Justicia consideró la necesidad de analizar el problema para estudiar una posible reforma de la legislación concursal en este concreto ámbito. A la vista de que se tenía pensado estudiar el problema se suspendieron ambas investigaciones en tanto se facilitaba información acerca de los estudios que se realizaran para promover la citada reforma.

Posteriormente, se nos comunicó que en el anteproyecto remitido el 17 de diciembre de 2010 para la reforma de la Ley Concursal no figuraban medidas tendentes a la protección de las personas físicas, en relación con la posibilidad de incurrir en mora por impago de la hipoteca del inmueble que constituyera su vivienda habitual.

Dado que nada se explicaba acerca de los motivos para no considerar dichas medidas, se solicitó un nuevo informe para que se indicaran esas razones, así como para que se hiciera una valoración de las mismas, y se expresara si se habían cumplido otros trámites relacionados con el anteproyecto.

En un nuevo informe señalaron que las medidas relativas a la protección de las personas físicas en relación con el impago de los préstamos hipotecarios estaban siendo estudiadas en la Subcomisión de la Vivienda del Congreso de los Diputados, por considerar que era más oportuno que esa cuestión fuera debatida, junto con otras relacionadas, en el seno de dicha Subcomisión, en lugar de incluirlo en la reforma de la Ley Concursal.

Si bien esta Institución valoró positivamente la creación de esa Subcomisión, no consideró justificado que en el proyecto de reforma de la Ley Concursal no se previera medida alguna relativa a la protección de las personas físicas por insolvencia familiar sobrevenida, y por ello formuló una recomendación, al Gabinete



de la Presidencia del Gobierno y a la Secretaría de Estado de Justicia, sobre la necesidad de estudiar el problema de la insolvencia de los particulares y valorar la oportunidad de establecer una regulación específica y concreta para el concurso de las personas físicas no empresarias. También se recomendó la modificación de la normativa existente con la finalidad de equilibrar los derechos y obligaciones en la resolución de la relación hipotecaria, teniendo en cuenta los derechos garantizados por la Constitución española, que compromete a los poderes públicos a establecer las condiciones de su realización, removiendo asimismo los obstáculos que impiden que los derechos y los principios que lo fundamentan sean efectivos, y evitar así la exclusión social a la que inevitablemente se están viendo sometidas muchas personas y familias por el actual marco legal.

El Gabinete de la Presidencia del Gobierno rechazó la recomendación alegando que la mayoría de los ciudadanos puede atender sus pagos hipotecarios, y en el Derecho español ya cabe la dación en pago para saldar las deudas hipotecarias cuando sea explícitamente pactada, así como la normativa concursal también es aplicable a los deudores que no son comerciantes. Asimismo, en su respuesta informa de las distintas medidas aprobadas: acompasar las tasaciones con el valor real de los inmuebles, reducir costes procesales, programa de moratoria temporal y parcial en el pago de cuotas hipotecarias para desempleados y autónomos con reducción significativa de ingresos, ampliación gratuita de plazos de los préstamos hipotecarios, línea ICO Moratoria, elevación del umbral de inembargabilidad en la LEC cuando el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual sea insuficiente para cubrir el crédito.

En relación con la reforma de la Ley Concursal y de otras leyes españolas señalan que el Gobierno ha ejercido la iniciativa legislativa en los términos que ha considerado más convenientes para los intereses generales del país, sopesando la situación económica y social, así como el eventual respaldo parlamentario que encontrarían sus propuestas, entre otros factores, y en este sentido no puede pasarse por alto que las Cortes acaban de ser disueltas.

Por su parte la Secretaría de Estado de Justicia también ha rechazado la recomendación, con base en que la trascendencia del problema, así como las diversas implicaciones económicas y sociales de las distintas respuestas requieren un análisis amplio y sosegado, que consideran deberá continuarse en la siguiente legislatura.



Esta Defensoría considera fundamental que se dé un tratamiento jurídico específico a las personas físicas en una coyuntura de sobreendeudamiento, pues éstas plantean unas necesidades que las distancian del funcionamiento societario que deben ser abordadas de forma específica. Las circunstancias personales influyen en la situación económica: la existencia de matrimonio, el régimen económico de éste, la posibilidad de un divorcio, el derecho de alimentos, la inexistencia de bienes y derechos presentes, etc., todas estas razones ponen más claramente de manifiesto, si cabe, que la regulación diferenciada de la insolvencia personal y familiar no es una cuestión caprichosa sino una exigencia social.

No puede aceptarse como justificación para no abordar el estudio del problema el hecho de que, al parecer, la mayoría de los españoles sean capaces de hacer frente al pago de sus deudas, ya que los procedimientos se regulan como una vía para la solución de los conflictos y no por la intensidad de su uso.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES





Es un hecho que muchas personas no pueden hacer frente al pago de sus cuotas hipotecarias, a lo que hay que añadir que el desplome del mercado inmobiliario ha dado al traste con el valor del bien que, seguramente constituye su único patrimonio, por lo que la pérdida de su vivienda o del local de negocio donde ejerce la profesión que es su medio de vida, lleva aparejado el riesgo de exclusión social: ante esta situación conviene que nos preguntemos por las soluciones de este problema. Hay coincidencia en la necesidad de reforzar la protección al hipotecado para evitar que situaciones como la actual puedan volver a producirse. Las medidas de protección pueden ser preventivas, a través de la información precontractual, o curativas, de carácter concursal. Más difícil es resolver el problema de las personas que ya están en dicha situación.

Esta Institución considera que tanto la vivienda, que constituye la residencia de las personas particulares, como el local de negocio donde se ejerce la actividad que constituye su medio de vida, deben tener un tratamiento diferenciado en todos los ámbitos y, al igual que ocurre en el terreno fiscal, en que el legislador entiende que deben estar separados del resto del patrimonio de los contribuyentes, en el sector hipotecario debería regularse separadamente de forma que obtengan una mayor protección acorde con la voluntad de la Comunidad Europea, a fin de paliar la desigualdad existente entre los sujetos que intervienen en este tipo de contratos.

Toda solución al presente conflicto requiere un compromiso y aceptación de los operadores del sector financiero, porque sin su colaboración no se puede llegar a buen fin. Existen precedentes en los que ante situaciones menos graves se ha alcanzado un acuerdo político asumido por la industria bancaria con buenos resultados. Así ocurrió, por ejemplo, con el problema de los medios electrónicos de pago. Las tasas de intercambio fijadas unilateralmente por las redes de tarjetas eran desproporcionadas, superaban con creces las medias europeas y estaban ahogando al pequeño y mediano comercio. Existieron diversas iniciativas legislativas con el fin de solucionar el problema. Ninguna llegó a prosperar. Sin embargo, a través del Senado se llegó a un acuerdo político que fue asumido por la banca, quien se comprometía a una reducción progresiva de las tasas de intercambio y en consecuencia de los descuentos aplicados a los comerciantes en el uso de tarjetas.



También hay otros precedentes como el convenio suscrito entre el Gobierno y la Asociación Española de la Banca, de 29 de abril de 2008, en cuya virtud se compromete a promover entre las entidades de crédito que éstas, de manera voluntaria, puedan renunciar a sus comisiones en el caso de una modificación hipotecaria relativa a la ampliación del plazo del préstamo.

Parte de ese acuerdo que debía asumir por la banca podría ser una moratoria en los pagos de las cuotas hipotecarias. Se podrían facilitar los aplazamientos de pago, a semejanza del artículo 11 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la venta a plazo de bienes muebles, que autoriza a los jueces a imponerlos en atención a desgracias familiares o circunstancias que lo aconsejen. Esta moratoria tan solo supondría el aplazamiento en el pago, sin condonación de deuda. Se trata de una reestructuración de la deuda que genera más negocio para la banca, pues cobra más y durante más tiempo. Con mayor recelo deben verse las propuestas que extienden la moratoria, en situaciones extremas, a la posibilidad de descargar definitivamente al deudor de sus obligaciones, de modo total o parcial. Hay otro elenco de posibilidades que podrían acompañar a la moratoria, como la supresión de tasas, costas, moderación de cláusulas penales, o la paralización del devengo de intereses durante el proceso, que coadyuven a superar las dificultades para atender los créditos pendientes de abono. También podría modificarse la previsión legislativa (artículo 1173 Código Civil) que obliga a abonar antes los intereses que el capital, atenuando la perpetuación de la deuda ante la imposibilidad de ir disminuyendo la cifra que genera obligaciones accesorias.

No se puede considerar que la responsabilidad en el sobreendeudamiento de los particulares sea únicamente de éstos. El sistema no ha funcionado ni por parte de los ciudadanos, ni de las entidades de crédito, ni por parte del Banco de España.

Según reflejan los boletines económicos del Banco de España, el endeudamiento de las familias en relación con la renta disponible ha sido creciente hasta la crisis de 2008. En diez años ha pasado de significar la mitad de la renta disponible a superar la renta disponible. En estos momentos, las deudas pendientes de los hogares españoles suponen un 105% de la renta bruta del hogar endeudado mediano. Dichos pasivos se concentran en la mitad de la población, siendo los hogares más jóvenes los que dedican un porcentaje mayor de su renta (26%) al pago de sus deudas. Del endeudamiento de las familias, el 90% procede de la financiación de inversiones en activos inmobiliarios, es decir, de las hipotecas. Lo cual le hace destacar al Banco de



España, en relación con lo que ocurre en otros países, “la considerable dependencia de las familias de nuestro país de la evolución de los precios de los activos inmobiliarios”.

Durante todo este período el Banco de España observó el problema sin valorar su verdadera dimensión. Desde 2001 era consciente del sobreendeudamiento de los consumidores. Según Fernando Restoy, entonces Jefe de Estudios Monetarios y Financieros del Banco de España: “No es difícil ver que, en el caso español, se ha producido, en los últimos años, una confluencia de efectos que ha tendido a alentar el crecimiento del endeudamiento de las familias, a partir de los factores de demanda y oferta señalados”. Y en 2004 advertía Fernando Restoy, en este caso junto a José Luis Malo de Molina: “La ratio de endeudamiento de los hogares en proporción a su renta bruta disponible ha aumentado desde niveles del 45% a principios de los noventa hasta alcanzar el 90% con los últimos datos disponibles. Con esta duplicación, los hogares españoles, que partían de un grado de endeudamiento muy inferior al de la media de los países de la Unión Económica y Monetaria, la han alcanzado y sobrepasado en muy breve espacio de tiempo”. Y añadían: “Además, el aumento del precio de los inmuebles tiende a realimentar el ciclo alcista al generar efectos riqueza positivos sobre el consumo e incrementar la predisposición al endeudamiento de las familias al ampliar el valor del colateral disponible”. En el año 2006, José Luis Malo de Molina a pesar de reconocer que “las familias han continuado aumentando su endeudamiento, vinculado principalmente a la adquisición de vivienda” y que el “ratio de endeudamiento sigue aumentando”, concluía su artículo de forma tranquilizadora al considerar que la situación patrimonial era saneada. Las advertencias del Banco de España tuvieron que esperar al año 2008 y se limitaron al riesgo de sobreendeudamiento por el uso excesivo de las tarjetas de crédito.

A su vez, desde la Asociación Hipotecaria Española se incentivó el endeudamiento familiar a través de las hipotecas, que no sólo se debían destinar a la adquisición de vivienda, pues en su opinión: “En las economías modernas ya no se puede sostener que la vivienda sea exclusivamente un simple inmovilizado en el balance patrimonial de los hogares. Al contrario, cada vez más es un valor que, sin perder su finalidad de uso habitacional, se puede movilizar con un coste razonable para atender otras necesidades financieras”.



Está muy extendida la opinión de que el problema del sobreendeudamiento personal con las consecuencias catastróficas que está teniendo es una responsabilidad compartida entre clientes y entidades de crédito. Según estas opiniones, la banca ha podido tener parte de responsabilidad, facilitando el crédito, pero el principal responsable es el cliente que toma la decisión de adquirir una vivienda por encima de sus posibilidades. Es un planteamiento que pone en un mismo plano al consumidor usuario del préstamo hipotecario y al profesional del mercado hipotecario. Pero quien conoce el mercado y sus riesgos es el profesional. El crédito hipotecario constituye la principal fuente de ganancias de la banca española, que diseña los productos y los comercializa a través de campañas publicitarias. Es también la banca quien predispone el contenido de las escrituras hipotecarias. Es la banca quien debe evaluar la capacidad de endeudamiento del cliente y abstenerse de ofrecer préstamos por encima de la capacidad de reembolso. Las normas prudenciales y las buenas prácticas bancarias imponen estas conductas, ahora reforzadas por las previsiones sobre crédito responsable de la Ley de Economía Sostenible.

El Banco de España, como regulador del mercado bancario y como árbitro de las relaciones banca-cliente debe implicarse en la protección de los consumidores, porque no hay simetría entre las partes, ni en conocimiento ni en capacidad negociadora, como mínimo debe tener presente que sus resoluciones pueden constituir prueba en los procedimientos judiciales, a los que los ciudadanos se ven abocados, si bien lo ideal sería poderlos evitar.

Hemos visto que no está regulado en España un procedimiento adecuado para el tratamiento legal de la insolvencia de las personas físicas, si bien existen y han existido diferentes iniciativas en esta línea no se han materializado y, sin el tratamiento normativo adecuado, va a resultar muy difícil no ya alcanzar una solución sino canalizar el problema. Es necesario que las partes tengan un camino para negociar, sobre todo para los ciudadanos que son los más débiles del mercado.

La Ley Concursal de 9 de julio de 2003 unificó el tratamiento de la insolvencia de empresas y particulares, penalizando el concurso del consumidor que se beneficia de la paralización de la ejecución hipotecaria. Esta paralización sólo opera para los bienes inmuebles afectos a la actividad empresarial y no incluye, por tanto, la vivienda. Además no hay un concurso simplificado para el consumidor. Y lo más gravoso, no se recoge la liberación del deudor consumidor tras la liquidación concursal, una liberación que permita empezar de nuevo y evitar la exclusión social y



financiera. La opción legislativa española se aparta de las recomendaciones de las Naciones Unidas y de las soluciones de derecho comparado.

Hay que tener en cuenta que la liberación de las deudas de los particulares que nunca van a poder pagar, también tiene efectos positivos. Es un mecanismo que no sólo beneficia a los deudores de buena fe, sino a los acreedores, al sistema bancario y a la economía en su conjunto. Permite acogerse de forma temprana a este beneficio y de este modo disponer de más patrimonio para liquidar las deudas. Y lo que es más importante, permite a las personas que han tenido un comportamiento bueno pero desafortunado, volver a empezar con sus actividades económicas, generando nuevos ingresos que serán gestionados por la banca y contribuirán al progreso económico. La banca acreedora que ha visto condonado parte de su crédito podrá mantener la relación de clientela y continuar con su negocio. A nadie beneficia y a todos perjudica mantener en la marginación y en la exclusión social y financiera a familias enteras que nunca podrán pagar sus deudas pendientes.

La disposición adicional única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, establece: "El Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente las garantizadas con hipoteca.

Dicho informe incluirá la posible adopción de otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales que, a través de las oportunas iniciativas, completen la protección económica y social de consumidores y familias. A tal efecto, podrán proponerse opciones de solución extrajudicial para estos casos, sean de carácter notarial o registral, de mediación, o de otra naturaleza" .

Los clientes prestatarios responden de su préstamo hipotecario con todo su patrimonio. No pueden liberarse de su deuda mediante la dación en pago del inmueble. La dación de la vivienda en pago de la totalidad de la deuda podría articularse como contenido del convenio concursal entre deudor y acreedores. Sería una medida legal tutelada por la autoridad judicial.

La crisis económica es un acontecimiento imprevisible y fuera del control de los deudores hipotecarios, ya que suscribieron contratos en unas circunstancias que no



son las actuales. Desde esta perspectiva podemos examinar su responsabilidad contractual.

La crisis es un supuesto de caso fortuito, que podía haber sido evitado por el profesional del crédito, aunque la industria bancaria lo niegue, pero que en cualquier caso puede ser una causa de exoneración de la responsabilidad del deudor consumidor de buena fe por caso fortuito. El supuesto de caso fortuito para el deudor consumidor de buena fe lo liberaría de su responsabilidad según el Código Civil. Sin embargo, para evitar un enriquecimiento injusto hay que considerar que para liberarse de la deuda debe entregar la vivienda a su acreedor.

La banca debía haber limitado la concesión de préstamos hipotecarios a un porcentaje del valor del inmueble. Nunca se han debido conceder préstamos hipotecarios por encima del 80% del valor de tasación del inmueble. Razones de solvencia de la propia entidad, como la defensa de la estabilidad del sistema financiero lo justifican, pero es también una medida legal, la principal, de defensa del cliente, para evitar el sobreendeudamiento. El sistema legal está pensando en una garantía suficiente para asegurar, en caso de impago y ejecución de la garantía con venta o adjudicación del inmueble, el reembolso del crédito.

Las normas de transparencia hipotecaria recogidas en la Orden de 5 de mayo de 1994, han demostrado ser ineficaces. Además sirvieron de pretexto a las entidades para no adherirse al acuerdo europeo de Código de conducta voluntario sobre información precontractual para créditos vivienda, de 2001, que habría equiparado a España con las buenas prácticas de los demás países europeos. La aprobación de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, ha venido a derogar la Orden de 1994, actualizando las obligaciones de transparencia hipotecaria a las últimas propuestas europeas, dando un período transitorio de nueve meses a las entidades para adaptarse a las nuevas normas. Esta mejora del marco normativo debe ser desarrollada por el Banco de España, quien en particular debe elaborar una guía de acceso al préstamo hipotecario. Esta guía también debería recoger las buenas prácticas en materia de ejecución hipotecaria. De este modo se educa al deudor consumidor y se le informa de sus derechos, con el respaldo del Banco de España.

Las entidades financieras tienen la obligación profesional de informar del contenido técnico de los productos y servicios financieros. Este asesoramiento técnico va más allá de la mera descripción del producto. Según la Comisión Europea, un buen



asesoramiento aumenta la confianza del consumidor. Por esta razón, la Comisión “desea promover criterios rigurosos de asesoramiento hipotecario, admitiendo, por otra parte, que no todos los consumidores precisan un mismo nivel de asesoramiento”.

El marco legal encarga al notario la transmisión al cliente de la información financiera y lo debe hacer de forma comprensible, “advirtiendo expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas”.

La labor de información y de asesoría técnica debe recaer fundamentalmente sobre las entidades que comercializan los préstamos hipotecarios. En el régimen de la hipoteca inversa ya se reconoce la necesidad de este asesoramiento. En el marco del régimen de transparencia y protección de la clientela, las entidades que concedan hipotecas inversas deben “suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto”.

Cuestión distinta es si las entidades bancarias deben prestar el servicio de asesorar al cliente seleccionando en el mercado el producto más adecuado a su perfil. Dicho servicio va más allá del asesoramiento técnico sobre el contenido y los riesgos de la operación. Para prestar el servicio autónomo de asesoramiento financiero, los intermediarios deben realizar un estudio de las ofertas disponibles en el mercado de modo que puedan recomendar aquellas que más se adecuen a las necesidades, la situación financiera y las circunstancias personales del consumidor. Según la propuesta de directiva comunitaria sobre préstamo hipotecario, dicho servicio sólo podrá comercializarse como asesoramiento cuando se informe al consumidor de que se está prestando ese servicio adicional y se le informe de forma transparente de la remuneración que se cobra por dicho servicio. Esta es la solución recogida en el artículo 10 de la Orden EHA/2899/2011, que exige suscribir un contrato y la obligación de actuar en el mejor interés del cliente.

La obligación de evaluar la solvencia del cliente con el fin de asegurar la concesión responsable de crédito está recogida en general en la Ley de economía sostenible y en particular en la Ley del crédito al consumo.



La Ley del crédito al consumo complementa la protección del cliente bancario. Desarrolla el principio del crédito responsable conforme a unos criterios que deben servir para interpretar la concesión responsable de créditos hipotecarios. De hecho la propuesta de directiva europea sobre préstamos hipotecarios, tomando como referente el marco que le proporciona la Directiva del crédito al consumo, hace más rigurosas las disposiciones sobre evaluación de la solvencia. Según esta propuesta de directiva: “el comportamiento irresponsable de ciertos operadores del mercado contribuyó a crear una burbuja inmobiliaria y fue uno de los elementos determinantes de la crisis financiera. Es obvio, por tanto, que es necesario combatir la concesión y contratación de préstamos irresponsables, a fin de evitar que se repitan las condiciones que desembocaron en la actual crisis financiera”. Con estos antecedentes, la propuesta de directiva sobre préstamos hipotecarios pretende “favorecer la estabilidad financiera garantizando para ello un funcionamiento responsable de los mercados de crédito hipotecario”. Según esta propuesta “los efectos de una actividad de préstamo irresponsablemente desarrollada en un país pueden propagarse rápidamente más allá de las fronteras nacionales, en parte por el carácter multinacional de ciertos grupos bancarios, y también por la naturaleza internacional del riesgo titulizado”.

De tal modo que esta propuesta de directiva traslada al ámbito del crédito hipotecario las obligaciones de concesión responsable de crédito ya recogidas en la Directiva de crédito al consumo, aunque actualizadas atendiendo al marco MiFID de protección al cliente que rige en el mercado de valores. Según esta propuesta las obligaciones de información financiera al cliente se deben corresponder con su nivel de conocimientos y de experiencia en materia de crédito. También se obliga al prestamista a evaluar la capacidad del consumidor para reembolsar el crédito, atendiendo a las circunstancias personales de este y basándose en información suficiente. Y lo más importante desde el punto de vista de protección al cliente, se establece la obligación de abstención de dar crédito cuando los resultados de la evaluación de la solvencia sean negativos. Es decir prohíbe expresamente la concesión irresponsable de crédito.

En España el artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011 desarrolla las previsiones sobre evaluación de la solvencia recogidas en la Ley de Economía Sostenible. Se debe evaluar la capacidad del cliente para cumplir sus obligaciones y tener los procedimientos internos para realizar las evaluaciones. No se recoge la prohibición de conceder préstamos ante evaluaciones negativas. Por el contrario el último



apartado de dicho precepto recoge una cláusula de exención de responsabilidad, útil disclaimer para las entidades con el siguiente tenor: “La evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes.”

El sistema de subastas recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil ha sido muy criticado por su falta de eficacia. No obstante su posible mejora, no consideramos que sea un elemento esencial para hacer frente al problema actual. Hay un problema de tasaciones exageradas y de sobreendeudamiento sobrevenido como consecuencia del crédito irresponsable y de la crisis económica. Los deudores no pueden pagar y los inmuebles han bajado de precio, no siendo su valor de mercado en muchos casos suficiente para hacer frente a la deuda hipotecaria. Por mucho que se mejore el sistema de subastas el problema de la insuficiencia de la garantía para hacer frente al reembolso de la deuda subsistirá. De todas formas, no hay duda de que se podría mejorar la publicidad de la subasta y fomentar las iniciativas de subastas por internet.

A la vista de la situación descrita, se han efectuado diversas recomendaciones, en función de sus respectivas competencias, a los Ministerios de Justicia, Economía y Competitividad y de la Presidencia, al Banco de España, así como a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones dependiente del citado Ministerio de Economía y Competitividad. A continuación se da cuenta del conjunto de las recomendaciones formuladas.

RECOMENDACIONES:

4.1. Reforzar la independencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España.

En una situación de crisis como la actual el papel del Banco de España es fundamental para encontrar un equilibrio entre las dos partes de la relación, banco y cliente, pudiendo evitar incluso procesos judiciales. Para ello es preciso reforzar su independencia frente a las entidades de crédito y que éste ejerza una verdadera labor mediadora, pudiendo establecerse como requisito de procedibilidad en las ejecuciones hipotecarias el agotamiento de la vía extrajudicial de mediación.



4.2. Medidas Preventivas

4.2.1. Mejorar la transparencia. Las normas de transparencia, contenidas en la Orden de 5 de mayo de 1994, han demostrado ser insuficientes. La aprobación de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, que ha derogado la citada Orden de 1994, actualizando las obligaciones de transparencia hipotecaria a las últimas propuestas europeas, tampoco soluciona el problema según se deriva de la investigación de oficio recientemente planteada ante el Ministerio de Economía y Hacienda a fin de que, antes de su entrada en vigor, se corrijan las deficiencias denunciadas.

4.2.2. Hacer efectivo el asesoramiento técnico, tanto por parte de las entidades financieras, que tienen la obligación profesional de informar del contenido técnico de los productos y servicios financieros a los clientes antes de su contratación, como por los notarios, quienes tienen encargada la transmisión al cliente de la información financiera de forma comprensible (no solo la lectura en voz alta).

Cuestión distinta es si las entidades bancarias deben prestar el servicio de asesorar al cliente seleccionando en el mercado el producto más adecuado a su perfil. Dicho servicio va más allá del asesoramiento técnico sobre el contenido y los riesgos de la operación. Para prestar el servicio autónomo de asesoramiento financiero, los intermediarios deben realizar un estudio de las ofertas disponibles en el mercado de modo que puedan recomendar las más adecuadas a las necesidades que pretenden cubrirse no ofreciendo solo sus propios productos.

4.2.3. Desarrollar la obligación de concesión responsable de crédito. La obligación de conocer la solvencia del cliente está prevista de forma general en la Ley de Economía Sostenible, y en particular en la Ley del Crédito al Consumo y la Orden 2899/2011, de 18 de octubre, que desarrolla el contenido de la Ley de Economía sostenible, pero no establece las consecuencias para las entidades de crédito cuando incumplen sus obligaciones al respecto.

4.2.4. El establecimiento de restricciones a la práctica generalizada de las entidades bancarias de imponer la contratación de los seguros de protección de préstamos, que como ha quedado expuesto anteriormente en la gran mayoría de los casos no garantizan el pago de los préstamos, dadas las numerosas limitaciones para desplegar la cobertura, tanto por desempleo como por incapacidad, evitando las



consecuencias económicas negativas para los clientes por el elevado coste del seguro, y posibilitar la contratación voluntaria real de estos u otros seguros a los consumidores en el caso de que decidieran protegerse de esos riesgos, y evitar un enriquecimiento irregular de las entidades de crédito.

Asimismo, se recomienda que se extremen las cautelas en la interpretación que se efectúa de estas pólizas, ya que está claro que los ciudadanos no han prestado su consentimiento libremente para su contratación y, desde luego, no han prestado su consentimiento informado.

4.2.5. Intensificar la independencia de las sociedades de tasación. En España el marco legal no previene de forma adecuada los conflictos de interés que surgen ante la dependencia de las principales entidades de tasación de los grupos bancarios que conceden los préstamos hipotecarios.

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, no está dando los resultados esperados, aunque trata de reforzar la independencia de las entidades de tasación a través de la exigencia de un reglamento interno de conducta destinado a prevenir los conflictos de interés y de una Comisión Técnica encargada de verificar el cumplimiento de los requisitos de independencia establecidos por el citado reglamento. Es un sector que debe abrirse a la libre competencia y sobre todo independizarse de las entidades financieras.

4.2.6. Intento de acuerdo previo como requisito de procedibilidad en las ejecuciones hipotecarias. En muchas ocasiones los particulares se quejan de la inflexibilidad de la banca para negociar los pagos de la deuda, ya que hay personas que tienen patrimonio pero falta de liquidez, por ello sería deseable que antes de acudir al procedimiento judicial elegido se establezca la obligación de intento de conciliación previa al igual que existe en otros procesos judiciales.

4.2.7. Regular de forma adecuada al momento social la regulación de las hipotecas que afectan a la vivienda habitual y al local de negocio donde se ejerce la actividad que constituye el medio de vida de los particulares, del resto de su patrimonio, separando el régimen jurídico de estos, cuando se dan en garantía del cumplimiento de un crédito hipotecario.



4.3. Medidas paliativas

4.3.1. Regulación de un procedimiento específico para la insolvencia de las personas físicas, ya sea procesal o extraprocésal, toda vez que la Ley Concursal vigente no ofrece una respuesta adecuada al problema de su endeudamiento, pudiendo quedar liberado de sus deudas tras el concurso al igual que sucede con las empresas.

En esta línea la disposición adicional única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, establece que el Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales, en el plazo de 6 meses, un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y proponer en su caso nuevas medidas.

4.3.2. Mejorar el sistema de subastas recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ha sido muy criticado por su falta de eficacia, aunque ante una situación como la presente, en que los bienes se tasaron de forma exagerada y existe un sobreendeudamiento sobrevenido, como consecuencia del crédito irresponsable y de la crisis económica, ésta no es la solución. La mejora en la publicidad de las subastas y el fomento de las iniciativas de subastas por Internet pueden ayudar a una mayor concurrencia y la obtención de un precio más alto.

4.3.3. La adopción de medidas extraordinarias, que con el fin de evitar situaciones de exclusión social, permitan a los deudores de buena fe, que han perdido su vivienda o local de negocio donde ejercen su actividad económica, continuar utilizando los mismos mediante un precio asumible, buscando su recuperación económica e integración social. O se busque cualquier otro tipo de fórmula jurídica (arrendamiento forzoso, *leasing*, derecho de habitación, retroventa, etc.) que garantice a los deudores el derecho a una vida digna.

4.3.4. Limitación de los gastos en caso de mora. Por imperativo legal se deberían limitar estos gastos para el deudor de buena fe que únicamente hacen crecer la deuda desproporcionadamente, provocando la imposibilidad para el deudor de enfrentarse al pago de la misma. En muchas ocasiones los gastos que genera la mora son difíciles de explicar por las entidades de crédito, siendo a veces de dudosa legalidad.



4.3.5. Limitación de intereses moratorios. Con el fin de evitar la usura, los intereses de demora deben quedar limitados a dos veces el interés legal del dinero según criterio jurisprudencial.

La garantía hipotecaria se extiende hasta la denominada “cifra de responsabilidad hipotecaria” que comprende la deuda del principal, los intereses remuneratorios pendientes de pago, los intereses de demora, más los gastos y costas judiciales. En estas partidas destacan los intereses moratorios muchas veces superiores al 20%. El artículo 20 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Crédito al Consumo, establece que en ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos “un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero”. Esta referencia ha sido utilizada por la jurisprudencia para integrar el supuesto de la usura identificado en la Ley Azcárate de 23 de julio de 1908.

4.3.6. Acuerdo político asumido por el sector bancario, a través de organismos representativos, como la Asociación Española de Bancos y la Confederación Española de Cajas de Ahorro, incluyendo una moratoria en el pago de las hipotecas y flexibilización de cuotas, así como la posibilidad del establecimiento de un sistema de pago con carencia de amortización de capital haciendo la cuota asumible. Existen precedentes en los que, en situaciones menos graves, se ha llegado a un acuerdo político asumido por la industria bancaria, como las tasas de intercambio fijadas unilateralmente por las redes de tarjetas que eran desproporcionadas. También el convenio suscrito entre Gobierno y la Asociación Española de la Banca, de 29 de abril de 2008, en cuya virtud se compromete a promover entre las entidades de crédito que estas, de manera voluntaria, puedan renunciar a sus comisiones en el caso de una modificación hipotecaria relativa a la ampliación del préstamo hipotecario.

Se podría facilitar los aplazamientos de pago, a semejanza del artículo 11 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la venta a plazo de bienes muebles, que autoriza a los jueces a imponerlos en atención a desgracias familiares o circunstancias que lo aconsejen. Esta moratoria tan solo supondría el aplazamiento en el pago, no la liberación del mismo.



Otro elenco de posibilidades que podría acompañar a la moratoria, sería la supresión de tasas, costas, moderación de cláusulas penales, o la paralización del devengo de intereses durante el proceso, que coadyuven a superar las dificultades para atender los créditos pendientes de pago. Del mismo modo se podría permitir el pago del capital antes que los intereses, lo que conllevaría la reducción de la deuda que genera obligaciones accesorias.

4.3.7. Aprobación por parte de las entidades de crédito de un reglamento interno de comercialización y ejecución de préstamos hipotecarios, según un modelo de código de conducta aprobado por el Gobierno. El artículo 37 de la Ley de Competencia Desleal se refiere al fomento por parte de la Administración y de las asociaciones profesionales de “códigos de conducta relativos a las prácticas comerciales con los consumidores, con el fin de elevar el nivel de protección de los consumidores y garantizando en su elaboración la participación de las organizaciones de consumidores”. El mercado financiero no es ajeno a este tipo de códigos. El artículo 78 de la Ley del Mercado de Valores establece que las entidades de crédito que presten servicios de inversión deberán cumplir los códigos de conducta que apruebe el Gobierno y sus reglamentos internos de conducta.

En el ámbito europeo existen precedentes. Hay un Código de Conducta Voluntario sobre Información Precontractual para los Créditos Vivienda, de marzo de 2001, que fue avalado por la Comisión Europea en su Recomendación 2001/193/CE, de 1 de marzo de 2001, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores que contratan préstamos para la adquisición de vivienda. Entidades bancarias de todos los estados miembros se adhirieron a este código, excepto las españolas alegando que existían normas internas de mayor protección.

En este marco, se propone la aprobación de un modelo de “Código de conducta para la comercialización y ejecución de préstamos hipotecarios” a adoptar a corto plazo por todos los bancos y demás intermediarios financieros como reglamento interno de conducta. Conforme al cual las entidades se comprometerían a aplicar un protocolo en la ejecución de préstamos hipotecarios con consumidores. En caso de discrepancia con el cliente, este podría acudir a las autoridades de consumo o al Servicio de Reclamaciones del Banco España para que resolviera sobre la correcta aplicación por parte de la entidad de las normas de conducta y de protección del consumidor en la relación hipotecaria.



4.3.8. La Guía de acceso al préstamo hipotecario, que debe elaborar el Banco de España, también debería recoger las buenas prácticas en materia de ejecución hipotecaria.

4.3.9. Establecimiento de un plan de pagos en los casos de concesión irresponsable del préstamo por parte de las entidades de crédito. El Banco de España, a través de su Servicio de Reclamaciones, tiene la autoridad y dotación adecuada para resolver sobre aquellos casos en que haya existido una incorrecta aplicación de las normas de conducta o de protección de los consumidores. En estos casos de concesión irresponsable de crédito, la entidad concedente del mismo debe verse obligada a pactar un plan de pago por parte del cliente y en su defecto aceptar la dación en pago.

4.3.10. Resolver el problema de los productos de permuta financiera de acuerdo con los pronunciamientos judiciales, que están anulando los mismos ante la falta de consentimiento e información en su contratación. La banca ha colocado a los particulares seguros destinados a minorar el riesgo de la subida de tipos de interés en sus préstamos hipotecarios que han resultado ser permutas financieras (*swap, clip...*). Como resultado de los *swaps* contratados, los clientes deben pagar periódicamente sumas importantes, pagos que se prolongarán hasta el vencimiento del producto. Y para cancelar el producto la banca exige el pago de cantidades mucho más elevadas que el resultado de actualizar los compromisos asumidos.

5. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA





AA. VV.: Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar, coordinado por Cuenca Casas y Colino Mediavilla, Thomson-Civitas, Pamplona, 2009.

ADÁN GARCÍA, María Emilia. "La dación en pago". Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica. 2009, Fundación Registral.

ARRANZ PUMAR, Gregorio. "El mercado hipotecario español. Los títulos del mercado hipotecario". CUNEF n.º 1, 2009,

BASSOLS COMA, Martín: "El derecho a la vivienda ante la crisis económica y el cambio climático: intervención de las administraciones públicas ante situaciones de vulnerabilidad social y urbanística". En : *Revista general de legislación y jurisprudencia*, ISSN 0210-8518, n.º 1, 2011, págs. 13-42.

BERMEJO VERA, José. Derecho Administrativo. Parte especial. Madrid. Civitas, 2001.

BERNAL-QUIRÓS CASCIARO, Juan José. "La ejecución hipotecaria". Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica, 2009, Fundación Registral.

BUSTO LAGO, José Manuel (coord.): El consumidor ante la crisis económica vivienda, mercado hipotecario y concurso : actas de la reunión científica celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, A Coruña, 12-13 de noviembre de 2009, Universidade da Coruña, Servicio de Publicaciones, 2010.

CARRASCO PERERA, Ángel: "Tener y no tener un derecho subjetivo a la vivienda", En: Actualidad jurídica Aranzadi, ISSN 1132-0257, n.º 814, 2011, pág. 3.

CASTILLA CUBILLAS, Manuel: "La responsabilidad patrimonial limitada en los préstamos hipotecarios como instrumento de modulación de los precios inmobiliarios". En : Actualidad Civil, n.º 12, quincena del 16 al 30 jun. 2011, pág. 1355, Tomo 1, LA LEY.

CONSEJO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS: Dictamen de iniciativa propia del Consejo de consumidores y usuarios relativo a la situación de endeudamiento y sobreendeudamiento financiero de las familias en la actual situación de crisis Económica y del crédito. Madrid, 2009.



CUENA CASAS, Matilde. Algunas deficiencias de la ley concursal ante la insolvencia de la persona física. <http://eprints.ucm.es> [ref. de 18 de enero de 2012].

CUENA CASAS, Matilde. Los problemas en el concurso de la persona física. Proyecto SEJ 2007-60719. Madrid, Ministerio de Ciencia e Innovación.

DEFENSORES DEL PUEBLO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. "Impacto de la Crisis Económica en el sector de la vivienda y su repercusión sobre la familias y las personas". I Taller. Murcia, Abril 2010.

MANZANO SOLANO, Antonio. Estudios sobre la hipoteca. Fundación Registral, 2009

NASARRE AZNAR, Sergio. Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria, Cuadernos Digitales de Formación, CGPJ, 2011, vol. 9.

ORDÁS, Marta: "La contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios en la Ley 2/2009, de 31 de marzo". En : Aranzadi Civil, núm. 2, 2009, págs. 2137 y ss.

PULGAR EZQUERRA, Juana: "Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar", Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, nº. 9, 2008 , págs. 43-73

RUBIO TORRANO, Enrique. "De la ley que define la hipoteca inversa y regula muchas otras cosas". En: Aranzadi Civil-Mercantil nº 17/2007.

TRUJILLO DÍEZ, Iván Jesús. El sobreendeudamiento de los consumidores. Granada, 2003.

ZABALETA DÍAZ, Marta. "El concurso del consumidor". En : Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá III (2010), págs. 301-331.

ZUNZUNEGUI, Fernando: Derecho del Mercado Financiero, 3ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2005.

6. ANEXOS





6.1. Relación de quejas tramitadas por el Defensor del Pueblo clasificadas por materias que han sido fuente de este estudio

Se indican a continuación las quejas que se han tenido como fuente en la elaboración de este estudio, todas las referencias que se hacen a las actuaciones del Defensor del Pueblo están recogidas en las mismas.

ACTUACIÓN BANCA

2008: 08000374, 08002260, 08002735, 08003323, 08003583, 08003822, 08003982, 08005359, 08005609, 08005695, 08006045, 08008331, 08008388, 08008418, 08008752, 08009315, 08009409, 08011971, 08013424, 08013621, 08014942, 08015216, 08016339, 08016584, 08017275, 08017525, 08018140, 08018448, 08018450, 08018582, 08018699, 08019146, 08019648, 08019814, 08021862, 08021960, 08022864, 08023481.

2009: 09001361, 09001747, 09002050, 09002229, 09002338, 09002368, 09002484, 09003138, 09003192, 09003209, 09003342, 09003527, 09003569, 09003902, 09004023, 09004123-01, 09004200, 09004346, 09004394, 09004794, 09004896, 09005294, 09005379, 09005614, 09005725, 09006031, 09006212, 09006323, 09006499, 09006711, 09006858, 09007193, 09007384, 09007529, 09007543, 09007813, 09007868, 09008286, 09008315, 09008731, 09008780, 09009353, 09009358, 09009989, 09010013, 09010159, 09010265, 09010491, 09010516, 09010935, 09010962, 09011334, 09011380, 09011478, 09012290, 09012815, 09012945, 09013261, 09014778, 09014797, 09016068, 09016645, 09016699, 09016903, 09017548, 09017606, 09017657, 09017751, 09017795, 09017868, 09018216, 09018257, 09018423, 09018477, 09018589, 09018593, 09018696, 09018710, 09018936, 09019323, 09019046, 09019420, 09019549, 09019854, 09020364, 09020689, 09020843, 09020901, 09021132, 09021558, 09021800, 09022039, 09022054, 09022056, 09022124, 09022222, 09022240, 09022406, 09022419, 09022419, 09022420, 09022562, 09022588, 09022631, 09022653.

2010: 10000318, 10000356, 10000425, 10000750, 10000809, 10000992, 10001014, 10001153, 10001637, 10001884, 10002087, 10002091, 10002469, 10002582, 10002717, 10002981, 10003020, 10003234, 10003447, 10004250, 10004253, 10004272, 10004474, 10005099, 10005308, 10005351, 10005784, 10006000, 10006128, 10006389, 10006636,



10006638, 10006680, 10007268, 10007471, 10007498, 10007825, 10008077, 10008086,
10008392, 10008465, 10008543, 10009020, 10009431, 10009992, 10009997, 10010291,
10010351, 10010353, 10010391, 10010633, 10011034, 10011342, 10011391, 10011545,
10011635, 10011818, 10011916, 10011990, 10012657, 10012785, 10012814, 10013140,
10013185, 10013215, 10013387, 10013414, 10013424, 10013481, 10013747, 10013796,
10013902, 10014017, 10014681, 10014704, 10015009, 10015114, 10015494, 10015541,
10015952, 10016284, 10016617, 10017387, 10017651, 10017794, 10017827, 10018177,
10018193, 10018213, 10018417, 10018938, 10019332, 10019463, 10019817, 10019841,
10020341, 10020482, 10020836, 10020884, 10020972, 10022483, 10022510, 10024214,
10024262, 10025001, 10029101, 10029114, 10029503, 10029511, 10029617, 10030930,
10031991, 10032009, 10032550, 10032868, 10033704, 10033818, 10034535, 10035250.

2011: 11000421, 11000549, 11000632, 11000897, 11001010, 11001296, 11001603,
11003679, 11003743, 11004157, 11004425, 11004434, 11004554, 11004600, 11004680,
11004696, 11004853, 11005189, 11006067, 11006078, 11006545, 11006863, 11007019,
11007751, 11007875, 11007937, 11008250, 11008345, 11008463, 11008469, 11008498,
11008773, 11008943, 11009369, 11009512, 11009638, 11009688, 11009830, 11009860,
11010229, 11010437, 11010855, 11010895, 11011086, 11011412, 11011653, 11011763,
11011851, 11012608, 11012758, 11012918, 11013077, 11013161, 11013254, 11013338,
11013355, 11013379, 11013631, 11014452, 11015109, 11015225, 11015382, 11016019,
11016184, 11016841, 11016894, 11016911, 11016943, 11017016, 11017149, 11017253,
11017749, 11017854, 11017914, 11018283, 11018331, 11018417, 11018573, 11018713,
11018979, 11018984, 11019108, 11019545, 11019713, 11019755, 11019929, 11020094,
11020096, 11020364, 11020469, 11021279, 11021526, 11021812, 11021891, 11022084,
11022291, 11022299, 11022300, 11022551, 11022689, 11022886, 11022965, 11023064,
11023353, 11023443, 11023480, 11023606, 11023608, 11023679, 11023942, 11023974,
11024025, 11024051, 11024172, 11024182, 11024257, 11024683, 11024599.

ACTUACIÓN BANCA SIN AUTORIZACIÓN

2008: 08001633, 08001990, 08007948, 08008411, 08010393, 08021633.

2009: 09017994, 09018581, 09020250, 09022613.

2010: 10014807, 10016110, 10017487.

2011: 11012536, 11016594, 11006207.



AFECTADOS BANIF

2009: 09003346, 09003854, 09004154, 09004182, 09004275, 09004468, 09004949, 09007472, 09007746.

2010: 10002157, 10010464, 10016711, 10020922, 10022550,

ATENCIÓN AL PÚBLICO

2009: 09004811, 09006776, 09008353, 09014488, 09016766, 09016868.

2010: 10006706, 10013662.

BANCO DE ESPAÑA

2008: 08000938, 08002653, 08003949, 08008191, 08008535, 08013919, 08015023, 08015626, 08016976, 08023597.

2009: 09001596, 09004232, 09004737, 09008997, 09010805, 09011204, 09011544, 09011759, 09011774, 09011899, 09012113, 09012403, 09013512, 09013695, 09013729, 09014018, 09014595, 09016896, 09017170, 09017403, 09017855, 09019488, 09020344, 09021120, 09022476, 09022605, 09022181.

2010: 10000782, 10001036, 10001066, 10001117, 10001200, 10001727, 10001845, 10001969, 10001978, 10003632, 10005979, 10006722, 10007577, 10007832, 10008498, 10009220, 10010172, 10010298, 10016490, 10017385, 10018173.

2011: 11000505, 11004836, 11009260, 11009303, 11009773, 11011553, 11011561, 11011927, 11012945, 11013392, 11014537, 11014624, 11016399, 11016701, 11016881, 11019159, 11019643, 11021613, 11021934, 11022266, 11023418.

CLÁUSULA DE SUELO

2009: 09004790, 09005529, 09005872, 09006476, 09006699, 09006966, 09007299, 09007653, 09007818, 09007821, 09008007, 09008033, 09008070, 09008447, 09008492, 09008514, 09008542, 09008644, 09008660, 09008717, 09008987, 09010388,



0901257609012755, 09012876, 09012880, 09013224, 09013519, 09014679, 09014771, 09014913, 09015096, 09015794, 09015893, 09015962, 09015987, 09016887, 09017057, 09017441, 09017611, 09017675, 09017822, 09018252, 09018736, 09018759, 09019054, 09019911, 09021566, 09021997, 09022258, 09022304, 09022602.

2010: 10000187, 10001250, 10002037, 10002371, 10002416, 10002417, 10002482, 10002857, 10002884, 10003024, 10003135, 10003413, 10004577, 10006466, 10006571, 10006648, 10006664, 10006679, 10006763, 10006811, 10007624, 10007992, 10008293, 10008398, 10008433, 10009375, 10009515, 10010054, 10010186, 10010188, 10010331, 10010348, 10010583, 10010897, 10011628, 10011977, 10012417, 10012915, 10018319, 10018940, 10025874, 10026224, 10029341, 10029964, 10031258, 10034952.

2011: 11005924, 11006219, 11006224, 11006718, 11006953, 11007076, 11007174, 11007337, 11007514, 11007694, 11008020, 11009205, 11009690, 11010639, 11010923, 11011202, 11011329, 11011427, 11011722, 11012397, 11016348, 11017159, 11017479, 11018990, 11020573, 11021924, 11022078, 11022495, 11022527, 11022530, 11023231, 11023275, 11023571, 11024029, 11024350.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES (CNMV)

2008: 08010717, 08014120, 08022162, 08016485.

2009: 09000903, 09001287, 09019871, 09013195, 09014444, 09017542, 09018986, 09022050.

2010: 10000817, 10003041, 10008851, 10010731, 10011332, 10011460, 10011935, 10011949, 10018078, 10033340, 10034491, 10034724, 10034980.

2011: 11000572, 11008191, 11009813, 11016923, 11019722, 11020212, 11023842, 11024576.

COMISIONES

2008: 08000129, 08000928, 08000982, 08001648, 08002659, 08002775, 08002806, 08003161, 08003312, 08007842, 08009930, 08010164, 08010167, 08011572, 08013888, 08014252, 08015757, 08016026, 08016117, 08016142, 08017661, 08017951, 08018064, 08018077, 08018392, 08018578, 08021310, 08023650, 08024070.



2009: 09000059, 09000683, 09001841, 09001930, 09002127, 09002324, 09005583, 09005751, 09005865, 09010246, 09010745, 09010746, 09010798, 09011399, 09015077, 09016156, 09016865, 09018675, 09019382, 09019557, 09019721, 09020089, 09020466, 09021025, 09005176, 09010324, 09015758, 09017340, 09018129, 09018136.

2010: 10000285, 10000631, 10000656, 10001192, 10001281, 10001293, 10001374, 10001454, 10001855, 10004048, 10004467, 10005519, 10008171, 10011145, 10012410, 10014226, 10015321, 10018841, 10019048, 10019073, 10021426, 10022306, 10024230, 10024659, 10027311, 10028752, 10032022, 10034003, 10034744, 10035026.

2011: 11000062, 11004306, 11004640, 11006647, 11007493, 11007556, 11008973, 11009818, 11010365, 11010819, 11011187, 11012276, 11014528, 11015862, 11017849, 11018806, 11020138, 11020247, 11021337, 11021880, 11022145, 11022788, 11024368.

CRISIS

2008: 08017428, 08018112, 08018320, 08019739, 08023273, 08023281, 08023930.

2009: 09001283, 09001407, 09001472, 09002011, 09002850, 09003649, 09004799, 09004878, 09007860, 09010735, 09011561, 09011568, 09011677, 09013024, 09016553, 09016567, 09018748, 09020263, 09021045, 09021602.

2010: 10003253, 10005388, 10005882, 10007904, 10008468, 10010577, 10010693, 10010942, 10011640, 10017529, 10033420, 10034513.

2011: 11005189, 11006506, 11007355, 11009728, 11021069, 11023799.

DACIÓN EN PAGO

2009: 09001191, 09019357.

2010: 10000600, 10007642, 10008076, 10008085, 10009909, 10011645, 10017914, 10020640, 10027859, 10033623, 10034115.

2011: 11010923, 11004607, 11006742, 11009268, 11009733, 11010042, 11010089, 11010399, 11012783, 11015304, 11020287, 11023230.



DIFICULTAD PAGO

2008: 08000608, 08002147, 08004837, 08009919, 08016497, 08017276, 08018248, 08018310, 08019295, 08020574.

2009: 09000536, 09000730, 09000736, 09001431, 09002101, 09002116, 09002177, 09002295, 09002483, 09003911, 09005385, 09005792, 09005852, 09006235, 09008760, 09011745, 09013339, 09014847, 09022208.

2010: 10001004, 10001309, 10005225, 10008129, 10008149, 10008326, 10008327, 10010942, 10019582.

2011: 11003669, 11005563, 11006530, 11006535, 11008104, 11009726, 11010031, 11011251, 11011369, 11013272, 11015400, 11015406, 11016169, 11016478, 11018507, 11021210, 11021919, 11022194.

EMBARGO

2008: 08009968, 08014966, 08016303, 08019575, 08024151.

2009: 09013754, 09015537, 09017106, 09019383.

2010:
10002916, 10006395, 10011778, 10020861, 10029780.

2011: 11000090, 11019977.

FONDOS DE PENSIONES

2008: 08019848

2009: 09007269

INTERESES

2008: 08000044, 08000378, 08000643, 08004180, 08014958, 08016870, 08016903, 08021506, 08024038.

2009: 09001112, 09001475, 09001706, 09001841, 09001977, 09002332, 09002614, 09002617, 09002718, 09002964, 09004420, 09004441, 09004793, 09006648, 09007519, 09009241, 09011677, 09013379, 09013711, 09014805, 09014841, 09015191, 09016945, 09017643, 09018536, 09021117, 09022574, 09022654.

2010: 10000399, 10002279, 10005408, 10006058, 10006108, 10006223, 10006706, 10010084, 10010688, 10010981, 10011193, 10012406, 10013321, 10014846, 10018319, 10019790.

2011: 11003648, 11004705, 11009712.

LÍNEAS ICO. INSTITUTO DE CRÉDITO OFICIAL

2008: 08002177, 08013557, 08019207, 08023185.

2009: 09000625, 09000813, 09001226, 09001748, 09001838, 09002252, 09002956, 09002966, 09003529, 09004046, 09004815, 09004989, 09005126, 09007174, 09007531, 09007880, 09007944, 09008418, 09008981, 09012955, 09013448, 09014011, 09014030, 09014188, 09014358, 09015195, 09015947, 09020786.

2010: 10001948, 10002980, 10005119, 10016490, 10017831, 10025223, 10032123, 10034262, 10034533.

2011: 1100088, 11001766, 11006017, 11007452, 11008423, 11011777, 11012939, 11016169, 11016446, 11024484, 11024611.

MÉTODOS COACTIVOS / PROTECCIÓN DATOS

2008: 08003062, 08009649, 08011625, 08014001, 08018775.

2009: 09002608, 09006198, 09008169, 09008225, 09008661, 09008347, 09008871, 09010258, 09010761, 09011223, 09012531, 09013100, 09013183, 09014005, 09014206,



09015320, 09015376, 09015488, 09015529, 09015623, 09015642, 09016119, 09016293, 09016867, 09017982, 09018007, 09019883, 09020193, 09020428, 09020434, 09020587, 09020662, 09020778, 09020817, 09020962, 09022325, 09022428.

2010: 10000029, 10000051, 10000212, 10000269, 10000670, 10000751, 10000929, 10002364, 10002593, 10002679, 10002854, 10005054, 10005121, 10005193, 10005305, 10006578, 10008055, 10009639, 10010086, 10011160, 10011715, 10012337, 10012391, 10012884, 10015101, 10016063, 10016437, 10017278, 10017723, 10017865, 10017895, 10019798, 10020082, 10025320, 10032757, 10034465.

2011: 11000057, 11000298, 11004804, 11006184, 11006579, 11006710, 11006827, 11007004, 1007046, 11007276, 11007997, 11008385, 11009020, 11009073, 11009290, 11009366, 11009872, 11010315, 11010950, 11011739, 11012562, 11012790, 11014515, 11015246, 11017305, 11018032, 11018792, 11020986, 11022088, 11022435, 11022675, 11023053, 11023258, 11023283, 11023409, 11024622.

MORATORIA HIPOTECARIA

2008: 08023289.

2009: 09000545, 09002226, 09002769, 09003302, 09003849, 09004348, 09004380, 09005019, 09005225, 09005715, 09006373, 09006518, 09009222, 09010470, 09011738, 09016581, 09016924, 09017010, 09022005.

2010: 10010704.

OBLIGACIONES PREFERENTES

2011: 11023413, 11023804, 11023875, 11024056, 11024069, 11024070, 11024278, 11024300, 11021311, 11024352, 11024487, 11024523, 11024578, 11024695.

PROBLEMAS CON HIPOTECA

2008: 08008232, 08008903, 08010576, 08010579, 08013393, 08014203, 08014857, 08015965, 08016036, 08016794, 08017035, 08018237, 08018321, 08018383, 08018885, 08018925, 08019356, 080019415, 08019569, 08019861, 08021813, 08022330, 08022946, 08023173, 08023183, 08023967, 08024236.



2009: 09000942, 09001606, 09001614, 09002073, 09002905, 09003003, 09003383, 09004207, 09004483, 09004549, 09004565, 09005163, 09006741, 09006935, 09007035, 09007220, 09007363, 09007373, 09007415, 09007499, 09008028, 09010227, 09010548, 09010667, 09010995, 09011029, 09012028, 09012294, 09012961, 09014078, 09014942, 09016661, 09016666, 09016976, 09017097, 09017112, 09017395, 09019768, 09019782, 09020726, 09021943, 09022138.

2010: 10000319, 10002193, 10002350, 10002791, 10002846, 10003123, 10004214, 10004264, 10005976, 10005987, 10007542, 10007890, 10008673, 10008726, 10010078, 10011838, 10012248, 10013198, 10013251, 10013315, 10013613, 10014522, 10017683, 10018987, 10019999, 10020036, 1002354910025035, 10026428, 10028944, 10033860, 10034164, 10035077.

2011: 11000189, 11000725, 11000738, 11000760, 11003671, 11003686, 11004117, 11004262, 11005552, 11005876, 11006029, 11006446, 11006527, 11006782, 11006950, 11007430, 11009216, 11009242, 11009299, 11009577, 11009878, 11009893, 11009936, 11009975, 11010058, 11010063, 11010135, 11010512, 11011680, 11011827, 11012280, 11013910, 11014227, 11016797, 11017057, 11017646, 11019332, 11020585, 11020590, 11020654, 11021423, 11021871, 11021905, 11021943, 11022330, 11022611, 11022974, 11023707, 11023713, 11023725, 11023824, 11023954, 11023965, 11023994, 11024096, 11024307, 11024758.

PRODUCTOS FINANCIEROS

2009: 09000668, 09005319, 09005445, 09005512, 09005613, 09005704, 09005850, 09006010, 09006012, 09006017, 09006019, 09006021, 09006022, 09006024, 09006027, 09006030, 09006032, 09006055, 09006057, 09006058, 09006299, 09006332, 09006853, 09007077, 09007212, 09007271, 09007445, 09007453, 09008155, 09008245, 09008467, 09008607, 09008724, 09008921, 09009174, 09009264, 09009292, 09009315, 09009368, 09009389, 09009634, 09009654, 09010076, 09010111, 09010249, 09010397, 09010469, 09010484, 09010688, 09010766, 09010861, 09010927, 09010949, 09011055, 09011062, 09011088, 09011120, 09011130, 09011776, 09012179, 09012526, 09012971, 09012972, 09013016, 09013045, 09013217, 09013323, 09013359, 09013479, 09013762, 09013814, 09013872, 09013905, 09013908, 09013927, 09014080, 09014237, 09014246, 09014293, 09014377, 09014489, 09014705, 09014717, 09015177, 09015711, 09015957, 09016034, 09017030, 09017111, 09017318, 09017445, 09017723, 09017817, 09018168, 09018258,



09018475, 09018755, 09018807, 09018823, 09018913, 09018917, 09018967, 09019061, 09019110, 09019181, 09019318, 09019365, 09019456, 09019622, 09019639, 09019897, 09020048, 09020326, 09020368, 09020430, 09020437, 09020471, 09021210, 09021225, 09021248, 09021578, 09021606, 09021632, 09021641, 09021647, 09021654, 09021657, 09021660, 09021717, 09021849, 09021876, 09022038, 09022084, 09022126, 09022326, 09022442, 09022480, 09022628, 09022752.

2010: 10000010, 10000122, 10000508, 10000575, 10000594, 10000614, 10000734, 10000828, 10000910, 10001006, 10001276, 10001284, 10001949, 10002245, 10002600, 10002656, 10002662, 10002748, 10002799, 10002878, 10002979, 10003292, 10003593, 10004195, 10004208, 10004262, 10004308, 10004793, 10005557, 10005979, 10006016, 10006062, 10006320, 10006614, 10007577, 10007907, 10007994, 10008388, 10010189, 10010331, 10010380, 10010526, 10010608, 10010680, 10010687, 10010697, 10010703, 10011157, 10011334, 10011859, 10011904, 10012076, 10012531, 10013263, 10014059, 10014081, 10014328, 10014346, 10017162, 10017675, 10017737, 10018097, 10019494, 10020233, 10020382, 10020613, 10020702, 10020702, 10020814, 10020882, 10022021, 10025850, 10026826, 10031366, 10031872, 10032431, 10032485, 10032828, 10034426, 10034838.

2011: 11000924, 11004031, 11005038, 11006049, 11006951, 11006954, 11007237, 11007491, 11009303, 11009813, 11009884, 11009998, 11010066, 11011638, 11013062, 11013071, 11014537, 11016560, 11022718, 11024350.

SUBROGACIÓN HIPOTECA

2008: 08000151, 08006845, 08007705, 08008227, 08008236, 08016280, 08016513.

2009: 09005437, 09017644, 09020752.

2011: 11016337.

SUBASTA/EMBARGO VIVIENDA POR IMPAGO

2008: 08000433, 08015655, 08015869, 08019824.

2009: 09000250, 09000615, 09003199, 09006208, 09007498, 09008491, 09008512, 09013131, 09013925, 09018674, 09020389, 09020475, 09020759, 09022066.



2010: 10000461, 10005144, 10007591, 10007785, 10008133, 10008381, 10009560, 10011588, 10017697, 10021706, 10026238, 10026453, 10029346.

2011: 11000096, 11000173, 11004115, 11004428, 11004641, 11009490, 11010002, 11012462, 11012994, 11013027, 11016014, 11016648, 11022503.

NACIONALIZACIÓN BANKIA

2011: 11016921, 11016937, 11017053, 11017060, 11017071, 11017073, 11017171, 11017176, 11017279, 11017453, 11017592, 11017644, 11018200, 11018526, 11018968.

REFORMA LEY HIPOTECARIA, LEY CONCURSAL, QUIEBRA E INSOLVENCIA FAMILIAR, LEY DE ECONOMIA SOSTENIBLE

2008: 08010776

2009: 09003646, 09003649, 09015449, 09020275, 09020649
09021433, 09021470, 09021473, 09021478, 09021526

2010: 10035244, 10002183

2011: 11009726, 11010858, 11014008, 11008104

SEGUROS DE VIDA

2008: 08002561, 08005051, 08009661, 08015628, 08016120, 08016607, 08019012, 08019794, 08022650.

2009: 09000609, 09001672, 09003863, 09007669, 09009062, 09012079, 09013079
09013613, 09016133, 09017795, 09018492, 09021078, 09021184, 09022556

2010: 10003249, 10004405, 10004790, 10005045, 100050, 10013070, 10014233, 10018115, 10033952



2011: 11000615, 11009766, 11010041, 11010744, 11011382, 11014413, 11015775, 11016930, 11018196, 11021753, 11021878, 11021961, 11022019, 11022300.

SEGUROS DE DESEMPLEO

2008: 08003184, 08018726

2009: 09000559, 09000609, 09001736, 09002492, 09004217, 09010885, 09013257, 09015923, 0901830209022746

2010: 10009290, 10011705, 10021012, 10023640

2011: 1101030611013246, 11016596, 11021077, 11021810, 11021813, 11022004, 11022234, 11024781



6.2. Resoluciones judiciales

A continuación, se publican los textos de una selección, no exhaustiva, de resoluciones judiciales, mencionadas en páginas anteriores.

Las cuatro primeras están publicadas en la base de datos de jurisprudencia del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) y se ha obtenido el correspondiente permiso de reproducción.

En la última, referida a los *swaps*, el juez ha tenido en cuenta explícitamente el criterio de la Institución sobre la cuestión. El documento se ha obtenido de la base de datos que la Asociación de Usuarios Afectados por Permutas y Derivados Financieros (ASUAPEDEFIN) pone a disposición de los interesados en Internet y, además, de la que se ha solicitado autorización de reproducción al CENDOJ .

Dación en pago:

- Auto núm. 574/2009, de 13 de noviembre de 2009, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Estella/Lizarra (Navarra).
- Auto núm. 111/2010, de 17 de diciembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª).

Hipotecas con cláusulas de suelo:

- Sentencia núm. 246/10, de 30 de septiembre de 2010, del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla.
- Sentencia de 7 de octubre de 2011, de la Audiencia Provincial de Sevilla (en estos momentos está recurrida en casación ante el Tribunal Supremo).

Productos de permuta financiera (*swaps, clip, stockpyme...*):

- Sentencia, de 4 de junio de 2010, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de Telde (Gran Canaria).

Roj: AJPII 3/2009
Id Cendoj: 31097410022009200001
Órgano: Juzgado de Primera Instancia e Instrucción
Sede: Estella/Lizarra
Sección: 2
Nº de Recurso: 1071/2008
Nº de Resolución: 574/2009
Procedimiento: CIVIL
Ponente: ESTHER FERNANDEZ ARJONILLA
Tipo de Resolución: Auto

Juzgado de Primera Instancia e instrucción Nº 2

Plaza de San Martín nº4

Estella/Lizarra

Teléfono: 948.65.02.94

Fax. 948.54.61.43

Procedimiento: EJECUCIÓN

Nº Procedimiento: 0001071/2008

NIG: 3109741120080001949

Materia: Hipotecaria

Resolución: Auto 000574/2009

Intervención

Ejecutante

Ejecutado

Ejecutado

Interviniente

BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.

Vidal

María Milagros

Procurador:

PEDRO BARNO URDIAIN

AUTO N° 574/2009

JUEZ D^a. ESTHER FERNANDEZ ARJONILLA

En Estella/Lizarra, a 13 de noviembre de 2009.

Dada cuenta; y atendiendo a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por auto de fecha 24 de Septiembre de 2009 se acordó la adjudicación al ejecutante del inmueble descrito en dicha resolución por 42.895 # como cantidad superior al 50% del valor de tasación.

SEGUNDO.- Por escrito de fecha 16 de Octubre de 2009, presentado por el Procurador Sr [REDACTED] en nombre y representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, se solicitó la continuación de la ejecución en virtud del *artículo 579 de la LEC* .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- El *artículo 579 de la LEC* establece " cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución",

Partiendo del referido precepto, aunque la redacción literal del mencionado precepto no parece ofrecer dudas interpretativas, ello no quiere decir que pueda ser siempre y en todo caso aplicable.

Así, con carácter general no se puede olvidar que la ejecución no debe atender a criterios puramente formales y rigoristas, sino simplemente a dar satisfacción al acreedor, ya que existiendo una deuda que no paga el ejecutado, a través del procedimiento de ejecución, lo que hacemos es proceder a la subasta del bien hipotecado por el ejecutado-deudor, finalizando el procedimiento.

Lo que se observa en el presente caso, es que el ejecutante a través del mecanismo del *artículo 671 de la LEC* se adjudica el bien por una cantidad algo superior al 50% del valor de tasación, por lo que el valor de dicha adjudicación resulta insuficiente para el pago total de la cantidad reclamada por principal, intereses y costas.

Ahora bien, la especialidad con la que nos encontramos, en el caso que nos ocupa, es la confrontación entre el valor de adjudicación (42,895 #) y el valor real o tasado por la parte ejecutante del bien hipotecado a efecto de subasta (75.900 #) siendo la reclamación por principal la de 71.024,52 # cantidad inferior a la de tasación, pues no debe olvidarse que la adjudicación no se produce a favor de un tercero, en cuyo caso el ejecutante recibiría solo el valor de la adjudicación o aprobación de remate, sino a favor del propio ejecutante que, si bien, nominalmente paga por el bien una cantidad algo superior al 50% del valor de tasación, en su patrimonio no entra con tal valor sino el real del mercado que, atendiendo a la valoración de la subasta acordada en la escritura de crédito hipotecario es de 75.900 #.

Es decir, el valor de mercado del bien hipotecado y subastado supera la cantidad reclamada por principal, no habiéndose efectuado por el momento la tasación de Costas ni Liquidación de Intereses en la ejecución hipotecaria.

Por todo ello es evidente que la petición de la continuación de la ejecución solicitada por la parte ejecutante no es procedente, dado que la parte ejecutante ha logrado la satisfacción de su crédito mediante la adjudicación del bien, por lo que la pretensión se muestra abusiva para el presente caso concreto, y no solo por los principios que inspiran este procedimiento, sino por los principales del *art 11 de la LOPJ* , que proscriben el atender cualquier petición que supongan un manifiesto abuso de derecho, como sería el hecho de que a pesar de que el bien adquirido por el ejecutante tiene un valor superior a la deuda del principal.

El ejecutante se extralimita en su petición, como consecuencia real, por lo que la ley debe privarla de protección al suponer un perjuicio para el ejecutado,

Por todo ello solamente sería procedente seguir la ejecución por la cantidad que se apruebe en la oportuna Tasación de Costas y Liquidación de Intereses que se practique.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

Por lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

No ha lugar a la continuación del procedimiento de ejecución por las cantidades que la parte ejecutante solicita en su escrito de fecha 16 de Octubre de 2009, dejando la vía de ejecución por las cantidades que en su día puedan resultar de la Tasación de Costas y Liquidación de Intereses que se practiquen.

Se tiene por finalizada la presente ejecución hipotecaria.

Esta resolución no es firme, contra la misma cabe interponer recurso de APELACIÓN ante al Audiencia Provincial de Navarra (*artículo 455 LEC*). El recurso se prepara por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de CINCO DÍAS limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (*art. 457.2 LEC*)

En virtud de lo dispuesto en el *Art. Primero. Decimoquinta de la LO 1/2009, de 3 de noviembre* , junto con el escrito de preparación, el recurrente deberá acreditar que ha consignado la cantidad de 50 # en la

Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional, de forma tal que si incurre en defecto, omisión o error en la constitución del citado depósito se producirá la inadmisión a trámite del recurso.

Así lo manda y firma S.S^a. doy fe.

Roj: AAP NA 1/2010
Id Cendoj: 31201370022010200001
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Pamplona/Iruña
Sección: 2
Nº de Recurso: 74/2010
Nº de Resolución: 111/2010
Procedimiento: CIVIL
Ponente: FRANCISCO JOSE GOYENA SALGADO
Tipo de Resolución: Auto

Sección: H

SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA
PROVINCIAL DE NAVARRA

C/San Roque, 4-2ªPlanta

Pamplona/Iruña

Teléfono: 848.42.41.06

Fax: 848.42.41.56

Proc.: OTROS ROLLOS CIVILES LEC

2000

Nº 000074/2010

NIG: 3109741120080001949

Resolución: Auto 000111/2010

Procedimiento origen: Ejecución de títulos judiciales 0001071/2008-00

Órgano origen: Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 2 de Estella/Lizarrá

Intervención:

Apelante

Ejecutado

Ejecutado

Interviniente:

BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA

Luis Pedro

Salome

Procurador:

MIGUEL LEACHE RESANO

AUTO N° 111/2010

Presidente

D. JOSÉ FRANCISCO COBO SAENZ

Magistrados

D. FRANCISCO JOSÉ GOYENA SALGADO (Ponente)

D. EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA

En Pamplona/Iruña, a 17 de diciembre de 2010.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra de Navarra, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto en grado de apelación el Rollo Civil de Sala nº 74/2010, derivado del Ejecución hipotecaria nº 1071/2008, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 2 de Estella/Lizarra ; siendo parte apelante, el demandante "BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA", representado por el Procurador D. [REDACTED] y asistido por la Letrada Dña. [REDACTED]

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JOSÉ GOYENA SALGADO.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los del auto apelado.

SEGUNDO.- Con fecha 13 de noviembre de 2009, el referido Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 2 de Estella/Lizarra dictó resolución en los autos de Ejecución de títulos judiciales nº 1071/2008 cuya parte dispositiva, literalmente, dice:

"No ha lugar a la continuación del procedimiento de ejecución por las cantidades que la parte ejecutante solicita en su escrito de fecha 16 de Octubre de 2009, dejando la vía de ejecución por las cantidades que en su día puedan resultar de la Tasación de Costas y Liquidación de Intereses que se practiquen".

TERCERO.- Notificada dicha resolución, fue apelada en tiempo y forma por la representación procesal del demandante, BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA.

CUARTO.- Admitida dicha apelación en ambos efectos y remitidos los autos, previo reparto, correspondieron a esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra en donde se formó el Rollo de Apelación Civil nº 74/2010, señalándose el día 15 de diciembre para su deliberación, habiéndose observado las prescripciones legales.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- SE ACEPTAN los fundamentos de derecho de la resolución recurrida, salvo en lo que se opongan a los de la presente resolución.

SEGUNDO.- Por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº2 de Estella/Lizarra, en autos de ejecución hipotecaria nº 1071/2008, se dictó Auto de fecha 13 de noviembre de 2009 , con la siguiente parte dispositiva:

"No ha lugar a la continuación del procedimiento de ejecución por las cantidades que la parte ejecutante solicita en su escrito de fecha 16 de Octubre de 2009, dejando la vía de ejecución por las cantidades que en su día puedan resultar de la Tasación de Costas y Liquidación de intereses que se practiquen".

Frente a dicha resolución se interpone por el procurador D. [REDACTED] en nombre y representación del "BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.", recurso de apelación, con base en los motivos que estimó oportunos y con el suplico de que se dicte sentencia (sic) por la que, estimando el recurso de apelación, deje sin efecto el citado Auto y en consecuencia acuerde la continuación de la ejecución conforme a lo solicitado en nuestro escrito de 14 de octubre de 2009.

TERCERO.- El examen de las actuaciones llevan a la Sala, no obstante las alegaciones vertidas en el recurso formulado y que ahora examinamos, a confirmar el Auto recurrido, por entender que es ajustado a derecho.

A este respecto cabe hacer las siguientes consideraciones:

a.- La presente litis tiene su origen en la demanda ejecutiva formulada por el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., frente D [REDACTED] y D. [REDACTED] ejercitando las acciones derivadas del préstamo hipotecario suscrito entre las partes, en la que el citado banco ostenta la condición de prestamista y los demandados la de prestatarios.

b.- Concedido el correspondiente préstamo con garantía hipotecaria por importe de 59.390 #, ampliado el 26 de marzo de 2007 en 11.865,39 #, y ante el impago de las cuotas pactadas, el banco ejecutante da por resuelto el contrato y solicita su ejecución, pidiendo se saque a subasta la finca hipotecada.

c.- Habiendo sido desierta la subasta interesó se dictara auto de adjudicación a favor del banco ejecutante, con facultad de ceder el remate a tercero, lo que finalmente manifestó no tener intención de ejercitar, por lo que la finca se le adjudica al citado banco, por el importe de 42.895 #.

A tal efecto se dictó Auto de 24 de septiembre de 2009 de adjudicación.

d.- Mediante el correspondiente escrito el banco ejecutante solicita se prosiga la ejecución por la cantidad no cubierta por la subasta, por importe de 28.129,52 # de principal, más 8.438,86 # calculados para intereses, costas y gastos.

Dicha petición es denegada por Auto de fecha 13 de noviembre de 2009 , que no da a lugar a continuar la ejecución salvo para costas y liquidación de intereses.

El citado Auto es el objeto del presente recurso de apelación que examinamos.

CUARTO.- La parte recurrente viene a desarrollar su pretensión de que se revoque el Auto recurrido y que en consecuencia se continúe la ejecución por la cantidad restante que se le adeuda, sobre la base de que el ejercicio de esta petición no constituye un abuso de derecho, rechazando así la alegación de la juzgadora de instancia y por otra parte por considerar que, pese a las consideraciones que hace la juzgadora de instancia en el Auto recurrido, lo cierto es que la subasta en su día celebrada y por la que se adjudicó la finca objeto de garantía del préstamo concedido, no cubría la deuda reclamada.

a.- En relación con la primera consideración, esto es, la relativa al abuso de derecho, ciertamente podemos considerar, desde el punto de vista formal y de estricto ejercicio del derecho, que no estaríamos ante un abuso de derecho, dado que en definitiva la ley procesal permite a la parte ejecutante solicitar lo que solicita, esto es, que se continúe la ejecución respecto de otros bienes del ejecutado, dado que con los objeto de realización mediante la subasta no han sido suficientes para cubrir la deuda reclamada.

b.- La segunda parte o línea argumental del recurso, vendría dada porque el bien ejecutado en subasta no es suficiente para cubrir la deuda reclamada, de manera que habiendo sido subastado, el valor obtenido es de 42.895 #, ahora bien la afirmación de la parte recurrente de que la finca en sí tiene un valor real que es inferior a la deuda reclamada, debe contrastarse con la propia valoración que se hace en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, que formalizaron las partes y singularmente por lo que supone un acto propio, del propio banco cuando, con arreglo a las cláusulas séptima, novena bis y décima, siendo el objeto y finalidad del préstamo la adquisición de la finca finalmente subastada, y a los efectos de su valor en subasta, se fijo la cantidad 75.900 #.

Es decir, el propio banco en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria y en relación con la finca que es objeto de subasta y que se ha adjudicado materialmente la citada entidad bancaria, la valorada en una cantidad que era superior al principal del préstamo, que recordemos era de 71.225,79 #.

Siendo ello así, es atendible las razones por las cuales la juzgadora de instancia no considera oportuno en este caso continuar la ejecución, por entender que el valor de la finca, no obstante el resultado de la subasta, es suficiente para cubrir el principal de la deuda reclamada e incluso encontrándose por encima de dicho principal, siendo circunstancial el que la subasta, al haber resultado desierta, tan solo sea adjudicada en la cantidad de 42.895#, pero lo cierto es que, como señala el Auto recurrido, el banco se adjudica una finca, que él mismo valoraba en una cantidad superior a la cantidad adeudada por el préstamo concedido, a salvo el tema de intereses y costas.

La argumentación de que el valor real de la finca al tiempo en que se le adjudica es inferior, vendría dado o apoyado en una eventual nueva tasación, que aportó con el escrito de recurso siendo desestimada su aportación por Auto de la Sala de fecha 6 de septiembre de 2010, al que nos remitimos y cuya razones para rechazar dicho documento damos por reproducidas. Como consecuencia de dicho Auto, que no fue recurrido y por lo tanto es firme, lo cierto es que no consta en las actuaciones otro valor de tasación de la finca, que no sea el que consta en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

Consecuentemente con lo anterior, la Sala considera correctas las consideraciones que hace la juzgadora de instancia para entender que en el caso presente, la adjudicación material de la finca al banco ejecutante, cubre más del principal reclamado, por lo que la ejecución únicamente cabrá continuar respecto de las costas y de la liquidación de intereses.

c.- Cabe además hacer una pequeña consideración, que podríamos unir con lo ya señalado en relación con el abuso de derecho, en el sentido de que si bien formalmente cabría entender que la actuación del banco se ajusta a la literalidad de la ley y que efectivamente tiene derecho a solicitar lo que ha solicitado, por lo que cabría entender que no existiría el abuso de derecho que se le imputa, pero ello no obstante no deja de plantearnos una reflexión, cuando menos moralmente intranquilizante, relativa a la razón por la que la parte apelante impugna el Auto recurrido, por considerar que en realidad el valor de la finca subastada y adjudicada materialmente al banco, hoy por hoy, tiene un valor real inferior al que en su día se fijó como precio de tasación a efectos de subasta. Y decimos esto, porque la base de la manifestación de que la finca subastada tiene hoy

por hoy un valor real inferior, se base en alegaciones como que la realidad del mercado actual ha dado lugar a que no tuviera la finca el valor que en su momento se le adjudicó como tasación, disminución importante del valor que une a la actual crisis económica, que sufre no sólo este país sino buena parte del entorno mundial con el que nos relacionamos. Y siendo esto así y en definitiva real la importantísima crisis económica, que ha llegado incluso a que la finca que en su día tasó en una determinada cantidad, hoy en día pudiera estar valorada en menos, no podemos desconocer que ello tiene también en su origen una causa precisa y que no es otra, y no lo dice esta Sala, sino que ha sido manifestado por el Presidente del Gobierno Español, por los distintos líderes políticos de este país, por expertos en economía y por líderes mundiales, empezando por el propio Presidente de Estados Unidos, que la mala gestión del sistema financiero del que resultan protagonistas las entidades bancarias, recuérdense las "hipotecas basuras" del sistema financiero norteamericano.

No queremos decir con esto que el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA sea el causante de la crisis económica, pero sí no puede desconocer su condición de entidad bancaria y por lo tanto integrante del sistema financiero, que en su conjunto y por la mala gestión de las entidades financieras que sean, en definitiva bancos y otras entidades crediticias y de naturaleza financiera, han desembocado en una crisis económica sin precedentes desde la gran depresión de 1929.

El artículo 3 del Código Civil, en su apartado 1, señala que las normas se interpretarán según la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas, y ello nos obliga a hacer la presente reflexión, en el sentido de que, no constituirá un abuso de derecho, pero moralmente es rechazable que se alegue para intentar continuar la ejecución la pérdida de valor de la finca que servía de garantía al préstamo, que no se hubiera concedido si no hubiera tenido un valor suficiente para garantizar el préstamo concedido, que fue fijado por la entidad bancaria ahora ejecutante, o cuando menos aceptado, siendo que dicha pérdida de valor es directamente achacable a la crisis económica, fruto de la mala praxis del sistema financiero, que repetimos, aun cuando no quepa atribuirle directa y especialmente al BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, sí que no deja de ser una realidad que forma parte de los protagonistas de dicho sistema financiero, y de ahí que resulte especialmente doloroso, que la alegación que justifica su pretensión, esté basada en unas circunstancias que esencialmente y como vulgarmente se dice, ha suscitado una gran sensibilidad y levantado "ampollas".

A la razón expuesta de la falta de acreditación del valor real de la finca, en cuanto a que sea inferior a la que fue fijada en su momento, cabe añadir que la adjudicación de la finca materialmente al banco, habida cuenta la tasación que en su día se aceptó por el banco ejecutante, determina que consideremos ajustada a derecho la resolución de la Magistrada-Jueza de Primera Instancia y ello a los efectos de entender que con su adjudicación el principal y algo más ha sido cubierto con dicho bien, de manera que tan sólo con respecto a las costas y liquidación de intereses restantes deberá continuar la ejecución, en cuanto que es lo que establece el Auto recurrido que no ha sido objeto de impugnación.

Por todo lo expuesto procede desestimar el recurso de apelación formulado y confirmar el Auto recurrido.

CUARTO.- Dada la desestimación del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art 398 de la LEC, procede imponer a la parte apelante las costas que hayan podido causarse en esta segunda instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. [REDACTED] en nombre y representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., frente al Auto de fecha 13 de noviembre de 2009, dictado por la Ilma. Magistrada-Jueza de Primera Instancia e Instrucción N° 2 de Estella/Lizarrá, en autos de Ejecución hipotecaria nº 1071/2008, y en consecuencia CONFIRMAR la citada resolución, con imposición de las costas de esta instancia a la parte apelante.

Notifíquese la presente resolución a las partes y con certificación de la misma, devuélvase los autos al Juzgado de procedencia.

Líbrense por la Sra. Secretario judicial de este Tribunal certificación de la presente resolución, que se dejará en el rollo correspondiente, llevando el original al libro de sentencias civiles de esta Sección.

La presente resolución es firme y no cabe recurso.

Así por este nuestro auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Roj: SJM 76/2010
Id Cendoj: 41091470022010100001
Órgano: Juzgado de lo Mercantil
Sede: Sevilla
Sección: 2
Nº de Recurso: 348/2010
Nº de Resolución: 246/2010
Procedimiento: Apelación, Concurso de acreedores
Ponente: MIGUEL ANGEL NAVARRO ROBLES
Tipo de Resolución: Sentencia

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE SEVILLA

Avda de la Buhaira nº 26 Edificio NOGA - Planta 7

Tlf. xxxx. Fax: xxx

NIG: 4109142M20100000982

Procedimiento: JUICIO VERBAL 348/2010. Negociado: 5

Deudor: D/ña. CAJAMAR, CAJA DE AHORROS DE GALICIA, BBVA SA y CAJAMAR CAJA RURAL
SCC

Procurador/a Sr./a. [REDACTED]

Letrado/a Sr./a.

Acreedor D/ña. ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS

Procurador/a Sr./a. [REDACTED]

Letrado/a Sr./a.

SENTENCIA nº 246/10

En Sevilla a 30 de septiembre de 2010.

Vistos por mi, Miguel Ángel Navarro Robles, Juez del Juzgado Mercantil nº 2 de esta Ciudad y su Partido Judicial los presentes autos de juicio verbal sobre acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación seguidos con el nº 569/10, entre partes, de la una como demandante AUSBANC, representada por Procurador Sr/a. [REDACTED] y asistido por Letrado Sr/a. [REDACTED] y de la otra como demandada las entidades BBVA, representada por Procurador Sr/a. [REDACTED] y asistida de Letrado Sr., CAJAMAR, representada por Procurador Sr/a. [REDACTED] y asistida de Letrado Sr., y contra CAIXA GALICIA, representada por Procurador Sr/a. [REDACTED] y asistida de Letrado Sr/a. [REDACTED]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el mencionado actor se presentó demanda de juicio verbal contra referido demandado/s que basaba en los hechos que enumeradamente exponía, y que aquí se dan por reproducidos en aras de la brevedad y tras invocar los fundamentos que consideraba aplicables terminaba suplicando se dictara sentencia estimatoria de la acción de cesación colectiva que actuaba con los demás pronunciamientos favorables y costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda tuvo lugar la celebración del juicio con el resultado que obra en autos, practicándose en el mismo la prueba propuesta por las partes. Finalmente, quedaron los autos para dictar sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de los presentes autos se han observado, en esencia, las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora ejercita, en esencia una acción colectiva de cesación en defensa de los intereses de consumidores y usuarios para que se declare la nulidad, por abusivas, de determinadas condiciones generales de la contratación que vienen siendo empleadas por las demandadas en sus contratos de préstamo hipotecarios a interés variable, más concretamente las denominadas "cláusulas suelo" de intereses, que, en esencia, impiden que estos bajen de un tope mínimo, bien directamente o bien indirectamente según las modalidades que se describen en la demanda, así como para que las eliminen de tal clase de contratos. El abuso residiría en el perjuicio que su imposición supone a los consumidores privándoles o perjudicándoles por no permitirles disfrutar de las bajadas del índice de referencia que se vienen produciendo en la actualidad (bajadas del Euribor). De la limitación a la baja del tipo o de las fluctuaciones del tipo derivaría el desequilibrio del contrato en perjuicio del consumidor, pues, por el contrario el tope máximo es tan alto que estadísticamente nunca se va a dar. Aportándose la comparativa de evolución estadística del Euribor desde sus inicios. Entiende la actora "en resumidas cuentas -como literalmente señala en su prolija demanda- las cláusulas configuradas de tipos de interés variables no deben hacer alusión a tipos incongruentes con la variabilidad de la operación y, en este sentido, tienen que responder a una auténtica fluctuación del mercado monetario y evitar que establezcan una variación del interés en beneficio de una sola de las partes.

Por la defensa de BBVA se opone, sucintamente, la falta de legitimación activa de AUSBANC, pues ni acredita acuerdo previo para demandar ni el interés que defiende al no señalar relación material alguna con los sujetos a los que dice defender en relación a la tutela que impetra para los mismos. Además de la prejudicialidad administrativa dada la exclusión ya confirmada por el Juzgado Central Contencioso Administrativo nº 3 del Libro Registro de Asociaciones de consumidores, el pasado 6 de mayo de 2009 y que sin embargo ni siquiera se menciona por la actora pese al tiempo transcurrido, no constando ulterior recurso en autos. Y en cuanto al fondo que no se trata de una condición general pues no resulta impuesta al cliente sino negociada individualmente con el mismo, como elemento esencial del contrato, fruto de la libertad de pactos y por tanto potestativa, y que cumplen una función económica nuclear al asegurar al prestamista y prestatario la aplicación de un tipo de interés mínimo y máximo, receptivamente ante oscilaciones del tipo de interés. Su carácter esencial resulta de la OM 5 de mayo de 1994 que impone la obligación de informar de las condiciones financieras y las condiciones de claridad de la misma. Siendo la decisión del consumidor reflexiva y fruto de un proceso de contratación estructurado. Pudiendo el cliente elegir otra oferta del mercado. A tal efecto la *ley 2/1994 de Subrogación y Modificación de Prestamos hipotecarios* dota al consumidor de un instrumento negociador eficaz que le permite renegociar las condiciones de su préstamo durante toda la vida de la operación. También la normativa sectorial bancaria impone a las entidades financieras un altísimo grado en la información precontractual que alejarla toda idea de imposición. Que además conforme a la cartera de préstamos a tipo variable entre 2003 a 2009 resulta que el 79% contiene pactos de techo y suelo, mientras que el 21% solo contiene pactos de techo. No hay pactos con únicamente suelo. Multitud de ellos han sido renegociados eliminando bonificando o suprimiendo Aportando justificación documental de contratos renegociados (doc 5 y 6). Que son útiles y reveladoras las conclusiones del informe del Banco de España en cumplimiento de la moción del pleno del Senado de 7 de mayo de 2007 sobre el carácter positivo de tales cláusulas dichos pactos pues disminuyen el coste medio de crédito hipotecario, aumenta la estabilidad del sistema financiero y facilita la accesibilidad al mercado de la vivienda. Rechaza la comparación histórica del EURIBOR que hace valer la actora pues no considera el plazo medio de duración de los préstamos en torno a 24 años, por lo que debiera haberse ampliado el horizonte, también con la evolución del MIBOR como tipo de referencia anterior al euro, que ofrece niveles de subida superiores al 16%, y así doc dictamen pericial aportado doc. La validez de la *cláusula se encuentra avalada expresamente por la OM de 12 de diciembre de 1989*. Y que el test de abusividad también arroja un resultado negativo porque además de ser una cláusula negociada, cumple las exigencias de la buena fe, no produce desequilibrio importante de derechos y obligaciones, ni limita derechos de consumidor y no resulta desproporcionada en relación con el perfeccionamiento o ejecución del contrato.

Por la defensa de CAJAMAR, también se opuso la falta de legitimación actora adhiriéndose a los alegatos de la anterior, y se opone de fondo previamente el informe del Banco de España a solicitud del gobierno por el que del que resultaría la legalidad de las cláusulas de autos y la imposibilidad de declararlas abusivas. Así como la antigüedad y aceptación general de las mismas, desde antes del 2003. Siendo además utilizada solo por un tercio de las entidades financieras españolas según también los datos del Banco de España. QUE la corrección del "riesgo del tipo de interés" también se aplica por el Banco Central europeo o en el mercado interbancario a que tienen que acudir las entidades financieras a obtener dinero. Su justificación está, en palabras del BE, en "mantener un rendimiento mínimo de esas que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones". Son cláusulas positivas pues disminuyen el coste medio de crédito hipotecario, aumenta la estabilidad del sistema financiero y facilita la accesibilidad al mercado de la vivienda. Además no es una condición general pues faltaría, de un

lado, el requisito de la imposición, al ser precisamente el precio de la hipoteca lo que real mente se discute y negocia. También faltaría la prepotencia o prevalencia. Tampoco es abusivo dado los mecanismos de protección previstos en la Ley. Así al tratarse de un elemento esencial del contrato se excluye positivamente de la apreciación de abusividad (*art. 4.2 Directiva 93/13/CEE*). Esta sujeto al principio de libertad de pactos (OM Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989), bajo las condiciones de claridad concreción y transparencia (OM 5 de mayo de 194 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios). Además de la salvaguarda que suponen la emisión obligatoria por parte de la entidad de una oferta vinculante y la actuación en Notaría con derecho a examen del proyecto previo a la firma. Sosteniéndose en la libertad de consentimiento. La negociación individual de la cláusula impide la aplicación del los *arts 82 y ss de TR de la Ley de Consumidores 1/2007*.

Por la defensa de CAIXA GALICIA, también se opuso la falta de legitimación actora adhiriéndose a los alegatos de la anterior y se opone de fondo, en esencia, que la aplicación de límites a la variación del tipo de interés aplicable no se impone al cliente sino que es objeto de un pacto específico al igual que las restantes condiciones financieras del préstamo hipotecario. Que LA CAIXA en la actuación para la formalización de los prestamos se ajusta en todo momento a la normativa bancaria de transparencia e información a la clientela, así en cuanto a la multiplicidad de folletos informativos, y la realidad de la oferta vinculante con validez de 10 días hábiles, que permite al interesado acudir a otras entidades para obtener la mejora de condiciones financieras. Como muestra aporta documental de ejemplares de folletos, ofertas vinculantes y de escrituras de hipoteca con y sin limitaciones. Que los limites establecidos operan sobre el interés final aplicable y lo son siempre simultáneamente al mínimo y al máximo. Que la interpretación estadística que se hace por la actora de la evolución de los tipos de interés es parcial y sesgada pues solo considera el periodo del EUIBOR, que existe desde el año 1999, sin considerar el periodo anterior y en particular el propio de la duración mas ordinaria de créditos, que ya se extiendes hasta los 30 y 40 años. Que la limitación de la variabilidad esta autorizada por la normativa de transparencia y así lo refleja el Banco de España en su reciente. Que LA CAIXA ha actuado en los últimos años multitud de modificaciones de tal cláusula como consecuencia de la renegociación de condiciones económicas de los préstamos, aportando ejemplares de tales contratos ((doc 16 y 17 y 18 y 19) informe sobre el particular previa de la entidad transparencia y comprensión

SEGUNDO. Sobre la falta de legitimación activa de AUSBANC y de la prejudicialidad administrativa excepcionadas en autos. Frente a los alegatos de las codemandadas entendía AUSBANC que aún se mantiene la medida cautelar de suspensión de su exclusión del Libro de Asociaciones de Consumidores y Usuarios estando la cuestión recurrida ante el Supremo, haciendo aseveración expresa sobre ello si bien no se aportaba justificación documental alguna, señalándose por remisión a los propios autos de la sede judicial contenciosa administrativa, no reiterado por ninguna otra parte en sede de prueba. Asimismo se consideraba bastante para demandar a falta de acreditación documental de acuerdo previo y expreso del órgano de dirección de la entidad, la propia demanda y el poder al efecto de demandar. Remitiéndose su interés al coherente al ejercicio de la acción para la defensa de intereses colectivos que actuaba y que resulta de las escrituras de hipoteca aportada que contemplan la cláusula cuestionada. Circunscribiéndose en todo caso a los contratos con consumidores y usuarios y no a todos los del propio tipo empleados por las codemandadas con otros interesados.

Sobre la legitimación y no obviando la extensa literatura producida sobre el tema en la jurisprudencia menor y superior antecedente (Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 15ª, S 22-9-2008, nº 334/2008, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 11ª, S 21-2-2006, Tribunal Supremo Sala Ia, S 16-12-2009, Tribunal Supremo Sala Iª, S 12-12-2008), se considera en esta sede, en línea con la alegación actora que la existe una norma especial que regula la legitimación para el ejercicio de acciones colectivas de cesación, como es el caso, contemplando a " 3. Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la *Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores". Que remite al actual *art. 24 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores*, el que señala "I. Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas conforme a lo previsto en este titulo y en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, son las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios."

Los requisitos de constitución se mencionan en el *art. 20.1 esencialmente, 1*. Son asociaciones de consumidores y usuarios las organizaciones sin ánimo lucro que, constituidas conforme a lo previsto en la legislación sobre asociaciones y reuniendo los requisitos específicos exigidos en esta norma y sus normas de desarrollo y, en su caso, en la legislación autonómica que les resulte de aplicación, tengan como finalidad la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores, incluyendo su información, formación y educación, bien sea con carácter general", bien en relación con bienes o servicios determinados.

Por tanto, constituirse conforme a lo dispuesto en la Ley de Consumidores es constituirse con arreglo a la normativa estatal de asociaciones, pero, también, respetando los requisitos exigidos por la Ley de Consumidores en cuanto a su carácter y régimen de interno y de actuación (no ánimo de lucro, independencia frente a los operadores del mercado y a los poderes públicos que destaca el propio *art. 20*, funcionamiento democrático etc), pues de lo contrario podrían devenir ilegales o contrarias a la ley, claro que ello, previa su declaración oportuna, y a su vez, tener como finalidad la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores.

Basta pues acreditar su legítima constitución y aquella finalidad estatutaria, sin que comprenda a esta sede el control de legalidad de aquella constitución ni de la legalidad de su funcionamiento carácter o régimen de actuación.

Tampoco se advierte real exigencia legal" de inscripción en ningún Libro especial de Asociaciones de consumidores y Usuarios, sin perjuicio de que tal exigencia sirva de base a un régimen singular de prerrogativas y privilegios administrativos o fiscales. Lo que no parece ni se advierte es que sea detonante de cualidad procesal determinada, pues nada tiene que ver esta con aquellas prerrogativas o beneficios que reglamentariamente integran el *estatuto de las entidades asociativas declaradas hábiles a tal inscripción y título administrativo (RDL 825/1990, de 22 de junio)*. Así y en el mismo sentido la exigencia de su previa declaración de utilidad pública e inscripción en el correspondiente Registro para la obtención del beneficio de la justicia gratuita, sin que la falta del mismo empecé a la legitimación para una causa concreta, que es algo distinta (*arts 2 c*), de la *Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, 32 y 35* de la *Ley Orgánica 1/2002 37 y 37 TR LcyU*.

Tampoco resulta, por lo mismo, que tal inscripción comporte un plus de legitimación en este ámbito sectorial determinado de autos, de las condiciones generales de la contratación, y de ahí que la normativa reguladora de las mismas no establezca especial mención a ello, haciéndose remisión general a la normativa general de los consumidores.

Lo anterior resulta coherente asimismo a principios generales materiales y formales (pro consumatore, pro acción) y general tutela de los consumidores (*art. 51 CE*). Y desde la perspectiva procesal, además, resulta correspondiente a la flexibilidad que parece inspirar la regulación procedimental que da cobertura a las acciones colectivas de cesación, residenciándolas expresamente en un mero juicio verbal, que ciertamente facilita el acceso a tal tutela con mayor simpleza de trámite y coste, aunque desde la perspectiva de su contenido, su estrechez parece contrariar la enjundia jurídica y alcance real que en muchas ocasiones tiene juicios de estas características, como es el caso de autos. Y muestra de ello es asimismo el prolijo contenido no solo de la demanda y de la documental que aporta, sino igualmente de las contestaciones respetivas vertidas de modo verbal en el acto de la vista, sin perjuicio de las notas o instructas incorporadas a autos con la conformidad de todos manifestada en el propio acto.

Considerando lo anterior y en la misma línea de flexibilidad y legalidad antes considerada se reputa con suficiencia la concurrencia del requisito de la legitimación activa de AUSBAN para la presente litis, en coherencia a los términos de la contradicción suscitada en autos en relación a la necesidad de su regular constitución.

Y así también se hace valoración de su interés legítimo en el asunto cual es aquella tutela genérica pero conectada y relacionada con los contratos de hipoteca que aporta, como muestra de la realidad de las cláusulas cuyo carácter cuestiona en el interés colectivo que actúa de los consumidores. Sin que se haga preciso por ello mayor conexión o concreción de su interés respecto de persona o personas determinadas.

Sobre la necesidad de acreditación documental de acuerdo del órgano de dirección de Ausbanc para la presente demanda. NO se valora tampoco la necesidad de acreditación documental específica de expresión de la voluntad determinada, para el presente caso, de su órgano de dirección, esto es de ningún acuerdo expreso para demandar, como señala la defensa de BBVA, haciéndose además parangón por la misma con la situación de Sindicatos o Comunidades de Propietarios, toda vez que se trata de realidades distintas con naturaleza netamente diferenciadas. Así y no siendo este ámbito el adecuado para valorar la naturaleza de un Sindicato, aún sin duda diversa de la de una Asociación, ha de rechazarse tal comparación en este caso. Y frente a las Comunidades de Propietarios, ha de destacarse que las Asociaciones, tiene propia naturaleza orgánica de que carecen aquellas. Estas vienen a situarse en un tertius genus entre la representación orgánica y la voluntaria (*STS 15-1-88*), y como derivación de esta última, por delegación del grupo de comuneros o vecinos, es razonable la acreditación de la encomienda concreta del ejercicio de cualquier acción cuyo costo y resultado haya de alcanzarles o comprometerles. También el comunero simple puede accionar por sí mismo, si bien que solo con alcance en sentido favorable respecto o en relación a los demás comuneros, pero nunca

en sentido perjudicial para ellos, como no lo autorizaren y apoderaren previa y expresamente para ello (*arts 394 y 397 Ce*).

El mandato de la Asociación es asumido por la misma con sanción legal para la defensa de intereses colectivos, sin necesidad de mandato particular de cada uno de los reales o potenciales consumidores. Mandato que sí sería exigible, sin embargo y por ejemplo, para la actuación de intereses particulares de asociados o de la propia asociación con posibilidad y alcance de perjuicio a aquellos o a ésta. Lo que no es el caso de autos.

Así rechazadas las excepciones de forma, procesales o previas y reputando válidamente producida la relación jurídico procesal pasamos a exponer la valoración sobre el fondo de la cuestión planteada.

TERCERO.- Consideración de las cláusulas de autos como condiciones generales de la contratación. Se considera en efecto que nos encontramos ante pactos o cláusulas en el ámbito del *art. 1 de LCGC* . No se reputa que sea especial en el sentido que se propone por las defensas de las codemandadas al objeto de situarlas en el marco de condiciones producto de negociación individual y excluidas del carácter de generalidad que contempla la ley. De una parte la ley no excluye de suyo condiciones esenciales o no, en el sentido de elementos esenciales del contrato, en este caso de préstamo hipotecario. No hay dificultad en considerar condiciones generales de la contratación sobre un elemento esencial cualquiera, pues puede ser predispuesto, impuesto, generalizado o generalizable a una pluralidad de contratos, y prerredactado por quien tiene un superior poder de negociación. Y así puede serlo la porción añadida y accesorio sobre el precio que se reputan las cláusulas de suelo y techo, pues no son sino limitación, añadida al mismo. Esto es un plus sobre un precio previamente acotado, tanto con un tipo referencial, como por un diferencial o correctivo que ya pretende situar un determinado nivel de salida" de la retribución o precio del préstamo.

Las cláusulas de autos no son meras cláusulas de intereses, sino pactos añadidos y accesorios de limitación de aquellos, y en tal medida ciertamente también coadyuvan a definir la remuneración del mismo, pero no son obviamente su esencia. Por lo que saltan a la vista que tienen carácter de condición general, no son el objeto de la libre negociación ni fruto exclusivo de la misma, sino que viene predispuesta e impuestas en la normalidad de los casos, resultando la excepcionalidad su variación y negociación particular. Y ello aunque varíen o puedan hacerlo en mas o en menos entre unas y otras entidades financieras.

La aportación en autos de contratos para la acreditación documental de la realidad de cambios o modificaciones de cláusulas suelo o techo o para dejarlos sin uno y otro, en realidad confirma la realidad no de una negociación generalizada sino de la eventualidad de actuaciones unilaterales de las entidades bancarias en función de diversos criterios de su absoluta discrecionalidad fruto de su política de captación de clientela y considerando la solvencia del cliente, oportunidad de asociar al mismo otros productos o servicios etc).

Una condición precisamente es general porque generalmente se impone por la entidad bancaria al usuario, sin que el prestatario haya podido influir en la misma, debiendo aceptarla y adherirse a ella si quiere el servicio (APMadrid, sec. 11a, S 21-2-2006), sin perjuicio de que haya casos en que a ciertos clientes y por sus propias cualidades o condiciones que interesen al Banco, éste permita su matización o adaptación oportuna al caso.

En definitiva se trata de cláusulas reconocibles en cuanto que aparecen integradas en una pluralidad de contratos, y por tanto con generalidad, elaboradas de forma unilateral y previa por el predisponente operador bancario, para su incorporación a los mismos, con independencia de la autoría material de las mismas *artículo 1.2 LCGC* ., *artículo 3.2 de la Directiva 93/131 CEE. de 5 de abril de 1993* y *art 59.3 TRLCyU*).

Lo anterior no quita la elemental reflexión en la contratación de un préstamo hipotecario por el usuario, pero no sobre la base de alternativas libremente configurables ante la misma entidad, si bien que pueda serlo respecto de las ofertas de varias entidades, y según las cláusulas tipo que en cada momento se preestablezcan por las mismas. Pero entonces la diversidad y capacidad de decisión no suponen negociabilidad alguna, pues no enfrenta decisiones sobre un mismo contrato sino entre contratos y sujetos distintos. Como las posibilidades y alternativa que permiten o sustentan la subrogación de hipotecas conforme a la *Ley 2/94, de 30 de marzo, sobre Subrogación* y *Modificación de Préstamos Hipotecarios*.

La cláusula suelo por otro lado y como se insiste, no cabe reputarla esencial elemento en cuanto que parte del precio, sino que meramente accesorio al mismo, pues se añade como un pacto mas que sirve precisamente para la limitación o control de la fluctuación o variabilidad admisible en el contrato y mas concretamente es accesorio y limitadora, y a su vez de otra cláusula como es la de determinación del tipo de interés aplicable al contrato. Pacto accesorio de control a modo de cláusula de estabilización negativa, que solo se aplica cuando se da el mínimo que contempla, y que por lo mismo puede no darse nunca o darse y no darse sucesivamente durante la vida del contrato.

En tal sentido no es muy diferente de la cláusula de redondeo al alza, ya mas conocida y consolidada su consideración como pura y simple condición general de la contratación en conocida jurisprudencia. Al igual que aquélla actúa como añadido y cierre al calculo de los interés, en este caso como topes, cuyas previas bases parte precisamente de considerar, bien de modo directo o indirecto, en las dos modalidades que aquí se hacen valer y destacan por Ausbanc.

En definitiva está plenamente sometida al ámbito de la Ley de CGC, como también lo estaba la mas conocida del redondeo.

A mayor abundamiento, y en el mismo sentido y contradictorio a la negociabilidad que se menciona por los codemandados, cabria valorar el Informe del Banco de España publicado en el BOCG, Senado Núm 457, pag 19, punto 3.2 in fine) señala " la encuesta ha demostrado que las entidades no aplican estas cláusulas ni establecen sus umbrales en función de las características de la operación, el perfil de riesgo del cliente, el porcentaje de financiación, el canal comercial de origenación o el grado de vinculación acordado. En resumen la tipología de las operaciones con limitación es similar a la de los contratos sin limitación".

CUARTO.- En cuanto al control de abusividad de los pactos de autos, cabe adelantar que se aprecia solo cubren notoriamente y con soltura el riesgo de una parte negocial, el Banco, y no así y de modo "semejante" el del prestatario, por lo que han de reputarse nulas por abusivos como se pasa a exponer.

Ciertamente el contrato de préstamo bancario es un préstamo mercantil, por intervenir una entidad Bancaria, y reconocerse generalmente como acto de comercio sujeto al Código de Comercio y a la normativa sectorial bancaria y como tal naturalmente retribuido (a diferencia del civil), oneroso y commutativo. Siendo así cabe comprender como señalan los codemandados y seria obvio por lo demás, que no se espera que sea gratis, sino retribuido a favor del Banco. Siendo coherente que el Banco fije su retribución.

Y tampoco ofrece mayor dificultad, en principio, la admisión de pactos de variabilidad de intereses, y de sobrepactos de limitación de dicha variabilidad.

Ciertamente también, la posibilidad de los mismos es legal en cuanto que previstos en la normativa sobre transparencia bancaria (apartado 3, Anexo II de la OM 5 de junio de 1994). Y así y con tal mero alcance se valora el control actuado en el Informe del Banco de España de autos (y publicado en el BOCG Senado, Núm 457) sobre la admisibilidad de los mismos, con mas (ni menos) exigencia que la garantía de la adecuada información previa y de su redacción clara y comprensible que funda la libertad del consentimiento del usuario. Remitiendo correctamente tal informe al control judicial sobre el eventual error de consentimiento en el caso concreto. Admitiéndose en tal informe consideraciones que abordan un control de abusividad en el que, sin embargo, solo se adentra de modo perimetral y parcial, en cuanto se queda finalmente, también para el análisis de reciprocidad, en la literalidad, caridad y comprensión de las cláusula. Si bien que sin embargo no desconoce dificultades y diferencias significativas entre los tipos de suelo y los tipos de techo, y en relación especialmente con estos últimos para los consumidores.

Así dice en páq 21 (varios párrafos antes de acabar el punto 3.3) "En todo caso, y sean cuales sean las causas y explicaciones que subyacen en la determinación de los umbrales o acotaciones, lo cierto es que, en la mayoría de los casos, no ofrecen una protección efectiva para los clientes particulares del riesgo de subida de los tipos, debido a los altos niveles que alcanzan los techos."

Y aunque no parece que haya obstáculos para un control de abusividad de mayor alcance por aquella entidad, la ausencia del mismo, como de otras entidades o personas (como pudiere quizá ser también por el Notario Actuante en los prestamos, y previo al control ulterior del *art. 84 TRLCyU*), no priva de la oportunidad planteada de realizar tal control en sede judicial, pues, si bien la Ley 7/98 LCGC no incorporó el *art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993* sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, como ya ha señalado el Tribunal de Justicia Europeo, el mismo no se opone a que una normativa nacional como la española que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible (STJE 3 de junio de 2010, asunto c-484/08, cuestión prejudicial AUSBANC VCAJA MADRID).

Las pactos de autos, son mecanismos de cobertura del riesgo de la variabilidad de los tipos de referencia de los préstamos hipotecarios, y sujetos a los deberes de información que exige el RDL 2/2003 y actual *Ley 36/2003 de 11 de marzo, de Medidas de Reforma Económica, cuyo art. 19* expresamente exige su constancia en la oferta vinculante previa. Sujeto además en interés de ambas partes y en especial del consumidor, a criterios de equivalencia o semejanza en los términos del *art. 7 de la OM de 5 de mayo de 1994* , además de tenerse que hacer constar expresamente.

Como se refiere tanto en el Informe del Banco de España citado (apartado 3.2) como en el pericial de autos de la entidad KPMG, aportado por la defensa de BBVA, las cláusulas suelo tratan de garantizar un interés o retribución mínima al prestamista que le permita la sostenibilidad de los costes de capital y costes relativos a gastos de estructura, y la cláusula techo, por su parte, pretende reducir los efectos adversos que pudieren presentar para el prestatario, esto es cubrirle frente a los incrementos del tipo de referencia. Resulta así el interés respectivo de cada parte en uno y otro tipo de límite.

El pacto de autos es así uno de los mecanismos o instrumentos de cobertura, de los posibles, para limitar el riesgo de la volatilidad de los tipos de intereses. Otros pueden ser una operación financiera de tipos o la más de moda en sede concursal de la permuta financiera de tipos de intereses (SWAP), aunque estos de costes mas altos y de complejidad superior, como asimismo reconoce aquel informe pericial.

Atendida aquella finalidad y desde la perspectiva de la reciprocidad de partes (*art. 82. c LCGC*) solo cabría reputar en principio la licitud de todo pacto de cobertura o de limitación de riesgos de variabilidad, que cubriera recíprocamente a ambas partes en igual o análoga medida o alcance. Es decir de modo semejante (*art. 7, 2o c*) de la OM 1994 impone la obligación al Notario de informar a las partes" ..En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja...", consignándolo en la escritura. De ahí que se considere, a contrario, que;

1º Un pacto que sólo cubra tal interés del prestamista (cláusula suelo, únicamente) sería nulo por falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor.

2º Un pacto que solo cubriera tal interés del prestatario (cláusula techo, únicamente) sería en puridad meramente anulable por el predisponente a su voluntariedad, pues no se contempla análoga tutela que al consumidor, precisamente por la superioridad de aquel frente a éste (*art. 1302 Ce*).

3º Un pacto que cubriera o pretendiera cubrir tanto los intereses del uno como del otro, faltarla a la reciprocidad siempre que no guarde la prudencial o razonable relación de equivalencia o semejanza, legalmente exigible, entre la limitación al alza y a la baja, de la variación de los tipos de interés.

En el presente caso se ponen en evidencia suelos y techos diversos, pero algo parecidos en su alcance, entre el 3,25 y 3,50, hasta el 12 o 15% en el caso de BBVA, (docs 4ª 7), entre el 2,75 y el 10% en caso de LA CAIXA (doc 8), y entre el 3,25 y el 15% en caso de CAJAMAR, (doc 9). Además de las referencias que se hacen con apoyo al texto de la Moción del Grupo Popular en el Senado (doc 12) de suelos de hasta el 4 y el 5%.

En la comparación de los mismos, a simple vista, se advierte de modo notorio un desfase entre los extremos, pues mientras considerando el tipo de partida de un préstamo, ordinariamente superior al "suelo" señalado, y hasta el mismo suelo, coherente a su firma y concierto, cabe reputarse asumible por el consumidor. Sin embargo el "techo" señalado en las cláusulas y por contrapartida, es difícilmente asumible por el mismo usuario por no decir sencillamente imposible. Es realista pensar, y razonable, que una variación sensible (varios puntos, dos o tres por ejemplo) al alza por encima de tal suelo, y aún lejos del 12 o 15% de techo señalado, no pudiere ser afrontada por nadie o muy pocos. Y ello es de interés destacarlo considerando las estadísticas sobre el volumen de hipotecas en España en 2009 que ascendía al 42% del mercado hipotecario español (pag 5 del informe KPMG).

Es decir se reputa notorio, y a simple vista, que las limitaciones al alza y a la baja "no son semejantes", en la terminología de la OM de transparencia bancaria citada. Sino que la relación es desproporcionada y señaladamente por el lado de la subida o techo, en relación al suelo.

Las consideraciones sobre los tipos superiores de interés en el periodo de vigencia del MIBOR, precedente índice de referencia al EURIBOR (señalado como mas habitual), no se reputan parangonables sin más, pues como ya fuera expuesto en sede de vista a la defensa de BBVA y a todos, al sostenerse por aquella, como anécdota o detalle, la contratación de los prestamos hipotecarios hace quince años, con tipos del 12 o 14 % o más, tal nivel de tipos, no impedía de hecho al firmante la concertación del préstamo. Siendo así que en realidad en estos momentos y los más recientes anteriores, desde el EURIBOR, no se escapa al sentido común que un préstamo a tal interés, mateniendo las demás circunstancias ahora vigentes, capital duración etc, sería sencillamente imposible. Y es que no han de desdeñarse que el contexto y las circunstancias todas de los préstamos eran razonablemente diversas, por lo que difícilmente podrían aplicarse aquellos tipos, propios de un estándar de préstamo, de entonces, de duración limitada, a los prestamos medios de ahora con una duración media superior (así 24 años en 2009 según las estadísticas del Colegio de Registradores que se menciona en el informe KPMG, y hasta superiores y por todos conocida por los medios de 30 y 40 años o más), y por cantidades también diversas. Sin que en todo caso, a contrario, se aporte mayor o distinta justificación. Igualmente sería aberrante que quien firmaba, hace quince años, un préstamo al 14 o 15% en un periodo de 8 o diez años, esperara subidas de hasta el 25% por ejemplo o más, como lo sería, que actualmente para

el que firma un préstamo a la mitad de interés, del 5 o 7% y por el doble o triple de tiempo, esperar subidas de hasta el 12 o 15%.

No es tarea de esta sede determinar cual sea el margen de la orquilla razonable en que hayan de situarse por contradicción el límite mínimo y el máximo y en particular este último. Ha de remitirse tal cuestión a los expertos en economía y finanzas. Con la dificultades que cabe suponer para la determinación previa de los parámetros para aquella acotación como señalaba en vista el perito deponente de la defensa codemandada Sr. Benedicto , quien tampoco pudo ofrecer mejor precisión.

Lo anterior no impide a este Juzgador valorar lo que se reputa una obviedad como la mas arriba expuesta en fundamento de la falta de reciprocidad o de semejanza de limites indicada.

Deficiencia que ya apuntaba el Informe del Banco de España en el párrafo antes transcrito, y en la que abunda en sede de conclusiones, aunque no llegue mas allá, finalmente, de consignar las dificultades de la valoración de la proporcionalidad, remitiéndose a la necesidad previa de concreción de variables diversas (intereses varios de los clientes y del Banco, en esencia).

No obstante las dificultades de tal delimitación general y las particulares de cada caso, ello no desdeña, a juicio de este Juzgador, la evidencia del desfase señalado de las cláusulas suelo en relación a las de techo.

Por todo lo anterior procede la declaración de la nulidad impetrada de las cláusulas suelo en las hipotecas de las entidades demandadas concertadas con consumidores, y en el presente caso en particular, dado el desfase apreciado de las mismas en relación a las cláusulas techo contenidas en las propias escrituras. Y si bien también se considera el abuso de tales cláusulas, tanto al alza como a la baja en si mismas consideradas y de modo aislado en los casos en que así se hubieren pactado, al objeto de evitar riesgo de incongruencia e indefensión de partes, no se hace formal declaración sobre esto último, y en coherencia a lo más arriba expuesto, en particular sobre las segundas.

TERCERO.- En materia de costas, conforme al *art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , procede su imposición a la demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

FALLO

Que estimando la demanda formulada por AUSBANC, representada por Procurador Sr/a. [REDACTED] frente a las entidades BBVA, representada por Procurador Sr/a. [REDACTED] CAJAMAR, representada por Procurador Sr/a. [REDACTED] y CAIXA GALICIA, representada por Procurador Sr/a. [REDACTED] debo declarar y declaro lo siguiente:

1º Declaro La NULIDAD, por abusivas, de las denominadas cláusulas suelo" de autos, en los préstamos hipotecarios a interés variable con consumidores, celebrados por las entidades BBVA, LA CAIXA y CAJAMAR, dado el desfase apreciado de las mismas en relación a las cláusulas techo que las acompañan, de conformidad con lo dispuesto en la fundamentación de esta resolución.

Condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración.

2º Condono a BBVA, LA CAIXA y CAJAMAR a la eliminación de dichas condiciones generales de la contratación y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en sus contratos de préstamo hipotecario con consumidores y usuarios.

3º Ordeno la publicación del fallo de la presente sentencia, una vez firme, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, así como en un diario de los de mayor difusión de la provincia, con tamaño de letra del núm. 10 o superior, todo ello a cargo de la demandada y en el plazo de 15 días desde la notificación de la sentencia.

4º Inscribase, asimismo, la presente sentencia estimatoria, junto con el texto de las cláusulas afectadas de autos, en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, expidiéndose los mandamientos oportunos, y a cargo asimismo de la parte demandada.

Llévense a efecto la expedición de mandamientos señalados una vez sea firme la presente.

5º Se imponen las costas a las demandadas condenadas.

Contra esta sentencia cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial en el plazo de 5 días a partir de su notificación que deberá ser preparado y en su caso interpuesto ante este Juzgado.

Llévese testimonio de esta resolución a los autos de su razón.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia el día de su fecha, por el Sr. Magistrado-Juez que la suscribe estando celebrando audiencia pública. Doy fe.

Roj: SAP SE 1470/2011
Id Cendoj: 41091370052011100150
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Sevilla
Sección: 5
Nº de Recurso: 1604/2011
Nº de Resolución:
Procedimiento: CIVIL
Ponente: FERNANDO SANZ TALAYERO
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA

Sección Quinta

Rollo Nº 1604.11

Nº. Procedimiento: 348/10

Juzgado de origen: MERCANTIL 2 de Sevilla

S E N T E N C I A

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. JUAN MARQUEZ ROMERO

D. CONRADO GALLARDO CORREA

D. FERNANDO SANZ TALAYERO

En Sevilla a 7 de octubre de 2011

VISTOS por la Sección Quinta de esta ltma Audiencia Provincial los autos de Juicio Verbal nº 348/10, procedentes del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, promovidos por Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo) representados por el Procurador [REDACTED] habiéndose personado en esta segunda instancia como parte interviniente el Ministerio Fiscal, contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (B.B.V.A.), representado por la Procuradora [REDACTED]; Caja mar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito, representada por el Procurador [REDACTED] y contra Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (Caixa Galicia), representada por la Procuradora [REDACTED] autos venidos a conocimiento de este Tribunal en virtud de recurso de apelación interpuesto por las partes demandadas contra la Sentencia en los mismos dictada con fecha 30 de Septiembre de 2.010 .

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan sustancialmente los de la resolución apelada, cuyo fallo literalmente dice: "*Que estimando la demanda formulada por AUSBANC, representada por Procurador Sr/a. [REDACTED] frente a las entidades BBVA, representada por Procurador Sr/a. [REDACTED] CAJAMAR, representada por Procurador Sr/a. [REDACTED] y CAIXA GALICIA, representada por Procurador Sr/a. [REDACTED] debo declarar y declaro lo siguiente:*

1º Declaro La NULIDAD, por abusivas, de las denominadas "cláusulas suelo" de autos, en los prestamos hipotecarios a interés variable con consumidores, celebrados por las entidades BBVA, LA CAIXA y CAJAMAR, dado el desfase apreciado de las mismas en relación a las cláusulas techo que las acompañan, de conformidad con lo dispuesto en la fundamentación de esta resolución.

Condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración.

2º Condeno a BBVA, LA CAIXA y CAJAMAR a la eliminación de dichas condiciones generales de la contratación y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en sus contratos de préstamo hipotecario con consumidores y usuarios.

3º Ordeno la publicación del fallo de la presente sentencia, una vez firme, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, así como en un diario de los de mayor difusión de la provincia, con tamaño de letra del núm. 10 o superior, todo ello a cargo de la demandada y en el plazo de 15 días desde la notificación de la sentencia.

4º Inscribábase, asimismo, la presente sentencia estimatoria, junto con el texto de las cláusulas afectadas de autos, en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, expidiéndose los mandamientos oportunos, y a cargo asimismo de la parte demandada.

Llévense a efecto la expedición de mandamientos señalados una vez sea firme la presente.

5º Se imponen las costas a las demandadas condenadas".

PRIMERO .- Notificada a las partes dicha resolución y apelada por los citados litigantes, y admitido que le fue dicho recurso en ambos efectos, previo emplazamiento de las partes para su personación ante esta Superioridad por término de 30 días, se elevaron las actuaciones originales a esta Audiencia con los debidos escritos de interposición de la apelación y de oposición a la misma, dándose a la alzada la sustanciación que la Ley previene para los de su clase.

SEGUNDO .- Por el Ministerio Fiscal se presentó escrito el día 21 de Junio de 2011, solicitando la personación en el presente procedimiento e interesando que se le tuviese por parte interviniente en el mismo al entender afectado el interés social.

Tras las alegaciones efectuadas por las partes a la solicitud de personación del Ministerio Fiscal, la Sala dictó Auto el día 21 de Julio de 2.011, teniendo por personado y parte interviniente en este proceso al Ministerio Fiscal, sin retroacción de las actuaciones.

TERCERO .- Acordada por la Sala la deliberación y fallo de este recurso, la misma tuvo lugar el día 4 de octubre de 2011, quedando las actuaciones pendientes de dictar resolución.

CUARTO .- En la sustanciación de la alzada se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don FERNANDO SANZ TALAYERO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Mediante el escrito rector de estas actuaciones la asociación AUSBANC CONSUMO ejercitó una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación, al amparo de los artículos 12.2 y 16.3 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), contra las entidades de crédito BBVA S.A., Caja de Ahorros de Galicia y Cajamar Caja Rural S.C.C., con la pretensión de que se declarase la nulidad, por tener el carácter de abusivas, de las condiciones generales de la contratación consistentes en las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable, celebrados con consumidores y usuarios, que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, así como que se condene a las demandadas a eliminar dichas condiciones generales de la contratación y a abstenerse de utilizarlas en el futuro, que se publicase el fallo en el BORME o en un periódico de la provincia, y que se ordene la inscripción de la sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Tras la celebración de la correspondiente vista en la que las tres entidades demandadas se opusieron a las pretensiones de la actora, el Juzgado de instancia dictó sentencia estimatoria de la pretensión de la actora. Contra ella se alzan las tres entidades demandadas mediante la formulación de sendos y extensos escritos de apelación.

SEGUNDO .- Aun cuando cada demandado ha presentado separadamente su escrito de interposición del recurso de apelación, procederemos a un examen y resolución conjunta de los tres, pues coinciden en la formulación de la excepción de falta de legitimación activa, y las razones y fundamentos jurídicos que oponen frente a la declaración de abusividad de la cláusula de limitación de la variabilidad de intereses son en esencia semejantes.

Es menester comenzar el análisis de las apelaciones por la excepción de falta de legitimación activa.

La Resolución de 5 de octubre de 2005 de la Subdirección General de Normativa y Arbitraje de Consumo acordó excluir a AUSBANC CONSUMO del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios. La asociación presentó recurso contencioso administrativo cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 3. El 10 de octubre de 2006 este Juzgado dictó Auto acordando la suspensión cautelar de la Resolución administrativa recurrida. El 6 de mayo de 2009 el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo dictó sentencia que desestimaba la demanda que formuló AUSBANC. Esta entidad interpuso recurso de apelación, dictando la sección cuarta de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional

Sentencia firme el 6 de octubre de 2010 que desestimaba el recurso de apelación y confirmaba la Sentencia del juzgado.

La primera cuestión que nos suscita el actual estado de cosas tras la Sentencia de la Audiencia Nacional es si, no obstante la exclusión de la demandante del Registro Estatal de Asociación de Consumidores, tiene legitimación activa para el ejercicio de la acción colectiva en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos de los consumidores y usuarios.

El *artículo 11.1 de la LEC* dispone que las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los intereses generales de los consumidores y usuarios. Y en el apartado tres establece que cuando los perjudicados sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminados o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la ley, sean representativas. La generalidad y escasa concreción de estos preceptos nos obliga a acudir de inmediato a la normativa más específica que regula el régimen básico de las asociaciones de consumidores y usuarios, contenida en los *artículos 22 a 39 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LCU), Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre* .

Formulada en este caso una acción de cesación de condiciones generales de la contratación, la legitimación de la demandante vendría reconocida por el *art. 16.3 LCGC* que faculta para su ejercicio a "Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la *Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores."

Y la actual LCU, aprobada por el *Real Decreto legislativo 1/2007, define en el art. 23.1* a las asociaciones de consumidores y usuarios: "Son asociaciones de consumidores y usuarios las organizaciones sin ánimo lucro que, constituidas conforme a lo previsto en la legislación sobre asociaciones y reuniendo los requisitos específicos exigidos en esta norma y sus normas de desarrollo y, en su caso, en la legislación autonómica que les resulte de aplicación, tengan como finalidad la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores, incluyendo su información, formación y educación, bien sea con carácter general, bien en relación con bienes o servicios determinados."

Así pues, para ser "asociación de consumidores y usuarios" es preciso, por un lado, que se haya constituido conforme a lo previsto en la ley de asociaciones teniendo como finalidad la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores, y por otro, que reúna los requisitos específicos que exige la propia LCU. Estableciendo a continuación el *artículo 24 LCU* , regulador de la legitimación de tales asociaciones, que: "1. Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas conforme a lo previsto en este título y en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, son las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios.

Las asociaciones o cooperativas que no reúnan los requisitos exigidos en este título o en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, sólo podrán representar los intereses de sus asociados o de la asociación, pero no los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores."

Los requisitos que exige la LCU se desarrollan en los *artículos 27* y siguientes, debiendo destacarse a los efectos que nos ocupan los *artículos 33, 35 y 37 c) de la LCU*. El *primero* dispone: "Las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito estatal y todas aquéllas que no desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito de una comunidad autónoma, deberán figurar inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios que se gestiona en el Instituto Nacional del Consumo.

Tras su denominación, estas asociaciones de consumidores y usuarios indicarán su número de inscripción registral."

El *art. 35 LCU dice que "1* . La realización por las asociaciones de consumidores y usuarios inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios de alguna de las actuaciones prohibidas por los *artículos 23.3 y 27* dará lugar a su exclusión de dicho registro, previa tramitación del procedimiento administrativo previsto reglamentariamente.

2. La resolución de exclusión del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios determinará la pérdida de esta condición, en todo caso, y por un período no inferior a cinco años desde la fecha de la exclusión, sin perjuicio del mantenimiento de su personalidad jurídica con arreglo a la legislación general de asociaciones o cooperativas."

Y el *art. 37 c)* dispone que: "Las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supraautonómico, legalmente constituidas e inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios tendrán

derecho, en los términos que legal o reglamentariamente se determinen, a: c) Representar, como asociación de consumidores y usuarios, a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios."

Por tanto, si para ser considerada asociación de consumidores y usuarios se han de reunir los requisitos específicos exigidos en la LCU, si uno de esos requisitos es el deber de figurar inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios, si esa inscripción les da derecho a a representar los intereses generales colectivos y difusos de los consumidores y usuarios (*art. 37 c) LCU*), y si la carencia de los requisitos exigidos en la LCU les impide representar los intereses generales colectivos o difusos de los consumidores (*art. 24.1 LCU*), y la exclusión del Registro determina la pérdida de la condición de "asociación de consumidores y usuarios" (*art. 35.2 LCU*), así como la prohibición de usar los términos consumidor o usuario y la denominación de "asociación de consumidores y usuarios" (*art. 25 LCU*), la correcta interpretación de estos preceptos permite concluir que una Asociación excluida del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios sólo puede representar los intereses de la asociación y de sus asociados, pero carece de legitimación para ejercitar acciones colectivas en defensa de intereses generales y difusos de los consumidores.

Así pues, AUSBANC CONSUMO carece de legitimación activa para el ejercicio de acciones colectivas para la defensa de los intereses generales de consumidores y usuarios pues no está inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios al haber sido desestimado su recurso contencioso administrativo contra la Resolución de exclusión dictada el 5 de octubre de 2005, por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de octubre de 2010, en tanto en cuanto la inscripción en el Registro es un requisito legal de obligatoria observancia para poder ejercitar acciones en representación de los intereses generales, colectivos o difusos, de consumidores y usuarios. Y es que la inscripción registral confiere a la Asociación inscrita unos derechos que enumera el *artículo 37 LCU*, que no tiene en caso de falta de inscripción o de exclusión del Registro.

TERCERO.- No obstante lo anteriormente expuesto, en el presente caso hay un problema añadido que resolver. Como antes dijimos, el 10 de octubre de 2006 el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 3 dictó Auto suspendiendo cautelarmente la Resolución administrativa de expulsión de AUSBANC del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios. Por tanto, de forma provisional, temporal y condicional, a expensas de lo que sucediese definitivamente en el litigio, la entidad demandante ostentaba legitimación para ejercitar acciones colectivas en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios. La demanda origen de esos autos se presentó con anterioridad a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de octubre de 2010, y también anterior, si bien por pocos días, es la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil en primera instancia.

Es evidente que en el momento actual la demandante carece de legitimación. Pero cuando formuló la demanda sí que ostentaba legitimación para el ejercicio de la acción que dedujo. Pues bien, hemos de resolver si el principio *perpetuatio jurisdictionis* afecta también a la legitimación o, por el contrario, si durante el curso del proceso el actor pierde su legitimación, ello ha suponer la terminación del proceso por carecer el actor de interés legítimo.

La legitimación es un presupuesto del proceso, es decir, una de las condiciones de las que depende la posibilidad de que el juzgador pueda examinar el fondo del asunto que se le ha planteado. Consideramos que la legitimación se ha de tener en el momento inicial de la presentación de la demanda, y se ha de mantener a lo largo de todo el *iter* procedimental hasta su finalización. La legitimación es una consecuencia del interés legítimo que tiene aquel que es titular de la relación jurídica o del objeto litigioso. Así, cuando se deja de tener ese interés legítimo por transmisión del objeto litigioso, el adquirente puede solicitar que se le tenga por parte (*art. 17 LEC*), por ser quien ostenta la legitimación por mor de la transmisión. Si deja de haber interés legítimo por circunstancias sobrevenidas se producirá la terminación del proceso (*arts. 22 y 413 LEC*). Y tratándose de personas físicas, su defunción (que origina su pérdida de capacidad y, lógicamente, con ella la pérdida de legitimación pues la muerte extingue la personalidad civil, *art. 32 Código Civil*, es decir, la facultad para ser titular de derechos y obligaciones) ocasiona la transmisión *mortis causa* de lo que sea objeto del proceso a las personas que sucedan al difunto, pero si sus sucesores no se personan, se tendrá por desistido al demandante y se ordenará el archivo de las actuaciones (*art. 16.1 y 3 de la LEC*).

Junto a esta legitimación que podríamos denominar tradicional u ordinaria (basada en la titularidad del derecho material), la ley procesal contempla también una legitimación extraordinaria en ocasiones a personas distintas de los titulares de la relación jurídica o del objeto litigioso, como es el caso de la que se confiere a las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas para la defensa de los intereses colectivos y difusos. Son supuestos en los que la posición habilitante para formular la pretensión no es la afirmación

de la titularidad de la relación jurídica material, sino una autorización legal concedida por norma expresa. La legitimación de la actora es una legitimación extraordinaria que le otorga la Ley no por ser titular de la relación jurídica o del objeto litigioso, sino en defensa de intereses colectivos, atribuyendo la ley a una persona jurídica la representación institucional del conjunto. Es una legitimación extraordinaria, y sólo existe en tanto ha sido conferida expresamente por la ley. La actora no defiende en este proceso un interés propio, sino los intereses generales y difusos de consumidores y usuarios. Este reconocimiento de legitimación se lo otorga la Ley, por tanto, siempre que reúna los requisitos de constitución de la ley de asociaciones y los requisitos específicos de la normativa de consumidores y usuarios, que le facultan o habilitan para ejercer en juicio la representación de intereses de personas que carecen de una relación asociativa con ella, personas desconocidas, inciertas, o que pudiendo ser conocidas en ningún caso le han facultado para demandar en su nombre. Por ello esta legitimación la confiere la Ley en cada caso, condicionándola al cumplimiento de unos requisitos específicos. Cuando la asociación no cumple esos requisitos deja de tener legitimación, pues el interés legítimo en ese caso le viene atribuido por la Ley, no por ser titular de la relación jurídica deducida o del objeto litigioso, consistiendo ese interés en la facultad de seguir eficazmente un proceso por un derecho o interés ajeno (los intereses generales). Por ello, si la asociación no cumple o deja de cumplir los requisitos que la normativa le exige, la propia Ley le priva de legitimación porque no observa o reúne los requisitos o condiciones que la normativa considera esenciales para conferirle esa facultad de conducir eficazmente un proceso en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios. Cuando esto sucede en el curso del proceso, el pleito queda sin parte legítima que sostenga la acción. El *art. 24.1 LCU* dice que las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas conforme a lo previsto en este título son las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios. Por consiguiente, el proceso debería terminar por inexistencia de parte actora legítima para el sostenimiento de la acción.

La legitimación que se atribuye a las asociaciones de consumidores y usuarios no supone concesión de derechos subjetivos materiales, sino facultad de realizar el proceso sin pedir para ellas mismas. Perdida esa facultad por incumplimiento por la asociación de los requisitos legales que la legitiman, el proceso no puede seguir adelante, pues es la ley la que determina quienes se encuentran en posición habilitante para pedir la actuación del derecho.

Ahora bien, como la acción deducida es en defensa de unos intereses generales, en este caso formulada al amparo del *art. 12.2 de la LCGC*, y el *art. 16 de dicha Ley dispone que podrán ejercitarla otras seis entidades o instituciones que enumera*, si alguna de éstas compareciese en autos a sostener la acción, supliría la falta de legitimación sobrevenida de quien la instó inicialmente.

En este procedimiento, el Ministerio Fiscal se personó en la segunda instancia el 21 de junio de 2011 por entender afectado el interés social. Y como el *art. 11.4 de la LEC* le legitima para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, específicamente el *art. 16.6 de la LCGC* le legitima activamente para el ejercicio de la acción de cesación del *art. 12 LCGC*, el *art. 13 de la LEC* permite la intervención como demandante mientras se encuentre pendiente un proceso de quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito, pudiendo defender las pretensiones formuladas aunque el litisconsorte se aparte del procedimiento por cualquier *causa*, y el *art. 54.2 de la LCU* permite al Fiscal personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de las entidades que enumera en el número uno del mismo precepto, ejercitando la acción de cesación en materia de cláusulas abusivas, si lo estima oportuno para la defensa de los intereses que representa, la Sala le tuvo por personado y parte interviniente mediante Auto de 21 de julio de 2011. Por ello, al haberse personado en el proceso como interviniente una parte legitimada para el ejercicio de la acción en defensa de intereses generales deducida en el escrito inicial, no siendo la demandante originaria la única con legitimación extraordinaria para la defensa de los intereses que se ventilan en esta litis, el proceso ha de continuar adelante para entrar a resolver el fondo del debate planteado.

CUARTO. - La pretensión de declaración de nulidad de las cláusulas de limitación de la variabilidad de intereses (conocidas popularmente como cláusula suelo y cláusula techo), en este caso circunscrita a la que establece un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, que utilizan las entidades de crédito demandadas en algunos de sus contratos de préstamo hipotecario, se fundamenta en la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación que reputa nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales las definidas en la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios. En concreto se alega que son abusivas conforme al *art. 82 de esta última Ley* porque son estipulaciones no negociadas individualmente, contrarias a la exigencia de la buena fe, que causan en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, imponiéndoles una renuncia a su derecho a devolver el préstamo a un tipo de interés actualizado y adaptado al momento del pago, acordes con la coyuntura económica y financiera,

desequilibrio que se hace patente, según la demanda, cuando se observa la determinación de los tipos máximos de interés (conocidos como cláusula techo), en el diez, doce y quince por ciento respectivamente, los cuales considera tan elevados que en la práctica es difícil que se apliquen.

Frente a estos argumentos los recurrentes oponen la no aplicabilidad de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación a los préstamos hipotecarios por estar regulados por un Derecho sectorial como es el Derecho bancario, en concreto en cuanto al tema que nos ocupa por la normativa bancaria de protección a la clientela como es la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito *Ley 26/1988 de 29 de julio*, y *las Ordenes Ministeriales de 12 de diciembre de 1989* sobre tipos de interés, comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, y de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, dictadas ambas en desarrollo del *art. 48.2 de esta Ley*. También alegan que la cláusula suelo no es una condición general de la contratación porque no son predisuestas ni impuestas, están reguladas por la OM de 5 de mayo de 1994, y porque fijan el precio del contrato. También consideran que no son abusivas en cuanto que no se dan las exigencias del *art. 82 LCU*, no son contrarias a la buena fe, no producen desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, ni faltan a las exigencias de la reciprocidad, la cual es una reciprocidad obligacional y causal respecto de los deberes de prestación de cada una de las partes, pero no cabe reciprocidad entre los dos elementos determinantes de una sola prestación que es el precio del contrato del que definen sus límites, sino entre los derechos y obligaciones que corresponden a cada una de las partes. Por último, se alega falta de prueba de la desproporción de las cláusulas suelo y techo, basándose el Juzgador en su apreciación a "simple vista" de la notoriedad de un desfase entre los extremos, y se aduce también la inadecuada valoración probatoria que efectúa la Sentencia apelada en cuanto a la prueba sobre la negociación de las *cláusula suelo consistente en el informe del Banco de España de 27 de abril de 2010* y en el dictamen emitido por KPMG.

QUINTO.- La existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis. Esta Ley integra la normativa aplicable a esta contratación, y ha de observarse y cumplirse por las entidades bancarias en el momento de redactar el contenido obligacional de los contratos, pues ni la específica legislación bancaria ni las normas administrativas de desarrollo que establecen una normativa sobre la información, documentación y protección de los consumidores en la contratación de productos, se inmiscuyen en el contenido obligacional de las concretas cláusulas contractuales, ni podrían hacerlo pues supondría desconocer el principio de autonomía de la voluntad de las partes (*art. 1255 Código Civil*). Aquellas normas pretenden proteger los legítimos intereses de los clientes a través de la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos, garantizando la adecuada información y protección del deudor, promoviendo una mayor competencia entre entidades. Pero ello no puede evitar que en un régimen de libre competencia en el que concurren un gran número de entidades de crédito se generen ofertas que en su contenido particularizado contengan cláusulas abusivas, las cuales siempre habrán de ser revisadas a la luz de la normativa de las Condiciones Generales de la contratación.

La existencia de pactos de limitación de intereses variables (las cláusulas suelo y techo) en la contratación de préstamos hipotecarios, está prevista y regulada en el anexo II de la OM de 5 de mayo de 1994, *cláusula 3ª bis, apartado 3*. Por tanto, su viabilidad legal es incuestionable en cuanto están previstas en la normativa sobre transparencia bancaria. Ello no impide que sean sometidas a un control de abusividad por los Tribunales. Pero resulta dudoso que pueda hacerse una declaración de abuso con carácter general y abstracto. El carácter abusivo de estas cláusulas, en principio legales, ha de verificarse en un análisis individualizado de cada caso, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y todas las cláusulas del contrato (*art. 82.3 LCU*). También ha de tenerse en cuenta cuando se trata de valorar si estos pactos son abusivos, que la OM de 5 de mayo de 1994 regula el iter negocial de la contratación, garantizando la transparencia y regulando los trámites necesarios para asegurar que el proceso de formación de la voluntad del prestatario se desarrolle libremente con el adecuado conocimiento y con total información, como veremos a continuación.

Hemos de analizar, en primer término, si los pactos de limitación de intereses variables constituyen una condición general de la contratación predispuesta e impuesta por la entidad crediticia, o son elementos esenciales del contrato de préstamo. Pues bien, estas cláusulas constituyen los términos financieros de la operación de préstamo, están incluidas en la oferta vinculante que la entidad debe hacer al prestatario, de conformidad con la OM de 5 de mayo de 1994, y una vez aceptada la oferta se incorporan al contrato, siendo el precio del mismo. En definitiva, estas cláusulas de limitación de intereses son elementos configuradores del precio del producto contratado, estableciendo el mínimo que el cliente habrá de pagar como intereses del préstamo, y el máximo que abonará. Fijan, por tanto, el marco de fluctuación del precio, en un contrato

en el que el prestatario ha optado libre y voluntariamente por un interés variable, y por tanto, sujeto a las oscilaciones y riesgos de un mercado libre. Precisamente esos riesgos son los que se tratan de paliar o cubrir con los pactos de limitación de los intereses variables. Así pues, consideramos que estas cláusulas no son de carácter accesorio, no constituyen una condición general de la contratación, sino que como uno de los factores de determinación del precio del contrato (junto con el interés referencial y el interés diferencial), precisamente el que determina el mínimo que habrá de pagar el prestatario, forman parte integrante de uno de los elementos esenciales del mismo. Como tal es el elemento decisivo a la hora de decantar su voluntad para contratar, el que necesariamente conoce, sobre el que reflexiona la conveniencia o no de hacer el contrato, a diferencia de las condiciones generales, las cuales el consumidor puede no tomar en consideración o desconocer, o no comprender su alcance y trascendencia o adherirse a ellas pese a su disconformidad porque lo que verdaderamente le interesa es el objeto principal del contrato y la conveniencia de las condiciones esenciales del mismo.

Así pues, al constituir estos pactos de limitación de intereses elementos conformadores de una de las condiciones esenciales del contrato, nada menos que de la estipulación contractual más importante para el prestatario que es el tipo de interés y, en el caso que nos ocupa, el precio o interés mínimo que ha de satisfacer durante toda la vida del préstamo, su aceptación es libre y voluntaria, fruto de un previo examen, análisis y estudio de la preceptiva oferta vinculante que se hace al consumidor que puede contrastarla con otras ofertas existentes en el mercado, y tras ello decide libremente si acepta o no la oferta vinculante que la entidad de crédito le ha presentado. Oferta cuyas condiciones de claridad y transparencia están garantizadas por la normativa contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, que regula los términos en que deben redactarse las cláusulas de limitación a la variación del tipo de interés. Orden Ministerial que además regula todo el camino negocial de la contratación, que comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo con las condiciones de identificación del préstamo, tipo de interés, plazos de revisión del tipo, gastos, importe de las cuotas, etc... Seguidamente, y una vez tasado el inmueble, la entidad de crédito tiene que hacer una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el Anexo II de la Orden (capital, amortización, intereses ordinarios, tipo de interés variable, límites a la variación del tipo de interés, comisiones, tabla de pagos y TAE, gastos, intereses de demora) por un plazo mínimo de diez días. El cliente estudia las condiciones esenciales de la oferta y decide si la acepta o la rechaza. Si la acepta, se redacta la escritura pública, que puede ser examinada por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento. Por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el Notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja.

Esta minuciosa regulación legal del recorrido preparatorio del contrato garantiza la transparencia, la información, la libre formación de la voluntad del prestatario, y si tras ello expresa su voluntad de aceptar y obligarse, ha de concluirse que lo hace libremente, con total conocimiento del contenido del pacto de limitación de la variabilidad de intereses, configurador del precio de la operación, el cual de acuerdo con lo dispuesto en el anexo II de la OM de 5 de mayo de 1994 ha de expresarse de modo que "resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y conforme a Derecho". Por ello debe descartarse que los pactos de limitación de la variabilidad de intereses que nos ocupan hayan sido impuestos a los solicitantes del préstamo.

Sólo una vez aceptada la oferta vinculante, que incluye el pacto de limitación de la variación del tipo de interés, se incorpora la estipulación limitativa al clausulado del contrato. Es decir, que como consecuencia de la preparación contractual regulada por la normativa contenida en la OM que garantiza la información y la formación libre de la voluntad del prestatario, una vez que acepta la oferta vinculante, los pactos de limitación de intereses pasan a formar parte del contrato. No nos hallamos, en definitiva, ante unas condiciones generales incorporadas al contrato por el predisponente sin información expresa al adherente acerca de su existencia, lo que produciría su nulidad de acuerdo con el *art. 8 de la LCGC* en relación con el *art. 82 de la LCU*. Por el contrario, se trata de unos pactos que constituyen condiciones esenciales del contrato, que sólo forman parte del contrato tras la información previa al prestatario, su examen, estudio, contraste con las ofertas de otras entidades de crédito, libre formación de voluntad y libre aceptación del mismo, en un iter negocial preparatorio regulado por la normativa administrativa sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

Las pruebas documentales aportadas a estos autos por las entidades demandadas ponen de manifiesto que las escrituras de préstamos hipotecarios que formalizan, en ocasiones contienen los pactos de limitación del interés y en otras ocasiones no. Lo que pone de relieve la posibilidad de contratar préstamos con las mismas con y sin limitación de los tipos variables, y en definitiva, la posibilidad de una negociación efectiva, no meramente ilusoria o quimérica, partiendo, como es lógico, de la oferta comercial de la entidad de crédito (toda

negociación contractual se inicia sobre la base de la oferta que un contratante plantea al otro), que concluya en un contrato sin limitaciones a la variación del interés aplicable.

SEXTO. - Expuesto lo anterior en cuanto a la naturaleza jurídica de las cláusulas que nos ocupan, la no imposición de las mismas, y el equilibrio negociador que procura la regulación de la Orden Ministerial de 1994 en la fase preparatoria del contrato, hemos de abordar también otro punto común a las tres apelaciones, mediante el que directamente impugnan el único fundamento o razón por el que verdaderamente la Sentencia apelada ha declarado abusivas las cláusulas objeto de este pleito que es la falta de reciprocidad entre el límite mínimo (suelo) y el máximo (techo) de variabilidad del tipo de interés. Frente a ello, los recurrentes consideran que los pactos de limitación de la variabilidad no son abusivos, que la Sentencia recurrida hace una indebida calificación de las cláusulas suelo como abusivas en el fundamento de derecho cuarto, e infringe los *artículos 82.1, 82.4 c) y 87* de la LCU.

Dice el *artículo 82 LCU* que *se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*". Y el *art. 82.4* dispone que *"No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90 , ambos inclusive: c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato"*.

Tres requisitos se precisan para que una cláusula sea abusiva: a) Que no se haya negociado; b) que sea contraria a la buena fe; c) que cause un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato. En cuanto al primero, ya hemos analizado en el anterior fundamento de derecho como el iter negocial que establece la normativa administrativa sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, la regulación del contenido de las ofertas vinculantes y la gran competencia existente en el mercado con multitud de ofertas sin cláusula suelo (el informe del Banco de España aportado a las actuaciones refleja que *"el 71% de la cartera encuestada no tiene restricciones a la bajada de tipos de interés, frente al 29% que sí que tiene limitaciones, aunque de esta parte de la cartera, el 82% también tiene limitaciones la subida"*), garantizan la plena información y la libre formación de la voluntad del prestatario que excluye la concurrencia del requisito de la imposición o, lo que es igual, de la falta de negociación. La concertación de préstamos hipotecarios con o sin límites a la variabilidad de interés que ofrecen las entidades demandadas, la gran competencia existente entre entidades de crédito, la transparencia de las condiciones financieras exigida por la normativa vigente, e incluso, la posibilidad de novar la hipoteca mediante la subrogación de otra entidad financiera, conforme a la *Ley 2/1994 de 30 de marzo sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios*, garantizan que la aceptación del pacto de limitación es fruto de la libre y voluntaria decisión del prestatario que las consiente libremente al suscribir el contrato de préstamo, sin imposición alguna.

Los pactos de limitación de la variabilidad tampoco son contrarios a la buena fe, pues se han suscrito siguiendo el iter negocial establecido en la regulación sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos, el solicitante ha recibido toda la información, y estos pactos son totalmente legales al estar contemplados en la normativa sobre transparencia de la OM de 5 de junio de 1994.

El último requisito es que produzcan un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato. En este caso el desequilibrio versaría sobre la falta de reciprocidad de las cláusulas limitativas por la falta de relación de equivalencia o semejanza entre la limitación a la baja y la limitación al alza.

El préstamo es un contrato real pues requiere que además del consentimiento, la cosa objeto del contrato sea entregada por una persona a la otra. Es obligatorio pues la recepción de una suma de dinero da lugar a la obligación de restituirla y de pagar intereses pactados. Es un contrato unilateral, pues uno de los contratantes es acreedor y el otro deudor; entregado el dinero, sólo el prestatario queda obligado a restituir el capital recibido junto con los intereses pactados. Puede ser oneroso o gratuito, aunque es obvio que el préstamo bancario es siempre retribuido.

Cuando la LCU se refiere a la falta de reciprocidad en el contrato, está aludiendo a una reciprocidad obligacional, es decir, a aquella propia de los contratos bilaterales en los que a la obligación de una de las partes se corresponde otra obligación del otro contratante. El contrato de préstamo es un contrato real y unilateral en cuanto que perfeccionado por la entrega del dinero por el prestamista, sólo el prestatario asume obligaciones, que son la de devolver el dinero y pagar los intereses convenidos en el tiempo y plazos estipulados.

Cuando el prestatario acepta que el precio de esa contraprestación sea variable, está aceptando la mutabilidad al alza y a la baja que vaya produciéndose durante la vida del contrato. La introducción de límites a la variabilidad de los tipos que reduzca el riesgo de la contingencia de las subidas y bajadas, no es un

pacto que se corresponda con ninguna otra contraprestación de la entidad prestamista, cuya única obligación en el contrato de préstamo, insistimos, es la de entregar al prestatario el dinero. A partir de ahí ninguna otra obligación tiene con éste. El pacto de limitación de la variabilidad es un medio de control del riesgo, constituyendo uno de los elementos configuradores del precio del contrato, junto con el interés referencial y el diferencial, con la finalidad de establecer una retribución mínima del capital entregado y, en su caso, la máxima que habría de satisfacer el prestatario Y el pago del precio es la recíproca contraprestación a la prestación de la entrega del dinero por parte del prestamista. El equilibrio al que el *art. 82.1 LCU* se refiere es un equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, un equilibrio del contenido jurídico obligacional del contrato, no del alcance económico de las contraprestaciones que constituyen el objeto del contrato. Aceptado un determinado precio por el prestatario, la mayor o menor onerosidad de la operación financiera no supone un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, pues como decimos, el equilibrio exigido por la Ley de Consumidores y Usuarios se refiere a los de contenido jurídico, no al equilibrio económico de la operación. En definitiva que el precio de una operación determinada sea caro no puede producir la nulidad del pacto. El precio de las cosas, de los bienes y de los servicios es el que libremente convengan las partes, en función de lo que determine la situación del mercado en cada momento y la libre competencia existente. En el caso de los préstamos sólo si el precio convenido es producto de un aprovechamiento de un estado de necesidad del prestatario habría que acudir a las normas que protegen al prestatario frente a préstamos usurarios, cual es la *Ley de 23 de julio de 1908* sobre la nulidad de los contratos de préstamos usurarios, cuando se estipula un interés notablemente superior al normal del dinero, manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso y aceptado por el prestatario a causa de su angustiosa situación o de su inexperiencia. Norma ésta que en absoluto sería de aplicación al caso que nos ocupa por ser su supuesto fáctico completamente distinto a los fundamentos de pedir deducidos en la demanda en relación con la abusividad de la cláusula suelo de los préstamos hipotecarios.

Así pues, los pactos sobre límites a la variabilidad del interés, no constituyen derechos u obligaciones recíprocas de las partes, sino que se incorporan al contrato como mecanismos para reducir el riesgo de pérdidas o de impago que pudiera frustrar el fin del contrato, y de esta manera asegurar el buen fin del mismo. No cabe, por tanto, contraponer el límite máximo al límite mínimo como si de dos contraprestaciones contractuales recíprocas se tratase. No nos hallamos más que ante una obligación que es la del prestatario de pagar el precio, el cual en una clase de contrato que queda sometido a las contingencias del alza y baja de los tipos durante un periodo muy largo de tiempo, se acota por arriba y por abajo para limitar el riesgo de que esa variabilidad pueda llegar a extremos que hagan inviable el contrato. Por consiguiente, no hay desequilibrio alguno o falta de reciprocidad de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Y es que no existe un derecho del prestatario a la limitación de la variabilidad o a la proporcionalidad de los límites. Como dijimos, la introducción de esos límites es plenamente legal. La OM de 5 de mayo de 1994 regula los mecanismos de transparencia de esas condiciones financieras del contrato, y tras el proceso negocial que regula paso a paso esta norma, el prestatario con pleno conocimiento, información y libertad, decide contratar unas determinadas condiciones de remuneración del préstamo recibido de entre las diversas que el mercado le ofrece. Pudiendo pactar unos intereses variables sin cláusulas de limitación, opta porque su contrato contenga tales límites para que en definitiva, el precio del contrato, el interés que tiene la obligación de abonar por el dinero recibido, quede configurado de una determinada manera, aceptando que en todo caso tendrá que abonar un precio mínimo pero que tampoco se sobrepasará un precio máximo, sean las que sean las condiciones del mercado.

No siendo estas cláusula un derecho del prestatario que se corresponda con una recíproca obligación del prestamista, no cabe, insistimos, hablar de desequilibrio de prestaciones. Pero si admitiéramos que las cláusulas suelo y techo supusiesen sendas contraprestaciones recíprocas de los contratantes, la determinación de donde está el punto de equilibrio entre el tipo mínimo y el máximo, sería una cuestión arduo compleja para cuya fijación sería enormemente vano o falto de realidad fijarse en el simple dato objetivo del guarismo o cifra numérica. Para empezar hay que tener en cuenta que el *art. 82.3 de la LCU* dice que el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. Resulta razonable pensar que si se impidiese la utilización de la cláusula de limitación a la baja de los intereses, de inmediato se incrementaría el interés diferencial, que garantizaría siempre el cobro de un mínimo. Y que otro tanto sucedería si se rebajase el techo para acercarlo al límite a la baja. Lo que a lo largo de la extensa vida de este tipo de contratos, sin duda redundaría en perjuicio del prestatario. Por otro lado, en contratos de tan larga duración como lo son los de préstamo hipotecario, y en un mercado financiero tan cambiante, la determinación de la proporcionalidad entre el límite máximo y el mínimo exigiría cuando menos de un riguroso y completo dictamen pericial que ayudase a valorar y a decidir judicialmente tan espinosa e intrincada cuestión. Ese dictamen no se ha efectuado en estas

actuaciones. Resulta muy osado declarar la desproporcionalidad cuando ni tan siquiera hemos sido capaces de concretar cual sea el punto de equilibrio, la referencia respecto de la cual podamos apreciar que el fiel de la balanza se escora indebidamente hacia uno de los lados. Baste al respecto un ejemplo. Los contratos de la Caja de Ahorros de Galicia aportados por la demandante fijan un límite máximo del diez por ciento y un mínimo del dos con setenta y cinco por ciento (escritura pública de 26 de julio de 2005, documento nº 8 de la demanda). Si tenemos en cuenta que en julio de 2008 el Euribor estaba al 5'393%, o en octubre de 2008 al 5'248%, y a ese porcentaje le añadimos el diferencial del 1'50%, el interés que pagaba el prestatario en ese momento estaba prácticamente a la misma distancia del techo que del suelo. Es decir, los tipos fluctúan, los préstamos son de larga duración, el comportamiento de los mercados financieros a largo plazo muy difícil de predecir. Ante ello y no disponiendo en estos autos de una prueba pericial que hiciese un profundo estudio científico de la cuestión, no es posible declarar con cierto fundamento y rigor que haya un desequilibrio importante o falta de equivalencia entre el límite mínimo del tipo y el máximo. Y mucho menos para declararlo con carácter general y absoluto sobre la base de una apreciación puramente coyuntural para todos los contratos que las entidades demandadas hayan concertado introduciendo el pacto de limitación a la variabilidad de los intereses, pues como dice el informe del Banco de España obrante en autos, la proporcionalidad está vinculada al precio del producto y este viene determinado por un conjunto de elementos (índice, diferencial, frecuencia de las revisiones, plazo, vinculación exigida, etc...), diferentes para cada préstamo y relevantes en cada momento. Y el dictamen de KPGM, por su parte, dice que "la evaluación de la proporcionalidad del precio de dos productos incluidos en una cláusula es compleja, en la medida que éstas tienen finalidades, derechos y costes financieros muy distintos para cada una de las partes involucradas en el préstamo hipotecario, coincidiendo únicamente en cuanto a la duración." Y continúa el informe diciendo, "entendemos que es complicado considerar como abusivas estas cláusulas, dado que implican una gestión compleja de futuras variaciones de dos pactos muy distintos desde el punto de vista de la finalidad, derechos, y costes para las partes, que en ningún momento puntual del tiempo y máxime en un entorno tan incierto como el actual, nos permite asegurar, que los límites tanto al alza como a la baja se puedan sobrepasar." (folios 1652 y 1653 de las actuaciones).

SÉPTIMO.- Por todo lo expuesto procede el acogimiento de los tres recursos de apelación formulados por las entidades demandadas, y la revocación de la Sentencia apelada para dictar otra por la que, desestimando las pretensiones de nulidad de las cláusulas de los contratos de préstamo a interés variable celebrados con consumidores y usuarios que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, acordamos no haber lugar a tal declaración, y absolvemos a las demandadas de las pretensiones contra las mismas deducidas en la demanda.

En cuanto a las costas causadas en la instancia, no hacemos especial imposición dado que el asunto resulta jurídicamente muy controvertido y complejo (*art. 394.1 inciso final de la LEC*).

OCTAVO. - En cuanto a las costas originadas en esta alzada, no ha lugar a hacer expresa imposición, dada la estimación de los recursos de apelación (*art. 398.2 LEC*).

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **estimando los recursos de apelación** interpuestos por los Procuradores de los Tribunales D. [REDACTED] en nombre y representación de la demandada **CAJAMAR CAJA RURAL S.C.C.**, D.^a [REDACTED] en nombre y representación de la entidad **CAJA DE AHORROS DE GALICIA, VIGO, ORENSE Y PONTEVEDRA**, y D. [REDACTED] en nombre y representación de la entidad **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.**, contra la Sentencia dictada el día 30 de septiembre de 2010, por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de Sevilla , en los autos de juicio verbal Nº 348/10, de los que dimanen estas actuaciones, **debemos revocar y revocamos** la citada Resolución y, en consecuencia, con **desestimación de la demanda** formulada por el Procurador D. Juan Ramón Pérez Sánchez en nombre y representación de la entidad **ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC CONSUMO)**, y a la que se ha adherido el **MINISTERIO FISCAL** mediante su personación en esta alzada, **declaramos que no ha lugar a la nulidad de las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable celebrados con consumidores y usuarios por las entidades demandadas que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, y absolvemos a las tres entidades demandadas de las pretensiones contra las mismas deducidas en la demanda, sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en ninguna de las dos instancias.**

Y, en su día, devuélvase las actuaciones originales con certificación literal de esta Sentencia y despacho para su ejecución y cumplimiento, al Juzgado de procedencia.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que quedará testimonio en el Rollo de la Sección lo pronunciamos mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Illmo. Sr. Magistrado de la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, DON FERNANDO SANZ TALAYERO, Ponente que la redactó, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mi el Secretario de lo que certifico.

DILIGENCIA.- En el mismo día se contrajo certificación de la anterior Sentencia y publicación en su rollo; doy fe.-



SENTENCIA

En Telde, a 4 de junio de 2010.

Vistos por Juan Alejandro Vallino Gutiérrez, Juez Stto. del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. 4 de Telde y su partido, los presentes autos de Juicio Ordinario, seguidos en éste Juzgado con el número 986/2009, promovidos por la demandante Procuradora de los Tribunales
en nombre y representación de la entidad
mercantil S.L., asistida por el Letrado Sr.
contra la parte demandada la entidad Bankinter, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Don . y asistida por el letrado Sr. , en ejercicio de acción sobre nulidad de contrato y reclamación de cantidad, y vistos los siguientes;

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 30 de julio, se presentó demanda por la actora, a la que acompañaba los documentos pertinentes y hacia alegación de los Fundamentos de Derecho que entendía aplicables al caso, y finalizaba con la súplica de que tras su legal tramitación finalizara dictándose sentencia por la que se declare nulos los contratos suscritos entre las partes con fecha 21 de julio de 2008 o con carácter subsidiario la nulidad de las cláusulas relativas al vencimiento anticipado y, en ambos casos, se condene a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 6.991,47 euros, así como las cantidades que se hubieran cargado como liquidación desde la interposición de la demanda con el interés legal desde la fecha de cobro por la demandada incrementado en dos punto porcentuales. Con carácter subsidiario interesó la nulidad de la cláusula relativa al vencimiento anticipado sin que afecte al resto del contrato sin obligación de pago por la actora a la demandada y con obligación de esta última de devolución de las cantidades cargadas como liquidación con el interés ya expuesto. Igualmente y de forma subsidiaria a las anteriores, se declare resuelto el contrato sin contraprestación por la actora y con obligación de la demandada de reintegrar las cantidades cargadas pro liquidaciones a partir de la presentación de la demandada con intereses, todo ello con expresa condena en costas.





SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se ordenó su sustanciación por las normas establecidas para el Juicio Ordinario, emplazándose a la demandada para que compareciese en dicho procedimiento y contestara a la misma si a su derecho conviniera; compareciendo en plazo, y contestando a la demanda por escrito presentado el 1 de diciembre de 2009, y oponiéndose a la petición formulada en la demanda por los hechos y los fundamentos de derecho que estimo de aplicación y que se concretaban en su escrito de contestación y que se tienen por reproducidos, terminando por solicitar que se dicte sentencia por la que se desestimen la totalidad de las pretensiones contenidas en la demanda con expresa condena en costas a la actora.

TERCERO.- Se señaló día y fecha para la celebración de la audiencia previa, 10 de febrero de 2010, en la cual se determinaron los objetivos previstos por la ley, y al comprobar que subsistía litigio, se acordó la proposición de prueba por las partes. Se propuso por las partes las que constan en el acta al efecto extendida, practicándose las que fueron admitidas con el resultado que obra en autos, en el acto del juicio celebrado el día 22 de abril de 2010, y tras el trámite de conclusiones, se dio por terminado el acto, y a continuación restó el procedimiento para resolver.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se ha observado todas las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia debido al cúmulo de asuntos que se tramitan en este Juzgado y la atención del Servicio de Guardia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la actora, acción de declaración de nulidad y subsidiariamente resolución del contrato suscrito por las partes el 21 de julio de 2008 de "condiciones generales del contrato de gestión de riesgos financieros" y "condiciones particulares del contrato de gestión de riesgos financieros", y en ambos casos de reclamación de cantidad, alegando, en síntesis, en sustento de sus pretensiones que su principal, pequeña empresa de distribución comercial que hace uso de financiación externa para el desarrollo de su actividad frente a la demandada empresa especializada en el sector financiero, contrató el producto denominado "Clip Bankinter EXTRA 08.4" en el convencimiento de que lo que contrataba era un seguro de cobertura frente a la evolución de los tipos de interés, aconsejado por la demandada por la información que tenía de evolución al alza, que contrarrestaba tales desfases al alza a modo de seguro. Asegura que la entidad demandada le informó de la posibilidad de cancelación anticipada en los momentos establecidos (ventanas de cancelación) sin conste ni perjuicio alguno. Que tras un único abono comenzaron a realizarse cargos y que al requerir a la demandada para su cancelación esta le informó del coste que dicha operación tendría, coste del que no fue informado. Así alega en definitiva vicio en el consentimiento al no haber cumplido la demandada su





obligación de informar sobre el producto y demás obligaciones de clasificación previa del cliente.

A tales pedimentos se opuso la demandada, argumentando no ser cierto que se informara que el referido producto operara como un seguro ni que su cancelación anticipada no tuviera coste o perjuicio. Alega la demandada que el actor es conocedor de este tipo de productos por haber contratado otro similar con otra entidad crediticia y por su conocimiento del mismo fue este último quien se puso en contacto con la demandada mostrando su interés en contratarlo, expresándose en las cláusulas de los contratos los riesgos derivados de la operación de forma clara, habiéndose proporcionado toda la información relativo a las condiciones del producto así como la posibilidad de liquidaciones negativas y perjuicios por cancelación anticipada.

SEGUNDO.- Sentados los términos objeto de debate, procede realizar ciertos acercamientos jurídicos a la cuestión debatida con objeto de centrar el litigio. Así, en cuanto a la nulidad solicitada de forma principal, la nulidad de pleno derecho supone la inexistencia de alguno o algunos de los requisitos esenciales establecidos para la validez del contrato, a saber, el consentimiento, el objeto y la causa (art. 1261 CC), la nulidad radical o de pleno derecho opera por ministerio de la ley y es absoluta, insubsanable (salvo los supuestos de conversión y convalidación) e imprescriptible. Si prospera, la acción de nulidad -para cuyo ejercicio hay una amplia legitimación activa- da lugar a una sentencia mero declarativa que destruye la apariencia creada por el negocio radicalmente nulo -o la parte de él que es nula, en su caso (nulidad parcial)- y elimina *a radice* y *ex tunc* todos sus efectos (con la salvedad de determinadas situaciones que puedan haber devenido inatacables).

Los vicios del consentimiento están recogidos en los arts 1265 y ss. CC y la consecuencia de su presencia en los arts. 1300 y ss. CC. En la teoría, los vicios del consentimiento se distinguen de los vicios de la declaración, en que en los primeros existe un vicio en la formación de la voluntad, mientras que en los segundos hay una divergencia entre la voluntad interna y la declarada. Los vicios del consentimiento son: error y dolo que suponen una falta de conocimiento para la formación de la voluntad y violencia e intimidación que representan una falta de libertad para la voluntad. El error (art. 1266) supone un conocimiento falso de algo, siendo esta falsedad reconocible para una de las partes y excusable para la otra. El error, para tener trascendencia anulatoria, debe ser esencial y recaer sobre la sustancia de la cosa que fue objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El dolo vicio del consentimiento (art. 1269), muy diferente del dolo como criterio de imputación en la responsabilidad civil, son las palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno los contratantes que inducen al otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho. El dolo debe ser principal o causante, exigiéndose un nexo causal entre él y la celebración del contrato. La jurisprudencia del Tribunal Supremo exige para que el error vicie la voluntad que sea esencial, imputable, desconocido y de una importancia tal que con una diligencia regular no ha podido ser evitado por la persona que lo sufra (S.T.S 7 abril 1976).





TERCERO.- Sentado cuanto antecede y de un análisis de los contratos impugnados ciertamente hay que afirmar que ambos adolecen de cláusulas claras que puedan llevar a un perfecto conocimiento por parte del actor de lo efectivamente firmado o, dicho de otro modo, que en el momento de su firma pudiera prever las negativas consecuencias que tanto su aplicación como su cancelación le han acarreado. Así en el expositivo de las condiciones generales se expresa la posibilidad de "reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el Cliente en el presente contrato", advirtiendo así al cliente de la posibilidad de ver reducidos o anulados los beneficios, no de que se le produzcan pérdidas. Abundando en ello, la estipulación sexta de las condiciones generales expresa que "el cliente podrá cancelar anticipadamente un producto en cualquiera de las fechas especificadas en las condiciones particulares del producto, denominadas -ventanas de cancelación-. En este caso, el resultado económico de la cancelación vendrá determinado por las condiciones del mercado en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado por el cliente", y sigue diciendo "... si el Cliente solicitara la cancelación anticipada del Producto en una fecha no incluida entre las -ventanas de cancelación-, el resultado económico de la misma, que vendrá determinado por las condiciones del mercado en el momento de la solicitud, podrá verse minorado por el coste o perjuicio que esta cancelación anticipada haya ocasionado al BANCO, y que este podrá repercutirle.". Si bien en las condiciones particulares se establece como períodos de cancelación los días 15 de los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre de cada año, no aclara la forma de obtener los perjuicios que el banco está autorizado a repercutir al cliente, quedando establecido de forma genérica en las condiciones particulares sin que la otra parte contratante puede determinar y vigilar, a priori, que cantidades le pueden ser repercutidas en caso de cancelar el producto fuera de los periodos establecido sin coste, siendo que la "fórmula" para la obtención de tal considerable cantidad, solo es informada en el momento en que la cancelación se ha producido y la cantidad ha sido cargada. Por último, y en lo que se refiere a la penalización al banco en caso de que la cancelación sea por este decidida, se establece una redacción en la referida cláusula sexta de las condiciones generales, que resulta tan genérica e indeterminada que igual efecto causa su inclusión como su eliminación, pues si el banco decidiera cancelar unilateralmente el producto, se crearía para el cliente una expectación sobre cual iba a ser el resultado de esas liquidaciones positivas o negativas en función de las condiciones del mercado. De esta forma puede comprobarse como tanto las cláusulas cuya redacción se ha referido en el presente fundamento jurídico como los contratos en general, están redactados con una ambigüedad e imprecisión que hacen imposible poder conocer el devenir aproximado de la operación y de ser este negativo e interesar al cliente su cancelación, se encuentra igualmente con la incierta consecuencia de su indecisión.

Esta serie de imprecisiones sólo podrían haber sido salvadas con una rigurosa información debidamente acreditada por parte del banco hacia el cliente actor, de forma que hubiera podido demostrar que con tal información el actor era conocedor de todos los pormenores y la operatoria del producto que contrataba, pero tal extremo no ha quedado acreditado. Ya en este momento resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 1288 CC,





que establece una regla que determina que no puede favorecer el establecimiento de cláusulas oscuras al que las haya redactado jugando de forma favorable para el que no lo haya hecho. Por otra parte, la Ley 47/2.007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores y que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, vino a establecer en su artículo 79 bis, unas rigurosas exigencias a las Entidades financieras en orden a asegurar el efectivo cumplimiento de su obligación de información a los clientes no profesionales o minoristas, condición esta que le viene atribuida a la actora por aplicación del artículo 78 bis, así como la obligación de estudiar y conocer el tipo de cliente, sus conocimientos financieros y experiencias en tal sentido, dando así especial relevancia a lo que se ha venido denominando fase precontractual tanto para tomar conocimiento de la experiencia inversora del potencial cliente como para ofrecerle la información relativa al producto necesaria y relevante para la toma de decisión y los riesgos que conlleva. Estos hechos no han sido acreditados, no se ha podido demostrar por la demandada que haya dado a su cliente, el actor, la información a que venía obligada, ni que hubiera tenido conocimiento del tipo de cliente que contrataba el producto, siendo indiferente que el producto lo ofreciera la entidad demandada o lo solicitara el actor. Ha de considerarse pues que la demandada no ha cumplido con tales obligaciones pues de otro modo bien podría haberlo acreditado, máxime tratándose de una entidad que por su actividad está sujeta a rigurosos controles de organismos reguladores y que dada la exigencia legal, debe procurarse toda clase de soportes documentales o de otro tipo que puedan poner de manifiesto, sin duda alguna, el cumplimiento de sus obligaciones, más tratándose de un producto de "alto riesgo", como al mismo se ha referido el Defensor del Pueblo. Es más, el propio representante de la entidad demandada aseguró en su interrogatorio que la operación se realizó conjuntamente en un solo acto en la oficina del actor, sin que haya dado una respuesta convincente en lo referente a la clasificación del cliente ni a la información facilitada. Respecto a la obligación de información se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Pontevedra en Sentencia de 7 de abril de 2010, en un supuesto idéntico al presente y en referencia a la aplicación del Real Decreto 629/93, cuyo extracto se reproduce, al señalar que *"Como desarrollo de las previsiones contenidas en la precitada Ley, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios EDL1993/16198 -en la actualidad derogado por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero EDL2008/4324, mas de aplicación al caso- vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento a observar más destacables en atención a las connotaciones del caso examinado, que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con*



precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos."

Papel de oficio de la Administración de Justicia en Canarias

Continuando con la anterior línea argumentativa, es procedente hacer referencia, una vez más, a la declaración prestada por el representante de la entidad demandada. En su interrogatorio explicó el producto de autos refiriéndose al mismo como un producto de estabilización de riesgos financieros, que opera estabilizando la fluctuación de los tipos de interés en torno al 5,25 % con referencia Euribor a tres meses (Condiciones Particulares), de suerte que la subida de los tipos por encima de los márgenes establecidos darían lugar a liquidaciones positivas y la bajada a negativas, compensando de esta forma tales fluctuaciones en torno al referido tipo, cobrando así fuerza la teoría del actor de su creencia de que el producto operaba a modo de seguro, pues efectivamente, y salvando las diferencias entre uno y otro producto, la explicación ofrecida no deja de asegurar tales fluctuaciones. Sin embargo la realidad es bien distinta, pues como ya argumentó la oficina del Defensor del Pueblo en su informe de 27 de noviembre de 2009, aportado por la demandante como documento número diez de los unidos en la audiencia previa, "...estos productos complejos que operan con derivados financieros, están diseñados de tal forma que no cubren el riesgo de fluctuación de los tipos de interés, sino que en caso de subida de los tipos de interés, si se compensa a los clientes con una cantidad en función de esa subida, pero al establecerse una serie de barreras y escalas, limitan la compensación, no resultando proporcional a la subida de los tipos de interés, en cambio, en el caso de bajada, los clientes asumen íntegramente todo el riesgo, teniendo que pagar mucho más que lo que reciben en el caso de una subida de tipos de la misma cuantía, y mucho más de lo que ahorran en la cuota del préstamo" y continua "estos productos no son un instrumento de garantía para los clientes, sino un producto especulativo que beneficia, en todo caso, a las entidades financieras."

Por último es de valorar que en el presente caso no ha quedado acreditada el conocimiento financiero del actor alegado por la demandada, pues no se ha practicado prueba alguna que lleve al convencimiento de este juzgado de tal circunstancia, sin que el hecho de que haya contratado otro producto de similares características con otra entidad financiera, concretamente BBVA, sea, per se, una prueba que justifique tal extremo, máxime cuando este contrato fue firmado poco tiempo después del de autos, por lo que en el momento de firmarlo no tenía experiencia financiera en este tipo de productos que pudiera hacer pensar que conocía su sistemática y alcance.

Como consecuencia de todo lo anterior, al actor se le abonó una única cuota resultante de liquidación positiva por importe de 306,67 euros, procediendo la demandada a cargar sucesivamente liquidaciones negativas por importe total de 7.298,14 euros, diferencia que arroja la cantidad reclamada, hechos que se producen por el desconocimiento del actor del tipo de producto que contrataba, su forma de operar y sus repercusiones por no haber sido informado de forma suficiente por la entidad demandada. Se dan los requisitos necesarios ya expuestos para apreciar vicio en el consentimiento





del actor a la hora de contratar el referido producto, lo que debe llevar a decretar la nulidad solicitada.

CUARTO.- Los efectos jurídicos de la declaración de nulidad se regulan con carácter principal (no exclusivamente) en el art. 1303 CC, en el que se establece que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. El precepto, que tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador (Sentencias del TS de 22 de septiembre de 1989, de 30 de diciembre de 1996 y de 26 de julio de 2000), evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra (Sentencia del TS de 24 de febrero de 1992 -llegar hasta donde se enriqueció una parte y hasta donde efectivamente se empobreció la otra-), es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no solo a los de anulabilidad o nulidad relativa, (Sentencias del TS de 22 de septiembre de 1989, de 24 de febrero de 1992, y de 28 de septiembre de 1996), y opera sin necesidad de petición expresa, por cuando nace de la ley (Sentencia del TS de 24 de febrero de 1992).

Se trata de una consecuencia ineludible de la invalidez e implícita, que según la Sentencia del TS de 9 de noviembre de 1999 no hace falta reflejar en la parte dispositiva de la sentencia.

Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenía al tiempo de la celebración (Sentencias del TS de 22 de septiembre de 1989, de 28 de septiembre de 1996 y de 26 de julio de 2000), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (Sentencia del TS de 23 de octubre de 1973).

El art. 1303 CC se refiere a la devolución de la cosa con sus frutos (Sentencia del TS de 18 de febrero de 1994) y el precio con sus intereses (Sentencias del TS de 18 de febrero de 1994 y de 12 de noviembre de 1996).

En el presente caso procede la restitución, como ya se ha visto, de lo percibido por cada una de las partes, y siendo mayor lo recibido por la demandada procede compensar ambas cantidades descontando lo recibido por el actor, que conforme se expuso en el último párrafo del fundamento jurídico anterior, arroja un saldo a favor del actor coincidente con la cantidad reclamada de 6.991,47 euros, así como de las cantidades que se hayan cargado al actor en su cuenta corriente como consecuencia de liquidaciones trimestrales tras la interposición de la demanda, restando las cantidades que, en su caso, le hayan sido abonadas por tales conceptos.

QUINTO.- Con relación a los intereses, se devengarán los intereses de demora calculados al tipo del interés legal y desde la fecha de interposición de la demanda iniciadora del presente procedimiento, conforme a lo establecidos en los artículos 1100, 1101 y 1108 del Código Civil.





SEXTO.- Con relación a las costas, es de aplicación el artículo 394 de la LEC, y al haber sido estimadas totalmente las pretensiones de la actora, procede su imposición a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales [redacted] en nombre y representación de la entidad [redacted] S.L., contra la parte demandada la entidad BANKINTER, S.A. representada por el procurador de los Tribunales Don [redacted], debo DECLARAR y DECLARO nulos los contratos de "Condiciones Generales del contrato de gestión de riesgos financieros" y "Condiciones particulares del contrato de gestión de riesgos financieros" suscritos por las partes el 21 de julio de 2008, y en consecuencia,

Debo CONDENAR Y CONDENO a la demanda a abonar a la actora la cantidad de SEIS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y UN EUROS CON CUARENTA Y SIETE CENTIMOS (6.991,47), así como a reintegrar a la actora los importes que resulten a cargo del actor y le sean adeudados en cuenta como consecuencia de las liquidaciones trimestrales que se produzcan tras la interposición de la demanda, restándoles en su caso los abonos que como consecuencia de tales liquidaciones hubiera recibido el actor, más los intereses legales en la forma estipulada en el fundamento jurídico quinto de la presente resolución. Con expresa condena en costas a la parte demandada.

Llévese certificación de la presente resolución a los autos de su razón, uniéndose el original al libro de sentencias de éste Juzgado.

Notifíquese la presente resolución a las partes conforme lo establecido en el Art. 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con indicación de que contra esta sentencia cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, a interponer en este Juzgado dentro del plazo de los cinco días siguientes a la notificación, a cuyo efecto deberá acreditarse haber realizado la consignación del depósito establecido en la Ley 1/2009, de 3 de noviembre.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia en nombre de S.M. el Rey, lo pronuncio, mando y firmo.





Papel de oficio de la Administración de Justicia en Canarias

PUBLICACION.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Sr. Juez que la ha dictado, estando celebrando Audiencia Publica en el día _____ por ante mi la Secretaria Judicial, de lo que doy fe.





Defensor del Pueblo de España