

30 ARTÍCULOS DOCTRINALES SOBRE MEDIACIÓN HIPOTECARIA EN EUSKADI

EUSKO JAURLARITZA



GOBIERNO VASCO

HERRIZAINGO, JUSTIZIA
ETA HERRI ADMINISTRAZIO SAILA

DEPARTAMENTO DE INTERIOR, JUSTICIA
Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia

Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco

Vitoria-Gasteiz, 2012

Un registro bibliográfico de esta obra puede consultarse en el catálogo de la
Biblioteca General del Gobierno Vasco:
<http://www.bibliotekak.euskadi.net/WebOpac>

Edición

1.ª noviembre 2012

Tirada

100 ejemplares

©

Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco
Departamento de Interior, Justicia y Administración Pública

Internet

www.euskadi.net

Edita

Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia
Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco
Donostia-San Sebastián, 1 • 01010 - Vitoria-Gasteiz

**Diseño
y maquetación**

ekipoPO

Impresión

Servicio de Imprenta y Reprografía del Gobierno Vasco

Depósito Legal

VI XXX-2012

ÍNDICE

Cláusulas abusivas	7
1- Cláusulas de suelo y techo.....	7
2- Cláusulas de vencimiento anticipado. ¿Cuándo son abusivas?.....	10
3-Cláusulas que prohíben la enajenación de la finca: una doble lectura	13
4- Cláusulas de comisión por gastos de posiciones deudoras.....	16
5- Cláusulas de redondeo al alza	19
6- Cláusulas que imponen la contratación de seguros de vida	22
7- Cláusulas con intereses moratorios abusivos	25
8- Cláusulas de sumisión expresa a fuero territorial.....	28
9- Cláusulas de emisión de un pagaré en blanco como garantía de cobro y de imposición de las costas judiciales.....	31
Renegociación del crédito hipotecario y quita: soluciones estándar	35
10- La quita: normativa aplicable y propuestas internacionales.....	35
11- Nociones generales acerca de la novación del crédito hipotecario	38
12- Modificación de las condiciones subjetivas del préstamo hipotecario.....	41
13- Período de carencia y ampliación del plazo de amortización	44
14- Reunificación de préstamos y reducción de los tipos de interés	47
Alternativas distintas a la propiedad de vivienda	51
15- El contrato de arrendamiento de vivienda: una espada de doble filo	51
16- El usufructo: una alternativa novedosa	54
17- Comodato y precario: soluciones temporales	57
18- Derechos de uso y habitación: ¿reminiscencias históricas o figuras prácticas?.....	59
19- Alquiler social. Medida de gracia tras la ejecución del desahucio.....	62
Real decreto ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos	67
20- Código de buenas prácticas bancarias. ¿La solución definitiva?.....	67
21- La dación en pago: última solución.....	71
22- Propietarios desempleados. ¿Cómo enfocar las negociaciones?.....	74

Obligaciones de las entidades bancarias	79
23- Obligación de información precontractual de las entidades bancarias.....	79
24- Circular 5/2012 de 27 de junio: acotación del libre albedrío bancario	82
Consecuencias derivadas de incumplimiento contractuales	
de las entidades bancarias	85
25- La mora del deudor: análisis del artículo 1.100 Del código civil.....	85
26- Indemnización por los daños morales ocasionados al prestatario	88
27- Reclamación ante el banco de españa: compromiso del mediador	91
28- El cobro de lo indebido: protección legal para los prestatarios.....	94
Ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles.....	99
29- Contenido y valor jurídico del acta final de los mediadores	99
Procedimiento de ejecución hipotecaria	103
30-Continuación de las negociaciones, una vez iniciada la ejecución judicial	103

CLÁUSULAS ABUSIVAS

1- CLÁUSULAS DE SUELO Y TECHO

Uno de los argumentos jurídicos de mayor consistencia que los mediadores pueden utilizar en sus negociaciones con las entidades bancarias, consiste en advertir a éstas sobre el carácter abusivo de las “cláusulas de suelo y techo” que pudieran existir en el contrato de préstamo hipotecario.

En estas cláusulas, se fijan una cantidad mínima (suelo) y otra máxima (techo) que cada cliente deberá pagar, con independencia del valor del índice referenciado en el contrato.

La discusión doctrinal y jurisprudencial acerca de la naturaleza jurídica de estas cláusulas es muy controvertida y en este escrito intentaremos poner un poco de luz, expresando nuestra valoración jurídica.

Para ello es necesario detenerse en responder a las tres siguientes cuestiones:

¿Es una condición general de la contratación o una condición particular?

A la hora de encuadrar a la “cláusula de suelo y techo” en alguno de estos dos bloques, hay que comprobar los siguientes extremos:

- ¿Tuvo el prestatario un conocimiento previo sobre la existencia de esta cláusula, consintiendo libremente la inclusión de la misma en el contrato de préstamo hipotecario, o le vino impuesta por la entidad bancaria?
- ¿En la publicidad emitida por la entidad bancaria se le advirtió por escrito sobre la existencia de esta cláusula? ¿Se le informó tan sólo de forma verbal?
- ¿Afecta esta cláusula a un elemento esencial del contrato como es el precio y por tanto, debe ser considerada una cláusula particular?

En nuestra opinión, este tipo de cláusulas deben tener la catalogación jurídica de condiciones generales de la contratación por las siguientes razones:

- La jurisprudencia del Tribunal Supremo considera mayoritariamente que con independencia de que estas cláusulas puedan afectar al precio, tienen carácter general ya que vienen impuestas 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.
- El Informe del Banco de España publicado el 7 de mayo de 2010, reconoce que estas cláusulas limitativas de los tipos de interés variable, vienen impuestas por determinadas entidades bancarias por mera decisión empresarial y de forma predeterminada, debiendo el cliente adherirse a ellas si desea concertar el contrato de préstamo hipotecario.

Además, debemos tener en cuenta que existe una presunción “*iuris tantum*” de que estas cláusulas son condiciones generales, de tal modo que son las entidades bancarias quienes tienen la carga probatoria de acreditar su carácter particular.

Por tanto, a salvo de que la entidad bancaria llegare a acreditar que el cliente asumió con plena voluntad y conocimiento el contenido de la “cláusula de suelo y techo”, ésta será una condición general.

Por consiguiente, se someterá a la regulación establecida en la Ley General de Consumidores y Usuarios, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

¿Cómo podemos acreditar si es una cláusula abusiva?

En segundo lugar debemos detenernos en comprobar si esta cláusula guarda o no la debida proporcionalidad al objeto de determinar si es válida o si por el contrario, es abusiva.

Para ello, resulta de interés traer de nuevo a colación el Informe del Banco de España publicado el 7 de Mayo de 2010, del que podemos desprender que en préstamos hipotecarios concedidos de enero a septiembre de 2009, la cláusula techo era de 13’47 y la cláusula suelo de 3’35.

Desde 2009, el EURIBOR, ha ido descendiendo, con lo que los límites máximo y mínimo citados en el párrafo anterior deberían ser menores en los contratos de préstamo firmados en los últimos tres años.

De este modo, habría que analizar individualmente cada uno de los contratos para comprobar si esta cláusula garantiza la reciprocidad en los derechos y obligaciones de las partes.

¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de la nulidad de este tipo de cláusulas?

Finalmente, señalaremos cuáles pueden ser las consecuencias jurídicas de la existencia de este tipo de cláusulas una vez que hayamos podido acreditar o bien que son condiciones generales o bien que son abusivas:

a) Si acreditamos que es una condición general pero que no es abusiva

Existe jurisprudencia que recalca que con el simple hecho de acreditar que esta cláusula es una condición general, puede decretarse la nulidad de la misma al amparo del artículo 1.261.1 del Código Civil al no haber existido el consentimiento libre del prestatario, a la inclusión de la cláusula en el contrato.

b) Si acreditamos que es una condición general y abusiva.

En este supuesto, caben dos opciones:

- **Declarar la nulidad de la cláusula abusiva** sobre la base de los artículos 80 y 82 en relación con el 86.7, 87.6, y 89.1 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios.
- **Declarar la nulidad de la totalidad del contrato de préstamo hipotecario**, aplicando el artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, al haberse pactado unos intereses usurarios o leoninos, aprovechándose la entidad bancaria de las circunstancias personales del prestatario o de su inexperiencia.

En todo caso, si un Tribunal llega a determinar la nulidad de este tipo de cláusulas, se condenará a la entidad demandada a devolver al prestatario aquellas cantidades que hayan cobrado en virtud de la condición declarada nula.

De este modo, los mediadores una vez que han acreditado que existe una cláusula de suelo y techo abusiva, pueden dirigirse a las entidades bancarias solicitando que recalculen el tipo de interés que se está aplicando en la hipoteca y advirtiéndoles de las consecuencias jurídicas que supondría para el banco iniciar un procedimiento judicial solicitando la nulidad de la cláusula o en su caso, del contrato de préstamo hipotecario.

Para finalizar este artículo quería remitirme a lo indicado doctrinalmente por Vicens Chuliá que señala que “en este tipo de cláusulas queda de manifiesto que la voluntad contractual brilla por su ausencia, cuando las partes son la entidad bancaria y el cliente”.

Buscando el símil de un partida de ajedrez, Vicens indica: “El Banco es un experto y el prestatario un mero aficionado. Cada jugada (cláusula contractual) supone un jaque-mate para el consumidor”.

Hagamos usos de las herramientas que nos proporciona el legislador, para proteger los derechos de la parte más débil, controlando si las “cláusulas de suelo y techo” guardan la debida reciprocidad entre las partes, o si por el contrario suponen un nuevo abuso de poder por parte de las entidades bancarias.

2- CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO. ¿CUÁNDO SON ABUSIVAS?

Cuando analizamos la validez jurídica de un contrato de préstamo hipotecario, no debemos ceñir nuestro estudio únicamente a la cláusula de suelo y techo.

Existen otras cláusulas que pueden ser abusivas y que merecen ser ahondadas con detenimiento para que cada uno de los mediadores, pueda encontrar un alegato de valor, cuando negocian con las entidades bancarias.

En este sentido, hoy nos detendremos en el análisis de las “cláusulas de vencimiento anticipado” que los bancos habitualmente suelen imponer en los contratos de préstamo hipotecario.

Dichas cláusulas pueden ser divididas en dos grupos:

- **Cláusula de vencimiento anticipado, por impago de una sola cuota del préstamo hipotecario**

¿Qué ocurre si la entidad bancaria se reserva el derecho a dar por vencida la totalidad del contrato de préstamo hipotecario, por el incumplimiento del abono de una sola de las cuotas de amortización del préstamo? ¿Podemos catalogar esa cláusula como abusiva, o es por el contrario válida?

La doctrina y la jurisprudencia mantienen criterios divergentes, pudiendo encontrar argumentos en ambos sentidos:

- **Argumentos favorables a considerar esta cláusula como ABUSIVA**

Es una cláusula desproporcionada, ya que anuda un incumplimiento leve, a una consecuencia gravosa, como es la del vencimiento anticipado, hasta el punto de que la entidad bancaria, pueda reclamar de una sola vez la totalidad del préstamo pendiente de pago.

El artículo 82.1. de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, considera esta cláusula como abusiva al provocar un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados de la ejecución del contrato.

El artículo 1.125 del Código Civil señala que, las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, sólo serán exigibles cuando el día llegue, con lo que la entidad bancaria no puede por el incumplimiento de una sola cuota, dar por vencida la totalidad del préstamo hipotecario.

- Argumentos favorables a considerar esta cláusula como VÁLIDA

Es una cláusula pactada libremente por las partes al amparo de la libertad contractual, prevista en el artículo 1.255 del Código Civil, y al existir justa causa, la entidad bancaria está facultada para dar por vencido el contrato de préstamo hipotecario.

El artículo 693.2 de la Ley Hipotecaria, faculta a reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses, si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro de la Propiedad.

Comparando ambas teorías, no nos atrevemos a pronunciar de modo categórico que estas cláusulas sean abusivas, más aún cuando el Centro de Estudios de Consumo insiste en recalcar que la doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado la validez de estas cláusulas.

A pesar de ello, sí queremos dejar constancia de que existen Sentencias que han declarado expresamente el carácter abusivo de estas cláusulas y en nuestra opinión con una fundamentación jurídica adecuada.

Recordemos que la libertad contractual del artículo 1.255 del Código tiene expresamente reconocidos como límites, el cumplimiento de la ley, la moral y el orden público.

Es cierto que el artículo 693.2 de la Ley Hipotecaria, reconoce la facultad de vencimiento anticipado a la entidad bancaria, pero ello no le faculta para arbitrariamente desequilibrar los derechos y obligaciones de ambas partes, con lo que a nuestro juicio, habrá que analizar cada contrato en concreto, y en función del tenor literal de la cláusula, adoptar una estrategia ante la entidad bancaria.

- Cláusula de vencimiento anticipado, cuando se produzca el embargo de bienes del prestatario, o resulte disminuida la solvencia de éste.

En el ámbito de los contratos de préstamo hipotecario, la entidad bancaria recurre también habitualmente a esta cláusula de vencimiento anticipado.

¿Puede legalmente un Banco dar por vencido un contrato por el simple hecho de que se embargue algún bien del prestatario, o le conste que la solvencia del cliente ha disminuido?

La respuesta en este caso es contundente. No.

Si existe en el contrato esta cláusula, la misma es sin duda alguna, abusiva.

El Banco podría aducir la aplicación del artículo 1.129 del Código Civil, que señala que el deudor pierde su derecho a utilizar el plazo, en una serie de supuestos.

Sin embargo, incurriría en un craso error ya que entre los mismos, no se encuentra ni el embargo de los bienes hipotecados ni la disminución de la solvencia del deudor.

¿En qué supuestos puede un Banco reservarse el derecho a dar por resuelta la totalidad del contrato, al amparo del artículo 1.129 de Código Civil? Sólo en estos tres:

- 1- Si el prestatario resulta insolvente, después de contraída la obligación (salvo que garantice la deuda).
- 2- Si el deudor no otorga a la entidad bancaria, las garantías a las que se hubiere comprometido.
- 3- Si por actos propios (de modo voluntario), el prestatario hubiere disminuido las garantías establecidas, o si por caso fortuito desaparecen todas ellas, salvo que las sustituya por otras nuevas e igualmente seguras.

No obstante, en el tipo de cláusula que estamos analizando, la entidad financiera pretende que cualquier incidencia negativa en el patrimonio del prestatario, efectiva o eventual, pueda servir de excusa al profesional predisponente para ejercitar la facultad resolutoria contractual.

En definitiva, poniendo en común ambas cláusulas, ¿en qué supuestos puede un mediador indicar a la entidad bancaria que una cláusula de vencimiento anticipado es abusiva?

- Cuando se pretenda ejercer dicha facultad, por el impago de una sola cuota hipotecaria o por otro incumplimiento leve (si el contrato no está inscrito en el Registro de la Propiedad, las probabilidades de declarar judicialmente abusiva esa cláusula, aumentarían).
- Cuando se ejecute ante el embargo de los bienes del prestatario.
- Cuando se hace uso por la disminución de la solvencia del prestatario.

Para finalizar, creemos conveniente señalar que los mediadores pueden advertir a la entidad bancaria de que la ejecución de un desahucio por la aplicación de las dos cláusulas de vencimiento anticipado que hemos analizado en este artículo, podría suponer que un

Tribunal le condenara a pagar una **indemnización por los daños morales** ocasionados al propietario.

Nos detendremos en esta cuestión con más exhaustividad en un posterior artículo, pero a título de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 25 de octubre de 2004, condenó a una Caja de Ahorros a pagar **12.000 euros** en concepto de indemnización a un propietario desahuciado tras ser aplicada esta cláusula, al haberle causado un cuadro clínico de angustia reconocida a través de un informe médico.

Por consiguiente, si la entidad financiera se niega a eliminar este tipo de cláusulas, los mediadores además de la fundamentación jurídica que hemos descrito tendente a defender su carácter abusivo, pueden alertar a los bancos de las consecuencias jurídicas que desde el punto de visto económico podría ocasionarle la ejecución del desahucio.

3-CLÁUSULAS QUE PROHIBEN LA ENAJENACIÓN DE LA FINCA: UNA DOBLE LECTURA

Indagando en las posibles cláusulas abusivas que nos podemos encontrar dentro de un contrato de préstamo hipotecario, una de las más habituales suele ser aquella que impide al propietario enajenar libremente su finca hipotecada.

Imaginémonos que se han agotado todas las opciones legales existentes para que el propietario pueda permanecer en su vivienda, pero que este quiere al menos vender su finca, y obtener una cantidad económica que le permita o bien pagar parte de su deuda hipotecaria, o bien transmitir dicha deuda al comprador de la finca.

¿Qué ocurre si en el contrato de préstamo, la entidad bancaria impuso al prestatario la obligación de prohibir o vender la finca hipotecada? **¿Quedaría el propietario condenado a no poder hacer uso de su legítimo derecho de enajenar su vivienda antes de ser desahuciado?**

La respuesta jurisprudencial es clara. Este tipo de cláusulas es abusiva y la entidad bancaria no podrá imponer al propietario esta prohibición.

De todos modos, hay que diferenciar el carácter abusivo de esta cláusula y las consecuencias jurídicas que una hipotética venta de la finca, tendría en la deuda hipotecaria.

Separemos ambas cuestiones para clarificar la comprensión de este artículo:

a) Carácter abusivo de las cláusulas de prohibición de venta de la finca hipotecada

Como hemos adelantado antes, la jurisprudencia se muestra tajante a la hora de señalar que estas cláusulas son abusivas, y por ende nulas.

Entre las razones que nuestros tribunales enumeran, para defender el carácter abusivo de esta cláusula se encuentran las siguientes:

- En nuestro ordenamiento jurídico, el establecimiento de prohibiciones convencionales para enajenar los bienes, sólo pueden ser aceptadas en los negocios jurídicos gratuitos.
- El artículo 348 del Código Civil, señala que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.
- Aplicación de los artículos 82.1 y 82.4. a) y b) de la Ley General de Consumidores y Usuarios, siendo una cláusula abusiva al imponer una limitación al derecho de propiedad del consumidor, ocasionando de este modo un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes.

Partiendo del carácter abusivo de esta cláusula, se nos plantea otra disyuntiva.

Pongamos como ejemplo una cláusula bancaria redactada del siguiente modo:

La parte prestataria podrá enajenar la finca hipotecada en cualquier momento, **excepto si la enajenación conlleva la subrogación del presente préstamo que deberá ser autorizada expresamente por el Banco...**

De la lectura de esta cláusula nos preguntamos: **¿Es válida aquella cláusula que permitiendo como regla general la enajenación de la finca hipotecada, la restringe en el caso de que suponga una subrogación del préstamo, exigiendo para ello el consentimiento del Banco?**

La jurisprudencia considera que este tipo de cláusulas también son abusivas.

Debemos destacar en este sentido, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009**, que postula el carácter abusivo de la cláusula que contempla la enajenación condicionada de la finca hipotecada con base a los siguientes motivos:

- 1- De la lectura de esta cláusula puede deducirse que una eventual negativa de la entidad bancaria a la transmisión de la deuda, conllevaría que el deudor no podría enajenar la finca hipotecada.
- 2- Aplicación del artículo 1.288 del Código Civil, según el cual la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato, no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.
- 3- Son cláusulas abusivas aplicándose los artículos 85.3 y 88.1 de la Ley General de Consumidores y Usuarios:

El empresario se reserva facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato (art. 85.3).

Se imponen garantías desproporcionadas al riesgo asumido (art. 88.1).

b) Consecuencias jurídicas tras la enajenación de la finca hipotecada

Una vez que hemos acreditado que el Banco no puede prohibir ni limitar al propietario su derecho a la enajenación de la finca hipotecada, los mediadores pueden plantearse esta cuestión: ¿Tras la enajenación de la finca hipotecada, queda liberado el antiguo propietario de su deuda hipotecaria?

Para responder a esta pregunta, debemos hacer referencia al artículo 1.205 del Código Civil, que señala lo siguiente: “la novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor”.

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 118.1 de la Ley Hipotecaria que dispone que “en caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubiesen pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito”.

Interpretando estos preceptos, deducimos:

- 1- Que el deudor prestatario no podrá liberarse de la deuda hipotecaria, mediante la enajenación de la finca, sin el consentimiento de la entidad bancaria.
- 2- Que el adquirente de la finca hipotecada, se convierte en tercer poseedor, pero nunca en deudor hipotecario si la entidad bancaria no ha consentido.
- 3- Que en el caso de que la entidad bancaria no dé el consentimiento a la subrogación y el antiguo propietario no pague la deuda hipotecaria, el nuevo adquirente sólo responderá ante el banco con la finca hipotecada, y en ningún caso con el resto de sus bienes.

Por tanto, las conclusiones que debemos sacar de este artículo doctrinal son dos:

- Son nulas por abusivas las cláusulas en las que la entidad bancaria prohíba o restrinja el derecho del propietario a enajenar la finca hipotecada.
- Será necesario el consentimiento de la entidad bancaria para que el nuevo propietario de la finca, asuma con sus propios bienes la deuda hipotecaria.

Desde un punto de visto práctico, en el caso de que el propietario encuentre un comprador que esté dispuesto a asumir la deuda hipotecaria, aconsejamos a los mediadores que intenten convencer a las entidades bancarias para que éstas den su consentimiento a la subrogación en el crédito hipotecario.

La razón es evidente. Si el nuevo propietario es más solvente, la entidad bancaria tendrá mayores probabilidades para cobrar el crédito pudiendo dirigirse contra todos sus bienes.

Exista o no ese consentimiento, consideramos que la enajenación de la finca hipotecada es una vía atractiva para el propietario que si no puede obtener la extinción de su deuda (en el caso de que el Banco no dé el consentimiento a la subrogación), sí dispondrá al menos de un modo de obtener una cantidad económica que le permita cubrir la totalidad o parte de la deuda hipotecaria.

4- CLÁUSULAS DE COMISIÓN POR GASTOS DE POSICIONES DEUDORAS

Prosiguiendo con nuestra exploración de aquellas posibles cláusulas abusivas que podemos hallar en un contrato de préstamo hipotecario, esta vez nos detendremos en el estudio de aquella que impone a la parte prestataria el pago de las comisiones bancarias, por reclamación de posiciones deudoras.

Constituye práctica común en el ámbito bancario, incluir este tipo de cláusulas, que tienen por objeto imponer a los prestatarios el cobro de aquellos costes en los que haya incurrido la entidad bancaria, al efectuar las reclamaciones necesarias para la recuperación de los saldos deudores de sus clientes.

¿Tenemos argumentos jurídicos suficientes para sostener que estas cláusulas son abusivas?

En las próximas líneas, acreditaremos que con la ley en la mano, estas cláusulas pueden llegar a ser nulas y que por tanto, deben ser tenidas en cuenta por los mediadores en cada uno de los expedientes.

Existen tres textos normativos que debemos analizar a la hora de indagar acerca de estas cláusulas contractuales:

1-Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago.

Un argumento de peso lo encontramos en los criterios establecidos en la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2011, que sobre la base del contenido

de la citada Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, señala que para que estas comisiones puedan ser exigibles por un Banco, éste debe acreditar los siguientes extremos:

- Que el devengo esté vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor (por ejemplo, el envío de una carta de reclamación generada periódicamente por ordenador no justificaría esa comisión).
- Que sea una cuantía única en la reclamación de un mismo saldo (si se considera vencida anticipadamente la totalidad de la deuda, sólo se adeuda una nueva comisión por este concepto).
- Que no existan tarifas porcentuales en la exigencia de dicha comisión.
- Que se tengan en consideración las circunstancias particulares de cada cliente, sin que sea posible su aplicación automática.

2- Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

Por otra parte, también resulta aplicable el artículo 20.4 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que señala lo siguiente:

4. En ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos a los que se refiere este artículo un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero.

Así pues, si la entidad bancaria establece una comisión de descubierto (o de gastos de reclamación por posiciones deudoras), que supere en 2,5 veces el interés legal del dinero y procede a su cobro, vulneraría este precepto.

Esta misma ley 16/2011 de 24 de junio, en su artículo 25.2 dispone:

Si el cobro indebido se hubiera producido por dolo o negligencia del prestamista, el consumidor tendrá el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios causados, que en ningún caso será inferior al interés legal incrementado en cinco puntos o al del contrato, si es superior al interés legal, incrementado a su vez en cinco puntos.

Por tanto, si el Banco llegara a obtener dolosa o negligentemente una cantidad económica exorbitada derivada de este tipo de comisiones, el prestatario podrá reclamarle una indemnización por todos los daños y perjuicios causados que como mínimo alcanzará el interés legal del dinero incrementado en cinco puntos.

Desde el punto de vista estrictamente civil, estas actuaciones bancarias supondrían también fraude de ley y cobro de lo indebido (artículos 6 y 1.895 del Código Civil, respectivamente).

3- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba la Ley General de Consumidores y Usuarios.

Finalmente, a la hora de determinar si esta cláusula es o no abusiva, hay que citar el artículo 85.7 de la Ley General de Consumidores y Usuarios, que considera como abusivas “aquellas cláusulas que supongan la imposición de una indemnización **desproporcionadamente alta**, al consumidor y usuario que no cumpla con sus obligaciones”.

A título de ejemplo, ¿podríamos considerar desproporcional la imposición de unos elevados costes de comisión por una simple llamada telefónica o el envío de una carta ordinaria que haya podido realizar una entidad bancaria para reclamar al deudor el saldo pendiente de pago?

Es evidente que sí. No obstante, para poner mayor nitidez a esta cuestión, puede ser interesante analizar un caso práctico.

Tomando como referencia la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 13 de marzo de 2011**, reproduzcamos literalmente el contenido de una cláusula que impuso la entidad bancaria en un contrato de préstamo hipotecario:

En caso de impago de la cuota, junto al interés moratorio del 24,95 % devengado automáticamente, cuando se efectúen reclamaciones de reembolso, se percibirá un importe de 30 € una sola vez por cada posición deudora vencida, para compensar los gastos de gestión para su regularización. Este importe se cobrará, bien junto con la primera liquidación que se produzca con posterioridad al impago, bien el momento de regularizar la obligación de pago incumplida.

De la lectura de esta cláusula, el Tribunal interpretó fehacientemente que la misma era abusiva al amparo del artículo 85.7 de la Ley General de Consumidores y Usuarios. No se puede acumular al interés moratorio, una comisión que no cumple los límites de proporcionalidad impuestos por nuestro ordenamiento jurídico.

¿Qué criterios deberá utilizar un mediador para comprobar si la cláusula de imposición de gastos por posición deudora, es o no abusiva?

- 1- Si se ha impuesto una tarifa porcentual o una cantidad fija.
- 2- Exhortar a la entidad bancaria sobre cuáles fueron efectivamente los gastos en los que ha incurrido para reclamar el pago del saldo deudor, comprobando el montante económico, y los medios probatorios para acreditarlos (llamadas telefónicas, cartas ordinarias, cartas certificadas...).
- 3- Que junto a la comisión se exija un interés moratorio, lo cual “per se” supondría que la cláusula sería abusiva (artículo 85.7 de la Ley General de Consumidores y Usuarios).

Existen motivos para el optimismo, porque la inmensa mayoría de reclamaciones que realizan los particulares ante el Banco de España, suelen ser generalmente estimadas imponiéndose a las entidades bancarias la devolución de estas comisiones.

La actitud de los mediadores debe ser firme. Tenemos argumentación jurídica suficiente para exigir a los bancos que retiren dicha cláusula y en el caso de que se ejecutara, pedir no solamente la devolución de las cantidades que haya abonado el prestatario, sino también poner en conocimiento de la entidad bancaria que el prestatario podrá reclamar judicialmente una indemnización por todos los daños y perjuicios irrogados, que como mínimo alcanzará el interés legal del dinero incrementado en cinco puntos.

5- CLÁUSULAS DE REDONDEO AL ALZA

Una de las prácticas abusivas en la que incurren con mayor frecuencia las entidades bancarias, consiste en establecer en los préstamos hipotecarios, cláusulas contractuales por las que el Banco fija un redondeo al alza a la hora de calcular los intereses.

En la última década, la jurisprudencia mayoritariamente se ha mostrado favorable a determinar la nulidad de este tipo de cláusulas, a través de las cuales el interés variable se determina según una fórmula de redondeo al alza de las fracciones de punto en cada caso aplicables.

En el presente artículo, vamos a sumergirnos en el análisis de las razones por las cuales estas cláusulas son nulas al objeto de que los mediadores puedan salvaguardar los derechos de los propietarios en las negociaciones con las entidades bancarias.

Antes de enumerar los motivos en los que sustentamos esta nulidad, pongamos un ejemplo, reproduciendo literalmente el contenido de una cláusula tipo de redondeo al alza:

Si la suma del tipo básico de referencia y el margen o diferencial no fuera múltiplo exacto de un cuarto de punto porcentual, el tipo de interés resultante se redondeará al múltiplo superior de dicho cuarto de plazo.

¿Qué argumentación legal disponemos para sostener que esta cláusula es nula?

Nos detendremos en los siguientes puntos:

1- Artículo 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba la Ley General de Consumidores y Usuarios.

Con la cláusula de redondeo al alza, se refuerza la posición del Banco mediante la recepción de unos ingresos sin contraprestación, y contrariamente se debilita la posición del prestatario que se ve obligado a pagar siempre un exceso, sin redondeo de buena fe.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2011, señala que “dicho desequilibrio provocado por el Banco, solo puede calificarse de contrario a la buena fe, pues no de otro modo, se puede entender que no se opte por el redondeo a la fracción decimal más próxima o al cuarto de punto más próximo, que fácilmente permitiría repartir entre él y su cliente, la oportunidad de beneficiarse del redondeo”.

Así pues, debe aplicarse el artículo 82.1 de la Ley General de Consumidores y Usuarios, y declarar esta cláusula como abusiva, al producirse un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes.

2- La cláusula de redondeo al alza, es una condición general de la contratación.

Muchas veces, las entidades bancarias alegan que la cláusula de redondeo regula un elemento esencial del contrato, como es el precio, de tal modo que estiman que no queda sometido a los controles establecidos en la Ley General de Consumidores y Usuarios, y en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Sin embargo, dicho alegato carece de solidez jurídica. Debemos recordar que el artículo 1.261 del Código Civil señala, que los tres elementos esenciales del contrato, son el consentimiento, el objeto y la causa, y entre los mismos no se encontraría la cláusula de redondeo al alza.

Muy esclarecedora se muestra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de febrero de 2006, al señalar que “fijado el precio en términos ciertos y determinados, cual es la cantidad a devolver y los intereses aplicables, la posterior operación cuantificadora de las cuotas concretas a abonar por el cliente, incrementada al alza a favor de la demandada en los supuestos de dicho redondeo, no puede considerarse elemento esencial del contrato, sino, por el contrario, una conducta reprochable, en términos contractuales, que afectó precisamente al anterior requisito esencial, previamente pactado por las partes, y tuvo un carácter decisivo a la hora de decantarse el interesado por determinada entidad bancaria o financiera”.

Por consiguiente, el precio en el contrato de préstamo hipotecario está constituido por la cantidad que el prestatario debe devolver y el interés aplicable en cada periodo, mientras que la cláusula de redondeo es un pacto accesorio.

3- La entidad bancaria tiene la carga de probar que no aplica esta cláusula a todos los clientes.

Asimismo, hay que señalar que la entidad bancaria si quiere justificar que la cláusula de redondeo al alza no es una condición general, deberá acreditar que ha sido producto de una negociación individualizada, sin que aparezca integrada en una pluralidad de contratos, formalizados al uso.

4- No puede acogerse la legitimidad de la cláusula, a una normativa sectorial.

En otras ocasiones, un mediador se encontrará en la hipótesis de que el Banco le señalará que existe normativa bancaria por la cual se puede justificar legalmente el establecimiento de la cláusula de redondeo al alza.

No es de extrañar que el Banco argumente que el artículo 4.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, señala que dicha Ley sólo se aplica si no existe una disposición legal o administrativa que sea obligatoria para ambas partes.

Incluso puede traer a colación, el hecho de que el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, considera que la cláusula de redondeo al alza no es contraria a la normativa bancaria vigente y que es admisible su inclusión dentro de los contratos de préstamo hipotecario.

No obstante, con independencia de lo que aparezca regulado en la normativa sectorial, prevalecerá siempre la interpretación que los Tribunales hagan de la Ley General de Consumidores y Usuarios.

En este sentido, recordaremos que la existencia de disposiciones administrativas, no puede incidir en la función jurisdiccional que los Juzgados y Tribunales, tienen reconocida al amparo de los artículos 24, 117.3, y 117.4 de la Constitución y los artículos 21, y 22.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

5- El carácter abusivo no es imputable a todos los redondeos.

Finalmente, debemos matizar una cuestión. La existencia de una cláusula de redondeo *per se* no supone que la misma sea nula. Los Tribunales sólo declaran el carácter abusivo del redondeo al alza.

Si por ejemplo, una entidad bancaria establece el redondeo al intervalo más próximo (alza o baja), su impacto financiero sería neutro, ya que repercutiría (favoreciendo/perjudicando) indistintamente, y según las circunstancias al deudor prestatario o al Banco prestamista.

Por tanto, el redondeo a la baja o al intervalo más próximo, sí es una práctica bancaria legal.

En cuanto a la consecuencia de la nulidad de la cláusula de redondeo al alza, el prestatario deudor se encuentra legitimado para solicitar a la entidad bancaria la devolución del exceso cobrado, entre el interés variable real y el redondeado impuesto.

El primer precedente en España, se remonta al 11 de septiembre de 2001 cuando un Juzgado de Madrid determinó la nulidad de este tipo de cláusulas impuesta por Caja

Madrid, y obligó a esta entidad a devolver el exceso cobrado, legitimando a todos los clientes de dicho Banco a pedir que les reintegraran las cantidades indebidamente pagadas por esta cláusula.

En definitiva, la cláusula de redondeo al alza constituye una práctica muy habitual en el ámbito bancario, que nuestros mediadores deben tener presente cuando buscan distintas alternativas de renegociación del crédito hipotecario, ya que el Banco se encontrará legalmente obligado a devolver las cantidades que haya cobrado como consecuencia de la aplicación del redondeo al alza.

6- CLÁUSULAS QUE IMPONEN LA CONTRATACIÓN DE SEGUROS DE VIDA

En el examen de las posibles cláusulas abusivas que pueden existir en el contrato de préstamo hipotecario, no puede faltar la referencia a los seguros de vida que en ocasiones imponen las entidades bancarias como requisito para poder firmar el contrato de préstamo hipotecario.

¿Qué ocurre cuando la entidad bancaria predispone una cláusula en el contrato de préstamo hipotecario que impone la contratación de un seguro de vida vinculado a la hipoteca y constituyéndose como beneficiario del mismo?

A nuestro juicio, dicha cláusula debe ser declarada nula, por abusiva, procediendo el Banco a la devolución de las cantidades que en virtud de dicho seguro haya tenido que abonar el prestatario.

A la hora de defender jurídicamente esta teoría, vamos a estructurar nuestro artículo en cuatro bloques:

1- Diferencia entre “cláusulas delimitadoras del riesgo” y “cláusulas limitativas de los derechos del asegurado”.

La simple existencia de una cláusula de seguro de vida no supone que nos encontremos ante una cláusula abusiva, ya que para que ello, deberán limitarse los derechos del prestatario-asegurado.

Por ello, es esencial que diferencemos dos conceptos:

- Cláusulas delimitadoras del riesgo.

Son aquellas mediante las cuales se concreta el objeto del contrato, es decir, las que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial.

- Cláusulas limitativas de los derechos del asegurado.

Son aquellas que restringen, condicionan o modifican el derecho al cobro de la indemnización por parte del asegurado, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido.

En nuestro caso, nos encontramos en el supuesto de cláusulas que obligan al prestatario de por vida, o durante la vigencia del préstamo hipotecario, a mantener el abono de las primas por la póliza de seguro de vida con la entidad prestamista y sin poder rescindirlo una vez vencida la anualidad por la que se suscribe toda póliza de seguro que se va renovando de año en año.

De este modo se coarta el derecho del prestatario de encontrar una aseguradora que le oferte mejores condiciones y precio que la entidad bancaria.

Un ejemplo clásico de este tipo de cláusulas sería el siguiente: “La parte prestataria se obliga a concertar una póliza de seguro de vida, en que se designará irrevocablemente al Banco, para que durante toda la vigencia de la operación, resulte beneficiaria de las indemnizaciones correspondientes, en caso de siniestro”.

2- Vulneración del artículo 82.4 b) del Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

A la hora de encuadrar a esta cláusula como abusiva, debemos hacer referencia al artículo 82.4 b) de la Ley General de Consumidores y Usuarios, que dispone lo siguiente:

4. 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:

b) limiten los derechos del consumidor y usuario,

3- Jurisprudencia que considera abusivas este tipo de cláusulas.

La jurisprudencia se muestra tajante a la hora de declarar el carácter abusivo de este tipo de cláusulas, pudiendo citar a título de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 5 de marzo de 2007, que en su Fundamento Jurídico Quinto, dispone lo siguiente:

Para evitar reiteraciones el Tribunal da aquí por reproducido íntegramente el fundamento de derecho tercero de la sentencia apelada, como causa de desestimación de esta alegación al no tener nada que añadir a las acertadas consideraciones allí expuestas por el juzgador de instancia sobre los conceptos que debe o no incluir la TAE: en este caso, **el seguro de amortización por fallecimiento, al que antes nos hemos referido, coetáneo a la**

operación préstamo cargando su importe en la cuenta vinculada al préstamo, lo que constituye una práctica abusiva; cuyo coste debió incluirse en el préstamo a fin de determinar la TAE del mismo y consiguiente coste total del crédito.

Por tanto, si el importe del seguro de vida es coetáneo a la operación de préstamo hipotecario, y el Banco carga su importe en la cuenta vinculada al préstamo, nos encontraremos ante una cláusula abusiva, y el prestatario estará facultado para solicitar la devolución de las cantidades que haya pagado a la entidad bancaria por la existencia de dicho seguro.

4- Normativa sectorial.

Es muy probable que cuando un mediador se dirija al Banco advirtiéndole que dicha cláusula es abusiva, éste responda que la imposición de un seguro de vida en el contrato de préstamo hipotecario, es una obligación que le impone la normativa sectorial.

En este sentido, la Circular 8/1990 de 7 de septiembre, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, en su Norma Sexta, apartado 11.c) señala lo siguiente:

Las entidades de crédito harán constar en los contratos de las operaciones citadas en el tercer guión de la letra b) del apartado 1 de la presente norma

c) necesidad de constitución, en su caso, de un seguro de amortización del crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del titular.

Sin embargo, basándonos en una interpretación literal de este precepto, la única obligación de la entidad bancaria es la de hacer constar en el contrato de préstamo, la imposición del contrato de seguro de vida. Es decir, no le obliga al Banco a imponer el contrato de seguro, sino solo a hacer referencia al mismo en el contrato de préstamo, si decide su imposición.

No existe de este modo, ninguna disposición legal ni administrativa en virtud de la cual, se obligue al prestatario a contratar un seguro de vida, cuando firma un contrato de préstamo hipotecario.

Además, la normativa sectorial está supeditada al cumplimiento de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y la interpretación que de la misma hagan los Tribunales de Justicia, como ya indicamos en nuestro anterior artículo doctrinal.

Finalmente, indicaremos que el único contrato de seguro que debe venir exigido en el contrato de préstamo hipotecario es el de daños, tal y como se deduce de la lectura del artículo 8 de la Ley 2/1981, de 25 marzo, reguladora del Mercado Hipotecario, que establece:

Los bienes hipotecados **habrán de estar asegurados contra daños** por el valor de tasación, en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

Por consiguiente, **los mediadores deberán analizar si en el contrato de préstamo hipotecario se ha impuesto la contratación de un seguro de vida, cargándose su importe en la cuenta vinculada al préstamo.** De ser así, pueden y deben exigir a la entidad bancaria que devuelva al propietario aquellas cantidades que éste haya pagado al Banco por la contratación de dicho seguro.

7- CLÁUSULAS CON INTERESES MORATORIOS ABUSIVOS

Las entidades financieras junto al principal, suelen reclamar a los propietarios una cantidad por los intereses moratorios derivada del retraso acumulado por el prestatario en el pago de sus cuotas. A pesar de la legitimidad de la que gozan los Bancos en la exigencia de dichos intereses, la realidad es que existen dos límites:

- a) La imposibilidad de reclamar intereses moratorios si las entidades bancarias han incumplido previamente sus obligaciones contractuales (aplicación del último párrafo del artículo 1.100 del Código Civil).
- b) La posible existencia de cláusulas abusivas en las que el Banco exija unos intereses moratorios desproporcionados.

El fin que perseguimos en este artículo doctrinal consiste en centrarnos en este segundo límite, poniendo en situación al mediador sobre aquellas cláusulas contractuales abusivas que las entidades bancarias pueden llegar a imponer.

1- Aplicación analógica de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

Primeramente, debemos hallar cuál es el criterio que siguen los tribunales a la hora de determinar si el importe de los intereses moratorios reclamados sobrepasa o no los límites de la proporcionalidad.

Para ello, debemos hacer referencia al **artículo 20.4 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo** (equivalente al artículo 19.4 de la ya derogada Ley de Crédito al Consumo de 1995), que dispone:

- 4. “En ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos a los que se refiere este artículo un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero”.

Aplicando analógicamente este precepto a los intereses moratorios que se impongan en los préstamos hipotecarios, podemos señalar que el importe de los mismos no podrá superar en 2,5 veces el interés legal del dinero.

Cierto es que la jurisprudencia se muestra dividida a la hora de admitir o no la aplicación analógica de dicha Ley, pero podemos afirmar que la mayoría se muestra favorable pudiendo citar a título de ejemplo, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de diciembre de 2004*, que establece:

Consecuentemente tienen distinto régimen, de forma que aquella normativa no puede, en principio, extenderse a los daños y perjuicios ni a las cláusulas penales por incumplimiento de la obligación de devolver el capital y los intereses pactados, que pertenece más al campo de lo dispositivo, que al tuitivo de las normas reguladoras del consumo (como el art. 19.4 Ley de Crédito al Consumo [RCL 1995, 979, 1426] , cuya limitación –2,5 veces el interés legal del dinero– va referida a los intereses por descubiertos en cuenta corriente, aunque puede servir como criterio objetivo analógico),

Un análisis comparado de las Sentencias que tratan sobre esta cuestión, nos hace llegar a la conclusión de que un interés moratorio superior al 25%, podría ser abusivo, aunque será necesario analizar previamente las condiciones de cada uno de los contratos.

2- Artículo 85.6 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.

Una vez que conocemos los criterios legales imperantes para conocer el límite en el que podemos empezar a hablar de abuso, debemos señalar que si nos encontramos con una cláusula contractual que supere esos límites, la misma será nula en virtud del artículo 85.6 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (en adelante LGCU), que dispone lo siguiente:

Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes:

6. Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

Los Tribunales correlacionan la Ley de Créditos al Consumo con la LGDCU, tal y como se pone de manifiesto en la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 21 de julio de 2011*, parte de cuyo tenor literal pasamos a reproducir:

El interés moratorio discutido del 20,95% nominal anual es bastante superior a 2,5 veces el interés legal del dinero, en las fechas reclamadas, debiéndose entender desproporcionado de acuerdo con lo establecido en los arts. 10.1.c y 10 bis.1 de la Ley General de los Consumidores y Usuarios, lo que comporta en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor.

3- Ley de Usura de 23 de julio de 1908.

También puede predicarse la aplicación de la Ley de 23 de julio de 1908, referente a los contratos de préstamo, que en su artículo 1 señala:

Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.

No obstante, doctrinal y jurisprudencialmente existen teorías que inciden en que dicha Ley sólo se aplica a los intereses remuneratorios, pero no faltan Sentencias que extienden el ámbito de aplicación de la meritada Ley, a los intereses moratorios, pudiendo mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial Madrid de 16 de marzo de 2005, que indica:

Pues bien, cualquier cláusula penal que se disponga en función de intereses, o cualquier interés que se pacte como sanción moratoria, debe guardar las prescripciones de la Ley de Usura como límite infranqueable de orden Público, y parece mas que evidente que una disposición sancionadora que supere el interés normal del dinero puede considerarse abusiva. En este caso parece evidente el abuso. Sobre un interés retributivo del 8.500%, normal del dinero en la época del contrato, el pacto de interés moratorio del 29% parece más que abusivo y desproporcionado en función de las circunstancias, máxime cuando se impone en un contrato de adhesión.

4- Artículo 4 del Real Decreto-Ley 6/2012 de 9 de marzo.

Para finalizar, haremos referencia al artículo 4 del Real Decreto- Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que dispone: “En todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2,5 % sobre el capital pendiente del préstamo”.

En este último caso, el tope porcentual se aplica sólo a los deudores que se encuentran en el umbral de la exclusión, lo cual dificulta su viabilidad práctica.

De todo lo expuesto en este escrito, podemos concluir señalando que existe una gama amplia y variada de normativa legal para poder sostener la nulidad jurídica de las cláusulas que impongan intereses moratorios abusivos. De encontrarnos en este supuesto, la entidad bancaria estará obligada a devolver al prestatario aquellas cantidades indebidamente

pagadas, pudiendo el Juez moderar dichos intereses, existiendo precedentes en los que se ha llegado a pasar de un 24 % a un 12% (Sentencia de la AP de Girona de 3 de marzo de 2005).

8- CLÁUSULAS DE SUMISIÓN EXPRESA A FUERO TERRITORIAL

Continuando con el análisis de las cláusulas abusivas, vamos a centrarnos en aquellas en las que las entidades bancarias obligan al prestatario a renunciar a su propio fuero territorial, para el supuesto de que alguna de las partes instara la vía judicial a la hora de resolver alguna cuestión relativa al préstamo hipotecario.

Es cierto que la posibilidad de solicitar la nulidad de este tipo de cláusulas, es una tarea que corresponde a los letrados que puedan llevar el expediente si no se alcanza un acuerdo por la vía de la mediación, pero a nuestro juicio, los mediadores pueden tener un papel activo, **pidiendo a las entidades bancarias que eliminen esa cláusula y de no ser escuchado su requerimiento, hacerlo constar en el acta final de negociación** para que el abogado que vaya a llevar el caso, conozca dicho hecho.

Además, es una cláusula que suele pasar muy desapercibida al aparecer generalmente al final de los contratos, pero no por ello, debemos omitir su estudio y analizar cómo el propietario, puede evitar tener que desplazarse a muchos kilómetros de distancia de su domicilio, en el procedimiento judicial que se llegara a abrir.

Pongámonos de este modo, a diseccionar esta cláusula y los mecanismos que tenemos para proteger los derechos de los prestatarios:

1- Ejemplo de cláusula de sumisión expresa a fuero territorial.

Para tener una idea nítida de lo que queremos transmitir, reproduzcamos literalmente una cláusula tipo sobre la sumisión expresa a un concreto fuero territorial:

Con renuncia expresa de cualquier otro fuero que pudiera corresponderles, las partes se someten expresamente a los Juzgados y Tribunales de..., para la resolución de cuantas cuestiones y controversias pudieran surgir en relación al presente contrato.

Dos elementos caracterizan a estas cláusulas:

- La imposición al prestatario de la renuncia a elegir el fuero que le pudiera corresponder por ley.

- La extensión de la sumisión expresa a todas las cuestiones relativas al préstamo hipotecario.

2- Prohibición establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC).

El artículo 54.2 de la LEC, se muestra tajante a la hora de prohibir los pactos de sumisión expresa en aquellos contratos que contengan condiciones generales, tales como el préstamo, al disponer que:

2. “No será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios”.

Por tanto, atendiendo a la lectura de este precepto, cualquier tipo de cláusula de sumisión expresa contenida en un contrato de préstamo hipotecario, carecería de validez jurídica.

Indagando en la jurisprudencia, comprobamos que los Tribunales aplican con frecuencia este precepto, pudiendo citar la *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga de 1 de septiembre de 2006*, que señala:

Las cláusulas de sumisión expresa contenidas en los contratos de adhesión en favor de los Juzgados correspondientes a la sede del empresario en detrimento del fuero más equilibrado y natural relacionado con el lugar de cumplimiento de la obligación y el domicilio del comprador, consumidor o usuario, deben ser reputadas nulas.

3- Excepciones previstas en el artículo 90.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGCU).

La LGCU, insiste en esta idea declarando abusivas estas cláusulas, aunque con una ligera matización que vamos a analizar.

El artículo 90.2 de la citada Ley, señala como cláusula abusiva: “La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble

De este modo, aunque se establece como regla general el carácter abusivo de estas cláusulas, se fijan tres excepciones de domicilios en lo que sí serían válidas:

- Domicilio del consumidor (propietario-prestatario).
- Lugar de cumplimiento de la obligación.
- Lugar donde se encuentre la finca hipotecada.

4- Diferenciación entre la “ejecución hipotecaria” y “otras cuestiones”.

En relación a lo indicado en los epígrafes anteriores, hay que diferenciar dos supuestos:

- a) Cuando la cláusula ciña sólo los efectos de la sumisión expresa, a la ejecución hipotecaria.

En este caso es irrelevante el contenido que se haya fijado en la cláusula de sumisión, ya que se aplicaría con prevalencia el artículo 684.1.1 de la LEC, que concede la competencia para conocer los litigios relativos a la ejecución hipotecaria, al Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que radique la finca hipotecada, sin aplicarse las normas de sumisión expresa.

- b) Cuando la cláusula de sumisión expresa se extienda a todas las cuestiones relativas al préstamo hipotecario.

Este es el supuesto en el que se daría el abuso. Imaginemos que un propietario quiere demandar a su entidad bancaria por un incumplimiento del contrato de préstamo, y solicita que se le devuelvan las cantidades indebidamente pagadas o en su caso, que se le abone una indemnización por daños y perjuicios. ¿Puede el Banco imponer en el contrato de préstamo, una cláusula de sumisión expresa en la que obligue al propietario a recurrir a un fuero territorial para reclamar sus derechos? No.

Junto a los artículos 54.2 de la LEC, y 90.2 de la LGCU, debemos tener en cuenta el artículo 51.1 de la LEC, que dispone lo siguiente: “Salvo que la Ley disponga otra cosa, las personas jurídicas serán demandadas en el lugar de su domicilio. También podrán ser demandadas en el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos, siempre que en dicho lugar tengan establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad”.

Son los llamados fueros alternativos. El propietario podrá demandar a su entidad financiera (persona jurídica), en cualquiera de los dos fueros que le faculta la ley (lugar del domicilio de la entidad bancaria o lugar donde la relación jurídica haya nacido o deba surtir efectos), sin que la voluntad de las partes en el contrato, pueda restringir dicho derecho.

La jurisprudencia reafirma esta teoría, pudiendo citar un breve extracto de la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de mayo de 2004**, que dispone: “En menor medida cabe admitir la precitada cláusula en cuanto prive al consumidor que pretenda demandar a la entidad bancaria de la posibilidad de optar por cualquiera de los fueros alternativos que le reconoce el art. 51.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) ; en efecto, corresponde al propio consumidor y no a la entidad bancaria el decidir cuál es la «situación más ventajosa» a la hora

de elegir cualquiera de los fueros alternativos que la Ley ofrece para que el primero pueda demandar a la segunda”.

5- Conclusiones

De este conglomerado legal que hemos descrito en este artículo doctrinal, los mediadores deben quedarse sobre todo con la siguiente idea. Cuando detecten en el contrato de préstamo hipotecario, una cláusula de sumisión expresa a un fuero territorial, comprobarán:

- a) Si la sumisión expresa se refiere tan sólo al ejercicio de la acción tendente a solicitar la ejecución hipotecaria.

No será necesario pedir la nulidad de dicha cláusula, ya que el artículo 684.1.1 de la LEC se aplicará con preferencia a la voluntad de las partes.

- b) Si la sumisión expresa se refiere al ejercicio de toda acción judicial, derivada de cualquier cuestión relativa al préstamo hipotecario.

Solicitarán a las entidades bancarias que eliminen dicha cláusula al ser ilegal y abusiva al amparo de los artículos 51.1 y 54.2 de la LEC, y 90.2 de la LGCU.

Si los Bancos no acceden a eliminar dicha cláusula, los mediadores lo reflejarán en el acta final de la negociación que entregarán al propietario y en su caso, al letrado que aquél designe para defender sus derechos en fase judicial.

9- CLÁUSULAS DE EMISIÓN DE UN PAGARÉ EN BLANCO COMO GARANTÍA DE COBRO Y DE IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS JUDICIALES

Para cerrar el bloque relativo a las cláusulas abusivas, nos detendremos en el análisis de dos cláusulas heterogéneas, pero que tienen el denominador común de que con ellas las entidades bancarias pretenden **imponer unos gastos adicionales al prestatario**, en el caso de que éste no pueda abonar el pago de su cuota hipotecaria, bien sea en vía extrajudicial (emisión de un pagaré en blanco) o bien sea en vía judicial (pago de las costas procesales).

En primer lugar, haremos una mención a aquellas cláusulas en las que la entidad bancaria pretende imponer que el prestatario emita un pagaré en blanco, para garantizar el cobro de la deuda hipotecaria.

Posteriormente, nos introduciremos en el examen de las cláusulas contractuales en las que los Bancos, obligan a los propietarios-prestatarios a que abonen las costas judiciales derivadas de los procedimientos que se pudieran iniciar, ante los Tribunales de Justicia.

En ambos casos, encomendamos a los mediadores a que exijan a las entidades bancarias, su retirada inmediata de los contratos de préstamo hipotecario, al ser cláusulas abusivas.

a) Emisión de un pagaré en blanco como garantía de cobro.

En ocasiones, los Bancos imponen una cláusula dentro del contrato de préstamo, según la cual, la parte prestataria debe emitir un pagaré en blanco como garantía del cobro del préstamo hipotecario.

De este modo, la entidad bancaria se reserva un amplio poder unilateral a la hora de determinar la cuantía de la deuda.

El carácter abusivo de este tipo de cláusulas, puede fundamentarse también en los siguientes hechos:

- Supondría una inversión de la carga de la prueba, respecto a si el prestatario debe o no la cantidad que se le reclama.
- El prestatario ignoraría las bases o cálculos seguidos por el Banco para rellenar el pagaré.

Nuestra jurisprudencia, no admite este tipo de conductas bancarias, pudiendo citar como ejemplo, la [Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de julio de 2008](#), que señala:

La cláusula adicional suscrita de emisión de un pagaré en blanco para garantizar el cobro del préstamo implica la existencia de una cláusula contractual mediante la cual la entidad de crédito se reserva un amplio poder unilateral de determinación de la cuantía de la deuda, que coloca a los prestatarios en una posición con escasas garantías de defensa, por lo que debe ser considerada nula de pleno derecho conforme al artículo 10. bis. 2. de la citada Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, con el efecto necesario de tenerla por no puesta y, en consecuencia, sin efecto entre las partes contratantes, lo que conlleva la ineficacia de la declaración cambiaria emitida por el ejecutado en el pagaré que nos ocupa.

Por consiguiente, el carácter abusivo de estas cláusulas, puede ser declarado judicialmente aplicando el artículo 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGCU), que dispone:

Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

b) Imposición de las costas judiciales a la parte prestataria.

Es habitual que las entidades bancarias en sus contratos establezcan cláusulas en las que indiquen que en el caso de que se acudiese a un procedimiento judicial para resolver alguna de las cuestiones contractuales, las costas judiciales serán de cuenta del prestatario.

Al imponer esta obligación de pago de las costas judiciales, con independencia de cual sea el resultado del juicio, se vulnera la regla establecida en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone:

En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

De la exégesis de este precepto, interpretamos que en los procesos declarativos, las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, que puede ser o bien la entidad bancaria o bien el propietario.

El Banco no se encuentra legitimado para imponer el pago de las costas al prestatario, ya que dicha cuestión compete exclusivamente al Juez.

La jurisprudencia incide en esta cuestión, pudiendo mencionar a título de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de mayo de 2004, que dispone:

Tal pacto es contrario al criterio objetivo que en materia de costas en primera instancia impone el art. 394 de la Ley Procesal; sustituye la aplicación que del mismo corresponde al tribunal por la de la propia de parte; e impide apreciar la posibilidad de que –admitiendo a efectos meramente dialécticos que el usuario del Banco incumpla sus obligaciones contractuales– no tenga ninguna de las partes contratantes que pagar las costas que se ocasionen si concurren serias dudas de hecho o de derecho que justifiquen su no imposición. Dudas que, en ningún caso, podría apreciar unilateralmente la entidad que redacta el contrato de adhesión. Tampoco contempla la posibilidad de que la estimación de las pretensiones del Banco, ante el hipotético incumplimiento contractual del usuario, sea únicamente parcial, en cuyo caso el segundo párrafo del art. 394 prevé cada parte abone las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad; ni, incluso, la posibilidad de que el Banco formule cualquier reclamación temeraria, supuesto en el que lo procedente sería imponer tales costas al Banco aunque la estimación de sus pretensiones se hubiese estimado parcialmente, lo mismo que si hubiese sido el cliente quien hubiese actuado con temeridad habrían de imponérsele las costas al amparo de lo dispuesto en el precitado párrafo 2º del art. 394.

Esta Sentencia indica que existen al menos tres supuestos, en los que el propietario no estaría obligado a pagar las costas judiciales:

- Si concurren serias dudas de hecho o de derecho, que justifiquen su no imposición.
- Si el Banco presenta una demanda y esta es solo parcialmente admitida, lo que supondría que cada parte abonaría tan solo sus propias costas.
- Si el Banco presenta una demanda temeraria a juicio del Tribunal, en cuyo caso, sería la entidad bancaria quien abonaría la totalidad de las costas.

Además, la facultad exclusiva del Juez a la hora de determinar las costas viene fortalecida por la regla establecida en el [artículo 1.168 del Código Civil](#), que señala lo siguiente:

Los gastos extrajudiciales que ocasione el pago serán de cuenta del deudor. Respecto de los judiciales, decidirá el Tribunal con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Incluso en la ejecución hipotecaria, aunque el [artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Civil](#), imponga al ejecutado con carácter general las costas de la ejecución, si éste se opone a la demanda de ejecución, cada parte abonará sus propias costas, sin perjuicio de los reembolsos que procedan tras la decisión del tribunal sobre las costas.

Finalmente, al igual que ocurría con la cláusula de emisión de un pagaré en blanco, en el supuesto de la imposición de las costas judiciales, su carácter abusivo, vendría dado por la aplicación del [artículo 82.1 de la LGCU](#), al generar un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes.

RENEGOCIACIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO Y QUITA: SOLUCIONES ESTÁNDAR

10- LA QUITA: NORMATIVA APLICABLE Y PROPUESTAS INTERNACIONALES

Dentro del amplio abanico de posibilidades que pueden y deben tratarse en las negociaciones entre mediadores y entidades bancarias, la quita ocuparía un lugar privilegiado ya que supone que el propietario conserve la propiedad de su vivienda, pagando tan sólo al Banco una parte de la deuda hipotecaria.

A pesar de no existir una ley específica que regule en qué condiciones debe negociarse una quita, tanto en el Código Civil como en el Código de Buenas Prácticas Bancarias disponemos de unas reglas concretas que van a guiar este artículo al objeto de ofrecer al mediador una perspectiva general sobre el funcionamiento de esta figura jurídica:

1- Concepto:

La quita puede ser definida en el ámbito hipotecario como aquel “acuerdo en virtud del cual, el deudor prestatario paga parte del crédito hipotecario a la entidad bancaria quien renuncia a su derecho sobre el resto de la deuda”.

Es decir, el Banco recibiendo un porcentaje de la deuda hipotecaria, “perdona” el resto.

Encontramos su regulación en las reglas de la condonación de deudas, descritas en los artículos 1.187 a 1.191 del Código Civil.

2- Requisitos:

Para que se pueda llevar a cabo una quita, deben cumplirse los siguientes requisitos:

- Que el condonante (entidad bancaria), sea el titular del derecho de crédito, teniendo poder de disposición y capacidad para renunciar al mismo.

- Que el objeto de la condonación sea el crédito hipotecario.
- Que no perjudique los intereses legítimos de terceros.

Por otra parte, la única obligación que tiene el prestatario deudor para que se lleve a cabo la condonación es pagar la parte del préstamo hipotecario que no ha sido condonado, sin que la entidad bancaria pueda exigir más contraprestaciones.

3- Efectos:

Debemos partir del hecho de que en la mediación hipotecaria, la condonación como regla general será “parcial”.

De este modo, el efecto principal es que parte de la deuda queda condonada y la otra parte es abonada por el deudor prestatario en el momento de la firma de la quita, con lo que tras ese pago, la deuda hipotecaria queda completamente extinguida.

En otro orden de cosas, la condonación de la deuda principal, provoca la extinción de las obligaciones accesorias que puedan existir en el préstamo hipotecario.

4- Irrevocabilidad:

Asimismo, hay que destacar que doctrinal y jurisprudencialmente se insiste en la idea de la irrevocabilidad de la quita o condonación.

D. Francisco Javier Orduña, en este sentido indica que “a partir de la aceptación, la condonación es irrevocable”.

5- Presunciones:

Un dato a tener muy en cuenta nos viene dado de las presunciones “iuris tantum” establecidas en los artículos 1.188 y 1.189 del Código Civil, según los cuales “se presume condonada la deuda, en los casos en los que el acreedor entregue al deudor el documento privado justificativo del crédito, o en el caso de que éste se halle en su poder”.

Extrapolado a nuestro caso, si el deudor prestatario tiene la posesión del recibo bancario, se presupone que la deuda ha sido condonada, salvo que se pruebe lo contrario.

6- Referencia en el Código de Buenas Prácticas Bancarias:

El recién aprobado Código de Buenas Prácticas Bancarias también hace referencia a la quita.

Como comentaremos en nuestro artículo doctrinal “Código de Buenas Prácticas Bancarias: ¿La solución definitiva?”, la quita es una de las tres propuestas que la entidad bancaria puede o debe hacer a aquellos deudores que se encuentran en el umbral de la exclusión.

De todos modos, en el caso de la quita ésta opera con carácter discrecional, tal y como se deduce de la lectura del artículo 2 del meritado Código de Buenas Prácticas Bancarias que dispone lo siguiente:

Los deudores para los que el plan de reestructuración previsto en el apartado anterior resulte inviable dada su situación económico financiera, podrán solicitar una quita en el capital pendiente de amortización en los términos previstos en este apartado, que la entidad tendrá facultad para aceptar o rechazar en el plazo de un mes a contar desde la acreditación de la inviabilidad del plan de reestructuración.

Así pues, en el caso de que en la renegociación del crédito hipotecario no se obtenga el resultado deseado, los propietarios podrán pedir una quita, pero el Banco libremente podrá aceptar o rechazar dicha propuesta, con lo que los propietarios se encuentran “atados de pies y manos” y sujetos en todo momento a la voluntad bancaria.

No obstante, también existe una ventaja en esta regulación, en el sentido de que la solicitud de quita se extiende también a los deudores que encontrándose en el umbral de la exclusión, estén en alguno de los siguientes supuestos:

- a) Si se ha producido el anuncio de la subasta, dentro del procedimiento de ejecución hipotecaria.
- b) Si el deudor no ha podido optar a la dación en pago por presentar la vivienda cargas posteriores a la hipoteca.

7- Propuesta del Fondo Monetario Internacional:

No queremos concluir este artículo sin transmitir un hálito de esperanza a los mediadores, en el sentido de que la opción de la quita pueda generalizarse en el ámbito de las negociaciones bancarias, y no quedar estancada como una medida extraordinaria que apenas se ejercita al estar supeditada en todo momento a la buena voluntad de los Bancos.

En este sentido, resultan de interés las conclusiones que se derivan del reciente Informe del Fondo Monetario Internacional, aprobado en abril de 2012.

En el susodicho Informe, se aconseja a países con elevados niveles de endeudamiento privado y severamente afectados por la burbuja inmobiliaria como España, Irlanda, o Reino Unido, a que lleven a cabo programas para condonar parte de los préstamos hipotecarios.

Esta propuesta del FMI como indica Daniel Leigh (uno de los autores del Informe), se ceñiría a la primera vivienda habitual con lo que encajaría perfectamente en los objetivos que se marca el Servicio de Mediación Hipotecaria.

De momento, esta propuesta ha quedado en “papel mojado”, sin que ninguno de los países mencionados anteriormente haya legislado en aras a establecer una obligación legal para

las entidades bancarias de ofrecer una quita a aquellos propietarios que se encuentren ante una imposibilidad económica a la hora de pagar sus cuotas hipotecarias.

Por ello, la labor de los mediadores a día de hoy debe limitarse a intentar convencer a las entidades bancarias para que opten por la quita, como un medio que al menos les permitiría el cobro de parte de su crédito hipotecario.

11- NOCIONES GENERALES ACERCA DE LA NOVACIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO

El objetivo principal que todos los mediadores buscan en sus negociaciones con las entidades bancarias, reside en intentar alcanzar un acuerdo en la renegociación del crédito hipotecario para que modificándose alguna de sus condiciones, el prestatario conserve la propiedad de su vivienda.

A continuación vamos a ofrecer una visión general sobre la normativa civil que debe cumplirse para que la renegociación transcurra dentro de los cauces legales. También mencionaremos qué alternativas puede plantear un mediador para modificar el crédito, señalaremos a grandes rasgos los costes económicos que para el propietario supondría esta opción, y finalmente haremos referencia a un caso práctico relativo a las Viviendas de Protección Oficial.

Comencemos pues a desarrollar este artículo, en los cuatro bloques expuestos:

1- Aplicación de las normas de la novación recogidas en el Código Civil.

Cuando se plantea una renegociación del crédito hipotecario, debemos tener presente que resultará aplicable la normativa que el Código Civil, dedica a la novación en sus artículos 1.203 a 1.213.

En este sentido, el artículo 1.203 del Código Civil señala lo siguiente:

Las obligaciones pueden modificarse:

1. Variando su objeto o sus condiciones principales.
2. Sustituyendo la persona del deudor.
3. Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor.

En las siguientes líneas, nos detendremos tan sólo en el apartado uno que hace referencia a la novación (los otros dos párrafos relativos a la subrogación tanto del deudor como del acreedor, serán objeto de análisis separado en otro artículo doctrinal que publicaremos próximamente).

Cuando se renegocian las condiciones del crédito hipotecario, caben dos opciones:

a) Que sea una “novación modificativa”.

En este supuesto, el contrato de préstamo hipotecario originario **continuaría en vigor**, y el objetivo de la operación se ceñiría en modificar algunas de sus condiciones (tipo de interés, plazo de amortización.....).

b) Que sea una “novación extintiva”.

En esta hipótesis, **se sustituye** el contrato de préstamo hipotecario anterior, **por uno nuevo**.

Existe una presunción “iuris tantum” de que la novación es modificativa, de tal modo que **para que sea extintiva deberá cumplirse alguna de estas condiciones**:

- Que las partes declaren terminantemente su voluntad de que la novación tenga efectos extintivos (“animus novandi”).
- Que la modificación introducida provoque una alteración en los elementos estructurales de la relación obligatoria, que suponga un cambio de tipo en la misma, de tal modo que resulten incompatibles.

Si como consecuencia de la novación, la obligación principal se extingue, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubieran prestado el consentimiento.

Así pues, la novación será irrelevante frente a aquellos terceros que sean titulares de derechos accesorios, en todo aquello que les beneficie.

2- Alternativas que pueden plantearse en la negociación.

Una vez descrita la normativa civil que regula la novación, debemos preguntarnos acerca de cuál puede ser el contenido de la misma.

Las alternativas que con mayor frecuencia suelen pactarse, son las siguientes:

- Modificación del tipo de interés.
- Establecimiento de un periodo de carencia.
- Reunificación de préstamos.
- Reducciones o ampliaciones en el plazo de amortización de la hipoteca.

3- Gastos económicos de la novación.

Por otra parte, resulta práctico conocer los costes económicos que la novación puede llegar a causar al propietario. Para ello, hay que diferenciar dos supuestos:

- Si sólo se modifica el tipo de interés.

Es suficiente con llevar a cabo la operación en un contrato privado entre los propietarios y la entidad bancaria, sin que aquéllos deban sufragar ningún gasto notarial, registral ni de gestoría.

- Si junto al tipo de interés, se modifican otras cuestiones tales como el plazo para el pago de la hipoteca.

Debemos indicar que estos costes no serán excesivos. De modo aproximado serían éstos:

- Notaria (ronda del 0,2 al 0,5% del capital pendiente).
- Registro de la Propiedad (50% de los gastos del Notario).
- Gestoría (depende de la entidad contratada).
- Tasación (de entre 250 y 350 euros; no siempre es necesaria).
- Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (sólo queda exonerado de su pago, si tan sólo se pacta la modificación del tipo de interés y/o el incremento del plazo).

Asimismo, el Banco podrá exigir al propietario una comisión con un máximo del 0.1% del capital pendiente de amortizar, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, que dispone lo siguiente:

En las novaciones modificativas que tengan por objeto la ampliación del plazo del préstamo, la entidad acreedora no podrá percibir por comisión de modificación de condiciones más del 0,1 % de la cifra de capital pendiente de amortizar.

4- Caso práctico relativo a las VPO.

Para finalizar, creemos conveniente detenernos en un caso práctico que se ha llegado a presentar en el Servicio de Mediación Hipotecaria.

Imaginémonos que un propietario vive en una Vivienda de Protección Oficial, y que quiere renegociar el crédito hipotecario con su entidad bancaria.

Al encontrarnos ante una VPO, ¿sería necesaria la autorización del Gobierno Vasco para que la novación del crédito hipotecaria fuera válida?

La respuesta es que **no** será necesaria dicha autorización ya que debemos separar el negocio jurídico de la novación hipotecaria que afecta a las relaciones contractuales existentes entre el deudor prestatario y su entidad bancaria, con el hecho de que la vivienda sea de protección oficial.

El único requisito que exige el Código Civil para que la novación sea válida es que exista “**animus novandi**” bien sea con efecto modificativo o extintivo, en la parte acreedora y deudora sin que el Gobierno Vasco, deba prestar su consentimiento.

No obstante, aconsejamos a los mediadores a que pacten una novación modificativa si el deudor prestatario quiere seguir beneficiándose del convenio de colaboración financiera que aquél haya suscrito con el Gobierno Vasco cuando firmó el préstamo hipotecario.

Si se pacta una novación con carácter extintivo, además de extinguirse el contrato de préstamo originario, dejaría de tener efecto el convenio de colaboración al que se acogió el deudor prestatario cuando firmó el contrato.

12- MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES SUBJETIVAS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Cuando un mediador intenta alcanzar con la entidad bancaria, un acuerdo de renegociación del crédito hipotecario, normalmente se centra en modificar las condiciones objetivas del mismo, cuando en realidad puede enfocar dichas negociaciones desde otra perspectiva.

En efecto, junto a la novación objetiva del préstamo hipotecario, existe la posibilidad legal de modificar las condiciones subjetivas del mismo, mediante la sustitución del deudor y la subrogación del acreedor. Son opciones difíciles, pero no por ello imposibles y que a nuestra consideración, merecen ser tenidas en cuenta.

Procedamos a analizar ambas opciones jurídicas:

a) Sustitución del deudor

El artículo 1.203.2 del Código Civil señala que “las obligaciones pueden modificarse, sustituyendo la persona del deudor”.

Por tanto, nos encontramos con una tercera persona que está dispuesta a asumir la posición de deudora en el contrato de préstamo hipotecario, de tal modo que el deudor originario ve extinguida su deuda hipotecaria. El caso más habitual es que **el propietario**

venda el inmueble sobre el que pesa una hipoteca, y el comprador se subroga en la posición del antiguo dueño.

Ya indicamos que muchas veces las entidades bancarias establecían cláusulas que prohibían la enajenación de la finca hipotecada, y que las mismas eran abusivas de acuerdo con la Ley General de Consumidores y Usuarios.

No obstante, si el propietario vende la vivienda y el comprador se quiere subrogar en la posición del deudor, se aplicará el artículo 1.205 del Código Civil que señala que “la novación, que consiste en sustituir un nuevo deudor en lugar del primitivo, podrá hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor”.

Así pues, para que esta sustitución del deudor sea válida será necesario el consentimiento de la entidad bancaria.

Por otra parte, podemos preguntarnos: ¿qué ocurriría si el nuevo deudor es insolvente?; ¿podría de nuevo la entidad bancaria reclamar al deudor originario, el importe de la deuda pendiente de pago?

La lectura del artículo 1.206 del Código Civil, nos hace diferenciar dos supuestos:

1. Como regla general, la insolvencia del nuevo deudor, aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción del Banco contra el antiguo propietario-prestatario.
2. La única excepción en la que renacería el antiguo crédito hipotecario se produciría cuando la insolvencia del nuevo deudor hubiera sido anterior y pública o conocida del deudor, en el momento en que procedió a la delegación de la deuda, ya que debía haber informado de ello a la entidad bancaria, antes de que ésta prestara el consentimiento.

Aunque el caso más habitual para llevar a cabo esta sustitución del deudor, es la de la venta de la finca hipotecada, ésta no es la única alternativa.

Por ejemplo, podría pactarse un **contrato de asunción de deuda**, por el que el nuevo deudor asuma la deuda hipotecaria extinguiéndose la obligación del propietario, con independencia de que la vivienda sea o no enajenada.

Es muy complicado dar con ese nuevo deudor pero podrían buscarse variantes de obligaciones tales como la mancomunidad (reparto equitativo de responsabilidades entre deudores) o la solidaridad (la entidad bancaria podrá dirigirse indistintamente contra el nuevo y el antiguo deudor).

En cualquiera de los supuestos, el gran obstáculo que habrá que superar es la necesidad de contar con el consentimiento del Banco para poder sustituir al deudor. Para ello, aconsejamos que los mediadores insistan a la entidad bancaria de que un nuevo deudor en mejores condiciones económicas, supone una **mejor perspectiva de cobro de la deuda**.

b) Subrogación del acreedor

El artículo 1.203.3 del Código Civil señala que “las obligaciones pueden modificarse, subrogando a un tercero, en los derechos del acreedor”.

El supuesto más típico sería cuando el deudor prestatario cambia su préstamo a otra entidad financiera, que le otorga diferentes tipos de interés.

Junto a la regulación del Código Civil, y a diferencia de lo que ocurre con la sustitución del deudor, existe una ley específica que regula las condiciones en la que debe formalizarse la subrogación del préstamo hipotecario.

Se trata de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, de cuya interpretación junto a la del artículo 1.211 del Código Civil, podemos extraer los requisitos necesarios para que la subrogación del acreedor sea válida:

1. El deudor podrá hacer la subrogación **sin el consentimiento del acreedor**, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada.
2. La entidad que esté dispuesta a subrogarse presentará al deudor una **oferta vinculante** en la que constarán las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario (tan sólo podrá modificarse los tipos de interés, manteniéndose invariable el capital pendiente de amortizar y el plazo de amortización).
3. La aceptación de la oferta por el deudor implicará su autorización para que la oferente se la notifique a la entidad acreedora y la requiera para que le entregue, en el plazo máximo de siete días naturales, **certificación del importe del débito** del deudor por el préstamo hipotecario en que se ha de subrogar.
4. Entregada la certificación, la entidad acreedora tendrá derecho a **enervar** la subrogación si en el plazo máximo de quince días naturales a contar desde dicha entrega, formaliza con el deudor una **novación modificativa** del préstamo hipotecario.
5. Si no se acuerda dicha novación, para que la subrogación surta efectos, bastará que la entidad subrogada **declare en la misma escritura haber pagado a la acreedora la cantidad acreditada por ésta, por capital pendiente e intereses y comisión devengados y no satisfechos**.

La ventaja principal de la subrogación es que el deudor podrá acogerse a tipos de interés con un **coste más soportable**, y podrá negociar con otra entidad bancaria que quizás se pueda mostrar **más flexible** para buscar un acuerdo que evite la ejecución de desahucio.

En el lado contrario, el coste económico de la subrogación es más caro que el de la novación modificativa de las condiciones objetivas del préstamo. Junto a los gastos fijos de notaría y Registro de la Propiedad hay que añadir las comisiones de cancelación de la hipoteca inicial y, según los casos, de la nueva, que puede llegar al 1% del capital pendiente si el préstamo es a tipo de interés variable

A pesar de la dificultad que entraña encontrar un deudor o una entidad bancaria para llevar a cabo la sustitución del deudor o la subrogación del acreedor, son vías que no hay que descartar y que permiten al propietario o bien **extinguir su deuda hipotecaria**, o bien **hallar un Banco que ofrezca mejores condiciones** o incluso **conservar definitivamente su vivienda** si una tercera persona está dispuesta a asumir la deuda sin necesidad de venderle la vivienda.

13- PERÍODO DE CARENCIA Y AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE AMORTIZACIÓN

Anteriormente, analizamos la renegociación del crédito hipotecario desde una perspectiva general, configurándola como una novación y diferenciando su aspecto objetivo (modificación de las condiciones principales del contrato), de su aspecto subjetivo (sustitución del deudor o subrogación del acreedor).

Ahora queremos profundizar sobre el contenido concreto de esa negociación, analizando pormenorizadamente dos de las alternativas que existen. Junto a la reducción del tipo de interés, los dos mecanismos más utilizados para flexibilizar las condiciones hipotecarias, suelen ser el establecimiento de un periodo de carencia y la ampliación del plazo de amortización de la hipoteca.

Acotando nuestro estudio a estas dos últimas figuras, podemos preguntarnos, ¿Qué regulación legal existe acerca de la carencia y del plazo de amortización? ¿Qué ventajas e inconvenientes supone cada una de ellas? ¿Cuál es su utilidad práctica?

Intentaremos buscar las respuestas a estas cuestiones en las próximas líneas.

a) Período de carencia de amortización de capital.

Podemos definir al periodo de carencia como el “lapso de tiempo en el que sólo se abona a la entidad bancaria los intereses de la deuda hipotecaria, sin tener que pagar nada por el principal”.

El gran inconveniente de recurrir al periodo de carencia, es que los intereses se siguen devengando, al retrasarse el pago del principal, con lo que la hipoteca se va encareciendo. De este modo, el dinero pendiente de pagar en ese periodo de carencia, se acumula al final del préstamo.

A la hora de cuantificar el plazo que se puede negociar como periodo de carencia, debemos tener en cuenta el apartado 1. b) i), del Código de Buenas Prácticas Bancarias, que dispone:

b. “En el plazo de un mes desde la presentación de la solicitud anterior junto con la documentación a que se refiere la letra anterior, la entidad deberá notificar y ofrecer al deudor un plan de reestructuración en el que se concreten la ejecución y las consecuencias financieras para el deudor de la aplicación conjunta de las siguientes medidas.”

i. “Carencia en la amortización de capital de 4 años”.

Interpretando este precepto, podemos afirmar que las entidades bancarias estarán obligadas a ofrecer un **plazo de 4 años** en la carencia de amortización de capital, pero recordemos que **la imperatividad de esa medida solo se extenderá a los deudores que se encuentren en el umbral de la exclusión.**

Si las características del expediente no entran dentro del parámetro del Código de Buenas Prácticas Bancarias aconsejamos a los mediadores, que también propongan como mínimo ese plazo de 4 años, aunque el Banco tendrá la última palabra, y cada uno de ellos tiene su propio criterio.

A título de ejemplo, el Plan de Hipotecas del Banco Santander Central Hispano, que entró en vigor el 1 de agosto de 2011, permite a los hipotecados que estén en situación de desempleo o que hayan visto mermados sus ingresos en un 25%, poder acogerse a un periodo de carencia de 3 años.

Finalmente, suele plantearse constantemente una duda jurídica. **¿Los propietarios que noven su hipoteca, mediante el establecimiento de un periodo de carencia, deberán pagar el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (en adelante IAJD)?**

Para encontrar una respuesta, debemos partir del artículo 9 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, que dispone lo siguiente:

Estarán exentas en la modalidad gradual de Actos Jurídicos Documentados las escrituras públicas de **novación modificativa** de préstamos hipotecarios pactados de común acuerdo entre acreedor y deudor, siempre que el acreedor sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley y la modificación se refiera a las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente, a la alteración del plazo del préstamo, o a ambas.

¿Podemos interpretar el periodo de carencia como una alteración del plazo del préstamo? La Resolución de la Dirección General de Tributos de 10 de junio de 2009, nos da una respuesta afirmativa señalando que el establecimiento de un periodo de carencia, equivale a una modificación del término inicial establecido para la amortización del principal.

Por consiguiente, los propietarios en este caso, están exentos de pagar el IAJD, aunque sí el resto de gastos derivados de la novación.

b) Ampliación del plazo de amortización de la hipoteca.

En segundo lugar, un opción muy recurrida en la renegociación, es la de ampliar el plazo de amortización de la hipoteca, de tal modo que se disminuiría el importe de las cuotas mensuales al que debería hacer frente los propietarios. El hándicap lo encontramos en que el prestatario deberá pagar más intereses.

En cuanto a la determinación exacta de la ampliación del plazo de amortización, nos encontramos en una situación similar a la del periodo de carencia.

El Código de Buenas Prácticas Bancarias en su apartado 1. b) ii), impone a los Bancos la oferta a los prestatarios de la ampliación del plazo de amortización hasta los 40 años a contar desde la concesión del préstamo.

Sin embargo, en los casos en los que no es aplicable dicho Código (la inmensa mayoría), los Bancos tendrán la facultad discrecional de señalar hasta cuándo están dispuestos a aplazar el pago de la deuda.

Los mediadores deben intentar que ese plazo sea el mayor posible, y disponen de una baza a su favor. Los Bancos suelen mostrarse muchas veces receptivos a esta medida, al poder reclamar un mayor importe de intereses, compensando el incremento del riesgo que supone alargar el final de la hipoteca.

Hasta hace no mucho, ampliar el plazo de amortización era un acto gratuito para el propietario. Así, el Gobierno estatal aprobó un Acuerdo en abril de 2008, por el que se acordaba que las novaciones modificativas del préstamo hipotecario, basadas tan sólo en el incremento del plazo de amortización, serían completamente gratuitas para los propietarios personas físicas, siempre que existiese un acuerdo con la entidad bancaria y la vivienda fuera habitual.

Dicho lo cual, hay que señalar que la vigencia de este Acuerdo expiró el 22 de abril de 2010, con lo que a la fecha de redacción del presente artículo, el propietario deberá hacer frente a los gastos notariales, registrales, de tasación, de gestoría y comisiones, quedando solamente exonerado del pago del IAJD.

c) Conclusión.

Poniendo en común ambas alternativas, podríamos calificarlas como una especie de “tregua”, en la que los propietarios pueden coger algo de aire y aligerar a corto plazo las condiciones de su deuda hipotecaria, aunque a la larga, deberán abonar un importe mayor para extinguir la deuda.

Además, teniendo en cuenta los costes económicos que ambas soluciones supondrían para el propietario, exhortamos a los mediadores, para que **primeramente agoten la vía de la reducción del tipo de interés** (puede realizarse en contrato privado, sin necesidad de elevarlo a escritura pública), y si no es posible llegar así a un acuerdo, **intentar no separarse demasiado de los límites máximos establecidos en el Código de Buenas Prácticas Bancarias** tanto para el periodo de carencia (4 años), como para la ampliación del plazo de amortización (40 años).

14- REUNIFICACIÓN DE PRÉSTAMOS Y REDUCCIÓN DE LOS TIPOS DE INTERÉS

Queremos apuntillar este grupo de artículos doctrinales referentes a la renegociación del crédito hipotecario, haciendo referencia a dos posibles soluciones a través de las cuales, el propietario además de conservar la propiedad de su vivienda, **verá mejoradas sensiblemente las condiciones de su crédito hipotecario**.

No obstante, también comprobaremos que no es oro todo lo que reluce y que tanto la reunificación de préstamos como la reducción del tipo de interés, **presentan en la práctica una serie de astillas** que hacen necesario evaluar con calma todas las opciones posibles para elegir cuál puede ser la más idónea en cada uno de los expedientes.

Emprendamos de este modo la tarea de escudriñar ambas alternativas, intentando en la medida de lo posible, dar un enfoque práctico y jurídico.

1- Reunificación del préstamo hipotecario y el préstamo personal.

Muchas veces el propietario-prestatario suscribe con la misma entidad bancaria dos préstamos; uno hipotecario y otro personal.

El **préstamo hipotecario**, como bien sabemos, es aquel que el prestatario acuerda con una entidad bancaria **generalmente para la adquisición de una vivienda**.

Por su parte, el **préstamo personal o al consumo**, surge ante la necesidad de ciertas personas de contar con una cantidad limitada de dinero por un lapso de tiempo muy corto, **al objeto del consumo de objetos o servicios que el usuario no puede adquirir al contado**, tales como la adquisición de un vehículo.

Sin entrar a detallar las diferencias entre ambos tipos de préstamo, sí queremos hacer constar que en los préstamos hipotecarios, las entidades bancarias suelen cobrar un tipo de interés sumamente inferior respecto a los préstamos personales. Por ello, al propietario le puede resultar beneficioso que ambos préstamos se unifiquen en uno.

Así, a través de la reunificación de préstamos, se agrupan el préstamo personal y el hipotecario en un único y nuevo préstamo, con un interés hipotecario (sensiblemente más bajo que el del préstamo personal). La legitimidad para reunificar ambos préstamos vendría dada por el artículo 1.203.3 del Código Civil.

Las ventajas de esta operación serían las siguientes:

- Los propietarios deberán pagar una sola cuota mensual.
- El importe de dicha cuota será menor que la que correspondía anteriormente a la suma de la cuota correspondiente al préstamo personal y a la del préstamo hipotecario.
- Se reducen los intereses.

En el lado opuesto, los inconvenientes que supondría esta reunificación, serían estos:

- El propietario deberá pagar los gastos notariales, registrales, de tasación, de gestoría y de comisiones que ya analizamos en artículos doctrinales anteriores.
- Se alargará el plazo de duración del nuevo crédito unificado, con lo que a largo plazo, la cantidad que pagará el propietario será mayor.
- El nuevo préstamo aunque sea hipotecario, no será deducible como inversión en vivienda en la Renta puesto que en realidad el dinero de este nuevo préstamo no se ha destinado a la adquisición o construcción de la vivienda habitual sino a otros fines.
- Si el propietario contrata un intermediario para llevar a cabo esta operación, deberá pagarle unos honorarios en virtud del artículo 15.1 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 (no obstante, en nuestro contexto, los mediadores podrían actuar como intermediarios de los propietarios frente al Banco).

2- Reducción de los tipos de interés.

La segunda alternativa que queremos analizar es la reducción de los tipos de interés.

Cuando un mediador busca con la entidad bancaria, un acuerdo de renegociación del crédito hipotecario, la primera idea que se le viene a la cabeza es conseguir que ésta acceda a minorar el tipo de interés pactado en el préstamo hipotecario, para que el propietario pueda verse en una posición más cómoda a la hora de hacer frente al pago de las cuotas y evitar de este modo la ejecución del desahucio.

¿Qué reducción del tipo de interés podría proponer un mediador a la entidad bancaria?

A este respecto, debemos señalar que no existe un criterio concreto en el que mediador puede basarse y que será la entidad bancaria quien se encargue de hacer dicho ofrecimiento.

No obstante, sí debemos mencionar el apartado 1, b), iii), del Código de Buenas Prácticas Bancarias acompañado como Anexo al Real Decreto- Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que dispone:

b) “En el plazo de un mes desde la presentación de la solicitud anterior junto con la documentación a que se refiere la letra anterior, la entidad deberá notificar y ofrecer al deudor un plan de reestructuración en el que se concreten la ejecución y las consecuencias financieras para el deudor de la aplicación conjunta de las siguientes medidas”:

iii) “Reducción del tipo de interés aplicable a Euribor + 0,25 % durante el plazo de carencia”.

Esta es la medida mínima que están obligadas a ofrecer las entidades bancarias adheridas a dicho Código a aquellos deudores que se encuentren el umbral de la exclusión, siempre y cuando se cumpla también el límite cuantitativo del precio de la vivienda.

¿Pero que ocurre con el resto de deudores? A pesar de que no se les aplique el Código de Buenas Prácticas Bancarias, exhortamos a los mediadores a que propongan una medida similar a la establecida en el párrafo que acabamos de mencionar.

Por otra parte, entre las ventajas que tiene la reducción del tipo de interés, se encuentra el hecho de que si la novación hipotecaria tan sólo se basa en la meritada reducción, dicha operación se podrá llevar a cabo en virtud de contrato privado, sin necesidad de elevarlo a escritura pública.

De este modo, el propietario no deberá abonar ningún tipo de gasto notarial, registral, de tasación, o de gestoría ni el Banco, le podrá obligar a pagar ninguna comisión.

Por todo ello, entre la fijación de un periodo de carencia, el aumento del plazo de amortización, la reunificación de préstamos y la reducción de los tipos de interés, consideramos que esta última, es la medida más idónea para el propietario, no sólo por ahorrarse de sufragar los gastos de la novación sino por el hecho de que a largo plazo, no conllevará perjuicio alguno.

Sin embargo, también tiene sus riesgos. El Banco puede ofrecer una modificación del tipo de interés que presuntamente favorezca los intereses del prestatario, cuando en realidad el objetivo es otro. Es ahí donde los conocimientos económicos de los mediadores deben salir a la palestra, para evitar posibles abusos por parte de las entidades bancarias.

ALTERNATIVAS DISTINTAS A LA PROPIEDAD DE VIVIENDA

15- EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: UNA ESPADA DE DOBLE FILO

Una vez descartadas todas las alternativas que deriven de la renegociación del crédito hipotecario, si el mediador llega a la conclusión de que no existe ningún modo por el cual, el propietario pueda mantener la propiedad de la vivienda, **es necesario plantear a la entidad bancaria distintos títulos a través de los cuales el deudor pueda conservar al menos la posesión de su vivienda.**

Por ello, vamos a intentar en este grupo de artículos profundizar un poco sobre cada una de las figuras jurídicas a las que se podría recurrir para que el deudor prestatario pueda continuar en el uso de la vivienda.

Antes de iniciar el estudio de la primera de ellas, debemos advertir que la entidad bancaria tiene “la sartén por el mango” en estas negociaciones.

En este sentido, los Bancos conocen que el procedimiento de ejecución hipotecaria desemboca en una subasta y que si no existe postor alguno (lo más frecuente), suelen adjudicarse la vivienda abonando el 60% de su valor de tasación, con lo que se muestran distantes a la hora de recurrir a la figura del arrendamiento para obtener la propiedad de la vivienda.

Sentado lo anterior, vamos a centrarnos en primer lugar en la figura del contrato de arrendamiento de vivienda, que posiblemente sea la mejor alternativa a la propiedad.

Debemos recordar que a través del contrato de arrendamiento de vivienda, **el propietario cede al inquilino el uso de la vivienda, a cambio del pago de una renta.**

En cuanto a la legislación, se aplica la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 (en adelante LAU), aplicándose de modo supletorio lo acordado por las partes en el contrato y en último extremo la normativa prevista en el Código Civil (artículos 1.542 y siguientes).

Muchas entidades bancarias recurren a ofrecer el arrendamiento, pactando con el propietario un alquiler razonable para que pueda continuar en la vivienda como inquilino.

Vamos a enumerar brevemente las principales ventajas que supondría para ambas partes, esta figura jurídica:

a) Ventajas para el antiguo propietario que se convierte en *arrendatario*

1. Conservación de la posesión de su vivienda.
2. La duración mínima del contrato de arrendamiento será de cinco años (aunque se pacte una duración inferior, el arrendatario tendrá derecho a prorrogarlo anualmente hasta los cinco años, pero existe un anteproyecto de ley, según el cual el plazo de duración mínima se reducirá a tres años).
3. No podrá ser desalojado de su vivienda, si cumple el pago de la renta y el resto de las obligaciones contractuales.
4. Los gastos generales de la vivienda (IBI, cuotas de la Comunidad.....), deberán ser abonados por la entidad bancaria, salvo que se estipule lo contrario, en el contrato.
5. El arrendador está obligado a realizar, sin derecho a elevar por ello la renta, todas las reparaciones que sean necesarias para conservar la vivienda en las condiciones de habitabilidad para servir al uso convenido, salvo cuando el deterioro de cuya reparación se trate sea imputable al arrendatario.
6. El arrendatario podrá resolver el contrato por las siguientes causas:
 - La no realización por el arrendador de las reparaciones que les impone la LAU.
 - La perturbación de hecho o de derecho que realice el arrendador en la utilización de la vivienda.

b) Ventajas para la entidad bancaria que se convierte en *arrendador*

1. Mantiene la propiedad de la vivienda y no pierde la facultad de enajenarla.
2. El inquilino deberá pagar a la entidad bancaria una **renta mensual** (que se irá actualizando conforme al IPC), con lo que ésta tiene garantizado recibir un ingreso, lo cual podría no ocurrir si recurriera a desahuciar al prestatario-deudor.
3. El arrendatario asimismo, en el momento de la celebración del contrato, deberá abonar en concepto de **fianza** la cantidad **equivalente a una mensualidad de renta**.

4. Las pequeñas reparaciones que exija el desgaste por el uso ordinario de la vivienda serán de cargo del arrendatario.
5. El arrendatario no podrá realizar, sin el consentimiento del arrendador, obras que modifiquen la configuración de la vivienda, o que provoquen una disminución en la estabilidad o seguridad de la misma.
6. La entidad bancaria podrá resolver de pleno derecho el contrato por incumplimientos del inquilino (falta de pago de la renta o de la fianza, subarriendo o cesión inconsentida, realización dolosa de daños en la finca, acometimiento de obras no consentidas por el arrendador siendo necesario su consentimiento.....).
7. Ahorro de los gastos en los que hubiera incurrido de haber optado por desahuciar al prestatario deudor.

De todos modos, debemos advertir a los mediadores que las entidades bancarias como regla general, suelen imponer depósitos o avales muy elevados para permitir que el ex propietario pueda mantenerse en la vivienda en concepto de arrendatario.

Podemos poner los siguientes ejemplos de distintas entidades que operan en el mercado hipotecario, y que además de la fianza de un mes exigida por ley, presentan las siguientes particularidades en sus exigencias:

- Bankia suele solicitar un depósito o aval bancario de cuatro mensualidades.
- Banif exige cinco mensualidades de depósito o aval bancario.
- BBV reclamaba un depósito o aval bancario de seis mensualidades, aunque lo han reducido a tres.
- El Banco Sabadell exige como aval bancario un depósito de dos mensualidades.
- La Caixa, en cambio no suele exigir ningún tipo de aval e incluso descuenta dos meses de alquiler si la firma del contrato se realiza antes del 21 de octubre de 2012.

También debemos destacar que algunas entidades como Bankia, llegan a ofrecer el alquiler a través de la obra social, que se extiende tan sólo a las personas en riesgo de exclusión y del que nos detendremos en otro artículo doctrinal.

En definitiva, el arrendamiento constituye un modo eficaz para permitir que el propietario mantenga al menos la posesión de su vivienda, aunque a nuestro juicio es un arma de doble filo por las condiciones económicas que suelen imponer las entidades bancarias.

Es labor de los mediadores, insistir a las entidades bancarias en todas las ventajas que les puede proporcionar recurrir al arrendamiento, e intentar negociar unas condiciones económicas que puedan ser asumidas por el deudor prestatario.

Asimismo, recordamos a todos los mediadores que si la entidad bancaria accede a ofrecer la vivienda en arrendamiento, pueden hacernos llegar el contrato de alquiler antes de su firma, para que un letrado del Servicio de Mediación Hipotecaria, revise cada una de las cláusulas y compruebe si las mismas se ajustan a la legalidad vigente.

16- EL USUFRUCTO: UNA ALTERNATIVA NOVEDOSA

Muchas veces incurrimos en el error de considerar al arrendamiento, como la única carta sobre la mesa que puede emplear un mediador para intentar llegar a un acuerdo con la entidad bancaria, al objeto de que ésta acceda a que el propietario conserve al menos la posesión de su vivienda.

Si analizamos nuestro Código Civil, nos damos cuenta de que existen soluciones imaginativas y no por ello menos legales que deberíamos explotar en aras a buscar un acuerdo.

Una de ellas sería que la entidad bancaria (nudo propietario) se quede con la propiedad de la vivienda, mientras que el deudor prestatario (usufructuario), disponga del uso y disfrute de la misma.

Podemos definir al usufructo, como el “derecho de usar y disfrutar de los bienes ajenos, con la obligación de conservar la forma y la sustancia”.

Con carácter previo a analizar qué provechos podría originar esta figura jurídica tanto para la entidad bancaria como para el usufructuario, debemos tomar como referencia el artículo 470 del Código Civil que señala lo siguiente: “Los derechos y las obligaciones del usufructuario serán los que determine el título constitutivo del usufructo; en su defecto, o por insuficiencia de éste, se observarán las disposiciones contenidas en las dos secciones siguientes”.

Por tanto, la flexibilidad de esta figura jurídica es un dato a tener en cuenta, en comparación con el arrendamiento. Serán las propias partes quienes libremente determinen en el contrato de usufructo, los derechos y obligaciones del usufructuario, lo cual deja a ambas partes un amplio margen de maniobra para amoldar el contrato a sus necesidades, aplicándose de modo supletorio la normativa del Código Civil.

No obstante, en el presente artículo doctrinal tendremos en cuenta el contenido previsto en los artículos 471 y siguientes del Código Civil, para hacernos una idea de las principales características de esta institución jurídica.

¿Qué puede ofrecer el usufructo a la entidad bancaria y al propietario? ¿Qué viabilidad práctica tendría esta institución? Para aclarar estas cuestiones, sintetizaremos los principales beneficios del derecho de usufructo.

a) Ventajas para el antiguo propietario que se convierte en *usufructuario*

1. Conservación de la posesión de su vivienda, mientras dure el usufructo.
2. Realización de las mejoras útiles o de recreo, que tuviere por conveniente con tal de no alterar su forma y su sustancia, aunque sin exigir por ello un derecho de indemnización.
3. El usufructuario podrá arrendar la vivienda usufructuada y enajenar su derecho de usufructo, aunque todos los contratos que celebre como usufructuario, se resolverán al fin del usufructo.
4. Percepción de los frutos civiles de la vivienda usufructuada (a título de ejemplo, la cantidad económica que pueda obtener si transmite su derecho de usufructo).
5. Los gastos extraordinarios de la vivienda, correrán a cargo del nudo propietario.
6. Terminado el usufructo, deberá entregar al propietario la vivienda usufructuada, pero tendrá un derecho de retención, por los desembolsos que deban ser reintegrados.
7. Podrá compensar los desperfectos de la vivienda que estén a su cargo, con las mejoras que haya realizado.

b) Ventajas para la entidad bancaria que se convierte en *nudo propietario*

1. Mantiene la propiedad de la vivienda y puede establecer libremente en el contrato el plazo de duración del usufructo, sin estar sometido a los 5 años mínimos establecidos para el arrendamiento de vivienda.
2. El inquilino deberá prestarle una fianza al objeto de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones.
3. Aunque no esté prevista por ley, las partes pueden pactar que el usufructuario pague una renta por el derecho de usufructo.
4. El nudo propietario tendrá derecho a reclamar al usufructuario que forme un inventario, describiendo el estado de la vivienda antes de la constitución del derecho real de usufructo.
5. Las reparaciones ordinarias de la vivienda, correrán a cargo del usufructuario.
6. Los gastos de conservación de la vivienda usufructuada y el Impuesto de Bienes Inmuebles, serán abonados por el usufructuario.

Teniendo en cuenta estos datos, el principal obstáculo para llegar a un entendimiento con la entidad bancaria derivaría a nuestro juicio del aspecto económico.

Aunque el Código Civil, tan sólo establece la obligación del usufructuario de abonar una fianza (sin indicar criterios orientativos que permitan calcular aproximadamente su cuantía), es evidente que la entidad bancaria exigiría unos condiciones económicas al usufructuario que probablemente vayan más allá de la fianza.

Al no existir precedentes prácticos conocidos, no nos atrevemos a decir exactamente cuáles serían las exigencias económicas que plantearía la entidad bancaria, aunque probablemente no diferirían mucho de las que piden para dejar la finca en arrendamiento.

En realidad, a la entidad bancaria no le perjudica ofrecer la vivienda en usufructo. Así a través de esta institución jurídica, conseguiría que la vivienda se encontrare ocupada, evitándose la depreciación de su valor.

Además, el Impuesto de Bienes Inmuebles, correría a cargo del usufructuario a diferencia de lo que ocurre en el arrendamiento. Incluso la entidad bancaria podría plantear una condición subjetiva, estableciendo el momento en que empezaría a desplegar efectos el usufructo.

Para el propietario, el usufructo también es una solución óptima. Conserva la posesión de su vivienda, e incluso podría arrendarla y enajenar su derecho de usufructo.

Así pues, parte de las facultades y derechos que integran el derecho de propiedad pasan al usufructuario.

De todos modos, la malgama de opciones que permite esta figura es infinita, ya que está supeditada en todo momento a la voluntad de las partes, lo cual permite a nuestro juicio que las negociaciones con las entidades bancarias pueden dar mucho jugo, teniendo en cuenta que podría negociarse individualmente cada cláusula sin estar supeditados a la ley.

Sí sería necesario analizar con detenimiento todas las cláusulas, ya que aquellas cuestiones que no estén recogidas en el contrato, se regirán por el Código Civil.

En resumen, la vía del usufructo debería tenerse más en cuenta porque ofrece un número de ventajas mayor del que a priori, puede parecer. Por ello, alentamos a los mediadores a que planteen esta opción a las entidades bancarias y negocien la firma de un contrato de usufructo que salvaguarde los derechos del usufructuario.

17- COMODATO Y PRECARIO: SOLUCIONES TEMPORALES

Tras analizar las dos alternativas estándar para la conservación de la posesión de la vivienda (arrendamiento y usufructo), consideramos necesario hacer una breve referencia a otras figuras jurídicas, a través de las cuales el deudor pueda al menos continuar en su vivienda.

El cometido de este artículo doctrinal es describir de manera concisa los puntos fuertes y débiles del comodato y el precario, para que el mediador disponga de una perspectiva general que le permita idear un *planning* de trabajo.

Advertimos de antemano que en ambos casos, las garantías legales que el deudor prestatario puede hallar en las mismas son sensiblemente inferiores a las del arrendamiento y el usufructo, pero no por ello dejan de ser soluciones prácticas y esencialmente gratuitas que pueden llenar de esperanza a muchas familias que temen quedarse sin nada.

Comencemos de este modo a desmembrar a estas dos instituciones reguladas en los artículos 1.741 a 1.752 del Código Civil.

a) Comodato

El comodato (también llamado préstamo de uso), puede ser definido como aquel negocio jurídico esencialmente **gratuito** en virtud del cual el comodante (entidad bancaria), conserva la propiedad de la vivienda, mientras que el comodatario (deudor prestatario), adquiere el uso de ella, para un plazo determinado, sin poder percibir los frutos.

Las características principales del comodato, podemos resumirlas del siguiente modo:

1. La entidad bancaria determinará cuál es el **plazo de duración** del comodato y el **uso** al que el comodatario debe destinar la vivienda.
2. De entre las **obligaciones del comodatario** destacaríamos las siguientes:
 - Abonar los **gastos ordinarios** que sean necesarios para el uso y conservación de la vivienda.
 - Responder de los **deterioros** ocasionados, si se han debido a su culpa o a un mal uso de la vivienda.
3. De entre las **obligaciones del comodante**, podemos mencionar éstas:
 - Abonar los **gastos extraordinarios** necesarios para la conservación de la vivienda, siempre que el comodatario se los hubiera comunicado previamente (en caso de urgencia, no es necesario ese aviso previo).

- No podrá reclamar la devolución de la vivienda hasta que concluya el uso para el que se prestó.

A pesar de que como regla general, se establece que para recuperar la vivienda, el propietario deberá aguardar a que finalice el uso para el que se destinó el comodato, el artículo 1.749 del Código Civil faculta al comodante a exigir la restitución de la vivienda al comodatario si tiene urgente necesidad de ella.

El Código Civil no precisa en ningún caso qué debemos entender por “urgente necesidad”. Analizando la jurisprudencia se interpreta dicho concepto como la carencia de una vivienda o el atravesar una mala situación económica (a título de ejemplo, citamos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 2008).

Otra de las emboscadas legales que encontramos en esta figura se encuentra en el hecho de que la carga de la prueba de que se pactó un plazo de duración o el uso de la cosa, compete al comodatario, quien deberá acreditar que efectivamente así se hizo.

b) Precario

El precario es también un negocio jurídico esencialmente gratuito, en virtud del cual, el propietario (entidad bancaria), concede al precarista (deudor prestatario), la posesión de la vivienda, sin establecer un plazo ni precisar el uso al que debe destinarla.

Las dos características que diferencian al precario del comodato, son las siguientes:

1. En el precario a diferencia del comodato no se pacta el plazo de duración, ni se especifica el uso al que se destinará la vivienda.
2. El propietario en el precario, podrá en cualquier momento reclamar la vivienda al precarista.

A salvo de estas dos especialidades, el precario se rige por las mismas normas que el comodato con lo que los derechos y obligaciones de las partes coinciden en todo lo demás.

Obviamente, las garantías de permanencia en la vivienda en el precario no son muy altas para el deudor prestatario, al quedar en todo momento a merced de la entidad bancaria que si arbitrariamente decide desahuciar al precarista, lo podrá hacer, cuando quiera.

En ese eventual procedimiento de desahucio por precario, la entidad bancaria deberá acreditar tan sólo los siguientes extremos:

- Que es el titular de la vivienda que pretende desahuciar.
- La identificación de la finca urbana.

- Que el prestatario se encuentre en la posesión o el disfrute de la vivienda, sin existir contraprestación, renta o merced.

Analizadas sucintamente ambas instituciones nos preguntamos, ¿Qué argumento podríamos utilizar frente a un Banco para convencerle de que acepte dar la vivienda en comodato o precario?

A primera vista, las expectativas de éxito no serían demasiado altas debido a que tanto el precario como el comodato son dos contratos gratuitos en los que la entidad bancaria no obtiene ningún beneficio económico.

Sin embargo, en nuestra opinión los mediadores deben insistir en dos perspectivas:

1. Desde el ámbito práctico, la entidad bancaria conoce que si la vivienda estará habitada no perderá valor y además tiene amplio margen de maniobra (en el precario puede desahuciar al prearista cuando lo desee y en el comodato puede negociar un plazo de duración razonable e incluso desahuciar al comodatario por razones de urgencia).
2. Desde el ámbito humanitario, también se podría insistir a la entidad bancaria, indicándole que una vez conseguida la propiedad de la vivienda, y continuando siendo acreedora de la deuda hipotecaria, puede tener un gesto de humanidad hacia el deudor prestatario, permitiéndole conservar la vivienda en comodato o en precario, al menos hasta que encuentre otra vivienda.

En cuanto a la óptica del deudor prestatario, siendo consciente de que tanto el precario como el comodato no tienen vocación de permanencia, son modos eficaces para poder mantenerse al menos durante un tiempo en la posesión de la vivienda, y además de forma gratuita.

Reconocemos que son dos opciones llenas de escollos prácticos pero en nuestra opinión, merece la pena jugar dichas bazas (sobre todo la del comodato) e intentar ganar algo de tiempo, al objeto de que la ejecución del desahucio no sea tan traumática para el deudor prestatario, lo cual lograríamos si se garantizara que durante un determinado periodo de tiempo podría continuar en el uso de la vivienda.

18- DERECHOS DE USO Y HABITACIÓN: ¿REMINISCENCIAS HISTÓRICAS O FIGURAS PRÁCTICAS?

En anteriores artículos doctrinales, hicimos varias referencias al arrendamiento, al usufructo, al comodato y al precario, como posibles soluciones alternativas a la propiedad a través de las cuales, el deudor prestatario podía continuar en el goce de su vivienda.

Nos quedan todavía por analizar dos opciones que siguen siendo vistas con mucho recelo por parte de la doctrina, al considerarlas meras subespecies del derecho de usufructo y que apenas tienen utilidad práctica.

Sin embargo, a nuestro juicio en el marco de las negociaciones entre mediadores y entidades bancarias, los derechos de uso y habitación **constituyen dos instituciones jurídicas que pueden desembocar en soluciones fructíferas para ambas partes.**

Encontramos su regulación en los artículos 523 a 529 del Código Civil, y aunque se analizan conjuntamente, en aras a ofrecer un esquema claro a los mediadores, nos encargaremos de separar sus definiciones para posteriormente adentrarnos en sus características comunes, y en las ventajas prácticas que podrían suponer para ambas partes, y de este modo ayudar a los mediadores en su labor diaria en el Servicio de Mediación Hipotecaria.

a) Derecho de uso

Circunscrito a nuestro caso, el derecho de uso puede ser definido como aquella facultad que el propietario (entidad bancaria) concede al usuario (deudor prestatario), de poder usar la vivienda, pudiendo percibir tan sólo los frutos que sean suficientes para las necesidades del usuario y de su familia.

b) Derecho de habitación

Podemos definir al derecho de habitación, como aquella facultad que el propietario (entidad bancaria), concede al habitacionista (deudor prestatario) de ocupar en la vivienda las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia.

c) Características comunes a ambas figuras

Los derechos de uso y habitación, comparten las siguientes características:

- **Se regirán por lo dispuesto en el título constitutivo, aplicándose solo de modo supletorio las normas del Código Civil.**
- **Son derechos personalísimos que no se pueden arrendar ni traspasar por ningún título.**
- **Se extinguirán por las mismas razones que el usufructo, y además por “abuso grave” de la cosa y de la habitación.**

Creemos necesarios detenernos en el concepto de “abuso grave”, para aclarar su alcance.

Una vez que el mediador llegue a un acuerdo según el cual, la entidad bancaria concede al antiguo propietario el derecho de uso o el de habitación, **¿en qué supuestos se produciría ese abuso grave que daría lugar a la extinción del derecho de uso o de habitación?**

Para responder a esta cuestión, podemos citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 8 de julio de 1994, que señala lo siguiente:

La jurisprudencia se ha pronunciado en pocos supuestos en lo relativo a que es la que se ha de entender por abuso grave, que en todo caso es obvio que requiere una *interpretación restrictiva* como indica el TS en sus añejas Sentencias de 28 noviembre 1908 y 30 abril 1910 refiriéndose tales sentencias a abusos por medio de *actos positivos no a omisiones*.

La doctrina sí se ha ocupado con más profusión de estos temas y así Albalalejo señala como causas de abuso grave la transferencia del derecho y Lacruz indica como tales infracciones si se enajenan los bienes contra la prohibición del art. 525 CC.

De la hermenéutica de esta Sentencia, deducimos:

- Que el concepto de “abuso grave” se interpretará de forma restrictiva.
- Que el “abuso grave” implicará la realización de actos positivos (enajenación de la vivienda, arrendamiento del derecho de uso y habitación...) y en ningún caso omisiones (por ejemplo la falta de ejecución de las obras de conservación y reparación, permitiría al propietario instar la vía judicial, pero no se interpretaría como “abuso grave” ni daría lugar a la extinción del contrato).

d) Ventajas prácticas

A continuación, analizaremos brevemente las ventajas prácticas que los derechos de uso y habitación, proporcionarían tanto a la entidad bancaria como al prestatario deudor:

- Beneficios que obtendría la entidad bancaria (*propietario*)
 1. Al ser el título constitutivo la primera fuente de ordenación del derecho, el propietario podrá establecer desde el primer momento aquellas cláusulas por las que quiere que se rija la relación (a título de ejemplo, fijar libremente el pacto de duración o establecer causas de extinción distintas a las que aparecen en la regulación del Código Civil).
 2. Ambos derechos pretenden satisfacer una necesidad, con lo que no podrán ejercitarse de forma extensa, sino que deberán interpretarse restrictivamente:
 - El usuario sólo podrá percibir los frutos que basten a las necesidades del usuario y de la familia (a diferencia del usufructo en el que el usufructuario podía percibir todos los frutos).
 - El habitacionista sólo podrá ocupar las necesidades de habitación del titular del derecho.

3. Desde un punto de vista económico, evita la depreciación de la vivienda (al impedir que se quede vacía), y se ve favorecido por el hecho de que los gastos de conservación y de reparación ordinaria, corran a cargo del usuario y del habitacionista.
- Beneficios que obtendría el deudor prestatario (*usuario o habitacionista*)
 1. Conserva la posesión de su vivienda.
 2. Salvo que se estipule lo contrario en el contrato, es un derecho gratuito con lo que podrá ser titular de un derecho real, sin pagar renta ni canon alguno.
 3. A diferencia del comodatario y el precarista, el usuario o el habitacionista si cumplen con sus obligaciones contractuales, no podrán ser despojados de su posesión hasta que transcurra el plazo estipulado en el contrato sin que razones de especial necesidad (comodato) o el mero albedrío (precario), puedan suponer que el propietario fuerce la extinción precipitada del contrato.

Desde una óptica práctica, la utilización de los derechos de uso y habitación se suele limitar al ámbito de las relaciones familiares, pero a nuestro juicio no solamente no existe ningún impedimento legal para que ambos derechos puedan ser utilizados en la mediación hipotecaria, sino que se ajustan claramente a los objetivos perseguidos por aquel propietario que no disponga de recursos económicos suficientes para renegociar el crédito hipotecario, y desee conservar la posesión de su vivienda.

19- ALQUILER SOCIAL. MEDIDA DE GRACIA TRAS LA EJECUCIÓN DEL DESAHUCIO

Tras examinar las distintas opciones que el prestatario tiene en base al Código Civil, para mantener la posesión de su vivienda (arrendamiento, usufructo, comodato, precario, uso y habitación), no podemos finiquitar este bloque sin hacer antes referencia a una medida que desde el Gobierno Vasco y desde algunas entidades bancarias, se ha creado al objeto de que los desahuciados puedan mantenerse en el goce de su vivienda.

Se trata del llamado alquiler social, que consiste en que las familias desahuciadas puedan ocupar en concepto de arrendatarios aquellas viviendas que se encuentren vacías.

El grueso del presente escrito se basará en analizar a grandes rasgos, el compromiso que el Departamento de Vivienda del Gobierno Vasco ha adoptado para ayudar a aquellas personas que sean desahuciadas y finalmente haremos una mención a algunas de las entidades bancarias más habituales en las negociaciones tales como Kutxabank, La Caixa y Bankia que han adoptado planes para proteger a este colectivo.

1. Alquiler social concedido por el Gobierno Vasco.

La colaboración del Gobierno Vasco con las personas que están en riesgo de perder su vivienda, no se limita a la labor del Servicio de Mediación Hipotecaria, sino que se extiende también a la concesión de las viviendas de alquiler social, en el caso de que no sea posible evitar la ejecución del desahucio.

El único requisito que debe cumplirse para que dicha medida sea efectiva, es que la unidad familiar se encuentre en grave riesgo de exclusión social, para lo cual se tendrán en cuenta los informes elaborados por los servicios sociales.

Acreditado el cumplimiento de dicho requisito, podemos encontrarnos con dos supuestos distintos:

a) Que la vivienda sea de Protección Oficial (VPO).

Dentro de este bloque, podemos encontrarnos a su vez con dos hipótesis:

- Que el préstamo hipotecario se firmara a través del Convenio de colaboración financiera con los establecimientos de crédito sobre actuaciones protegibles en materia de vivienda y suelo para el año 2011.

El Departamento de Vivienda garantizará en estos casos, la recompra efectiva de las viviendas de promoción pública que, concedidas al amparo y con las condiciones de este Convenio regulador, presenten situaciones de morosidad sobrevenida y derivada de una serie de circunstancias tasadas, tales como el desempleo, la incapacidad permanente total, el cese de actividad en el trabajo de autónomo.

De este modo, los pasos que seguirá dicho Departamento serán los siguientes:

- Hacer efectiva la compra de la vivienda.
- Cancelar la deuda hipotecaria.
- Liberar al propietario de cualquier obligación sobre dicha deuda.
- Abonar, en su caso, a la persona propietaria, la diferencia entre el precio de la vivienda y la deuda contraída.

Las personas que resulten así liberadas de su deuda hipotecaria podrán acceder preferentemente a los programas de acceso a vivienda en alquiler abiertos por este Gobierno.

Por otra parte, cada familia pagará lo establecido normativamente en función de su renta.

- Que la firma del préstamo hipotecaria fuera anterior al citado Convenio financiero de 2011.

Si el precio de la vivienda más las cargas es inferior al precio máximo vigente regulado para las viviendas de protección oficial, el estado de la vivienda es pertinente a los objetivos de la política de vivienda, y está ubicada en un municipio con acreditada demanda de vivienda, el Departamento de Vivienda ejercerá el derecho de tanteo.

Las personas que en estas circunstancias pierdan su Vivienda de Protección Oficial tendrán preferencia en la adjudicación de una VPO de alquiler o vivienda asimilada (Bizigune/ASAP) ubicada en su área funcional y las viviendas adquiridas mediante tanteo serán adjudicadas en los términos que marca la normativa actual de VPO.

b) Que la vivienda sea libre.

Si la vivienda es libre, el Departamento de Vivienda se hará cargo de promover el acceso a una vivienda en alquiler, por alguna de estas dos vías:

- Procedimiento general de adjudicación (asignación de las viviendas en base a una lista baremada según criterios preferentes).
- Procedimiento excepcional (asignación directa).

No queremos profundizar en exceso sobre los requisitos que deben cumplirse para poder acceder a las viviendas de alquiler social, pero sí resaltar tres aspectos:

1. La normativa viene descrita en la Orden de 22 de abril de 2003, del Consejero de Vivienda y Asuntos Sociales, sobre condiciones de cesión y procedimiento de adjudicación del “Programa de Vivienda Vacía”.
2. Los mediadores deben hacer saber a los propietarios que si las negociaciones con los Bancos no desembocan en un buen resultado, pueden acudir al Departamento de Vivienda del Gobierno Vasco, quien analizará su expediente y le indicará qué pasos debe dar para poder acceder a una vivienda de alquiler social.
3. Aportamos como Anexo a este artículo, en formato PDF, un modelo de contrato de alquiler social, que Alokabide, suele suscribir en estos casos.

En definitiva el Gobierno Vasco tiene tres pilares en los que sustenta su ayuda a las personas en riesgo de perder su vivienda: asesoramiento jurídico + mediación + alquiler social.

2. Obra social de Kutxabank.

Junto al Gobierno Vasco, algunas entidades bancarias también se han comprometido a intentar buscar soluciones que permitan a los propietarios mantener el uso de su vivienda.

Entre ellas queremos destacar a Kutxabank, al ser el Banco que copa la mayoría de las negociaciones en el Servicio de Mediación Hipotecaria.

Las Obras Sociales de Kutxabank, han diseñado el programa Etxelan, dirigido a clientes que se sitúan en el **umbral de la exclusión social** y que como consecuencia de su situación de desempleo o de ausencia de actividad económica prolongada en el tiempo, **no pueden atender a las obligaciones que asumieron para la adquisición de su vivienda habitual.**

A través de dicho programa, se permite que dichas familias puedan residir durante dos años en viviendas cuya renta de alquiler será subvencionada hasta el 95% por la propia entidad financiera.

También existen otras entidades como La Caixa y Bankia, que tienen sus propios programas de obra social.

En este contexto, creemos que los mediadores cuando negocien con un Banco, deberán informarse acerca de si en el mismo, existe o no algún programa de alquiler social, y en caso afirmativo poner todo su énfasis en buscar un acuerdo a través del cual, el propietario pueda mantener su vivienda a través de la ejecución de dichos programas.

REAL DECRETO LEY 6/2012 DE 9 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS

20- CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS BANCARIAS. ¿LA SOLUCIÓN DEFINITIVA?

Recientemente se aprobó el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

En aras a complementar el contenido del citado Real Decreto-Ley se acompañó como Anexo, el Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.

En este artículo, analizaremos sucintamente el contenido de este Código de Buenas Prácticas cuyo objetivo principal consiste en que las entidades bancarias se comprometan a aplicar una serie de medidas al objeto de evitar la ejecución hipotecaria.

Las citadas medidas se aplicarán por el siguiente orden:

1- Plan de reestructuración de deudas hipotecarias

En el plazo de un mes desde la solicitud del deudor, la entidad bancaria ofrecerá al prestatario un plan de reestructuración consistente en la aplicación de carencia en la amortización de capital, una reducción del tipo de interés durante 4 años y la ampliación del plazo total de amortización, hasta 40 años a contar desde la concesión del préstamo

2- Quita sobre el conjunto de la deuda

De modo supletorio, en el supuesto de que el deudor no pueda cumplir con el plan de reestructuración, dada su situación económico-financiera, los deudores podrán solicitar una quita, sobre el conjunto de su deuda, aunque el Banco no estará obligado a admitirla.

3- Dación en pago de la vivienda habitual

Finalmente, si ninguna de las anteriores medidas resulta efectiva, el deudor tiene un plazo de 12 meses desde que pidió la reestructuración, para solicitar la dación en pago de su vivienda habitual, como medio liberatorio definitivo de su deuda.

Las entidades bancarias estarán obligadas a aceptar dicha dación en pago.

Además, los propietarios podrán permanecer en su vivienda durante dos años en concepto de arrendatarios, satisfaciendo tan sólo un 3% del importe total de la deuda en el momento de la dación.

Por otra parte, las entidades bancarias también se ven beneficiadas por la aplicación de este Código de Buenas Prácticas, del siguiente modo:

- Quedan eximidas del pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados en la refinanciación de la hipoteca.
- Se rebajan al 50% los gastos notariales.
- Podrán deducir las pérdidas por dación en pago en el Impuesto de Sociedades.

Hasta aquí, este Código de Buenas Prácticas puede parecer la solución definitiva para el problema de los desahucios, ya que los propietarios tendrían al menos garantizada la posibilidad de recurrir a la dación en pago, y conservar su vivienda durante dos años.

Sin embargo, el presente Código presenta una serie de limitaciones a las que haremos mención brevemente:

a) Que sólo se aplica a los deudores que se encuentran en el “umbral de exclusión”

El artículo 1.a) del Código de Buenas Prácticas es tajante a la hora de señalar que su ámbito de aplicación se ciñe a aquellos deudores de préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, que se encuentren en el “umbral de exclusión”, para lo cual será necesario que se cumplan todos estos requisitos:

- a) Que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas.

- b) Que la cuota mensual de hipoteca a pagar sea superior al 60% de los ingresos netos que perciba la unidad familiar.
- c) Que la unidad familiar no disponga de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.
- d) Que el préstamo hipotecario recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.
- e) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de avales, o que en el caso de existir garantes, en éstos concurren las circunstancias de las letras b y c.

A nuestro juicio, hubiera sido deseable que el ámbito de aplicación del Código de Buenas Prácticas, se hubiera extendido a otros deudores que sin entrar dentro del concepto de “umbral de exclusión” no pudieran hacer frente al pago de las cuotas del préstamo hipotecario.

b) Que es exigible únicamente a las entidades bancarias adheridas

Asimismo, debemos recordar que este Código de Buenas Prácticas tan sólo resulta de obligado cumplimiento para aquellas entidades bancarias que se hayan adherido a él.

Afortunadamente, la voluntad de la mayoría de las entidades bancarias ha sido la de acogerse a este Código, tal y como se pone de manifiesto en la Resolución de 8 de octubre de 2012, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la empresa por la se publican las entidades que han comunicado su adhesión voluntaria al Código de Buenas Prácticas para la restructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.

De la lectura de la citada Resolución comprobamos que hasta un total de **101 entidades financieras se han comprometido a cumplir el Código de Buenas Prácticas**, con lo que la práctica totalidad de las entidades que operan en el mercado hipotecario se han adherido al Código (acompañamos en formato PDF el contenido de esta resolución para que los mediadores conozcan qué entidades se han adherido al Código).

Todas las entidades adheridas, deberán cumplir este Código durante un **plazo mínimo de dos años**, prorrogables automáticamente por periodos anuales.

Además, hay que destacar que una comisión de control integrada por representantes del Ministerio de Economía y Competitividad, Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores, y Asociación Hipotecaria Española se encargarán de supervisar el seguimiento de este Código. **En caso de incumplimiento, los clientes podrán reclamar al Banco de España.**

c) Que existe un límite en el precio de las viviendas para que pueda ser aplicable

Finalmente, la tercera limitación viene dada del hecho de que sólo se aplicará este Código a las hipotecas para la compra de vivienda cuyo precio no exceda de los siguientes valores:

- 200.000 euros para los municipios de más de 1.000.000 de habitantes
- 180.000 euros para los municipios de entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes.
- 150.000 euros para los municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes.
- 120.000 euros para los municipios de hasta 100.000 habitantes.

A pesar de estas tres limitaciones, consideramos que el Código de Buenas Prácticas, constituye un instrumento de gran utilidad para los mediadores en sus negociaciones con las entidades bancarias.

De este modo, el mediador deberá comprobar en primer lugar, que se dan estos tres requisitos:

1. Que el propietario está dentro del “umbral de exclusión”.
2. Que la entidad bancaria con la que está negociando se ha adherido al Código.
3. Que el precio de la vivienda cumple los límites previstos en el Código.

Tras acreditar el cumplimiento de los citados requisitos, cada mediador podrá advertir a la entidad bancaria de que está obligada legalmente a ofrecer al propietario las tres medidas que hemos indicado antes (reestructuración de deudas hipotecarias, quita y dación en pago de la vivienda).

Así pues, animamos a todos los mediadores a que tengan presente este Código, cuyos beneficios son extensibles tanto a los propietarios como a las entidades bancarias, y que por consiguiente, a pesar de sus limitaciones, es una herramienta eficaz para lograr acuerdos tendentes a evitar el inicio del procedimiento judicial de ejecución del desahucio.

21- LA DACIÓN EN PAGO: ÚLTIMA SOLUCIÓN

Dentro de las posibles alternativas para llegar a un acuerdo con las entidades bancarias, la dación en pago, posiblemente sea la más gravosa para el propietario porque supone la pérdida de su vivienda.

No obstante, en el caso de que resulten infructuosos todos los intentos tendentes a renegociar el crédito hipotecario, la dación en pago se presenta como una solución favorable para el propietario, al ver condonada su deuda hipotecaria.

En el presente artículo, profundizaremos brevemente sobre esta figura jurídica, para que los mediadores dispongan de una base sólida a la hora de negociar con las entidades bancarias.

1- Concepto y requisitos

Podemos definir a la “dación en pago” como un medio extintivo de las obligaciones, consistente en que llegado el momento del cumplimiento de la obligación, el deudor ofrece al acreedor, y éste acepta, la realización de una prestación distinta a la inicialmente pactada, quedando liberado el deudor de la obligación originaria.

Circunscrito a las relaciones contractuales entre las entidades bancarias y los propietarios, para que la dación de pago sea válida, deben cumplirse los siguientes requisitos:

- Que la entrega de la vivienda sustituya a la obligación de pago de las cuotas hipotecarias.
- Que dicha entrega sea consecuencia de un acuerdo libremente fijado entre la entidad bancaria y el deudor.
- Que tras la entrega de la vivienda, quede extinguida la deuda hipotecaria.

2- Normativa

La dación en pago es un contrato atípico que no tiene una regulación propia en ningún texto jurídico (tan sólo existen menciones dispersas como la que realiza el artículo 1.849 del Código Civil en el que se indica que una vez que el acreedor (entidad bancaria), acepta la prestación sustitutoria del deudor (prestatario), los fiadores de la obligación originaria quedan liberados).

Al no disponer de una normativa propia, existen complejas discusiones doctrinales acerca de si la dación en pago es un contrato real o consensual. No merece la pena que nos detengamos en exceso en esta cuestión.

Tan sólo nos limitaremos a señalar que se aplicarán a la dación en pago, las normas generales de las obligaciones (artículo 1.088 y siguientes del Código Civil), y aquellas del negocio jurídico que trae causa al que se trata de extinguir.

3- Efectos

Centrándonos en los efectos jurídicos de la dación en pago, éstos diferirán según cuáles sean las características del deudor:

a) Si el deudor se encuentra en el umbral de la exclusión.

En esta hipótesis resulta aplicable el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

En nuestro anterior artículo, hicimos especial hincapié al Código de Buenas Prácticas Bancarias, que obligaba a las 101 entidades bancarias adheridas a proponer a los deudores que se encuentren en el umbral de la exclusión, una serie de medidas para evitar la ejecución de los desahucios.

La tercera y última de dichas medidas, sería la dación en pago que para este tipo de deudores, supondría la liberación de la deuda hipotecaria.

b) Si el deudor no se encuentra en el umbral de la exclusión.

En el supuesto de que el prestatario, no se encuentre dentro de este grupo, los Bancos tienen una posición de privilegio a la hora de negociar la dación en pago.

En este sentido, los Bancos conocen perfectamente que el artículo 140 de la Ley Hipotecaria, contempla sólo la dación en pago, en el caso de que esté válidamente prevista en la escritura de constitución del préstamo con garantía real hipotecaria.

Por consiguiente, si en el contrato de préstamo no se establece expresamente que la obligación garantizada se haría solamente efectiva sobre los bienes hipotecados, las entidades bancarias, se mostrarán reacias a alcanzar como acuerdo la dación en pago valorando distintas cuestiones tales como la proporción del préstamo hipotecario impagado, las cuotas abonadas, o la perspectiva de venta de la vivienda en el mercado.

Es cierto que existe una Iniciativa Legislativa Popular en aras a dotar a la dación en pago de una regulación propia, pero a la fecha de redacción del presente artículo, seguimos careciendo de una normativa específica para esta figura con lo que el soporte jurídico del que disponemos es escaso.

En definitiva, los mediadores antes de recurrir a la dación en pago, deben explotar previamente todas las vías de actuación de las que dispongan para lograr un acuerdo económico que permita a los propietarios conservar su vivienda.

A efectos de resumen, recordaremos a los mediadores que si la única opción existente es la dación en pago, deberán valorar en cuál de estas tres hipótesis nos encontramos y obrar en consecuencia:

1. Si el deudor sí se encuentra dentro del umbral de exclusión.

- El Banco estará obligado a aceptar la dación en pago de la vivienda, si se ha adherido al Código de Buenas Prácticas Bancarias y se han agotado previamente las vías de la renegociación y de la quita.
- La deuda hipotecaria quedará completamente extinguida.
- El propietario podrá seguir permaneciendo en su vivienda durante dos años en concepto de arrendatario, satisfaciendo tan sólo un 3% del importe total de la deuda en el momento de la dación.

2. Si el deudor *no* se encuentra dentro del umbral de exclusión pero la dación en pago *SÍ* se previó en el contrato de préstamo hipotecario.

- El Banco estará obligado a aceptar la dación en pago.
- La deuda hipotecaria quedará extinguida, liberándose el prestatario.
- El deudor deberá abandonar su vivienda, salvo que se pacte que la entidad bancaria acceda a que el antiguo propietario pueda continuar en la misma por algún título.

3. Si el deudor *no* se encuentra dentro del umbral de exclusión y la dación en pago *no* se previó en el contrato de préstamo hipotecario.

- El Banco no estará obligado a aceptar la dación en pago.
- El deudor deberá abandonar su vivienda cuando se ejecute el desahucio y seguirá teniendo pendiente de pago aquellas cuotas que no haya abonado, aplicándose la responsabilidad patrimonial universal prevista en el artículo 1.911 del Código Civil.
- Este tercer supuesto se dará también en aquellos casos en los que aunque el deudor se encuentre en el umbral de exclusión, la entidad bancaria con la que haya celebrado el préstamo hipotecario, no se haya adherido al Código de Buenas Prácticas.

Finalmente, indicaremos que si en cualquiera de los tres supuestos, la entidad bancaria muestra su voluntad de quedarse con la vivienda y seguir exigiendo las cuotas del préstamo hipotecario, los mediadores deberán advertirle de que su conducta puede ser constitutiva de **enriquecimiento injusto o abuso de derecho**, pudiendo instarse la vía judicial contra ella.

22- PROPIETARIOS DESEMPLEADOS. ¿CÓMO ENFOCAR LAS NEGOCIACIONES?

Un gran número de propietarios que acuden al Servicio de Mediación Hipotecaria, se encuentra en situación de desempleo.

Comprobamos en un artículo anterior, que el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (en adelante Real Decreto-Ley 6/2012), protegía exclusivamente a los “deudores ubicados en el umbral de la exclusión”.

¿Qué ocurre cuando el propietario, se encuentra en situación de desempleo, pero no cumple todos los requisitos legales necesarios para incluirlo en el grupo del umbral de la exclusión?

¿Existe algún modo para que los mediadores puedan enfocar en sus negociaciones el desempleo de los propietarios con riesgo de ser desahuciados?

En este artículo doctrinal, intentaremos responder brevemente a dichas cuestiones. Para ello, haremos referencia a los siguientes apartados:

1- Protección del Código Civil.

El artículo 1.105 del Código Civil dice textualmente que “fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley y de los en que así lo declare la obligación, **nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables**”.

¿Podemos incluir al paro entre dichos sucesos? En nuestra opinión, sí.

Muchos propietarios concertaron su préstamo hipotecario con la entidad bancaria, disponiendo de un trabajo y unos ingresos económicos estables, sin poder llegar a prever la crisis económica que se avecinaba.

Posteriormente se quedaron sin empleo, y sin poder hacer frente a las cuotas hipotecarias.

Este precepto es contundente a la hora de señalar que para que exista responsabilidad del deudor, es necesario que haya “dolo” o “negligencia”, y es evidente que en nuestro caso, nos encontraríamos ante un supuesto de “fuerza mayor”.

De todos modos, será necesario analizar individualmente cada uno de los expedientes para acreditar en cada supuesto cuáles eran las condiciones personales y económicas del propietario cuando firmó el préstamo hipotecario, y cuáles son ahora.

2- Interpretación extensiva del Real Decreto- Ley 6/2012.

El artículo 2 de este Real Decreto-Ley 6/2012, extiende su ámbito de aplicación tan solo a los deudores que se encuentran en el “umbral de la exclusión”, concepto que requiere la conjunción de una serie de estrictos requisitos tal y como pusimos de referencia en nuestro artículo “Código de Buenas Prácticas Bancarias. ¿La solución definitiva?”.

No obstante, la exposición de motivos del citado Real Decreto-Ley 6/2012, hace un guiño al colectivo de los desempleados, al indicar lo siguiente: “La adopción de las medidas contempladas en este Real Decreto-ley resulta imprescindible al objeto de proteger a un colectivo social en situación de extraordinaria vulnerabilidad en el contexto económico generado por la crisis. Los efectos del desempleo sobre las familias españolas y su situación social han producido un deterioro sobre el que la intervención pública no puede demorarse más”.

Parte de la doctrina incluso, considera que las tres medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas Bancarias (plan de restructuración hipotecaria, quita y dación en pago), deben ser también aplicadas a todos aquellos propietarios que se han quedado en desempleo.

Así, D. Carlos Balluguera Gómez en su ponencia “La mediación en los préstamos hipotecarios” llega a indicar lo siguiente:

En el Real Decreto-Ley se da por supuesto que la situación de paro del deudor le impide pagar las cuotas de su hipoteca, por lo que si la situación de paro prolongado resulta, por ejemplo, de un despido improcedente, le exonera de responder de la deuda y de sus intereses. Esto significa que el banco no podrá poner en mora al deudor y no podrá iniciar la ejecución, por lo que no podrá desahuciarle.

El deudor sólo tiene para pagar sus cuotas su salario, y eso ya lo sabía la entidad de crédito al conceder el préstamo.

Si la situación de crisis e incumplimiento voluntario se prolonga en el tiempo puede tener lugar la extinción definitiva de la deuda por desaparición de la base de negocio o por la frustración del interés del contrato, cuando las partes no puedan alcanzar el objeto del mismo.

Valoramos la aportación de D. Carlos Balluguera, pero no la compartimos plenamente, porque desde el punto de vista estrictamente legal, las medidas previstas en el Real Decreto-Ley 6/2012, tan sólo son extensibles a los deudores que se encuentran en el umbral de la exclusión.

El espíritu de esa norma es ayudar a los más necesitados pero su artículo 2 es tan expreso, que las posibilidades reales de que un juez pueda llegar a extenderlo por regla general a los desempleados, serían utópicas.

3- Propuesta del Magistrado D. Edmundo Rodríguez Achútegui.

La carencia de una normativa específica ha provocado que amplios sectores de la doctrina soliciten una regulación propia que resuelva esta cuestión, destacando entre todas la del Magistrado de la Audiencia Provincial de Álava, D. Edmundo Rodríguez Achútegui.

Su propuesta consiste en evitar la ejecución de los embargos de primera vivienda, concediendo el Gobierno una moratoria legal a aquellos propietarios que se encuentren en situación de desempleo, y que no puedan proceder al pago de las cuotas del préstamo hipotecario.

A través de esta propuesta se lograrían satisfacer tanto los derechos de los propietarios, como los de las entidades bancarias, del siguiente modo:

- a) Los propietarios podrían seguir disfrutando de su derecho a utilizar su vivienda, mientras se mantengan en situación de desempleo.
- b) Las entidades bancarias tendrían el compromiso de los propietarios de abonar los gastos de comunidad, las contribuciones fiscales y los seguros precisos para asegurar el valor de su vivienda.

De momento esta iniciativa no se ha plasmado en un texto legal, aunque su alta repercusión en los medios de comunicación, puede desembocar en resultados a corto plazo.

4- Conclusiones finales

Teniendo en cuenta que el Real Decreto-Ley 6/2012 no incluye a los desempleados como regla general, y que la acertada propuesta de D. Edmundo Rodríguez, aún no se ha visto trasladada a un texto jurídico, el principal soporte legal del que deben valerse los mediadores en este tipo de supuestos, es el Código Civil, y más concretamente su artículo 1.105.

De este modo, el mediador deberá comprobar:

1. Que la situación de desempleo del propietario le haya sobrevenido con posterioridad a la celebración del contrato, sin que hubiera podido preverlo cuando lo firmó o que previéndolo hubiera sido inevitable.
2. Que el propietario una vez requerido de pago, haya notificado por escrito al Banco su imposibilidad de hacer frente al pago de la cuota del préstamo hipotecario, al encontrarse en desempleo, en aras a evitar que la entidad bancaria le ponga en mora.

Una vez comprobado el cumplimiento de ambos requisitos, el mediador advertirá al banco de la aplicación del principio de “sin responsabilidad, no hay deuda”, y de que no podrá seguir exigiendo el pago de las cuotas ni proceder a la ejecución del desahucio, hasta que no mejoren las condiciones económicas o laborales del propietario.

Tal vez se encuentren con la cerrazón de la entidad bancaria que quizás se cubra las espaldas, basándose en el tenor literal del Real Decreto-Ley 6/2012, pero la normativa del Código Civil es de obligado cumplimiento en las relaciones entre acreedor y deudor, con lo que desde el punto de vista jurídico-procesal, los propietarios desempleados tendrán en todo momento garantizada su protección.

OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES BANCARIAS

23- OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES BANCARIAS

A la hora de analizar la validez de un contrato de préstamo hipotecario, ya comprobamos que la mayoría de la jurisprudencia y de la doctrina, considera que algunas de sus cláusulas constituyen condiciones generales.

No obstante, los mediadores pueden encontrarse ante la siguiente problemática en sus negociaciones con las entidades bancarias.

Imaginemos que todas las cláusulas guardan la debida proporcionalidad (no se puede acreditar su carácter abusivo), y que las entidades bancarias señalan a los mediadores que los prestatarios fueron debidamente informados y que consintieron libremente el clausulado firmado (no serían de este modo condiciones generales).

¿Cómo podemos acreditar si efectivamente la entidad bancaria ha cumplido legalmente con sus obligaciones de transparencia y de información precontractual?

Para ello es necesario que nos detengamos brevemente en el texto jurídico que regula esta cuestión, que viene determinado por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Esta nueva Orden establece una serie de obligaciones a las entidades bancarias, al objeto de que los prestatarios reciban la debida información antes de firmar el contrato de préstamo hipotecario.

De la lectura de la citada Orden, podemos extraer las siguientes ideas:

1. Las entidades de crédito deberán facilitar de forma gratuita al cliente de servicios bancarios, toda la información precontractual que sea legalmente exigible para adoptar una decisión informada sobre un servicio bancario.

2. La información será clara, oportuna, suficiente, objetiva y no engañosa.
3. Las entidades de crédito no podrán destacar ningún beneficio potencial, ocultando expresamente los riesgos inherentes al mismo.
4. Las comunicaciones de las entidades bancarias deberán resultar suficientes para que el destinatario más habitual de la misma, pueda comprender adecuadamente los términos esenciales del servicio.
5. No se podrá omitir ninguna información relevante.
6. Deberá advertirse al prestatario sobre las consecuencias jurídicas que le puede acarrear la celebración del contrato.
7. Todas las informaciones, documentos y comunicaciones dirigidas a los clientes, se realizarán en papel, formato electrónico o en otro soporte duradero.
8. Antes de formalizar el contrato de préstamo hipotecario, la entidad bancaria proporcionará gratuitamente al cliente los siguientes documentos:
 - Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario, en la que se le indique la información adecuada para la celebración del contrato.
 - Ficha de Información Precontractual, con una información clara y suficiente sobre el préstamo ofertado.
 - Ficha de Información Personalizada, de forma que pueda comparar los préstamos disponibles en el mercado, valorar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada sobre si debe o no, suscribir el contrato.
9. Las cláusulas de suelo y techo deberán recogerse en un anexo a la Ficha de Información Personalizada, indicando el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima.

Extrapolando estas obligaciones a la labor profesional de los mediadores, éstos deberán analizar las siguientes cuestiones:

—Si la entidad bancaria proporcionó de forma gratuita al cliente la debida información sobre el contenido de todas las cláusulas contractuales (¿omitió informar los riesgos derivados de la cláusula de suelo y techo?; ¿la información fue clara y suficiente para que un cliente que no sea experto en el mundo jurídico pudiera comprenderla?;).

—Si todas las comunicaciones tuvieron un soporte escrito.

—Si el cliente recibió gratuitamente la Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario, la Ficha de Información Precontractual y la Ficha de Información Personalizada, con el contenido citado anteriormente.

—Si en el caso de cláusulas de suelo y techo, las mismas figuraron en un anexo a la Ficha de Información Personalizada.

Si el Banco no acredita algunos de estos extremos, el mediador podrá advertirle de que ha incumplido la Orden 2899/2011 de 28 de octubre, lo cual podría acarrearle las sanciones administrativas previstas en la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

Incluso, cabría la posibilidad de que el prestatario pudiera rescindir el contrato de préstamo hipotecario, sin gastos y sin penalización alguna (artículo 18 de la Ley 22/2007).

Sin embargo, debemos señalar que estas obligaciones de información precontractual, previstas en la Orden 2899/2011 entraron en vigor el 29 de julio de 2012, con lo que debemos diferenciar dos tipos de contratos de préstamo hipotecario:

- a) A aquellos contratos celebrados con anterioridad al 29 de julio de 2012, se les aplica la ya derogada Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, que de forma escueta tan sólo exige a las entidades bancarias la entrega gratuita de un folleto informativo en el que se indique el plazo, el tipo de interés, el importe de las cuotas, las comisiones y los gastos a cargo del prestatario.
- b) A aquellos contratos celebrados a partir del 29 de julio de 2012, se les aplicará esta nueva Orden 2899/2011 de 28 de octubre, debiendo cumplirse todos los requisitos de información precontractual que hemos comentado anteriormente.

En definitiva, la nueva Orden 2899/2011 de 28 de octubre supone una mejora importante en los derechos de los prestatarios frente a las entidades bancarias.

No nos olvidemos que la Ley General de Consumidores y Usuarios, imponía ya la regla de la prevalencia de la publicidad y del resto de antecedentes contractuales más beneficiosos para la persona consumidora, sobre el contenido contractual.

A partir de ahora, las entidades bancarias deberán cumplir a rajatabla con este deber de información precontractual a los prestatarios, si no quieren recibir sanciones administrativas o asumir la rescisión de los contratos por parte de los prestatarios.

De este modo, los mediadores disponen de un nuevo argumento de peso para afrontar con garantías sus negociaciones con las entidades bancarias.

24- CIRCULAR 5/2012 DE 27 DE JUNIO: ACOTACIÓN DEL LIBRE ALBEDRÍO BANCARIO

El contrato de préstamo hipotecario genera obligaciones para ambas partes, a pesar de la histórica tradición de configurarlo con carácter unilateral.

Ya analizamos la obligación de información previa al cliente, que la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, impone a las entidades bancarias.

Ahora, nos encaminamos a examinar la Circular 5/2012, de 27 de junio del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (en adelante Circular 5/2012, de 27 de junio), cuyo objetivo reside en **obligar a las entidades bancarias a que proporcionen una información financiera de mayor calidad y con menor dificultad de la lectura.**

Al introducir una serie de novedades importantes, hemos decidido dedicarle uno de nuestros artículos doctrinales, para que los mediadores dispongan de una nueva herramienta en la que puedan controlar si las entidades bancarias cumplen o no con sus obligaciones contractuales.

Para finalizar este escrito, haremos una breve crítica a esta Circular, señalando cuáles son a nuestro juicio, sus puntos débiles.

1- Eliminación de la letra pequeña de los contratos.

Una de las principales novedades que supone esta Circular 5/2012, de 27 de Junio, es la prohibición de recurrir a la “letra pequeña” en los contratos de préstamo hipotecario, tal y como deducimos de la lectura de su Norma 7ª, último párrafo, que señala:

La letra a utilizar en los documentos de información tendrá un tamaño apropiado para facilitar su lectura. En todo caso, **la letra minúscula que se emplee no podrá tener una altura inferior a un milímetro y medio.**

Así pues, todas las obligaciones que la entidad bancaria pretenda imponer en un préstamo y que aparezcan descritas en una letra minúscula con una altura inferior a un milímetro y medio, se tendrán por no puestas.

2- Préstamo responsable.

Por otra parte, hay que destacar la introducción del concepto de “préstamo responsable” por el que las entidades bancarias se comprometen, a actuar honesta, imparcial, y

profesionalmente, atendiendo a la situación personal y financiera y a las preferencias y objetivos de sus clientes, debiendo resaltar toda condición o característica de los contratos que no responda a dicho objetivo.

De este modo, se potencia el compromiso de las entidades bancarias de informar previamente a sus clientes del contenido y de las consecuencias jurídicas de cada una de las cláusulas contractuales.

En este sentido, antes de prestar cualquier servicio bancario, las entidades indicarán al cliente el importe de todas las comisiones y gastos que se le adeudarán y, después de ello, le ofrecerán la posibilidad de desistir de la operación.

3- Información a disposición del público.

Es destacable también, el hecho de que las entidades financieras deberán poner a disposición de los clientes, en un formato único homologado por el Banco de España, los tipos de interés habitualmente aplicados a los servicios que prestan con mayor frecuencia, así como las comisiones habitualmente percibidas.

Con ello, a título de ejemplo, podemos augurar que con la Circular 5/2012, de 27 de junio, se podrá evitar que las entidades bancarias impongan comisiones abusivas a los prestatarios.

4- Información post contractual.

Asimismo, se ha dado un paso hacia adelante importante, en el sentido de que la obligación de información de las entidades bancarias, no concluirá en el momento de la celebración del contrato, sino que se extenderá a después de la firma.

Así, interpretando el Anexo 5 de la Circular 5/2012, de 6 de junio, deducimos que la entidad bancaria deberá remitir al prestatario anualmente, durante el mes de enero de cada año, una información sobre los intereses cobrados y pagados, y las comisiones y gastos devengados por cada servicio bancario prestado durante el año anterior.

5- Tipos de interés oficial mejor calculados.

Finalmente, indicaremos que se ha fijado una nueva forma de cálculo de los tipos de interés oficiales y los índices y tipos de referencia que se utilizarán en la determinación del valor de mercado de los préstamos hipotecarios que se cancelan anticipadamente.

6. Crítica.

Para poner punto y final a este artículo doctrinal, creemos necesario expresar nuestra opinión sobre esta nueva regulación.

A pesar de que en comparación con la antigua Circular de 1990, supone una evidente mejoría en la protección de los derechos de los prestatarios, no termina de cuajar como un texto normativo que permita solidificar la posición de la parte más débil, por los siguientes motivos:

- **Inexistencia de sanciones dentro de la Circular:**

No existe en el clausulado de la Circular 5/2012 de 27 de Junio, ningún régimen sancionador en el que se especifique cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivarían del incumplimiento por parte de las entidades bancarias de las obligaciones en ella contenidas.

Hubiera sido deseable que pudiéramos conocer con exactitud qué tipo de sanciones se impondrían a los Bancos incumplidores, con lo que se deja al libre albedrío de los Tribunales o en su caso del Banco de España, su determinación.

Desde el punto de vista civil, explicaremos que un incumplimiento contractual por parte de una entidad financiera, puede suponer la eliminación de los intereses moratorios (artículo 1.100, último párrafo del Código Civil), la indemnización por daños morales (artículo 1.101 del Código Civil) o la devolución de las cantidades indebidamente pagadas por el prestatario (Ley General de Consumidores y Usuarios), pero sectorialmente seguimos sin disponer de unos criterios claros.

- **Tardía entrada en vigor:**

Aunque con carácter general, la Circular 5/2012 de 27 de junio, **ha entrado en vigor el 6 de octubre de 2012**, la realidad es que **se ha establecido un calendario escalonado**, de tal modo que alguna de las obligaciones, comprendidas en la misma, no entrarán en vigor hasta enero de 2013, julio de 2013 y enero de 2014.

Además, esta nueva Circular no tiene carácter retroactivo con lo que en los contratos de préstamo hipotecario, celebrados antes de su entrada en vigor, se seguirá aplicando la derogada Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre.

- **Mantenimiento del principio de libertad de contratación, dejando manos libres a los Bancos:**

La buena voluntad que parece desprenderse de las novedades que aparecen en esta circular, se ve atemperada por el hecho de que se proclama la prevalencia del principio de libertad de contratación (Norma 12^a.3, último párrafo). Por ello, debemos ser cautos a la hora de evaluar el impacto que puede tener esta nueva Circular, aunque sí al menos, mostramos ligeramente esperanzados si las entidades bancarias se comprometen seriamente a cumplirla.

CONSECUENCIAS DERIVADAS DE INCUPLIMIENTO CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES BANCARIAS

25- LA MORA DEL DEUDOR: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1.100 DEL CÓDIGO CIVIL

Las entidades bancarias no dudan en reclamar los intereses moratorios al deudor prestatario que no abona las cuotas del préstamo hipotecario, en los plazos marcados en el contrato.

Ahora bien, ¿los incumplimientos contractuales en los que puede incurrir un Banco, pueden llegar a afectar a la existencia de la mora del deudor, y por consiguiente, a la exigibilidad de los intereses moratorios?

Para profundizar sobre esta cuestión, en el presente artículo nos detendremos en el análisis del último párrafo del artículo 1.100 del Código Civil y su aplicabilidad práctica a nuestro supuesto.

Previamente definiremos a la “mora del deudor” como el retraso culpable o deliberado en el que incurre el deudor a la hora de cumplir con su obligación. Extrapolado a nuestro caso, sería el retraso del prestatario de pagar las cuotas del préstamo hipotecario pactadas en el contrato.

La existencia de esa mora daría lugar a los intereses moratorios que suelen exigir las entidades bancarias a los prestatarios, en sus requerimientos de pago.

Una vez definida la mora del deudor, procedamos a transcribir literalmente el contenido de la parte final del citado artículo 1.100 del Código Civil, que dispone lo siguiente:

En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro.

De la exégesis de este precepto, deducimos una conclusión: “si una de las partes no cumple con sus obligaciones contractuales no podrá situar en mora a la otra”.

Circunscrito a nuestro supuesto, si la entidad bancaria no ha cumplido con una de las obligaciones que le impone la ley, no podrá situar en mora al propietario-prestatario.

De todos modos, vamos a desmembrar este precepto, para comprobar si puede extenderse a las relaciones contractuales entre la entidad bancaria (prestamista) y el propietario (deudor prestatario).

1- ¿Es aplicable esta regla a los contratos de préstamo hipotecario?

El artículo 1.100 del Código Civil se aplica exclusivamente en las obligaciones recíprocas, derivadas de un contrato bilateral.

En nuestro contexto, debemos recordar que durante mucho tiempo, el contrato de préstamo, fue considerado como el prototipo de los contratos unilaterales ya que sólo generaba obligaciones para los deudores, con lo que la aplicación del artículo 1.100 del Código Civil podría ponerse en entredicho.

Desde el punto de vista jurisprudencial, todavía sigue existiendo cierta tendencia a considerarlo como un contrato unilateral.

Sin embargo, también existe un sector jurisprudencial que defiende el carácter bilateral del contrato de préstamo, pudiendo citar la **Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1994**, que dispone lo siguiente:

Por razón de sistemática procesal procede estudiar primeramente el segundo motivo del recurso al estar residenciado en el ordinal 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error en la apreciación de la prueba, concretamente en la apreciación de la **escritura de préstamo hipotecario** de 9 de febrero de 1981, documento base de la acción de nulidad ejercitada, y sobre tal particular: -Es evidente que la existencia o inexistencia de la causa de un contrato es una cuestión de hecho-, **Obvio resulta advertir el carácter bilateral de mentado contrato.**

También existen pronunciamientos doctrinales que se dirigen hacia esa dirección, pudiendo mencionar a D. Carlos Balluguera que señala que “con la introducción de las obligaciones legales de información previa al contrato, que por la firma del contrato se convierten en obligaciones contractuales, ha ocurrido que el **contrato de préstamo ha dejado de ser unilateral para convertirse en bilateral**”.

Esa es también nuestra opinión jurídica. El contrato de préstamo hipotecario es bilateral, al generar también obligaciones para la parte prestamista, con lo que debe ser aplicado el artículo 1.100 del Código Civil.

2- ¿Qué tipo de incumplimientos contractuales de las entidades bancarias daría lugar a la paralización de la mora del deudor prestatario?

En nuestro anterior bloque, hemos hecho referencia a las obligaciones que debe cumplimentar un Banco dentro del contrato de préstamo hipotecario.

A pesar de que la entidad bancaria es, desde el punto de vista práctico, la parte predisponente que suele determinar el contenido de las cláusulas contractuales, ello no es óbice para que deba cumplimentar también una serie de deberes.

La obligación estándar de los bancos reside en la necesidad de informar previamente a los prestatarios sobre el contenido y las consecuencias jurídicas de todas y cada una de las cláusulas contractuales de acuerdo con los criterios fijados en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Nos remitimos a nuestro artículo “Obligación de información precontractual de las entidades bancarias” en el que explicamos con detenimiento dicha cuestión.

Si la entidad bancaria incumple con la obligación de la información previa al cliente, no podrá poner en mora al deudor ni reclamarle los intereses moratorios.

Balluguera va más allá, llegando a señalar que dicho incumplimiento provocará que la entidad bancaria ni pueda declarar el vencimiento anticipado de la deuda, ni pueda iniciar la ejecución hipotecaria.

Asimismo, debemos señalar que el ámbito de aplicación del artículo 1.100 del Código Civil no debe ceñirse solo a la falta de información previa, sino a otros incumplimientos de la entidad bancaria como por ejemplo, la negativa a retirar aquellas cláusulas abusivas que pudieran existir en el contrato (cláusula de suelo y techo por encima de los límites legales, vencimientos anticipados por impago de una sola cuota, comisiones por gastos de posiciones deudoras.....).

3- ¿La jurisprudencia avala la aplicación de este precepto?

Finalmente, señalaremos que la jurisprudencia aplica constantemente el último párrafo del artículo 1.100 del Código Civil. A título ilustrativo, haremos hincapié en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Septiembre de 1998**, que señala lo siguiente:

El precepto en que se apoya la impugnación se refiere a la situación de mora en las obligaciones recíprocas y opera respecto al deudor cuando incurre en retraso contrario a derecho de la prestación que le incumbe por causas a él imputables, dejando de tener efectividad en los supuestos en los que la contraparte no ha cumplido con las obligaciones asumidas contractualmente, y de esta manera la mora del deudor se extingue por concurrir mora en el acreedor (compensación de la mora).

Así pues, los mediadores deben analizar exhaustivamente en cada expediente si la entidad bancaria ha cumplido o no con todas sus obligaciones contractuales.

Si llegamos a la conclusión de que el Banco ha incurrido en un incumplimiento contractual, los mediadores dispondrán de una sólida argumentación para advertir a la entidad bancaria de que no se encuentra legitimada para reclamar al prestatario, los intereses moratorios.

26- INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS MORALES OCASIONADOS AL PRESTATARIO

Generalmente los mediadores se ven obligados a enfocar sus negociaciones con la entidad bancaria “a la defensiva”. Bien sea negociando una modificación de las condiciones del crédito hipotecario, o pidiendo una quita, o buscando una fórmula distinta a la propiedad para que el prestatario pueda mantenerse en la posesión de su vivienda, o comprobando las cláusulas abusivas que puedan existir para pedir la devolución de cantidades indebidamente pagadas.

Nuestro ordenamiento jurídico también permite a los propietarios recurrir a varias vías en las que pueden “enseñar los dientes” a la entidad bancaria. Una de las más comunes suele ser la reclamación de **indemnización por los daños morales ocasionados al prestatario** como consecuencia del procedimiento judicial de ejecución de desahucio, cuando la entidad bancaria haya vulnerado dolosa o negligentemente los derechos de los prestatarios.

En estos casos, aconsejamos a los mediadores que si la entidad bancaria se muestra reacia a llegar a un acuerdo a pesar de estar legalmente obligado a ello, se le advierta de que el propietario está legitimado para reclamar una indemnización por daños y perjuicios.

Vamos a intentar indagar acerca de la regulación de esta cuestión en nuestra ley, de los pasos que se deberían tomar para exigir esta indemnización, y de los requisitos legales, doctrinales y jurisprudenciales que se deben cumplir para poder lograr una sentencia estimatoria.

1- Regulación del Código Civil

El artículo 1.101 del Código Civil, dispone lo siguiente:

Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas,

De la lectura de este precepto, interpretamos que **si la entidad bancaria por un acto doloso o negligente, provoca un daño material o moral al prestatario deudor, deberá indemnizarle.**

Un ejemplo típico podría ser el siguiente:

Supongamos que nos encontramos con un expediente en el que se cumplen todos los requisitos exigidos por el Código de Buenas Prácticas Bancarias (entidad bancaria adherida, deudor en el umbral de la exclusión y precio de la vivienda que se encuentra dentro de los límites cuantitativos establecidos por el Código).

¿Qué ocurriría si la entidad bancaria se niega a conceder la dación en pago al propietario en este supuesto? Que el propietario podría reclamarle una indemnización por todos los daños morales ocasionados.

2- Pasos que hay que dar para solicitar dicha indemnización

A la hora de solicitar la indemnización por daños morales, habría que intentar agotar la vía extrajudicial, negociando una cantidad con la entidad bancaria.

Si finalmente el Banco no atiende a razones, se presentaría judicialmente la correspondiente demanda de juicio ordinario reclamándole los daños morales ocasionados al deudor prestatario.

3- ¿Cómo puede acreditar el propietario que la entidad bancaria le ha ocasionado un daño moral indemnizable?

Desde el punto de vista legislativo, no existen unas criterios concretos para determinar dónde está la frontera que permite señalar en qué situaciones podemos hablar de “daño moral”.

No obstante, la jurisprudencia puede ayudarnos a identificar qué podemos entender por “daño moral”. En distintas Sentencias los jueces, han llegado a dar la siguiente definición:

- Impacto o sufrimiento psíquico o espiritual.
- Impotencia, zozobra, trastorno de ansiedad o angustia.
- Sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre.

Desde una perspectiva doctrinal, D. Ramón Macía Gómez indica que los criterios que se tienen en cuenta para determinar si existe o no daño moral, son los siguientes:

- El impacto moral del hecho sobre la víctima.
- Las consecuencias exteriorizables de la lesión física o psíquica, permanentes o temporales, parciales o totales.

- Las condiciones personales de la víctima, en especial sus facultades de recuperación.
- El tiempo de postración, incapacidad o convalecencia.

Extrapolado a nuestro contexto, podemos definirlo por el “cuadro de angustia, ansiedad, depresión o sufrimiento psicológico que pueda generar la ejecución del desahucio”.

Esta es la dirección a la que apunta la [Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 25 de octubre de 2004](#), que señala lo siguiente:

En este caso, está acreditado a través del correspondiente informe médico (f. 650), que la ejecución hipotecaria de la vivienda de su propiedad determinó la aparición de un cuadro clínico caracterizado por la permanencia de impulsos y pensamientos reiterados y molestos, concomitante a síntomas ansiosos y que interfiere en la conciliación del sueño y en sus actividades diarias, siendo diagnosticada de trastorno obsesivo-compulsivo con predominio de pensamientos o rumiaciones obsesivos. Situación de angustia y padecimientos que valorados prudencialmente y teniendo en cuenta lo concedido en otros casos similares, conduce a esta Sala a fijar en 12.000 euros la cantidad a satisfacer por este concepto, a cargo de la Caja demandada que con su errónea y abusiva actuación fue la que dio lugar a que se siguiera indebidamente el procedimiento hipotecario que dio lugar a tales trastornos.

Esta Sentencia llegó a cifrar en 12.000 euros la indemnización que debió pagar Caja de Ahorros de Asturias a un propietario al que había desahuciado aplicando la cláusula abusiva de vencimiento anticipado.

Dicha cantidad puede incrementarse o reducirse en función de las características concretas de cada caso.

Un ejemplo lo encontramos en la conocida Sentencia que dictó el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de San Javier, notificada el 20 de noviembre de 2009, por la que se condenó a Banesto al pago de una indemnización de 552.405,15 euros por los daños morales y psicológicos ocasionados a un matrimonio, tras una serie acumulativa de actuaciones dolosas llevadas a cabo por la citada entidad bancaria, entre las que se incluía la interposición de un procedimiento de ejecución hipotecaria.

A la hora de acreditar dichos daños, es imprescindible que el propietario afectado presente los correspondientes informes médicos.

De todos modos, está el hándicap de tener que acreditar la existencia de “dolo” o “negligencia” en la entidad bancaria aunque a nuestro juicio, la negación a aplicar el Código de Buenas Prácticas Bancarias, a pesar de cumplirse todos los requisitos de su ámbito de aplicación, podría ser suficiente para justificar la existencia de una acción dolosa o al menos negligente.

En resumen, la indemnización por daños morales, es una especie de “as en la manga” que permite que los propietarios puedan verse económicamente resarcidos ante las actuaciones dolosas o negligentes de la entidad bancaria, y que los mediadores deben utilizar para que los Bancos abran el abanico de alternativas, so pena de verse involucrados en un procedimiento judicial en la que actuarían como demandados.

27- RECLAMACIÓN ANTE EL BANCO DE ESPAÑA: COMPROMISO DEL MEDIADOR

Partiendo del carácter bilateral del contrato de préstamo, ya comprobamos que los propietarios podían recurrir a la vía judicial, para reclamar una indemnización por los daños morales que hubiesen podido sufrir como consecuencia de una actuación dolosa y negligente de la entidad bancaria.

No obstante, además de la vía judicial, los propietarios pueden recurrir también a la vía administrativa, poniendo en conocimiento del Banco de España, la actuación ilegal que haya podido cometer su Banco, para que aquél abra el correspondiente expediente sancionador.

Y es aquí, donde la labor del mediador puede cobrar especial relevancia. Así, como las demandas que pueda interponer judicialmente un propietario contra un Banco, deben ir acompañadas del asesoramiento de un letrado, en el caso de las reclamaciones presentadas ante el Banco de España, los mediadores pueden ayudar a los prestatarios, señalándoles qué pasos deben dar en cada momento.

Por este motivo, vamos a ofrecer al mediador una panorámica general de cómo funciona el proceso de reclamación ante el Banco de España y haremos una mención a una ley antigua que sigue vigente, y en la que comprobaremos a qué tipo de infracciones y sanciones se ven expuestos los Bancos si no cumplen con sus obligaciones contractuales ante los propietarios.

1- Reclamación previa ante el Servicio de Atención al Cliente.

Antes de poder plantear una reclamación ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, será necesario que el propietario prestatario presente previamente un escrito de reclamación ante el Servicio de Atención al Cliente de la entidad bancaria que ha incumplido con alguna de sus obligaciones contractuales.

Todos los Bancos tiene su propio Servicio de Atención al Cliente (también llamado Defensor del Cliente), cumpliendo la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo sobre los departamentos o servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras.

El Servicio de Atención al Cliente denegará o aceptará la reclamación del interesado.

2. Reclamación ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España.

El propietario podrá presentar una reclamación ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, en cualquiera de estos dos supuestos:

- Cuando el Servicio de Atención al Cliente, haya denegado la propuesta del propietario.
- Cuando hayan transcurrido **dos meses** desde la fecha de la presentación del escrito ante el Servicio de Atención al Cliente, sin que éste haya emitido una resolución.

A la hora de presentar el escrito ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, existen dos opciones:

- A través de la **vía telemática**, en cuyo caso requiere de un DNI con firma electrónica, u otro sistema de firma electrónica que reconozca el Banco de España, de acuerdo con el artículo 15.2 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.
- Mediante la presentación de un **escrito**, a través del **modelo oficial** de reclamaciones que acompañamos en formato PDF a este escrito, como Anexo.

Una vez presentado el escrito, podemos señalar que el procedimiento de reclamación ante el Banco de España, seguirá los siguientes pasos:

- a) Si la documentación aportada por el interesado es incompleta, se requerirá al interesado a que la complete en un plazo máximo de 10 días hábiles, con apercibimiento de que si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido.
- b) Si la documentación está completa, el Servicio de Reclamaciones, requerirá a la entidad bancaria para que en 15 días formule alegaciones.
- c) El Servicio de Reclamación analizará la reclamación y las alegaciones, y formulará en el plazo de 4 meses, un **informe motivado que no podrá ser recurrible**.
- d) Si el informe es desfavorable para la entidad reclamada, ésta deberá informar al Servicio de Reclamaciones si ha procedido a la **rectificación voluntaria** en un plazo no superior a un mes desde su notificación.

Un dato importante que debemos conocer es que el propietario no podrá reclamar ante el Banco de España, una indemnización por los daños morales, ya que la misma sólo puede ser reclamada ante los Tribunales de Justicia.

3- Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

¿Qué ocurre si obtenemos un informe del Servicio de Reclamaciones del Banco de España que señala que el Banco ha incumplido una obligación contractual? ¿Quién puede sancionarle?

A pesar de que dicho informe no vincula a la entidad bancaria, supondrá un paso importante para que dicha entidad sea sancionada económicamente, ya que el Banco de España podrá iniciar un expediente sancionador y comprobar si ha incurrido en alguna infracción, al amparo de los siguientes preceptos de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito:

- Artículo 4, e)

Se considera **infracción muy grave**, la realización de actos u operaciones prohibidas por normas de ordenación y disciplina con rango de Ley o con incumplimiento de los requisitos establecidos en las mismas, salvo que tenga un carácter meramente ocasional o aislado.

Ejemplo: **Negativa del Banco a cumplir el Código de Buenas Prácticas Bancarias** que está incluido como Anexo al Real- Decreto- Ley 6/2012, de 9 de marzo (tiene rango de ley).

- Artículo 4, j)

Se considera infracción muy grave, el incumplimiento del deber de veracidad informativa debida a sus socios, a los depositantes, prestamistas, y al público en general.....cuando el incumplimiento pueda considerarse especialmente relevante.

Ejemplo: No informar debidamente al propietario, antes de la firma del contrato de préstamo, sobre el contenido de cada una de las cláusulas.

- Artículo 5, f)

Se considera **infracción grave**, la realización de actos u operaciones prohibidas por normas reglamentarias de ordenación y disciplina o con incumplimiento de los requisitos establecidos en las mismas, salvo que tenga un carácter meramente ocasional o aislado.

Ejemplo: **Incumplimiento de las normas establecidas en la Circular 5/2012, de 27 de junio.**

Las sanciones que se pueden imponer a las entidades bancarias son las siguientes:

- a) Por infracciones muy graves, se les impondrá una multa por importe de hasta el 1 % de sus recursos propios o hasta 1.000.000 euros si aquel porcentaje fuera inferior a esta cifra, además de la revocación de la autorización de la entidad y una amonestación pública.
- b) Por infracciones graves, se impondrá una multa por importe de hasta el medio % de sus recursos propios, o hasta 500.000 euros si aquel porcentaje fuera inferior a esta cifra.
- c) Por infracciones leves, la multa no superará los 150.000 euros.

A modo de conclusión queremos transmitir dos mensajes a los mediadores:

1. Que en sus negociaciones con las entidades bancarias, adviertan a éstas de que con independencia de lo que se vaya hacer en vía judicial, el propietario está dispuesto a poner en conocimiento del Banco de España, las irregularidades en las que aquéllas hayan podido incurrir, con las consecuencias que ello puede suponer.
2. Que ayuden a los propietarios a la hora de informarles de la existencia de esta opción que si bien no colmaría sus derechos indemnizatorios, sí permitiría que al menos su entidad bancaria reciba una sanción ejemplar, por incumplimiento de sus obligaciones legales.

28- EL COBRO DE LO INDEBIDO: PROTECCIÓN LEGAL PARA LOS PRESTATARIOS

A lo largo de distintos artículos doctrinales, hemos analizado diferentes supuestos en los que los Bancos obtienen el cobro de varias cantidades abonadas por los propietarios sin que legalmente exista cobertura para ello.

Ya ahondamos en la legislación específica existente en el ámbito de consumidores y usuarios, en la que constatábamos que existían cláusulas abusivas que eran nulas de pleno derecho.

También podemos encontrarnos con hipótesis en las que el Banco exija indebidamente comisiones sin que contractualmente estén previstas en el clausulado firmado.

En estos casos, debemos recurrir al Código Civil, y más concretamente a la figura del “cobro de lo indebido”, para comprobar qué requisitos deben darse al objeto de que el propietario pueda exigir como mínimo la devolución de las cantidades que indebidamente ha percibido el Banco.

Hemos considerado conveniente explicar brevemente en uno de nuestros artículos, el funcionamiento de la figura del “cobro de lo indebido”, para que cada mediador pueda observar si se dan los requisitos necesarios para su aplicación y de este modo, poner en conocimiento del Banco de que si no devuelven estas cantidades, incurrirán en un incumplimiento legal, con las consecuencias jurídicas que vamos a analizar.

1. Concepto y normativa.

Podemos definir al “cobro de lo indebido”, como aquel vínculo jurídico que se establece entre quien recibe algo que no tenía derecho a exigir (*accipiens*), y quien paga por error (*solvens*).

Circunscrito a nuestro caso, sería la percepción por parte de una entidad bancaria de aquellas cantidades económicas que no tenía derecho a exigir al propietario.

Su regulación se encuentra en los artículos 1.895 a 1.901 del Código Civil.

2. Presupuestos.

Los requisitos que deben cumplirse para que podemos hablar del cobro de lo indebido son tres:

a) La entrega en concepto de pago.

Dicha entrega debe plasmarse en nuestro contexto, en un desplazamiento patrimonial del propietario a la entidad bancaria.

b) La inexistencia del derecho a cobrar (*indebitum*).

Existen tres tipos de *indebitum*, que se pueden tener en cuenta, cualquiera de los cuales, supondrá que se aplique el cobro de lo indebido:

- **Indebitum ex causa:** si no existe obligación de pago.
- **Indebitum ex persona:** si la obligación de pago correspondía a otra persona.
- **Indebitum ex re:** si se entrega una cantidad superior a la debida.

c) La creencia del propietario de que debía lo entregado.

Como regla general, el *solvens* (propietario) debe acreditar que estaba en la creencia equivocada de que al pagar esa cantidad, daba cumplimiento a una verdadera obligación o deber jurídico; es decir el error versa sobre la existencia o subsistencia de la deuda.

Sin embargo, este requisito no se exige en los supuestos materializados por la propia autoridad del accipiens. Por ejemplo, cuando la entidad bancaria exige al prestatario el pago de comisiones bancarias, es aquella quien tiene que probar que la comisión era la debida, pudiendo citar la **Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1994**, que señala:

Una cosa es el que el Juzgador desplace la carga de probar a quién el precepto citado no le impone esa obligación, y otra cosa es combatir la práctica de una determinada prueba, que es lo que en realidad viene a hacer el recurrente bajo la invocación del artículo 1214 del Código Civil. Si se lee la sentencia con atención, es evidente que ha distinguido cuidadosamente entre lo que debía de probar el recurrente (que no se pactó el pago de comisión alguna, fuera de los gastos de corresponsalia), y entre **lo que debía probar el banco (que la comisión que cobró era la debida)**.

3. Acción de restitución.

La acción de restitución por la que el propietario solicita a la entidad bancaria, la devolución de aquellas cantidades que ésta haya cobrado indebidamente, tiene carácter personal, con lo que el plazo para su ejercicio es de **15 años** (artículo 1964 del Código Civil).

El propietario tendrá que acreditar que entregó una cantidad al Banco, que no debía la misma, y finalmente el error con el que realizó la entrega. De todos modos, existe una presunción “iuris tantum” (admite prueba en contrario), de que si no debía esa cantidad, existe dicho error.

Si la acción es estimada, el efecto será la **restitución** por parte de la entidad bancaria de las cantidades abonadas indebidamente por el propietario.

Asimismo, debemos señalar que si el propietario-prestatario consigue acreditar la **mala fe de la entidad bancaria** (es decir, la posesión dolosa o negligente de esas cantidades, siendo consciente de que no podía exigir las), ésta **será condenada también a:**

- **Abonar el interés legal del dinero**, computándose el mismo por el periodo comprendido entre el momento de la recepción y aquel en que realmente tiene lugar la restitución.
- **Resarcir al propietario de los perjuicios que se le irrogasen**, hasta que se produzca la restitución.

En este sentido, debemos traer a colación el artículo 25.2 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que dispone:

2. “Si el cobro indebido se hubiera producido por dolo o negligencia del prestamista, el consumidor tendrá el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios

causados, que en ningún caso será inferior al interés legal incrementado en cinco puntos o al del contrato, si es superior al interés legal, incrementado a su vez en cinco puntos”.

Así pues, si la entidad bancaria no accede a devolver extrajudicialmente al propietario las cantidades indebidamente percibidas, se expone a que si el Tribunal considera que actuó de mala fe, pueda ser condenado a pagar una indemnización que nunca será inferior al interés legal incrementado en cinco puntos.

4. Jurisprudencia

Los Tribunales no dudan en aplicar la institución del “cobro de lo indebido”, en las relaciones jurídicas entre los Bancos y los prestatarios si se dan todos los requisitos que hemos descrito anteriormente.

A título de ejemplo, podemos citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 27 de noviembre de 2002, que dispone:

Así las cosas y habiéndose probado que el actor abonó la mitad del impuesto, que correspondía pagar a la demandada (BBVA) ésta tiene que devolver este pago realizado por error ante la insistencia del Banco, no probando en forma alguna esta entidad que se llegara el acuerdo de abonar cada uno de ellos la mitad del impuesto. En consecuencia es de aplicación el art. 1895 del Código Civil () , que dispone que “cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla.

Se trata de un cobro indebido en cuanto concurren los requisitos exigidos en el citado artículo, es decir porque se recibió una cantidad de dinero que no había derecho a cobrar y porque se entregó indebidamente por error, el cual se presume, cuando se entrega una cosa que nunca se debió (art. 1901 del Código Civil) sin que esta presunción haya sido desvirtuada.

En resumen, el cobro de lo indebido es una vía que nuestro Código Civil proporciona a los propietarios para exigir la devolución de las cantidades que indebidamente hayan abonado a los Bancos, y permitir que éstos deban afrontar unas gravosas consecuencias jurídicas, que conviene que los mediadores mencionen en sus negociaciones, en aras a que las entidades bancarias bajen el listón de sus exigencias.

LEY 5/2012 DE 6 DE JULIO DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

29- CONTENIDO Y VALOR JURÍDICO DEL ACTA FINAL DE LOS MEDIADORES

Las negociaciones entre los mediadores y las entidades bancarias acaban siempre o bien con un acuerdo que permite al prestatario deudor, la conservación de la propiedad o de la posesión de su vivienda, o bien con la imposibilidad de lograr un entendimiento entre las partes, iniciándose el procedimiento judicial de ejecución del desahucio.

En ambas hipótesis, el mediador está obligado a reflejar en un acta el resultado final de las negociaciones.

El objetivo que inspira este artículo doctrinal es el de determinar si atendiendo a las especiales características del Servicio de Mediación Hipotecaria, y a la legalidad vigente, dicha acta puede ser acompañada a un procedimiento judicial (llegando a comparecer el mediador como perito), y en caso afirmativo qué obligaciones legales implicaría para el mediador su intervención en el juicio, como perito.

Previamente señalaremos cuál debe ser el contenido mínimo del acta para que los mediadores puedan conocer qué cuestiones deben resaltar en la misma.

1. Contenido mínimo del acta final de mediación.

Sobre la base de los artículos 22 y 23 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, podemos señalar que el acta final de los mediadores deberá tener el siguiente contenido mínimo:

- Identidad y domicilio de las partes.
- Lugar y fecha en que se suscribe.
- Indicación de si el procedimiento ha finalizado con acuerdo, y en el caso de que así fuera, explicación de forma clara y comprensible acerca de los acuerdos a los que se han comprometido ambas partes.

- Indicación del mediador que ha intervenido.

El acta deberá ser firmada por todas las partes (incluido el mediador), y se entregará un ejemplar original a cada una de ellas (si alguna parte se negara a firmar el acta, el mediador hará constar esta circunstancia).

2. ¿El acta final de los mediadores puede aportarse como dictamen pericial en un procedimiento judicial, pudiendo ser llamados aquéllos a declarar como peritos?

La respuesta a esta pregunta nos la proporciona el artículo 9 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

De la lectura de dicho precepto, extraemos las siguientes ideas:

- Como regla general, la **obligación de confidencialidad** impide a los mediadores declarar o aportar a un procedimiento judicial o a un arbitraje, aquella documentación con la que hayan trabajado en el Servicio de Mediación Hipotecaria.
- Si el mediador vulnera dicha confidencialidad, el perjudicado podrá ejercer contra aquél una acción judicial, reclamando todos los **daños y perjuicios** irrogados (incluso podría reclamar la indemnización a la institución de mediación que haya nombrado al mediador).
- Existen **dos excepciones** en las que los mediadores **sí están obligados a intervenir como peritos en un procedimiento judicial**:
 - a) Cuando las partes de forma expresa y por escrito, les dispensen de la obligación de confidencialidad.
 - b) Cuando un juez de la jurisdicción penal, solicite su intervención por resolución judicial motivada.

3. Si un mediador es llamado a declarar en un procedimiento judicial, ¿cuáles son sus obligaciones legales?

Pongámonos en algunas de las dos excepciones que hemos comentado anteriormente.

Dispensado por las partes de la obligación de confidencialidad, o solicitada su intervención de forma motivada por un juez, **¿qué debe tener en cuenta el mediador en su intervención ante los tribunales de justicia?**

La regulación legal viene descrita en los artículos 335 a 352 de la **Ley de Enjuiciamiento Civil**, sin olvidarnos tampoco de **la normativa penal** que debemos tener en cuenta para medir la responsabilidad de los mediadores.

En primer lugar, mencionaremos que los mediadores estarán obligados a decir la verdad, no sólo en su acta sino en sus declaraciones ante el Tribunal.

Al emitir el acta final (dictamen pericial), el mediador (perito), deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir la verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliera su deber como perito (artículo 335.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Si el mediador incumple con su obligación de decir la verdad ante el Tribunal, podría ser condenado por un delito de falso testimonio, pudiendo darse alguno de estos dos supuestos:

- Si falta a la verdad en su testimonio, la pena que se le aplicaría es la de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses (artículo 458.1 del Código Penal).
- Si no falta sustancialmente a la verdad, pero la altera con reticencias, inexactitudes y omitiendo datos relevantes que conozca, será condenado a una pena de multa de seis a doce meses y una suspensión de empleo de seis meses a tres años (artículo 460 del Código Penal).

No obstante, debemos recordar que en el caso de que fuera condenado a una pena de prisión de entre seis meses y dos años, el Tribunal podría sustituir dicha pena por una multa o por trabajos en beneficios de la comunidad (artículo 88 del Código Penal).

Por otra parte, en cuanto al contenido de la declaración de los mediadores ante los Tribunales, dependerá de las cuestiones que pidan las partes o el propio juez, pero en líneas generales según dispone el artículo 347 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, versará sobre:

- Ratificación del contenido del acta.
- Exposición completa del acta.
- Explicación de algunos puntos del acta, que puedan ser relevantes a efectos de prueba.
- Respuestas a preguntas y objeciones sobre las conclusiones u otros aspectos del acta, como puntos conexos.

En resumen, en este artículo hemos querido concienciar a los mediadores de que la redacción de su acta final es un acto que implica una gran responsabilidad, no sólo por las consecuencias personales que pueden derivar de su redacción y de las posteriores declaraciones ante el Tribunal, sino también porque es el instrumento del que pueden

valerse los propietarios para garantizar que todos los acuerdos que se hayan obtenido en las negociaciones, se ejecuten siguiendo las directrices pactadas.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

30- CONTINUACIÓN DE LAS NEGOCIACIONES, UNA VEZ INICIADA LA EJECUCIÓN JUDICIAL

La vocación del Servicio de Mediación Hipotecaria, es la de ayudar a los propietarios en sus negociaciones con las entidades bancarias para lograr un acuerdo en virtud del cual, aquéllos puedan continuar con la propiedad o al menos con la posesión de su vivienda.

Dicha ayuda en teoría tiene una limitación temporal. A priori, en el momento en que la entidad bancaria inicia el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, los mediadores proceden a concluir el seguimiento del expediente.

Sin embargo, en la práctica el objetivo del Servicio de Mediación Hipotecaria no es el de abandonar a su suerte al propietario cuando la entidad financiera inicia la vía judicial, sino continuar explorando posibles soluciones alternativas.

En esta tesitura, hemos creído conveniente dedicar uno de nuestros artículos, al análisis esquemático de las distintas fases del procedimiento judicial de ejecución del desahucio, señalando qué vías de actuación pueden seguir los mediadores para que el lanzamiento judicial no se haga efectivo.

1. Normativa aplicable.

El procedimiento de ejecución hipotecaria está regulado en el Capítulo V, del Título IV, del Libro III, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 681 a 698).

2. Demanda ejecutiva.

La entidad bancaria agotadas sin éxito las negociaciones para llegar a un acuerdo, presentará demanda ejecutiva en el Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que radique la finca.

3. Notificación de la demanda al deudor y requerimiento de pago.

Una vez presentada la demanda, el Juez dictará auto por el que se despachará ejecución. Además de notificarle al deudor el inicio del procedimiento judicial, en caso de que la

30 artículos doctrinales sobre mediación hipotecaria en Euskadi

entidad financiera no hubiese requerido de pago al deudor con anterioridad al inicio del procedimiento judicial, se procederá a reclamarle dicha deuda.

4. Oposición a la demanda ejecutiva.

El deudor está legitimado para oponerse a la demanda de ejecución, al amparo del artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece una serie de causas tasadas, de tal modo que la oposición deberá basarse imperativamente en alguna de las siguientes razones:

- Extinción de la hipoteca.
- Extinción de la obligación garantizada.
- Error en la determinación de la cantidad exigible.

Formulada la oposición, se suspende la ejecución y el tribunal convoca a las partes a una vista, tras la cual el Juez resolverá por medio de auto, pudiendo acordar dos soluciones:

- Si se estima la oposición a la ejecución, se sobreseerá el procedimiento.
- Si se desestima la oposición a la ejecución, se fijará la deuda y se procederá a convocar la subasta.

5. Subasta

En el supuesto de que el deudor no se opusiera a la demanda ejecutiva, o si oponiéndose el juez no estimara sus alegaciones, se procederá a la subasta del bien inmueble.

Si la subasta queda desierta (falta de postores), la entidad bancaria podrá adjudicarse la vivienda por el 60% de su valor de tasación.

6. Lanzamiento judicial.

Tras la ejecución de la subasta, se modificará la titularidad del inmueble en el Registro de la Propiedad a favor del adjudicatario en la subasta, quien tendrá derecho a que le entreguen también la posesión del inmueble.

El propietario deberá abandonar su vivienda, acometiéndose el lanzamiento judicial.

7. Momentos en los que se puede llegar a un acuerdo con la entidad bancaria, una vez iniciado el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria.

Una vez que hemos descrito en breves pinceladas, el procedimiento judicial de ejecución del desahucio, nos debemos preguntar: ¿están las partes legitimadas para suspender el

procedimiento de ejecución judicial del desahucio al objeto de lograr un acuerdo en virtud del cual el propietario no pierda su vivienda?

Para responder a esta pregunta, citaremos el artículo 565.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone lo siguiente:

1. Sólo se suspenderá la ejecución en los casos en que la Ley lo ordene de modo expreso, o así lo acuerden todas las partes personadas en la ejecución.

Por tanto, las partes personadas en la ejecución (el Banco prestamista como ejecutante y el propietario prestatario como ejecutado), pueden acordar de mutuo acuerdo, la suspensión de la ejecución.

Vamos a enumerar los momentos temporales en los que dicha suspensión se podría llevar a cabo:

a) En la vista que se celebre en el Juzgado, una vez que el deudor se haya opuesto a la ejecución.

Si el mediador tiene constancia de que el deudor se ha opuesto a la ejecución, debe conocer que dicha oposición supondrá la suspensión del procedimiento de ejecución y la convocatoria de una vista al amparo del artículo 695.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De este modo, en el intervalo que transcurre desde la citación judicial hasta la celebración de la vista, los mediadores pueden seguir negociando con la entidad bancaria para buscar un entendimiento, y presentar en el Tribunal un acuerdo transaccional que ponga fin a la vía judicial.

b) Una vez convocada la subasta y antes de que se adjudique la vivienda a un postor distinto a la entidad bancaria.

La convocatoria de la subasta judicial de la vivienda del propietario no constituye indefectiblemente el fin de la vía de la negociación. Los mediadores pueden continuar buscando un acuerdo con el Banco, antes de que se celebre la subasta, o incluso una vez celebrada, si la vivienda se adjudica a la entidad bancaria.

Por ejemplo, aunque el Banco se adjudique la propiedad de la vivienda, podrá negociarse el modo por el que el prestatario continúe al menos con la posesión en alguno de los conceptos que analizamos en artículos anteriores (arrendatario, usufructuario, usuario, habitacionista, precarista, comodatario...).

No obstante, si la vivienda ha sido adjudicada a un postor distinto de la entidad bancaria, las posibilidades de llegar a un acuerdo, prácticamente se evaporarían.

Así pues, el inicio del procedimiento judicial de ejecución de desahucio no constituye el final de las esperanzas legales de que el propietario mantenga su vivienda. Mientras ésta no sea adjudicada a un postor distinto de la entidad bancaria, los mediadores deben mostrarse activos y constantes para agotar todas las opciones que legalmente existan en aras a que el prestatario no sea desahuciado.