

Informe sobre

**Prácticas hipotecarias de las  
entidades bancarias**

*Fernando Zunzunegui*

Madrid, 1 de noviembre de 2011

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
<b>§ 1. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN GENERAL DEL SISTEMA HIPOTECARIO DESDE LA PERSPECTIVA DEL EQUILIBRIO ENTIDAD/CLIENTE.....</b>	<b>8</b>
§ 1.1. SISTEMA HIPOTECARIO Y MERCADO HIPOTECARIO .....	8
§ 1.1.1. <i>La titulización hipotecaria</i> .....	8
§ 1.1.2. <i>Las actividades de tasación</i> .....	9
§ 1.2. RELACIÓN BANCA-CLIENTE EN EL MERCADO HIPOTECARIO.....	10
§ 1.2.1. <i>Aspectos generales</i> .....	10
§ 1.2.2. <i>Privilegios bancarios y protección del cliente</i> .....	12
<b>§ 2. PREMISAS PARA LA REGULACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO A LA LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A UNA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA.....</b>	<b>15</b>
§ 2.1. DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA .....	15
§ 2.2. MERCADO HIPOTECARIO Y SOBREENDEUDAMIENTO DE LAS FAMILIAS .....	17
§ 2.2.1. <i>Datos y actitudes</i> .....	17
§ 2.2.2. <i>Culpa y responsabilidad</i> .....	18
§ 2.2.3. <i>Tratamiento legal del sobreendeudamiento</i> .....	19
<b>§ 3. ESTUDIO DE LAS PRINCIPALES IMPLICACIONES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PERSONAL EN EL ÁMBITO HIPOTECARIO, ASÍ COMO DE LAS ALTERNATIVAS DE RESPONSABILIDAD MERAMENTE REAL (DACIÓN EN PAGO O SEMEJANTES).....</b>	<b>21</b>
§ 3.1. RESPONSABILIDAD UNIVERSAL Y MERCADO HIPOTECARIO.....	21
§ 3.2. LA DACIÓN EN PAGO Y SUS ALTERNATIVAS .....	23
§ 3.2.1. <i>Crisis y responsabilidad</i> .....	23
§ 3.2.2. <i>Llamada al margen</i> .....	26
<b>§ 4. PROPUESTAS PARA MEJORAR EL EQUILIBRIO DE LAS RELACIONES BANCO/CLIENTES EN EL ÁMBITO DE LA HIPOTECA PARA VIVIENDA HABITUAL.....</b>	<b>28</b>
§ 4.1. INTRODUCCIÓN.....	28
§ 4.2. MEDIDAS PREVENTIVAS .....	28
§ 4.2.1. <i>Mejorar la transparencia</i> .....	28
§ 4.2.2. <i>Hacer efectivo el asesoramiento técnico</i> .....	29
§ 4.2.3. <i>Desarrollar la obligación de concesión responsable de crédito</i> .....	30

§ 4.3. MEDIDAS CURATIVAS.....	31
§ 4.3.1. <i>Desarrollo de la Ley concursal</i> .....	31
§ 4.3.2. <i>Mejorar el sistema de subastas</i> .....	34
<b>§ 5. PROPUESTAS PARA PALIAR LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN PRECARIA, POR NO HABER PODIDO HACER FRENTE AL PAGO DE LA HIPOTECA DE SU VIVIENDA.....</b>	<b>35</b>
§ 5.1. MEDIDAS ADOPTADAS.....	35
§ 5.1.1. <i>Reforma hipotecaria realizada por la Ley 41/2007</i> .....	35
§ 5.1.2. <i>Ley 2/2009, de 31 de marzo, de intermediación en el crédito</i> .....	37
§ 5.1.3. <i>Informe sobre protección del hipotecado</i> .....	39
§ 5.2. PROPUESTA DE MEDIDAS.....	40
§ 5.2.1. <i>Acuerdo político asumido por el sector</i> .....	40
§ 5.2.2. <i>Código de Conducta para la comercialización y ejecución de los préstamos hipotecarios</i> .....	41
§ 5.2.3. <i>Evitar la usura</i> .....	43
§ 5.2.4. <i>Resolver el problema de los swaps</i> .....	44
§ 5.2.5. <i>Preservar la efectividad de los seguros</i> .....	46
§ 5.2.6. <i>Alternativas a la dación en pago</i> .....	48
§ 5.2.7. <i>Fortalecer la independencia del supervisor</i> .....	49
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>50</b>
<b>Bibliografía básica</b> .....	<b>55</b>

## INTRODUCCIÓN

La compra de la vivienda constituye la principal decisión de inversión de las familias españolas,<sup>1</sup> siendo habitual la compra a crédito con la garantía de la propia vivienda. En aplicación de las normas prudenciales y las buenas prácticas financieras la capacidad de reembolso del crédito debe limitar el grado de endeudamiento. Sin embargo, desde hace más de una década las entidades de crédito han venido facilitando de forma imprudente el crédito hipotecario. Dan hipotecas para empaquetarlas y venderlas en el mercado. Han convertido la titulización hipotecaria en una de sus principales formas de financiación. Estas prácticas han facilitado el sobreendeudamiento de las familias.

La reciente crisis económica ha agravado el problema del sobreendeudamiento de las familias. Muchas familias han visto reducida de forma importante sus ingresos, aunque quieran no pueden hacer frente al pago de las cuotas de sus préstamos hipotecarios. Cada vez son más frecuentes los casos de viviendas que por la bajada de precios valen menos que la deuda hipotecaria. Aumentan los desahucios y el riesgo de exclusión social. Según el sistema legal vigente en España, el deudor no se libera con la entrega de la vivienda. Rige el principio de la responsabilidad universal y tras la ejecución hipotecaria y la pérdida de la vivienda, el deudor consumidor mantiene la parte de deuda no satisfecha. A su vez, la inclusión de las personas desahuciadas en estas circunstancias en los registros de morosos produce su exclusión financiera. Surge así el desarraigo y el riesgo de exclusión social.

Estos hechos hacen que nos preguntemos sobre la conveniencia de proteger a las personas de buena fe que han perdido su vivienda o están en riesgo de perderla, afectadas por el paro u otras circunstancias imprevisibles fuera de su control. La respuesta debe ser prudente pues la protección del hipotecado puede afectar al mercado del crédito y limitar el ejercicio de derechos constitucionales como la libertad de

---

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

empresa o las bases de nuestro Derecho contractual, en particular cuando suponga una limitación al principio de responsabilidad universal (art. 1.911 Cc).

Pero hay que partir del hecho de que nos encontramos ante situaciones excepcionales que merecen respuestas excepcionales.

Desde el lado de los acreedores, las entidades de crédito se están viendo afectadas por un fallo de mercado con bloqueo del crédito. El mercado financiero como mecanismo eficiente de canalización del ahorro a la inversión ha dejado de funcionar. El denominado “riesgo sistémico”, es decir de contagio de los problemas de solvencia en un efecto dominó, ha llegado a bloquear los mercados interbancarios. Los bancos han dejado de cumplir su función de recibir depósitos para conceder créditos. De hecho, en España todo el sector de las cajas de ahorros ha tenido que ser reestructurado con ayudas públicas.

En este contexto de crisis del sistema, las empresas bancarias se benefician de privilegios no reconocidos legalmente. Como empresas, ante su insolvencia están obligadas a solicitar el concurso de acreedores. En lugar de cumplir esta obligación acuden a las ayudas públicas para superar su situación. Estas ayudas desbordan los límites de las previsiones legales. No respetan los límites a las ayudas financieras previstos en la regulación de los fondos de garantía de depósitos o del Fondo de reestructuración ordenada bancaria. En este marco, el saneamiento se reserva para las empresas viables, las inviables deben ser liquidadas de forma ordenada.<sup>2</sup> Tampoco se han respetado los límites a las ayudas públicas que marca la legislación sobre la libre competencia. Las entidades bancarias reciben ayudas a la que las demás empresas no tienen acceso. Estas ayudas son contrarias al principio de igualdad constitucional. Con estas ayudas las protegen del concurso y ponen en cuestión la responsabilidad patrimonial. Para responder de sus deudas no sólo cuentan con sus bienes presentes y futuros, pues también cuentan con las ayudas públicas.

Son privilegios que se admiten como un mal necesario. Son medidas excepcionales que se justifican por el carácter especial de la actividad bancaria. La banca es esencial al sistema económico. Su crisis arrastraría al resto de la economía. Sin embargo estas

---

<sup>2</sup> De tal modo que, al adoptar medidas en el marco de un plan de actuación, el fondo debe tener en cuenta «el coste financiero de las mismas a su cargo que se comparará con los desembolsos que hubiese tenido que realizar de optar, en el momento de la adopción del plan, por realizar en lugar de éste el pago de los importes garantizados» (art. 10.3 Real Decreto 2606/1996, según redacción Real Decreto 948/2001).

consideraciones no tienen su reflejo ni en la Constitución ni en las Leyes. Las ayudas a la banca en tiempos de crisis son medidas de política económica que limitan derechos fundamentales. Vienen a violentar la libertad de empresa y el principio de responsabilidad universal por deudas.

Poco importa que las facilidades crediticias de la banca, las tasaciones exageradas, la falta de atención al perfil del cliente y a su capacidad de reembolso, la puesta en marcha de la maquinaria de dar hipotecas para titulizar, en suma, que la falta de responsabilidad en la concesión de crédito esté de algún modo en el origen del sobreendeudamiento de las familias. Son empresas demasiado grandes para caer (*to big to fail*). Hay que salvarlas para preservar nuestro estado del bienestar.

Son medidas políticas discutibles, de apropiación de ganancias y socialización de las pérdidas, que fuerzan nuestro sistema legal y que además no están dando los resultados esperados. Tienen un fallo esencial. Olvidan las bases del sistema financiero. Lo que hay que restaurar es la confianza, la credibilidad de las entidades financieras. El crédito nace y se sustenta en la confianza.<sup>3</sup> Y para que vuelva la confianza al sistema financiero es necesario equilibrar el sistema, hacerlo más justo.<sup>4</sup> Reparar los excesos y restaurar la confianza.

La situación actual requiere extender los beneficios que ya recibe la banca al otro lado de la relación, al cliente sobreendeudado que va a perder su vivienda con riesgo de exclusión social y financiera. Las medidas de política económica, con ayudas a la banca en dificultades, deben ampliarse a los deudores de buena fe. Al igual que las ayudas a la banca están justificadas por los intereses generales afectados. También en la crisis de las familias hipotecadas está en juego la confianza en nuestro sistema financiero.

---

<sup>3</sup> Aspecto destacado por Antonio Millaruelo y Ana del Río, de la Dirección General del Servicio de Estudios del Banco de España: “La estabilidad del sistema financiero constituye un requisito esencial para el desarrollo de la actividad económica, por su papel en la canalización de los recursos de los ahorradores hacia los individuos y empresas con necesidades de financiación. La intermediación financiera es una actividad que depende crucialmente de la confianza, tanto entre los agentes e instituciones que intervienen en ella (ahorradores, inversores, intermediarios, mediadores y mercados) como en las autoridades que la regulan y supervisan”, en “El apoyo público al sector financiero en la zona del euro durante la crisis”, en *Boletín Económico del Banco de España*, septiembre 2010, pág. 81, lo que les lleva a concluir que las “acciones de emergencia suministran el margen necesario para que se lleve a cabo la necesaria reestructuración del sistema y se introduzcan los mecanismos apropiados para combatir las vulnerabilidades que se han puesto de manifiesto” (*Ibidem*, pág. 82), entre las que se encuentra sin duda la desprotección del deudor hipotecado objeto de la concesión irresponsable de crédito.

<sup>4</sup> Según la Comisión Europea: “ningún mercado puede ser eficiente si los consumidores no confían en él, están bien informados y son capaces de buscar y elegir el producto hipotecario más adaptado a sus necesidades” (Libro Blanco..., cit, pág. 5).

Al igual que ocurre con las ayudas a la banca, las ayudas a las familias hipotecadas en riesgo de exclusión social afectan al ejercicio de derechos constitucionales y a las bases de nuestro sistema jurídico, pero resultan igualmente necesarias para superar las dificultades. Pero estas ayudas a las familias afectadas por la crisis se deben adoptar con prudencia. Son medidas que limitan derechos constitucionales, como el derecho a la igualdad, ¿por qué voy a pagar los excesos del vecino que se ha cambiado de forma irresponsable de casa para vivir por encima de sus posibilidades? O que afectan a las bases de nuestro sistema jurídico, en concreto al principio de responsabilidad universal por deudas.

Del mismo modo que las empresas no financieras pueden sentirse discriminadas en relación con las ayudas públicas de la banca, las familias sin problemas de sobreendeudamiento pueden considerar un agravio las ayudas a los desahuciados. Unas y otras pueden decir con razón que de haber sido más prudentes no se encontrarían en esa situación. Pero estamos ante circunstancias excepcionales, probablemente la peor crisis económica de nuestra historia, y del mismo modo que se ayuda a los bancos, resulta necesario para superar la situación ayudar a las familias. Son razones de fuerza mayor.

El principal problema está en la solución que pueda darse a las familias sobreendeudadas en riesgo de exclusión social. Hay coincidencia en la necesidad de reforzar la protección al hipotecado para evitar que situaciones como la actual puedan volver a producirse. Las medidas pueden ser preventivas, a través de la información precontractual, o curativas, de carácter concursal. Lo más problemático es decidir qué hacer con las familias que ya se encuentran ante la imposibilidad de pagar sus hipotecas y en riesgo de exclusión social.

Veamos estos temas por separado, con unas referencias previas al sistema hipotecario y al derecho a la vivienda, antes de llegar a algunas conclusiones. Lo vamos a hacer con un enfoque interdisciplinar, partiendo del marco legal para interpretarlo desde una perspectiva tanto legal como financiera.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Según Juana Pulgar Ezquerro, el tratamiento y prevención de la crisis de los consumidores, constituye un tema complejo que conlleva “una vertiente no solo económica sino social, lo que requiere en ocasiones la adopción de medidas sociológicas, económicas y jurídicas en el ámbito de distintas disciplinas jurídicas (civiles, mercantiles, procesales e incluso en ocasiones administrativas...)”, en “Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, N° 9, 2008, pág. 70.

## **§ 1. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN GENERAL DEL SISTEMA HIPOTECARIO DESDE LA PERSPECTIVA DEL EQUILIBRIO ENTIDAD/CLIENTE**

### **§ 1.1. SISTEMA HIPOTECARIO Y MERCADO HIPOTECARIO**

La hipoteca además de ser el medio principal para la adquisición de la vivienda es un activo objeto de un mercado. El mercado hipotecario comprende tanto las operaciones activas de concesión de préstamos hipotecarios como las pasivas de refinanciación de éstos a través de la emisión de valores hipotecarios. El sistema hipotecario funciona como un mercado en el que se facilita la concesión de hipotecas movilizandolos créditos hipotecarios a través de vehículos que empaquetan y venden los valores hipotecarios. El deudor hipotecario es una pieza más de este complejo sistema.

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

#### **§ 1.1.1. La titulización hipotecaria**

Con la introducción del euro como moneda única, los bajos tipos de interés favorecieron la financiación empresarial y de las familias, incluido el crédito al consumo y el destinado a la adquisición de viviendas. La creciente competencia en el negocio crediticio contribuyó a descuidar las garantías. Lo cual no resulta extraño pues es habitual que en épocas de expansión prime el sentimiento optimista y se relajen las cautelas. Así de hipotecas a interés fijo a quince años cubiertas por los ingresos del cabeza de familia, se ha pasado a hipotecas a interés variable cuyo reembolso se prolonga más allá de la vida laboral del titular de la hipoteca. Conocedores del creciente riesgo que asumían y necesitados de financiación, los bancos procuran desprenderse de este tipo de créditos hipotecarios. El principal mecanismo utilizado para sacar de balance estos créditos ha sido el de empaquetarlos para revenderlos entre los inversores. De este modo las hipotecas de alto riesgo han sido transmitidas por los bancos a entidades que, a modo de vehículo, han servido para su distribución entre el público, en



un proceso que los técnicos denominan de “titulización hipotecaria”. Pero con la crisis se restringe el crédito poniendo en cuestión este modelo de economía financiera. Como origen de la crisis se ha citado el aumento de los incumplimientos en el reembolso de las hipotecas basura en Estados Unidos. Pero este hecho es únicamente el detonante de la crisis. Lo relevante está siendo la pérdida de confianza en estos productos generados por la titulización y las dificultades que encuentran los gestores para justificar su valoración inicial. Son productos opacos no cotizados que carecen de mecanismos objetivos para medir su valor. Precisamente la pérdida de confianza surge de la ignorancia del riesgo asumido con estas inversiones.

En opinión de Sergio Nasarre, el sistema español de titulización hipotecaria tiene un fallo de estructura al “transmitir sin ceder” créditos hipotecarios, lo cual es difícil de entender, sobre todo para el juez encargado de hacer efectiva la garantía.<sup>6</sup> Estas debilidades del sistema español de titulización hipotecaria no son ajenas a la situación actual de crisis inmobiliaria. La banca no da créditos hipotecarios porque no puede empaquetarlos y venderlos. La falta de concesión de crédito agrava la crisis inmobiliaria y presiona a la baja el precio de la vivienda. Lo cual repercute en las ejecuciones hipotecarias cuyas subastas quedan desiertas o las viviendas se adjudican a muy bajo precio. De tal modo que resulta imprescindible una mejora técnica del sistema de titulización hipotecaria como mecanismo de financiación, para proteger a todos los participantes en el mercado hipotecario, incluidos los demandantes de hipotecas.

### **§ 1.1.2. Las actividades de tasación**

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

---

<sup>6</sup> El profesor Nasarre realiza una crítica demoledora, tal vez excesiva, del sistema español de titulación hipotecaria. Considera que las llamadas “cédulas hipotecarias”, carecen de garantía hipotecaria. Respecto a los Bonos hipotecarios, considera que han perdido su principal fortaleza, tras la reforma de la Ley 41/2007, al no quedar anotada la garantía en el Registro de la Propiedad (véase Sergio Nasarre Aznar, *Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria*, Cuadernos Digitales de Formación, CGPJ, 2011, vol. 9, págs. 50-55).

hipotecario, de 18 de diciembre de 2007, a “impulsar la elaboración y utilización de criterios fiables de tasación”.<sup>7</sup>

En España el marco legal no previene de forma adecuada los conflictos de interés que surgen ante la dependencia de las principales entidades de tasación de los grupos bancarios que conceden los préstamos hipotecarios. La regulación original de la tasación inmobiliaria en el art. 7 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo de 1981, sobre regulación del mercado hipotecario, y en su desarrollo a través del Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo, sobre régimen jurídico de homologación de los Servicios y Sociedades de Tasación, no garantizaban la independencia de las tasaciones de las entidades bancarias acreedoras.<sup>8</sup> A su vez, la modificación de este régimen realizada por la Ley 41/2007, no está dando los resultados esperados.<sup>9</sup> Esta Ley trata de reforzar la independencia de las entidades de tasación a través de la exigencia de un reglamento interno de conducta destinado a prevenir los conflictos de interés y de una Comisión Técnica encargada de verificar el cumplimiento de los requisitos de independencia establecidos por el citado reglamento.<sup>10</sup> Es un sector que debe abrirse a la libre competencia.<sup>11</sup>

## **§ 1.2. RELACIÓN BANCA-CLIENTE EN EL MERCADO HIPOTECARIO**

### **§ 1.2.1. Aspectos generales**

Tradicionalmente la protección del cliente bancario se ha canalizado a través de la información. Se considera que existe un desequilibrio informativo entre el banco y el cliente. Según estas posturas hay una asimetría informativa que puede ser superada

---

<sup>7</sup> Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE, COM (2007) 807 final, Bruselas, 18.12.2007, pág. 10.

<sup>8</sup> Según Nasarre, el uso indebido de esta regulación provocando un serio conflicto de intereses (Ibidem, pág. 39).

<sup>9</sup> Véase la noticia de Juan de Portillo, “Expertos y políticos acusan a las tasadoras de favorecer a la banca”, disponible en: <http://www.cinco dias.com>; con cifras sobre la concentración del negocio en las tasadoras participadas por las entidades bancarias.

<sup>10</sup> Pese al grave problema que ha supuesto la dependencia de la tasaciones, abordado por fin en al reforma de la Ley 41/2007, para la AEB, en voz de su Vicesecretario al comentar la reforma: “No existía preocupación en las entidades” respecto a la independencia de las sociedades de tasación (Francisco Uría, Presentación sobre “El impacto de la reforma hipotecaria en las entidades de crédito”, disponible en: [http://www.bduimp.es/archivo/conferencias/pdf/08\\_10100\\_09\\_FranciscoUria\\_idc38328.pdf](http://www.bduimp.es/archivo/conferencias/pdf/08_10100_09_FranciscoUria_idc38328.pdf))

<sup>11</sup> La Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) ha incoado un expediente sancionador, con fecha 30 de septiembre de 2011, por posibles conductas anticompetitivas llevadas a cabo por parte de la Asociación Profesional de Sociedades de Valoración (ATASA), consistentes en la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

suministrando una información clara y completa sobre los productos y servicios que contrata. Además la información suministrada por el banco debe ser comprensible para el cliente minorista. Por esta razón los reguladores fomentan la educación financiera. De este modo, pretenden lograr clientes informados y responsables capaces de conocer lo que contratan y de identificar los riesgos que asumen.

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

Para Marta Zabaleta Díaz, el ámbito de la prevención no es el del Derecho concursal, sino el de otras áreas jurídicas relacionadas con la publicidad comercial, el crédito al consumo, la venta a plazos o la actividad bancaria.<sup>12</sup>

Esta es precisamente la opción del legislador español. Según el art. 48 de la LDIEC, el Ministerio de Economía y Hacienda está habilitado para determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual, con la finalidad de permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y a su situación financiera. Estas obligaciones activas de información se han completado en la Ley de economía sostenible obligando a las entidades que conceden créditos a evaluar la solvencia del cliente. Son obligaciones pasivas de información destinadas a asegurar la concesión responsable de crédito. Todas estas previsiones han sido desarrolladas por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de

---

<sup>12</sup> Marta Zabaleta Díaz, “El concurso del consumidor”, Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá III (2010), pág. 317.

octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios financieros,<sup>13</sup> que dedica el capítulo II del título III, a las normas relativas a los créditos y préstamos hipotecarios.<sup>14</sup> Esta orden sistematiza y actualiza, atendiendo a las previsiones recogidas en la propuesta de Directiva de la Comisión Europea, sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, de 31 de marzo de 2011, la normativa anterior, recogida en la Orden de 12 de diciembre de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

El nuevo marco legal incide en la educación financiera, obligando a las entidades a poner a disposición de los clientes la “Guía de Acceso al préstamo hipotecario” que debe elaborar el Banco de España, con información adecuada para adoptar la decisión de contratar o el préstamo hipotecario. Además existen formatos de fichas informativas que deben entregarse a los clientes con información general y personalizada. Se mantiene el derecho del cliente a obtener una oferta vinculante y se regula, como novedad, la información mínima a suministrar en caso de que la oferta del banco incluya productos de cobertura o cláusulas suelo. En el acto de otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario mantiene la función del Notario como asesor técnico del cliente, quien debe comprobar que el cliente ha recibido la información preceptiva y advertir al cliente de los principales riesgos que se asume en la operación.

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

### **§ 1.2.2. Privilegios bancarios y protección del cliente**

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

---

<sup>13</sup> Con entrada en vigor a los seis meses de su publicación en el BOE, que ha tenido lugar el 29 de octubre de 2011.

<sup>14</sup> Con entrada en vigor a los nueve meses de su publicación en el BOE, salvo lo relativo a la sección tercera, sobre los tipos de interés, que entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el BOE.

Las entidades bancarias gozan de la reserva legal del ejercicio de la actividad bancaria, disfrutan en este sentido de un monopolio para el ejercicio de su actividad. Solo ellas pueden abrir cuentas corrientes, creando medios de pago (dinero bancario). Además pueden llevar cuentas de valores con capacidad de certificar la propiedad posiciones de los clientes como auténticos registradores de la propiedad mobiliaria. Y pueden determinar unilateralmente, cumpliendo los requisitos de los artículos 572 y 573 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la suma que debe el cliente a efectos de considerarla cantidad líquida en un procedimiento de ejecución. Es el denominado "pacto de liquidez", pacto predispuesto por la banca en sus pólizas de crédito válido según la sentencia del Tribunal Supremo de 16 diciembre 2009, para acreditar uno de los requisitos procesales del despacho de ejecución, cual es la liquidez o determinación de la deuda, y, por consiguiente, para poder formular la reclamación judicial de la misma. Pacto que supone una desigualdad razonable y proporcionada, que no resulta contraria al art. 14 de la Constitución Española, pues: "Se justifica por la imperiosa necesidad de que las entidades de crédito mantengan la confianza del público y una solvencia acreditada que es esencial en la intermediación financiera, en la que los incumplimientos de los deudores típicos tienen mucha mayor importancia que para otro tipo de empresas".<sup>15</sup>

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

Todos estos privilegios de la banca delimitan derechos constitucionales como el derecho a la igualdad y el derecho a la libertad de empresa, y afectan a principios de nuestro ordenamiento jurídico como la responsabilidad universal por deudas. Son privilegios que se admiten de forma pacífica por la peculiar naturaleza de la actividad bancaria, que se sustenta en la confianza del público, y en su importancia para la economía en su conjunto, por ser el principal mecanismo de canalización del ahorro hacia la inversión productiva.

Pero primero de todo, como base sobre la que se asienta el sistema financiero, es imprescindible proteger al cliente, asegurando la correcta prestación de los servicios financieros. En relación con el servicio de crédito y en particular, el de hipotecas, la

---

<sup>15</sup> STC 14/1992, de 10 de febrero.

banca debe prestar en interés del cliente un servicio de crédito responsable. El marco legal preserva una concesión responsable de crédito y unas relaciones equitativas entre los bancos y su clientela.

Los criterios para interpretar las normas de conducta en protección del cliente los debe fijar el Banco de España, directamente o a través de su Servicio de reclamaciones. En este sentido, el Defensor del Pueblo ha requerido con frecuencia al Banco de España para que clarifique su posición en aspectos esenciales de la regulación financiera con resultados dispares. Se interesó en su día por la pasividad del Banco de España en relación con el nombramiento del Comisionado para la protección del cliente bancario o sobre el seguimiento de las resoluciones del Servicio de Reclamaciones favorables a los clientes. Y en materia hipotecaria, se ha interesado por los vaivenes del Banco de España en materia de swaps, sobre su posición en materia de cláusulas suelo y sobre las malas prácticas en relación con los seguros de crédito.

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

## § 2. PREMISAS PARA LA REGULACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO A LA LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A UNA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA

### § 2.1. DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA

La vivienda además de un activo que puede ser movilizado en el mercado del crédito es el objeto de un derecho. La Constitución española proclama, como principio rector de la política social y económica, el derecho a una vivienda digna y adecuada. Según dice el art. 47 de la Constitución: “*Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación*”.<sup>16</sup> Es un derecho social imprescindible para desarrollar otros derechos constitucionales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el derecho a la intimidad (art. 18 CE) y, en suma, el derecho a la libertad (art. 16 CE).<sup>17</sup> Esta conexión entre el derecho a la vivienda y otros derechos sociales hace que el carácter “digno y adecuado” de la misma deba definirse a partir de su relación con el resto de derechos tutelados por el ordenamiento y con las diferentes declaraciones y convenios sobre derechos humanos.<sup>18</sup> Es un derecho que se configura a través de las

---

<sup>16</sup> Sobre el artículo 47 CE puede verse: M. Bassols Coma, “Derecho a la vivienda: artículo 47”, en O. Álzaga Villamil (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo IV, Cortes Generales: Madrid, 1996; J. M. Muñoz Castillo, *El derecho a una vivienda digna y adecuada. Eficacia y ordenación administrativa*, Madrid, 2000; A. Jiménez Blanco, “El derecho a una vivienda digna y adecuada”, en J. L. Monereo et. al. (coord.), *Comentarios a la Constitución social y económica de España*, Granada, 2002, pág. 1711-1726; y P Garrido, “El derecho a una vivienda digna y adecuada”, en J. Tajadura (dir.), *Los principios rectores de la política social y económica*, Madrid, 2004, pág. 369 y ss.; y la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo.

<sup>17</sup> “El derecho a una vivienda tiene una vertiente de salvaguarda funcional de la libertad, puesto que la posesión y disfrute de una vivienda permite al ciudadano el disfrute de derechos fundamentales de libertad como la intimidad personal y familiar o la inviolabilidad de domicilio” (Ricardo García Macho: “Los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda como derechos funcionales de libertad”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 38, 2009, p. 86). El derecho a la vivienda también puede conectarse con los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la libertad de residencia (art. 19 CE) y a la participación en los asuntos públicos (véase Gerardo Pisarello, “El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 38, 2009).

<sup>18</sup> Ricardo García Macho: “Los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda como derechos funcionales de libertad”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 38, 2009, p. 67-96.

más diversas perspectivas jurídicas (civil, hipotecaria, urbanística, financiera, fiscal, etc).<sup>19</sup>

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

El peso decisivo otorgado por la Unión Europea a las libertades de mercado en relación con los derechos sociales se refleja en la forma en que aborda la cuestión la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) del año 2000. La citada Carta no consagra el derecho a una vivienda digna y adecuada, sino “una ayuda a la vivienda para garantizar una existencia digna a toda persona que no disponga de recursos suficientes”, cuyo alcance queda sujeto a “las modalidades establecidas por el derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales” (art. 34.3).

En el ordenamiento español es un derecho social, que según los límites a su exigibilidad establecidos por el artículo 53.3 de la CE, sólo puede ser alegado ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Y las leyes que desarrollan este precepto no reconocen el derecho a exigir a la Administración una vivienda digna y adecuada.<sup>20</sup>

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

---

<sup>19</sup> Véase Gerardo José Ruiz-Rico Ruiz: “La vivienda como derecho social y materia competencial en los nuevos estatutos de autonomía”, en *Dret a l'habitatge i servei públic d'allotjament català?: el desplegament de la Llei del dret a l'habitatge de Catalunya i els problemes de constitucionalitat de determinades actuacions estatals*, coord. por Juli Ponce Solé, 2009, pág. 81.

<sup>20</sup> Por el contrario en Francia si se reconoce el derecho a una vivienda y puede plantearse un recurso ante los tribunales de lo contencioso, una vez denegado el recurso administrativo (art. 1 Ley nº 2007/290, de 5 de marzo).



## § 2.2. MERCADO HIPOTECARIO Y SOBREENDEUDAMIENTO DE LAS FAMILIAS

### § 2.2.1. Datos y actitudes

Según reflejan los boletines económicos del Banco de España, el endeudamiento de las familias en relación con la renta disponible ha sido creciente hasta la crisis de 2008.<sup>21</sup> En diez años, el endeudamiento de las familias pasó de significar la mitad de la renta disponible a superar la renta disponible. En estos momentos, las deudas pendientes de los hogares españoles suponen un 105 % de la renta bruta del hogar endeudado mediano. Dichos pasivos se concentran en la mitad de la población, siendo los hogares más jóvenes los que dedican un porcentaje mayor de su renta (26 %) al pago de sus deudas. Del endeudamiento de las familias, el 90 % procede de la financiación de inversiones en activos inmobiliarios, es decir, de las hipotecas. Lo cual le hace destacar al Banco de España, en relación con lo que ocurre en otros países, “la considerable dependencia de las familias de nuestro país de la evolución de los precios de los activos inmobiliarios”.<sup>22</sup>

Las familias, dada su deuda hipotecaria, son especialmente vulnerables a la bajada de los precios de las viviendas. Con estas bajadas de precios ven reducido el valor de su garantía y quedan al descubierto. Pueden perder la vivienda y seguir debiendo dinero al banco.

Durante todo este periodo el Banco de España, observó el problema sin darle mayor importancia. Desde 2001 era consciente del problema del sobreendeudamiento de los consumidores. Según Fernando Restoy, entonces Jefe de Estudios y Monetarios y Financieros del Banco de España: “*No es difícil ver que, en el caso español, se ha producido, en los últimos años, una confluencia de efectos que ha tendido a alentar el crecimiento del endeudamiento de las familias, a partir de los factores de demanda y oferta señalados*”.<sup>23</sup> Y en 2004 advertía Fernando Restoy, en este caso junto a José Luis Malo de Molina, que: “*La ratio de endeudamiento de los hogares en proporción a su renta bruta disponible ha aumentado desde niveles del 45% a principios de los noventa hasta alcanzar el 90% con los últimos datos disponibles. Con esta duplicación, los*

---

<sup>21</sup> Véase Boletín Económico del Banco de España, octubre 2011, de donde tomamos los datos.

<sup>22</sup> Ibidem, pág. 132.

<sup>23</sup> Fernando Restoy, “El endeudamiento de las familias en España”, *Banco de España, Boletín Económico*, Diciembre 2001, pág. 49.

*hogares españoles, que partían de un grado de endeudamiento muy inferior al de la media de los países de la UEM, la han alcanzado y sobrepasado en muy breve espacio de tiempo*”.<sup>24</sup> Y añadían: “Además, el aumento del precio de los inmuebles tiende a realimentar el ciclo alcista al generar efectos riqueza positivos sobre el consumo e incrementar la predisposición al endeudamiento de las familias al ampliar el valor del colateral disponible”.<sup>25</sup> A su vez, en el año 2006, José Luis Malo de Molina a pesar de reconocer que “las familias han continuado aumentando su endeudamiento, vinculado principalmente a la adquisición de vivienda” y que el “ratio de endeudamiento sigue aumentando”, concluía su artículo de forma tranquilizadora al considerar que la situación patrimonial era saneada.<sup>26</sup> Las advertencias del Banco de España tuvieron que esperar al año 2008 y se limitaron al riesgo de sobreendeudamiento por el uso excesivo de las tarjetas de crédito.<sup>27</sup>

A su vez, desde la Asociación Hipotecaria Española se incentivó el endeudamiento familiar a través de las hipotecas, que no sólo se debían destinar a la adquisición de vivienda, pues en su opinión: “*En las economías modernas ya no se puede sostener que la vivienda sea exclusivamente un simple inmovilizado en el balance patrimonial de los hogares. Al contrario, cada vez más es un valor que, sin perder su finalidad de uso habitacional, se puede movilizar con un coste razonable para atender otras necesidades financieras*”.<sup>28</sup>

### **§ 2.2.2. Culpa y responsabilidad**

Está muy extendida la opinión de que el problema del sobreendeudamiento familiar con las consecuencias catastróficas que está teniendo es una responsabilidad compartida entre clientes y entidades de crédito. Según estas opiniones, la banca ha podido tener parte de responsabilidad, facilitando el crédito, pero el principal responsable es el

---

<sup>24</sup> José Luis Malo de Molina y Fernando Restoy, *Evolución reciente del patrimonio de empresas y familias en España: implicaciones macroeconómicas*, Banco de España, Documento Ocasional nº 0402, Madrid, 2004, pág. 12.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pág. 26.

<sup>26</sup> Banco de España, Documento Ocasional N.º 0505, 2005, pág. 33.

<sup>27</sup> “En todo caso, es necesario que el cliente sea perfectamente advertido de las condiciones económicas de la utilización de la tarjeta, en especial en las de pago aplazado, para evitar situaciones de consumo irresponsable y sobreendeudamiento” (Banco de España, *Memoria del Servicio de Reclamaciones*, 2008, pág. 229).

<sup>28</sup> AHE, “¿Es sostenible un crecimiento anual del crédito hipotecario a tasas del 20%?”, 27 de noviembre de 2003, disponible en:

<http://www.ahe.es/bocms/images/bfilecontent/2006/04/25/48.pdf?version=2>

cliente que toma la decisión de adquirir una vivienda por encima de sus posibilidades. Es un planteamiento que pone en un mismo plano al consumidor usuario del préstamo hipotecario y al profesional del mercado hipotecario. Quien conoce el mercado y sus riesgos es el profesional. El crédito hipotecario constituye la principal fuente de ganancias de la banca española. Es la banca quien diseña los productos y los comercializa a través de campañas publicitarias. Es la banca quien predispone el contenido de las escrituras hipotecarias. Es la banca quien debe evaluar la capacidad de endeudamiento del cliente y abstenerse de ofrecer préstamos por encima de la capacidad de reembolso. Las normas prudenciales y las buenas prácticas bancarias imponen estas conductas, ahora reforzadas por las previsiones sobre crédito responsable de la Ley de Economía Sostenible. La responsabilidad de haber concedido crédito por encima de los límites que marca la prudencia bancaria es del profesional. No se puede poner en un mismo plano la responsabilidad del banco en la concesión imprudente de créditos y la del cliente por solicitarlos por encima de sus posibilidades. Las normas de conducta bancarias protegen al cliente incluso contra sus propias decisiones. Es el banco quien debe medir la capacidad de reembolso del cliente y abstenerse de dar créditos que rebasen las normas prudenciales. Por lo demás hay que tener en cuenta que el objetivo del cliente es tener una vivienda en propiedad y el del banco realizar un negocio de crédito que en si mismo constituye un activo que alimenta la máquina de titularizar.

### **§ 2.2.3. Tratamiento legal del sobreendeudamiento**

No existe en España un tratamiento legal del sobreendeudamiento de los consumidores. Tan solo han existido diversas propuestas y actuaciones puntuales de carácter preventivo. Ya en 1999 el Consejo Económico y Social abogaba por la implantación de un sistema para solucionar los problemas de sobreendeudamiento de los consumidores de buena fe. Problema puesto de relieve por la mejor doctrina.<sup>29</sup> Desde la oposición los partidos políticos han presentado iniciativas para la regulación

---

<sup>29</sup> Según Ángel Trujillo: “El incremento del nivel de endeudamiento de las familias en los últimos años, aconseja desarrollar un política de prevención y curación del sobreendeudamiento de los consumidores, cuando menos para aquellos casos en los que la crisis financiera de la economía familiar trae origen en contingencias referidas a riesgos de la vida (fallecimiento, enfermedad, desempleo, invalidez, etc) que colocan al consumidor ante la imposibilidad de hacer frente al conjunto de su obligaciones de pago (sobreendeudamiento pasivo)”, en *El sobreendeudamiento de los consumidores*, Granada, 2003, pág. 149.

del sobreendeudamiento,<sup>30</sup> descartadas por innecesarias o poco urgentes. Una vez en el Gobierno, no han vuelto a reiterarlas. Ante las elecciones generales del 20 de noviembre de 2011, renacen las propuestas de nuevas leyes con propuestas de protección de las familias en riesgo de exclusión social.

La situación española de olvido del tratamiento de las crisis de las economías familiares es algo insólito en Derecho comparado. Hay dos modelos al respecto: 1) El francés, de carácter extrajudicial y preventivo, y 2) El alemán, que opta por un tratamiento concursal. La finalidad del procedimiento francés no es la satisfacción de los acreedores sino la superación de la situación de sobreendeudamiento en la que se encuentra el consumidor de buena fe. En Alemania se ofrece a las personas físicas honradas la posibilidad de iniciar una nueva vida tras atravesar una complicada situación económica.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Así la Proposición de Ley 122/000295, Relativa a la prevención y el tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, de 6 de mayo de 2003, en cuya exposición de motivos se dice: “El acceso al crédito se ha visto facilitado tanto por la ausencia de una normativa protectora específica de los consumidores, como por la práctica ausencia de control respecto a las operaciones financieras realizadas. A estas circunstancias se le han de añadir las agresivas campañas publicitarias de las entidades e instituciones financieras, ofreciendo operaciones de crédito al consumo como un recurso fácil, con la finalidad de captar clientes con dispar poder adquisitivo y explotar económicamente este sector del mercado.” Y sigue diciendo: “Este fenómeno no está contemplado en nuestro ordenamiento. Es decir, no existen mecanismos jurídicos concretos de prevención y de protección de los consumidores ante situaciones de sobreendeudamiento sobrevenido. Teniendo en cuenta la creciente incidencia de este fenómeno en nuestra sociedad, se hace necesario el establecimiento de una legislación específica que contemple dos aspectos fundamentales: un sistema de prevención del sobreendeudamiento y, en caso de que éste se haya producido, un sistema de protección extrajudicial y judicial de los consumidores que, mediante un determinado procedimiento facilite, conciliando los intereses del consumidor y del acreedor, el pago ordenado de las deudas pendientes en determinados casos de sobreendeudamiento sobrevenido, evite las situaciones de exclusión social y permita reconducir la situación personal y familiar en el futuro.” Según esta proposición se crearían “Centros de Arbitraje de Sobreendeudamiento” cuyas funciones serían desempeñadas por la Juntas Arbitrales Autonómicas. La función de estos Centros sería la mediación de deudas entre un consumidor sobreendeudado y sus respectivos acreedores mediante la elaboración de un plan de saneamiento económico y la emisión, en su caso, del correspondiente laudo. Proposición que seguía el modelo francés de prevención del sobreendeudamiento, cuya adopción habría tenido en opinión de Juana Pulgar Ezquerro efectos perversos, como un encarecimiento del crédito (en “Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, N.º 9, 2008, pág. 54).

<sup>31</sup> Véase una exposición del Derecho comparado en Ana Cañizares Laso: “Efectos del cumplimiento de las obligaciones contractuales por el comprador en el contrato de compraventa. Mecanismos de protección del comprador. Especial referencia al art. 1504 CC y a la moratoria del pago de los RD 1975/2008 y 97/2009”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2009.

### **§ 3. ESTUDIO DE LAS PRINCIPALES IMPLICACIONES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PERSONAL EN EL ÁMBITO HIPOTECARIO, ASÍ COMO DE LAS ALTERNATIVAS DE RESPONSABILIDAD MERAMENTE REAL (DACIÓN EN PAGO O SEMEJANTES).**

#### **§ 3.1. RESPONSABILIDAD UNIVERSAL Y MERCADO HIPOTECARIO**

El Código civil consagra en su art. 1911 el principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor que conlleva la garantía para el acreedor de poder satisfacerse en forma forzosa sobre sus bienes actuales y que pueda adquirir en el futuro.<sup>32</sup> Este artículo se ve completado con los artículos 1156 y 1157 de este mismo Código civil, que declaran la extinción de las obligaciones por el pago o cumplimiento de la prestación. A su vez el art. 570 de la LEC señala que: “*La ejecución forzosa terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante*”. Del juego de estos preceptos se infiere que el deudor hipotecario que incumple la satisfacción íntegra de sus obligaciones puede quedar excluido del acceso al crédito al ser incluido en los ficheros de morosos y convertido en deudor perpetuo.

El sistema actual favorece la exclusión social del deudor persona física, La vivienda habitual no es, por ende, un bien inembargable, y está sujeta a las normas generales sobre responsabilidad patrimonial (1911 Cc). Para Matilde Cuenca Casas,<sup>33</sup> excluir a la vivienda habitual de la agresión de los acreedores, bloquearía la posibilidad de los cónyuges de obtener crédito, pues aunque la vivienda sea considerado un bien de primera necesidad, también constituye normalmente el único valor patrimonial importante de la pareja. Luego en su opinión la protección a la vivienda habitual debe encontrar su límite en la salvaguarda de la capacidad de crédito familiar. Reconociendo que la Ley concursal se funda en el principio fundamental de la satisfacción de los acreedores, se cuestiona si debe atenderse a otros principios dignos de tutela, vigentes en nuestro sistema jurídico general, como el derecho a una vivienda digna. Según esta

---

<sup>32</sup> Antonio Gullón Balleteros, “Art. 1911”, en Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, tomo II, pág. 2055.

<sup>33</sup> Véase Matilde Cuenca Casas: “Algunas deficiencias de la ley concursal ante la insolvencia de la persona física”, disponible en <http://eprints.ucm.es>.

autora “*es preciso cohonestar los intereses del sistema financiero con los de las familias que, en ocasiones, se han visto en la tesitura de generarse un sobreendeudamiento hipotecario por consecuencia de las reglas de un mercado inmobiliario altamente especulativo y, también por consecuencia de determinadas actuaciones irresponsables de las entidades financieras, tal y como se está poniendo de relieve en la actualidad. Y es que el objetivo del proceso concursal, que es la satisfacción de los intereses de los acreedores, debiera compatibilizarse con el de evitar la exclusión social del deudor, objetivo presente en legislaciones de nuestro entorno que dotan a la insolvencia del consumidor de un estatuto especial.*”

A su vez Manuel Castilla propone redefinir la responsabilidad hipotecaria, haciendo soportar a las entidades de crédito parte de los riesgos de la inflación irracional del mercado inmobiliario asumiendo los fallos del sistema hipotecario.<sup>34</sup>

El art. 1911 del Código civil es un precepto que admite excepciones. El art. 140 de la Ley Hipotecaria permite pactar en la escritura de constitución de la hipoteca que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados.<sup>35</sup> Esta limitación también puede derivar del convenio concursal. Y según Antonio Gullón “*no sería lógico y coherente permitir a un acreedor hipotecario o a los acreedores del concursado limitar el art. 1911 y no a cualquier otro deudor*”.<sup>36</sup> Es decir que según este autor, la responsabilidad universal es un principio disponible en cualquier caso por las partes. De tal modo que deudor y acreedor pueden pactar libremente el régimen de la responsabilidad contractual de conformidad con el art. 1255 del Código civil.

---

<sup>34</sup> Véase Manuel Castilla Cubillas: “La responsabilidad patrimonial limitada en los préstamos hipotecarios como instrumento de modulación de los precios inmobiliarios”, *Actualidad Civil*, N.º 12, Tomo 1, Editorial La Ley, Quincena del 16 al 30 de junio de 2011, pág. 1355.

<sup>35</sup> Según dice el art. 140 de la Ley Hipotecaria, puede «válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados». Es el poder de mercado, con control de la oferta y la confianza de los clientes en las entidades, lo que determina que prácticamente todos los préstamos hipotecarios se concedan con responsabilidad universal. Manuel Castilla menciona el precedente Cuba sobre la responsabilidad limitada en el crédito hipotecario, figura que “fue implantada en la legislación cubana durante la Gran Depresión, como parte de un conjunto de medidas de protección de los deudores hipotecarios, que, en un contexto de deflación del mercado inmobiliario, llegaron a ser objeto incluso de una ordenación de rango constitucional” (*Ibidem*).

<sup>36</sup> *Ibidem*.

## § 3.2. LA DACIÓN EN PAGO Y SUS ALTERNATIVAS

Los clientes prestatarios responden de su préstamo hipotecario con todo su patrimonio. No pueden liberarse de su deuda mediante la dación en pago del inmueble.

La dación de la vivienda en pago de la totalidad de la deuda podría articularse como contenido del convenio concursal entre deudor y acreedores.<sup>37</sup> Sería una medida legal tutelada por la autoridad judicial. Pero esta solución es inviable para los deudores consumidores.

Algunas sentencias fuerzan con débiles argumentaciones el contenido de los preceptos legales con el fin de adquirir la liberación del deudor con la entrega de la vivienda. Así la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010, realiza un juicio de equidad, considerando a la banca, con sus malas prácticas, causante de la crisis, asignando sin motivo al inmueble el valor de la tasación inicial.<sup>38</sup> Estas sentencias pro-consumidor alegando razones éticas y de equidad no contribuyen a la solución del problema.<sup>39</sup> Hay que buscar soluciones con resultados prácticos equivalentes a la dación en pago, sin necesidad de realizar cambios legales, por ejemplo, la crisis como acontecimiento imprevisible que afecta a la responsabilidad del deudor hipotecario o el sistema de la ley hipotecaria que no permite mantener préstamos hipotecarios con garantías devaluadas, obligando a la entidad acreedora a requerir un complemento de la garantía (llamada al margen).

### § 3.2.1. Crisis y responsabilidad

La crisis económica es un acontecimiento imprevisible y fuera del control de los deudores hipotecarios. Han suscrito contratos en unas circunstancias que no son las actuales. Desde esta perspectiva podemos examinar su responsabilidad contractual.

El ejercicio de la responsabilidad contractual por parte del acreedor requiere que el incumplimiento haya causado daño al deudor y que sea imputable al deudor. Según Pantaleón, la culpa, en un sentido amplio incluyendo la negligencia, es el único criterio

---

<sup>37</sup> Álvarez Vega, ob. cit., pág. 543.

<sup>38</sup> Esta sentencia considera que ante la falta de pujas en la subasta se debe mantener como valor del inmueble el de la tasación original realizada al conceder el crédito, criterio también utilizado por el Auto del JPI núm. 44 de Barcelona de 4 de febrero de 2011.

<sup>39</sup> En este sentido también resultarían rechazables los argumentos éticos y morales del AJM núm. 3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010. Cuestión distinta es que se plantease cuestión de constitucionalidad sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria, y en particular frente al art. 698 de la LEC, por considerar que resulta insuficiente para garantizar los derechos constitucionales del deudor, como ha planteado la SJPI núm. 2 de Sabadell de 30 de septiembre de 2010, citada por Nasarre, cit., pág. 47.

de imputación de incumplimiento al deudor. Según el art. 1.105 del Código civil, habrá caso fortuito y el deudor no tendrá que responder, cuando la circunstancia que genere la falta de cumplimiento haya sido imprevisible e inevitable empleando la diligencia exigible. Para aplicar este artículo, y que el deudor quede exonerado de responsabilidad contractual, según Pantaleón, deben concurrir cuatro requisitos:

*(i) La falta de cumplimiento debe haber sido provocada por un impedimento ajeno al ámbito de control del deudor.*

En nuestro caso, de deudores consumidores de buena fe, la imposibilidad de hacer frente al pago de las cuotas hipotecarias ha sido provocada por la crisis económica, con la consiguiente pérdida de ingresos, impedimento ajeno al ámbito de control del deudor.

*(ii) Ha de tratarse de un suceso cuyo acaecimiento durante la vida de la relación contractual no fuera razonablemente previsible al tiempo de contratar*

La crisis económica era un acontecimiento imprevisible en el momento de contratar. O al menos así lo admite la banca y las autoridades económicas y financieras.<sup>40</sup>

*(iii) Y debe tratarse de un suceso cuyo acaecimiento durante la vida de la relación contractual no fuera razonablemente previsible al tiempo de contratar*

Al tiempo de contratar el principal argumento utilizado por la banca para comercializar los préstamos hipotecarios era que “los pisos nunca bajan de precio”. Desde luego lo que no se contemplaba por las entidades de crédito era una crisis económica con desplome de los precios de los inmuebles, criterio no discutido por los expertos y asumido de forma pacífica por la clientela.

*(iv) Y debe tratarse de un impedimento inevitable, en sí y en sus consecuencias, empleando la diligencia que correspondería al buen padre de familia*

No puede hacerse recaer sobre los clientes que aceptaron las ofertas de préstamos hipotecarios de las entidades bancarias el deber de haber prevenido las consecuencias de la crisis sobre sus hipotecas. La diligencia que no se exige al profesional, no puede exigirse al consumidor. La banca podía haber prevenido la crisis y haber limitado el

---

<sup>40</sup> Así lo alega la banca ante las reclamaciones de los clientes en casos de colocación de swaps o productos Lehman o isladeses, acompañando dictámenes periciales de empresas auditoras y de expertos financieros. Tanto las autoridades europeas (CESR), como las nacionales (Banco de España y CNMV), han reconocido la imprevisibilidad de la crisis.



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

De todo lo anterior, podríamos concluir que la crisis es un supuesto de caso fortuito, que podía haber sido evitado por el profesional del crédito, aunque la industria bancaria lo niega, pero que en cualquier caso puede ser una causa de exoneración de la responsabilidad del deudor consumidor de buena fe por caso fortuito.

Podríamos atribuir a la responsabilidad por hecho propio, la decisión de compra el inmueble con un préstamo bancario, la conducta dolosa, sino no fuera porque al tiempo de la compra el cliente era incapaz de entender e ignoraba los riesgos asociados a su decisión. Son los Notarios quienes atendiendo al Reglamento Notarial y a la Orden de transparencia de los créditos hipotecarios de 5 de mayo de 1994 han debido informar al cliente del contenido y de los riesgos de estas operaciones. No se trata de una mera lectura en voz alta de la escritura, el Notario debía explicar de forma clara y comprensible para el cliente las cláusulas hipotecarias predispuestas por los bancos. Pero son cláusulas complejas, de contenido técnico-financiero, de imposible comprensión por personas no expertas en las complejidades financieras. Los Notarios son expertos en Derecho con conocimientos mercantiles, pero esta formación mercantil no les convierte en especialistas en finanzas.<sup>41</sup> Careciendo de esa formación difícilmente han podido informar de forma comprensiva adaptada al perfil del cliente sobre los riesgos de cada una de las cláusulas hipotecarias.

El supuesto de caso fortuito para el deudor consumidor de buena fe lo liberaría de su responsabilidad según el Código civil. Sin embargo para evitar un enriquecimiento injusto hay que considerar que para liberarse de la deuda debe entregar la vivienda a su acreedor.

---

<sup>41</sup> Ni siquiera los notarios procedentes del cuerpo de Corredores de Comercio tienen la formación suficiente para conocer la esencia y los verdaderos riesgos de muchas de las cláusulas contenidas en las escrituras hipotecarias. Saben matemáticas financieras, pero poder hacer cálculos financieros no equivale a comprender el alcance de una cláusula suelo o de un swap y el riesgo de desequilibrio contractual.

### § 3.2.2. Llamada al margen

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

Para completar el sistema en caso de que el valor del inmueble caiga por debajo del préstamo, el acreedor está facultado para pedir un complemento de garantías, y de no aportarse, para pedir la cancelación anticipada del préstamo. Según dice el art. 5 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, si por razones de mercado el valor bien hipotecado *“desciende por debajo de la tasación inicial en más de un veinte por ciento, la institución financiera podrá exigir la ampliación de la hipoteca a otros bienes, a menos que el deudor opte por la devolución de la totalidad del préstamo o de la parte de éste que exceda del importe resultante de aplicar a la tasación actual el porcentaje utilizado para determinar inicialmente la cuantía del mismo”*.<sup>42</sup>

Este artículo plantea el tema de la llamada al margen (*margin call*): es una potestad que la banca no ha ejercitado en daño de la solvencia del sistema y de los deudores. Si al caer el precio en un 20 % los bancos hubieran llamado al margen, con aviso al cliente de la posible cancelación anticipada del préstamo en caso de no aportarse la garantía, el cliente siempre habría podido reconsiderar la operación en un momento en el que el inmueble mantenía un valor del 80 % de la tasación inicial.

Se trata de una potestad del banco acreedor que al mismo tiempo es un deber profesional. Razones de solvencia de la entidad acreedora y del conjunto del sistema financiero aconsejan pedir ese complemento de garantía o, ante la falta de la aportación de nuevas garantías, optar por la cancelación del préstamo, con ejecución en su caso del inmueble. Esta llamada al margen, también es una medida en protección del cliente que tiene derecho a recibir un aviso del banco sobre la pérdida de valor del inmueble.

---

<sup>42</sup> Precepto en la actualidad desarrollado por el art. 9 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril.

De haber cumplido con este deber profesional los clientes habrían conocido el deterioro de la garantía en el preciso momento en el que la dación en pago todavía cubría el importe del préstamo. Los bancos han ignorado este deber y no han avisado a los clientes de la pérdida de valor de sus inmuebles, ni han requerido la aportación de nuevas garantías, en contra de las más elementales reglas prudenciales. Al actuar de este modo, los clientes han perdido la oportunidad de reaccionar a la pérdida de valor de sus inmuebles, entregando el inmueble para saldar su deuda.

La depreciación posterior de los inmuebles hace ya inviable la dación en pago, pues conforme el principio de responsabilidad universal, aún con la entrega del inmueble, el cliente mantendría la deuda por la parte no cubierta por el valor de adjudicación (en este momento del 60%).

Esta omisión del deber del banco de avisar de la pérdida del valor del inmueble por debajo del préstamo, con el consiguiente requerimiento de complemento de garantías, responde al interés del banco de no reflejar en su contabilidad esta circunstancia. De haber cumplido con la obligación de llamar al margen, el valor real de los inmuebles hipotecados se habría visto reflejado en sus cuentas con el consiguiente impacto sobre su solvencia. En ese conflicto de interés los bancos acreedores optaron por la omisión de sus deberes profesionales, sacrificando el interés del cliente en conocer el valor real del inmueble hipotecado, en un momento en que todavía su valor alcanza al del préstamo concedido.

La entidad acreedora debía haber tasado el inmueble en el momento en el que su precio de mercado hubiera descendido un 20 % sobre el de la tasación inicial. Esta tasación debió haber sido comunicada al cliente, al tiempo que por razones de solvencia el banco acreedor debería haber solicitado al cliente la ampliación de garantías o el reembolso anticipado del crédito. La omisión de este deber profesional ha privado al cliente de la oportunidad de haber iniciado de una ejecución hipotecaria que concluyera ante la falta de postor con la asignación del inmueble al valor de la tasación realizada, es decir, con un 20 % de descenso sobre la original. El Banco incumplidor no puede favorecerse de su negligencia, de tal modo que tras una subasta desierta el valor de adjudicación nunca debe ser inferior al 80 % de la tasación inicial.

Esta argumentación se ajusta al sistema de la ley hipotecaria y resuelve el problema de la mayor parte de los hipotecados, sin necesidad de acudir a la defensa de la dación en pago con argumentos que fuerzan las bases de nuestro Derecho contractual.

## **§ 4. PROPUESTAS PARA MEJORAR EL EQUILIBRIO DE LAS RELACIONES BANCO/CLIENTES EN EL ÁMBITO DE LA HIPOTECA PARA VIVIENDA HABITUAL**

### **§ 4.1. INTRODUCCIÓN**

Ante la grave situación en que se encuentran muchas familias sobreendeudadas, que no pueden hacer frente al pago de sus cuotas hipotecarias con riesgo de exclusión social por la pérdida de su vivienda, conviene que nos preguntemos por las soluciones de este problema. Hay coincidencia en la necesidad de reforzar la protección al hipotecado para evitar que situaciones como la actual puedan volver a producirse. Las medidas pueden ser preventivas, a través de la información precontractual, o curativas, de carácter concursal. Más difícil es resolver sobre la situación actual, sobre qué hacer con las familias que ya están perdiendo su vivienda por ejecuciones hipotecarias, tema que dejamos para el siguiente capítulo.

### **§ 4.2. MEDIDAS PREVENTIVAS**

#### **§ 4.2.1. Mejorar la transparencia**

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

#### § 4.2.2. Hacer efectivo el asesoramiento técnico

Las entidades financieras tienen la obligación profesional de informar del contenido técnico de los productos y servicios financieros. Este asesoramiento técnico va más allá de la mera descripción del producto. Según la Comisión Europea, un buen asesoramiento aumenta la confianza del consumidor. Por esta razón, la Comisión “*desea promover criterios rigurosos de asesoramiento hipotecario, admitiendo, por otra parte, que no todos los consumidores precisan un mismo nivel de asesoramiento*”.<sup>43</sup>

El marco legal encarga al Notario la transmisión al cliente de la información financiera y lo debe hacer de forma comprensible,<sup>44</sup> “*advirtiendo expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas*”.<sup>45</sup>

Los Notarios conocen el Derecho, pero no tienen por qué ser expertos en finanzas. Se ven obligados a traducir y exponer al cliente de forma comprensible atendiendo a sus circunstancias personales, las cláusulas predispuestas por las entidades financieras.

La labor de información y de asesoría técnica debe recaer sobre las entidades que comercializan los préstamos hipotecarios. En el régimen de la hipoteca inversa ya se reconoce la necesidad de este asesoramiento. En el marco del régimen de transparencia y protección de la clientela, las entidades que concedan hipotecas inversas deben “*suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto*”.<sup>46</sup>

Cuestión distinta es si las entidades bancarias deben prestar el servicio de asesorar al cliente seleccionando en el mercado el producto más adecuado a su perfil. Dicho servicio va más allá del asesoramiento técnico sobre el contenido y los riesgos de la operación. Para prestar el servicio autónomo de asesoramiento financiero, los

---

<sup>43</sup> Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE, Bruselas, 18.12.2007 COM (2007) 807 final.

<sup>44</sup> Véase el art. 193 del Reglamento Notarial, en relación con lo dispuesto en la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de los préstamos hipotecarios (régimen comentado por Nasarre, ob. Cit., pág. 31 y 32), y, a partir de su entrada en vigor a los nueve meses de su publicación en el BOE, por el capítulo sobre normas relativas a los créditos y préstamos hipotecarios, de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre.

<sup>45</sup> Preámbulo de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los Préstamos Hipotecarios, y según obligaciones recogidas en el art. 7 de esta Orden, que serán sustituidas, en la fecha de entrada en vigor, por lo dispuesto en el art. 30 de la Orden EHA/2899/2011.

<sup>46</sup> Disposición adicional primera, apartado 4, de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

intermediarios deben realizar un estudio de las ofertas disponibles en el mercado de modo que puedan recomendar aquellas que más se adecuen a las necesidades, la situación financiera y las circunstancias personales del consumidor. Según la propuesta de Directiva comunitaria sobre préstamo hipotecario dicho servicio solo podrá comercializarse como asesoramiento cuando se informe al consumidor de que se está prestando ese servicio adicional y se le informe de forma transparente de la remuneración que se cobra por dicho servicio. Esta es la solución recogida en el art. 10 de la Orden EHA/2899/2011, que exige suscribir un contrato y la obligación de actuar en el mejor interés del cliente.

#### **§ 4.2.3. Desarrollar la obligación de concesión responsable de crédito**

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

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

De tal modo que esta propuesta de Directiva traslada al ámbito del crédito hipotecario las obligaciones de concesión responsable de crédito ya recogidas en la

Directiva de crédito al consumo, aunque actualizadas atendiendo al marco MiFID de protección al cliente que rige en el mercado de valores. Según esta propuesta las obligaciones de información financiera al cliente se deben corresponder con su nivel de conocimientos y de experiencia en materia de crédito. También se obliga al prestamista a evaluar la capacidad del consumidor para reembolsar el crédito, atendiendo a las circunstancias personales de este y basándose en información suficiente. Y lo más importante desde el punto de vista de protección al cliente, se establece la obligación de abstención de dar crédito cuando los resultados de la evaluación de la solvencia sean negativos. Es decir prohíbe expresamente la concesión irresponsable de crédito.<sup>47</sup>

En España el art. 18 de la Orden EHA/2899/2011, desarrolla las previsiones sobre evaluación de la solvencia recogidas en la Ley de la economía sostenible. Se debe evaluar la capacidad del cliente para cumplir sus obligaciones y tener los procedimientos internos para realizar las evaluaciones. No se recoge la prohibición de conceder préstamos ante evaluaciones negativas. Por el contrario el último apartado del art. 18 de la Orden recoge una cláusula de exención de responsabilidad, útil *disclaimer* para las entidades con el siguiente tenor: *“La evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes.”*

### **§ 4.3. MEDIDAS CURATIVAS**

#### **§ 4.3.1. Desarrollo de la Ley concursal**

La Ley concursal, de 9 de julio de 2003, unificó el tratamiento de la crisis de empresas y familias, pero sin contemplar las particularidades de la insolvencia familiar. Peor aún, penaliza el tratamiento del concurso del consumidor.<sup>48</sup> Frente a la que ocurre con las empresas insolventes, los consumidores no se benefician de la paralización de la ejecución de las garantías reales (art. 56 LC). Esta paralización solo opera respecto de

---

<sup>47</sup> No hay aquí como en el mercado de valores la posibilidad de intermediar en operaciones no adecuadas al perfil del cliente, avisándole de la falta de conveniencia (véase art. 79 bis.7 LMV).

<sup>48</sup> Pulgar Ezquerro, cit., pág. 47.

bienes afectos a la actividad empresarial y no incluye, por lo tanto, la vivienda habitual. Además no hay un concurso simplificado para el consumidor. Y lo más gravoso, no se contempla la liberación del deudor consumidor tras la liquidación concursal, una liberación que le permita empezar de nuevo y evitar la exclusión social y financiera.

En suma, la Ley Concursal contempla la paralización de la ejecución de las garantías reales y exoneración del deudor concluida el concurso, limitando de este modo el principio de responsabilidad universal del art. 1911 del Código civil, pero discrimina a los deudores consumidores quienes no pueden paralizar la ejecución de la hipoteca sobre su vivienda habitual ni quedan liberados de las deudas no satisfechas una vez concluido el concurso. Esta opción legislativa se aparta de las recomendaciones de las Naciones Unidas y de las soluciones del Derecho comparado.

Es un modelo incompleto que penaliza a las familias frente a las empresas. Hay quien justifica esta opción de política legislativa en el interés por compensar a la banca de los cambios legales. En palabras de Juana Pulgar, estamos ante *“el interés en compensar a los acreedores profesionales la pérdida del denominado «trono de la hipoteca», que respecto de deudores empresarios o profesionales contempla la paralización de ejecuciones, incluidas las dotadas de garantía real, hasta que se alcance un convenio o transcurra un año desde la declaración del concurso, sin que se haya abierto la liquidación”*.<sup>49</sup> Y añade esta autora, la *“no introducción de mecanismos exoneratorios de pasivo insatisfecho tras la liquidación, permite recuperar respecto de los deudores consumidores en particular, el 100% de su crédito dentro del concurso o tras su conclusión dada la subsistencia de la responsabilidad universal del deudor (art. 1911 CC)”*.

Esta opción puede resultar contraria al derecho a la igualdad, al tratarse de forma distinta a los deudores, según sean empresas o consumidores. Las empresas pueden paralizar la ejecución del inmueble en el que operan y las familias no pueden paralizar el inmueble en el que viven; las empresas pueden quedar exoneradas de las deudas tras la conclusión del concurso y las familias no pueden quedar exoneradas de sus deudas tras la liquidación concursal. Se modula para las empresas el principio de responsabilidad universal y se niega dicho beneficio para las familias.

---

<sup>49</sup> Ibidem, pág. 65.



No hay en el ordenamiento español la oportunidad para el deudor consumidor de empezar de nuevo (*fresh start*). No se contempla un mecanismo exoneratorio del pasivo insatisfecho que libere al deudor de buena fe (*discharge*), como es habitual en los ordenamientos de nuestro entorno que aplican la recomendación número 194 de la Guía Legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre el Régimen de la Insolvencia, de 25 de julio de 2004, según la cual: “*Cuando una persona física pueda acogerse al régimen de la insolvencia en calidad de deudor, convendría regular la cuestión de la exoneración del deudor de su responsabilidad por las deudas contraídas antes de la apertura del procedimiento*”.

La reforma concursal realizada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, omite pronunciarse sobre esta grave carencia y se limita a obligar al Gobierno a remitir a las Cortes un informe sobre las medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente las garantizadas con hipoteca. En la pasada legislatura se creó una subcomisión parlamentaria para abordar este tema sin que sus trabajos llegaran a ninguna conclusión, ante la disolución anticipada de las Cortes.<sup>50</sup>

Ante las elecciones generales del 20 de noviembre de 2011, los dos grandes partidos se plantean la reforma de la Ley concursal con el fin de completarla dando un tratamiento específico al concurso del deudor consumidor. El programa del Partido Popular para las elecciones generales del 20 de noviembre de 2011 incluye la siguiente propuesta: “*Reformaremos la ley concursal para introducir en los procedimientos de insolvencia de las personas físicas, con las debidas garantías para evitar comportamientos abusivos, mecanismos de liberación de los deudores tras la ejecución del patrimonio embargable*”.<sup>51</sup> Subyace en esta propuesta un miedo al riesgo moral (*moral hazard*) que supone aplicar a las familias lo que ya se contempla para las empresas. Ante la posibilidad de acudir a un procedimiento en el que me liberen de las deudas que no puedo pagar, se puede estar incentivando el consumo irresponsable y el sobreendeudamiento. Pero ese riesgo moral también existe para las empresas y la ley

---

<sup>50</sup> Se realizaron diversas comparecencias, cuyo contenido no se ha publicado negando el Congreso el acceso a las transcripciones, por lo que no se han podido tener en cuenta en la elaboración de este informe.

<sup>51</sup> A su vez, el PSOE propone en su programa lo siguiente: “*Mejoraremos la protección de los consumidores afectados por situaciones de sobreendeudamiento mediante una regulación específica de un procedimiento concursal para las familias*”.

concurzal contempla la posibilidad de que concluido el concurso queden liberadas de sus deudas. Y también existe para la banca que concedora de que en caso de dificultades va a recibir ayudas públicas, y esta circunstancia puede tener constituir un incentivo para operar con mayor riesgo incrementando sus beneficios.

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

#### **§ 4.3.2. Mejorar el sistema de subastas**

El sistema de subastas recogido en la LEC ha sido muy criticado por su falta de eficacia. No obstante su posible mejora, no consideramos que sea un elemento esencial para hacer frente al problema actual. Hay un problema de tasaciones exageradas y de sobreendeudamiento sobrevenido como consecuencia del crédito irresponsable y de la crisis económica. Los deudores no pueden pagar y los inmuebles han bajado de precio, no siendo su valor de mercado en muchos casos suficiente para hacer frente a la deuda hipotecaria. Por mucho que se mejore el sistema de subastas el problema de la insuficiencia de la garantía para hacer frente al reembolso de la deuda subsistirá. De todas formas, no hay duda de que se podría mejorar la publicidad de la subasta y fomentar las iniciativas de subastas por internet.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> Existe un Portal de Subastas Judiciales del Ministerio de Justicia, punto de acceso único a información pública sobre subastas judiciales que permite el seguimiento y la participación, con total seguridad, en subastas judiciales a través de Internet, creado con el objetivo de “disminuir el impacto de los subasteros” (<https://subastas.mjusticia.es/subastas/home.do>).

## **§ 5. PROPUESTAS PARA PALIAR LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN PRECARIA, POR NO HABER PODIDO HACER FRENTE AL PAGO DE LA HIPOTECA DE SU VIVIENDA**

Lo más problemático al buscar una solución al problema del sobreendeudamiento es decidir qué hacer con las familias que ya se encuentran ante la imposibilidad de pagar sus hipotecas y en riesgo de exclusión social. Las medidas que se adopten no deben tener aplicación retroactiva afectando a los derechos adquiridos. Estos principios son de aplicación prioritaria en el mercado financiero. Esta es una de las razones para no admitir la dación en pago como solución general. Hay que buscar medidas paliativas que no alteren el contenido de los contratos, ley entre las partes. Veamos las que se han venido adoptando y las que proponemos que se adopten.

### **§ 5.1. MEDIDAS ADOPTADAS**

Desde que comienza la crisis financiera en el verano de 2007, se han realizado diversas reformas legales. Hagamos referencia a las principales.<sup>53</sup>

#### **§ 5.1.1. Reforma hipotecaria realizada por la Ley 41/2007**

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas, ignora la crisis y reforma el mercado hipotecario a satisfacción de la industria bancaria. Abre el mercado a nuevos productos de endeudamiento como la hipoteca inversa o la hipoteca de máximos,<sup>54</sup> cuando el Libro Blanco de la Comisión Europea ya había puesto en cuestión dichas prácticas por

---

<sup>53</sup> Otras medidas adoptadas son la moratoria parcial de las cuotas hipotecarias para parados, la ampliación del mínimo vital inembargable o la gratuidad de los trámites de alargamiento del plazo de las hipotecas.

<sup>54</sup> Esta Ley fue calificada por la Asociación Española de Banca de auténtica “ley de medidas en materia hipotecaria”, de un sistema que había demostrado su buen funcionamiento, necesitado de correcciones menores (Francisco Uría, Vicesecretario General de la AEB, Presentación sobre “El impacto de la reforma hipotecaria en las entidades de crédito”, donde considera que la hipoteca inversa “responde a una demanda social”, disponible en:

[http://www.bduimp.es/archivo/conferencias/pdf/08\\_10100\\_09\\_FranciscoUria\\_idc38328.pdf](http://www.bduimp.es/archivo/conferencias/pdf/08_10100_09_FranciscoUria_idc38328.pdf)

“los riesgos potenciales que conllevan”.<sup>55</sup> Al mismo tiempo esta reforma facilita la titulización de hipotecas de baja calidad (subprime), emitidas por debajo de los estándares mínimos recogidos hasta entonces en el art. 5 de la Ley Regulación del Mercado Hipotecario, cuando el Libro Blanco ya advertía de que era necesario estudiar los *“incentivos que llevan a los prestamistas hipotecarios a sacar el riesgo del balance”*, como posible desencadenante de la crisis.<sup>56</sup>

La Ley 41/2007, modifica el art. 5 de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario, para facilitar la titulización de hipotecas subprime derogando un párrafo esencial del sistema hipotecario, precisamente el que cerraba la posibilidad del capital negativo (*negative equity*), es decir, la posibilidad de mantener en el mercado hipotecas por un importe superior al valor del inmueble hipotecado. Este párrafo, incluido en la redacción original de la Ley, y suprimido en la nueva redacción del artículo, decía: *“Si por razones de mercado o por cualquier otra circunstancia que haga desmerecer el precio del bien hipotecado el valor del mismo desciende por debajo de la tasación inicial en más de un veinte por ciento, la institución financiera podrá exigir la ampliación de la hipoteca a otros bienes, a menos que el deudor opte por la devolución de la totalidad del préstamo o de la parte de éste que exceda del importe resultante de aplicar a la tasación actual el porcentaje utilizado para determinar inicialmente la cuantía del mismo”*.

No obstante a la posible supresión del párrafo por la Ley 41/2007, de 19 de diciembre, el art. 9 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, da nueva redacción al desarrollo reglamentario, hasta entonces recogido en el art. 29 del Real Decreto 685/1982, con el siguiente contenido:

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

---

<sup>55</sup> Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE, COM (2007) 807 final, Bruselas, 18.12.2007, pág. 12.

<sup>56</sup> Ibidem, pág. 11.

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

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

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

De hecho tanto las bases de legislación del Banco de España como la de la CECA siguen recogiendo en el art. 5 de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario, el párrafo suprimido. Surge así como consecuencia de la nueva redacción del art. 5 una inseguridad jurídica y financiera. Está en juego el cierre del sistema hipotecario, la válvula de seguridad, que exige no dar hipotecas por encima del 80% del valor de la vivienda, y en caso de que por cualquier circunstancia, el valor de la vivienda descienda un 20 % del valor de tasación inicial, se pueda y se deba llamar al margen, para que el cliente complete la garantía o reembolse el crédito.

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

#### **§ 5.1.2. Ley 2/2009, de 31 de marzo, de intermediación en el crédito**

Un estudio sobre los intermediarios de crédito no bancarios publicado por la Comisión Europea pone de relieve la diversidad de regímenes legales y la necesidad de

armonizarlos para impulsar un mercado hipotecario único en la Unión Europea.<sup>57</sup> Buena parte de los Estados miembros someten a registro o vigilancia administrativa la actuación de este tipo de intermediarios. Pero los criterios para regular este sector del crédito son de los más diversos. Van desde la necesidad de obtener la licencia bancaria, como ocurre en Francia o Austria, hasta el mero registro como entidad no bancaria en el supervisor financiero, caso del Reino Unido, o la situación España, que encuadra a este tipo de intermediarios en el ámbito del consumo, con la pretensión de elevar la transparencia con la que operan los prestamistas privados al régimen ya aplicable a las entidades bancarias registradas en el Banco de España. A su vez, la propuesta de Directiva sobre préstamos hipotecarios pretende que todos los prestamistas, sean o no entidades bancarias, estén adecuadamente regulados y supervisados, para lo cual establece que las entidades no bancarias deben estar sujetas a una autorización, una inscripción en registro y una supervisión adecuados.

En España pese a la petición del Defensor del Pueblo, y con la opinión favorable del Banco de España, se ha optado por ley especial, de 31 de marzo de 2009, para regular a los intermediarios de crédito.<sup>58</sup> Es una ley que acerca pero no iguala el estatuto de estos intermediarios al de las entidades bancarias. Se crean así dos niveles de protección, el de los clientes que contratan con un intermediario de crédito y los que lo hacen con una entidad bancaria. Pero lo más discutible, y a lo que se opuso el Defensor del Pueblo, los intermediarios de crédito han quedado bajo el registro y vigilancia de las autoridades de consumo, con menores potestades, medios y conocimientos que el Banco de España en relación con este tipo de tareas de supervisión financiera. De hecho, tras más de dos años de vigencia del nuevo marco legal, todavía no se tienen noticias de cómo están desarrollando su función de control las autoridades de consumo sobre estos nuevos intermediarios financieros, más allá de la simple apertura de registros.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> Europe Economics Europe Economics, *Study on Credit Intermediaries in the Internal Market (MARKT/2007/14/H)*, Final Report, 15 de enero de 2009.

<sup>58</sup> Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, más conocida como Ley de la intermediación en el crédito. Es una ley que consolida la actividad profesional de los prestamistas privados y ofrece un nuevo marco de transparencia a los intermediarios de crédito.

<sup>59</sup> Real Decreto 106/2011, de 28 de enero, por el que se crea y regula el Registro estatal de empresas previsto en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, y se fija el importe mínimo del seguro de responsabilidad o aval bancario para el ejercicio de estas actividades; comentado por Alfonso Rentería Arocena, Registrador de la Propiedad de

Con la crisis financiera la banca ha dejado de cumplir su misión de canalizar el ahorro hacia las necesidades de financiación de las empresas. Son las familias y las pequeñas y medianas empresas las principales perjudicadas. La falta de crédito las aboca al concurso. El Gobierno ha reaccionado creando nuevas líneas de financiación a través del Instituto de Crédito Oficial, con medidas concretas que tratan de asegurar que el crédito llegue a las empresas, a través por ejemplo de la mediación de los denominados facilitadores financieros. El facilitador es un nuevo asesor financiero encargado de analizar las solicitudes de crédito ICO, verificar su credibilidad y presentarlas a la entidad de crédito elegida por el cliente, negociando su concesión. Los bancos siguen siendo los distribuidores de los créditos ICO. Pero cuentan ahora con la ayuda de una red de facilitadores de crédito gestionada por el ICO para tramitar y analizar las peticiones de crédito. Estamos ante una labor profesional que deben realizar los asesores financieros, cuyo régimen depende del sector en el que desarrollan su actividad. En seguros, se denominan corredores, en Bolsa, empresas de asesoramiento financiero (EAFI), y en banca, intermediarios de crédito. Se discutió quien debía supervisar a los asesores financieros y las soluciones han sido dispares. Frente a corredores y asesores de inversiones cuya vigilancia corresponde a los supervisores financieros, los intermediarios de crédito han quedado por fin bajo el registro de las autoridades de consumo. Bajo este marco, son los intermediarios de crédito quienes mejor pueden desempeñar la función de facilitar el crédito del ICO frente a las entidades de crédito. Sin embargo el Gobierno ha preferido acudir al auxilio de las Cámaras de Comercio para que desempeñen esta labor. Tal vez por un mimetismo con el proyecto desarrollado en Francia. Mejor sería rectificar y abrir la mediación a quienes conocen el mercado y están acostumbrados a tratar con bancos y cajas, es decir a los profesionales de la mediación en el crédito.

### **§ 5.1.3. Informe sobre protección del hipotecado**

La disposición adicional única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, establece que: *“El Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas*

---

Bilbao, “La calificación registral de préstamos y créditos hipotecarios en la Ley 2/2009 y el Real Decreto 106/2011”, de 22 de febrero de 2011, disponible en [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com).

*físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente las garantizadas con hipoteca.*

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

## **§ 5.2. PROPUESTA DE MEDIDAS**

La situación actual es de tal gravedad que se impone un acuerdo parlamentario que sea asumido por el sector, que podría incluir moratoria en el pago de las cuotas durante el tiempo que duren las circunstancias excepcionales. De forma paralela el Gobierno podría aprobar un modelo de Código de conducta en la comercialización y ejecución de préstamos hipotecarios, que debería ser aprobado por las entidades de forma inmediata. Otras medidas son la prevención de la usura, la efectividad de las coberturas ofrecidas por la banca ante la subida de los tipos en forma de swaps y la efectividad de los seguros que acompañan a la hipoteca. También nos vamos a detener en las alternativas a la dación en pago y la necesidad de reforzar la independencia del supervisor.

### **§ 5.2.1. Acuerdo político asumido por el sector**

La grave situación en que se encuentran las familias hipotecadas y la banca acreedora aconsejan dar una respuesta inmediata a través de un acuerdo político que sea asumido por los bancos acreedores a través de sus organismos representativos (AEB y CECA). Existen precedentes en los que ante situaciones menos graves se ha llegado a un acuerdo político asumido por la industria bancaria con buenos resultados. Así ocurrió con el problema de las tarjetas bancarias. Las tasas de intercambio fijadas unilateralmente por las redes de tarjetas eran desproporcionadas, superaban con creces las medias europeas y estaban ahogando al pequeño y mediano comercio. Existieron diversas iniciativas legislativas con el fin de solucionar el problema. Ninguna llegó a prosperar. Sin embargo, a través del Senado se llegó a un acuerdo político que fue asumido por la banca, quien se comprometía a una reducción progresiva de las tasas de intercambio y en consecuencia de los descuentos aplicados a los comerciantes en el uso de tarjetas.



También hay otros precedentes como el convenio suscrito entre el Gobierno y la AEB, de 29 de abril de 2008, en cuya virtud, se compromete a promover entre las entidades de crédito que éstas, de manera voluntaria, puedan renunciar a sus comisiones en el caso de una modificación hipotecaria relativa a la ampliación del plazo del préstamo.<sup>60</sup>

Parte de ese acuerdo asumido por la banca podría ser una moratoria en los pagos de las cuotas hipotecarias. Se podrían facilitar los aplazamientos de pago, a semejanza del art. 11 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la Venta a Plazo de Bienes Muebles, que autoriza a los jueces a imponerlos en atención a desgracias familiares o circunstancias que lo aconsejen. Esta moratoria tan solo supondría el aplazamiento en el pago, sin condonación de deuda. Se trata de una reestructuración de la deuda que genera más negocio para la banca, pues cobra más y durante más tiempo. Con mayor recelo deben verse las propuestas que extienden la moratoria, en situaciones extremas, a la posibilidad de descargar definitivamente al deudor de sus obligaciones, de modo total o parcial.

Hay otro elenco de posibilidades que podrían acompañar a la moratoria, como la supresión de tasas, costas, moderación de cláusulas penales, o la paralización del devengo de intereses durante el proceso, que coadyuven a superar las dificultades para atender los créditos pendientes de abono. También podría modificarse la previsión legislativa (art. 1.173 Código Civil) que obliga a abonar antes los intereses que el capital, atenuando la perpetuación de la deuda ante la imposibilidad de ir disminuyendo la cifra que genera obligaciones accesorias.

### **§ 5.2.2. Código de Conducta para la comercialización y ejecución de los préstamos hipotecarios**

El art. 37 de la Ley de Competencia desleal se refiere al fomento por parte de la Administración y de las asociaciones profesionales de “*códigos de conducta relativos a las prácticas comerciales con los consumidores, con el fin de elevar el nivel de protección de los consumidores y garantizando en su elaboración la participación de las organizaciones de consumidores*”. El mercado financiero no es ajeno a este tipo de

---

<sup>60</sup> Mencionado por Fracisco Uría en la Presentación más arriba citada.

códigos. El art. 78 de la LMV establece que las entidades de crédito que presten servicios de inversión deberán cumplir los códigos de conducta que apruebe el Gobierno y sus reglamentos internos de conducta.

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

En este marco, proponemos la aprobación por el Gobierno de un modelo de “Código de Conducta para la comercialización y ejecución del préstamos hipotecarios” a adoptar a corto plazo por todos los bancos y demás intermediarios financieros como reglamento interno de conducta.

Conforme a las previsiones del Gobierno las entidades se comprometerían a aplicar un protocolo en la ejecución de préstamos hipotecarios con consumidores.<sup>61</sup> En caso de discrepancia con el cliente, este podría acudir a las autoridades de consumo o al Servicio de Reclamaciones del Banco España para que resolviera sobre la correcta aplicación por parte de la entidad de las normas de conducta y de protección del consumidor en la relación hipotecaria. En los casos en que la reclamación fuera resuelta a favor del cliente, la entidad de crédito, conforme al compromiso asumido en el reglamento interno de conducta, debería asumir su responsabilidad admitiendo en caso de haber concedido crédito irresponsable la dación en pago del inmueble como mecanismo de resolución anticipada del contrato.

El modelo de Código de Conducta que apruebe el Gobierno debe recoger al menos los siguientes puntos:

- Con carácter previo a la ejecución del inmueble la entidad acreedora comunicará al cliente el procedimiento a seguir, absteniéndose de cualquier llamada o comunicación destinada a presionar al cliente para el pago de sus obligaciones.

---

<sup>61</sup> Véase el Código que existe al respecto en el Reino Unido.

- La entidad de crédito debe permitir al deudor presentar un escrito de alegaciones en los que pueda expresar sus circunstancias personales y ofrecer un plan de pagos.
- La entidad de crédito deberá dar respuesta motivada al deudor contestando a cada uno de los puntos de su escrito de alegaciones.
- Con carácter previo a la ejecución del préstamo hipotecario la entidad acreedora informará al cliente de que puede acudir a las autoridades de consumo o al Servicio de reclamaciones del Banco de España para determinar si se han respetado los derechos del consumidor y las buenas prácticas financieras en la comercialización del préstamo hipotecario.
- La entidad de crédito asume el compromiso de atender la resolución favorable al cliente que resulte del procedimiento de reclamación ante las autoridades de consumo o ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España.
- En caso de acreditarse una concesión irresponsable del crédito se compromete a admitir la dación en pago del inmueble como pago del préstamo, quedando liberado el cliente de la deuda hipotecaria.

### § 5.2.3. Evitar la usura

La garantía hipotecaria se extiende hasta la denominada “cifra de responsabilidad hipotecaria” que comprende la deuda del principal, los intereses remuneratorios pendientes de pago, los intereses de demora, más los gastos y costas judiciales. En estas partidas destacan los intereses moratorios muchas veces superiores al 20 %.<sup>62</sup> El art. 20 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de crédito al consumo, establece que en ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos “un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero”. Esta referencia ha sido utilizada por la jurisprudencia para integrar el supuesto de la usura identificado en la Ley Azcárate de 23 de julio de 1908.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> Nasarre, ob. cit., pág. 6.

<sup>63</sup> Se puede aplicar para moderar los intereses abusivos la doctrina del TS según la cual: “*Declarada abusiva la cláusula que impone el interés moratorio en el 29% anual, se declara la nulidad parcial de la misma en el sentido de fijarlo en un montante que resulta no de la aplicación analógica, ni mucho menos la aplicación retroactiva de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, sino, como antes se ha dicho, inspirándose en ella, como interpretación, fijando la tasa anual equivalente en 2,5 veces el interés legal del dinero*” (STS, Civil sección 1 del 23 de Septiembre del 2010). En este sentido la sentencia AP Asturias, a 20 de Julio del 2010, considera que “*el límite de dos meses y medio el interés legal del dinero*”

#### § 5.2.4. Resolver el problema de los swaps

La banca ha colocado a familias seguros destinados a minorar el riesgo de la subida de tipos de interés en sus préstamos hipotecarios que han resultado ser permutas financieras (swap, en inglés), verdaderas apuestas sobre la evolución de los tipos. Con esta colocación de swaps la banca cerraba riesgos abiertos en sus relaciones interbancarias al mismo tiempo que compensaba la reducción de márgenes consecuencia de la bajada de tipos por la crisis. Como resultado de los swaps contratados, los clientes deben pagar periódicamente sumas importantes, pagos que se prolongarán hasta el vencimiento del producto. Y para cancelar el producto la banca exige el pago de sumas mucho más elevadas resultado de actualizar los compromisos asumidos. Los clientes se encuentran desconcertados ante lo desmesurado de sus obligaciones. No entienden que como resultado de contratar una cobertura se vean obligados a pagar cantidades que amenazan la estabilidad de su precaria economía.

En primer lugar debemos determinar el régimen jurídico que se aplica a estas operaciones. Hay dos interpretaciones. Podemos considerar que el swap es un derivado financiero y que como tal se rige por la Ley del Mercado de Valores bajo la supervisión de la CNMV. O por el contrario, considerar que el swap queda incorporado al préstamo, producto bancario bajo el control del Banco de España. Optar por una u otra solución tiene gran importancia para los clientes, pues en el primer caso se aplican las normas de conducta del mercado de valores, bajo los principios europeos de tutela del inversor (MiFID), frente a la solución bancaria más preocupada por la solvencia de las entidades.

---

*establecido en el art. 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo para el supuesto de descubierto en cuenta corriente no opera fuera de este caso con carácter automático, sino meramente orientativo, ahora bien, siendo el interés legal en 2008 del 5,50% el tipo remuneratorio valorado por la Juez del 20% anual resulta a criterio del Tribunal notoriamente superior a aquél, con un exceso tan notable (se acerca a su cuádruplo) que es calificable como manifiestamente desproporcionado en términos de la Ley de 1908".* Como dice la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Valladolid, 10 de febrero de 2011, en un procedimiento de ejecución hipotecaria: *"Es claro que quien se ve incapaz de retener su propia vivienda, siendo expulsado de ella, es porque se halla en una situación económica dramática, no pudiendo ser además, en su desvalimiento, sancionado con unos intereses tan elevados como el aplicado por la actora".* Véase también SAP Vizcaya, a 26 de Octubre del 2010, que considera abusivo un interés remuneratorio del 22,95%. Si bien hay que tener en cuenta el criterio del TS, en un caso de solicitud de nulidad de préstamo hipotecario, que considera que los intereses moratorios *"no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objeto de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que hace que no se considere si exceden o no del interés normal del dinero, ni cabe configurarlos como leoninos, ni encuadrarlos en la ley de 23 de julio de 1908"* (STS, Civil sección 1 del 04 de Junio del 2009). Como cláusula penal que no puede ser objeto de moderación (véase SAP Valencia, 4 de octubre de 2010).

La CNMV y el Banco de España han publicado una nota conjunta en la que consideran a la mayor parte de los swaps contratados por la clientela minorista productos vinculados por lo que les resultaría de aplicación la legislación bancaria bajo la supervisión del Banco de España, quién se encargaría de atender las reclamaciones. Pero la nota conjunta va más allá de un convenio de colaboración para mejorar la gestión de las reclamaciones, pronunciándose sobre el régimen aplicable a los swaps. Así por ejemplo afirma la nota que en la comercialización de derivados vinculados a un producto bancario únicamente se debe exigir el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa bancaria, descartando la aplicación de la MiFID, incluso en lo relativo a la prohibición de incentivos. Este criterio es contrario a las interpretaciones que ha dado la Comisión Europea.

Es cierto que la ley incluye una norma que permite aplicar la normativa bancaria a los derivados, pero siempre bajo la condición de que exista un nivel equivalente de protección. El consumidor sea de un producto bancario o de inversión merece el mismo grado de protección. Y no es el caso de la normativa bancaria, pues la obligación de conocer al cliente y de que el producto se idóneo a sus necesidades, propio de la legislación de valores, está ausente en la citada normativa. Tan sólo existe un régimen sobre la concesión responsable de crédito, completada con una información adicional sobre los instrumentos de cobertura de riesgo de tipo de interés, que no ofrece un grado de protección equivalente a la del mercado de valores.<sup>64</sup>

El Senado identificó de forma unánime el problema que los swaps han creado a las familias. Encargó un informe al Banco de España que no ha llegado a publicarse. Y la repuesta que ofrecen de forma conjunta CNMV y Banco de España pone en un segundo plano a los clientes con el fin de garantizar la solvencia de la banca. Está bien proteger a la banca, pero también lo está proteger al cliente bancario. Para que la confianza vuelva al mercado financiero es necesario proteger a los más vulnerables, a saber, aquellos que carecen de conocimientos y experiencia necesarios para adoptar decisiones de inversión con conocimiento de causa, aquellos que han confiado en su banco que les ofreció un producto financiero que les protegía frente a la subida de tipos y ahora se encuentran

---

<sup>64</sup> El art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y el art. Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, exigen a las entidades de crédito evaluar la solvencia del prestatario, obligación desarrollada en por el art. 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, incluyendo unas exigencias de información adicional sobre instrumentos de cobertura en el art. 24.

ante un producto derivado que les hace incurrir en fuertes pérdidas que amenazan su economía.

#### **§ 5.2.5. Preservar la efectividad de los seguros**

Como reconoce el Banco de España en su web, aunque no es obligatorio, suele ser habitual que la entidad concedente del préstamo hipotecario, exija del prestatario el cumplimiento de requisitos adicionales, tales como domiciliar una nómina, contratar un plan de pensiones o contratar uno o varios seguros de determinadas características. De este modo la banca complementa la cobertura de la garantía hipotecaria con diversos seguros, ya sean de daños, de vida o de crédito. Algunos de ellos son objeto de controversia.

Por ejemplo, los seguros de daños. Así la inclusión en las escrituras de préstamo hipotecario de cláusulas en las que el deudor se obliga a mantener vigente durante su duración un seguro de daños sobre el inmueble objeto de la garantía hipotecaria, concediendo al acreedor la facultad de contratarlo en su nombre en caso de no hacerlo el deudor, plantea desde la perspectiva de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones la duda de si existe consentimiento pleno por parte del tomador del seguro a todas las consecuencias que supone la contratación del seguro. En este caso, aunque el tomador consiente en que se suscriba un seguro por su cuenta en caso de no hacerlo él, puede no conocer características esenciales del mismo, como son la prima, los riesgos cubiertos y las sumas aseguradas. Ahora bien, para saber si el consentimiento prestado por el tomador lo fue por error y, por tanto, adolece del vicio de nulidad habrá que estudiar cada supuesto concreto.

A su vez, la banca también condiciona la contratación de la hipoteca a la suscripción de seguros de vida y de paro. En estos casos, cuando la compañía de seguros pertenece al grupo de la entidad bancaria concedente del préstamo hipotecario, son frecuentes los casos en que por diversos motivos, en caso de siniestro, no se ejecutan los seguros que habría permitido el reembolso de la hipoteca. Estos casos están siendo investigados por el Defensor del Pueblo, cuya titular ha solicitado a los supervisores informe al respecto.

Son supuestos en los que las entidades de crédito subordinan la concesión de préstamos hipotecarios a la suscripción de un seguro de vida o de amortización de crédito con una aseguradora perteneciente a su mismo grupo empresarial y no reclaman a la compañía aseguradora el pago del seguro al producirse la contingencia asegurada,

en detrimento de la eficacia de dicho seguro, procediendo a utilizar otras vías para reclamar el reembolso del crédito, como la ejecución hipotecaria. Estas prácticas han sido severamente sancionadas en otros países<sup>65</sup>. Sin embargo en España, las autoridades de la competencia las han bendecido (véase la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 29 de mayo de 2009, declarada conforme a Derecho por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional). En dicho expediente las entidades de crédito reconocieron que *“aplicando un criterio de prudencia, como garantía de la devolución del préstamo y atendiendo a las circunstancias de la operación y a las condiciones del prestatario, pueden recomendar –y en ocasiones exigir– al potencial prestatario que contrate uno de estos seguros; pero, en todo caso, no le obligan a hacerlo con una aseguradora perteneciente a su grupo empresarial o participada por ella, sino que les informan de esta posibilidad, señalando en ocasiones que si el cliente contrata el seguro con dicha aseguradora puede obtener el préstamo en condiciones más ventajosas”*. En descargo de las entidades de crédito la CNC afirma en su resolución que *“la práctica de vincular seguros a préstamos con aseguradoras participadas por las entidades de crédito se puede explicar a partir de factores que nada tienen que ver con la coordinación de comportamientos o cualquier otra práctica anticompetitiva, como la comodidad que supone para el usuario (ahorro de tiempo), la falta de información a la que puede enfrentarse el usuario que contrata una hipoteca, los escasos incentivos de las entidades de crédito a explicar al cliente de sus préstamos que las compañías aseguradoras no relacionadas con ella pueden ofrecerle también seguros, la falta de interés por parte de las aseguradoras no vinculadas a las entidades de crédito para conceder seguros asociados a los préstamos”*. Lo que le lleva a concluir que la vinculación de la concesión de préstamos personales e hipotecarios a la suscripción de un seguro de vida o de amortización con una aseguradora perteneciente a su mismo grupo empresarial no constituye una práctica anticompetitiva.

Como sabemos el préstamo hipotecario debe limitarse a un 80 % del valor del inmueble. Este límite protege al banco y al cliente. Es una norma prudencial que protege la solvencia del banco y la estabilidad del conjunto del sistema financiero. Pero

---

<sup>65</sup> Véase en el Reino Unido: Competition Commission, *Market investigation into payment protection insurance*, 29 de enero de 2009, concluyendo que *“businesses that offer PPI alongside credit face little or no competition when selling PPI to their credit customers”*.

al mismo tiempo protege al cliente garantizado que al menos en el momento de contratar el préstamo el valor de la garantía es suficiente para cubrir el préstamo. Es decir que ante una hipotética dación en pago la entrega del inmueble sería suficiente para reembolsar la deuda y quedar liberado. Es una medida frente al endeudamiento. La Ley española es flexible en este punto y permite que se rebase ese límite contratando por el exceso un seguro de crédito. Las entidades bancarias en muchos casos han aprovechando esa posibilidad contratando seguros de crédito, pero lo han hecho a cargo de los clientes y con frecuencia con aseguradoras del propio grupo, con el conflicto de interés que esa práctica conlleva. De este modo, se agrava el sobreendeudamiento del cliente, que contrata préstamos hipotecarios por encima del 80% del valor del inmueble, viéndose obligado a pagar además de las cuotas hipotecarias, las primas del seguro de crédito.

#### **§ 5.2.6. Alternativas a la dación en pago**

Salvo que sea consentido por la entidad bancaria, no consideramos que la propuesta de dación en pago de las viviendas sea una solución, al suponer una alteración de lo pactado. Cuestión distinta es que por otras vías se pueda alcanzar el mismo resultado.

Por ejemplo, si consideramos que el sistema hipotecario garantiza que la vivienda hipotecada siempre alcance el importe del préstamo. Y que, en consecuencia, los bancos no han debido conceder préstamos hipotecarios por encima del 80% del valor de la vivienda. Y que sobre el exceso sobre el 80% han debido contratar un seguro de crédito para cubrir la diferencia. Y que en caso de bajada de un 20 % del precio de mercado de la vivienda hipotecado han debido pedir al deudor un complemento de las garantías, ofreciéndole la oportunidad de cancelar anticipadamente el crédito. Teniendo en cuenta que las entidades no han cumplido con esa llamada al margen, privándole al cliente de haber podido reaccionar cuando todavía la vivienda cubría el importe de la hipoteca, puede interpretarse atendiendo al sistema de la Ley que los bancos no pueden favorecerse del incumplimiento de su obligación de llamada al margen en perjuicio del cliente y que por la tanto el valor mínimo que debe darse a las viviendas en el proceso de ejecución es del 80 % de la tasación inicial. Este valor, y no el del 60 % del precio de salida de la subasta previsto por defecto en la ley, es el que debe fijarse al adjudicarse el banco el inmueble. De tal modo, para hacer efectiva esta compensación no deben



permitirse adjudicaciones en la subasta inferiores a ese precio (del 80 % de la tasación inicial).

Con este mecanismo no se alcanza el beneficio que resultaría de la dación en pago, con liberación de toda la deuda hipotecaria. Pero se introduce un mecanismo de moderación que contribuirá a paliar en gran medida los efectos de la crisis para las familias hipotecadas.

### **§ 5.2.7. Fortalecer la independencia del supervisor**

En garantía del buen funcionamiento del mercado, la ordenación financiera debe ser neutral, basada en la objetividad de las actuaciones de autoridades públicas. En este ámbito surgen las autoridades financieras, como agencias independientes, con el objetivo de asegurar que el mercado funcione y, ante situaciones de crisis, contribuir a restablecer la normalidad.<sup>66</sup> Esta función le corresponde en Derecho interno al Banco de España, en particular como autoridad del mercado hipotecario.

El Banco de España debe asumir que la protección del cliente es un prerequisite para la estabilidad bancaria. Debe reforzar su independencia para evitar el riesgo de captura del supervisor por parte de la industria financiera. En este sentido, debería crearse un comité consultivo en el que tengan voz permanente los representantes de los usuarios de los servicios financieros.

En la grave situación actual de crisis del sistema financiero, el Banco de España, en defensa de la estabilidad bancaria y en protección del cliente bancario, debería abordar sin demora actuaciones específicas destinadas a evitar la exclusión financiera de aquellas personas que hayan perdido su vivienda habitual y mantengan una deuda con los bancos.

El Banco de España, a través de su Servicio de Reclamaciones, tiene la autoridad y dotación adecuada para resolver sobre aquellos casos en que haya existido una incorrecta aplicación de las normas de conducta o de protección de los consumidores. En estos casos en que quede acreditada una concesión irresponsable de crédito, el Banco de España debe propiciar a través de las resoluciones de su Servicio de reclamaciones que la entidad concedente del crédito se vea obligada a pactar con el cliente afectado un plan de pagos o, en su defecto, aceptar la dación en pago.

---

<sup>66</sup> Así está previsto desde abril de 1997, por el Comité de Basilea, en sus «Principios esenciales para una supervisión bancaria efectiva».

## CONCLUSIONES

En el presente informe nos hemos acercado al sistema hipotecario desde la perspectiva del cliente con el fin de identificar posibles desequilibrios en la relación banco-cliente. También hemos analizado la situación de las familias hipotecadas en riesgo de perder su vivienda y las medidas que se han venido adoptando para protegerlas y las que se podían adoptar. Podemos ahora recapitular y formular algunas conclusiones.

Pero antes conviene señalar la situación en la que nos encontramos y los costes y beneficios de las soluciones que se proponen.

Estamos ante la mayor crisis a la que se haya enfrentado nuestro sistema financiero. No se trata de una crisis que afecte a determinadas entidades, como ocurrió en la crisis de finales de los años setenta y primeros de los ochenta del siglo pasado, sino de una crisis del sistema en su conjunto. Lo que era una amenaza teórica recogida de forma retórica en los manuales de la materia, la “crisis sistémica”,<sup>67</sup> es algo real que se ha materializado. Es el peor de los escenarios. La banca necesita, para sobrevivir, reforzar sus recursos propios y restringe el crédito.

El principal argumento que se utiliza para no proteger al hipotecado es precisamente que esa protección restringiría el crédito y excluiría del acceso a la vivienda a parte de la población que ahora tiene acceso a la misma. Pero la realidad es que en la actualidad la banca no cumple su función de dar crédito para la adquisición de vivienda. El actual marco legal, interpretado de forma unilateral en defensa de la industria, es insostenible. No hay que esperar a reformas legales para excluir del acceso a la vivienda a buena parte de la población. La situación actual la excluye.

Lo que a continuación proponemos son medidas que se pueden adoptar sin necesidad de cambiar el marco legal. Son medidas que permitirían recobrar la confianza en el sistema bancario, reforzar la solvencia de las entidades bancarias, a través de una interpretación normativa más equilibrada.

La protección del cliente en sus relaciones con las entidades bancarias es el primer presupuesto para garantizar la continuidad del servicio de crédito y la estabilidad bancaria. Sin unas relaciones equilibradas entre la banca y el cliente la actividad bancaria es insostenible. Existe una visión unilateral de la regulación hipotecaria, desde

---

<sup>67</sup> Del autor, *Derecho del Mercado Financiero*, 3ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 38.

la perspectiva de la industria bancaria. Compartida en ocasiones por el legislador, que ha dejado incompleta la Ley Concursal no desarrollando el concurso del deudor consumidor. Esta visión tiene además el respaldo del Banco de España que se ha comportado más como un organismo de tutela de la banca que como una autoridad del sistema financiero protectora del cliente bancario. Conecta todo ello, como advierte con crudeza Juana Pulgar, con el marco constitucional y la tutela de los consumidores, particularmente en el sobreendeudamiento “pudiendo en ocasiones la protección que se dispense a éstos colisionar de algún modo con los intereses de la industria del crédito al consumo, que a su vez, como es sabido, constituye una de las principales fuentes de financiación política”.<sup>68</sup>

Una vez precisada la situación en que nos encontramos, pasamos a enumerar las conclusiones del presente informe, incluyendo las medidas que se proponen.

### **Crisis hipotecaria**

- I. La crisis económica y el paro han creado dificultades a las familias para hacer frente al pago de sus cuotas hipotecarias.
- II. La pérdida de capacidad económica unida a la bajada del valor de mercado de los inmuebles hipotecados ha creado un problema a patrimonio negativo (*negative equity*) en el que la entrega del inmueble no cubre la deuda hipotecaria.

### **Marco legal**

- III. La responsabilidad universal del art. 1.911 del Código civil es un principio del Derecho español que no puede ser cuestionado. No obstante, deben desarrollarse, también para los deudores consumidores supuestos de interés general en los que dicha responsabilidad puede quedar limitada.
- IV. La responsabilidad universal por deudas supone que en situación de *negative equity*, tras la ejecución del inmueble y la consiguiente pérdida de la vivienda habitual, el cliente siga siendo deudor del banco por la diferencia entre la cifra de responsabilidad hipotecaria y el valor de ejecución del inmueble.

---

<sup>68</sup> Pulgar, ob. cit., pág. 70.

- V. Con la pérdida de la vivienda y la deuda pendiente, con inclusión en los registros de morosos, se agrava el riesgo de exclusión financiera y social.
- VI. La crisis económica es un supuesto de caso fortuito, que resultaba imprevisible e inevitable para el cliente, lo cual determina la exoneración de responsabilidad del deudor de buena fe.
- VII. La Ley Concursal contempla la paralización de la ejecución de las garantías reales y exoneración del deudor concluido el concurso, limitando de este modo el principio de responsabilidad universal del art. 1911 del Código civil, pero discrimina a los deudores consumidores quienes no pueden paralizar la ejecución de la hipoteca sobre su vivienda habitual ni quedan liberados de las deudas no satisfechas una vez concluido el concurso. Esta opción legislativa pudiera ser contraria al derecho a la igualdad y se aparta de las recomendaciones de las Naciones Unidas y de las soluciones del Derecho comparado.

#### **Causas de la crisis**

- VIII. La banca ha concedido crédito de forma irresponsable. Estas prácticas irresponsables hacen perder la confianza en el sistema financiero.
- IX. La vinculación de las sociedades de tasación con los grupos bancarios es un conflicto de interés que ha contribuido a agravar la sobrevaloración de los inmuebles.

#### **Justificación de las medidas**

- X. La banca goza de numerosos privilegios que cuestionan los principios constitucionales de libertad de empresa y de igualdad. Pueden acudir a un prestamista de última instancia y reciben ayudas públicas para superar sus dificultades. Son empresas que se apropian de las ganancias y socializan las pérdidas. Del mismo modo que dichos privilegios pueden ser considerados justificados y razonables, también los clientes de la banca pueden ser beneficiarios de medidas que limitan la libertad de contratación y la responsabilidad universal.
- XI. La quiebra familiar tiene un impacto sistémico y debe ser abordada con medidas similares a las que recibe la banca.

### **Papel del Banco de España**

- XII. El Banco de España debe asumir que la protección del cliente es un prerrequisito para la estabilidad bancaria
- XIII. El Banco de España debe reforzar su independencia para evitar la captura del supervisor por la industria financiera. Debería crearse un comité consultivo en el que tengan voz permanente los representantes de los usuarios de los servicios financieros.
- XIV. El Banco de España, en defensa de la estabilidad bancaria y en protección del cliente bancario, debe abordar sin demora actuaciones específicas destinadas a evitar la exclusión financiera de aquellas personas que hayan perdido su vivienda habitual y mantengan una deuda con los bancos.
- XV. Las autoridades de consumo carecen en general de los medios y conocimientos suficientes para gestionar los problemas que plantea el sobreendeudamiento de los consumidores.

### **Medidas preventivas**

- XVI. Las entidades bancarias tienen una obligación de asesorar al cliente sobre el contenido y los riesgos del préstamo hipotecario. No pueden descargar esta labor de asesoramiento técnico sobre el Notario.
- XVII. El sobreendeudamiento del consumidor requiere mecanismos de resolución que sean eficientes, claros y accesibles.
- XVIII. Debería ser obligatorio agotar la vía de la mediación antes de proceder a la ejecución hipotecaria.
- XIX. Desde el punto de vista de la solvencia bancaria y la estabilidad del sistema financiero sería preferible la aprobación de un plan de pagos, con la posibilidad de mantener el uso de la vivienda en alquiler.
- XX. Debe confirmarse la vigencia de la llamada al margen con aviso al acreedor en caso de que el valor del inmueble hipotecado descienda un 20 % del valor de la tasación original (que estaba contenido en el art. 5 de la Ley de regulación del mercado hipotecario), aclarando que es un deber del banco solicitar la ampliación de garantías y un derecho del cliente recibir un aviso de la bajada del precio del inmueble hipotecado.

### **Medidas paliativas**

- XXI. Se debería llegar a un acuerdo político asumido por la industria bancaria, incluyendo una moratoria en el pago de las hipotecas.
- XXII. Las entidades deberían aprobar un Reglamento interno de comercialización y ejecución de préstamos hipotecarios, según el modelo de Código de Conducta aprobado por el Gobierno.
- XXIII. La Guía de acceso al préstamo hipotecario que debe elaborar el Banco de España también debería recoger las buenas prácticas en materia de ejecución hipotecaria
- XXIV. El Banco de España, a través de su Servicio de Reclamaciones, tiene la autoridad y dotación adecuada para resolver sobre aquellos casos en que haya existido una incorrecta aplicación de las normas de conducta o de protección de los consumidores. En estos casos de concesión irresponsable de crédito, la entidad concedente del crédito debe verse obligada a pactar un plan de pagos por parte del cliente y en su defecto aceptar la dación en pago.
- XXV. Con el fin de evitar la usura, los intereses de demora deben quedar limitados a dos veces el interés legal del dinero según criterio jurisprudencial.
- XXVI. Debería potenciarse el sistema de Subastas judiciales electrónicas del Ministerio de Justicia, como mecanismo que contribuye a minimizar el problema de la deuda subsistente tras la ejecución hipotecaria.

## BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

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

Bassols Coma, Martín: “El derecho a la vivienda ante la crisis económica y el cambio climático: intervención de las administraciones públicas ante situaciones de vulnerabilidad social y urbanística”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, ISSN 0210-8518, N° 1, 2011, págs. 13-42

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

Castilla Cubillas, Manuel: “La responsabilidad patrimonial limitada en los préstamos hipotecarios como instrumento de modulación de los precios inmobiliarios”, *Actualidad Civil*, N.º 12, Quincena del 16 al 30 Jun. 2011, pág. 1355, Tomo 1, Editorial LA LEY

Carrasco Perera, Ángel: “Tener y no tener un derecho subjetivo a la vivienda”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, ISSN 1132-0257, N° 814, 2011 , pág. 3

Consejo de Consumidores y Usuarios: *Dictamen de iniciativa propia del Consejo de consumidores y usuarios relativo a la situación de endeudamiento y sobreendeudamiento financiero de las familias en la actual situación de crisis Económica y del crédito*

Cuenca Casas, Matilde: “Algunas deficiencias de la ley concursal ante la insolvencia de la persona física”, <http://eprints.ucm.es>

Nasarre Aznar, Sergio: *Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria*, Cuadernos Digitales de Formación, CGPJ, 2011, vol. 9, págs.

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

Pulgar Ezquerro, Juana: “Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, N.º. 9, 2008 , págs. 43-73

Trujillo Díez, Iván Jesús: *El sobreendeudamiento de los consumidores*, Granada, 2003.

Zabaleta Díaz, Marta: “El concurso del consumidor”, *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá III* (2010), 301-331

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