

EL SERVICIO DE AYUDA AL SOBREENDEUDAMIENTO FAMILIAR DE EUSKADI Y LA MEDIACIÓN EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Una iniciativa de la Comunidad Autónoma Vasca en pro de la viabilidad del mercado hipotecario en tiempo de crisis

Carlos Ballugera Gómez

Registrador de la propiedad y doctor en Derecho

- 1.- Introducción: mediación de préstamos hipotecarios**
 - 2.- La regulación: un repertorio de reglas básicas**
 - 3.- La contratación masiva con condiciones generales: el contrato por adhesión**
 - 3.1.- Necesidad de distinguir entre contrato por negociación y por adhesión**
 - 3.2.- Primer motivo de distinción: formación del contenido contractual**
 - 3.3.- Segundo motivo de distinción: el afloramiento de los tratos preliminares**
 - 3.4.- Tercer motivo de distinción: desigualdad y regulación tuitiva**
 - 3.5. Cuarto motivo de distinción: nulidad parcial**
 - 4.- Los medios para restablecer el mercado: la renegociación**
 - 5.- La promoción de la posición negociadora del deudor**
 - 5.1.- La crisis como fuerza mayor: una buena posición de partida**
 - 5.2.- La cuenta de la negociación**
 - 6.- ¿Qué negociar?**
 - 7.- ¿Con quién negociar? Plazo y documentación de la negociación**
 - 8.- Los requisitos jurídicos de la re-negociación: en busca de un nuevo acuerdo**
- CONCLUSIONES**
- ABREVIACIONES**

El servicio de ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi
Carlos Ballugera Gómez

El 2 de mayo de 2012 se presentó en Vitoria por destacados miembros del [Gobierno Vasco](#) el Servicio de Ayuda al Sobreendeudamiento Familiar que servirá para frenar los desahucios de vivienda a los deudores en riesgo de exclusión.

El 26 de abril de 2012, organizado por la Viceconsejera de Justicia, D^a M^a Victoria Cinto, tuvo lugar en la Biblioteca del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco una jornada informativa sobre ese servicio dirigido a los profesionales que van a llevar el peso de la mediación hipotecaria del mismo. A continuación pongo estas notas para recordar de manera breve y práctica lo dicho en aquella sesión.

1.- Introducción: mediación de préstamos hipotecarios

La ocasión que ahora se nos presenta es importante porque la iniciativa que vamos a tratar, lejos de ser una medida de circunstancias, expresa la voluntad firme de las autoridades de Euskadi de desarrollar el Estado social y democrático de Derecho en un campo tan específico dentro del tráfico jurídico-privado, como es el de la financiación hipotecaria de la vivienda de las personas consumidoras.

No es la decisión de una sola Consejería sino de tres, Justicia, Consumo y Vivienda, no del poder ejecutivo sino también del judicial representado por su máxima autoridad y secundado por el Fiscal Jefe del País Vasco, no trata de competencias aisladas sino que es interdisciplinar.

La que ahora tratamos es una acción que se enmarca dentro de la magna tarea, propia de toda una generación, de desarrollo de los instrumentos del Estado de bienestar y de aplicación efectiva de las reglas sociales en el Derecho contractual.

La iniciativa del Gobierno Vasco tampoco es anecdótica por la importancia y dificultad del problema que enfrenta, a saber, la situación de los deudores hipotecarios en crisis económica, sus dificultades para pagar las cuotas de su vivienda habitual, su firme empeño de sostener la vigencia de unos contratos a los que las

Mediación en préstamos hipotecarios
Bilbao, 26 de abril de 2012

altas tasas de paro amenazan al cerrar la fuente principal o única de ingresos de los deudores, el salario, con el que pagar las cuotas de la hipoteca.

La compra de la vivienda es el negocio más importante de las familias a lo largo de su vida. Comprar una vivienda no sólo es un acto que mira a cubrir las necesidades residenciales de una familia sino que es también un acto de ahorro y de previsión de futuro.

En cuanto ahorro, la compra de la vivienda mira a la creación de un fondo familiar para atender necesidades o calamidades futuras y a complementar la pensión en caso de jubilación.

La aparición de figuras como la hipoteca inversa facilita esa finalidad, cumpliendo con ello las orientaciones de la UE que miran a que las familias y ciudadanos prevean fuentes complementarias de sus pensiones de jubilación.

Sin embargo, la intensa especulación inmobiliaria que se desató en España con la entrada en el euro y consecuente bajada de los tipos de interés ha dado lugar, con la complicidad de los bancos, a una subida del precio de los pisos nunca vista.

Esa subida, a la par que ha beneficiado a muchos ha obligado también a muchos otros ciudadanos a sobreendeudarse para comprar una vivienda. Ahora que se descubren las que han sido las claves del mercado, en particular la irresponsable inversión de cuatrocientos mil millones de euros en suelo con el apoyo y estímulo de los bancos, ahora que se desinflan los precios, ese sobreendeudamiento resulta más visible y más pesado. En ocasiones el deudor tiene que pagar una deuda superior a lo que vale su casa.

Por eso creemos que las entidades de crédito que tienen una responsabilidad principal en las causas o bases de la crisis, son corresponsables y deben serlo a la hora de brindar salidas a las dificultades de las personas consumidoras por el sobreendeudamiento, salidas que deben plasmarse en apoyo financiero a los deudores por medio de líneas de crédito específicas, cuya falta, sin embargo, hoy se echa mucho en falta.

El servicio de ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi
Carlos Ballugera Gómez

Esta iniciativa patrocinada por el Gobierno y Poder Judicial Vascos, contempla un aspecto financiero, sufragado por la Administración autonómica y otro propiamente contractual, como es el de la mediación, a cargo del Turno de Actuación Profesional del País Vasco.

Tiene tres partes, una primera de carácter preventivo, a cargo de los letrados de Kontsumobide, que presta su estructura no sólo para la preparación de los contratos que los consumidores puedan celebrar, como el de hipoteca, sino también para la negociación y la re-negociación de los aspectos jurídicos de la mediación.

Como veremos la mediación en la hipoteca de los deudores hipotecarios en crisis persigue un nuevo acuerdo de reestructuración y viabilidad de la deuda, en cuya formalización jurídica, prestarán ayuda, además, sin duda, de los letrados que, en su caso, tengan las partes, los del Instituto Vasco de Consumo-Kontsumobide.

En concreto Kontsumobide de cara al acuerdo novatorio de reestructuración que salga de la mediación prestará asesoramiento al deudor persona consumidora en lo siguiente:

- 1.- En la evaluación de solvencia del deudor para que puede compararse con la que le haga el banco conforme al art. 29 LES¹.
- 2.- En asesorar al deudor sobre la información necesaria para el acuerdo novatorio.
- 3.- En informar de la posibilidad del deudor de comparar entre las distintas ofertas de reestructuración que le puedan hacer las diversas entidades de crédito.

La segunda parte, se centra en la iniciativa de Justicia y su apoyo financiero para sufragar los costes de la mediación.

- La iniciativa se dirige a deudores hipotecarios de vivienda siempre que el préstamo no pase de 350.000 euros.
- La deuda puede estar o no en ejecución judicial o extrajudicial.

Mediación en préstamos hipotecarios
Bilbao, 26 de abril de 2012

- Justicia ofrece sufragar un servicio de mediación a través del Turno de Actuación Profesional del País Vasco, a cargo de economistas, censores jurados y titulares mercantiles.

- La función del mediador consiste en:

1.- El estudio del inventario del activo y pasivo del deudor, de su capacidad real de repago y el establecimiento de un plan de amortización nuevo que adapte la deuda pendiente a las posibilidades del deudor mediante un nuevo acuerdo responsabilidad de las partes (ello incluye moratorias, quitas, alargamiento del plazo y reducción de intereses tanto remuneratorios como de demora y de comisiones y otros gastos asociados al préstamo).

2.- En caso de desahucio se contempla la dación en pago y la venta por entidad especializada del art. 641 LEC, buscando al efecto el consentimiento del banco para tal fórmulaⁱⁱ.

3.- Cuando haya ejecución judicial o extrajudicial abierta se buscará el consentimiento del acreedor para que inste la suspensión del procedimiento.

Finalmente, una tercera parte de la iniciativa afronta el realojo de los deudores desahuciados de su vivienda cuando esta es de protección pública, con el apoyo financiero de la Consejería de Vivienda del Gobierno Vasco.

En concreto la Consejería de Vivienda se propone:

1.- La recompra de las viviendas de protección pública en caso de morosidad del deudor por desempleo o sobreendeudamiento, con liberación del mismo.

2.- El deudor desahuciado podrá acceder con preferencia a los programas de alquiler del Gobierno Vasco.

Ahora nos vamos a centrar en los dos primeros aspectos de la iniciativa. El fin de la mediación no es otro que el de acercar las posiciones de acreedor y deudor hipotecarios para, ante las dificultades para pagar del deudor en crisis, poder llegar a

El servicio de ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi
Carlos Ballugera Gómez

un nuevo acuerdo de reestructuración de la deuda que permita al deudor continuar con el pago de la hipoteca y con el disfrute de su vivienda, sin desatender por ello a sus restantes necesidades de subsistencia.

Se trata por tanto de evitar el desahucio del deudor y ello no por un propósito partidista pro deudor, no por un intento de violar la voluntad común de las partes, sino por el convencimiento de que el desahucio es la peor salida para la crisis del deudor.

Al deudor es evidente que el desahucio le priva del disfrute de su vivienda, pero al acreedor, como veremos, el desahucio le produce una importantísima merma de sus beneficios.

Evitar el desahucio requiere, según la iniciativa, un acuerdo novatorio de la hipoteca y medios financieros, dinero, para hacer frente a la reestructuración, sin acuerdo y sin dinero nuevos, poco se podrá hacer.

2.- La regulación: un repertorio de reglas básicas

Con fines meramente prácticos daremos ahora una pequeña lista de las normas más importantes que deben ser tenidas en cuenta en el proceso de la mediación.

En la cúspide del ordenamiento jurídico los arts. 9.2 y 51 CE. El primero ordena a todos los poderes públicos la promoción de la igualdad de las personas y sus grupos, con lo que les impone no una actitud pasiva sino activa de promoción que alcanza también a la remoción de los obstáculos a esa igualdad¹.

¹ El texto de los artículos citados en el cuerpo de estas notas, para facilitar la lectura, se pone al pie, salvo el de los de gran extensión que va en nota al final, después de las abreviaciones.

Art. 9.2 CE: Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Art. 51.1 CE: Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

Mediación en préstamos hipotecarios
Bilbao, 26 de abril de 2012

En la hipoteca, a la igualdad o semejanza de poder contractual de las partes, base de la negociación, se llega aumentando el poder de la parte más débil, la persona consumidora.

En ese importantísimo marco se encuadra la medida del Gobierno Vasco. La intervención propuesta va dirigida a ese aumento de poder del deudor para alcanzar el equilibrio en el contrato. Se trata no de una medida coyuntural, que lo es, sino también de una medida de desarrollo y de materialización del Estado social y democrático de Derecho.

El Gobierno Vasco, no sólo con Decretos sino con apoyo financiero, pone a disposición del mercado una poderosa nómina de mediadores profesionales al servicio del equilibrio del mercado de financiación hipotecaria de la vivienda.

Además, el art. 51 CE contiene el principio de protección de las personas consumidoras, principio no meramente programático sino imperativo que sujeta a todos los poderes del Estado.

Muestra de la voluntad de estos poderes de hacer efectivo ese principio es la implicación en la medida no sólo de autoridades del Poder Ejecutivo, sino también del Poder Judicial, en la persona de su máximo exponente en Euskadi y del Fiscal Jefe del Tribunal Superior.

Para mí es también un gran orgullo poder hacer esta pequeña e incompleta aportación desde la perspectiva y trabajo de las profesiones oficiales, desde la perspectiva de registradores de la propiedad y notarios.

Junto a tan importantes normas constitucionales, en punto a la financiación hipotecaria de la vivienda, debemos tener en cuenta la regulación de obligaciones y contratos del Código civil y del de comercio, la LEC en cuanto a la ejecución, la Ley Hipotecaria en orden a la ordenación de la garantía hipotecaria.

Pero junto con esas normas propias de la codificación y del tradicional contrato por negociación, hay que tener en cuenta antes, las reglas que disciplinan la hipoteca como contrato por adhesión con condiciones generales de la contratación, en particular la LCGC y el TRLGDCU.

El servicio de ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi
Carlos Ballugera Gómez

Dentro del importantísimo ordenamiento del TRLGDCU tenemos que destacar dos preceptos capitales, sus arts. 61 y 65, que recogen una regla fundamental en la mediación y re-negociación de la deuda hipotecaria, a saber, la norma que impone la prevalencia de la publicidad y del resto de antecedentes contractuales más beneficiosos para la persona consumidora, sobre el contenido contractual².

El contrato de hipoteca de la vivienda, arranca con la concesión de un crédito o préstamo a la persona consumidora, pero el prestamista es en la mayoría de los casos una entidad de crédito o un banco, pues bien en esa materia y formando una unidad indisoluble con la regulación privatística, debemos de tener en cuenta la LDIEC y en particular su art. 48ⁱⁱⁱ.

Junto a esa norma, también el importante art. 29 LES, que recogiendo la obligación de evaluar la solvencia que se establecía en la Directiva sobre contratos de crédito al consumo, la extiende a todo prestatario no sólo a la persona consumidora³.

² Art. 61 TRLGDCU: Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato

1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación.

2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad.

Art. 65 TRLGDCU: Integración del contrato

Los contratos con los consumidores se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante.

³ Art. 8 Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo (LA LEY 6793/2008): Obligación de evaluar la solvencia del consumidor

1. Los Estados miembros velarán por que, antes de que se celebre el contrato de crédito, el prestamista evalúe la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente, facilitada en su caso por el consumidor y, cuando proceda, basándose en la consulta de la base de datos pertinente. Los Estados miembros cuya legislación exija que los prestamistas evalúen la solvencia del consumidor sobre la base de una consulta de la base de datos pertinente deben poder mantener esta obligación.

2. Los Estados miembros velarán por que, si las partes acuerdan modificar el importe total del crédito tras la celebración del contrato de crédito, el prestamista actualice la información financiera de que disponga sobre el consumidor y evalúe su solvencia antes de aumentar significativamente el importe total del crédito.

Mediación en préstamos hipotecarios
Bilbao, 26 de abril de 2012

De los mandatos de esas dos normas ha surgido también la Orden de transparencia 28 octubre 2011 del Ministerio de Economía y Hacienda, que entrará en vigor pronto y que debe ser tenida en cuenta en todo proceso negociador de crédito o préstamo con personas físicas.

Hasta que se publique la nueva circular sobre transparencia del Banco de España habrá de ser tenida en cuenta la Circular 8/1990 y también, en cuanto a normativa prudencial y contable, la 4/2004 de 22 de diciembre, de gran relevancia para fijar los intereses económicos en juego de las entidades de crédito en la reestructuración de la deuda. El Banco de España ha abierto la consulta pública de su proyecto de [nueva circular](#) el 19 de abril de 2012.

Finalmente, junto a las normas dichas hasta aquí no hay que olvidar el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos que dibuja un esquema de lo que será la re-negociación o reestructuración de la deuda.

3.- La contratación masiva con condiciones generales: el contrato por adhesión

La hipoteca que financia la vivienda de las personas consumidoras no es un contrato por negociación, es un contrato por adhesión con condiciones generales de la contratación, esta es una particularidad notable que no puede dejarse de destacar.

Los contratos por adhesión no han existido siempre, aparecen en la contratación a principios del s. XX, pero cobran su dimensión masiva en Europa después de la II Guerra Mundial.

Su regulación en España no aparece propiamente hasta la Ley de contrato de seguro de 1980 y hasta la Ley General para la Defensa de Consumidor y Usuarios de 1984, por tanto, en términos legislativos es una novedad encuadrada en la reforma democrática del Estado que se inició con la constitución de 1978.

3.1.- Necesidad de distinguir entre contrato por negociación y por adhesión

La hipoteca de financiación de la vivienda es uno de los más importantes y extendidos contrato por adhesión con condiciones generales de la contratación, contrato impuesto por la empresa a sus clientes sobre la base de un formulario predispuesto.

Su aparición en el tráfico como una figura diferenciada respecto del tradicional contrato por negociación, está ligada a circunstancias muy concretas que no pueden ser pasadas por alto, tales como el desarrollo de la producción y distribución masiva, la aparición de la gran empresa y la introducción en el seno de las relaciones contractuales de una desigualdad de posiciones negociadoras entre las partes ampliamente reconocida por la doctrina.

Hemos de ver tales circunstancias, su impacto en la formación de la nueva modalidad contractual y las diferencias que provocan con la vieja disciplina codificada del contrato, por tanto, se nos hace necesario distinguir, entre contrato por negociación y por adhesión.

El contenido del contrato por negociación se halla amparado por la autonomía de la voluntad, sin embargo el contenido del contrato por adhesión no tiene tal amparo, sino que está sometido a reglas propias.

No decimos reglas especiales, porque las reglas que disciplinan el contrato por adhesión con condiciones generales de la contratación constituyen el nuevo Derecho civil y mercantil común del contrato, frente al que los códigos, en cuanto disciplinan el contrato por negociación, son una ley especial más⁴.

⁴ El problema toma carta de naturaleza en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "Reflexiones críticas sobre la protección de los consumidores en el Derecho español", en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1987, pg. 19. También en ese sentido REYES LÓPEZ, M. J., "A propósito de la inclusión de cláusulas dejadas al arbitrio de una sola de las partes contratantes en las condiciones generales de la contratación. Licitud de una cláusula impuesta por un Banco en un contrato de apertura de cuenta corriente, que le facultaba para declarar el vencimiento anticipado del crédito en el momento de apreciarse que las circunstancias económicas habían variado en detrimento de la solvencia del contratante (Comentario a la sentencia de 17 de octubre de 1990 de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia)", en *Revista General de Derecho*, núm. 562-563, (1991), pgs. 5812-5813 y 5815-5816.

Mediación en préstamos hipotecarios
Bilbao, 26 de abril de 2012

3.2.- Primer motivo de distinción: formación del contenido contractual

En nuestra exposición hablamos de contrato *por* adhesión en lugar de contrato *de* adhesión, apartándonos de la, sin embargo feliz expresión de la doctrina francesa; para, con el cambio de la preposición, resaltar más la diferencia fundamental entre contrato *por* negociación y *por* adhesión⁵.

Según tan relevante diferencia, el contrato por negociación es aquel modo contractual en el que las partes determinan, tras las discusiones preliminares, su contenido; mientras que el contrato por adhesión es aquel otro modo en el que la persona consumidora o adherente no puede influir en su contenido sino que se limita a adherirse al predispuesto por su contraparte⁶.

A la par que esto sucede los tratos preliminares y las acciones y declaraciones de las partes previas a la suscripción del contrato, que en el contrato por negociación se desarrollaban entre bastidores salen a la luz en la publicidad, las comunicaciones comerciales, los formularios vacíos que circulan de mano en mano, las páginas web y recientísimamente en declaraciones como las del Código de Buenas Prácticas.

3.3.- Segundo motivo de distinción: el afloramiento de los tratos preliminares

Unos de los rasgos más sobresalientes del contrato por adhesión es el que a diferencia del por negociación en que los tratos preliminares se desarrollaban fuera de la vista del público, entre bambalinas, los tratos preliminares del contrato por ad-

La concepción defensora de la inversión de los principios es ya manifiesta en LANDO, O. y H. BEALE (editors), "Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and Revised", Prepared by The Commission of European Contract Law, Chairman: Professor Ole Lando, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pg. 261.

⁵ SALEILLES, R., "*De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil allemand*", Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, Traducción de M^a Ángeles González. París, 1929, nouveau tirage, pág. 230.

⁶ Vid. VÁZQUEZ DE CASTRO, E., "Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual", tirant lo blanc, Valencia, 2002, pg. 42; y MATEU DE ROS CEREZO, R., "¿Hay consentimiento en los contratos en masa?", en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 41, (2004), pg. 151.

El servicio de ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi
Carlos Ballugera Gómez

hesión, lejos de desaparecer como sostienen algunos erróneamente, se desarrollan a la vista de todos, por medio de la publicidad y los formularios existentes en los archivos de los predisponentes, publicados en su web o en el RCGC.

Es verdad que las empresas no tienen mucho interés en dar a conocer al público sus formularios completos, pero muchos aspectos de la contratación futura que proponen se recogen en su publicidad o en sus webs, como son los tipo de interés, la TAE, los plazos del préstamo, los colectivos a los que se ofrece, etc.

Junto a esas expresiones tenemos también que el legislador obliga cada vez con más frecuencia a las empresas a comunicar el contenido contractual antes de la celebración del contrato al público en general o, al menos a sus clientes, es el caso de las fichas de información precontractual y personalizada de la LCCC, las ofertas vinculantes y ahora, finalmente, el Código de Buenas Prácticas al que se han adherido casi todos los bancos que operan en España⁷.

Tenemos con ello, que junto al contrato y a su contenido, impreso en la escritura pública de constitución de hipoteca, todo un conjunto de antecedentes o declaraciones precontractuales que proyectan su influjo normativo sobre el contrato, primero, porque las declaraciones sujetan si no obligan, al que las hace como actos propios y segundo, porque por virtud de la regla de la prevalencia de la “predisposición especial comunicada” de los arts. 61 y 65 TRLGDCU y 1 LCGC, el contenido de los antecedentes e informaciones precontractuales más beneficiosos ambos para la persona consumidora prevalecen sobre el contenido contractual, aunque ese contenido se halle plasmado en una escritura pública autorizada por un notario⁸.

⁷ Vid. BOE 12 abril 2012 donde se contiene la Resolución de 10 de abril de 2012, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publican las entidades que han comunicado su adhesión voluntaria al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.

⁸ Art. 1.1 LCGC: Ámbito objetivo

1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

Mediación en préstamos hipotecarios
Bilbao, 26 de abril de 2012

Pero la distinción entre contrato por negociación y por adhesión tiene sentido, además, por varios motivos.

3.4.- Tercer motivo de distinción: desigualdad y regulación tuitiva

Otra diferencia que separa las dos modalidades de contratación indicadas estriba en que las condiciones de la autonomía de la voluntad y del mercado en el contrato por negociación y en el por adhesión son también distintas.

El contrato por negociación se desarrolla entre partes que gozan de semejante poder contractual, donde tiene su asiento el llamado dogma de la voluntad, que se remonta según unos a FOUILLÉ y según otros a KANT⁹.

Por el contrario, el contrato por adhesión aparece entre partes desiguales, donde la diferencia de poder contractual o de mercado de las mismas oscurece la autonomía del más débil, hasta el punto de que el mercado desaparece para las condiciones generales de la contratación¹⁰.

En el primer caso hay mercado para la determinación por las partes del contenido contractual, en el segundo no. Para que reaparezca el mercado para las condiciones generales de la contratación es necesario restablecer la semejanza de poder contractual de las partes, mediante el aumento del poder de la parte más débil.

Eso no es posible sin una regulación tuitiva o protectora a favor de ésta. Apuntaremos incidentalmente que mercado y protección de la igualdad de las partes son dos caras de la misma moneda. No hay mercado sin regulación¹¹.

⁹ CASTRO Y BRAVO, F. DE, "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor", ADC, 1982, pg. 1038; y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *ibídem*, pg. 35. Un antecedente remoto en Platón, "El banquete", (196b13).

¹⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Las condiciones generales de la contratación", Civitas, Madrid, 1991, pgs. 70 y 75; y "El Proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado", Revista de Derecho Bursátil y Bancario, (1997), pg. 865.

¹¹ GELPÍ, R. M. y F. JULIEN-LABRUYÈRE, "Historia del crédito al consumo. Doctrinas y prácticas", Ediciones Península, Barcelona, 1998, traducción de Ana Isabel Tornel Arroyo, pg. 184.

El servicio de ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi
Carlos Ballugera Gómez

La protección de la igualdad de las partes en el contrato por negociación requirió la abolición de las trabas gremiales y los privilegios nobiliarios y eclesiásticos. En el contrato por adhesión se necesita una especial regulación protectora del más débil que pasa por la democratización de la economía y por la sujeción de los monopolios capitalistas que dominan el sector financiero al poder público.

La regulación no puede ser eficaz sin un aparato coercitivo adecuado que a día de hoy el legislador y reglamentador estatal no ha querido desarrollar por razón del alto poder político de las entidades de crédito y sus lobbies.

La iniciativa presente del Gobierno y del Poder Judicial vascos, expresa precisamente el compromiso de los poderes públicos en Euskadi con las personas consumidoras y su intervención en el mercado, no para eliminarlo, sino para que aparezca y funcione allí donde el aumento de poder de las grandes empresas financieras lo había eliminado.

Volviendo a la regulación del contrato por adhesión, en primer lugar y con carácter general, para que haya una semejanza de armas y de poder contractual de las partes en el mercado, es necesaria la introducción de la norma de equilibrio, en la que distinguimos un aspecto formal y otro material, cuya aplicación da lugar a los conocidos controles de incorporación y del contenido¹².

Según la norma de equilibrio, las condiciones generales han de ser transparentes y equilibradas, mientras que las cláusulas abusivas están prohibidas. En el Derecho español estos postulados se hallan recogidos en los arts. 5, 7 y 8 LCGC y 80 y 82 TRLGDCU. Estas normas no son absolutamente imperativas sino semiimperativas, es decir, sólo pueden ser invocadas por y en beneficio del contratante más débil^{iv}.

Además hay reglas especiales de interpretación, un concepto legal de las condiciones generales de la contratación y con la visibilidad de los tratos preliminares y antecedentes contractuales de todo tipo el legislador impone obligaciones legales de información precontractual.

¹² Sobre estas cuestiones puede verse mi “El contrato-no-contrato”, SER, Madrid, 2006, 479 pgs.

Mediación en préstamos hipotecarios
Bilbao, 26 de abril de 2012

El predisponente en el contrato por adhesión arranca al adherente su libertad de determinar el contenido contractual y con ella la libertad de autodeterminarse en su vida de relación económica y patrimonial: los fines del adherente en el contrato por adhesión se los pone el predisponente.

Sin embargo, el Estado social y democrático no puede sancionar una nueva forma de servidumbre e interviene para restaurar los postulados del mercado y devolver a la persona adherente su papel de rey del mismo.

La reacción del Estado social se produce entonces interviniendo en los tratos preliminares, imponiendo al predisponente y sólo al predisponente, obligaciones o requisitos de información previa al contrato.

No participamos de la creencia de que la persona consumidora sea tonta, que es lo que vienen a decir algunos que sostienen que o tiene pocas posibilidades de conocer o tiene demasiada información. La desigualdad informativa es algo relativo y se debe al aumento de poder de los monopolios y grandes empresas capitalistas, no a la pérdida de capacidad intelectual de la persona adherente.

Antes de invitar a los consumidores a ejercitarse en la lectura rápida y en el nervioso leer entre líneas, queremos recordar el sabio consejo de Manuel Pardo a las personas consumidoras que contratan un bien o servicio de consumo: que guarden los folletos, los formularios y la publicidad junto con su ejemplar del contrato. Por si acaso nos decía él.

Añadimos nosotros, que guarden esos antecedentes, por eso y por la regla de Derecho positivo semiimperativo que dispone la prevalencia de la predisposición especial meramente comunicada sobre la cláusula contractual incorporada menos beneficiosa.

Las reglas propias que han surgido en ese intento político de protección de los contratantes más débiles, son reglas sociales y su introducción transforma el panorama de la negociación en el seno del contrato por adhesión.

El servicio de ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi
Carlos Ballugera Gómez

Una nota característica del contrato tradicional de los códigos, la negociación, había quedado a la disposición exclusiva del predisponente, que le quitó a su contraparte la posibilidad de influir en el contenido contractual.

Sin embargo, las nuevas reglas del Derecho contractual social hacen posible, donde antes no lo era, la negociación en el contrato por adhesión mismo y lo hacen sobre la base de reglas también sociales que he tenido ocasión de exponer en varias ocasiones.

Como son importantes las recordaré brevemente: Primera.- La negociación dentro del contrato por adhesión debe probarse. Segunda.- La carga de la prueba de la negociación corresponde al predisponente¹³. Tercera.- El predisponente ha de informar al consumidor del contenido de la cláusula meramente predispuesta y del de la condición particular que la sustituye¹⁴. Cuarta.- La mera predisposición (publicidad, formulario comunicado de condiciones generales, etc.) es concesión mínima al público que no puede ser rebajada por el predisponente en la negociación. Quinta.- La mera “predisposición especial comunicada” prevalece sobre las condiciones particulares incorporadas al contrato menos beneficiosas¹⁵.

La legislación protectora de la persona consumidora en el contrato por adhesión con condiciones generales de la contratación es una intervención peculiar que se debe adaptar a las características del hecho que regula, aquí la hipoteca.

¹³ FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, A., “Documento notarial y condiciones generales de la contratación”, en *Anales Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXXIV, (1995), pg. 216; y SANTOS MORÓN, M. J., “Lección 6ª. Información precontractual, forma y prueba del contrato”, en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores* coordinado por G. Botana García y M. Ruiz Muñoz, Madrid, 1999, pg. 143. Vemos la misma regla en el art. 1261.1.II de la “Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos” elaborado por la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación y publicado en el suplemento de enero de 2009 del BIMJ.

¹⁴ BALLESTEROS GARRIDO, J. A., “Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad”, José María Bosch Editor, Barcelona, 1999, pg. 229; PAGADOR LÓPEZ, J., “Lección 7ª. Las condiciones generales de la contratación: introducción y régimen jurídico de los contratos celebrados mediante ellas”, en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores* coordinado por G. Botana García y M. Ruiz Muñoz, Madrid, 1999, pg. 174; y FERRANDO VILLALBA, M. L., “Las comisiones bancarias. Naturaleza, requisitos y condiciones de aplicación. Doctrina, jurisprudencia y formularios”, Comares, Granada, 2002, pg. 20.

¹⁵ Vid. para estas reglas los capítulos. I y II de mi “El contrato-no-contrato”.

Mediación en préstamos hipotecarios
Bilbao, 26 de abril de 2012

Esa peculiaridad se muestra en que el legislador con su regulación imperativa o semiimperativa no pretende imponer su voluntad a las partes y conformar el contenido del contrato, sino que lo que pretende es crear las condiciones de mercado que permitan a las partes llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas.

El modo de intervención consiste en aumentar el poder negociador o de mercado de la persona consumidora para enfrentarlo exitosamente al poder de la gran empresa de crédito.

La iniciativa del Gobierno Vasco apunta en esa dirección al proporcionar el servicio de mediación, que como veremos tiene que ser neutral pero también asegurarse de que el banco ha cumplido todas sus obligaciones precontractuales de información y de que el contenido del contrato es equilibrado.

3.5.- Cuarto motivo de distinción: nulidad parcial

La distinción entre contrato por negociación y por adhesión es importante, también, por la diferencia que existe entre una y otra modalidad contractual frente a la violación de la norma imperativa o prohibitiva.

Simplificando una larga evolución en la no podemos entrar ahora, la consecuencia de la contravención de la norma imperativa en el contrato por negociación es la nulidad total del contrato, mientras que en el contrato por adhesión, la consecuencia de esa violación es la nulidad parcial del contrato y nulidad total de la cláusula contraventora de la norma imperativa o prohibitiva, con conservación e integración del resto del contrato en beneficio exclusivo de la parte más débil¹⁶.

Desde un punto de vista jurídico, dado que la prohibición de cláusulas abusivas es semiimperativa, la nulidad parcial sólo puede ser invocada por el contratante más débil y en su beneficio. Desde un punto de vista económico, la solución es coincidente. La regla de la protección del contratante más débil tiene como fun-

¹⁶ Sobre la nulidad parcial puede verse RUIZ MUÑOZ, M., “La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores”, Lex Nova, Valladolid, 1993, 325 pgs.

El servicio de ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi
Carlos Ballugera Gómez

damento la conservación del contrato, que es el medio del que se sirve el consumidor para acceder a los productos y servicios que conforman su bienestar¹⁷.

La nulidad total del contrato no es protectora porque priva al consumidor del bien o servicio necesitado, en este caso el crédito con el que financia el precio de su piso. Si la protección pusiera en riesgo la existencia del contrato estaríamos poniendo en riesgo el medio por el que los consumidores alcanzan su bienestar, lo cual es justamente lo contrario de lo que se pretende¹⁸.

Los enfoques jurídicos y económicos se combinan en el sesgo que la regulación ha tomado en los Tratados constitutivos de la Unión Europea, donde la intervención normativa a favor de los consumidores busca un alto nivel de protección, entendido como un alto nivel de bienestar¹⁹.

El reconocimiento de la nulidad parcial como técnica de protección se realiza con carácter general y con total claridad en el Derecho español por el art. 8 LCGC, sin perjuicio de sus antecedentes en la evolución doctrinal de la teoría de la conservación del contrato al interpretar los arts. 6.3 CC, 2 LCS y 10 de la antigua LGDCU^v.

¹⁷ PASQUAU LIAÑO, M., “Artículos 9 y 10. Régimen aplicable y Efectos”, en “Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación”, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coordinador), Aranzadi, 2000, pg. 280.

¹⁸ MIQUEL, J. M., “DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA. Modificación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, A. Menéndez Menéndez y L. Díez-Picazo y Ponce de León (Directores), Civitas, Madrid, 2002, pg. 905

¹⁹ Artículo 169 de la Versión consolidada del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 153 TCE).

Mediación en préstamos hipotecarios
Bilbao, 26 de abril de 2012

4.- Los medios para restablecer el mercado: la renegociación

Pese a la existencia de normas de protección de las personas consumidoras que contratan una hipoteca puede ocurrir y ocurre con frecuencia que la entidad de crédito no haya observado todas sus obligaciones de información previa en el contrato, que las haya observado mal, anunciando una cosa y poniendo otra en el contrato o que haya incluido cláusulas abusivas o un contenido poco equilibrado en la escritura.

Las cláusulas abusivas o el desequilibrio en un contrato firmado sólo pueden corregirse de dos formas o en un pleito o por medio de la re-negociación entre las partes que corrija los defectos. En cuanto a la reestructuración de la deuda en caso de crisis económica del deudor, sin embargo, sólo cabe la negociación.

El recurso a un pleito es una posibilidad prohibitiva para la persona consumidora, para quien las garantías legales a favor de su contraparte se convierten en un muro infranqueable.

Sorprendentemente las garantías procesales del Estado de Derecho, son para la parte fuerte del contrato de hipoteca el repertorio que garantiza su poder de introducir un contenido abusivo en el contrato.

Además, el consumidor, como se comprenderá fácilmente, no se siente muy inclinado a demandar al banco que le ha financiado la casa y así poner en riesgo nada menos que su residencia habitual.

Por lo tanto, a la persona consumidora, ya sea para eliminar del contrato y de su ejecución el contenido desequilibrado como para reestructurar la deuda sólo le queda la negociación, la negociación que ahora, con la iniciativa que estudiamos, ha de ser impulsada, coordinada y facilitada por el mediador profesional.

La posibilidad de la re-negociación de su hipoteca para la persona consumidora está en razón inversa con la intensidad y fuerza de la legislación protectora. Cuanto más protectora sea la legislación de consumo más fácil le será al consumidor llegar a un acuerdo con el banco y viceversa.

El servicio de ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi
Carlos Ballugera Gómez

Pero además, es necesario un aparato de apoyo de la persona consumidora. Este extremo es particularmente necesario que sea resaltado ahora. Las leyes han de aplicarse, han de ser efectivas y para ello se necesita de un aparato coercitivo eficaz que se adapte a las particulares del tráfico que regula.

Ese tráfico en materia de financiación hipotecaria de la vivienda es especialmente complejo porque el contrato de hipoteca adopta la forma de contrato por adhesión con condiciones generales de la contratación y se desarrolla según un procedimiento profusamente documentado en el que se recogen como antecedentes los tratos preliminares.

Esa complejidad del proceso contractual y del contenido del contrato reclama también un aparato coercitivo complejo. Junto a los tribunales cuyo recurso hemos descartado al inclinarlos por la negociación en el interés del consumidor, encontramos a las distintas administraciones, centrales y autonómicas, a las asociaciones de defensa de los consumidores, etc.

Aquí, en la iniciativa vasca de mediación, la confluencia de esfuerzos del Estado social se pone de relieve en el concurso del Gobierno Vasco, la Presidencia del Tribunal Superior, la Jefatura de la Fiscalía de Euskadi, de un lado y del Turno de Actuación Profesional por otro. Nos encontramos ante un ensayo pionero de desarrollo y puesta en marcha del Derecho contractual social como un derecho vivo y no sólo programático.

Sin embargo, al atender a la singularidad de la mediación en Derecho contractual patrimonial vemos, por un lado, que el mediador debe adoptar una posición neutral entre las partes, buscando o animándolas a que lleguen a un acuerdo que resuelva sus diferencias. Pero por otra parte, desde lo más hondo del Estado social se reclama a los mediadores que actúen en beneficio de la persona consumidora.

¿Cómo puede conciliarse la neutralidad del mediador con la necesidad de que actúe en favor de la persona consumidora?

Ya hemos dicho que la peculiaridad de la legislación protectora e intervencionista en el Derecho contractual social está no en imponer una concreta voluntad a las

Mediación en préstamos hipotecarios
Bilbao, 26 de abril de 2012

partes sino en crear las condiciones de mercado y de semejanza de poder contractual entre ellas para que puedan llegar a acuerdos satisfactorios para ambas.

Entre esas condiciones de mercado equilibrado se encuentra toda la legislación protectora y semiimperativa y las obligaciones legales de información previa al contrato que pesan sobre el banco.

El consumidor no tiene por qué conocer esa regulación, pero el mediador como profesional sí. Y teniendo ese deber, debe asesorar e informar a la persona consumidora en el caso concreto, sobre si el banco ha cumplido sus obligaciones en esa materia.

Ello le obliga a comprobar si la entidad de crédito ha cumplido con sus obligaciones precontractuales de información, si hay divergencias entre los antecedentes y el contenido contractual, si el contrato tiene cláusulas abusivas, si el banco actúa conforme a sus prácticas de concesión responsable de crédito, etc.

Se dirá ¿cómo puede comprobar el mediador tantos y tan particulares extremos? ¿Qué poder tiene el mediador para decirle al banco que quite del contrato las cláusulas abusivas, que no haga prácticas abusivas, que aplique a su deudor la regla más beneficiosa de entre las que constan en los antecedentes, de una parte, y del contenido del contrato, de otra?

Es cierto que el mediador no tiene poder coercitivo alguno frente al banco, pero tiene un gran poder de persuasión dada su posición profesional y neutral y su apoyo en la Administración y en la normativa protectora de las personas consumidoras. Esa normativa esta vigente y su sola invocación produce efectos muy serios.

Por eso es necesario y forma parte de sus obligaciones, que informe al banco de que ha detectado que la entidad de crédito no ha cumplido con sus obligaciones precontractuales de transparencia, que usa cláusulas abusivas, etc.

Las reglas que imponen esas obligaciones son semiimperativas y las disposiciones contractuales que las contradicen son nulas de pleno derecho y no tienen ninguna fuerza de obligar al deudor. Además, la información al deudor es necesaria

El servicio de ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi
Carlos Ballugera Gómez

para disipar la ilusión natural en la que puede con seguridad encontrarse ese deudor de sentirse obligado por lo que ha firmado.

Es peculiar de la regla semiimperativa de protección contractual que lo dispuesto en contravención de la misma en el contrato sea nulo y no tenga fuerza de obligar para el consumidor, esa nulidad es de pleno derecho y no necesita de una declaración judicial para tener efecto.

El consumidor no está obligado por las cláusulas abusivas aunque las haya firmado y consten en la escritura pública autorizada por el notario. Ninguna autoridad o funcionario público puede dar cobertura y apoyo a una pretensión basada en una de esas disposiciones contractuales abusivas.

Repetimos, esa información es necesaria. Con la introducción por el legislador a partir de 2006, en la ley de mejora de protección de los consumidores, de obligaciones legales de información previa al contrato, se ha producido un gran efecto en la disciplina legal del contrato de préstamo.

El préstamo, tradicionalmente considerado como el prototipo de contrato unilateral, en el que sólo el deudor tiene obligaciones, sin embargo, 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 un contrato unilateral para convertirse en bilateral.

Y como contrato bilateral se encuentra sujeto al último párrafo del art. 1100 CC que impide que una parte de la obligación recíproca pueda ser puesta en mora por la otra, si ésta no ha cumplido u ofrecido cumplir sus propias obligaciones²⁰.

Si el acreedor no ha cumplido con sus obligaciones legales de información previa al contrato no podrá poner en mora al deudor, no podrá por tanto, declarar el vencimiento anticipado de la deuda, no podrá iniciar la ejecución ni podrá desalojar a la persona consumidora de su casa dada en garantía.

²⁰ Último párrafo art. 1100 CC: 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.

Mediación en préstamos hipotecarios
Bilbao, 26 de abril de 2012

Tampoco podrá poner en mora al deudor si no ha retirado del contrato las cláusulas abusivas declaradas nulas en sentencia firme inscrita en el RCGC. Pensamos aquí en la STS 16 diciembre 2009.

La información precontractual al estar amparada en normas vigentes de protección de la parte más débil del contrato por adhesión, es una obligación del banco y su incumplimiento produce efectos inmediatos que protegen al deudor, por eso, el mediador debe, a su vez, informar a las partes sobre tales extremos.

5.- La promoción de la posición negociadora del deudor

El mediador debe partir en su actuación de una situación de equilibrio entre la fuerza negociadora de las partes. Pero como el consumidor ocupa la parte más débil y de menor poder contractual de la relación, debe promover la posición negociadora de la persona consumidora a fin de colocarla en esa posición equilibrada que busca la regulación protectora.

5.1.- La crisis como fuerza mayor: una buena posición de partida

En la promoción de la posición negociadora del deudor persona consumidora juega un gran papel tener en cuenta que el deudor que no paga las cuotas no las paga por causa de la crisis, es decir, por carecer de recursos al haber caído en desempleo y agotado la prestación o las ayudas. Es decir que el deudor es un deudor involuntario o por fuerza mayor, un deudor de buena fe.

El deudor, en Derecho español, contrae responsabilidad en tanto en cuanto medie dolo o negligencia, y conforme al art. 1105 CC, fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así lo declare la obligación, nadie responderá

El servicio de ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi
Carlos Ballugera Gómez

de aquellos sucesos que no hubieren podido preverse o que previstos, fueran inevitables²¹.

El caso fortuito o la fuerza es aquel hecho, suceso o impedimento ajeno a la esfera de control del deudor que resulta imprevisible o que previsto es inevitable y que guarda con el incumplimiento una relación de causalidad.

Aquí hay que destacar la argumentación del Real Decreto-ley 6/2012, que en su motivación indica que la crisis económica ha llevado al paro a muchos deudores, que sin empleo no pueden pagar la cuota de la hipoteca de su vivienda.

Nos llama la atención que al delimitar su ámbito de aplicación el real decreto-ley apunta no a los incumplimientos voluntarios de los deudores hipotecarios, sino a aquellos otros que se producen al margen de su voluntad, por causa de la crisis económica.

Por ejemplo, en el real decreto-ley se da por supuesto que la situación de paro del deudor le impide pagar las cuotas de su hipoteca, 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.

Lo relevante del real decreto-ley es que establece una relación de causalidad entre el incumplimiento y el desempleo causado por la crisis económica. La doctrina asume con naturalidad esta relación de causalidad expuesta por el decreto. Por ejemplo. GARCÍA DE PABLO dice que “La profunda crisis económica que sufre España ha provocado que muchas familias, como consecuencia de la situación de desempleo prolongada en el tiempo, no hayan podido cumplir con sus obligaciones derivadas de los préstamos hipotecarios concertados con las entidades financieras para la adquisición de su vivienda²²”.

²¹ Art. 1105 CC: 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.

²² GARCÍA DE PABLO, J.-F., “La protección de los Deudores Hipotecarios sin recursos”, *Diario La Ley*, núm. 7.819, 15 marzo 2012.

Mediación en préstamos hipotecarios
Bilbao, 26 de abril de 2012

Es patente en ese comentario, que no pretende sino describir el real decreto-ley, la relación de causalidad entre la crisis y su correlato de desempleo prolongado, por una parte, y el incumplimiento del deudor hipotecario, por otra. En efecto, el deudor sólo tiene para pagar sus cuotas su salario y eso ya lo sabía la entidad de crédito al conceder el préstamo.

Entonces ante el incumplimiento involuntario del deudor, éste si bien no queda exonerado por completo de la deuda, verá que la ley impone la suspensión del devengo de amortizaciones e intereses y no podrá ser puesto en mora.

El mediador aquí debe cuidar de que el deudor en crisis por razón de desempleo inimputable al mismo notifique en el momento oportuno esa situación, de modo fehaciente, al acreedor, a fin de que éste no pueda poner en mora al deudor.

Si el deudor no hace la notificación con carácter previo puede comunicar al acreedor su situación de crisis determinante de un incumplimiento no culpable en el momento de que el acreedor le haga algún requerimiento de pago, contestando al mismo y comunicando su situación de incumplimiento involuntario por fuerza mayor.

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

Esta cuestión suscita nuevos problemas, como es el de la pertenencia de la vivienda dada en garantía, que ahora no se abordan, porque la mediación, no pretende que el deudor se libere de la deuda sin pagar y se quede con la vivienda, sino alcanzar una reestructuración de la deuda que haga viable la relación contractual y permita que se consume y extinga por el pago.

Sin embargo, el reconocimiento de la fuerza mayor como causa de exoneración de la obligación de pago de cuotas por el deudor hipotecario nos da como consecuencia jurídica de esa causa de exoneración o suspensión las siguientes ventajas en la posición inicial del deudor de cara a la re-negociación por la mediación:

El servicio de ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi
Carlos Ballugera Gómez

1.- Carencia indefinida, mientras subsista la fuerza mayor, en el pago de la cuota de amortización.

2.- Suspensión del devengo de intereses remuneratorios y de demora.

3.- Permanencia del deudor en el disfrute de la vivienda.

En esas condiciones el juez no podrá despachar la ejecución de la deuda y si la hubiere despachado, la situación de fuerza mayor se le puede poner de manifiesto en cualquier estado del procedimiento, conforme al art. 562 LEC, a fin de que suspenda la ejecución en tanto subsista el impedimento fortuito²³.

Con eso se pone al deudor en una situación óptima de cara a la negociación de la reestructuración de la deuda, que podrá contemplar quitas parciales, ampliaciones de plazo, reducciones de tipo de interés remuneratorio y de demora y la dación en pago.

5.2.- La cuenta de la negociación

Aparte de que exista una potente y eficaz regulación protectora de la persona consumidora, aparte de que existan órganos públicos que aseguren su aplicación, para que la re-negociación y reestructuración de la deuda de la persona consumidora en crisis pueda tener éxito, son necesarios recursos adicionales, un nuevo préstamo o modificación del existente. En definitiva hacen falta recursos financieros, dinero contante y sonante, ¿de dónde saldrá ese dinero?

²³ Art. 562 LEC: Impugnación de infracciones legales en el curso de la ejecución

1. Con independencia de la oposición a la ejecución por el ejecutado según lo dispuesto en los artículos anteriores, todas las personas a que se refiere el artículo 538 podrán denunciar la infracción de normas que regulen los actos concretos del proceso de ejecución:

1º Por medio del recurso de reposición establecido en la presente Ley si la infracción constara o se cometiera en resolución del Tribunal de la ejecución o del Secretario judicial.

2º Por medio del recurso de apelación en los casos en que expresamente se prevea en esta Ley.

3º Mediante escrito dirigido al Tribunal si no existiera resolución expresa frente a la que recurrir. En el escrito se expresará con claridad la resolución o actuación que se pretende para remediar la infracción alegada.

2. Si se alegase que la infracción entraña nulidad de actuaciones o el Tribunal lo estimase así, se estará a lo dispuesto en los artículos 225 y siguientes. Cuando dicha nulidad hubiera sido alegada ante el Secretario judicial o éste entendiere que hay causa para declararla, dará cuenta al Tribunal que autorizó la ejecución para que resuelva sobre ello.

Mediación en préstamos hipotecarios
Bilbao, 26 de abril de 2012

Dicho brevemente, o el banco busca fórmulas para que el dinero que saca de sus beneficios en lugar de a provisiones vaya a un nuevo préstamo, o se disponen expresamente líneas de crédito de ayuda privada o de ayuda pública o bien se recurre a la condonación o quita total o parcial de la deuda. No se nos ocurren otras fuentes. Vamos a verlas con algo más detenimiento.

Creemos que una de las fuentes de dinero para refinanciar la deuda y conceder un nuevo préstamo con ese objeto está en el propio interés del banco. El banco tiene los recursos y además el interés en que su dinero no salga de los beneficios para congelarse en forma de provisiones, sino que es preferible que fluya y vaya a la concesión responsable de crédito nuevo, que es su actividad profesional.

En caso de incumplimiento del deudor la aplicación estricta de la ley sobre una base de derecho coercitivo aplicado por los tribunales supone un importante quebranto para el banco, como vamos a ver con un ejemplo.

La conclusión es clara, si el banco pierde grandes sumas con la aplicación de la ley en caso de incumplimiento de su deudor, seguro que preferirá destinar esas sumas, que tiene que restar de sus beneficios, antes que a provisiones, a conceder un nuevo préstamo al deudor, productor de nuevos beneficios, siempre que ese deudor tenga solvencia o capacidad económica de reintegro.

La fórmula que exige solvencia al deudor, no tiene por qué poner en su bolsillo dinero adicional, sino simplemente dejarle un tiempo, de dos a cinco años, la llamada carencia, para que se recupere de la crisis y pueda volver a sacar la renta suficiente para que a la par que satisface sus necesidades básicas, pueda pagar la hipoteca.

Un ejemplo nos ayudará a ver más claramente lo que queremos decir. Supongamos que un deudor tiene un préstamo para la compra de su vivienda de 262.000 euros a 20 años con una cuota de 2.000 al mes.

La cuota es elevada, pero el cálculo que aquí se hace es aproximado y no tiene más objeto que dejar ver que el banco sufre un quebranto cuantificable en dinero

El servicio de ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi
Carlos Ballugera Gómez

que en lugar de quitarlo de sus beneficios para pasarlo a provisiones puede dedicarlo a inversión viable y rentable.

Suponemos que la vivienda dada en hipoteca está tasada por entidad especializada en 300.000 euros y que el deudor lleva sin pagar la cuota de su hipoteca doce meses, con lo que debe 24.000 euros por cuotas de principal e intereses y 6.000 por intereses de demora, también aproximados.

Ante esa situación el banco prevé ejecutar y como hay crisis del ladrillo se supone que nadie va a acudir a la subasta judicial y que el banco terminará adjudicándose la vivienda, conforme al art. 671 LEC, por el sesenta por cien de la tasación, a saber por 180.000 euros²⁴.

Si a la deuda total de aproximadamente 280.000 euros le restamos el valor de adjudicación tras subasta desierta, al deudor le queda todavía una deuda de 100.000 euros más 10.000 de costas aproximadas.

Esa deuda, en el momento de la adjudicación, debe ser provisionada al cien por cien por el banco conforme al anejo noveno de la circular Banco de España 4/2044, de 22 de diciembre.

Pero además, la vivienda que se ha adjudicado debe depreciarse un diez por ciento por los gastos de venta futuros que deberá soportar el banco y un veinte por ciento más, cuando pase un año de tenencia sin haberla vendido.

Por lo que en el plazo de un año siguiente a la adjudicación de la vivienda y desahucio del deudor, el banco tendrá que afrontar un quebranto por provisiones de otros 164.000 euros.

El banco estará interesado antes que dedicar a provisiones esa suma, restándola de sus beneficios, invertirla en un nuevo préstamo al mismo deudor, por esa cantidad o por una cantidad menor, que permita previsible y razonablemente al mis-

²⁴ Art. 671 LEC: Subasta sin ningún postor

Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al sesenta por ciento de su valor de tasación. Cuando el acreedor, en el plazo de veinte días, no hiciere uso de esa facultad, el Secretario judicial procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado.

Mediación en préstamos hipotecarios
Bilbao, 26 de abril de 2012

mo una carencia en los pagos que le abra la puerta a su recuperación económica y a la posibilidad de generar nuevas rentas o salarios con los que pagar las cuotas pendientes del préstamo.

En el caso que estudiamos vemos que el deudor podrá devolver con ese nuevo dinero los 30.000 euros en mora y además podrá todavía pagar 67 nuevas cuotas, lo que le pone en una carencia de cinco años para recuperarse de la crisis.

Esta propuesta condescendencia del banco con el deudor es paralela a la que los bancos negocian con las autoridades económicas. En efecto, en el Ministerio de Economía se baraja la posibilidad de dar a los bancos hasta diez años para sanear el ladrillo²⁵.

Obviamente, una fórmula de ese tipo genera más intereses remuneratorios a favor del banco y obliga a conceder al deudor una ampliación del plazo del préstamo. En todo caso vemos como el interés del mismo banco está en reducir sus provisiones y conceder nuevo crédito que permita levantar cabeza al deudor.

Fuera de ese caso, el dinero también puede salir de una línea de crédito para casos de crisis, línea habilitada por el mismo banco o bien por una línea de crédito nueva, basada en recursos públicos, como fue el caso de la fracasada moratoria a los trabajadores en paro de 2008, para la que el gobierno de la época habilitó fondos por 6.000 millones de euros, aunque sólo se consumieran uno pocos más de cien millones.

Finalmente, el banco también puede esperar sin ejecutar ni pedir amortizaciones por capital e intereses perdiendo 2.000 euros al mes en lugar de 164.000 de un golpe o conceder una quita o incluso una condonación total.

Esta es una solución drástica que la promueva no una asociación de deudores profesionales, tampoco una asamblea o plataforma de desahuciados o los manifestantes del 15-M, sino que es una recomendación del [FMI](#) en su informe de coyuntura para abril de este año y es una salida que se contempla también en el real decreto-ley 6/2012 del Gobierno del PP.

²⁵ Vid El País, 23 abril 2012, pg. 20.

6.- ¿Qué negociar?

Sin ánimo de desgranar una lista exhaustiva de capítulos o renglones sobre los que las partes pueden negociar vamos a reunir aquí los aspectos más destacados sobre los que puede versar la negociación y sobre los que ha de informar el mediador.

Como hemos visto y con carácter previo, analizado el caso por el mediador, éste informará a la entidad de crédito de que ha observado el incumplimiento de determinadas obligaciones de información previa al contrato, que el acreedor deberá cumplir si quiere poner en mora al deudor.

Lo mismo respecto de las cláusulas y prácticas abusivas, con la especialidad que las condiciones generales que hubiesen sido declaradas nulas por sentencia firme inscrita en el RCGC y que consten en la escritura de hipoteca deberán ser retiradas del contrato por el banco si quiere, igualmente, poner en mora al deudor.

Respecto de las cláusulas abusivas no declaradas judicialmente como tales se informará de su existencia y de que no obligan a la persona consumidora, que deberán ser retiradas del contrato, etc.

Entre tales cláusulas pueden encontrarse las cláusulas suelo y techo que impiden el libre juego del interés variable, las cláusulas sobre comisiones, como por ejemplo, las de apertura o de descubierto que no responden a servicios efectivamente prestados.

También podrán denunciarse las cláusulas que imponen la contratación de un seguro de vida o de daños, particularmente la que impone al deudor un seguro de vida de prima única cuyo adeudo se practica en la cuenta del deudor el primer día de vigencia del crédito y que devenga intereses durante toda la vida del mismo. Este tipo de cláusulas es frecuente en los casos de hipoteca inversa de las personas mayores.

En el caso de que el deudor haya recibido un requerimiento de pago por burofax u otro medio es necesario responder al mismo en el sentido de que el incumpli-

Mediación en préstamos hipotecarios
Bilbao, 26 de abril de 2012

miento es involuntario y que el origen de la imposibilidad del deudor de pagar todo o parte de las cuotas está en la crisis económica. En concreto en un despido improcedente que disminuyó los salarios del deudor. Con eso se quiere bloquear el inicio de la ejecución y desahucio por el banco.

Después de eso el primer capítulo a negociar serán los intereses en retribución del capital del préstamo y los moratorios, solicitando las reducciones pertinentes de los mismos tal como prevén los arts. 4 y 5 Real Decreto-ley 6/2012²⁶.

Otro capítulo a negociar y en eso podemos seguir el Código de Buenas Prácticas, es el de una carencia en la amortización de capital e incluso en el pago de los intereses remuneratorios.

También cabe negociar la ampliación del plazo de reintegro y la suspensión a instancia del banco del procedimiento de ejecución iniciado contra el deudor, efecto que la Consejería de Justicia quiere obtener como concesión general de las entidades de crédito.

También se pretende que durante los dos meses que se prevé haya de durar la negociación, no se inicie por el acreedor ejecución sobre la hipoteca sobre la que se re-negocia.

²⁶ Art. 4 Real Decreto-ley 6/2012: Moderación de los intereses moratorios

1. 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 por cien sobre el capital pendiente del préstamo.

2. Esta moderación de intereses no será aplicable a deudores o contratos distintos de los regulados en el presente real decreto-ley.

Art. 5 Real Decreto-ley 6/2012: Sujeción al Código de Buenas Prácticas

1. El Código de Buenas Prácticas incluido en el Anexo será de adhesión voluntaria por parte de las entidades de crédito o de cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios.

[...]

7. El contenido del Código de Buenas Prácticas resultará de aplicación exclusiva a las entidades adheridas, deudores y contratos a los que se refiere este real decreto-ley. No procederá, por tanto, la extensión de su aplicación, con carácter normativo o interpretativo, a ningún otro ámbito.

8. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las entidades adheridas podrán con carácter puramente potestativo aplicar las previsiones del Código de Buenas Prácticas a deudores distintos de los comprendidos en el artículo 3 y podrán, en todo caso, en la aplicación del Código, mejorar las previsiones contenidas en el mismo.

El servicio de ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi
Carlos Ballugera Gómez

Debe informarse al deudor de que devolviendo las cantidades de las amortizaciones, plazos o meses efectivamente transcurridos y no el total del préstamo vencido anticipadamente, puede bloquear la ejecución conforme al art. 693 LEC²⁷.

Esta solución exige menores recursos para la refinanciación, pero entraña, sin dinero adicional de ayuda, una petición de principio ya que considera que el deudor puede superar por sí solo y en brevísimo plazo su situación de crisis, situación a la que ha sido arrastrado contra su voluntad.

La superación de la crisis a través de la re-negociación requiere, por lo general, tiempo, lo que no impide que llegados a ese momento en el que reaparece la capacidad económica del deudor, por haber encontrado trabajo por ejemplo, pueda acudir a esa rehabilitación del préstamo, si el mismo estuviese en ejecución, es decir, si la negociación se hubiese empezado cuando ya había una ejecución o desahucio en curso.

En todo caso, las partes que reestructuran la deuda, conforme a la capacidad económica del deudor, tienen como fin establecer un plan de pagos que posibilite el cumplimiento de las devoluciones o amortizaciones por el deudor.

²⁷ Art. 693 LEC: Reclamación limitada a parte del capital o de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes. Vencimiento anticipado de deudas a plazos

[...]

3. En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.

Si el bien hipotecado fuese la vivienda familiar, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior.

Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien cinco años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor.

Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas en los apartados anteriores, se tasarán las costas, que se calcularán sobre la cuantía de las cuotas atrasadas abonadas e intereses vencidos, y, una vez satisfechas éstas, el Secretario judicial dictará decreto liberando el bien y declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante.

Mediación en préstamos hipotecarios
Bilbao, 26 de abril de 2012

7.- ¿Con quién negociar? Plazo y documentación de la negociación

A lo largo del debate los mediadores dejaron ver su preocupación por la necesidad de identificar interlocutores válidos para la negociación en la entidad de crédito. En general se dijo que los servicios jurídicos de las entidades carecen de capacidad de negociación, que la misma depende de la oficina local o de los gestores de riesgos de los bancos.

Ante ello la Viceconsejera de Justicia, informó de que se están haciendo esfuerzos en su departamento para identificar interlocutores únicos y capaces por cada entidad de crédito, y que existen conversaciones a fin de que cada entidad designe un interlocutor único por Territorio Histórico con capacidad de negociación suficiente para reestructurar las deudas de los deudores hipotecarios en situación de crisis.

En cuanto al plazo de la negociación, se estimó, como se ha apuntado, en dos meses, contados desde que el mediador disponga de los datos suficientes del deudor para realizar un análisis de sus recursos, rentas y garantías.

Intentada la negociación y pasado el plazo de dos meses, se dará por terminada esta, con o sin éxito. El resultado se reflejará en un acta, que a juicio de algunos mediadores podría ser aportada al procedimiento, pudiendo el mediador ser llamado al juicio como perito.

Sin embargo, esa es una cuestión dudosa a la luz de la nueva regulación de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en concreto si se tiene en cuenta la confidencialidad ordenada en el art. 9 Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles²⁸.

²⁸ Art. 9 Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (LA LEY 3708/2012): Confidencialidad

1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.

2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:

a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito dispensen de esta obligación.

8.- Los requisitos jurídicos de la re-negociación: en busca de un nuevo acuerdo

Ya hemos indicado que la mediación pretende llegar a un nuevo acuerdo de reestructuración de la deuda. Desde esa perspectiva, la Viceconsejera, puso de manifiesto que se había recurrido a la mediación de economistas y técnicos en economía, porque en la negociación se considera capital la intervención de peritos económicos.

Ahora bien ello no es óbice para que las partes desarrollen sus negociaciones con la asistencia jurídica que proceda, en concreto, las personas consumidoras podrán llevar a la negociación a su o sus abogados que les ayuden en la formalización técnica del acuerdo. En concreto, podrán recabar la ayuda de los letrados de Kontsumobide, cuya actuación preventiva está prevista también en la iniciativa del Gobierno Vasco²⁹.

En todo caso el acuerdo novatorio de reestructuración de la deuda está sujeto a la legislación que se ha indicado al principio, en particular a la obligación de la entidad de crédito de evaluar la solvencia del cliente conforme al art. 29 LES.

Esta es una obligación importante, ya que exige al prestamista conocer las fuentes de renta con las que el deudor hará frente a las cuotas de la hipoteca. Además, la constancia en el procedimiento contractual de estas fuentes de renta, cuando se trate en exclusiva de rentas salariales facilitará al deudor la prueba de su estado de fuerza mayor para el cumplimiento de su obligación de pagar las cuotas por causa de un despido improcedente u objetivo.

b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

3. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

²⁹ Sobre los requisitos para formalizar la hipoteca o sus modificaciones puede verse mi [“Trámites registrales de la hipoteca de la vivienda del consumidor”](#).

Mediación en préstamos hipotecarios
Bilbao, 26 de abril de 2012

En la actualidad se supone que las hipotecas a reestructurar serán anteriores a marzo de 2011, fecha de entrada en vigor de la LES, donde los bancos no tenían tan claramente establecida su obligación de evaluar la solvencia. Sin embargo, aun en estos casos es seguro que habrán hecho y documentado una mínima investigación económica de las rentas y capacidad de reintegrar la renta de sus clientes.

Es sabido que en el mercado las partes de un contrato deben cumplir sus acuerdos y que son libres para contratar o no y para modificar o no de mutuo acuerdo los contratos que ya hayan celebrado, como es la hipoteca de la vivienda.

Por eso los mediadores se preguntarán ¿cómo puede el mediador obligar al banco, a solicitud del deudor, a celebrar un nuevo contrato aunque sea novatorio de una hipoteca anterior?

Tras el Real Decreto-ley 6/2012, los deudores que acrediten que están en el umbral de exclusión pueden solicitar y obtener del banco una oferta que contemple la reestructuración de la deuda.

Además es sabido que la mayoría de las entidades de crédito españolas se han [adherido](#) voluntariamente al Código de Buenas Prácticas. También que esas entidades no sólo pueden aplicar el Código de Buenas Prácticas a los deudores en el umbral de exclusión sino a otros que no estén en una situación tan dramática o que no cumplan los requisitos tan estrictos que se exigen en el decreto del Gobierno³⁰.

Ese decreto pone el listón tan alto a los deudores que parece más bien un código de derechos de los acreedores, su programa máximo. No obstante, hemos visto que a los bancos les conviene hacer nuevos préstamos, e incluso quitas, en lugar de mermar sus beneficios a cuenta de las provisiones.

Por eso los bancos conceden reestructuraciones de modo más beneficioso que el decreto del Gobierno, es decir, a deudores que tienen rentas o que han comprado casas de más de 200.000 euros. Es el caso, por ejemplo, del [Banco Santander](#).

³⁰ Vid. art. 5.8 R. D.-I. 6/2012.

El servicio de ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi
Carlos Ballugera Gómez

Pues bien cuando estas entidades ofrezcan públicamente estas mejores condiciones a los deudores en crisis, también esos deudores, podrán reclamar del banco que les haga una oferta de reestructuración con carencia de amortización de capital, reducción del tipo de interés moratorio y remuneratorio y ampliación de plazo.

Mediación en préstamos hipotecarios
Bilbao, 26 de abril de 2012

CONCLUSIONES

Hemos visto rápidamente la regulación aplicable, algunas peculiaridades del contrato por adhesión, la necesidad de ayuda de la persona consumidora con la mediación en provecho del mercado, la crisis como causa del incumplimiento y la exoneración del deudor por fuerza mayor; la cuenta de la negociación, la necesidad de la re-negociación y sus requisitos.

Es evidente que ese esquema tiene que ser llenado por la voluntad de los bancos, o sea, con dinero para financiarlo. La demanda de la sociedad es clara, las necesidades de los clientes llaman a las puertas de los bancos, pero con la mediación ganamos todos.

¿Qué esperan o qué esperamos los deudores hipotecarios de los bancos? Por ejemplo su sumisión al arbitraje de consumo, la publicación de un código de conducta vinculante que mejore el Código de Buenas Prácticas y el apoyo financiero mediante una línea de crédito de cuantía suficiente a favor de, sus clientes, las personas en situación de dificultad.

En el caso de Kutxabank, que concentra la mayor parte del crédito hipotecario de Euskadi, y también en el caso de otros bancos propiedad de las cajas, los representantes públicos en sus órganos de gestión deben promover y buscar esos acuerdos.

En complemento de lo anterior se propone también:

1.- Intervención del Ministerio Fiscal en la ejecución en defensa del deudor persona consumidora, para lo que habrá de dársele la oportuna noticia por el Juez o por el notario.

El servicio de ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi
Carlos Ballugera Gómez

2.- Colaboración de las Asociaciones de Personas Consumidoras en el asesoramiento y canalización de las reclamaciones.

3.- Una campaña de divulgación de la medida entre la comunidad jurídica y entre los afectados con el propósito de aclarar y difundir las posibilidades de la misma.

4.- El estudio del posible complemento del R. D.-L. 6/2012 al amparo de la normativa autonómica para desarrollar las bases de las obligaciones contractuales.

La dificultad del empeño es grande, baste recordar otros aspectos del problema, por ejemplo, en el trabajo “[Respuestas](#) normativas a los problemas de los consumidores en la crisis”.

La iniciativa de la Consejería de Justicia y Administraciones Públicas, acompañada de Kontsumobide y de Vivienda, sostenida y apoyada por el Poder Judicial y por el Ministerio Fiscal es una muestra sobresaliente de apuesta y confianza en el poder del Estado social y democrático de Derecho, por un lado, y en la utilidad del mercado para facilitar una vivienda a los ciudadanos, por otro.

Es también una apuesta decidida en la forja de un nuevo Derecho contractual social en la financiación hipotecaria de la vivienda y en la garantía de la seguridad del ahorro inmobiliario de las personas consumidoras.

Con la mediación, se trata de asegurar la corriente del crédito y la viabilidad del mercado en la financiación hipotecaria de la vivienda sobre la base de la voluntad de las personas consumidoras de hacer honor a sus compromisos aún en caso de crisis económica y fuerte paro, mediante acuerdos novatorios de reestructuración de la deuda, propiciados institucionalmente con la ayuda de mediadores profesionales.

Mediación en préstamos hipotecarios
Bilbao, 26 de abril de 2012

Será difícil, pero no es imposible. Al contrario si la mediación nos da un antídoto contra el desahucio del deudor la mediación es esencial y necesaria. El que sea posible se debe a que el desahucio, como hemos visto, es una catástrofe personal para el deudor y una catástrofe financiera para el acreedor, evitarlo es su interés común y la mediación el modo de conseguir ese interés.

Saludamos con entusiasmo el esfuerzo conjunto de las autoridades de Euskadi y queremos para su iniciativa y para los profesionales mediadores que se van a incorporar a su ejecución, el mayor éxito.

Carlos Ballugera Gómez

Bilbao, 26 de abril de 2012

ABREVIACIONES

CBP	Código de Buenas Prácticas
CC	Código civil
CCO	Código de comercio
CE	Constitución española
LCCC	Ley de Contratos de Crédito al Consumo
LCGC	Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación
LCS	Ley de Contrato de Seguro de 1980
LDIEC	Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito
LEC	Ley de enjuiciamiento civil
LES	Ley de Economía Sostenible
LGDCU	Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984
LH	Ley Hipotecaria
RCGC	Registro de Condiciones Generales de la Contratación
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TAE	Tasa Anual Equivalente
TRLGDCU	Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

Mediación en préstamos hipotecarios
Bilbao, 26 de abril de 2012

ⁱ Art. 29.1 LES: Responsabilidad en el crédito y protección de los usuarios de servicios financieros
1. Las entidades de crédito, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, deberán evaluar la solvencia del potencial prestatario, sobre la base de una información suficiente. A tal efecto, dicha información podrá incluir la facilitada por el solicitante, así como la resultante de la consulta de ficheros automatizados de datos, de acuerdo con la legislación vigente, especialmente en materia de protección de datos de carácter personal.

Para la evaluación de la solvencia del potencial prestatario se tendrán en cuenta las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que les son aplicables a las entidades de crédito según su legislación específica.

Adicionalmente, de acuerdo con las normas dictadas en desarrollo de la letra a) del apartado siguiente, las entidades de crédito llevarán a cabo prácticas para la concesión responsable de préstamos y créditos a los consumidores. Dichas prácticas se recogerán en documento escrito del que se dará cuenta en una nota de la memoria anual de actividades de la entidad.

Las obligaciones establecidas en el párrafo anterior se entienden sin perjuicio de las fijadas en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y su normativa de desarrollo. Igualmente, de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente, las entidades facilitarán a los consumidores, de manera accesible y, en especial, a través de la oportuna información precontractual, las explicaciones adecuadas para que puedan evaluar si todos los productos bancarios que les ofrecen, en particular los depósitos a plazo y los créditos o préstamos hipotecarios o personales, se ajustan a sus intereses, necesidades y a su situación financiera, haciendo especial referencia a las características esenciales de dichos productos y los efectos específicos que puedan tener sobre el consumidor, en especial las consecuencias en caso de impago.

[...]

Lo previsto en este artículo se entenderá sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela.

ⁱⁱ Art. 641.1 LEC: Realización por persona o entidad especializada

1. A petición del ejecutante o del ejecutado con consentimiento del ejecutante y cuando las características del bien embargado así lo aconsejen, el Secretario judicial responsable de la ejecución podrá acordar, mediante diligencia de ordenación, que el bien lo realice persona especializada y conocedora del mercado en que se compran y venden esos bienes y en quien concurren los requisitos legalmente exigidos para operar en el mercado de que se trate.

También podrá acordar el Secretario judicial, cuando así se solicite en los términos previstos en el párrafo anterior, que el bien se enajene por medio de entidad especializada pública o privada. Cuando así se disponga, la enajenación se acomodará a las reglas y usos de la casa o entidad que subasta o enajene, siempre que no sean incompatibles con el fin de la ejecución y con la adecuada protección de los intereses de ejecutante y ejecutado.

A estos efectos, los Colegios de Procuradores podrán ser designados como entidad especializada en la subasta de bienes.

[...]

ⁱⁱⁱ Art. 48 LDIEC: [Facultades del Ministro de Economía y Hacienda en materia de contabilidad, balance y cuenta de resultados de las entidades de crédito y de protección de los intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito]

1. Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para establecer y modificar las normas de contabilidad y los modelos a que deberá sujetarse el balance y la cuenta de resultados de las entidades de crédito, así como los balances y cuentas de resultados consolidados previstos en la Ley 13/1985, de 25 de mayo (RCL 1985, 1216), disponiendo la frecuencia y el detalle con que los correspondientes datos deberán ser suministrados a las autoridades administrativas encargadas de su control y hacerse públicos con carácter general por las propias entidades de crédito. En el uso de esta facultad, cuyo ejercicio podrá encomendar el Ministro citado al Banco de España, no existirán más restricciones que la exigencia de que los criterios de publicidad sean homogéneos para

El servicio de ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi

Carlos Ballugera Gómez

todas las entidades de crédito de una misma categoría y análogos para las diversas categorías de entidades de crédito.

Para el establecimiento y modificación de las señaladas normas y modelos, con la excepción de los estados contables reservados, será preceptivo el informe previo del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

2. Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela, pueda:

a) Establecer que los correspondientes contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación, en especial, las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras de los créditos o préstamos hipotecarios. A tal efecto, podrá determinar las cuestiones o eventualidades que los contratos referentes a operaciones financieras típicas con su clientela habrán de tratar o prever de forma expresa, exigir el establecimiento por las entidades de modelos para ellos e imponer alguna modalidad de control administrativo sobre dichos modelos. La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos.

b) Imponer la entrega al cliente de un ejemplar del contrato, debidamente suscrito por la entidad de crédito.

c) Establecer que las entidades de crédito comuniquen a las autoridades administrativas encargadas de su control y den a conocer a su clientela cualesquiera condiciones relativas a sus operaciones activas y pasivas, con obligación de aplicar las mismas en tanto no se comunique o dé a conocer su modificación.

d) Dictar las normas necesarias para que la publicidad, por cualquier medio, de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones, regulando las modalidades de control administrativo de dicha publicidad, y pudiendo establecer, entre ellas, el régimen de previa autorización.

e) Efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de préstamos hipotecarios.

Sin perjuicio de la libertad de contratación, el Ministro de Economía y Hacienda podrá establecer requisitos especiales en cuanto al contenido informativo de las cláusulas contractuales definitivas del tipo de interés, y a la comunicación al deudor del tipo aplicable en cada período, para aquellos contratos de préstamo a interés variable en los que se pacte la utilización de índices o tipos de interés de referencia distintos de los oficiales señalados en el párrafo precedente.

f) Extender el ámbito de aplicación de las normas dictadas al amparo de los apartados precedentes a cualesquiera contratos u operaciones de la naturaleza prevista en dichas normas, aun cuando la entidad que intervenga no tenga la condición de entidad de crédito.

g) Regular las especialidades de la contratación de servicios bancarios de forma electrónica con arreglo a lo que establezcan las normas que, con carácter general, regulan la contratación por vía electrónica.

h) Determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que éstos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, así como las operaciones o contratos bancarios en que tal información pre-contractual será exigible. Dicha información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si éstos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a su situación financiera.

3. Las normas que se aprueben al amparo del número 1 anterior tendrán carácter básico conforme a lo dispuesto en el artículo 149.1.11ª y 13ª de la Constitución (RCL 1978, 2836). Las disposiciones que en el ejercicio de sus competencias, puedan dictar las Comunidades Autónomas sobre

Mediación en préstamos hipotecarios Bilbao, 26 de abril de 2012

las materias contempladas en el número 2 anterior no podrán ofrecer un nivel de protección de la clientela inferior al que derive de las disposiciones que se aprueben por el Ministro de Economía y Hacienda al amparo de dicho número.

^{iv} Art. 5 LCGC: Requisitos de incorporación

1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.

2. Los adherentes podrán exigir que el Notario autorizante no transcriba las condiciones generales de la contratación en las escrituras que otorgue y que se deje constancia de ellas en la matriz, incorporándolas como anexo. En este caso el Notario comprobará que los adherentes tienen conocimiento íntegro de su contenido y que las aceptan.

3. Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración.

4. En los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma.

5. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

Art. 7 LCGC: No incorporación

No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

Art. 80 TRLGDCU: Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente

1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 63.1, en los casos de contratación telefónica o electrónica con condiciones generales será necesario que conste, en los términos que reglamentariamente se establezcan, la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor y usuario justificación de la contratación efectuada por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor y usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, donde constarán todos los términos de la misma. La carga de la prueba del cumplimiento de esta obligación corresponde al predisponente.

El servicio de ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi

Carlos Ballugera Gómez

El cómputo del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento del consumidor y usuario en la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, en los supuestos en que reglamentariamente esté previsto, se regirá por lo dispuesto en el artículo 71.

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

2. Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor.

Art. 82 TRLGDCU: Concepto de cláusulas abusivas

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

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

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:

- a) Vinculen el contrato a la voluntad del empresario,
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario,
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,
- d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,
- e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o
- f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

^v Art. 8 LCGC: Nulidad

1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984, 1906), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Art. 6.3 CC: Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

Art. 2 LCS: Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado.

Art. 10 LGDCU: 1. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las Entidades y Empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.
- b) Entrega, salvo renuncia del interesado, de recibo, justificante, copia o documento acreditativo de la operación o, en su caso, de presupuesto, debidamente explicado.
- c) Buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones lo que, entre otras cosas, excluye:

Mediación en préstamos hipotecarios Bilbao, 26 de abril de 2012

- 1.º La omisión, en casos de pago diferido en contratos de compra-venta, de la cantidad aplazada, tipo d interés anual sobre saldos pendientes de amortización y las cláusulas que, de cualquier forma, faculten al vendedor a incrementar el precio aplazado del bien durante la vigencia del contrato.
 - 2.º Las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato, excepto, en su caso, las reconocidas al comprador en las modalidades de venta por co-reo, a domicilio y por muestrario.
 - 3.º Las cláusulas abusivas, entendiéndose por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios.
 - 4.º Condiciones abusivas de crédito.
 - 5.º Los incrementos de precio por servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales, susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y expresados con la debida claridad y separación.
 - 6.º Las limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor o usuario y las relativas a utilidad o finalidad esencial del producto o servicio.
 - 7.º La repercusión sobre el consumidor o usuario de fallos, defectos o errores administrativos, bancarios o de domiciliación de pagos, que no le sean directamente imputables, así como el coste de los servicios que en su día y por un tiempo determinado se ofrecieron gratuitamente.
 - 8.º La inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario.
 - 9.º La negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del productor o suministrador, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación.
 - 10.º La imposición de renunciaciones a los derechos del consumidor y usuario reconocidos en esta Ley.
 - 11.º En la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación, que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).
 - 12.º La obligada adquisición de bienes o mercancías complementarias o accesorios no solicitados. Los convenios arbitrarios establecidos en la contratación a que se refiere este artículo serán eficaces si, además de reunir los requisitos que para su validez exigen las leyes, resultan claros y explícitos. La negativa del consumidor o usuario a someterse a un convenio arbitral distinto del previsto en el artículo 31 de esta Ley no podrá impedir por sí misma la celebración del contrato principal.
2. A los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate. Las dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien las haya redactado, prevaleciendo las cláusulas particulares sobre las condiciones generales, siempre que aquéllas sean más beneficiosas que éstas.
 3. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, utilicen las Empresas públicas o concesionarias de servicios públicos en régimen de monopolio, estarán sometidas a la aprobación y a la vigilancia y control de las Administraciones públicas competentes, con independencia de la consulta prevista en el art. 22 de esta Ley. Todo ello, sin perjuicio de su sometimiento a las disposiciones generales de esta Ley.
 4. Serán nulas de pleno derecho y se tendrá por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo.
 5. Los poderes públicos velarán por la exactitud en el peso y medida de los bienes y productos, la transparencia de los precios y las condiciones de los servicios postventa de los bienes duraderos.